CONSULTA
EXP. N°1833 - 2017
CUSCO

Lima, siete de abril
de dos mil diecisiete.-

I. VISTOS; con el acompañado:

I.1. De la resolución materia de la consulta

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema la sentencia contenida en la resolución número cuarenta y tres, de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas seiscientos y dos del expediente principal, emitida por el **Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco**, por haber realizado control difuso para la inaplicación del numeral 2 del artículo 43 y numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil; en los seguidos por Marta Rosalvina Ciprian viuda de Velásquez contra Rubén Velásquez Ciprian y otros, sobre interdicción civil.

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

La resolución objeto de consulta sustenta el ejercicio del control difuso y la inaplicación del numeral 2 del artículo 43 y numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, en que los citados artículos colisionan con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues la norma nacional atenta contra el derecho a la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sicosocial e intelectual. Agrega que, en el ordenamiento jurídico peruano se establece que la discapacidad intelectual consiste en tener retardo mental e incluso deterioro mental, y que estas son causas para determinar la incapacidad absoluta o relativa de ejercicio; sin embargo, la declaración de interdicción contempla un modelo de sustitución de decisiones completas de la persona, a la cual únicamente se le reconoce la capacidad de goce, restringiéndose total o parcialmente la capacidad jurídica o de ejercicio, además de no recoger ningún mecanismo destinado a promover el modelo de apoyo en la toma de decisiones. Asimismo, se sostiene en la sentencia consultada que no se puede dejar de advertir que con la demanda se buscaba que

se declare judicialmente la interdicción de Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian, desprendiéndose de los informes sociales que ambos tienen conciencia de su diagnóstico y necesidad de tratamiento, refiriendo los demandados que se someten a interdicción a fin de acceder a pensión por incapacidad dejada por su progenitor y por la cobertura de Essalud.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Absolviendo la consulta, corresponde a esta Sala Suprema determinar de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, si el control difuso de las prenotadas normas legales se ha realizado conforme a ley.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1. Conforme ha señalado esta Sala Suprema, en la Consulta N°1618-2016-Lima Norte, de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía (reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

2.2. La autorización constitucional a los jueces para el ejercicio del control difuso, tiene límites bajo responsabilidad, no pudiendo ser ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar.

2.3. En ese sentido, el control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales, preservando la supremacía de las normas del bloque de

constitucionalidad; es de carácter excepcional y de última *ratio*, solo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas.

2.4. Asimismo, los jueces deben tener presente que **las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción**, como lo ordena el artículo 109 de la Constitución; igualmente, que se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y **que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica**; por ende, el control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y solo para los fines constitucionales; por lo que **el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional**.

2.5. En ese contexto, el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.

2.6. Es insoslayable reiterar que la **facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituyendo un control en concreto con efecto *inter partes*; en ese orden, el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculados a los datos y particularidades del caso**; no está permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto *erga omnes*, tribunal que ha señalado en relación al control

difuso, que *"(…) está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes"*[1].

2.7. Con sustento en la citada ejecutoria, como doctrina jurisprudencial, los jueces en los procesos judiciales a su cargo, deben preservar la primacía de la norma constitucional, en el ejercicio de la facultad jurisdiccional delegada por el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en los casos sometidos a su competencia; también, deben considerar la presunción de validez constitucional de las normas legales; sin embargo, de advertir alguna norma aplicable al caso concreto, **que no admita interpretación conforme a la Constitución Política del Estado, procederán a realizar el control difuso; debiendo tener sumo cuidado, pues se trata de un proceso gravoso y complejo**. Precisando las reglas para el ejercicio del control difuso: **a)** Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucional de las normas legales; **b)** Realizar un juicio de relevancia de la norma**; c)** Agotar la interpretación de la norma conforme a la Constitución Política; y **d)** En caso de no encontrar una interpretación constitucional de la norma, proceder al control difuso identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia[2].

---

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional N°02132-200 8-AA/TC, fundamento jurídico 19.
[2] Las reglas del control difuso precisadas en la doctrina jurisprudencial, son las siguientes:
i. **Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política[2], gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución[2]; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.
ii. **Realizar el juicio de relevancia**, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular.
iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución[2], es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal**;** por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.
iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que **es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención**, para así poder **aplicar el test de proporcionalidad** u otro de igual nivel de exigencia, examinando

TERCERO: Sobre la presunción de constitucionalidad de la norma inaplicada

3.1. La sentencia consultada declara infundada la demanda de interdicción y nombramiento de curador, inaplicando la norma del numeral 2 del artículo 43 del Código Civil, el cual establece que son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, y las normas contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 del señalado código, los mismos que declaran relativamente incapaces a los retardados mentales y a los que adolecen deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

3.2. El examen de las normas inaplicadas se inicia con la **presunción de su constitucionalidad, validez y legitimidad**, normas que integran el cuerpo normativo del Código Civil, promulgado por Decreto Legislativo N° 295, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y cuatro; superando el control de producción normativa, conforme el procedimiento previsto en el artículo 108 de la Constitución; por tanto, las normas se encuentran vigentes y son de carácter obligatorio en virtud a la norma constitucional contemplada en el artículo 109 de la Carta Magna.

3.3. El numeral 2 del artículo 43 del Código Civil prevé que son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren **privados de discernimiento**, y los numerales 2 y 3 del artículo 44 del mismo cuerpo legal preceptúan que son relativamente incapaces los **retardados mentales** y los que **adolecen de deterioro mental** que les impide expresar su libre voluntad, situación que se relaciona con el caso concreto, por cuanto en la sentencia consultada se determinó que Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian padecen de **esquizofrenia paranoide**. Por ello, las mencionadas normas se vinculan en forma directa e indisoluble con el caso que ha sido puesto a conocimiento del juzgado por medio de la demanda planteada por Marta Rosalvina Ciprian viuda de Velásquez, **superando por ende la norma legal el juicio de relevancia**.

---

si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

3.4. Procediendo a la interpretación, la regla que se desprende del numeral 2 del artículo 43 del Código Civil es que el incapaz absoluto es el que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; igualmente, se extrae de los numerales 2 y 3 del artículo 44 del aludido código que son incapaces relativos los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. Como es de verse, las incapacidades absoluta y relativa están relacionadas a la capacidad de ejercicio, pues según el artículo 42[3] del mismo cuerpo legal, tienen plena capacidad de ejercicio de derechos civiles quienes hayan cumplido dieciocho años de edad, exceptuándose de la capacidad de ejercicio a las personas que estén inmersas dentro de las incapacidades absoluta y relativa, recogidas en los artículos 43 y 44 del Código Civil, respectivamente.

3.5. De lo anterior se advierte que las personas que están privadas de discernimiento, adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad y los que sufren retardo mental, son incapaces absolutos y relativos, respectivamente, en cuanto al ejercicio de sus derechos, pero no en relación a su capacidad jurídica o de goce.

3.6. Para Juan Espinoza Espinoza[4], explicando lo que ha sido definido por la doctrina francesa, la capacidad de goce o de derecho es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, mientras que la capacidad de ejercicio o de hecho es la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismos los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas.

3.7. Ahora bien, con el panorama descrito corresponde discernir si la declaración judicial de incapacidad (absoluta y relativa) de las personas que están privadas de discernimiento, adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad y los que sufren retardo mental, en mérito al numeral 2 del artículo 43 y numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, colisiona con lo previsto en el

---

[3] **El artículo 42 del Código Civil**, establece en relación a la Plena capacidad de ejercicio que: *"Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44"*.

[4] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Editorial Rodhas, quinta edición, año 2006, Lima-Perú, p. 592.

numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.8. En su tenor el citado artículo 12 en su numeral 2, prevé que: *"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"*, extrayéndose de la disposición convencional que los Estados Partes deben respetar la capacidad jurídica (de derecho) o de goce de las personas incapaces, no pudiendo recortar algún derecho del cual sean titulares y que los ponga en situación de desigualdad de condiciones frente a las demás personas.

3.9. Esta previsión normativa formulada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene como fin otorgar preponderancia al derecho a la igualdad, al pretender equiparar a las personas en la titularidad de sus derechos, sin hacer diferencias por su capacidad.

3.10. En principio, el **derecho fundamental a la igualdad** se encuentra reconocido y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación[5]; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley[6].

---

[5] Los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, disponen que: "*Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*"; y, "*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*".

[6] Los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regulan que: "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano"*; y, *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*".

3.11. Reconocido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en dos dimensiones, una la **igualdad como prohibición de discriminación** (por el cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por si misma de la dignidad humana); y la segunda, **igualdad ante la ley** que deriva la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (sustenta que la ley se aplica igual a todos los individuos).

3.12. La interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[7] establece que **un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y objetivas, no constituye discriminación** (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.13. En ese sentido, los Estados Partes de la prenotada convención, como el Perú, no podrán restar a las personas incapaces algún derecho y reconocérselo a los demás, pues ello constituiría afectación a su capacidad jurídica o de goce, y violación al derecho a la igualdad. Esta interpretación está acorde al artículo 7 de la Constitución en el cual se prevé que la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, tutela que el Código Civil otorga con la declaración de incapacidad absoluta y relativa a las personas que están privadas de discernimiento, adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad y los que sufren retardo mental, siempre en cuanto a su capacidad de ejercicio.

<u>CUARTO</u>: Control de constitucionalidad en el caso concreto

4.1. En la sentencia materia de consulta, el juez declaró infundada la demanda promovida por Marta Rosalvina Ciprian viuda de Velásquez con la finalidad de que

[7] Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política del Perú.

se declare judicialmente interdictos por incapacidad absoluta y relativa a sus hijos Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian; empero, en dicha sentencia (páginas diecisiete y dieciocho) se estableció que *"(…) el Código Civil se basa en un modelo de sustitución de toma de decisiones: declarada la interdicción, el curador asume su representación. Además, no contempla ningún mecanismo destinado a promover el modelo de apoyo en la toma de decisiones. En este orden de ideas, la persona considerada incapaz, aún siendo mayor de edad, pasa a ser representada por curador en todos los aspectos de su vida. La ideología que subyace a esta regulación es que el curador debe sustituir a la persona en estado de interdicción por considerar que aquella no tiene la capacidad para obligarse ni tomar decisiones. Se trata de un sistema de sustitución completa de la persona a la cual únicamente se le reconoce la denominada capacidad de goce, pero se le restringe total o parcialmente la capacidad jurídica de ejercicio (…)".*

4.2. Es decir, para el juez, en nuestro ordenamiento jurídico existe el modo de sustitución de la persona en cuanto a la toma de decisiones, reconociéndole solo capacidad de goce y restringiéndose su capacidad de ejercicio.

4.3. En línea con lo anterior, se aprecia que lo que es materia de consulta es la inaplicación del numeral 2 del artículo 43 y numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, normas que consideran a las personas que están privadas de discernimiento, adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad y los que sufren retardo mental, incapaces absolutos y relativos, por ser incompatibles con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual propugna que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

4.4. Conforme se ha expuesto en la extensión de la presente resolución, la sentencia consultada no contiene ningún fundamento para ejercitar el control difuso, no realiza juicio de relevancia y no desarrolla inconstitucionalidades de las normas, toda vez que no se advierte para el caso concreto incompatibilidad entre las normas contenidas en el numeral 2 del artículo 43 y numerales 2 y 3 del artículo 44 del

Código Civil y el artículo 12 de la acotada convención, dado que no se ha establecido que el que se declare a una persona incapaz absoluto o relativo implique la reducción de su capacidad jurídica o de goce.

4.5. Por tanto, se ha evidenciado que lo peticionado en el proceso judicial, es decir, la declaración de incapacidad absoluta y relativa de Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian, está relacionada a la capacidad de ejercicio y no a la capacidad jurídica (o de goce), aspecto que es resguardado por la referida Convención en su dimensión vinculada al derecho a la igualdad, correspondiendo por ello desaprobar la sentencia materia de consulta.

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia contenida en la resolución número cuarenta y tres, de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas seiscientos y dos del expediente principal, emitida por el **Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco**, consultada por haber realizado control difuso para la inaplicación del numeral 2 del artículo 43 y numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil; en consecuencia, **NULA** la citada resolución debiendo el acotado juzgado emitir nuevo pronunciamiento; en los seguidos por Marta Rosalvina Ciprian viuda de Velásquez contra Rubén Velásquez Ciprian y otros, sobre interdicción civil; y, los devolvieron.- ***Interviene como Jueza Suprema ponente: Rueda Fernández.-***

S.S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TOLEDO TORIBIO, ES COMO SIGUE:-

I. VISTOS:

1.- Motivo de la elevación en consulta.

Es materia de consulta la sentencia expedida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas seiscientos dos, que ejerciendo control difuso de convencionalidad declaró la **inaplicación al caso concreto de los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil.**

2.- Resolución elevada en consulta.

Mediante sentencia contenida en la resolución número cuarenta y tres, expedida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas seiscientos dos, se declaró inaplicables los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil en aplicación del control difuso de convencionalidad, referidos a la incapacidad civil absoluta y relativa, por ser incompatibles con el derecho a igual reconocimiento de la capacidad jurídica reconocida en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, los artículos 3, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2.1, 2.2, 3, 7, 138 y 139 inciso 8 de la Constitución Política del Perú; en consecuencia, se reconoce la plena capacidad de ejercicio de Wilbert Velásquez Ciprián y Rubén Velásquez Ciprián, en su condición de personas con discapacidad psicosocial, estableciendo un sistema de apoyo a su favor; por tanto, infundada la demanda interpuesta por su progenitora Marta Rosalvina Ciprián Vda. de Velázquez, con la pretensión de que se les declare interdictos civiles y se les

nombre un curador. Asimismo, se estableció que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual tienen derecho de acceso a la pensión sin restricción alguna por motivos de discapacidad, incluyendo la pensión de orfandad por incapacidad, con el pleno respeto de su capacidad jurídica conforme lo establece el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, por ello efectuando una interpretación sistemática de las normas en materia de pensiones a la luz de la Constitución Política del Perú y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, se debe determinar que, para la tramitación y otorgamiento de la pensión de orfandad por incapacidad del Decreto Ley N° 20530 solicitado a favor de una persona con discapacidad ante la Oficina de Normalización Previsional u otra competente, es inaplicable toda norma legal que exija como requisito la presentación de resolución judicial de interdicción o incapacidad, y la designación del curador del beneficiario de dicha pensión. Por último, se dispuso como sistema de apoyo y salvaguarda, en aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, una serie de medidas a favor de Wilbert Velásquez Ciprián y Rubén Velásquez Ciprián

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Antecedentes.

1.1.- Mediante escrito de fecha diecinueve de julio de dos mil doce, obrante a fojas veintidós, subsanado mediante escrito de fecha nueve de agosto de dos mil doce, obrante a fojas veintinueve, Marta Rosalvina Ciprián Vda. de Velázquez, presenta demanda de interdicción civil solicitando que se declaren interdictos a sus hijos Wilbert Velásquez Ciprián y Rubén Velásquez Ciprián; y, en consecuencia, se le nombre como su curadora.

1.2.- Por medio de la resolución número dos, de fecha trece de agosto de dos mil doce, obrante a fojas treinta y uno, se resolvió admitir a trámite la demanda de declaración judicial de interdicción civil; asimismo, se citó a la representante del Ministerio de Público y se corrió traslado a los demandados por el plazo de cinco

días, bajo apercibimiento de nombrarle un curador procesal para la defensa dentro del proceso.

1.3.- A través de las Actas de Audiencias de Saneamiento, Conciliación, Admisión y Actuación de Pruebas, de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece y once de abril de dos mil trece, obrantes a fojas ciento cincuenta y dos y ciento cincuenta y ocho, así como el Acta de Continuación de Audiencia, de fecha quince de agosto de dos mil trece, obrante a fojas ciento ochenta y seis, se declaró saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida, se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron las pruebas y se actuaron las pruebas.

1.4.- El Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Cusco mediante sentencia contenida en la resolución número cuarenta y tres, de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas seiscientos dos, señaló que, en aplicación del control difuso de convencionalidad, corresponde declarar inaplicables los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil, referidos a la incapacidad civil absoluta y relativa, por ser incompatibles con el derecho a igual reconocimiento de la capacidad jurídica reconocida en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, los artículos 3, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2.1, 2.2, 3, 7, 138 y 139 inciso 8 de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO: Sobre el control difuso en el Perú.

2.1.- La Constitución Política del Perú como sustento fundamental del Estado Constitucional de Derecho, en su artículo 138 prescribe: *"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior"*, asimismo en el artículo 51 de la misma carta fundamental señala: *"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley,*

sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

2.2.- Por su parte, el Tribunal Constitucional en el fundamento décimo séptimo de la sentencia emitida en el Expediente N° 02132-2008-PA/TC señala: *"Este Tribunal tiene dicho que el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (artículo 138 de la Norma Fundamental). El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable".*

2.3.- En resumen, ante un supuesto en donde exista una confrontación entre una norma legal con una norma de carácter constitucional o convencional, es lógico que todos los órganos de justicia estén en la obligación de preferir la última en salvaguarda de la supremacía de nuestra Carta Magna y los Convenios Internacionales, garantizando así la estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de dotar al país de seguridad jurídica.

<u>TERCERO</u>: Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo y Doctrina jurisprudencial vinculante de la consulta del Expediente N°1618-2016-Lima Norte.

El Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo celebrado en la ciudad de Lima los días dos y diez de diciembre del dos mil quince, en el Tema N° 02: El ejercicio jurisdiccional del Control Difuso en Autos y Sentencias, ante la pregunta ¿cabe la elevación en consulta del control difuso ejercido en autos o solo respecto de sentencias? y, en todo caso, ¿cuáles deben ser los criterios a ser observados por los jueces para ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa?, el Pleno acordó por unanimidad: (…) ***2.-*** *Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la*

república deberán observar, en ese orden, los criterios de (1) fundamentación de incompatibilidad concreta, (2) juicio de relevancia, (3) examen de convencionalidad, (4) presunción de constitucionalidad, e (5) interpretación conforme" (subrayado agregado). Por lo tanto, con la finalidad de preservar el valor de los Plenos Jurisdiccionales, esta Sala Suprema procederá efectuar el análisis de la sentencia materia de consulta siguiendo los criterios antes mencionados, los cuales fueron ratificados en la consulta del Expediente N° 1618-2 016-Lima Norte, la misma que fue emitida por esta Sala Suprema y que constituye doctrina jurisprudencial vinculante.

CUARTO: Sobre la fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta.

4.1.- Las normas cuestionadas en el caso concreto son el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil que señala lo siguiente: *"Son absolutamente incapaces: 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento"* y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil que prescriben: *"Son relativamente incapaces: 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad",* pues se detectó que los demandados Wilbert Velásquez Ciprián y Rubén Velásquez Ciprián son personas con discapacidad pues poseen esquizofrenia paranoide, lo cual a primera vista los vuelve incapaces.

4.2.- La controversia que ha dado origen a la consulta está orientada a sopesar si realmente los que padecen de esquizofrenia paranoide son personas incapaces y por lo tanto requieren de un curador para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, esto, frente a lo estipulado en el inciso 2 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que señala lo siguiente: *"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" (subrayado agregado)*, en el artículo 24 de Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (subrayado agregado)* y en el inciso 2 del artículo 2 Constitución Política del Perú

que a la postre menciona lo siguiente: *"Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole" (subrayado agregado)* y en el artículo 7 del mismo cuerpo normativo que manifiesta: *"Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad" (subrayado agregado)*.

4.3.- Las normas mencionadas vienen a ser algunos de los sustentos principales del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Cusco para proceder a la inaplicación de los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil en el presente proceso, pues a su consideración, el Estado peruano no obstante de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo desde el tres de mayo de dos mil ocho (más de siete años) y de las recomendaciones del Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año dos mil doce (hace tres años), ha incumplido con su deber general de armonizar la legislación interna con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo y con ello proceder a derogar lo regulado por el Código Civil en relación a la vulneración del derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, generando una sistemática vulneración de sus derechos humanos, incluso de los que se derivan del ejercicio de su capacidad jurídica; por ello, no es aceptable que se continúe aplicando la interdicción para personas con discapacidad sicosocial e intelectual con la consiguiente vulneración de sus derechos, esto, con la intención de mantener vigente figuras jurídicas ya superadas por el derecho para las personas con discapacidad.

QUINTO: Sobre el juicio de relevancia.

Los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil comentados contienen las normas que establecen que los privados de discernimiento, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impida expresar su libre

voluntad, son absoluta y relativamente incapaces, respectivamente; no obstante, de dicha redacción y en una interpretación *contrario sensu* se podría inferir que si no se encuentra acreditado que una persona esté privada de discernimiento, sea retardada mental, adolezca de deterioro mental o se encuentre en los demás incisos de los artículos 43 y 44 en mención, se trata de un sujeto que cuenta con plena capacidad de ejercicio y no requiere de un curador para hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones; sin embargo, dicho análisis es sumamente obvio y no resulta acorde a la realidad que rige en nuestra sociedad, ya que actualmente existen muchas personas que pese a tener alguna discapacidad les es factible hacer su vida casi con normalidad, situación que ya ha sido advertida por el inciso 2 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, la misma que ha sido ratificada y forma parte del ordenamiento jurídico nacional.

SEXTO: Sobre el examen de convencionalidad.

6.1.- Nuestra Carta fundamental en su artículo 55 expresa lo siguiente: *"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"*; de otro lado, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria prescribe: *"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"*.

6.2.- En ese sentido, se tiene que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, fue suscrita el día treinta de marzo de dos mil siete en la ciudad de Nueva York – Estados Unidos, la misma que fue aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 29127, de fecha treinta y uno de octubre de dos mil siete, así como ratificada por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE, de fecha treinta de diciembre de dos mil siete. En ese sentido, debemos precisar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo entró en vigencia el tres de mayo de dos mil ocho.

6.3.- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, sobre el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, en su inciso 2 del artículo 12, señala lo siguiente: *"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" (subrayado agregado)*.

6.4.- Por otro lado, Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue adoptada del siete al veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve en la ciudad de San José – Costa Rica, fue aprobada por el Presidente de la República mediante Decreto Ley N° 22231, de fecha once de julio de mil novecientos setenta y ocho.

6.5.- La Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el derecho de igualdad ante la ley, en su artículo 24 prescribe: *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (subrayado agregado).*

6.6.- Finalmente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fue suscrita el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve en la ciudad de Viena, ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, de fecha catorce de setiembre de dos mil, pero vigente desde el catorce de octubre de dos mil, en su artículo 27 señala que: *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (…)" (subrayado agregado)*.

6.7.- Teniendo como punto de partida el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 así como el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es de suma importancia efectuar un examen constitucional y convencional del inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil tomando en cuenta la amplia normativa constitucional e internacional que ha desarrollado el derecho a la igualdad de las personas incluidas las que poseen alguna discapacidad.

SÉPTIMO: Sobre la presunción de constitucionalidad.

7.1.- En este punto, resulta pertinente recordar que la norma materia de cuestionamiento forma parte del Código Civil que fue promulgado el veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y cuatro, mediante Decreto Legislativo N° 295, conforme a lo previsto en el artículo 188 de la Constitución Política del Perú de mil novecientos setenta y nueve.

7.2.- Los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil son normas ordinarias, la única forma de haber sido cuestionadas por una supuesta incompatibilidad con nuestra Carta Magna era a través del Proceso de Inconstitucionalidad, consagrado en el artículo 200 inciso 4[8] de la Constitución Política del Perú; sin embargo, ello nunca se dio, por lo que en la actualidad no existe pronunciamiento alguno por parte del Tribunal Constitucional como competente por excelencia para el trámite del comentado proceso constitucional, en el cual se haya declarado expresamente la inconstitucionalidad de las normas objeto de estudio, haciendo de esa forma, necesaria la aplicación del control difuso de la constitucionalidad así como el control de la convencionalidad. No obstante, ante esa ausencia es que los órganos de justicia ordinaria se encuentran en la obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 55, 138 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, ante una divergencia entre una norma legal y una de rango constitucional o convencional.

<u>OCTAVO</u>: Sobre la interpretación conforme.

8.1.- Algunas de las posibilidades para que una persona sea declarada incapaz y por ende se declare su interdicción y se les designe un curador, es por estar privado de discernimiento, por ser retardado mental o por adolecer de deterioro mental que le impida expresar su libre voluntad, tal y como se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil que señala lo siguiente: *"Son absolutamente incapaces: 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento"* y en los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil que prescriben: *"Son relativamente incapaces: 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad"*; no

[8] **Artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política del Perú.-** La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

obstante, de la literalidad de las normas, se advierte que de forma genérica se refiere como incapaces a los privados de discernimiento, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, pero no se ha valorado que en realidad dichas personas independientemente de la discapacidad que puedan padecer se encuentran posibilitados para desenvolverse en sociedad como una persona común y corriente, para ello, iremos detallando los aspectos que sustentan la postura alegada.

8.2.- El primero de ellos es el derecho a la igualdad, la doctrina ha considerado que la igualdad en el contenido de la ley impone también un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que, sin más, contravengan la igualdad de trato. Expresada esta garantía como derecho fundamental, implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas[9].

8.3.- Desde una perspectiva jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento setenta y nueve de la resolución expedida el veinticuatro de febrero del dos mil doce en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, mencionó lo siguiente: *"Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto[10]. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias"[11] (subrayado agregado)*.

8.4.- El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en el considerando tres punto uno de la sentencia del Expediente N°0261-2003-AA/TC lo siguiente: *"La noción de*

---

[9] GUTIÉRREZ CAMACHO, W. Y SOSA SASIO, J. *"La Constitución Comentada – Artículo por artículo"*. Gaceta Jurídica, Tomo I, Lima – Perú. p. 86.

[10] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párr. 271.

[11] *Cfr*. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, diez de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, CCPR/C/37, párr. 6.

igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona. Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. En ese sentido, la igualdad es un –principio– derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Por consiguiente, presume la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar. Dicha igualdad implica lo siguiente: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas. La igualdad garantiza el ejercicio de un derecho relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan" (subrayado agregado).

8.5.- El segundo es el derecho a la protección de las personas con discapacidad ha considerado la dignidad de la persona, discapacitada o no discapacitada, resulta ser el principio rector de todos los demás derechos inherentes a ella, motivo por el cual debe constituir la principal preocupación de la sociedad y el Estado. En ese

sentido, la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho a un régimen legal de protección, atención, de adaptación y seguridad. Como observamos, si bien en nuestro país existen normas que protegen a la persona con discapacidad a efectos de que logre alcanzar una vida digna, desarrollo e integración social, corresponde a la sociedad y al Estado que dichas normas sean eficaces, y por lo tanto, se cumplan a cabalidad sus objetivos, de tal forma que no se sume a la discapacidad la indiferencia de la sociedad[12].

8.6.- Por su parte, la doctrina[13] considera que el problema es la sociedad y no la persona. La discapacidad no es una enfermedad que limita a la persona para su desenvolvimiento social. Es la sociedad la que genera barreras de acceso que impiden su participación, dejándose de lado el "modelo rehabilitador" y se avanza hacia un "modelo social". El modelo rehabilitador surgió al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en el siglo XX, debido al elevado número de personas heridas por la guerra y los accidentes laborales. La finalidad de este modelo era la de normalizar a las personas con discapacidad para que puedan formar parte de la sociedad. El Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro se inspira en este modelo.

8.7.- Siguiendo esa línea de ideas podemos decir que actualmente impera un modelo social cuyos primeros antecedentes surgieron en la década de los sesenta y setenta del siglo XX en los Estados Unidos de Norteamérica y en el Reino Unido. Este modelo cambia el enfoque de la discapacidad, trasladando el problema de la persona a la sociedad. Las causas de la discapacidad se consideran sociales: la sociedad "discapacita" a la persona. La Convención acoge este modelo, considerando a la discapacidad como *"(…) un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena"* (preámbulo de la

[12] MORALES SARAVIA, F. *"La Constitución Comentada – Artículo por artículo"*. Gaceta Jurídica, Tomo I, Lima – Perú. pp. 234 y 236.
[13] ABAD YUPANQUI, S. "Discapacidad, derechos humanos y reforma del Código Civil. Un "estado de cosas inconstitucional" en *Sobre la Interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal del derecho. Cuaderno sobre jurisprudencia constitucional. Análisis - Debate – Crítica*. Diciembre – 2016. Cuaderno 11. p. 95.

Convención). Es decir, se da a partir de la interacción de dos elementos: (i) la discapacidad de la persona, y (ii) las barreras de la sociedad[14].

8.8.- Ahora bien, sobre la problemática planteada en la resolución objeto de consulta, se hace la siguiente pregunta ¿Son titulares de derechos humanos las personas con discapacidad? Nadie lo dudaría. ¿Pueden ejercer sus derechos libremente en igualdad de condiciones que los demás? Lamentablemente, todavía subsisten barreras que impiden su pleno ejercicio. Una limitación legal la establece el Código Civil (1984) que "protege" a los "incapaces" – clasificados como "absolutos" y "relativos" – al disponer que ejercen sus derechos a través de sus representantes, previa declaración judicial de interdicción. Este tratamiento legal de los derechos de las personas con discapacidad no supera un estándar de derechos humanos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, vigente desde el dos mil ocho, les reconoce los mismos derechos sin distinción. Por ello, podemos afirmar que la regulación civil de la discapacidad atenta contra la esencia de una democracia inclusiva y ha devenido en inconstitucional[15].

8.9.- En definitiva, el Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro acoge un "modelo rehabilitador" explicable por la época en que fue elaborado y que requiere una reforma sustancial para adecuarlo al "modelo social" previsto por la Convención. Este enfoque, parte de una concepción individualista que asume un determinado "modelo de ser humano" con "cualidades relacionadas con la racionalidad y el lenguaje" donde "la vida en sociedad presupone personas autónomas e independientes, dotadas de capacidad de razonar y de elegir". Este modelo colisiona con la Convención y la teoría moderna sobre derechos humanos, pues "los seres humanos componemos un abanico muy grande, con gran variedad de capacidades, habilidades y fortalezas, pero también discapacidades, incapacidad y fragilidades"[16].

---

[14] Ídem, p. 95-96.

[15] Ídem, p. 83.

[16] VÁSQUEZ, Alberto. *"La vida en comunidad y su impacto en el disfrute de derechos"*, en *Salmón, Elizabeth y Renata Bregaglio (Editoras), Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. IDEHPUCP-PUCP, Lima, 2015. pp. 148-149.

8.10.- El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad examinó el informe inicial del Perú en sus sesiones sesenta y seis y sesenta y siete, celebradas el diecisiete de abril del dos mil doce, y aprobó en su setenta y dos sesión, celebrada el veinte de abril de dos mil doce, algunas observaciones con la referida a la igualdad reconocimiento ante la ley. El Comité tomó nota con preocupación de que la legislación del Estado parte no está en conformidad con el artículo 12 de la Convención, ya que establece un modelo de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un modelo de apoyo o asistencia en esa toma de decisiones y permite la suspensión de los derechos civiles de las personas con discapacidad en los casos de interdicción judicial.

8.11.- Frente a lo expuesto en el considerando precedente, el Comité recomendó al Estado Parte que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención, recomendándole también que adopte medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias.

NOVENO: Conclusiones.

9.1.- Los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil contravienen lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, pues mientras los primeros dispositivos legales mencionados consideran que los privados de discernimiento, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, son absoluta y relativamente incapaces, respectivamente, y por ende requieren de un curador para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, la segunda de las normas mencionadas es tajante al afirmar que los Estados partes de la Convención, como es el caso del Perú, deben reconocer que las personas con discapacidad (lo que obviamente incluye a los privados de discernimiento, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad) tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás miembros de la sociedad en todos y cada uno de los aspectos de la vida, por lo que no requieren de un curador y tienen pleno

derecho a hacer valer sus prerrogativas de forma personalísima, recibiendo del Estado y de quien resulte pertinente las medidas que correspondan para lograr dicho objetivo.

9.2.- Adicionalmente, es factible considerar que los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil infringen, entre otras normas, al artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2 inciso 2 y 7 de la Constitución Política del Perú, ya que transgreden el derecho a la igualdad del que son titulares las personas discapacitadas, más aún si ya es tiempo de aceptar que el padecer alguna discapacidad no es argumento suficiente para que se designe un curador que los represente, antes bien, se debe fomentar que aquellos convivan tomando sus propias decisiones y así sentirse realizados.

9.3.- En el caso concreto, los demandados Wilbert Velásquez Ciprián y Rubén Velásquez Ciprián según los informes médicos de Essalud, ambos de fecha cuatro de julio de dos mil doce, obrantes a fojas doce y trece del expediente principal, tienen como diagnóstico esquizofrenia paranoide, de ahí que esté probado que son personas discapacitadas; sin embargo, vía control difuso de la convencionalidad, corresponde tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, consecuentemente no correspondía que se les declare interdictos y se les fije un curador, sino antes bien, se establezcan una serie de medidas como sistema de apoyo que permitan salvaguardar sus derechos y así brindarle calidad de vida en la que se descarte cualquier distinción sin sentido, proceder que ha sido planteado por el juez del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Cusco al inaplicar los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil al caso concreto. Todo lo expuesto resulta suficiente para aprobar la sentencia materia de consulta.

Por estos fundamentos, **MI VOTO** es porque **SE APRUEBE** la sentencia por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas seiscientos dos, que ejerciendo control difuso de convencionalidad declaró la **inaplicación al caso concreto de los artículos 43 inciso 2 y 44 incisos 2 y 3 del Código Civil;** en los seguidos por Marta Rosalvina Ciprián viuda de Velásquez contra Wilbert Velásquez

Ciprián y otros, sobre interdicción civil; y *se devuelva*.- **Señor Juez Supremo: Toledo Toribio.**

S.S.

TOLEDO TORIBIO

Bjsm/Acc