

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE OTORGAR CAPACIDAD DE
EJERCICIO A LAS PERSONAS PRIVADAS DE DISCERNIMIENTO EN LA
CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: MARLON FABIÁN MOGOLLÓN CORREA

Asesor:

M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ

Cajamarca - Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
MARLON FABIÁN MOGOLLÓN CORREA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE OTORGAR CAPACIDAD DE EJERCICIO A LAS PERSONAS PRIVADAS DE DISCERNIMIENTO EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS **MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

Bachiller: MARLON FABIÁN MOGOLLÓN CORREA

JURADO EVALUADOR

M.Cs. José Luis López Núñez
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 17:00 horas del día 13 de mayo de Dos mil veintiuno, reunidos a través de meet.google.com/ibi-yord-mzq, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, e integrado por la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, M.Cs. FERNANDO AUGUSTO CHÁVEZ ROSERO**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE OTORGAR CAPACIDAD DE EJERCICIO A LAS PERSONAS PRIVADAS DE DISCERNIMIENTO EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**, presentada por el **Bach. en Derecho MARLON FABIÁN MOGOLLÓN CORREA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECIETE (17) [EXCELENTE]** la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho MARLON FABIÁN MOGOLLÓN CORREA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 18:29 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
M.Cs. José Luis López Núñez
Asesor

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A Jesucristo, por su infinito amor y misericordia.

AGRADECIMIENTO

A mis padres Elsa y César; por su amor, crianza, desprendimiento y dedicación.

A mis hermanos César y Sirley; por inspirarme la búsqueda de la superación constante.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO	vi
ÍNDICE	vii
RESUMEN.....	xii
<i>ABSTRACT</i>	xiii
INTRODUCCIÓN	xiiiv

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problemática.....	1
1.2. Formulación del Problema.....	3
1.3. Justificación	3
1.4. Objetivos.....	5
1.4.1. General	5
1.4.2. Específicos.....	5
1.5. Ámbito de la Investigación: delimitación del problema	6
1.5.1. Espacial	6
1.5.2. Temporal.....	6
1.6. Tipo de Investigación.....	6
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	6
A. Básica	6
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	7
A. Explicativa.....	7
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	7
A. Cualitativa	7
1.7. Hipótesis.....	8
1.8. Métodos de Investigación	8

1.8.1. Genéricos.....	8
A. Analítico – sintético	8
1.8.2. Propios del Derecho.....	9
A. Exegético	9
B. Dogmático.....	9
C. Hermenéutico.....	10
1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación.....	10
1.9.1. Técnica	10
1.9.2. Instrumento	11
1.10. Estado de cuestión	11

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Fundamento iusfilosófico.....	13
2.1.1. El Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales	14
2.1.2. La justificación de los derechos y el traspaso del sistema de reglas a la esfera de principios y reglas	15
2.1.3. Conflictos entre principios	18
2.1.4. La fisiología de los principios en la técnica de ponderación.....	19
2.1.5. La regla que determina la ponderación de principios como mecanismo para su aplicación	21
2.1.6. Los principios constitucionales y el Estado Constitucional de Derecho.....	23
2.2. Doctrinas, teorías jurídicas, conceptos relacionados con el problema de investigación.....	24
2.2.1. La discapacidad en el Perú.....	24
A. Modelos de tratamiento de la discapacidad.....	24

a. El modelo de prescindencia.....	24
b. El modelo rehabilitador	27
c. El modelo social.....	30
B. La protección de la discapacidad a nivel internacional	34
a. En el sistema internacional de Derechos Humanos	34
b. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos....	35
c. En la Convención Americana de Derechos Humanos	38
d. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad	39
i. El propósito de la Convención	45
ii. El reconocimiento y no reconocimiento de nuevos de derechos.....	47
2.2.2. Capacidad.....	48
A. Aspectos Generales.....	48
B. Concepto	49
C. Principios relativos a la capacidad	52
D. Clases de capacidad.....	54
a. Capacidad de goce.....	55
i. Noción	55
ii. Definición.....	56
b. Capacidad de ejercicio	56
i. Noción	56
ii. Definición.....	57
E. Incapacidad.....	58
a. Incapacidad Absoluta	58
i. La valorización del discernimiento en el Código Civil Peruano	62

b. Incapacidad Relativa	64
F. Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDMM).....	67
a. Funciones y Estructuras Corporales y deficiencias	68
i. Definiciones.....	68
G. La capacidad jurídica en el Decreto Legislativo 1384	73
2.2.3. El Matrimonio	74
A. Antecedentes.....	75
B. Concepciones del Matrimonio.....	79
C. Naturaleza jurídica	83
D. El rol de la autonomía privada en la relación jurídica matrimonial	85
E. Caracteres jurídicos del Matrimonio.....	86
a. Institución familiar	86
b. Heterosexualidad.....	87
c. Unidad	88
d. Permanencia.....	89
e. Legalidad	89
F. Requisitos	90
a. Diferencia de sexos	90
b. Pubertad legal.....	91
c. Consentimiento matrimonial	91
d. Cumplimiento de formalidades	92
G. Deberes recíprocos de los cónyuges.....	93
a. Deber de fidelidad.....	93
b. Deber de asistencia.....	93
c. Deber de hacer vida común.....	94

2.2.4. El principio de seguridad jurídica	95
A. Aspectos generales	95
B. Definición	97
C. Elementos e importancia de la seguridad jurídica.....	98
2.2.5. El principio de igualdad	100
A. Derecho de igualdad en la Constitución de 1993.....	100
B. La igualdad formal y la igualdad material.....	101

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. La afectación al principio de promoción del matrimonio	105
3.2. La imposibilidad del cumplimiento de los deberes del matrimonio	115
3.3. La inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio.	126
CONCLUSIONES	138
RECOMENDACIONES	139
LISTA DE REFERENCIAS.....	140

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se ha analizado cómo afecta la dación del Decreto Legislativo 1384 que elimina del Código Civil el presupuesto de incapacidad jurídica absoluta a la carencia de discernimiento, del ordenamiento jurídico peruano, específicamente, en la regulación del acto del matrimonio.

Asimismo, en el desarrollo de la investigación, se determinó que las consecuencias jurídicas de otorgar capacidad jurídica a personas privadas de discernimiento en la celebración del matrimonio, son: la afectación al principio de promoción del matrimonio, la imposibilidad del cumplimiento de los deberes del matrimonio y, la inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio.

Para desarrollar esta labor investigativa, fue necesario analizar en el ordenamiento jurídico y en la doctrina a la capacidad e incapacidad jurídica, la institución del matrimonio y, los principios de seguridad jurídica e igualdad.

En cuanto a los métodos empleados para la recolección y análisis de datos, tenemos al inductivo – deductivo de manera general y, entre los métodos propios del derecho se han utilizado el exegético, para el análisis de las normas jurídicas, el dogmático a fin de desarrollar ideas y el hermenéutico para la interpretación del contenido. Entre las técnicas empleadas está la observación y análisis de contenido y la argumentación jurídica.

Palabras clave: Capacidad jurídica, discernimiento, matrimonio, promoción del matrimonio, seguridad jurídica.

ABSTRACT

In this research work, it has been analyzed how the provision of Legislative Decree 1384 that eliminates from the Civil Code the budget of absolute legal incapacity of lack of discernment, affects the Peruvian legal system, specifically, the regulation of the act of marriage.

Likewise, in the development of the investigation, it was determined that the legal consequences of granting legal capacity to persons deprived of discernment in the celebration of marriage are: the effect on the principle of promoting marriage, the impossibility of fulfilling the duties of marriage and, the legal uncertainty for the celebration of the marriage.

To develop this investigative work, it was necessary to analyze the legal system and doctrine of legal capacity and incapacity, the institution of marriage, and the principles of legal security and equality.

Regarding the methods used for the collection and analysis of data, we have the inductive - deductive in a general way and, among the methods of the law, the exegetical has been used, for the analysis of legal norms, the dogmatic in order to develop ideas and the hermeneutic for the interpretation of the content. Among the techniques used is the observation and analysis of content and legal argumentation.

Keywords: *Legal capacity, discernment, marriage, promotion of marriage, legal security.*

INTRODUCCIÓN

La investigación de los problemas del Derecho son asuntos acuciantes en el medio no sólo en el mundo jurídico sino en la esfera social, muchas de estas posturas han llegado a mejorar, sin duda, la labor legislativa e interpretativa del ordenamiento jurídico, quedando demostrado entonces su alcance transversal.

Luego de la segunda guerra mundial, con el reconocimiento de los derechos humanos en Declaraciones Internacionales, y con su introducción a las Constituciones a través de los derechos fundamentales, surgió el reto heroico de los Estados por garantizar estos derechos, uno de ellos, es, pues, la igualdad; la acepción de personas que, aún luego de la independencia de las colonias a nivel mundial, perduró como secuela del Estado de Derecho instaurado por las negociaciones entre el Estado y la burguesía que representaba a la sociedad.

En ese contexto, la lucha por la igualdad ha sido quizá la contienda más prolongada de la historia, por ello, aunque, se predique ahora el evangelio del Estado Social y Democrático, y, del Estado Constitucional de Derecho, no es posible todavía proclamar que la igualdad es un derecho garantizado, es más bien un artículo de lujo para las minorías que entienden la importancia de la persona humana para la sociedad y para Estado.

En los últimos años, se ha querido mejorar la regulación de las cualidades especiales de algunas personas respecto de otras, y, suponemos, que, la finalidad de modificar esta regulación, fue la inminente garantía del derecho a la igualdad, sin embargo, a veces, modificar la norma para mejorar las situaciones jurídicas del individuo, representa sólo una aparente parabién, pero, en realidad

se trastocan diversos asuntos jurídicos, que en su momento, fueron necesarios analizar.

En el presente trabajo de investigación, justamente, se analiza uno de los asuntos que debió tener en cuenta el legislador antes de derogar el inciso 2 del artículo 43° del Código Civil, mediante la dación del Decreto Legislativo N° 1384, desterrando así, la única fuente normativa para el operador jurídico para identificar cuándo una persona es incapaz de formar voluntad alguna, es decir, desapareció como presupuesto para la incapacidad absoluta a la carencia de discernimiento. La falta de discernimiento constituye la constante esencial en la ecuación que da como resultado la voluntad de cualquier persona, al no contar con ésta, es imposible celebrar un acto jurídico válido, y si no válido, lo será en cualquier esfera jurídica de la persona, aún en el matrimonio, ya que, éste en su parte institucional se constituye a través de un acto jurídico.

Es así, entonces, que, se ha planteado la interrogante ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de otorgar capacidad de ejercicio a las personas privadas de discernimiento en la celebración del matrimonio?, proponiendo, también, que estas consecuencias serían: la afectación al principio de promoción del matrimonio, la imposibilidad del cumplimiento de los deberes del matrimonio y, la inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio.

Para el desarrollo de la propuesta, evidentemente de tipología explicativa y, por ende, descriptiva, se ha planteado como tarea general, la determinación de las consecuencias jurídicas en la institución del matrimonio por el otorgamiento de capacidad a las personas que carecen de discernimiento, asimismo, para este trabajo de determinación, se plantearon actividades específicas como: analizar

en el ordenamiento jurídico y en la doctrina a la capacidad jurídica, a la falta de discernimiento como causa de incapacidad absoluta y las razones de su derogación, analizar en el ordenamiento jurídico a la institución del matrimonio y, analizar en el ordenamiento jurídico los principios de seguridad jurídica e igualdad.

La presente investigación encuentra su justificación en la relevancia que guarda la institución del matrimonio para la sociedad peruana y para su ordenamiento jurídico, ya que para su constitución se requiere de la celebración de un acto jurídico de interés público.

Los métodos utilizados en el desarrollo de la investigación son: el exegético, para analizar las normas que versan capacidad y matrimonio, el hermenéutico, para el análisis interpretativo entre los principios constitucionales y las normas de rango legal como el Decreto Legislativo N° 1384 y el Código Civil, además, el método dogmático, para plantear la construcción de ideas en el marco de la de contrastación de la hipótesis.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problemática

La discapacidad, como concepto, es entendida como el resultado de la interacción entre las personas que adolecen de alguna deficiencia (física, sensorial y/o mental) y las barreras (sociales, urbano arquitectónicas, económicas y culturales) que impiden su participación social en igualdad de condiciones de manera eficiente y eficaz respecto de las demás personas. (Asamblea de la Naciones Unidas, 2006).

En el Perú, en el año 2019, se registró un total de 38 165 inscripciones en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad, representando el 13.2% con respecto al total de inscripciones durante el periodo del año 2000 y 2019. (CONADIS, 2020). Dicho porcentaje en la realidad, constituye un grupo marginado y discriminado en la sociedad, debido a las diversas barreras que deben enfrentar para participar en igualdad de condiciones con las demás personas.

Diversas son las políticas que ha adoptado el estado peruano a fin de garantizar sus derechos, aspectos que van desde el ámbito laboral, económico, social, salud, vivienda, hasta la última modificatoria al Código Civil, esto es el Decreto Legislativo N° 1384 en cuanto se le reconoce con capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

En dicho decreto legislativo, dentro de las Disposiciones Complementarias Derogatorias Únicas, se dispuso principalmente derogar el inciso 2 del artículo 43° del Código Civil, el cual consideraba incapaz absoluto a las

personas que por cualquier causa se encuentren privadas de discernimiento, incisos 2 y 3 del artículo 44° el cual tenían capacidad de ejercicio restringida los retardados mentales y los que adolecen de cualquier deterioro mental, así como se suprimió como impedimento absoluto del matrimonio, a las personas que padecieran crónicamente de enfermedad mental aunque tengan intervalos lúcidos.

Dichas derogaciones son los que se analizarán en el presente trabajo de investigación, toda vez, que si bien nuestro país actualmente adopta un modelo social de la discapacidad el cual comprende la adopción de mecanismos a fin de evitar barreras, es de verse, que en nada exime analizar las consecuencias jurídicas que acarrea que una persona con discapacidad netamente cognitiva, llámese por ejemplo Autismo, Síndrome de Down, Retraso Mental, así como también a las personas con enfermedades mentales o desórdenes de conducta o interrelación social (esquizofrenia, psicosis) celebren un matrimonio como acto jurídico y que por lo tanto en ejercicio de su capacidad jurídica traiga consigo consecuencias jurídicas de las cuales no fueron previstas al momento de expedirse el Decreto Legislativo N° 1384.

Ante la contextualización antes mencionada, correspondería analizar cuáles son las consecuencias jurídicas que trae consigo la reciente modificatoria al Código Civil Peruano al dotarles de capacidad jurídica a las personas privadas de discernimientos y que por ende les faculte casarse.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de otorgar capacidad jurídica a personas privadas de discernimiento en la celebración del matrimonio?

1.3. Justificación

El presente trabajo de investigación encuentra su justificación en la relevancia del objeto central de su desarrollo, es decir, la persona; en este caso, se trata de la facultad para realizar diversos actos jurídicos que, el Estado ha otorgado a aquellas personas, en cuyos casos, se encuentren privadas de discernimiento, en especial en cuanto se refiere al matrimonio que, vendría a ser, una de las instituciones más importantes para cualquier Estado y sociedad. Entonces, sin duda, tratar asuntos relacionados con la persona, como analizar la regulación de la capacidad que es uno de los atributos esenciales de ésta, resulta demasiado preponderante para el ámbito de la investigación jurídica.

La capacidad, en general, viene a ser la facultad que tienen las personas para celebrar o realizar diversos actos jurídicos, y para que éstos sean válidos *erga omnes* se requiere de ciertos requisitos como aquel que consiste en que el agente sea capaz. También, es claro y, además obvio que, esto actos solo pueden ser realizados por personas o por organizaciones que sean conformadas por estas. Así, no parece nada sencillo ni mucho menos podemos tomar a la ligera, la regulación normativa de la capacidad de la persona, ya que de ello dependerá la defensa y garantía de uno de los principios pilares de nuestro Estado, la seguridad jurídica, y que, como tal, no solo es obligación de los poderes públicos

defenderlo y garantizarlo, sino de todo privado o particular que conforma la nación.

Entonces, siendo de ese modo, existen entre otros, tres puntos resaltantes en la presente investigación, las que merecen atención no solo de la esfera académica o teórica, sino que, debe ser un asunto poderosamente importante para el legislador y aun para la sociedad y los diversos grupos de poder. Estos serían, la misma persona humana que tanto defiende nuestra Carta Fundamental en el artículo 1º; el matrimonio, no tan solo, como, acto jurídico regulado por el Código Civil, sino como, el instituto natural y fundamental que consagra la Constitución, y, finalmente, la seguridad jurídica, principio que debe consolidar nuestro sistema normativo, previendo toda posible contingencia fáctica de la realidad que produzcan las relaciones interpersonales en la sociedad.

El matrimonio, es un instituto que con el paso del tiempo ha sido cuestionado no solo jurídicamente sino socialmente, con el fin de desacreditarlo como aquel único sostén de la familia, y soslayarlo, para dar paso a relaciones de la misma naturaleza, pero, nacidas de la libertad del individuo, es decir, la convivencia. Para asegurar dicha proposición no es necesario citar a ningún estudio socio – jurídico, ni a autor alguno, ya que, la realidad es la más contundente prueba de esta afirmación. El matrimonio, sin embargo, por lo menos legislativamente, es considerado como un instituto natural y fundamental de la sociedad y del Estado, por ende, se debe garantizar que su promoción sea, la de un matrimonio naturalmente concebido constitucional y legalmente; y para ello, el Estado a través del

dictado de sus leyes, debe también garantizar, que las personas que lo celebren, entiendan lo que este instituto significa. Por ello, tratándose del peligro de tan importante institución, todo trabajo que lo analice, debe ser altamente respaldado.

Lo mismo sucede con el criterio que se tenga sobre el derecho fundamental a la igualdad, y al principio de seguridad jurídica. Si estos llegan a guardar algún tipo de relación, qué razonamiento se debe tener en cuenta para que, sin vulnerar el derecho a la igualdad se mantenga intacta a la seguridad jurídica que sin ésta tendríamos al sistema de justicia en un completo caos. Entonces, si algún problema afecta a dichos elementos del derecho, es necesaria su inmediata atención; en esta necesidad, encuentra también su justificación nuestro trabajo de investigación.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de otorgar capacidad jurídica a personas privadas de discernimiento en la celebración del matrimonio.

1.4.2. Específicos

- a. Analizar en el ordenamiento jurídico y en la doctrina a la capacidad jurídica, a la falta de discernimiento como causa de incapacidad absoluta y las razones de su derogación.
- b. Analizar en el ordenamiento jurídico a la institución del matrimonio.

- c. Analizar en el ordenamiento jurídico los principios de seguridad jurídica e igualdad.

1.5. Ámbito de la Investigación: delimitación del problema

1.5.1. Espacial

Para el caso de la delimitación espacial, el estudio de la legislación pertinente se limitará al desarrollo interno de la misma, es decir, se estudiará la normatividad peruana, tales como: principios y normas constitucionales, artículos del código civil, el Decreto Legislativo N° 1384 así como también tratados internacionales, tal es el caso por ejemplo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por otro lado, respecto del análisis de la doctrina y principios, el estudio se realizará tanto de doctrina nacional como de la doctrina internacional.

1.5.2. Temporal

Este tipo de investigación, básica – dogmática, no admite delimitación temporal, más que la delimitada por la vigencia de las normas relativas al problema de investigación.

1.6. Tipo de Investigación

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

La presente investigación es de carácter básica debido a que el desarrollo de las consecuencias jurídicas en otorgar capacidad de

ejercicio a las personas con discapacidad, demandará un estudio a nivel doctrinario, dogmático, y que no tendrá lugar la manipulación de variables ni el cambio de la realidad.

Dicho análisis, ayudará a describir y cuestionar la actual realidad jurídica, y como es que a través de dicho estudio se proponga mejoras en beneficio de la sociedad.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Explicativa

El nivel o alcance que tendrá la investigación proyectada es explicativa, porque se llevará a cabo un análisis de los dispositivos normativos y la doctrina para determinar las consecuencias jurídicas de otorgar capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad en la celebración del matrimonio.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

El enfoque de la investigación es cualitativa, dado que se basará en métodos de recolección de datos sin medición numérica, con el propósito de “reconstruir la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido” (Hernández, 2003); analizará diferentes documentos que contengan la doctrina y normatividad y casuística que servirá de referencia a la investigación para obtener una posición clara y definida acerca de las consecuencias jurídicas que trae consigo la reciente

modificatoria del código civil con respecto a dotarles de capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

1.7. Hipótesis

Las consecuencias jurídicas de otorgar capacidad jurídica a personas privadas de discernimiento en la celebración del matrimonio, son:

- a. La afectación al principio de promoción del matrimonio.
- b. La imposibilidad del cumplimiento de los deberes del matrimonio.
- c. La inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio.

1.8. Métodos de Investigación

1.8.1. Genéricos

A. Analítico – sintético

Analizar significa desintegrar, descomponer un todo su parte para estudiar en forma intensiva sus partes o sus elementos, como indica Aranzamendi Ninacondor (2015) por medio del análisis “se busca las causas de los fenómenos y leyes que los rigen”; en ese sentido, aplicando el método propuesto a la presente investigación, se analizó los elementos descritos tales como: capacidad jurídica, seguridad jurídica, igualdad, todo ello con la finalidad de analizar las consecuencias jurídicas de otorgar capacidad de ejercicio a las personas privadas de discernimiento.

1.8.2. Propios del Derecho

A. Exegético

A partir de este método, permite identificar la regulación literal o expresa de la norma, tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. Se utilizó este método respecto a los textos legislativos que hagan referencia al Decreto Legislativo 1384 “Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones”, la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

B. Dogmático

El método dogmático sirvió como medio principal para identificar el problema jurídico, haciéndose valer de las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico (jurisprudencia, doctrina,) para tal efecto, se analizó el inciso 2 del artículo 43° del Código Civil en donde eran considerados como incapaz absoluto los que por cualquier se encuentren privados de discernimiento, incisos 2 y 3 del artículo 44° en donde se elimina las causales de retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad, así como también se suprimió como impedimento absoluto del matrimonio, numeral c) del artículo 241° del código sustantivo, a aquellos que padecieran crónicamente de enfermedad mental aunque tengan intervalos lúcidos, así como también se les dotan de capacidad jurídicas a aquellas personas

privadas de discernimiento. La realización de este método, será de mayor rigor al método exegético.

C. Hermenéutico

Este método, nos ha permitido analizar la finalidad de la norma, permitió describir los intereses que motivaron la ley, definir la realización de los objetivos a los que se encuentra destinado la ley. Por tanto, se analizó de manera extensiva los principios constitucionales como la promoción del matrimonio, la igualdad, frente a las disposiciones normativas del Decreto Legislativo N° 1384 y el Código Civil.

1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación

1.9.1. Técnica

En cuanto al método analítico sintético y al exegético se utilizó la observación documental, a fin de recabar informaciones necesarias para construcción de la investigación, tales como: información contenida en libros y revistas con doctrina sobre autores especializados en el tema tratado, así como doctrina jurisprudencial.

En cuanto al método dogmático y al hermenéutico se utilizó la argumentación, desarrollando un trabajo constructivo de ideas y conceptos con relación a regulación, naturaleza, funcionamiento, deberes, obligaciones que nacen del instituto del matrimonio, asimismo, con el contenido del derecho de las personas a la

igualdad, y, también, al principio de la seguridad jurídica; a fin de demostrar la hipótesis que nos hemos planteado.

1.9.2. Instrumento

En la investigación, con respecto a los métodos analítico – sintético y exegético, con la finalidad de examinar la información obtenida, se organizó una hoja guía de observación documental, para tener un cronograma de lecturas separadas por cada categoría resultante de nuestra hipótesis, de esta forma se organizó de forma sistemática u ordenada nuestro marco teórico, lo que nos conllevó a plantear adecuadamente nuestra demostración de la hipótesis.

Con respecto a los métodos dogmático y hermenéutico, consideramos que el instrumento que se utilizó comparte la misma naturaleza que el método, porque la argumentación supone la misma utilidad.

1.10. Estado de cuestión

En el transcurso del desarrollo de la investigación se han encontrado dos trabajos de investigación que se han abocado al análisis del Decreto Legislativo N° 1384 en cuanto a cómo los juzgados valoran y aplican los requisitos de apoyos y salvaguardias, a favor de la personas con discapacidades.

Así, se tiene, entonces, que, en la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo, Chiclayo – Perú, la Bachiller en Derecho Martyoly Ruiz Esquerre para optar su Título de Abogada, desarrolló su trabajo de Tesis

titulada “La Designación Judicial de Apoyos para las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de sus Derechos”, arribando a las siguientes conclusiones:

La necesidad de legislar taxativamente los tres requisitos abarcados a lo largo de la investigación es innegable, si bien la realidad social del Perú no estaba preparada para ese cambio, al ser introducida la figura de los apoyos en el ordenamiento jurídico, es también necesario brindar a los jueces las armas legales necesarias para resguardar en la mayor medida posible los derechos de las personas con discapacidad. (Ruíz Esquerre, 2020)

El segundo trabajo encontrado, se realizó en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por Sharon Geraldine Bustamante Arce para optar con el Título de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina, la misma que denominó su trabajo como “Aplicando la reforma del Código Civil: Capacidad jurídica y salvaguardias”, arribando a la siguientes conclusiones:

El Decreto Legislativo N° 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, se alinea a las obligaciones internacionales que establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, derogando la curatela e interdicción respecto a las mismas.

Sin embargo, del análisis demuestra que se han designado apoyos con facultades de representación al ser obligatorios y que cuentan con alcances muy amplios y salvaguardias probablemente ineficaces y poco creativas. Por lo mencionado, si no existe un adecuado entendimiento de lo que significa esta reforma legislativa, podríamos continuar con un sistema de curatela en las sombras. (Bustamante Arce, 2019)

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Fundamento iusfilosófico

Es de suma importancia plasmar en este punto nuestro enfoque iusfilosófico, para dar mejor entendimiento al lector, en ese sentido, nuestra investigación se ha asentado dentro del plano epistemológico de la Teoría General del Derecho, donde se estudian las normas, principios, y sus relaciones entre sí, en una esfera jurídica pura, no relacionando las normas con la persona en un caso concreto. Más bien nuestro trabajo tiene un matiz abstracto, es decir, para su realización no se tuvo que observar la realidad concreta, sino la realidad abstracta de las normas jurídicas como la Constitución, el Código Civil y el Decreto Legislativo N° 1384.

En ese contexto, habiendo ubicado nuestra investigación en el filosófico general, conviene ahora, acogerse a una de las populares corrientes filosóficas del derecho. Por la naturaleza de nuestra investigación, en la que nos hemos dedicado a analizar la injerencia o afectación de haberse derogado el inciso 2 del artículo 43° del Código Civil en la institución del matrimonio, es obligatoriamente necesario optar por el postpositivismo jurídico.

El postpositivismo jurídico, plantea en sus bases más amplias creer en el inminente Estado Constitucional de Derecho, por el que, todos los poderes públicos y privados, así como el ordenamiento jurídico que deberá estar sujeto a la Constitución. Resulta, entonces, adecuado, acogerse a esta corriente, pues, en este trabajo se analiza la coherencia existente entre la

norma derogatoria del Código Civil y la Constitución; si se analizan principios recogidos en esta norma fundamental, sin lugar a dudas, se debe invocar los paradigmas del postpositivismo.

No olvidemos, también, que, es el postpositivismo que propone la utilización de normas bases en forma de principios para delimitar la aplicación de normas específicas o reglas. En ese sentido, en esta Tesis, se plantea justamente ello, el deslinde entre la igualdad y la seguridad jurídica, como principios constitucionales y, cómo esta ponderación afecta la institución del matrimonio en cuanto a su constitución a través del acto jurídico.

La base lusfilosófica para el desarrollo del presente trabajo de investigación será orientada por los escritos del maestro Bechara Llanos (2011).

2.1.1. El Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales

El Estado Constitucional de Derecho, así como la teoría principialista y la conexión entre el derecho y la moral, son las bases del postpositivismo, en ese sentido, es necesario determinar algunas cuestiones esenciales de éste régimen.

Así, el Estado Constitucional se afirma sobre la base de principios y de libertades, siendo estas colectivas e individuales. Lo que es seguro, es que a la hora de proteger estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales forjan los principios de un Estado creado bajo las bases de libertad,

orden y justicia social. En ese panorama, el Estado constitucional trata de ser imparcial, jugando un papel mediador entre la moral y el derecho. Como lo dice Alexy, el Estado Constitucional trata de conciliar el derecho y la moral. (p. 64)

En cuanto a los derechos fundamentales, se debe precisar, los autores que proponen y predicán la corriente del postpositivismo y por lo tanto la teoría principialista, consideran que sólo serán principios, los derechos fundamentales, situación que se debe comprender a la hora de analizar principios o derechos fundamentales.

2.1.2. La justificación de los derechos y el traspaso del sistema de reglas a la esfera de principios y reglas

En la aplicación de los principios se debe tener en cuenta la diferencia de las reglas, entendiendo estas como normas jurídicas. La concepción de mandatos de posibilidades fácticas en la aplicación judicial del derecho. Es decir, como señala Bechara Llanos (2011), “En la medida real de concreción, atendiendo a características de resultado y cumplimiento, teniendo condiciones de determinación, diversidad de grados y, como ya se mencionó, posibilidades fácticas jurídicas de operatividad.” (p. 64)

En ese sentido, resulta fundamental para la teoría principialista introducido con nuevo paradigma postpositivista, del modelo subsuntivo que los operadores del derecho venían aplicando, al modelo más contemporáneo o actual que se vale de instrumentos

como la argumentación jurídica, racionalista o deductiva; por ello, el análisis ya no se centrará en la adaptación que se le dé a los hechos del caso concreto en un predeterminado marco normativo, sino que, al existir también principios, la evaluación será diferente y se abocará al grado de exigibilidad u optimización de cada mandato fundamental.

En tal virtud, se debe entender a los principios y sus conflictos como contraposiciones entre valores. Si esto es así, aún surge un problema en el pensamiento conciliatorio principialista, al momento de compararlos para determinar cuál debe prevalecer o sobreponerse a los efectos del otro, pues, no se cuentan con definidos criterios para establecer el orden o peso jerárquico entre éstos, debido a que, la Constitución no ha consagrado taxativamente estos criterios, dejando este análisis, a merced o a discreción de los operadores del derecho.

Así Bechara Llanos (2011) señala:

La razón filosófica fundamental es que el orden jerárquico se construye como un sistema integrado de normas, reglas, valores, principios, directrices, precedentes. Y tratándose de derechos fundamentales no son excluyentes entre sí por sí solos, sino que el caso o la aplicabilidad concreta es la que determinará cuál debe prevalecer, y es por eso que justificamos la ponderación en la misión del Estado Constitucional. (p. 64).

Aguiló Regla (2007), señala que: “En cuanto al cambio de paradigma del imperio de la ley al estado constitucional, es decir, del paradigma positivista (legalista) al paradigma pospositivista (constitucionalista),

existen cambios sustanciales en la formas de entender la aplicación del derecho a través de las normas.”

El modelo de las reglas, es propio de la corriente iusfilosófica positivista, esta teoría filosófica propone la estructura de un sistema jurídico conformado por reglas. El postpositivismo, que aparece luego de la segunda guerra mundial, como una nueva concepción de los derechos de la persona, propuso la inclusión de los derecho fundamentales dentro de la Constituciones, hecho que cambiaría irreversiblemente el modelo de Estado de Derecho a un nuevo modelo, al Estado Constitucional de Derecho, y con ello, un nuevo modelos de sistema jurídico, reconociendo la existencia de dispositivos jurídicos diferentes a la reglas en cuanto a su fundamentalidad y amplitud, normas reguladoras de la aplicación de las reglas, denominados principios.

La diferencia estructural y funcional entre principios y reglas hace posible un régimen normativo con una convivencia estable y armónica; así, las reglas por ser disposiciones exactas contienen la forma que debe tomar una conducta para encajar y provocar su aplicación y eficacia, a diferencia de éstas, los principios, son mandatos generales, fundamentales por cierto, que imponen a su aplicación el respeto por los derechos fundamentales.

Aguiló Regla (2007), hace un análisis complementario de lo explicado:

Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas. Mientras que el postpositivismo explica que, Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas).

Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un «balance, ponderación o compromiso» entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios. (pp. 669 - 670)

2.1.3. Conflictos entre principios

En su teoría de los derechos fundamentales Robert Alexy¹ plantea que las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta a cómo se solucionan los conflictos entre la aplicación de reglas o, en la aplicación de una regla y un principio.

Bechara Llanos (2011), plantea frente a esto:

Cuando dos principios entran en colisión, tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro, eso mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso

¹ Al respecto Robert Alexy habla sobre la colisión de principios en su teoría de los derechos fundamentales, en la ponderación de bienes jurídicos, estos como principios de derechos fundamentales. (Bechara Llanos, 2011).

concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente. Es decir, a diferencia de las reglas que se aplican de la forma “todo o nada”, los principios constitucionales se pueden aplicar de manera diferencial a cada caso concreto, pues estos no pierden su validez jurídica al no ser aplicados cuando otro principio es empleado en la solución de la controversia. (p. 66)

La tarea de la determinación del peso de cada principio dentro de la esfera conflictiva entre éstos, supone el establecimiento de una relación de precedencia, es decir, cuál sería el principio que se colocaría por encima del otro, en un determinado caso concreto. Esta relación de precedencia y preferencia entre dos o más principios que ha entrado en conflicto, provoca necesariamente la vulneración de uno y la eficacia vencedora del otro, este juicio valorativo, es sobremanera delicado, pues, no hay norma o Constitución que establezca criterios de determinación de prevalencia, por ello, el ejercicio de ponderación debe efectuarse de manera responsable y con amplio conocimiento de las corrientes iusfilosóficas que la proponen o denuncian.

2.1.4. La fisiología de los principios en la técnica de ponderación

Como se desarrolló en párrafos precedentes respecto de los modelos o sistemas normativos propuestos por cada corriente filosófica, ya sea, la positivista o postpositivista, reconocen la existencia de un sistema jurídico, sin embargo, la primera solo aprueba la composición de éste por reglas y, la segunda, tolera la convivencia de reglas y principios, así también propone los criterios de relación convivencial entre éstos.

En cuanto a la aplicación de la reglas, se estima que mientras éstas eran los únicos elementos del sistema, su técnica aplicativa implicaba el silogismo o subsunción, es decir, acoplar los hechos a la norma predeterminada para que ésta surta efectos. Ahora, al haber aceptado la existencia de principios dentro del sistema jurídico y por ende, a la corriente postpositivista, se utilizará como herramienta a la ponderación² y como instrumento a la argumentación jurídica, ya que se tratará de determinar, utilizando adecuadamente la discrecionalidad, qué principio prevalece sobre otro, y cuál es el rol de los principios en la aplicación de las reglas.

Las características particulares de los derechos fundamentales como ser abstractos e indeterminados, son la prueba más evidente de que nuestro ordenamiento jurídico está plagado de principios. En cuanto a su forma o fisiología, podríamos decir que, no se parecen a las normas tradicionales, pues, no contienen un texto susceptible de subsunción, sino que contienen una gran diversidad de aplicación fáctica, ello, mediante la ponderación u optimización del principio en determinados casos. Por ello, Bechara Llanos (2011) establece:

Entonces, el proceso de ponderar significa asignarle un peso determinado a cada principio en el caso concreto, pues si no se realizara dicho procedimiento, ¿cómo se solucionarían las colisiones entre principios de derechos fundamentales consagrados positivamente en una constitución? Entraríamos en una indeterminación normativa o, en este caso, en una indeterminación de principios. (p. 67)

² En la teoría del derecho actual esta idea no es totalmente absoluta ya que, de conformidad con los aportes de Dworkin, en el pensamiento anglosajón y de Alexy en el germánico, se introducen los principios y la ponderación. (p. 66).

Ronald Dworkin, citado por Bechara Llanos (2011) determinó que: “los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto. Ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión.”

En ese sentido, no se trata de que las reglas hayan perdido en su aplicación a la técnica subsuntiva, sino que, al haberse introducido principios al ordenamiento jurídicos, para su convivencia entre ellos, era necesario implementar un nuevo método aplicativo, es así que surge la ponderación y su técnica la argumentación jurídica. En la función jurisdiccional, es importante conocer los alcances de la ponderación, ya que si hemos aceptado un Estado Constitucional de Derecho no podemos seguir aplicando sólo la subsunción como regla general.

Para ello, el máximo intérprete de la Constitución debe orientar esta aplicación determinando los lineamientos interpretativos para resolver los conflictos entre principios, teniendo en cuenta la naturaleza de cada principio.

2.1.5. La regla que determina la ponderación de principios como mecanismo para su aplicación

La definición de la regla de ponderación según Alexy, es: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la

satisfacción del otro, esta es la regla constitutiva para las ponderaciones.” (Bechara Llanos, p. 69)

Esta regla expresa un mecanismo universal para la aplicación de la ponderación cuando surgen conflictos entre estas normas particulares, denominadas: principios; regla denominada por Alexy, la ley de la ponderación.

En cuanto a esta Ley, desarrolla Bechara Llanos (2011):

La ley de la ponderación plantea la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios, dependiendo del grado de importancia de la satisfacción del otro. La ley de la ponderación expresa en qué consiste esta relación, que se refiere a que cada principio por sí solo no puede determinar su peso, de una manera total o absoluta, sino que esta determinación hace que los pesos sean relativos. La ley de la ponderación lleva a la trascendencia del principio ponderado para su satisfacción, generando así un mandato. (p. 70).

Surgido un conflicto entre principios constitucionales, no se podrá resolver este problema convergente con la determinación de su relación de jerarquía o campo de aplicación, ya que, nos encontramos antes dos mandatos que tienen el mismo grado de importancia dentro del ordenamiento jurídico. En ese caso, la decisión más racional es, decidir qué principio debe prevalecer sobre el otro y en qué grado, este prevalecimiento, deba ser justificado, pues, como se sabe, al efectivizarse uno de ellos, los efectos del otro serán mermados, esta tarea justificativa es la que entendemos como ponderación. El postpositivismo, no ha ideado mejor método para resolver los conflictos entre principios.

Finalmente, la relación que surge del resultado de la determinación de los pesos de cada principio parte del conflicto, y del sustento argumentativo de la justificación de prevalencia o preferencia entre los principios, se denomina, relación de precedencia, es decir, no se trata de tomar una decisión vacía, sin fundamento, sino de argumentar alturadamente una justificación lógica y proporcional.

2.1.6. Los principios constitucionales y el Estado Constitucional de Derecho

El modelo de los principios constitucionales se encuentra estrechamente ligado al concepto mismo y a la idea del Estado constitucional. Esto es, pues, debido a que la teoría principialista es una de las bases o aristas del postpositivismo, en ese sentido, al aceptar un Estado Constitucional de Derecho por el Constitucionalismo moderno o Neo constitucionalismo, por ende también se acogió a esta teoría, la principialista.

La teoría principialista trajo consigo, asimismo, una nueva forma o método de aplicar a las normas generales y fundamentales, es decir, a los principios, esto es, la ponderación; ya no era suficiente ni adecuado, seguir aplicando la subsunción método general a toda norma jurídica, pues esta vez se trataría de normas con naturaleza y estructura diferente a la de las reglas, siendo susceptibles sólo de ponderación.

Bechara Llanos (2011), replica: “Hoy, pensar el derecho sin principios y sin ponderación es no pensar en el derecho que se

construye a través de la Constitución, no sólo como norma de normas, sino como el conjunto de normas que integran, fundamentan y orientan todo el sistema jurídico.” (p. 75)

2.2. Doctrinas, teorías jurídicas, conceptos relacionados con el problema de investigación

2.2.1. La discapacidad en el Perú

A. Modelos de tratamiento de la discapacidad

Para poder comprender el modelo social de discapacidad a lo largo de la historia, resulta importante hacer un repaso de los modelos que le precedieron, siendo importante hacer mención a la clasificación que realiza. (Palacios, 2008)

a. El modelo de prescindencia

Tal como su nombre indica, durante la Antigüedad y la Edad Media, la actitud más común hacia la discapacidad era la prescindencia. Ya sea por haber recibido un castigo de los dioses o bien por considerarse que las personas con discapacidad no tenían nada que aportar a la comunidad, se asumía que sus vidas carecían de sentido y que, por lo tanto, no valía la pena que la vivieran. En efecto, puntualiza Agustina Palacios que este modelo se explica a partir de dos presupuestos, uno relacionado con la causa de la discapacidad y otro con el rol del discapacitado en la sociedad. (Velarde Lizama, 2012)

Dentro del modelo de prescindencia, se considera posible distinguir la existencia de dos submodelos: el eugenésico y el de marginación. Esta distinción se basa en las diversas consecuencias que pueden derivarse de aquella condición de innecesaridad que caracteriza a las personas con discapacidad. Así, se verá que —si bien desde ambos submodelos se prescinde de las vidas de estas personas— en el primero la solución es perseguida a través de la aplicación de políticas eugenésicas, mientras que en el segundo dicho objetivo es alcanzado mediante la marginación. (Palacios, 2008)

La introducción y expansión del cristianismo produce un cambio importante en la situación de los discapacitados, pues se condena el infanticidio. De ahí que el medioevo haya sido prolífero en asilos y hospitales donde eran cuidados los niños con diversidades funcionales que sus padres habían abandonado. Mucho se ha criticado a los siglos medievales por la marginación de los niños discapacitados, encerrados en orfanatos, pero basta revisar cualquier historia de la vida privada de aquel período para advertir que tampoco los infantes sanos recibían demasiada atención. Bien sabido es, en efecto, que las tasas de mortalidad eran tan altas, debido a las malas condiciones sanitarias y alimenticias, que las madres dejaban a sus recién nacidos al cuidado de nodrizas y sólo comenzaban a relacionarse con ellos hacia los siete años, etapa en la que

se consideraba que ya habían sobrevivido a la infancia y que tenían importantes probabilidades de llegar a la vida adulta. Pero, criticable o no, lo cierto es que, como producto del cristianismo, transitamos del submodelo eugenésico –propio del mundo antiguo– al submodelo de la marginación –característico de la Edad Media– y cuyas pautas se prolongan hasta principios del siglo XX. (Velarde Lizama, 2012)

El modelo de prescindencia entiende la discapacidad desde una perspectiva metafísica, esto es, “como un castigo de los dioses, el producto de brujería o de una maldición”; desconoce la dignidad humana de la persona con discapacidad, y considera legítimo prescindir de ella o relegarla al ostracismo. La respuesta de los sistemas jurídicos bajo este modelo es la eliminación de las personas con discapacidad, la sustracción total de su capacidad jurídica y su segregación y aislamiento social en instituciones destinadas a mantenerlas allí, sin ningún desarrollo de sus potenciales. Correlativamente, este modelo entiende a las personas con discapacidad como un grupo que no tiene nada que aportar a la sociedad, sea porque al nacer con ella no se les otorgan las oportunidades necesarias para lograr su inclusión en todas las esferas de la vida social, sea porque una vez adquirida se las ve como una carga, como un problema. (Uribe Mariño, 2014)

Las características o presupuestos esenciales del modelo que se denominará de prescindencia son dos: la justificación religiosa de la discapacidad, y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad. En primer lugar entonces, se asume que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas: un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad, o una advertencia de los dioses acerca de que la alianza se encuentra rota y que se avecina una catástrofe. En cuanto al segundo presupuesto, se parte de la idea de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, que es un ser improductivo y además una carga que deberá ser arrastrada, ya sea por los padres o por la misma comunidad. (Uribe Mariño, 2014)

b. El modelo rehabilitador

A principios del siglo XX, a raíz de la Primera Guerra Mundial y de la introducción de las primeras legislaciones en torno a la seguridad social, el concepto de discapacidad asiste a un cambio de paradigma. En efecto, y aun cuando se pueden encontrar algunas transformaciones en los siglos anteriores, fueron los millares de soldados mutilados durante la Gran Guerra, por un lado, y el auge de las leyes laborales, por otro, los que verdaderamente modificaron la forma de entender la

diversidad funcional: los impedimentos físicos y mentales dejaron de ser considerados castigos divinos y comenzaron a entenderse como enfermedades que podían recibir tratamientos, por lo que, las personas aquejadas de alguna dolencia, no necesitaban ser marginadas de la sociedad. Fue así como el modelo de prescindencia pasó a ser sustituido por el modelo médico o de rehabilitación, cuyos fundamentos impregnan la mentalidad común hasta el día de hoy. (Velarde Lizama, 2012)

Ahora bien, ¿qué supuestos filosóficos podrían sustentar el modelo de rehabilitación? Explica Francisco Guzmán que: “En los tratados de ética y filosofía se analiza la inherente fragilidad del ser humano desde los supuestos aproximativos diferentes. En primer lugar se considera al ser humano frágil como un objeto de la acción ética del sujeto, alguien a quién se sitúa en un plano inferior de existencia y al que se trata de ayudar para que recupere su estatus de ser humano autónomo, autosuficiente, sano, inteligente etc. Desde este punto de vista se estudia el mejor modo de tratar a quienes padecen penalidades y las maneras de fomentar medios morales y sociales para su superación o erradicación”. (Velarde Lizama, 2012)

Finalmente, cabe destacar que, durante la segunda mitad del siglo XX, se advierte un paulatino tránsito hacia un nuevo

cambio de paradigma respecto de la discapacidad. En efecto, y aunque muy lentamente, una revisión de la historia de las resoluciones de Naciones Unidas muestra cómo el modelo rehabilitador fue dando paso a lo que hoy conocemos como modelo social. Así, por ejemplo, en la década de los setenta, dos resoluciones dejan de hablar de asistencia –término característico del modelo médico– para referirse a los derechos, palabra introducida por el modelo social. El primero de dichos instrumentos se remonta a 1971 y es la “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental”; mientras que el segundo documento, emitido en 1975, fue denominado “Declaración de los Derechos de los Impedidos”. La década de los ochenta implicó un gran paso a este respecto en el ámbito internacional: 1981 fue proclamado “Año Internacional de los Impedidos” por la Asamblea General de Naciones Unidas; El decenio comprendido entre 1983 y 1992 fue proclamado “Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad”; y, en 1993, el mismo organismo aprobó una resolución histórica titulada “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad”, cuya filosofía y principios fueron elaborados en gran medida por personas con diversidades funcionales, respondiendo a las reivindicaciones que venían pidiendo desde hacía muchos años. (Agustina y Francisco, 2007)

Las características o presupuestos fundamentales del modelo que se denominará rehabilitador son dos. En primer lugar, las causas que se alegan para justificar la discapacidad ya no son religiosas, sino que pasan a ser científicas. En este modelo ya no se habla de dios o diablo, divino o maligno, sino que se alude a la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad. En segundo lugar, las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad, sino que ahora se entiende que pueden tener algo que aportar, aunque —como se verá— ello en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas. Desde la visión prevaleciente en este modelo, entonces, se considera que la persona con discapacidad puede resultar de algún modo rentable a la sociedad, pero dicha rentabilidad se encontrará supeditada a la rehabilitación o normalización —y, esto significa, en definitiva—, supeditarla a que la persona logre asimilarse a los demás —válidos y capaces— en la mayor medida de lo posible. (Agustina y Francisco, 2007)

c. El modelo social

Es posible situar el nacimiento del modelo social - o al menos el momento en que emergen sus primeros síntomas - a finales de la década de los años sesenta o principios de la del setenta del siglo XX, en Estados Unidos e Inglaterra. Hasta dicho momento, en las sociedades occidentales la discapacidad

venía siendo considerada como el resultado exclusivo de las limitaciones individuales de una persona, que implicaba una tragedia personal para el afectado o afectada, y un problema para el resto de la sociedad. No obstante, desde finales de la década de los años sesenta, dicha consideración ortodoxa comenzó a ser el blanco de campañas a través de Europa y Estados Unidos. Las personas con discapacidad - en particular aquellas que vivían en instituciones residenciales - tomaron la iniciativa de buscar sus propios cambios políticos. (Palacios y Bariffi, 2007)

De este modo, los activistas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus como «ciudadanos de segunda clase». Reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que —según alegaban— discapacitaban a las personas con deficiencias. Así fue como la participación política de las personas con discapacidad y sus organizaciones abrió un nuevo frente en el área de los derechos civiles y la legislación antidiscriminatoria. (Palacios y Bariffi, 2007)

Ello surgió inicialmente en Estados Unidos, donde ha existido una larga tradición en campañas políticas basadas en los derechos civiles. En la materia que nos ocupa, hubo un

considerable refuerzo en las luchas por los derechos civiles de los años sesenta, que fueron teniendo influencia en las actividades de las organizaciones de personas con discapacidad. Así, la lucha por los derechos civiles de las personas negras, con su combinación de tácticas de lobby convencional y acciones políticas de masas, proveyó un mayor estímulo a un emergente «movimiento de derechos de las personas con discapacidad». (Palacios y Bariffi, 2007)

De este modo, las piedras angulares de la sociedad americana—capitalismo de mercado, independencia, libertad política y económica— fueron reproducidas en el enfoque del denominado movimiento de vida independiente, abogando por servicios de rehabilitación sobre la base de sus propios objetivos, métodos de reparto, y dirección propia de programas. La elección y el control del consumidor fueron acentuadas, fijando la dirección relativa a la orientación y el cuidado personal en las propias personas con discapacidad, en claro contraste con los métodos tradicionales dominantes. (Palacios y Bariffi, 2007)

Esto acentuó —entre otras cuestiones— los derechos civiles, el apoyo mutuo, la desmedicalización, y la desinstitucionalización. (Palacios y Bariffi, 2007)

El modelo social se encuentra, entonces, muy relacionado con la consideración de la discapacidad como una cuestión de

derechos humanos. Se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, y de manera accesorio —y sólo en el caso que sea necesario— en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona —en la sociedad (Palacios y Bariffi, 2007)

Los presupuestos fundamentales del modelo social son dos. En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo presupuesto —que se refiere a la utilidad para la comunidad— se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas —sin discapacidad. (Palacios y Bariffi, 2007)

De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la

inclusión y la aceptación de la diferencia. (Palacios y Bariffi, 2007)

B. La protección de la discapacidad a nivel internacional

a. En el sistema internacional de Derechos Humanos

Según Brownlie (1998) la Carta de las Naciones Unidas posicionó a los derechos humanos como un elemento fundamental en la esfera de las obligaciones internacionales, este fue el primer instrumento que empleó la terminología 'derechos humanos'. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas del 26 de junio 1945, entrada en vigor 24 de octubre de 1945, artículo 1, indica que dentro de los propósitos de esta organización se encuentra incluir la cooperación en la "promoción y alentar el respeto por los derechos humanos". El artículo 55 es el más importante en este ámbito pues establece que la Organización debe promover: "(c) el respeto universal por, y la observancia de, los derechos humanos y las libertades para todos sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión". El artículo 56 establece que: "Todos los miembros se comprometen a emprender acciones de forma conjunta o separada en cooperación con la Organización para el logro de los propósitos establecidos en el artículo 55. (Palacios, 2008)

Asimismo, Steiner y Uribe (2014) señala que las Naciones Unidas ha desarrollado una arquitectura institucional para dar

efectividad y cumplimiento a los tratados internacionales. Este sistema tiene tres componentes: establece estándares internacionales para la protección de la persona humana, promueve la conclusión de tratados internacionales, así como declaraciones no obligatorias, acuerdos y documentos, establece Relatores Especiales y Expertos, grupos de trabajo, comités y órganos de tratados. (Palacios, 2008)

En palabras de la Corte Interamericana Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1988), y como lo ha señalado desde sus primeros casos: “la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria de la interna”.

b. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Los derechos y libertades fundamentales contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben ser garantizados y respetados por el Estado a todas las personas que se encuentran dentro de su territorio (a excepción de los derechos políticos contenidos en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aplicables solo a los ciudadanos) en condiciones de igualdad, sin ninguna distinción, preferencia, exclusión o restricción por motivos de

raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Algunos de estos derechos solo pueden ser suspendidos temporalmente en las situaciones excepcionales contenidas en el artículo 4 de ese instrumento, y solo podrán ser restringidos legítimamente por razones de protección del orden público, seguridad pública, salud y moral pública o para proteger los derechos de otras personas.

El Pacto, como instrumento internacional que forma parte del ordenamiento jurídico peruano, complementa las disposiciones nacionales en materia de derechos civiles y políticos, y el respeto y garantía de sus normas representa un desafío para el Estado, especialmente para viabilizar que su aplicación se realice conforme a los principios rectores de equidad, igualdad y no discriminación. Pero ese desafío se extiende además a lograr que los funcionarios y empleados públicos conozcan el Pacto y lo observen en el desarrollo de sus funciones, a lograr que los peruanos en general tengan acceso a la información sobre sus derechos y a los mecanismos para demandar ante el Estado su respeto.

La calidad de Estado Parte que se obtiene a través de la ratificación o adhesión voluntaria a instrumentos internacionales como éste, conlleva pues para el Estado la

obligación de implementarlo, de difundirlo y sobre todo de respetarlo, incluye además la obligación de informar a órganos como el Comité de Derechos Humanos sobre los progresos que se alcanzan en su aplicación pero también sobre los obstáculos que se encuentran en su implementación.

Como explican Quinn y Degener (2002), el camino hacia la perspectiva basada en los derechos humanos se pone de manifiesto también en el hecho de que las instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos han comenzado a interesarse por las cuestiones relativas a la discapacidad. La importancia de esto radica en que estas instituciones ayudan a tender un puente entre el derecho internacional relativo a los derechos humanos y los debates internos sobre la legislación a favor de las personas con discapacidad y la reforma de la política. (Palacios y Bariffi, 2007, p. 27)

El cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, derivadas del Pacto, permitirá que hombres, mujeres, niños, pueblos indígenas, nacionales y extranjeros, disfruten plenamente de sus derechos civiles y político.

En el Perú, fue aprobado, por el Artículo Único del Decreto Ley N° 22128, que prescribe: “Apruébese el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200A (XXI), de

16 de diciembre de 1966". (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019)

c. En la Convención Americana de Derechos Humanos

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019)

Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en esta Convención no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general

dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones. (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019)

En nuestro país, fue aprobado por el Artículo Único del Decreto Ley N° 22231, que señala: “Apruébese la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, suscrita por el Gobierno de la República del Perú, el 27 de julio de 1977”. (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019)

d. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce desde la igualdad, la no discriminación y la autonomía los derechos humanos de las personas con discapacidad. Es decir, hace una relectura de estos derechos para que sean garantizados a las personas con discapacidad, por ello, atiende a las causas estructurales de la desigualdad, y de esta forma se entiende la importancia radical que el texto reconoce a la igualdad y a la autonomía. Para entender el enfoque de derechos humanos y discapacidad que instaura la Convención, hay que tener en cuenta la definición de persona

con discapacidad que la misma contiene. (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

Para la Convención, la discapacidad es la suma de dos situaciones: (a) la deficiencia, que atiende a la dimensión biológica, ya sea física, mental, intelectual o sensorial, y (b) la barrera, que son todos los impedimentos (legales, interpersonales, físicos y a la comunicación) que imposibilitan la igualdad y no discriminación. En todo caso, desde un punto de vista terminológico, la palabra a usar es el de persona con discapacidad, pero, para entender el sentido de la Convención y el enfoque de derechos humanos, es necesario plantear esa doble dimensión. (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

En cuanto a su origen, en el ámbito de Naciones Unidas hay tres reflexiones clave que señalaron la necesidad de una convención específica: la de los dos Relatores Especiales de Discapacidad, Leandro Despouy y Bengt Lindqvist, y los resultados del informe encargado por la Alta Comisionada de Naciones Unidas de los Derechos Humanos a Quinn y Degener sobre la efectividad de los instrumentos de Naciones Unidas para proteger a las personas con discapacidad. Despouy, destacó que la situación de desprotección de las personas con discapacidad derivaba, precisamente, de la carencia de un sistema propio de protección, y señalaba que esto generaba desigualdad con otros grupos vulnerables que sí gozaban de

reconocimiento y protección establecida por tratados específicos, por lo que defendió la necesidad de un texto propio para las personas con discapacidad, por cuanto no hacerlo implicaba seguir permitiendo los abusos y violaciones de derechos de las personas con discapacidad. (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

Por su parte, Bengt Lindqvist, también apostó por la necesidad de una convención específica al afirmar que existía una relación directa entre el carácter vinculante de la norma y la protección efectiva, y porque además entendía que el actual sistema era insuficiente por cuanto estaba contaminado por la percepción médica de la discapacidad, lo que la alejaba de los derechos humanos, y por ello concluía que era necesaria una convención específica que situara a la discapacidad en el ámbito de los derechos humanos. (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

El informe Derechos humanos y discapacidad elaborada por Quinn y Degener afirmó la insuficiencia del sistema de tratados para proteger los derechos de las personas con discapacidad, y apuntó seis argumentos sobre los que apoyaron la necesidad de elaborar una convención específica en materia de discapacidad, al entender que:

- a) Implicaría un avance significativo en la creación de un cuerpo normativo obligatorio clave para prevenir la discriminación.
 - b) Legitimaría las peticiones de prestar más atención y recursos en el sistema de derechos humanos de la ONU, a los gobiernos y otras organizaciones.
 - c) Daría un contenido mayor y más específico a los derechos humanos de las personas con discapacidad, lo que abriría ámbitos nuevos como el derecho a ser diferente, esencial en las nuevas áreas que se están abriendo en el campo de la biomedicina y bioética.
 - d) Otorgaría un instrumento específico a las organizaciones de personas con discapacidad para la promoción de sus derechos humanos.
 - e) Sería un catalizador del movimiento global de derechos de las personas con discapacidad.
 - f) Situaría la discapacidad en la agenda de Naciones Unidas.
- (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, describe en profundidad acerca de la igualdad ante la ley, el cual es un principio básico general de protección de los derechos humanos. En el citado artículo, no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad, solamente se describe los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar

a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, prescribe:

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de

intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En el artículo 12, párrafo 1, garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, siendo este un requisito necesario para que se le reconozca la capacidad jurídica de la persona. En el párrafo 2, la capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico, así como la capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce

a esa persona como sujeto facultado para realizar o crear, modificar o poner fin relaciones jurídicas. Asimismo, en el párrafo 3, respecto al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, se tiene que el término “apoyo” es un término amplio, en donde su intensidad varia de una persona a otra, teniendo en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad, por su parte el párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, el objetivo principal de las salvaguardas debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de las personas. (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

i. El propósito de la Convención

La Convención es un tratado de derechos humanos elaborado por representantes de la comunidad internacional (entre ellos los mismos discapacitados, funcionarios gubernamentales, representantes de organizaciones no gubernamentales y otros) para cambiar la forma como son vistas y tratadas en sus sociedades las personas con discapacidad, teniendo como propósito como bien indica en su artículo 1.1: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas

con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente". (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

De ello, se desprende que, en vez de considerar la discapacidad como un problema médico, caritativo o de dependencia, la Convención pretende que sea entendida en todo el mundo como un problema de derechos humanos. La Convención abarca muchos aspectos en los que pueden surgir obstáculos, tales como el acceso físico a los edificios, calles y transportes o el acceso a la información a través de los medios impresos y electrónicos. Asimismo, trata de reducir la estigmatización y discriminación, que se encuentran a menudo entre los motivos por los que los discapacitados se ven excluidos de la educación, el empleo, la salud y otros servicios. (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

La convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es un instrumento internacional jurídicamente vinculante que garantiza que los Estados que lo han ratificado fomentarán, garantizarán, y protegerán los derechos de las personas con discapacidad. (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

La participación plena de las personas con discapacidad fue un elemento fundamental que quedó plasmado, sin duda, en el texto del articulado. Pero asimismo, el mismo proceso de elaboración de la Convención resultó muy enriquecedor para

todos los actores intervinientes. Entre otras razones, porque incrementó la conciencia pública respecto del enfoque de derechos en el ámbito de la discapacidad, trayendo a la superficie violaciones de derechos humanos ignoradas, desarrollando fundamentos y apoyo mutuo por parte de las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos, catalizando desarrollos programáticos, y facilitando el costo efectivo de la colección de datos National Council on Disability (2002). (Perez Bueno y Lidón Heras, 2016)

ii. El reconocimiento y no reconocimiento de nuevos de derechos

Como señala Palacios (2008) se plantearon algunas dudas respecto de la necesidad de que la Convención reconociera nuevos derechos específicos de las personas con discapacidad. Esta cuestión quedó resuelta desde los inicios de los debates, entendiéndose que el objeto de la Convención no sería crear nuevos derechos, sino garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio en igualdad de condiciones, de los derechos ya reconocidos a todas las personas. De este modo, se repitió varias veces durante el proceso de elaboración de la Convención, que su objeto no era crear nuevos derechos, sino adaptar los ya existentes, al contexto de la discapacidad.

Según el Informe que ha elaborado recientemente la Alta Comisionada de las Naciones Unidas (2007) “la Convención no crea ningún derecho nuevo; más bien aclara las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales ya existentes”. (Palacios, 2008)

2.2.2. Capacidad

A. Aspectos Generales

Varsi Rospigliosi (2014), señala que el sujeto de derecho es aquel a quien se le adjudican facultades y deberes, derechos y obligaciones permitiéndole su desarrollo e interacción social. Como ser jurídico, el sujeto de derecho vales, importa y trasciende en el Derecho. (p. 803)

Asimismo precisa que, el ordenamiento jurídico lo dota de atributos inherentes a su existencia que representan cualidades o propiedades de sí, por medio de las cuales puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho. Con ellos, y a través de ellos, proyecta su desarrollo en la vida jurídico – social. (p. 803)

Recordemos nos dice Espinoza Espinoza (2004) que, la categoría jurídica de sujeto de derecho está dirigida todo centro de imputación de derechos y deberes adscribibles, siempre y en última instancia, al ser humano y la categoría jurídica específica de persona solo alude al hombre una vez nacido hasta antes de

su muerte y a la agrupación de hombres que se organizan en la búsqueda de un determinado fin, cumpliendo con la formalidad establecida por ley. (p. 523)

Messineo (1979) precisa que, el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituido por su capacidad jurídica, o capacidad que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general; de manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana; se la adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por el nacimiento y desde el momento del nacimiento; y acompaña al sujeto hasta la muerte. (pp. 99 - 100)

Espinoza Espinoza (2004), discrepa con la afirmación que hace Messineo, por cuanto el concebido no nacido, al ser sujeto de derecho, goza de una capacidad jurídica, pese a que está limitada “a todo cuando le favorece”. Lo mismo sucede, con las personas jurídicas y las organizaciones de personas no inscritas. (p. 524)

B. Concepto

Espinoza Espinoza (2004, p. 524) señala que, la doctrina es unánime al definir a la capacidad. Así tenemos que Cifuentes (1988) la entiende como la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos (p. 70). Abelanda (1980), la define como la aptitud para adquirir derechos y contraer deberes jurídicos (p.

239). García Amigo (1979) la concibe como la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas (p. 399)

Para Tobías (2009), la capacidad es un concepto núcleo del Derecho. (p. 97)

Varsi Rospigliosi (2014) señala que, es aquel atributo que permite adquirir y ejercitar derechos, en su acepción amplia indica aptitud, es decir, soy capaz en la medida que puedo realizar algo. Sirve para tener y practicar derechos y facultades. Es el permiso que el Derecho otorga al sujeto para que este pueda ser titular de atributos y prerrogativas. Aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar derechos y contraer obligaciones. (p. 803)

Como bien indica Priori Posada (2012), la noción de capacidad no es privativa del derecho procesal. Es una institución común a todas las ramas del derecho, pero además, es el presupuesto básico para la aplicación de la mayoría de sus instituciones jurídicas. Es que la noción de capacidad nos deriva necesariamente a la noción de sujeto de derecho (subjetividad jurídica) entendido este como un centro de imputación de situaciones jurídicas. (p. 43)

En efecto, la capacidad es la institución jurídica que permite establecer qué condiciones requieren presentarse para que un sujeto de derecho pueda ser un centro de imputación de situaciones jurídicas y qué otras condiciones deben presentarse

para que siendo un centro de imputación jurídica, las situaciones jurídicas puedan ser actuadas válidamente. Dicho de otro modo, la capacidad nos permite determinar la aptitud para que al sujeto de derecho pueda imputársele situaciones jurídicas, y las condiciones que deben presentarse a fin de determinar la validez de su actuación jurídica. (p. 44)

Castán Tobeñas (1943), indica que la capacidad supone una posición estática del sujeto, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico. (p. 804)

Para Borda (2008), la capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. (p. 429)

Capacidad es sinónimo de habilidad, competencia, aptitud, idoneidad, inteligencia, suficiencia. (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 804)

Así pues, los términos que adopta la doctrina jurídica contemporánea son la categoría jurídica genérica de sujeto de derecho, la cual alude a dos referencias existenciales: el ser humano individualmente considerado (concebido y persona individual) y colectivamente establecido (persona colectiva y organizaciones de personas no inscritas), y la expresión “capacidad”, para delimitar la aptitud de dichos sujetos de derecho. (Espinoza Espinoza, 2004, p. 524)

C. Principios relativos a la capacidad

Antes de analizarse la clasificación de la capacidad, señala Espinoza Espinoza (2004), es necesario deslindar la relación existente entre el concepto capacidad de goce o de derecho y el concepto de subjetividad jurídica, en tanto vendrían a ser idénticos. En efecto, el sujeto de derecho, como centro de referencia normativo, es titular del complejo de derechos y deberes que se le imputan. Por el hecho de ser humano, se es sujeto de derecho, y como tal, destinatario de tales derechos y deberes, de los cuales éste goza. De esta manera el concepto de capacidad de goce o de derecho es innecesario. (p. 525)

No sucede lo mismo con la capacidad de ejercicio (a la cual propongo denominarla simplemente capacidad), por cuanto, debido a que el sujeto se encuentra en determinada situación, éste no puede ejercer ciertos derechos y obligaciones, sin que por ello se aminore su subjetividad jurídica. Es en consideración a ello, se puede sostener que el reconocimiento de la subjetividad jurídica de los incapaces no se explica en razón de su madurez futura o de su posible vuelta a la normalidad. Son los fundamentales valores humanos, de que también los incapaces son portadores, los que hacen a estos sujetos jurídicos con igual plenitud que las personas capaces. (p. 526)

No faltan algunos autores que, por determinadas situaciones, como la del menor de edad que no puede contraer matrimonio, o

la del ciego que no puede otorgar testamento cerrado un ológrafo, sostienen que estos casos se refieren a incapaces de goce, lo que equivale a una limitación en cuanto a la subjetividad jurídica; pero como sostiene Gordillo (1986), ninguno de estos supuestos exige recurrir, para negarla o limitarla, a la capacidad jurídica; en ocasiones se tratará tan solo de específicas incapacidades de obrar, a veces simples y justificadas prohibiciones concretas, tal vez en algún caso de falta de legitimación. (p. 30). En estas hipótesis se interpone entre la subjetividad jurídica y la exclusión para realizar determinado acto una causal, con un fundamento propio (seguridad del mismo individuo, de la colectividad, entre otros), sin llegar a incidir sobre el concepto de la subjetividad jurídica. (p. 526)

Se sostiene que, de la lectura del segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución, pareciera interpretarse una limitación a la denominada capacidad de goce. Sin embargo, como ya ha sido observado, esta disposición, lejos de ello, reconoce efectos jurídicos al acto de adquisición del extranjero. De otra manera, no se comprendería la sanción de perder en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. En efecto, no existe un supuesto caso de limitación a la capacidad de goce. Todo lo contrario: es válido el contrato de compraventa realizado por el extranjero, solo que, basado en los principios de seguridad y de orden público, el legislador constitucional establece que la titularidad obtenida por el extranjero, se traslade en beneficio del Estado. (p. 526)

Sobre la base de lo anterior, enumero algunos principios que rigen a esta institución:

1. La subjetividad jurídica entraña la denominada capacidad de goce.
2. La denominada capacidad de ejercicio, es la capacidad propiamente dicha, por la cual se ejercen los derechos y deberes del sujeto.
3. El sujeto de derecho no necesariamente, detenta capacidad absoluta (para ejercer sus derechos y deberes).
4. El sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad. No cabe hablar de personas incapaces, incapacidad absoluta o relativa. Los que se presentan en el ordenamiento jurídico son los sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y plena o absoluta. (p. 527)

D. Clases de capacidad

Se describe el concepto de capacidad de goce y capacidad de ejercicio a fin de conocer su importancia, asimismo la distinción que realiza el Código Civil respecto a dichas capacidades.

a. Capacidad de goce

i. Noción

Tobías (2009), sostiene que, la noción de sujeto es antes respecto de la capacidad que es posterior. Se tienen por ser sujeto, no a la inversa. (p. 7)

La capacidad de goce se relaciona con la subjetividad, con la calidad de sujeto de derecho. Al ser tal cuento con capacidad. En el sentido amplio y general, connota al sujeto de derecho. (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 809)

Para Espinoza Espinoza (2012), la capacidad de goce es un concepto innecesario, basta referirnos al sujeto de derecho, lo cual es totalmente cierto. (p. 874)

La capacidad de goce es efecto del reconocimiento del Derecho, de la existencia de condiciones por las que es idóneo de tener intereses dignos de tutela. Es el estado que tiene el sujeto para beneficiarse de una protección legal. Se reconoce que todo individuo es fuente de derechos, deberes, facultades y obligaciones. Todos tenemos capacidad de goce. El que es plenamente capaz no tiene que recurrir a ninguna otra persona para acceder a sus derechos, lo tiene *per se*. (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 810)

ii. Definición

Varsi Rospigliosi (2014) señala citando a Trimarchi (1983) que la capacidad de goce es la capacidad de una persona de ser sujeto de derecho y de obligaciones. Asimismo, señala citando a Candian (1949) que, es el fundamental atributo del estado de persona, o sea sustancia de la personalidad, es la capacidad jurídica, que viene definida idoneidad de ser sujeto de derechos o de relaciones. (pp. 810 – 811)

b. Capacidad de ejercicio

i. Noción

Varsi Rospigliosi (2014) indica que, es la capacidad por autonomasia. Es la capacidad de obligarse. Dinámica, alterable y activo, en tanto ser que puedo realizar. (p. 821).

Implica aptitud del sujeto de derecho quien está facultado para llevar a la práctica derechos de los cuales tienen la titularidad. (p. 821)

La capacidad de ejercicio está relacionada con la competencia o idoneidad que tiene para actuar. A través de esta se permiten crear, regular, modificar o extinguir actos jurídicos. (p. 821)

ii. Definición

Messineo (1979) señala que, es la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, obligaciones jurídicas, esto es, celebrar actos jurídicos. Asimismo, Varsi Rospigliosi (2014), citando a Barbero (1967) nos dice que, es la medida de la idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, esto es, para adquirir, modificar, perder la titularidad de las relaciones. (p. 822)

También es la idoneidad de un sujeto para adelantar la actividad jurídicamente relevante por medio de una manifestación de voluntad, considerada consciente y a consciencia por el ordenamiento jurídico. Más concretamente es la posibilidad que cada persona tiene de actuar personal y directamente, de actuar en el mundo del Derecho. (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 822)

Para Rubio Correa (1992) la capacidad de ejercicio es la atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos a los que tiene capacidad de goce. (p. 150)

Finalmente, la capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto de realizar en cabeza propia y por sí mismo actos que produzcan efectos jurídicos. (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 822)

Espinoza Espinoza, (1998) citando a Spota Pezo (2004), señala que la persona tiene capacidad de derecho para llegar a ser titular de poderes jurídicos atribuidos por el derecho objetivo a su voluntad y para satisfacer intereses propios y ajenos. De ahí que en todo aquello en que carece de tal aptitud sufre de incapacidad jurídica.

E. Incapacidad

Se entiende por incapacidad a la falta de capacidad de ejercicio, es decir, la carencia que tiene una persona para poder realizar actos jurídicos, esto debido a diversas causas.

a. Incapacidad Absoluta

Conforme estipulaba el artículo 43 del Código Civil:

Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. (Derogado).
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. (Derogado).

Los incapaces absolutos no pueden realizar por sí ningún acto y si lo realizan adolece de nulidad absoluta (art. 219.2). Es la

incapacidad de aquellas personas que no tienen voluntad jurídica por carecer de discernimiento (ejemplo, un niño de corta edad; un demente) o que teniéndolo no están en condiciones físicas de manifestar su voluntad de modo indubitable (ejemplo, el sordomudo), razón por la que la ley sale en protección de los incapaces contra las consecuencias de los actos en los cuales ha intervenido, declarándolas nulas. (Espinoza Espinoza, 1998)

A la incapacidad absoluta se suele denominar "incapacidad natural de obrar" por derivarse de una situación de hecho, de la naturaleza, en que se encuentra la persona, cualquiera que sea su edad, debido a que todavía no ha alcanzado un suficiente desarrollo mental (ejemplo, un niño de pocos años de edad) o por enfermedad mental (ejemplo el enajenado mental) o perturbación psíquica que priva al sujeto en forma permanente de su capacidad de entender, que no le permite discernir entre el bien y el mal, o que teniendo la persona discernimiento, debido a ciertos defectos físicos (ejemplo sordera, ceguera, mudez) no puede expresar su voluntad de manera que no quede lugar a duda sobre lo que quiere. (Espinoza Espinoza, 1998)

Esta incapacidad es total porque se extiende a todos los actos, y debe ser permanente, no puede ser temporal (ejemplo la ebriedad no habitual, la hipnosis), esto es la causa que origina

debe perdurar, aunque es claro, que si en algún momento cesa esa causa, el sujeto recupera su capacidad normal. (Espinoza Espinoza, 1998)

El inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, expresaba que son absolutamente incapaces “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”. Como sabemos, la capacidad de discernimiento o de entender y de querer, es la capacidad natural del sujeto que por haber alcanzado un cierto desarrollo psico-físico está en aptitud de distinguir entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito. Las personas privadas permanentemente de discernimiento, cualquiera sea la causa que lo origina (enfermedad mental, senilidad, un traumatismo encéfalo craneano, etc.) eran considerados incapaces absolutos. Sin discernimiento no hay voluntad jurídica, por esta razón y en protección de estos sujetos contra las consecuencias de los actos que realicen, el ordenamiento jurídico sanciona a tales actos con la nulidad absoluta. (Espinoza Espinoza, 1998)

El inciso 3 del artículo 43 establece que estas personas son incapaces absolutos cuando «no pueden expresar su voluntad de manera indubitable», es decir, que no pueda darse a entender de tal manera que no quede lugar a duda sobre lo que quiere. Contrariamente, cuando estas personas pueden expresar su voluntad de manera indubitable son plenamente

capaces. No todas las personas que adolecen de estas anormalidades físicas son incapaces absolutos. (Espinoza Espinoza, 1998)

Los adelantos científicos y tecnológicos han permitido que estas personas sean plenamente capaces como cualquier persona que no adolece de estas anormalidades; un ciego puede ser, entre otras cosas, un brillante abogado, un músico o un cantante triunfante; un sordomudo, un excelente arquitecto, dibujante, escultor; un ciego mudo, un músico virtuoso, etc. Estas personas están sujetas a curatela (artículo 564 del CC), previa declaración judicial de interdicción (artículo 566 del CC), siempre que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena (artículo 571 del CC.). (Espinoza Espinoza, 1998)

El juez fijará la extensión y los límites de la curatela, según el grado de incapacidad del interdicto (artículo 581 del CC). "Teniendo en cuenta todo lo dicho, cabe agregar que los actos jurídicos practicados por un incapaz absoluto de ejercicio, tiene como consecuencia la nulidad, como se señala en el inciso segundo del artículo 2199 del CC. (Espinoza Espinoza, 1998)

i. La valorización del discernimiento en el Código Civil Peruano

Espinoza Espinoza (2004) realiza un análisis del tratamiento que el Código peruano le daba al discernimiento, cuando el inciso 2 del artículo 43 aún estaba vigente.

El modelo diseñado por el Código Civil peruano puede ser observado a la luz de la inutilidad del binomio capacidad jurídica – capacidad para obrar en materia de situaciones jurídicas existenciales, siendo relevante el discernimiento de los sujetos de derecho. A nivel de doctrina nacional se considera que “el discernimiento” puede aparecer aproximadamente a los diez años (basándose en el artículo 378 del Código Civil), y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los catorce años. (Rubio Correa, 1992, p. 157). Añadiéndose, sin embargo, que es algo que tendrá que apreciar el juez que debe resolver el asunto, en un análisis de caso por caso, pues cada ser humano alcanza el discernimiento en distinto momento de su desarrollo. (p. 576)

La presencia del discernimiento en materia de resarcimiento de los daños del incapaz es determinante. La declaración de incapacidad no es importante a los efectos de la valorización de la responsabilidad de su autor directo, sino para establecer si la víctima tiene frente a sí otra persona contra

la cual pueda actuar con la finalidad de una reparación. El Código Civil peruano acoge el sistema de la responsabilidad subjetiva (principio de la culpa), que concurre con aquel de la responsabilidad objetiva. Pareciera interpretarse que si el incapaz sin discernimiento daña a un tercero realizando el supuesto de hecho del artículo 1969°, no sería responsable. Lo sería en cambio, cuando se cumplierse los extremos del artículo 1970. Esta disparidad de tratamiento ha originado ciertas críticas, por cuanto no se ofrece una efectiva tutela a la víctima. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, frente a la protección que merece la víctima del daño, también está la tutela que merece el denominado incapaz. (p. 577)

Un principio que todo operador jurídico debe tener en cuenta es la presencia del discernimiento del sujeto para determinar la validez de los actos jurídicos que realice y su responsabilidad civil. Contamos con un instrumentario legislativo frente al cual hay que proceder de dos maneras, la primera es la de interpretarlo con sensibilidad jurídica y tener presente la infinita casuística que se presenta sobre el particular. No debemos considerar al sujeto disminuido como un ser al margen de su contexto social, otorgándole un tratamiento especial y diferenciado. Debemos entenderlo dentro de su circunstancia y hacerlo participar activamente, siendo conscientes de sus posibilidades y existencias, dentro de su entorno social. (p. 585)

La segunda actitud que debemos tener frente al actual instrumentario legislativo es la de repensarlo críticamente y, producto de ello, proponer las modificaciones que sean necesarias. A nuestro modo de ver, existen dos bastiones de anacronismo que debemos desterrar: el primero está dado por la clasificación, o mejor dicho, por el intento de clasificación, de enfermedades mentales o disturbios contenidos en los artículos 43 y 44 del Código Civil. Lejos de tratarse de una enumeración limitada (existen numerosas publicaciones de libros de psiquiatría que contienen vastas y más exactas clasificaciones), creemos que se debería utilizar una cláusula general en la cual se indique que por diversos motivos, si una persona se encontrase imposibilitada, incluso temporalmente, de administrar sus propios intereses, sería sometida a un régimen jurídico especial. Los códigos no deberían contener clasificaciones, que más bien corresponden a los manuales de psiquiatría. El juez, frente al caso particular, auxiliado por los peritos, determinará el tipo y la gravedad de la enfermedad, así como las medidas a actuarse. (p. 586)

b. Incapacidad Relativa

Conforme regulaba el artículo 44 del Código Civil:

Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena de inhabilitación.

Los actos realizados por los incapaces relativos no son nulos sino sólo anulables (artículo 221 del CC). A la incapacidad relativa se le denomina también incapacidad civil o legal. (Espinoza Espinoza, 1998)

Se entiende por retardo mental a aquella persona de desarrollo mental anormal o que ha sufrido un estancamiento en su desarrollo mental, por cuya razón tienen un coeficiente intelectual deficiente que lo impide dirigir normalmente su persona y administrar su patrimonio. La alteración en el desarrollo mental del ser humano puede presentarse en la vida fetal, como sucede generalmente con el "Síndrome de Down", o una vez que ha nacido, ejemplo un niño desarrolló mentalmente en forma normal hasta la edad de once años en que se paraliza su capacidad intelectual, continuando con su

desarrollo físico en forma normal, y ahora tiene dieciocho o más años de edad, pero una capacidad intelectual de un niño de once. (Organización Mundial de la Salud, 2001)

Definir “trastorno mental” es difícil, dado que no existe un diagnóstico o cuadro clínico unitario, sino un grupo de trastornos con algunos rasgos en común. Existe un intenso debate acerca de las condiciones que son o deberían ser incluidas en la definición de “trastorno mental”. Esto puede tener implicancias significativas cuando, por ejemplo, una sociedad debe decidir qué tipo y grado de trastorno mental es potencialmente merecedor de servicios y tratamiento involuntario. (Organización Mundial de la Salud, 2001)

La definición de “trastorno mental” adoptada por la legislación nacional depende de muchos factores. Principalmente, será el propósito de la legislación el que determine los límites exactos de esa categoría. De modo que, si la legislación tiene como objetivo principal regular el ingreso y el tratamiento involuntarios, la definición puede limitarse sólo a trastornos mentales severos. Por otro lado, si la legislación tiene como objeto conceder derechos a prestaciones, la definición de trastorno mental debe ser lo más amplia posible, de modo de extender los beneficios de la legislación a todas las personas con trastornos mentales. La definición de “trastorno mental” también depende del contexto social, cultural, económico y

legal de las diferentes sociedades. (Organización Mundial de la Salud, 2001)

F. Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDMM)

La CIF pertenece a la “familia” de clasificaciones internacionales desarrolladas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que pueden ser aplicadas a varios aspectos de la salud. Esta familia de clasificaciones de la OMS proporciona el marco conceptual para codificar un amplio rango de información relacionada con la salud (ej. el diagnóstico, el funcionamiento y la discapacidad, los motivos para contactar con los servicios de salud) y emplea un lenguaje estandarizado y unificado, que posibilita la comunicación sobre la salud y la atención sanitaria entre diferentes disciplinas y ciencias en todo el mundo. (Organización Mundial de la Salud, 2001)

La CIF ha pasado de ser una clasificación de “consecuencias de enfermedades” (versión de 1980) a una clasificación de “componentes de salud”. Los “componentes de salud” identifican los constituyentes de la salud, mientras que las “consecuencias” se refieren al efecto debido a las enfermedades u otras condiciones de salud. Así, la CIF adopta una posición neutral en relación con la etiología, de manera que queda en manos de los investigadores desarrollar relaciones causales utilizando los métodos científicos apropiados. De forma similar, este

planteamiento es también diferente del abordaje basado en los “determinantes de salud” o en los “factores de riesgo”. Para facilitar el estudio de los “determinantes” o “factores de riesgo”, la CIF incluye una lista de factores ambientales que describen el contexto en el que vive el individuo. (Organización Mundial de la Salud, 2001)

La CIF, clasifica la salud y los estados “relacionados con la salud”. La unidad de clasificación está constituida, por tanto, por las categorías de cada dominio de salud y de estados “relacionados con la salud”. Es importante tener presente que en la CIF las personas no son las unidades de clasificación; es decir, la CIF no clasifica personas, sino que describe la situación de cada persona dentro de un conjunto de dominios de la salud o dominios “relacionados con la salud”. Además, la descripción siempre se hace en el contexto de los factores ambientales y personales. (Organización Mundial de la Salud, 2001)

a. Funciones y Estructuras Corporales y deficiencias

i. Definiciones

La Organización Mundial de la Salud (2001), ha señalado lo siguiente:

Funciones corporales son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales (incluyendo funciones psicológicas).

Estructuras corporales son las partes anatómicas del cuerpo tales como los órganos, las extremidades y sus componentes.

Deficiencias son problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una “pérdida”.

1. Las funciones y estructuras corporales se clasifican en dos secciones diferentes. Estas dos clasificaciones están diseñadas para usarse paralelamente. Por ejemplo, las funciones corporales incluyen los sentidos básicos humanos, como es el caso de las “funciones visuales” y de las estructuras relacionadas con ellas que aparecen como “ojo y estructuras relacionadas”.
2. “Cuerpo” se refiere al organismo humano como un todo; por lo tanto incluye el cerebro y sus funciones, ej. la mente. Las funciones mentales (o psicológicas) se clasifican, de esta manera, dentro de las funciones corporales.
3. Las funciones y las estructuras corporales se clasifican de acuerdo con los sistemas corporales; siguiendo este esquema las estructuras corporales no se consideran como órganos.
4. Las deficiencias de la estructura pueden incluir anomalías, defectos, pérdidas o cualquier otra

desviación en las estructuras corporales. Las deficiencias han sido conceptualizadas de forma que su descripción concuerde con el nivel de conocimiento de que disponemos tanto sobre la constitución de tejidos o células como sobre la composición a nivel subcelular o molecular. Sin embargo estos niveles no se incluyen en la clasificación por razones prácticas. Los fundamentos biológicos de las deficiencias han servido de guía para realizar la clasificación y se ha dejado abierta la posibilidad de que pueda ampliarse incluyendo los niveles celulares y moleculares. Se debe advertir a los médicos que empleen la clasificación, que las deficiencias no son equivalentes a la patología subyacente, sino que constituyen la forma de manifestarse esa patología.

5. Las deficiencias representan una desviación de la “norma” generalmente aceptada en relación al estado biomédico del cuerpo y sus funciones. La definición de sus componentes la llevan a cabo personas capacitadas para juzgar el funcionamiento físico y mental de acuerdo con las normas generalmente aceptadas.
6. Las deficiencias pueden ser temporales o permanentes; progresivas, regresivas o estáticas; intermitentes o continuas. La desviación de la norma puede ser leve o grave y puede fluctuar en el tiempo. Estas

características se toman en consideración en las descripciones posteriores, principalmente en los códigos, mediante calificadores colocados tras el punto.

7. Las deficiencias no tienen relación causal ni con su etiología ni con su forma de desarrollarse; por ejemplo, la pérdida de visión o de un miembro puede surgir de una anomalía genética o de un trauma. La presencia de una deficiencia necesariamente implica una causa; sin embargo, la causa puede no ser suficiente para explicar la deficiencia resultante. Además, cuando existe una deficiencia, también existe una disfunción en las funciones o estructuras del cuerpo, pero esto puede estar relacionado con cualquiera de las diferentes enfermedades, trastornos o estados físicos.
8. Las deficiencias deben ser parte o una expresión de un estado de salud, pero no indican necesariamente que esté presente una enfermedad o que el individuo deba ser considerado como un enfermo.
9. El concepto de deficiencia es más amplio, e incluye más aspectos, que el de trastorno o el de enfermedad; por ejemplo, la pérdida de una pierna es una deficiencia, no un trastorno o una enfermedad.
10. Las deficiencias pueden derivar en otras deficiencias; por ejemplo, la disminución de fuerza muscular puede causar una deficiencia en las funciones de movimiento,

los déficits de las funciones respiratorias pueden afectar al funcionamiento cardíaco, y una percepción deficitaria puede afectar a las funciones del pensamiento.

11. Algunas categorías de los componentes Funciones y Estructuras Corporales y otras de la CIE-10 parecen superponerse, especialmente en cuanto a síntomas y signos. Sin embargo, los propósitos de las dos clasificaciones son diferentes. La CIE-10 clasifica los síntomas capítulos especiales para documentar la morbilidad o la utilización de servicios, mientras la CIF los muestra como parte de las funciones corporales que pueden ser utilizados para programas de prevención o para identificar las necesidades de los pacientes. Es muy importante considerar que la clasificación de Funciones y Estructuras Corporales de la CIF ha sido concebida para ser utilizada junto con las categorías Actividades y Participación.
12. Las deficiencias se clasifican en categorías apropiadas usando criterios de identificación bien definidos (ej. presente o ausente según un umbral determinado). Estos criterios son los mismos para las funciones y estructuras corporales: (a) pérdida o ausencia; (b) reducción; (c) aumento o exceso; y (d) desviación. Una vez que la deficiencia está presente, puede ser

graduada en términos de severidad utilizando el calificador genérico de la CIF.

13. Los factores ambientales interactúan con las funciones corporales, como en la interacción entre la calidad del aire y la respiración, la luz y la visión, los sonidos y la audición, los estímulos que distraen la atención y la propia atención, la textura del suelo y el mantenimiento del equilibrio, la temperatura ambiental y la regulación de la temperatura corporal.

La Organización Mundial de la Salud (2001), clasifica al retardo mental en leve, moderado, grave y profundo. Es leve cuando el coeficiente intelectual oscila entre 50 y 70, necesitando el niño una educación especial para que pueda desarrollar una vida normal; el moderado oscila entre los 35 y 50, La persona puede llevar a cabo actividades que no requieren una habilidad especial, requieren de supervisión y guía; el retardo mental grave presenta un coeficiente intelectual entre 20 y 35, la persona presenta anomalías anatómicas o fisiológicas; el retardo mental profundo presenta un coeficiente de 20, la persona tiene una mentalidad de un niño de tres años, para el Derecho está privada de discernimiento, por tanto, es un incapaz absoluto.

G. La capacidad jurídica en el Decreto Legislativo 1384

En la actualidad con la expedición del Decreto Legislativo N° 1384 (03 de setiembre del 2018) se procedió a suprimir los términos

“incapaces” y “relativamente incapaces” y los reemplaza por “personas con discapacidad” y “personas con capacidad de ejercicio restringida”, respectivamente.

Asimismo, se procedió a derogar el artículo 241° inciso 3 que regulaba como causal de impedimento absoluto del matrimonio a quienes padecieran crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos, y se dispuso mediante modificatoria del artículo 42° que toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad

En ese sentido, según la Ley N° 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad, en su artículo 2° indica que:

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente, que al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o puede verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás.

2.2.3. El Matrimonio

En este punto nos apoyamos, principalmente, en el desarrollo que el profesor Peralta Andía (2002) realiza sobre la evolución cronológica del matrimonio, de la institución del matrimonio y, de los deberes que

nacen del matrimonio, también se tienen en cuenta en algunos apartados del desarrollo a los maestros Hinostroza Mínguez (1999), Cornejo Chávez (1998) y Placido Vilcachagua (2001)

A. Antecedentes

El matrimonio es una *consortium omnis vitae*, es decir, un convenio para toda la vida, pero esta institución es tan antigua como el hombre mismo. Tal vez no hubo etapa del desarrollo humano en que no haya existido el matrimonio, por eso, al salvajismo corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie, el matrimonio sindiásmico; a la civilización, el matrimonio monogámico con sus complementos de adulterio y prostitución. (p. 100).

En los pueblos primitivos se practicó el matrimonio por raptó y por compra, caracterizado porque aquél fue más violento que éste a título lucrativo; sin embargo, se le consideró como un acto muy serio del que dependía la perpetuidad de la familia y de sus cultos, por eso, su celebración se llevaba a efecto con mucha seriedad, ritualidades e inclusive sacrificios. (p. 100)

El matrimonio en el Derecho antiguo, particularmente en Roma tuvo carácter monogámico y admitió varias formas como: a) La *confarreatio* o matrimonio reservado para patricios, que se cumplió en presencia de la estatua de Júpiter, de un pontífice y de diez testigos; b) La *coemptio* o matrimonio por compra que al principio fue efectiva y luego meramente simbólica; y, c) El *usus*,

que fue la adquisición de la mujer por una suerte de prescripción durante un año y que diera lugar a la *usurpatio trinocti* (abandono del lecho conyugal durante tres días al año). Igualmente, el matrimonio *cum manus* consistió en una especie de adopción de la mujer por el marido y, el matrimonio *sine manus*, en un concubinato tolerado. (p. 100)

Asimismo, en el Derecho germano el matrimonio era una institución civil consistente en la compra simbólica de la mujer, como es su caso de la *gifta* o matrimonio en la puerta de la Iglesia, que simbolizaba la transferencia de la potestad paterna a la marital por la entrega de dinero, armas, ganado, etc. Con posteridad, el trueque matrimonial quedó reducido a la mera promesa o desposorios. (p. 101)

En el Derecho medieval, la Iglesia tomó la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que se reafirmó en los concilios de Letrán (siglo XIII) y de Trento (siglo XVI). Se consideraba sí el matrimonio canónico como un contrato y al mismo tiempo como sacramento. En esta etapa, como en toda la antigüedad, fueron los padres quienes concertaban la celebración del matrimonio en lugar de los directamente interesados. Se entiende que el matrimonio religioso tenía carácter indisoluble, porque al igual que hoy, sólo concluye con la muerte. También, se autorizó el matrimonio *in artículo mortis* o en inminente peligro de muerte, bastando para ello dos testigos, sin

que sea necesario la concurrencia del eclesiástico. Además, la relajación medieval permitió la realización del matrimonio a yuras o clandestino y la práctica de la barraganía. (p. 101)

Al iniciarse el Derecho moderno, el Edicto de Nantes permitió a los protestantes casarse ante sus pastores, pero la expulsión de sus ministros tornó difícil la situación, ya que en 1698 los protestantes fueron obligados a casarse nuevamente ante sacerdotes católicos. Se inicia así la lucha por descomponer el matrimonio en sacramento, cuya validez sólo pertenecía a la Iglesia y sus tribunales y, en contrato, con efectos civiles cuyas competencias correspondían sólo a las jurisdicciones laicas. (p. 101)

La lucha por la laicización del matrimonio recrudece en el siglo XVIII durante la Revolución Francesa al extremo de que el Código de Napoleón la consagra definiendo el matrimonio como una institución esencialmente civil lo que ha influido en la mayor parte de las legislaciones civiles del mundo de esa época y de épocas posteriores, iniciándose una nueva etapa que corresponde al matrimonio contemporáneo. (pp. 101-102)

En la actualidad, se dice que el matrimonio civil, particularmente burgués, es considerado como un contrato, como una cuestión de derecho que depende, en la mayor parte de las veces, de consideraciones económicas, sociales y culturales al punto de convertir a la mujer en instrumento de producción y también en un

objeto sexual. Sólo, por excepción, se presentan casos de matrimonio basados en el amor y concertados verdaderamente con toda libertad, lo que constituye regla para las clases oprimidas. (p. 102)

En el Derecho comparado, actualmente existen diversos sistemas matrimoniales como el indeterminado y el determinado. El primer sistema, llamado también confesional, no exige formalidad conocida para la celebración del matrimonio, pues se trata de un régimen propio de los pueblos antiguos que reconocían efectos jurídicos a todas las del Concilio de Trento, a los luteranos las suyas, a los judíos las de su religión, etc. Este sistema rigió en Bulgaria antes de la Segunda Guerra Mundial. En cambio, el segundo sistema, llamado también único, asume a su vez los subsistemas siguientes:

- 1) El exclusivamente religioso, que sólo reconoce el matrimonio contraído según la religión oficial del Estado como ocurre en Grecia.
- 2) El exclusivamente civil, que reconoce efectos sólo al celebrado por un funcionario público o autoridad competente, con exclusión de la idea religiosa. Tal acontece en Francia, Alemania, Italia, Suiza, Portugal y en la mayoría de los países latinoamericanos.
- 3) El sistema mixto, que tiene a su vez dos modalidades: a) El facultativo, que ofrece elegir entre la forma religiosa y la civil,

pero que ambos producen los mismos efectos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Nueva Zelanda, etc.). b) El subsidiario, que consideran una forma principal y otra accesoria como ocurrió en el sistema del Derecho español antes de 1981.

En lo que atañe específicamente al Perú, el Código Civil de 1852 adoptó el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento. El 23 de diciembre de 1897 se reconoció dos formas matrimoniales: la canónica para los católicos y la civil para los no católicos. Mediante Decreto Ley 6889 se secularizó el matrimonio, en forma que los códigos civiles de 1936 y 1984 adoptan el sistema exclusivamente civil. (p. 102)

B. Concepciones del Matrimonio

Desde la óptica del maestro Peralta Andía (2002), en el Derecho romano respecto de su etimología se utilizó el término *justa nuptiae* de donde proviene nupcias como sinónimo de matrimonio. Algunos sostienen que deriva de *maritus* o marido, el que ha sido descartado por improbable. Otros aseveran que procede de *matrimonium* a su vez de *matris* y *munium*, oficio o cargo de madre. No se prefirió el de *patrimonium* porque su significación estuvo más ligada con los derechos reales que con los que determinan el vínculo de parentesco y la certidumbre de la filiación. (p. 103)

Del el punto de vista sociológico, el matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual sancionada por la ley. Queda así elevada la unión sexual a la categoría de fundamento principal del matrimonio. En ese sentido la fuente más importante del derecho de familia es el matrimonio, por el cual el varón y mujer asociados en una perdurable vida sancionada por la ley se comprometen recíprocamente para cumplir con sus fines. (p. 103)

El soviético Sedugin (1974), conceptúan como la unión libre e igual en derechos entre el hombre y la mujer, como regla, para toda la vida, basado en los sentimientos de amor, amistad y respeto mutuo, que se celebra en las oficinas de actas del registro civil con el fin de formar la familia y que engendra los derechos y obligaciones mutuos, personales y de propiedad, que surgen entre los esposos. Esta noción considera el matrimonio no como un contrato civil, sino como una unión voluntaria entre varón y una mujer fundado en el amor y cuya finalidad es constituir la familia. (Citado por Peralta Andía, 2002, p. 103)

Por su parte Díez-Picazo & Gullón (1990), entienden el casamiento como la unión de un varón y de un mujer, concertada de por vida mediante la observancia de ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia. Estas deficiones son importantes porque señalan como finalidad del matrimonio, no precisamente la constitución de una familia ni

la generación de hijos, sino el establecimiento de una plena comunidad de vida. (Citado por Peralta Andía, 2002, p. 103)

Placido Vilcachagua (2001), señala que la palabra matrimonio deriva de las raíces latinas *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen) y significa originalmente carga o misión de la madre, como decían las decretales del Papa Gregorio IX; para la madre, el niño es antes del parto oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace de hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio más bien que patrimonio.

El primer Código Civil peruano definía el matrimonio como la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación e la especie humana. El Código de 1936 omite intencionalmente una definición del matrimonio dejando dicha labor a la tarea interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia. El artículo 4 de la vigente Constitución del Estado, sólo establece que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. (p. 104)

Es importante, también señalar la concepción del Código Civil vigente, el cual, lo define como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, para hacer vida común. (Poder Ejecutivo, 1984, art. 234)

Se debe precisar, que el citado fin del matrimonio resulta de las normas que establecen los deberes – derechos personales entre el cónyuge, esto es, la fidelidad, la asistencia y la cohabitación, los que desarrollaremos más adelante.

Con respecto a la finalidad del matrimonio, el distinguido maestro Cornejo Chávez (1998) citado por Peralta Andía (2002), haciendo un estudio interesante sobre este particular expresa, que puede abordarse de dos formas. Desde el punto de vista sociológico explica que:

- 1) Kant, reduce la finalidad del matrimonio a la satisfacción del instinto sexual, lo que no puede admitirse porque el concubinato, las relaciones esporádicas y aun el comercio sexual, persiguen esa misma finalidad.
- 2) Montaigne y Schopenhauer, dicen que dicha finalidad está en buscar el bienestar de la prole, pero la dignidad del ser humano se resiste a admitir que una persona se convierta, sin su voluntad a contra ella, en instrumento al servicio de otra.
- 3) Aristóteles y Santo Tomás, atribuyen al matrimonio un doble propósito de un lado, la procreación y subsistente educación de la prole y, otro, el mutuo auxilio entre los cónyuges.

Pero, esta finalidad desde el punto de vista jurídico, sostiene el mismo autor, que:

- 1) Planiol y Ripert, afirman que el objeto esencial del matrimonio es la creación de la familia, en el fondo, no es más que la unión sexual reconocida por la ley.
- 2) Ennecerus, asevera que el fin se halla en el establecimiento de una plena comunidad de vida.
- 3) Cornejo Chávez, concluye que la doctrina jurídica alude dos grandes fines: uno específico, la creación y educación de la prole y, otro individual, el mutuo auxilio en una plena comunidad de vida.

C. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del matrimonio, contiene varias concepciones tales como la contractual canónica, contractual civil, como acto jurídico familiar, como acto de poder estatal, como acto jurídico complejo, institucional y mixto. (Plácido Vilcachagua Á. F., 2001)

Dentro de la concepción como acto jurídico familiar, la cual es la que nos importa, se considera al matrimonio como un acto jurídico familiar (convención de derecho de familia) en cuanto al acto de su celebración que se agota en un libre intercambio de consentimiento, y se distingue la disciplina de la relación matrimonial, es decir su regulación, que no queda librada a los dictados de la autonomía de la voluntad, no puede ser rescindida, ni puede estar sujetas a modalidades, porque en definitiva esa disciplina, esa regulación, viene determinada por la ley que

establece con precisión los deberes y los derechos irrenunciables y recíprocos de los cónyuges. (Plácido Vilcachagua Á. F., 2001)

Desde la óptica institucionalista, el matrimonio es una institución jurídica, constituida por la unión legal del hombre y la mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocas, fundadas en el afecto mutuo e instituido con el propósito de organizar la familia. Es el consorcio de un hombre y una mujer, conforme a las leyes comunes y religiosas, a las costumbres establecidas en los pueblos en que rige la monogamia. La mayoría de los estudiosos sobre la materia consideran que constituye la piedra fundamental de la familia, y ésta como célula primigenia y médula principal de la sociedad; no obstante, las posibles discrepancias respecto de su definición, continúan siendo la figura fundamental de organización de la familia, y como tal la ensalza y otorga protección a todos sus miembros. (Plácido Vilcachagua Á. F., 2001)

Conforme lo indica Montoya Calle (2006) la importancia del matrimonio para la sociedad: “garantiza en cierta forma la estabilidad y permanencia de la familia, particularmente de la pareja, y de los hijos si los hubiere”.

Peralta Andía (2002), señala que la doctrina mixta sostiene que el matrimonio no deja de ser el mismo tiempo un contrato y una institución, esto es, que une el elemento volitivo y al elemento institucional tornando el casamiento en un acto complejo o mixto.

Si bien es verdad que la doctrina explica suficientemente la naturaleza institucional del matrimonio, no puede olvidarse su carácter contractual, con razón se afirma que el matrimonio como acto es un contrato y, como estado, una institución.

Corroboran con esta posición Planiol y Ripert cuando expresan que las dos concepciones no son incompatibles y que cada una de ellas contiene elementos de verdad, así el matrimonio tiene doble sentido, pues, designa a la vez el acto creador de la unión conyugal y el estado matrimonial establecido por ese acto. En ese sentido, el acto creador vendría a ser el contrato y, el estado matrimonial, la institución. (Citado por Peralta Andía, 2002, p. 107)

Aunque el Código vigente no lo diga expresamente, nosotros consideramos que la doctrina del matrimonio-institución es la que más condice con la naturaleza jurídica del matrimonio, porque tiene la ventaja de arrojar una luz viva sobre las condiciones, efectos y nulidades del matrimonio sin exagerar la parte de verdad que contiene y, si bien es cierto, que el matrimonio es algo más que un contrato no hay que olvidar que goza también de la naturaleza de este último. (p. 107)

D.El rol de la autonomía privada en la relación jurídica matrimonial

Luego de la celebración, inmediatamente surge la relación jurídica – matrimonial: el objeto del matrimonio como acto jurídico. Esta relación jurídica que nace del matrimonio, tiene un contenido

personal y patrimonial establecido en la ley; el que por naturaleza es indisponible a la autonomía privada, lo que significa que todos los efectos que se derivan de ese estado de familia, la autonomía privada no puede modificar ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo.

Mirabelli (1961) indica que:

La autonomía privada se entendió como el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos a la libertad de los particulares de regular sus propias relaciones jurídicas, de la forma y manera querida por ellas, pero dentro de ciertos límites, la cual servirá como soporte principal del mundo jurídico. La noción de autonomía lleva ínsito, pues, el concepto de límite.

E. Caracteres jurídicos del Matrimonio

El maestro Peralta Andía (2002), desarrollo cuáles serían los caracteres jurídicos del matrimonio lo que se exponen a continuación.

a. Institución familiar

El matrimonio evidentemente es una institución fundamental del Derecho de familia, en primer lugar, porque es su fuente principal, ya que gracias a él se crea la figura básica que da origen a la familia de base matrimonial y, luego, porque sin el matrimonio, no se concibe una comunidad familiar fuerte, estable y duradera, al menos teóricamente. (p. 107)

Así, el matrimonio como institucionalización de la unión entre varón y mujer, satisface finalidades que están ínsitas en la

razón de ser de su reconocimiento social y de su protección por el derecho, por eso, del casamiento no solamente derivan una serie de derechos y efectos jurídicos de la orden personal y patrimonial para los cónyuges y los hijos, sino también permiten a los miembros del grupo doméstico mayor seguridad y moralidad, especialmente, para los hijos que hallan en esta institución las condiciones óptimas para su desarrollo integral. (p. 107)

b. Heterosexualidad

Constituye un rasgo importante de la institución matrimonial que constituye en la unión de un varón y una mujer que dan origen a una familia de base matrimonial. Esta unión tiene, sin duda, carácter heterosexual porque no permite el matrimonio de homosexuales, menos de transexuales o personas que cambian sobrevinientemente de sexo. Excluye toda forma de poligamia, poliginia, poliandria o poliviria. Tampoco se permite el matrimonio grupal conocido actualmente como la sexualidad en grupo que, en el fondo, está relacionado con la obscenidad. (p. 108)

Se trata, pues, de una unión intersexual monogámica, la cual implica la preexistencia de un vínculo conyugal que impide la constitución de otro. El artículo 234 recoge este carácter cuando dice, que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella

y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código. Así también lo establecen los artículos 241 inciso 5 y 274 inciso 3 cuando prescriben que no podrán contraer matrimonio los casados, bajo sanción de su nulidad, es decir, que una persona casada no podrá contraer otro enlace de carácter civil. (p. 108)

c. Unidad

Entendida como comunidad de vida y se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deberán compartir de un mismo destino, esto es, participar o gozar no sólo de las excelencias que brinda la unión conyugal, sino también soportar el peso de la vida y afrontar cada una de las vicisitudes que ofrece la existencia humana y la vida conyugal. (p. 108)

Se ha explicado que el matrimonio en nuestra legislación tiene como finalidad el establecimiento de una plena comunidad de vida, lo cual supone la no necesaria procreación de hijos ni la limitación en la generación de prole, sino el hecho de traerlos responsable y conscientemente al mundo, en condiciones adecuadas para su subsistencia, por todo lo que ya no se refiere a los aspectos parciales de la vida, sino a la vida misma. Este carácter está vinculado a otros dos aspectos como la paternidad responsable y la inseminación artificial. (p. 108)

d. Permanencia

El origen de este rasgo esencial del matrimonio se encuentra en la llamada indisolubilidad del matrimonio canónico, basado en aquél vínculo que Dios unió y que no podría ser disuelto por el hombre, más en los tiempos modernos este carácter ha ido cambiando al punto de que ya no se habla de indisolubilidad sino de permanencia y estabilidad, puesto que se contrae matrimonio con la intención de permanecer toda la vida pero si existieran causas graves no hay más remedio que disolverlo. Entonces, es la vocación de permanencia matrimonial en el tiempo. (p. 110)

e. Legalidad

El matrimonio es la unión de un varón y de una mujer legalmente sancionada por la ley, lo cual supone, en primer término, la aptitud legal para contraerlo y, luego, el cumplimiento de ciertas formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico. (p. 110)

Para hablar del matrimonio queda sobreentendido que los pretendientes deben haber alcanzado la pubertad legal, que expresa el *jus connubii* (salvo las excepciones establecidas en la ley) lo que lleva implícita la procreación y las condiciones de plena responsabilidad para asumir deberes y obligaciones que la unión matrimonial comporta. (p. 110)

Asimismo, el Derecho positivo pretende que el matrimonio se constituya a través de signos exteriores formales, que permitan captar el establecimiento de relaciones conyugales, a la vez, autoricen para ejercer el adecuado control de la legalidad que se refiere al cumplimiento de las solemnidades exigidas. No obstante lo expuesto existen autores que entienden la legalidad desde la óptica del matrimonio como acto y deberes que surgen de él forman un estatuto forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar. (p. 110)

F. Requisitos

En este punto, también nos apoyamos en el maestro Peralta Andía (2002) para el desarrollo de los requisitos para el matrimonio.

a. Diferencia de sexos

Obviamente, es la primera condición de aptitud que tiene por finalidad posibilitar la procreación humana, sin que sea indispensable, pero la ley exige que la unión sea de un varón y de una mujer, en estricta consideración al principio monogámico que adopta nuestro sistema, a despecho de que en la realidad puede darse como se tiene expuesto precedentemente. (p. 113)

b. Pubertad legal

Para la celebración de un matrimonio válido y lícito (*ius connubii*) no solamente se exige la diferencia de sexos, sino haber alcanzado la pubertad legal (18 años) lo que implica haber alcanzado una triple aptitud: física, psicológica y económica. (p. 114)

La primera, se expresa en la capacidad genérica de las personas; la segunda, en la aptitud para entender la trascendencia social que tiene el matrimonio y los deberes que de él se originan y, la tercera, en la capacidad pecuniaria, necesarias para el sostenimiento de los miembros de la familia. (p. 114)

c. Consentimiento matrimonial

Desde el Derecho romano lo decisivo para el matrimonio ha sido la *affectio maritalis* que viene a ser el propósito de los contrayentes de tomarse y recibirse como marido y mujer. Sin el consentimiento no hay matrimonio. El matrimonio es pues un acto que supone voluntad y por tanto capacidad y consentimiento. Todo acto voluntario se compone de dos elementos constitutivos: cognoscitivo y volitivo o, dicho de otro modo, inteligencia y voluntad, es decir, saber querer. (p. 114)

d. Cumplimiento de formalidades

En el segundo párrafo del artículo 4 de la Constitución peruana señala que las formas de matrimonio son reguladas por la ley, sobre esto existen dos posiciones:

1) La que es interpretada como clases o tipos de matrimonios.

En este sentido se planteó precisamente que se reconocieran como legales tanto del matrimonio civil como religioso, inclusive la propuesta de institucionalizar otras formas de celebración como aquella practica el aborigen: el *servinacuy*.

2) La que entiende la forma como un conjunto de solemnidades que la ley impone para el reconocimiento jurídico del vínculo conyugal.

Una correcta interpretación del texto constitucional mencionado es precisamente atender las formas como un conjunto de solemnidades requeridas por la ley. Pues bien, las formas del matrimonio se refieren al cumplimiento de una serie de actos anteriores y concomitantes a acto matrimonial requeridas para el reconocimiento del vínculo conyugal, así como la intervención del funcionario competente para que pueda ejercer el control de la legalidad. La ausencia de estos presupuestos estructurales provocan la inexistencia o la invalidez del casamiento, según los casos, y que serán objeto de estudio en su oportunidad. (p. 114- 115)

G. Deberes recíprocos de los cónyuges

En cuanto a los deberes que nacen del matrimonio el profesor Peralta Andía (2002) señala lo siguiente:

a. Deber de fidelidad

La fidelidad implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro. En ese sentido se trata de una obligación recíproca de los cónyuges que consiste en la abstención de mantener relaciones sexuales y actos de afectuosidad excesiva con personas distintas del otro cónyuge. (p. 227)

b. Deber de asistencia

Son los auxilios y socorros mutuos que se prestan los cónyuges en todos los órdenes de la vida real. La ayuda o cooperación entre los esposos, los cuidados personales y materiales que se deben en casos de enfermedad, desgracias o de invalidez tienen que ver con esta obligación, pero también el apoyo moral que nace de la íntima comprensión y del amor desinteresados. La asistencia *lato sensu* no comprende sólo la prestación de recursos económicos, dinerarios o en especie, sino la mutua ayuda, solidaridad efectiva, cuidados recíprocos. (p. 228)

Se trata, por consiguiente, de otra obligación recíproca que deben observar los consortes. Consiste en el apoyo moral y material que se deben éstos en todos los órdenes de la vida conyugal. Tiene fundamento ético, porque sin este deber el matrimonio pierde su carácter moral y queda reducido a la simple asociación sexual zoológica. En ese entender, la plena comunidad de vida no tendría sentido sin esa comunicación espiritual que es la síntesis de la comprensión y de los afectos mutuos. (p. 228)

c. Deber de hacer vida común

Llamado también deber de cohabitación, significa vivir o habitar juntos o, simplemente, compartir el techo, la mesa y el lecho. Más estrictamente la acepción jurídica corresponde a la vida material entre un varón y una mujer entendida como una obligación que deriva del matrimonio. La cohabitación se peculiariza por ser recíproca, permanente, e indisponible. La primera, desde que se deben ambos cónyuges por el hecho del matrimonio, luego, porque no puede cesar este deber mientras esté vigente el vínculo conyugal y, por último, porque todo acuerdo o convenio sobre el pacto que dispense a los cónyuges del deber de cohabitar sería nulo, salvo algunas excepciones. (p. 229)

2.2.4. El principio de seguridad jurídica

A. Aspectos generales

La seguridad jurídica, se podrá entender como la aptitud para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable, como la de controlar y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar. (Sagües P., 1996, p. 218)

(Sagües P., 1996), señala que, la idea de seguridad jurídica se inserta dentro del concepto genérico de seguridad en el mundo jurídico, que comprende muchas variables:

- a) Seguridad del Estado, comprensiva de la seguridad exterior (relacionada con la integridad del Estado y con el respeto de sus derechos. A este subtipo de seguridad se la llamó la suprema seguridad de la Nación; y la seguridad interior, vinculada a la noción de orden público, o de tranquilidad social y respeto a los poderes del Estado. (p. 218)
- b) Seguridad de las personas, que incluye un sistema de protección a los bienes y cuerpos de los habitantes, seguridad pública, pero además el respeto a todos sus derechos y una tutela efectiva para el caso de amenazas, riesgos o lesiones hacia ellos. En sentido estricto, es aquí donde se aloja mejor la expresión seguridad jurídica, según el significado usual actual de ella. (p. 218)

Desarrolla, además, tres niveles de seguridad jurídica, estableciendo en el tercer nivel que, el concepto de seguridad jurídica es mucho más exigente: pretende augurar tanto el quién, el cómo y el qué del comportamiento de los sujetos jurídicos, como también una dosis mínima de razonabilidad, legitimidad o justicia en esas conductas. (Sagües P., 1996, p. 219)

Entonces, para que haya seguridad jurídica debe haber obviamente orden, pero un orden con justicia incipiente. Aunque la simbiosis plena entre justicia y seguridad, solamente puede darse a nivel divino, el tercer nivel de seguridad jurídica aspira, de todos modos, a trabajar por una seguridad jurídica entendida como el resultado de que se realizan actos de justicia. (Sagües P., 1996, p. 219)

Así entendida la seguridad jurídica, ella no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos. Actualmente, cuando se utiliza la expresión seguridad jurídica, se la emplea, comúnmente, en la tercera versión o nivel. (Sagües P., 1996, p. 219)

B. Definición

En todo ordenamiento constitucional democrático, la seguridad jurídica constituye uno de los principios fundamentales, toda vez que en virtud a dicho principio, los ciudadanos deben saber en todo momento a qué atenerse frente a sus relaciones con el Estado así como con los demás particulares.

Según Mazz (1995) indica que “la seguridad se identifica como la razón determinante del nacimiento del Derecho éste ha surgido para atender una necesidad ineludible de la vida social”.

La nota esencial de lo jurídico no se encuentra en el contenido de la norma sino en el imperio, la posibilidad de imponerse coactivamente, que él conlleva y lo caracteriza. De este aspecto deriva la seguridad: saber a qué atenerse y que ese comportamiento podrá exigirse, siendo posible la coacción.

El autor colombiano Javier Rincón (2011), concibe a la seguridad jurídica principalmente desde una perspectiva formal, pues la considera como:

La expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible y como tal, es por sí sola fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública, lo que implica que su consolidación y garantía constituyan uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier Estado.

C. Elementos e importancia de la seguridad jurídica

Sobre los elementos de la seguridad jurídica, el autor Juan Bolás (1993) lo clasifica entre “presupuestos objetivos y aquellos que considera de carácter subjetiva”. Dentro de los presupuestos objetivos, indica de manera concisa a la “ley aplicable” el cual debe reunir los siguientes requisitos:

1. Que exista una ley aplicable;
2. Que la ley se publique de forma que sea conocida por todos;
3. Que la ley sea clara;
4. Que la ley esté vigente y no sea alterada por normas de inferior rango y se aplique a los hechos acaecidos con posterioridad a dicha vigencia;
5. Que la aplicación de la ley esté garantizada por una Administración de Justicia eficaz.

Siguiendo al autor antes mencionado, respecto al presupuesto subjetivo de la seguridad jurídica, nombra también a uno: la certeza el cual presupone:

1. La certeza en la aplicación de la ley;
2. La conciencia ciudadana del predominio de la ley y la confianza en el respeto generalizado de la ley por la efectividad y agilidad de los tribunales en su función de juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

Por otro lado, el autor argentino Jorge Peyrano (1998) considera como requisitos indispensables de la seguridad jurídica a “la claridad de las normas y a la estabilidad de estas en el tiempo”, asimismo, agrega otros factores que a su juicio deben concurrir para que se entienda presente la seguridad jurídica, tales como “el funcionamiento adecuado, confiable y constitucional de los poderes del Estado, la predictibilidad de las consecuencias de las acciones propias y ajenas, el respeto por los derechos y situaciones adquiridas”.

Teniendo en cuenta los requisitos antes mencionados por los diferentes autores, se puede concluir que la importancia de la seguridad jurídica radica en que sin esta, no sería posible hablar de un Estado constitucional de derecho; sin embargo, se debe tener en cuenta la opinión de Pérez Luño (2000) en el cual explica que, “con el flujo incesante de leyes, la seguridad jurídica – en tanto certeza del derecho o posibilidad real de los destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones – se ha resentido a causa de un aluvión normativo”, acotación que resulta importante en la presente investigación, toda vez que se analizará las consecuencias jurídicas que implica la dación de otorgar capacidad de ejercicio a las personas privadas de discernimiento, como consecuencias de una modificatoria legal, y como esta se ve reflejada en la seguridad jurídica.

2.2.5. El principio de igualdad

A. Derecho de igualdad en la Constitución de 1993

Nuestra carta magna, indica en su artículo 2 inciso 2 que toda persona tiene derecho a la “igualdad ante la ley”. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Bajo una lectura literal de dicho artículo, tenemos que el tema de igualdad es un principio fundamental reconocido por la Constitución, en donde todos los individuos que formamos parte de una sociedad participamos de los mismos derechos y las mismas obligaciones, y por lo tanto no podemos ser tratados de manera desigual.

Sin embargo, dicha lectura literal en la realidad no es del todo cierta, ya que todos los individuos que participamos en la sociedad no somos iguales, razón por la cual la legislación los trata de manera diferenciada, tal es el caso por ejemplo de los beneficios que tienen los militares en comparación con los civiles, o el caso de recibir honores por parte de un alto funcionario en caso de fallecimiento y del cual un ciudadano de a pie no lo recibe; por lo que, la igualdad no solo constituye un derecho y un valor supremo sino que también constituye como indica Chappuis Cardich (1994) “un operador constitucional de la transformación económica y social del país, tal y como lo reconoce el artículo 110

de la Constitución, al señalar que el régimen económica de la República se fundamenta en principios de justicia social”

Siendo esto así, no se puede desconocer la natural diferencia entre las personas, razón por la cual a nivel legislativo obliga a formular disposiciones diferenciadoras con el fin de simpatizar un trato igualitario; sin embargo, el inconveniente surge cuando esta atribución legítima del Derecho de tratar desigualmente a los desiguales en algunos casos puede confrontar con situaciones discriminatorias, así como también hay que tener en cuenta que no toda desigualdad de trato significa necesariamente una discriminación, sino sólo aquella que no se encuentra debidamente sustentada. (Chappuis Cardich, 1994)

B. La igualdad formal y la igualdad material

Según el autor español Díaz Revorio (2017), en la teoría constitucional es habitual comenzar el análisis de las dimensiones constitucionales de la igualdad partiendo de las tres menciones principales a las que aludíamos al principio, que en el sistema constitucional español se manifiestan en tres artículos distintos:

- a) La igualdad como valor (artículo 1.1 Constitución Española);
- b) La igualdad formal o igualdad ante la ley, a la que a veces se alude también como igualdad como principio y como derecho (artículo 14 de la Constitución Española), que engloba en realidad dos dimensiones que, como hemos visto, en otras Constituciones y textos internacionales se reflejan en artículos

o apartados diferentes: la igualdad ante la ley, y la prohibición de discriminación;

c) La igualdad material, real o promocional (artículo 9.2 de la Constitución Española).

Sin duda se trata de las tres referencias constitucionales a la igualdad que poseen un alcance más general, y además es evidente que recogen ideas y conceptos elaborados y tratados en otros ordenamientos y detrás de los cuales hay una importante experiencia histórico-política; por ello tiene sentido utilizar estas tres referencias como punto de partida. A continuación vamos a comentar brevemente cada una de ellas.

La mención a la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico parece ser la más general de todas, de manera que podría decirse que posee una intención totalizadora, en la medida en que engloba todas las demás dimensiones constitucionales, e incluso podría incluir otras que acaso no formasen parte de las otras menciones específicas. Desde este punto de vista, el significado autónomo de la igualdad como valor es menor, pues habitualmente cualquier vertiente de la igualdad formará parte de algunas de las otras dimensiones constitucionales, pero la referencia a la igualdad como valor es oportuna, no solo por su carácter sintético e integrador, sino también porque no es descartable que alguna faceta no cubierta por las otras menciones

constitucionales pudiera integrarse solo en esta vertiente más general. (p. 28)

La igualdad formal suele identificarse con la igualdad ante la ley, y sería la dimensión más clásica de la igualdad, presente desde los orígenes del constitucionalismo. Es habitual en nuestro sistema constitucional ubicar esta dimensión en el artículo 14 de la Constitución, que como ya hemos visto comienza en efecto proclamando que los españoles son iguales ante la ley. Sin embargo, procede apuntar desde ahora que el contenido de este precepto es más amplio, pues junto al principio de igualdad ante la ley, se incluye una prohibición general de discriminación, que implica también un derecho. Por lo demás, la relación de este precepto con el artículo 9.2 es intensa, de modo que ciertas dimensiones de la igualdad material podrían entenderse incluidas en el artículo 14, tanto en su dimensión como principio como en su vertiente subjetiva. (pp. 28 - 29)

En cuanto a la igualdad material, el artículo 9.2 contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. En este precepto, cuyo antecedente más inmediato es el artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1947, se ha visto la llamada igualdad material, real o promocional, como dimensión de la igualdad propia del Estado social, según la cual no basta con dar un trato igual a los supuestos iguales, ni es suficiente con que

todos sean iguales ante la ley, sino que hay que dar un trato diferente, y más favorable, a los colectivos que se encuentran en una posición inferior de partida. Ahora bien, el artículo 9.2 es enunciado en forma de mandato a los poderes públicos, de modo que quedaría la cuestión de si la igualdad real o material contiene alguna dimensión subjetiva, es decir, si puede entenderse protegido un supuesto derecho al trato diferente y más favorable, predicable de quienes formen parte de un grupo ubicado en una situación real de inferioridad. (p. 29)

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo, luego de haber recogido los fundamentos iusfilosóficos y las teorías doctrinarias pertinentes para nuestra investigación, analizamos con la ayuda de esta información, la propuesta hipotética planteada. El patrón que se ha tenido para este planteamiento es por el alcance normativo, por ello, se inicia desarrollando la afectación del principio de promoción del matrimonio, para posteriormente, aterrizar en el plano normativo legal como la imposibilidad del cumplimiento de los deberes del matrimonio y, finalmente, cómo esta regulación derogatoria afecta la seguridad jurídica como principio.

3.1. La afectación al principio de promoción del matrimonio

La Constitución Política del Perú, consagra, en el artículo 4 que, el matrimonio es un instituto natural y fundamental de la sociedad y el Estado, lo cual, sin duda, representa el claro reflejo de la convencionalidad que debe seguir nuestra norma fundamental con respecto a los tratados internacionales³.

³ **Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Artículo 16. – Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho [...], a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Pacto de los Derechos Civiles Y Políticos

Artículo 23. – La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10. – Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Siempre puede surgir alguna controversia al momento de reflexionar sobre este reconocimiento, debido a que, dichos instrumentos internacionales, no reconocen expresamente que el matrimonio sea un instituto natural y fundamental de la sociedad y de los Estados, sino que, solo lo hacen expresamente sobre la familia, sin embargo, algún nexo debe existir entre el matrimonio y la familia, por cuanto, en el aludido articulado internacional, estos dos, ocupan indubitablemente, la misma importancia y, conforman un sinalagma indesligable, de forma tal, que podría entenderse que la base de la familia, es el matrimonio; tan así que, pudiéramos decir, que fundar la familia, es la naturaleza de fundamentalidad del matrimonio dentro de nuestra sociedad y Estado.

Siendo de esta manera, resultaba necesaria la integración que el Constituyente realizó, colocando al matrimonio junto a la familia y considerando a éstos, como institutos naturales y fundamentales de la sociedad y el Estado.

En ese contexto, es preciso, también, señalar qué significa la promoción del matrimonio. Sin embargo, antes ello, es supremamente importante, explicar, qué supone el matrimonio como instituto natural y fundamental.

Para ello, se debe precisar que, es la Constitución Política del Perú de 1993, la que consagra en la tercera oración de su artículo 4 que, el Estado y la sociedad reconocen al matrimonio como un instituto natural y fundamental, en tal virtud, siendo ésta, la norma de máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico peruano, es de vital importancia examinar el porqué de esta precisión.

Basta haber citado, en párrafos precedentes, a nuestro criterio, las normas de tinte internacional⁴ de mayor importancia no sólo en las regiones donde se rigen por el *civil law*, sino, en aquellos países en donde adoptan al *common law* como modelo jurídico; para llegar a la conclusión de que el instituto del matrimonio alberga su fundamentalidad en uno de sus fines más importantes, el cual es, ser la base, cimiento, fundamento o punto de partida para la construcción o fundación de la familia; en ello, radica, se debe recalcar, su fundamentalidad. Ahora, que, los Estados y la sociedad lo hayan desnaturalizado, no quiere decir que no se haya pensado de ese modo, puesto que, qué sería de una norma (y más cuando se trata de una norma de carácter generalísimo por ser de alcance internacional) sin asidero fáctico surgido de la realidad humana, ello, se precisa debido a que, no hay norma jurídica que no haya sido plasmada o inspirada por la concepción que tuvo el legislador de la realidad social.

Entonces, habiendo señalado el criterio de fundamentalidad que reposa sobre el instituto matrimonio, es preciso ahora, hacer referencia de otra de las características que nuestra Carta Fundamental ha reconocido, es decir, el carácter natural del instituto del matrimonio. Podemos, entonces, deducir de la primera característica que, el instituto⁵ del matrimonio se compone de elementos que nacen de la propia naturaleza del hombre, y para que este instituto se mantenga así, sin perder su naturalidad, estos elementos deben permanecer intactos, es decir, inafectos o inmunes a las variaciones de la

⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de los Derecho Económicos, Sociales y Culturales.

⁵Un instituto o institución jurídica es, el conjunto de elementos ordenados que cumplen funciones o roles específicos, establecidos dentro de un determinado régimen de normas legales.

moral⁶ o corrientes éticas – jurídicas que traten de maniobrar o manipular a estos elementos.

Plácido Vilcachagua (2014), nos dice que, se puede aseverar que el concepto constitucional de matrimonio es el de una unión monogámica, heterosexual, formalmente constituida, sin libre ruptura, entre personas con aptitud para contraerlo, que no integran una familia nuclear, que la ley ha de regular sin distinciones por razón alguna.

Luego de haber analizado las características que la Ley Fundamental le ha otorgado a instituto matrimonio, ahora, compete aclarar porqué resulta la promoción del matrimonio ser un principio para el Estado y la sociedad; bien menciona Landa Arroyo (2011) que, la Constitución no le otorgó a la promoción del matrimonio un carácter constitutivo, sino tan sólo declarativo, es decir, que no la estableció como un derecho⁷, sino como un principio que dotará a las normas más específicas y de menor jerarquía, el sentido y la forma de aplicación que necesitan para su eficacia.

⁶ Sin embargo y por influjo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se comprueba una evolución del concepto de matrimonio. Ahora, la sexualidad y la afectividad fluyen y se superponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación, lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el Derecho, su protección jurídica. (Plácido Vilcachagua, 2014, p. 111).

⁷ La Constitución no les otorgó un carácter constitutivo a los derechos sociales, sino tan sólo declarativo, en cambio sí supuso otorgarles validez y reconocimiento como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida que el Estado o incluso los terceros particulares, completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Ello supone, en términos institucionales, antes que plantear no sin conflictos la unidad del Derecho positivo y del Derecho natural, como señala Ermacora; postular la superación de los derechos positivo y natural, en función de la dignidad humana. (Landa Arroyo, 2011, p. 17).

La promoción del matrimonio, supone, entonces, no el derecho a casarse, explícitamente, sino que lo hace intrínsecamente, y además, provee de bases a la norma legal, para establecer los requisitos y las formalidades para su constitución; no está demás, señalar que éstas reglas de constitución deben encontrarse en armonía con el principio constitucional promoción del matrimonio, pues, es éste, quien determinará el modo y el alcance de su aplicación.

Asimismo, se cree que la labor del Estado no concluye con la consignación del principio de promoción del matrimonio en la Constitución, sino que, debe extenderse al trabajo de concientización social del matrimonio, comenzando desde la educación que se imparten en las Instituciones Educativas Públicas o Privadas de todos los niveles hasta llegar a los rincones más remotos de la sociedad, como una de las políticas principales del Gobierno, ya que, según nuestras normas internacionales y nuestra Constitución, el matrimonio es un instituto natural y fundamental para el Estado y para la sociedad.

Dejando zanjada la concepción de la promoción del matrimonio, debemos seguir con nuestra labor y, ahora, para determinar por qué es importante que el matrimonio que consagra la Constitución Política del Perú y que, compromete al Estado a su promoción, debe encontrarse en armonía con las normas legales que regulan su funcionamiento, fines y deberes. Para ello, resulta necesario, traer nuevamente a colación, uno de los elementos naturales del concepto constitucional de matrimonio, anotado en líneas anteriores y, precisado por Plácido Vilcachagua (2014), es decir, aquel que

nos interesa analizar y que resulta preponderante para nuestra investigación, es decir, la aptitud.

La aptitud, debe ser entendida como la capacidad de la persona para poder contraer matrimonio, no tan solo física sino psicológica⁸. Es decir, madurez mental, para poder comprender qué significa el matrimonio, los fines y deberes que éste debe alcanzar y cumplir. De más está señalar, que el Código Civil regula las causas por las que una persona carece de capacidad para la realización de los diversos actos jurídicos de la vida civil, en este caso, casarse o darse en matrimonio.

Entonces, si una persona no tiene la capacidad para valorar cuales serían las consecuencias jurídicas de contraer matrimonio, ¿Cómo podría celebrar este acto jurídico? Sin aptitud no solo para comprender dicha situación, sino que, sin la capacidad de diferenciar entre lo que resulta bueno o malo, lo cual podría causar daños a otras personas y a sí misma.

Esta aptitud a la que se refiere Plácido Vilcachagua, no es sino, la capacidad del sujeto para realizar un acto jurídico, elemento de validez del acto establecido en el artículo 140 del Código Civil. Este elemento de validez, causa o produce a otro, que consiste en la manifestación de la voluntad del mismo sujeto quien realizará el acto; se podría decir que, una persona para la celebración de un determinado acto jurídico debe contar con capacidad jurídica (fisiológica y psicológica) para, de ese modo, manifestar realmente su voluntad.

⁸ No está constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio al alcanzar la pubertad, sino que la ley ha de atender a la madurez psicológica, y no sólo a la fisiológica. (Plácido Vilcachagua, 2014, p. 110).

La manifestación de voluntad, en propias palabras, es la exteriorización de la intención y el pleno conocimiento subjetivo de las consecuencias del acto jurídico que realiza un determinado sujeto con capacidad para generarla sin óbice alguno que la afecte.

En palabras de Espinoza Espinoza (1998), la voluntad está conformada por dos elementos, a saber: discernimiento, el cual es la distinción intrínseca que hace el hombre, para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese algo es bueno o malo; el otro elemento, es la volición, que es el acto, la materialización de tal decisión. En consecuencia, en el caso de aquella persona privada de discernimiento, que no puede expresar su verdadera voluntad, lo que se realiza es un acto carente de una valoración subjetiva. Es por eso que el Derecho protege este tipo especial de sujetos.

Ahora, trayendo a colación al Decreto Legislativo N° 1384 que reconoce la capacidad jurídica a las personas con discapacidad. El aludido decreto, en el marco de las Disposiciones Complementarias Derogatorias Únicas, ha establecido principalmente, la derogación del inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, el cual consideraba como incapaz absoluto a toda persona que por cualquier causa se encuentre privada de discernimiento, asimismo, los incisos 2 y 3 del artículo 44, por lo cuales, tenían capacidad de ejercicio restringida o relativa, los retardados mentales y todo aquel que adolezca de cualquier deterioro mental, así como se suprimió, también, como impedimento absoluto del matrimonio, a las personas que padecieran crónicamente de enfermedad mental aunque tengan intervalos de lucidez,

impedimento que se encontraba contenido en el inciso 3 del artículo 241 del mismo Código legal.

Qué tan grave resultaría para la promoción del matrimonio esta modificación, o dicho de otro modo, cómo afecta esta derogación al principio constitucional de promoción del matrimonio. Pues, es altamente lesiva al principio constitucional y afecta no sólo el contenido del principio sino el orden constitucional, esto debido a que, el Estado y la sociedad deben promocionar al matrimonio como un instituto natural y fundamental, es decir, a aquel dotado de elementos inafectos a corrientes moralistas o sociales, o por lo menos, aquel que sea físicamente y jurídicamente posible entre sujetos.

En ese sentido, la derogación, que constituía presupuesto para la incapacidad absoluta referida la carencia de discernimiento, no solo resulta lesiva para el propio acto jurídico del matrimonio, sino para el principio de promoción del matrimonio, que debe garantizar el Estado, ya que, si sólo uno de los contrayentes no pudiese manifestar su voluntad, significa que la unión no se está fundando con personas con aptitud o capacidad para discernir y, si no comprenden las consecuencias jurídicas del aludido acto, cómo podrían cumplir con los fines y deberes que se contemplan en la norma civil y, que, el concepto constitucional de matrimonio abarca; simplemente, no es posible.

Ha surgido así un verdadero problema para el derecho, ya que, en nuestra opinión, la carencia de discernimiento (artículo 43, inc. 2) nunca debió derogarse, en razón de que, este presupuesto representaría la única salida

de los operadores del derecho para sustentar en todo campo del derecho que, el agente de cualquier acto jurídico no cuenta con capacidad jurídica para realizarlo.

En el plano iusfilosófico, si confrontamos un principio con una regla (distinción clásica), y siguiendo a Bechara Llanos (2011), con el cambio de paradigma que ha postulado el postpositivismo, resulta más que evidente que el principio de promoción de matrimonio, es aquel que debería representar la directriz de la regulación de las normas que regulen el matrimonio en un nivel legal o reglamentario, en términos de la filosofía del derecho.

En ese sentido, por tanto, aquellas reglas contenidas en normas legales que no contribuyan a la consolidación de un principio constitucional, aun en el plano netamente jurídico, ya no iusfilosófico, resultará contraponiéndose al orden constitucional, equilibrio normativo que en un Estado democrático y social, debe ser respetado en nombre de la soberanía del pueblo, es decir, que, si el texto constitucional en el artículo 51 estipula que la Constitución prevalece sobre toda norma legal, es lógicamente necesario, que las normas que contravengan a la Carta Fundamental deban ser adecuadas o expulsadas del sistema jurídico.

Así, si la Constitución demanda la promoción de un instituto natural y fundamental como es el matrimonio, ninguna norma legal podrá contraponerse a este mandato supralegal. Ya se ha dicho que, los elementos del modelo constitucional del matrimonio son: la intervención de dos sujetos de diferente sexo, varón y mujer, con aptitud y voluntad para

contraerlo (es decir, sin ningún impedimento ni fisiológico ni psíquico) y, mantenerlo, a pesar, del paso del tiempo.

El Decreto Legislativo 1384, ha derogado la única causa que permite indentificar a las personas que no pueden contraer matrimonio por razón de carencia o falta de discernimiento, la misma razón que les impide formar y expresar voluntad alguna, porque, simplemente, sin el discernimiento es imposible expresar voluntad para realizar determinado acto; por tanto, si la Constitución contempla al matrimonio como la unión voluntaria establecida por un varón y una mujer con aptitud jurídica para contraerlo, el aludido decreto no puede establecer cosas distinta, ni con derogación o sustitución de las normas que regulan la celebración del matrimonio y, sin embargo, lo hace; cambiar el modelo constitucional constituiría una clara afectación no sólo al orden constitucional sino a todo el ordenamiento jurídico, quebrantando otro principio que más adelante comentaremos, la seguridad jurídica.

Sin embargo, ello, surgiría otro problema al margen de la contraposición de las normas que regulan el matrimonio a nivel legal al principio constitucional de la promoción del matrimonio, que sin duda hemos demostrado en el presente subcapítulo; esta otra adversidad, se trataría de la superposición del principio – derecho fundamental a la igualdad de las personas ante la ley por sobre la promoción del matrimonio y, la seguridad jurídica, que también son principios que deben ser defendidos y garantizados no solo por el Estado sino también por la sociedad; asunto que será tratado en el último subcapítulo.

3.2. La imposibilidad del cumplimiento de los deberes del matrimonio

El matrimonio no siempre ha sido entendido como la institución que en la actualidad percibimos. En el Derecho Romano⁹ el matrimonio era considerado como la unión del hombre y la mujer, sociedad para toda la vida, complejo de derecho divino y humano. Así, en las partidas se considera como la cópula de marido y mujer, hecho con la intención de vivir siempre en uno, y de no separarse, guardando lealtad cada uno de ellos al otro.

En el derecho contemporáneo y con la influencia de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos, el matrimonio fue considerado como un instituto natural y fundamental de los Estados y de las sociedades.

Dice Hinostroza Mínguez (1999) que, el matrimonio es la unión permanente, exclusiva y lícita, lo que implica afirmar que se han respetado las exigencias legales de forma y fondo del hombre y la mujer. (p. 43)

Por el matrimonio el hombre y la mujer, asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se complementan recíprocamente, y cumpliendo los fines de la especie la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia. (Cornejo Chávez, 1998, p. 52)

El Código Civil, lo define como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a

⁹ En el Derecho Romano el matrimonio era considerado como la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, comunidad de derecho divino y humano (Digesto XXIII, 2,1) o sino también como la unión del hombre y de la mujer que implica identidad de condición en la vida (Institutas de Justiniano I, 9,1). (Hinostroza Mínguez, 1999, p. 43).

las disposiciones de este código, para hacer vida común. (Poder Ejecutivo, 1984, art. 234)

Para construir el dogma de los fines del matrimonio es preciso realizar un análisis dogmático apoyándonos en la argumentación jurídica para extraer los constructos respecto de las características elementales del concepto histórico, doctrinario y legal de este instituto fundamental.

En principio tenemos como elemento esencial de la definición, la insoslayable participación de un varón de una mujer, es decir, que, este sinalagma compuesto por la convergencia del género femenino y masculino, es imprescindible, si se desea llegar a perpetrar dicha unión y, posteriormente, cumplir con los fines de ésta.

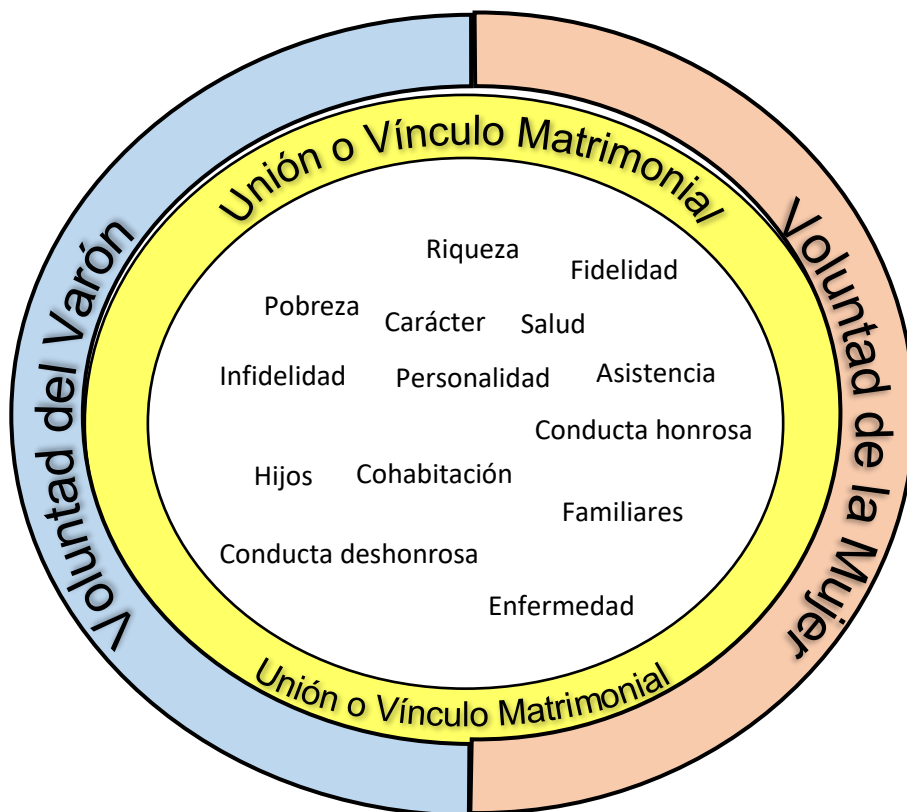
Seguidamente, se encontraría la comunidad de vida permanente, lo que quiere decir que, estar juntos para convivir debe ser una actividad ilimitada mientras les permita el tiempo, sin la cual, no se alcanzarían los fines del matrimonio.

Finalmente, es necesario que ambos lados del vínculo se encuentren habilitados por mandato legal, es decir, que no es suficiente creer que se tienen los requisitos esenciales para la unión ni siquiera basta la autonomía de la voluntad, sino que, el ente encargado de dictar los presupuestos para ésta, es el que, ultimadamente, establece, tanto, los requisitos que faculden la unión, como las causas que impidan la misma.

Esta última situación, nos causa realmente sorpresa, debido a que, también se deduce de los conceptos antes aludidos que sobresale una cubierta que

engloba y detiene toda posible protuberancia que nazca de la unión, y que, es tan obvia, empero, sin darnos cuenta, podríamos dejarla al margen, nos referimos a la intensión o voluntad de establecer la unión. Esta, más que todo cualquier elemento constitutivo del matrimonio, debe ser permanente, sin ella, las protuberancias que son imposibles de detener por el propio vínculo, causarían la fractura del mismo, y su disolución.

Cuadro N° 1. Esquema de la cubierta que engloba y detiene las protuberancias que surgen dentro del matrimonio, es decir, “la intensión o voluntad de establecer, perpetrar y perpetuar la unión”.



El concepto que contiene el Código Civil alguna pista de ello nos da, cuando prescribe que la unión debe ser voluntaria; pero, además, posiblemente nos quiere mostrar algo más que la mera voluntad que define la permanencia de la misma. Este otro agregado que consolida la firmeza de la voluntad,

es el consenso¹⁰ de voluntades entre ambas partes, asunto que es menester del presente subcapítulo.

Si el consenso de voluntades es el acuerdo recíproco entre sujetos que se comprometen a realizar determinadas actividades que beneficien su situación actual, para llegar a dicha avenencia es necesario comprender a qué se atiene cada una de las partes por el incumplimiento de sus obligaciones, conductas por omisión o comisión ya sea de buena o mala fe, o por lo menos, simplemente, comprender cuál sea el contenido de éstas. Porque, resulta lógico y razonable que, toda persona que actúa con una conducta racional estándar, no celebra con otra, acuerdos que no comprende y del que, además, ignora sus efectos.

En ese sentido, no deja tener importancia la participación de dos personas de diferente sexo ni la comunidad de vida permanente o los requisitos sancionados por la ley, sin embargo, lo más importante es, darnos cuenta que, en realidad, la permanencia de la unión constituida bajo los requerimientos de la ley, está determinada por la voluntad misma del binomio conyugal, y ésta, a la vez, se fortalece con el acuerdo que fue aquel que fundió dos voluntades en una.

Bajo esa perspectiva, resulta física y, también, lo debería ser jurídicamente, imposible, el acuerdo entre dos personas, cuando por lo menos una de ellas carezca de voluntad, sencillamente, por no comprender el contenido del acuerdo y sus consecuencias; por tanto, no existirá unión de voluntades

¹⁰ Acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo, o consentimiento convergente de dos o más sujetos generador de obligaciones. (Real Academia Española, 2019).

porque solo concursaría una. Por supuesto que, la consecuencia de reconocer estas pseudo – uniones ocupa el siguiente subcapítulo, por ello, no profundizaremos en ello, sino más bien en la imposibilidad de alcanzar con los fines del matrimonio.

Uno de los fines del matrimonio es fundar una familia, por ello, es que dicha unión debe procurar ser permanente en el tiempo. La familia como fenómeno natural, tiene su origen en la unión de los sexos, y como institución jurídica, en el matrimonio, que es la unión sancionada por la ley. (Cornejo Chávez, 1998, p. 51). De ello, se puede colegir que, uno de los fines del matrimonio es la edificación de una familia, la misma que, es la comunidad de personas vinculadas no solo por parentesco de diversa naturaleza, sino, por un complejo de reglas, valores y principios que coadyuban a la formación de la moral de los miembros de la familia, con la finalidad de que se incerten en la sociedad. Concepto que resulta un atarrayas¹¹ de elementos, roles y otros.

¹¹ "La moral es un sistema de normas, principios y valores, de acuerdo con el cual se regulan las relaciones mutuas entre los individuos". Por tanto, la moral surge de acuerdos establecidos y aceptados por grupos humanos, comunidades y sociedades que determinan el comportamiento o conducta del individuo que pertenece a ella. En el plano más sencillo, se encuentran las costumbres o tradiciones y las formas de convivencia de un pueblo o grupo humano: prácticas religiosas, procreativas, jurídicas, sexuales, de crianza, educativas, entre otras. En un plano más complejo se encuentra los valores, como principios universales (justicia, amor, equidad, libertad, etc.). Ambos planos se entremezclan y configuran el nivel de la moralidad o moral. El ser humano a través de su vida va realizando actos. La repetición de los actos genera "actos y hábitos," y determina además las "actitudes". De esta manera, viviendo se va haciendo a sí mismo. El carácter como personalidad es obra del ser, es su tarea moral, es el cómo "resultará" su carácter moral para toda su vida. El carácter o personalidad moral, es el resultado de actos que uno a uno el ser humano ha elegido. El ser humano, en este contexto, se hace y a la vez es hecho por los demás, tanto positiva como negativamente. Los conceptos "bueno o malo" se aplican en los actos. Los actos que realiza el sujeto humano constituyen el término al que se dirige la moralidad como objetivo. (Escuela de Posgrado Neumann, 2020, p. 3).

Así, también, otro de los fines del matrimonio, es perpetrar la especie de la raza humana, pero no como cualquier otro ser vivo, sino como aquellos entendidos de los derechos que merece el nuevo ser humano, así como los que procrean. Lo precisamos, porque no es ni debe ser lo mismo, el contenido del derecho a procrear y a tener hijos; a nuestro entender, estos derechos no siempre son consecuentes uno con otro, pero, si se ejerce el primero, es necesario y obligatorio ejercer también el segundo, puesto que, si una persona procrea debe ser responsable con las obligaciones que supone el ejercicio de este derecho fundamental; este complejo de derechos y obligaciones que surgen del ejercicio del primer derecho, en sustancia, es el contenido del segundo derecho, es decir, el derecho a tener hijos. Sin embargo, es también necesario, precisar que no necesariamente estos derechos se ejercen uno después del otro, ya que, no siempre las personas ejercen su derecho a procrear, pero, sí ejercen el derecho a tener hijos, es decir, se hacen responsables de una persona de quien no son progenitores, pero actúan como si lo fueran o aún mejor.

A estas alturas, ya es oportuno traer a debate la respuesta a qué pasaría si el requisito fundamental de todo acto jurídico o, para ser más precisos, qué pasaría si ya no fuera necesario tener en cuenta al discernimiento como requisito legal para la validez de la realización de los actos jurídicos; y, en este caso, en el matrimonio como acto jurídico.

El Decreto Legislativo N° 1384, derogó el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, la única más grande referencia de consulta, para determinar cuándo una persona está capacitada o cuenta con aptitud para realizar actos

jurídicos; dicho de otro modo, si la persona tiene la capacidad de discernimiento o no.

Entonces, lo que hemos plasmado en párrafos anteriores, no está tan lejos de lo que doctrinariamente se ha establecido en el desarrollo de esta facultad. Así la voluntad está conformada por dos elementos, a saber: discernimiento, el cual es la distinción intrínseca que hace el hombre, para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese algo es bueno o malo; el otro elemento, es la volición, que es el acto, la materialización de tal decisión. (Espinoza Espinoza, 1998, p. 173). Y, como afirma el mismo autor, una persona que carece de discernimiento, no puede expresar su verdadera voluntad, lo que en nuestra humilde opinión, significa, que dicha persona no puede o se encuentra imposibilitada o incapacitada para expresar su voluntad y, en consecuencia, realiza un acto carente de valoración subjetiva, y, si subjetiva, también objetiva, porque si una determinada persona no forma su voluntad dentro de sí en su consciencia, mucho menos podrá expresarla, en todo caso, si una determinada persona exterioriza voluntad, esta manifestación se quedaría en una mera expresión sin voluntad sin intención.

En ese sentido, si esto sucede, haber derogado el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, significa, evidentemente, para los contrayentes, la imposibilidad de alcanzar los fines del matrimonio, por cuanto, como hemos mencionado, estos deben ser perseguidos con el compromiso de ambos, pero, sin el entendimiento de uno de ellos, dichos fines no pueden

alcanzarse, porque la persecución, se recalca, es compromiso mutuo de los contrayentes.

Queremos resaltar que, la unión a que se hace referencia en la definición del matrimonio, representa, la fundición de dos voluntades en una, para conseguir el éxito de los diversos planes o proyectos de vida ideados por las partes de la unión. Dentro de estos planes, podemos considerar a los naturalmente deseados, como lograr la estabilidad de la relación conyugal o de la comunidad de vida, y aunque, la procreación y la tenencia de hijos sean fines muy cuestionados hoy en día, no podemos negar que su persecución provoca que la unión constituida se fortalezca y perdure con el paso de los años, por ello, no se descarta su importancia; entre otros de acuerdo a su situación y posibilidades.

Los planes que en este tratado se han denominado como naturales, podemos contemplarlos o, en todo caso, podemos incluirlos dentro de los fines que el concepto de matrimonio establecido en el Código Civil quiere dar a entender, lo cuales son: unión permanente por medio de la vida común, la perpetuación de la especie humana o la descendencia.

Ahora bien, la persecución de estos fines requieren de una tarea ardua y comprometida, la misma que debe ser realizada por ambos cónyuges, para ello, nuestra norma civil ha señalado que se deben cumplir con tres deberes que son de vital importancia para que la unión sea permanente y la convivencia o vida común sea tolerable con el paso del tiempo, estos son: la fidelidad, la cohabitación y la asistencia.

El cumplimiento de estos deberes para la persecución de estos fines no suponen una tarea unilateral, puesto que, si luego de haberse perpetrado la unión de voluntades en el matrimonio, se pierde el interés de continuar deseando alcanzar o perseguir dichos fines, la envoltura que reviste a la unión se debilitaría hasta el punto tal que terminaría por disolverse, dando paso a la fractura del vínculo matrimonial. Por ello, es necesario, como hemos sostenido en precedentes párrafos, que la voluntad de ambos cónyuges una vez fundida para la constitución de la unión, sea fortalecida por la obligación de mantenerla, es decir, por el consenso comprometido de cumplir con los deberes para perseguir los fines que establece la ley y los que suponen la convivencia del matrimonio.

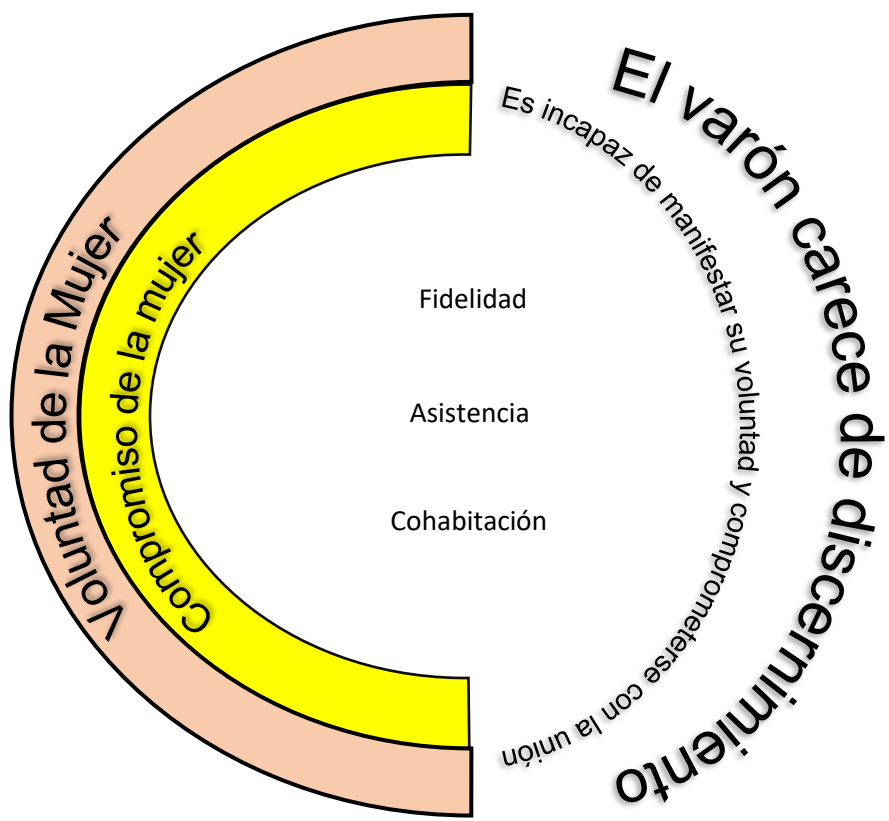
En ese sentido, si una de ellas carece de discernimiento por alguna causa no podría realizarse dicha fundición de voluntades para dar origen a la unión matrimonial. Sin embargo, aun cuando físicamente esta unión es imposible, con la introducción del Decreto Legislativo N° 1384 al ordenamiento legal, este acto es posible jurídicamente. Alguna relación de conexión necesaria a de contener el inciso 2 del artículo 140 del Código Civil, aunque para dicho caso esto parezca no importar.

Bajo esa premisa, sin discernimiento de una las partes, jamás se podrá perpetrar la unión del matrimonio, en consecuencia, no se podrán cumplir con los deberes que nacen del matrimonio regulados en los artículo 288 y 289 del Código Civil, la fidelidad, asistencia y cohabitación. Ya que, el cumplimiento de éstos, coadyuvan, como ya hemos señalado, con la persecución de los fines.

La aludida derogación ha quitado del ordenamiento jurídico, el único instrumento que sirve para identificar si existe voluntad real de realizar determinado acto jurídico. Con ello, sencillamente, no podría constituirse la unión de voluntades ni la concertación. Si esto es así, entonces los fines naturales del matrimonio que le proporcionan permanencia no podrían ser alcanzados ni mucho menos aquellos que nacen del albedrío de todo ser humano.

Una nueva tendencia contractual que coadyuva a la comprensión del acto jurídico, y que, probablemente, explique mejor la falta de acuerdo entre las partes que celebran un contrato, es aquella que sostiene que la falta de acuerdo para la celebración del contrato, genera no la invalidez del acto, sino la inexistencia, lo que no significa que haya mediado vicio grave en la forma o fondo del acto que impida el despliegue de sus efectos o el cese de estos, sino que, implica que el acto jamás se habría existido porque simplemente no hay persona que se haya obligado a realizar alguna prestación, ya que no existe la manifestación su voluntad, por lo que, el acto nunca se habría formado ni siquiera viciado.

Cuadro N° 2. En el siguiente esquema se representa qué sucede cuando uno de los contrayentes, para el caso el varón, no cuenta con la capacidad para discernir, es decir, la esquematización de todo el presente subcapítulo.



Como se puede apreciar, si uno de los contrayentes carece de discernimiento, la unión de voluntades para el matrimonio será imposible, pues se necesita, obviamente, de la fusión de ambas voluntades. Se dice que una persona que carece de discernimiento es incapaz de manifestar su voluntad, pues, la voluntad se constituye de dos elementos: el discernimiento y la intención o volición de hacer y omitir determinado acto; en ese caso, la unión de voluntades; en síntesis, la carencia de un elemento imposibilita la manifestación de voluntad alguna.

3.3. La inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio.

En el presente subcapítulo se analizará la repercusión que causa el Decreto Legislativo N° 1384 en el ordenamiento jurídico peruano y, específicamente, en la regulación de la celebración del matrimonio.

Para realizar el mencionado análisis es necesario, en primer lugar, traer a colación la connotación del principio seguridad jurídica, en este punto, nos apoyaremos en el desarrollo que el reconocido jurista Sagües P., (1996) ha realizado sobre dicho principio.

Antes de profundizar en el desarrollo de la seguridad jurídica, de manera lata se entenderá como seguridad jurídica, la capacidad para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable, como la de controlar y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar.

El autor precisa que, la acepción de seguridad jurídica se encuentra inmerso en el concepto genérico de seguridad en el mundo jurídico, la que, a la vez, comprende algunas otras variables, como:

- a) Seguridad del Estado, comprensiva de la seguridad exterior (relacionada con la integridad del Estado y con el respeto de sus derechos. A este subtipo de seguridad se la llamó la suprema seguridad de la Nación; y la seguridad interior, vinculada a la noción de orden público, o de tranquilidad social y respeto a los poderes del Estado.
- b) Seguridad de las personas, que incluye un sistema de protección a los bienes y cuerpos de los habitantes, seguridad pública, pero además el respeto a todos sus derechos y una tutela efectiva para el caso de

amenazas, riesgos o lesiones hacia ellos. En sentido estricto, es aquí donde se aloja mejor la expresión seguridad jurídica, según el significado usual actual de ella.

En esta variante de seguridad jurídica se desarrollan tres niveles de seguridad jurídica¹², para el presente desarrollo se emplea el tercer nivel, por cuanto, en este tramo el concepto de seguridad jurídica es mucho más exigente: pretende augurar tanto el quién, el cómo y el qué del comportamiento de los sujetos jurídicos, como también una dosis mínima de razonabilidad, legitimidad o justicia en esas conductas.

Desde este punto de vista, para que exista seguridad jurídica, señala el aludido autor, debe haber obviamente orden, pero un orden con justicia incipiente, puesto que, la convivencia plena entre justicia y seguridad, solamente puede darse a nivel divino, el tercer nivel de seguridad jurídica aspira, a toda costa, a trabajar por una seguridad jurídica entendida como el resultado de que se realicen actos de justicia.

Del análisis anterior, se colige que la seguridad jurídica no se satisface con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos.

¹² El primer nivel, en todo caso, se hará lo que el déspota decida. Ninguna ley es oponible a su voluntad, que por lo demás es la fuente del derecho; ni los jueces, desde luego, fallarán contra él. [...] En el segundo nivel, sintetizando, se requiere que las decisiones estatales sean adoptadas según el esquema constitucional de asignación de competencias, por los órganos respectivos, y de acuerdo a las directrices de contenido que también trae la Constitución. [...]. (Sagües P., 1996, p. 218 - 219).

Actualmente, cuando se utiliza la expresión seguridad jurídica, se la emplea, comúnmente, en la tercera versión o nivel. (Sagües P., 1996, p. 219)

En todo ordenamiento constitucional¹³ democrático, la seguridad jurídica constituye uno de los principios fundamentales, toda vez que en virtud a dicho principio, los ciudadanos deben saber en todo momento a qué atenerse frente a sus relaciones con el Estado así como con los demás particulares.

Por otro lado, el autor argentino Jorge Peyrano (1998) considera como requisitos indispensables de la seguridad jurídica a “la claridad de las normas y a la estabilidad de estas en el tiempo”, asimismo, agrega otros factores que a su juicio deben concurrir para que se entienda presente la seguridad jurídica, tales como “el funcionamiento adecuado, confiable y constitucional de los poderes del Estado, la predictibilidad de las consecuencias de las acciones propias y ajenas, el respeto por los derechos y situaciones adquiridas”.

Luego de haber dejado por sentado la concepción de la seguridad jurídica, y para aterrizar en el plano de nuestra discusión, determinemos el grado de riesgo que ha originado la derogación del inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, que contenía una de las circunstancias en que se le debe considerar

¹³ El reconocido autor italiano Ferrajoli (2010), señala que, el rol del Estado está centrado en la garantía y real disfrute de los derechos humanos de los ciudadanos, incluyendo derechos de libertad (derechos civiles) como los derechos a la subsistencia y a la supervivencia (derechos sociales), acompañado por un desarrollo económico y social del Estado, cuyas pautas establece directamente la Constitución, como norma de normas o marco normativo que irradia todo el ordenamiento jurídico, lo que se ha denominado Estado Constitucional de Derecho. (p. 147).

a una persona incapaz absoluta, es decir, sin la facultad de realizar actos jurídicos, en este caso el del matrimonio. Nos referimos, entonces, a la persona que por cualquier causa se encuentre privado de discernimiento.

En el subcapítulo anterior, habíamos explicado que en el acto del matrimonio, la unión representa la fundición de las voluntades de las personas a darse en casamiento, en una sola voluntad; aquella que, consista en el cumplimiento de los deberes que persigan los fines del matrimonio, lo que no será posible si esa unión no llega a realizarse por la incapacidad de volición o intensión de dicha persecución. Asimismo, dejamos zanjada la ubicación del discernimiento dentro de la voluntad de la persona, señalando que aquél es un elemento esencial para ésta.

La mencionada causa de incapacidad absoluta, resulta la única base jurídica que un operador del derecho pudiera encontrar en todo el ordenamiento jurídico, útil para identificar cualquier relación jurídica imposible de sostenerse por la falta de discernimiento, es decir, por la incapacidad de diferenciar entre lo bueno y malo, por no tener la facultad de intensión, volición o inclinación para la realización de determinado acto jurídico. Sin ésta referencia dentro del ordenamiento jurídico, todas las personas, sin excepción, podrían celebrar actos jurídicos sin siquiera importar que tengan o no discernimiento; podríamos decir, pues, que, la única razón por la que los menores de edad no pueden ejercer sus derechos ni celebrar actos jurídicos es por carecer de la capacidad de discernimiento por su etapa de desarrollo, que sin embargo, no

representaría ya una limitación porque con dicha derogación cualquier persona con o sin discernimiento podría realizar actos jurídicos.

La política de gobierno para la concreción de la lucha contra la discriminación y la promoción de la igualdad, resultó ser más perjudicial que beneficiosa. A nuestro parecer, el legislador con la dación del Decreto Legislativo N° 1384, olvidó dejar prescrito dentro del ordenamiento jurídico, el único supuesto que engloba a todas las posibles situaciones en las que una persona por no tener la capacidad de discernimiento, no puede realizar actos jurídicos; en sustancia, nos referimos al inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, dispositivo jurídico que hemos comentado en todo el presente tratado.

Otra situación riesgosa se puede deducir, fácilmente, de una de las causas de incapacidad relativa, también derogada, como es el deterioro mental, pues, mientras el deterioro no afecte la voluntad de la persona ésta no dejará de ser capaz, para, efectuar los actos que crea conveniente, sin embargo, cuando el deterioro es grave y la persona deja de razonar las consecuencias de sus decisiones, simplemente, ésta, no se encontrará facultada para realizar actos jurídicos; claro, físicamente será imposible, empero, con la regulación actual de incapacidad, será jurídicamente capaz. En cuanto a ello, con seguridad podríamos afirmar que, para que algo sea posible jurídicamente lo debe ser físicamente.

De estas situaciones riesgosas, también se deduce que, no importaría la derogación del inciso 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil que regula la incapacidad relativa, siempre que, no se hubiere derogado el inciso 2 del

artículo 43 de dicho cuerpo legal, ya que cualquier variable peligrosa o riesgosa de la primera los primeros se hubieren podido enmarcan asequeblemente en el segundo. Esta situación insegura y riesgosa no afecta solamente al acto del matrimonio, sino a toda la regulación del Derecho de Acto Jurídico, Obligaciones, Contratos, Laboral, etc.

Indudablemente, esta situación representa no solo para el ordenamiento jurídico, sino para el Estado y la sociedad, un insondable complejo de riesgos, lo que genera una afectación inminente al principio seguridad jurídica, que es aquel pilar o la base de cualquier Estado, tan fundamental, que podría equipararse con aquellos establecidos en el artículo 3 de la Constitución Política¹⁴. Cualquier situación riesgosa dentro del ordenamiento jurídico representa la fractura del principio seguridad jurídica que todo poder del Estado y de la sociedad debe defender y garantizar, en aras de contribuir a la consolidación de un Estado Constitucional, Democrático y Social, donde se respeten la dignidad de la persona humana y toda la gama de derechos fundamentales que se originan de ésta.

Podríamos encontrar una diversidad de situaciones irregulares originadas por esta derogación, sin embargo, nos toca exponer aquellas contenidas dentro de la regulación del matrimonio como acto jurídico.

El artículo 140 en su inciso 1 del Código Civil¹⁵, establece que el acto jurídico necesita para su validez de persona o personas con plena

¹⁴ Artículo 3.- Derechos Constitucionales. *Númerus Apertus*
La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Congreso Constituyente Democrático, 1993)

¹⁵ Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

capacidad jurídica o de ejercicio¹⁶. Cómo supone el legislador que una persona que padece crónicamente de enfermedad mental, sin duda, considerada dentro de las personas que por alguna causa carecen de discernimiento, solo por la derogación del inciso 2 del artículo 43 y del inciso 3 del artículo 241 del Código Civil, obtenga la capacidad que físicamente nunca tuvo.

Por esta derogación, no puede ser posible que nazca voluntad de una persona que no cuenta con discernimiento, esta situación, indefectiblemente es un enigma imposible de resolver, puesto que, sin discernimiento no es posible expresar voluntad alguna. Este clima de riesgo, peligro e incertidumbre normativa no es, ni por asomo, sinónimo de seguridad jurídica, puesto que las reglas que regulan el acto jurídico en general y el acto de matrimonio no están claras.

La falta de claridad se evidencia de la derogación del inciso 3 del artículo 241 del Código Civil, el que establecía que: “no pueden contraer matrimonio los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos”; en el sentido que, la norma civil ya no regula qué sucederá si estas personas quisieran darse en matrimonio; no olvidemos

El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. (Poder Ejecutivo, 1984)

¹⁶ Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad. (Poder Ejecutivo, 1984)

que una máxima constitucional establece que ninguna persona se encuentra impedida de hacer lo que la ley no prohíbe. Bajo esta premisa, si el artículo 2 del artículo 43 del Código Civil no se encuentra vigente, ya no existe dispositivo legal alguno que sancione la situación jurídica de una persona que carece de discernimiento, la que, obviamente no puede celebrar actos jurídicos puesto que por la falta de discernimiento no podrá formar su voluntad para manifestarla.

Seguimos creyendo que el legislador confundió la discapacidad¹⁷ con incapacidad jurídica de ejercicio. No necesitamos del respaldo de un estudio psiquiátrico de muchos años, para distinguir entre personas que por diversas circunstancias padecen de ciertas discapacidades, pero sin embargo, pueden razonar o discernir las consecuencias de sus actos. Sin embargo, existen personas que padecen de una discapacidad que les priva de discernimiento, y, es por ello, como dice Espinoza Espinoza (1998), es por eso que el Derecho protege este tipo especial de sujetos.

Quizá sea pertinente establecer por qué el legislador debió preferir el principio de seguridad jurídica, en vez de sobreponer al principio de igualdad. Para ello, es necesario señalar qué se entiende por principio de igualdad, que no debe entenderse como derecho a la igualdad sino como principio.

¹⁷ Según la Organización Mundial de la Salud, OMS, en su clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), publicada en 1980, una discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. En la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada en el 2001, discapacidad aparece como un término baúl para déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. (Puppio González, 2020)

El principio – derecho a la Igualdad¹⁸ ha sido regulado y su defensa es materia presente no sólo en la normativa constitucional de los Estados. Además, debido a la trascendencia e importancia que este principio ostenta, y sobre todo por su doble alcance como derecho fundamental y como derecho humano básico, a nivel de los instrumentos internacionales se ha reservado campo de regulación para la Igualdad, aun cuando, enunciado con matices y formas distintas, todos confluyen en la necesidad de proscripción de la discriminación por razones subjetivas en diferentes ámbitos y aspectos. La igualdad cruza transversalmente todos y cada uno de los espacios de desarrollo de la persona, pues garantiza la dignidad humana del artículo 1 de la Constitución Política. (STC 00027 – 2006 – AI, f. j. 8, 9)

La igualdad, es el principio que direcciona la creación y aplicación de normas que no se orienten a la discriminación de personas en todo campo del derecho. Sin embargo, creemos que, la implementación de normas en pro de la igualdad no debe afectar el orden Constitucional ni las instituciones que se regulan el ordenamiento jurídico; en todo caso, ésta debe hacerse con sumo cuidado y previendo toda posible situación de riesgo.

En el Perú, existe un clima de incertidumbre en cuanto se refiere al alcance de las normas que reconocen derechos fundamentales. Por cuanto, de un

¹⁸ El Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad; y pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. (Eto Cruz, 2011, p. 46).

lado, la Constitución establece como fin supremo de la sociedad y del Estado a la persona humana, dando origen a la tesis individualista; y, por otro, la tesis colectivista, fundada en el Estado Democrático y Social que la Constitución también reconoce junto a la soberanía del pueblo, como requisitos para el reconocimiento de derechos fundamentales en el artículo 3 de la misma Carta Fundamental, del que nace un pensamiento, quizá advenedizo, para nuestra tradición jurídica, el utilitarismo, es decir, lo que convenga a la mayoría debe defenderse y garantizarse.

En cuanto a la primera, sustenta Sáenz Dávalos (2009) que, el nivel de legitimación que pueda acompañar a un nuevo derecho no se genera necesariamente en función de un sentimiento absolutista o mayoritario (dominante como suelen decir algunos teóricos), bien puede medirse a partir de una simple y elemental sentimiento de minoría social, pues lo que se toma en cuenta no es la coincidencia absoluta de todos quienes integran la colectividad, sino el el grado de importancia que el derecho reclamado como nuevo tiene para el individuo y para los propósitos de su autodeterminación y bienestar. (p. 20)

Asimismo, dicho autor critica la segunda tesis, señalando que de no ser del modo que ha descrito se caería en un peligroso utilitarismo, cuando no en un colectivismo inaceptable, pues los derechos no se aprueban o reconocen por aclamación popular, por más que algunos simpaticen con dicho parecer. Los nuevos derechos, como lo acabamos de decir, bien pueden ser resultados de un sentimiento social minoritario que, aunque no sea compartido, y a veces ni siquiera comprendido por los grupos mayoritarios,

anidará allí donde su incidencia se torne vital para quienes los reclamen como propios (p. 21)

Nada más apartado de lo que la Constitución establece, puesto que ésta misma consagra como modelo de Estado al Democrático y social, fundado en la soberanía del pueblo, que busca como fin el bien común. Sin embargo, por lo menos, es más sensato, en este caso, optar por una o la otra, que, por ambas, como lo hace Eto Cruz (2011), cuando dice que el Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad; y pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. (p. 46)

A nuestro parecer, recalco, en el Perú no existe armonía sobre esta tendencia, por ello, es que mientras no se decida por una u otra no tendremos un Estado ni un sistema jurídico que garantice seguridad jurídica para la sociedad. Por lo que, es lógico que, para una adecuada convivencia entre Estado – sociedad – ordenamiento jurídico, es necesario cuidar la intangibilidad del principio de seguridad jurídica, de otro modo hasta se podría pensar en una anarquía jurídica¹⁹.

¹⁹ Anarquía: Desorden y perturbación de un Estado por debilidad, falta o supresión de la autoridad. Forma social sin gobierno alguno. (Enciclopedia Jurídica, 2020)

En este caso, ante tal situación, el legislador debió optar por orientar su singular creación normativa que asegura y fomenta la igualdad, a la neutralización de riesgos para no afectar a la seguridad jurídica, que no debe ser fracturada, de lo contrario el orden Constitucional se desmoronaría.

CONCLUSIONES

1. La falta de discernimiento de uno o de ambos contrayentes, no permite conciencia de persecución de los fines del matrimonio, por lo que, no podrían alcanzarse; esta situación desnaturalizaría el modelo de matrimonio que regula nuestro ordenamiento jurídico e impediría su promoción por parte del Estado y la sociedad, puesto que, lo que se debe promocionar es el modelo regulado por la Constitución en la ley.
2. Los deberes del matrimonio, la fidelidad, asistencia y cohabitación, no podrán ser cumplidos por los cónyuges, si por lo menos uno de ellos fue incapaz de expresar su intención o voluntad para la unión matrimonial por la falta de discernimiento, puesto que los deberes deben ser cumplidos no por uno sino por ambos cónyuges, como parte de la persecución de los fines del matrimonio, y la voluntad de perseguirlos, debe ser aquella que resulte de la fundición de ambas voluntades.
3. La derogación del inciso 2 del artículo 43°, iguala la capacidad jurídica (pero no la capacidad física) de personas que carecen de discernimiento con aquellas que lo posean, situación riesgosa para el derecho, puesto que abre la posibilidad a que cualquier persona aun cuando no comprenda las consecuencias de sus actos, los terminen por realizar, como pasa en el caso del matrimonio, excluyendo de la regulación del matrimonio a la causal de impedimento absoluto, esto es, a la enfermedad mental crónica, sin precisar qué pasará con aquellas que además de la enfermedad carezcan de discernimiento. Esta equiparación, implica, por tanto, la prevalencia del principio igualdad y su vencimiento sobre el principio de la seguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

1. A la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Constitucional y al Fiscal de la Nación a cumplir con dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación, obligación establecida en el artículo X del Título Preliminar del Código Civil.
2. En este caso, poner en autos, al ente legislador que el autor de dicha implementación normativa ha incurrido en un grave error al derogar la única referencia genérica de incapacidad jurídica, acarreando diversas situaciones que afectan la seguridad jurídica.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abelenda. (1980). *Derecho Civil, Parte General, Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (s.f.). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.
- Águila Grados, G. (19 de Enero de 2016). El Precedente Constitucional. *Expreso*.
- Aguiló Regla, J. (2007). POSITIVISMO Y POSTPOSITIVISMO. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN POCAS PALABRAS. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* ISSN: 0214-8676, 665 - 675.
- Aranzamendi Ninacondor, Z. L. (2015). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Lima: Grijley.
- Asamblea de la Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: ONU.
- Asamblea General de la ONU. (1966). *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos*. New York.
- Asamblea General de ONU. (1966). *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Bechara Llanos, A. (2011). ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN ROBERT ALEXY. *SABER, CIENCIA Y Libertad* ISSN: 1794-7154, 63 - 76.

- Bolás Alfonso, J. (1993). *La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil*. Madrid: Civitas S.A.
- Bustamante Arce, S. (2019). *Aplicando la reforma del Código Civil: Capacidad jurídica y salvaguardias*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castán Tobeñas, J. (1943). *Derecho Civil español, común y foral. Sexta Edición*. Madrid: Reus.
- Chappuis Cardich, J. (s.f.). La igualdad ante la ley. *THEMIS*, 15-21.
- Cifuentes. (1988). *Elementos de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- CONADIS. (04 de abril de 2020). *conadisperu.gob.pe*. Obtenido de conadisperu.gob-pe:
<https://www.conadisperu.gob.pe/observatorio/estadisticas/>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica .
- Díaz Revorio, F. (2017). Las dimensiones constitucionales de la igualdad. *Pensamiento Constitucional N° 22. Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España*, pp. 21-60 / ISSN 1027-6769.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1990). *Sistema del Derecho Civil. Vol IV, 5ta edición*. Madrid: Editorial Tecnos.

Enciclopedia Jurídica. (04 de junio de 2020). <http://www.encyclopedia-juridica.com/>. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/>: [http://www.encyclopedia-juridica.com/d/anarqu%C3%ADa/anarqu%C3%ADa.htm#:~:text=Desord en%20y%20perturbaci%C3%B3n%20de%20un,Forma%20social%20sin %20gobierno%20alguno.](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/anarqu%C3%ADa/anarqu%C3%ADa.htm#:~:text=Desord%20y%20perturbaci%C3%B3n%20de%20un,Forma%20social%20sin%20gobierno%20alguno.)

Espinoza Espinoza, J. (1998). *La capacidad civil de las personas naturales*. Lima: Grijley.

Espinoza Espinoza, J. (2004). *Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. .

Eto Cruz , G. (2011). Teoría de la Constitución y Teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *TC GACETA CONSTITUCIONAL - ISBN: 978-612-4113-23-9*, 11-169.

Ferrajoli, L. (2010). *Derecho y Dolor: La crisis del paradigma constitucional, en "El Canon Neoconstitucional"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

García Amigo. (1979). *Instituciones de Derecho Civil I, Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

García Toma, V. (2015). La Constitución y el Sistema Jurídico Nacional. *THĒMIS-Revista de Derecho* 67., 23-37.

Gordillo. (1986). *Capacidad, Incapacidades y Estabilidad de los contratos*. Madrid: Tecnos.

Hinostroza Minguéz, A. (1999). *Derecho de Familia*. Lima: San Marcos.

III Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París.

Landa Arroyo, C. (2011). Dignidad de la Persona Humana. *Ius et Veritas* 21/
Revistas PUCP, 10 - 25.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (15 de abril de 2019). *Marco Legal del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables*. Obtenido de Marco Legal del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables: <https://www.conadisperu.gob.pe/institucional/marco-legal>.

Montoya Calle, M. (2006). *Matrimonio y Separación de Hecho*. Lima: San Marcos.

Organización Mundial de la Salud. (2001). Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM). *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM)*, 4 - 10.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca.

Palacios, A., & Bariffi, F. (2007). La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. *Cermi*, 18-21.

Peralta Andía, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima - Perú: Moreno S.A. .

- Perez Bueno, L. C., & Lidón Heras, L. (2016). Derechos Humanos y Discapacidad. *Cermi - Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad*, 13-15.
- Pérez Luño, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 25-38.
- Peyrano, J. (1998). La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil. *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, 181-184.
- Plácido Vilcachagua, A. (2014). El modelo de Matrimonio Constitucionalmente Garantizado por el Principio de Promoción: El matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. *THĒMIS-Revista de Derecho* 66. ISSN: 1810-9934, 107 - 132.
- Plácido Vilcachagua, Á. F. (2001). *Divorcio : reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio, cuestiones sustantivas y aspectos procesales de la Ley 27495*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Poder Ejecutivo. (1984). *DECRETO LEGISLATIVO N° 276*. LIMA.
- Priori Posada, G. (2012). La capacidad en el proceso civil. *Derecho & Sociedad*, 9.
- Puppio González, V. (03 de Junio de 2020). <https://diccionario.leyderecho.org/>.
Obtenido de <https://diccionario.leyderecho.org/>:
<https://diccionario.leyderecho.org/discapacidad/>
- Real Academia Española. (20 de Noviembre de 2019). *dej.rae.es*. Obtenido de *dej.rae.es*: <https://dej.rae.es/lema/consenso>.

- Rubio Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruíz Esquerre, M. (2020). *Tesis: "La Designación Judicial de Apoyos para las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de sus Derechos"*. Chiclayo: Universidad César Vallejo.
- Sáenz Dávalos, L. R. (2009). Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización. En L. Sáenz Dávalos, E. Pestana Uribe, R. Rodríguez Santander, J. Sosa Sacio, L. Huerta Guerrero, O. Díaz Muñoz, . . . C. Kuo Carreño, *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional* (págs. 13 - 47). Lima: Gaceta Jurídica.
- Sagües P., N. (1996). Jurisdicción Cosntitucional y Seguridad Jurídica. *Fundación Konrad Adenauer*, 217 - 232.
- Seduguin, P. (1974). *Matrimonio y Familia en la URSS. La Nueva Legislación Soviética*. Moskú: Progreso.
- Tobías, J. W. (2009). *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general. Primera Edición*. Buenos Aires: La Ley.
- Uribe Mariño, T. (2014). Compitiendo contra todo: Intervención ciudadana en el caso de dos atletas paralímpicos ante la Corte Constitucional. Implicaciones para la materialización del modelo social de la discapacidad en Colombia. *Revista de Derecho Público*, 5.
- Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídica. ISBN: 978-612-311-183-0.

Velarde Lizama, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Empresa y Humanismo*, 115-136.