



CONSULTA
EXP. N° 21502- 2017
VENTANILLA

Lima, tres de noviembre
de dos mil diecisiete.-

I. VISTOS:

1.1 Consulta

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia contenida en la resolución número once, de fecha tres de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro del expediente principal, expedido por el Primer Juzgado de Familia Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, por haber ejercido control difuso inaplicando al caso concreto los artículos 43, numeral 2 y 44 numerales 2 y 3 del Código Civil; en el proceso de interdicción civil, iniciado por Nancy María Farro Pérez contra Ana María Pérez de Farro y otros.

1.2 Fundamentos de la resolución elevada en consulta

La resolución objeto de consulta, sustenta el ejercicio del control difuso y la inaplicación de los artículos 43, numeral 2 y 44 numeral 2 y 3 del Código Civil, fundamentando que en el caso concreto César Luis Farro Pérez presenta discapacidad mental, conforme es de verse del certificado de incapacidad -D.S. N° 166-2005-EF- obrante a fojas once, así como el certificado e informe médico de fojas veinticuatro y veinticinco del expediente principal, condición que padece desde que nació y es irreversible teniendo que realizar sus actos civiles con intervención de terceros en tanto el deterioro es cognitivo; sin embargo, puede manifestar su voluntad, por lo que, el juzgado considera que no se le debe declarar interdicto toda vez que ello vulneraría su personalidad jurídica a la luz de lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



**CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA**

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto del pronunciamiento

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, procede a absolver la consulta elevada ante esta Sala Suprema, de la sentencia contenida en la resolución número once, de fecha tres de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro del expediente principal, expedido por el Primer Juzgado de Familia Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, en el proceso sobre interdicción civil, seguido por Nancy María Farro Pérez *contra Ana María Pérez de Farro* y otros, en la que inaplica al caso concreto los artículos 43, numeral 2 y 44 numerales 2 y 3 del Código Civil. En ese sentido, el pronunciamiento que absuelve la consulta involucra determinar de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, si el control difuso de las citadas normas legales se ha realizado conforme a Ley.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1. El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas Control Difuso y Control Concentrado. El control difuso, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución.

2.2. El artículo 138 de la Constitución, establece el control difuso, facultando a los jueces velar por la primacía de la Constitución, y que 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. Dicha norma en concordancia con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y con el primer párrafo del artículo VI del Título



**CONSULTA
EXP. N°21502– 2017
VENTANILLA**

Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹ y que contiene el siguiente enunciado: "*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución*".

2.3. Por su parte, esta Suprema Sala en la **Consulta N° 1618-2016- LIMA NORTE**, de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, ha establecido que los fundamentos de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en donde ha precisado, entre otros, que: "**2.2.3.** *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 contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos, y, ha fijado las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial: 2.5: (i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales; (ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso; (iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva distinguiendo entre disposición y norma; y, (iv) dado que el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, 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 si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad, el*

¹ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004



CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA

examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)”. Fundamentos y reglas que serán consideradas y valoradas por esta Sala Suprema al momento de examinar el ejercicio del control difuso efectuado por la sentencia materia de consulta.

TERCERO: Sobre la resolución elevada en consulta

3.1. De la revisión de la resolución elevada en consulta, se advierte que la sentencia contenida en la resolución número once, de fecha tres de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro, contiene un pronunciamiento inhibitorio sobre la pretensión de declaración de interdicción del demandado **César Luis Farro Pérez** en tanto declara improcedente la demanda de interdicción interpuesta por Nancy María Farro Pérez; asimismo, en virtud del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dispone como medida de apoyo y salvaguarda de César Luis Farro Pérez, a su hermana Nancy María Farro Pérez en la toma de decisiones para el seguimiento de trámites y cobro de pensión de orfandad.

3.2. No obstante, la sentencia materia de consulta no define con precisión en cuál de los supuestos normativos de los artículos 43 incapaces absolutos y 44, incisos 2 y 3 incapaces relativos se encontraría el demandado **Cesar Luis Farro Pérez**, resultando contradictorio que se inaplique dos dispositivos legales que contienen a su vez varias normas sin establecer su vinculación con el caso concreto, además que no hay desarrollo argumentativo, ni ha identificado en cuál de los supuestos fácticos se encontrarían el emplazado, resultando en evidencia que no ha cumplido con el examen preliminar de control difuso, esto es **el juicio de relevancia**, determinando la relación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, con el caso particular.

3.3. Corroborando lo antes señalado, se observa que la sentencia elevada en consulta, no es congruente los fundamentos de inaplicación de los artículos 43, numeral 2 y 44 numeral 2 y 3 del Código Civil, con el contenido normativo de



**CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA**

las disposiciones inaplicadas, en tanto la sentencia señala que al demandado se le estaría afectando sus derecho constitucional a la capacidad jurídica, en relación a la capacidad para efectuar los trámites que motivan su demanda de interdicción civil; sin embargo, la norma que inaplica no contiene restricción alguna, sino una lista de números clausus de los supuestos de incapacidad absoluta y relativa. Es importante reiterar en coherencia con lo señalado en la sentencia de doctrina jurisprudencial vinculante, antes citada, de que el control difuso debe ser efectuado con la máxima diligencia, en tanto su uso indiscriminado inaplicando normas que no se vinculan al caso, o cuya inconstitucionalidad no ha sido demostrada lesionan el estado constitucional de derecho y traen inseguridad jurídica, pues las normas legales se presumen constitucionales y quien las enjuicie, debe probarlo.

3.4. Asimismo, se advierte que la consultada, vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la motivación protegido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, y del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos al adolecer de motivación aparente en relación al caso particular, en tanto el control difuso se ejercita en un caso específico y no en abstracto; por lo que se ***requiere que el control difuso se realice atendiendo al sustento fáctico y jurídico que determina la situación particular del demandado, a efectos de determinar si resulta necesario el curador y/o si es suficiente el personal de apoyo; razones por las que se desapueba la sentencia consultada.***

3.5. De otro lado, se observa que se ha afectado el debido proceso y el principio de congruencia procesal por cuanto el petitorio de la parte demandante solicita la declaración de interdicción civil, el que fue declarado improcedente; no obstante, en los considerandos se pronuncia sobre el fondo, anotando que el demandado debe ser declarado interdicto.

3.6. En consecuencia, al haber evidenciado el defectuoso procedimiento de control difuso en relación al análisis de vinculación con la norma aplicable, la



**CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA**

presente consulta debe ser desaprobada, determinado que el presente examen del control difuso materia de consulta, no supera el examen de relevancia, razón por las que no se procede a efectuar el análisis de las demás reglas del control difuso al amparo del artículo 138 de la Constitución, señaladas en el considerando segundo de la presente ejecutoria.

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia consultada contenida en la resolución número once, de fecha tres de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro del expediente principal, por haber ejercido control difuso inaplicando al caso concreto los artículos 43, numeral 2 y 44 numerales 2 y 3 del Código Civil; en consecuencia nula la sentencia consultada, debiendo el Primer Juzgado de Familia Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, emitir nueva sentencia conforme a ley; en los seguidos por Nancy María Farro Pérez contra Ana María Pérez de Farro y otros, sobre interdicción civil; y los devolvieron. Jueza Suprema ponente: Rueda Fernández.

S.S.

WALDE JÁUREGUI

RUEDA FERNÁNDEZ

WONG ABAD

BUSTAMANTE ZEGARRA

Cgp/lps

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



**CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA**

I. VISTOS:

1.- Motivo de la elevación en consulta.

Es materia de consulta la sentencia expedida por el Primer Juzgado de Familia Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, de fecha tres de julio del dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro, la cual, ejerciendo control difuso de convencionalidad, declara la inaplicación del inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil; en el proceso de interdicción civil iniciado por Nancy María Farro Pérez contra Ana María Pérez de Farro y otros.

2.- Resolución elevada en consulta.

Mediante sentencia contenida en la resolución número once, de fecha tres de julio del dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro, emitida por el Primer Juzgado de Familia Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, se declaró inaplicable inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, referidos a la incapacidad civil absoluta y relativa, por ser incompatible con el derecho a igual reconocimiento de la capacidad jurídica reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, con 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, reconocer la plena capacidad de ejercicio de César Luis Farro Pérez, en su condición de persona con discapacidad mental o psicosocial, estableciendo un sistema de apoyo a su favor; por tanto, improcedente la demanda interpuesta por su hermana Nancy María Farro Pérez. Asimismo, dispuso **como medida de apoyo** y salvaguarda en aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de Cesar Luis Farro Pérez con discapacidad, el apoyo de Nancy María Farro Pérez en la toma de decisiones para el seguimiento de trámites y cobro de la pensión de orfandad; en aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.



**CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA**

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Antecedentes.

1.1.- Mediante escrito de fojas trece, la señora Nancy María Farro Pérez, subsanado mediante escrito de fojas veintinueve, presenta demanda de interdicción civil, solicitando que se declare interdicto a su hermano Cesar Luis Farro Pérez; y en consecuencia, solicita que se le declare como su curadora.

1.2.- Mediante resolución número tres, de fecha seis de abril del dos mil dieciséis, se resolvió admitir a trámite la demanda de declaración judicial de interdicción civil en la vía de proceso sumarísimo; asimismo, se citó a la representante del Ministerio de Público, se nombro curador procesal para la defensa dentro del proceso y se corrió traslado a los demandados por el plazo de cinco días.

1.3.- Mediante Acta de Audiencia Única de fecha veintinueve de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y tres, así como el Acta de Continuación de Audiencia, de fecha veintitrés de setiembre del dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y siete, se declaró saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida, se fijó los puntos controvertidos, se admitieron y se actuaron las pruebas.

1.4.- Mediante sentencia contenida en la resolución número once, de fecha tres de julio del dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro, emitida por el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Ventanilla, se declaró que en aplicación del control difuso de convencionalidad corresponde declarar inaplicable inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, referidos a la incapacidad civil absoluta y relativa, por ser incompatibles con el derecho a igual reconocimiento de la capacidad jurídica reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, con 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.



CONSULTA
EXP. N°21502– 2017
VENTANILLA

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 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° 02132-2 008-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 138º 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 están en la obligación de preferir las últimas 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.



**CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA**

TERCERO: Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo y Doctrina jurisprudencial vinculante de la consulta del Expediente N°1618-20 16-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: *“1.- Procede ejercer control difuso de la constitucionalidad normativa contra autos. Su elevación en consulta deviene obligatoria si dicha resolución no es impugnada. 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° 1618-2016-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 del presente proceso, 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.-*



CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA

Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”, pues se detectó que el demandado Cesar Luis Farro Pérez es una persona con discapacidad pues posee psicosis epiléptica, lo cual a primera vista los vuelve incapaces.

4.2.- La controversia que ha dado origen a la consulta, está orientado a sopesar si realmente los que padecen de psicosis epiléptica, 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 la Constitución Política del Perú, específicamente en el inciso 2 del artículo 2 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 que señala: *“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 Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Ventanilla para proceder a la inaplicación del inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil en el presente proceso, pues a su consideración, el Estado peruano no obstante de la vigencia de la Convención



**CONSULTA
EXP. N°21502– 2017
VENTANILLA**

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo desde el tres de mayo del 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), se 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.

El inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil comentados contiene las normas que establecen 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; no obstante, de dicha redacción y en una interpretación *contrario sensu* se podría inferir que si no se encuentra acreditado que una persona está privada de discernimiento, que es retardada mental, que adolece de deterioro mental o que se encuentra en los demás incisos de los artículos 43 y 44 en mención, es factible concluir que es 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, esta situación ya ha sido advertida por el inciso 2 del artículo 12 de la Convención



**CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA**

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 el 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 del 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 del dos mil siete, así como ratificada por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE, de fecha treinta de diciembre del 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 del 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



CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA

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 del 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 del dos mil, pero vigente desde el catorce de octubre del 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 mil novecientos noventa y tres, 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°



CONSULTA
EXP. N°21502– 2017
VENTANILLA

295, esto es conforme a lo previsto en el artículo 188² de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve.

7.2.- El inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 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 4³ de la Constitución Política del Estado; sin embargo, ello nunca se dio, es por eso 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, necesario 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.

OCTAVO: 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*

² **Artículo 188.-** El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

³ **Artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política de 1993.-** 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.



**CONSULTA
EXP. N°21502– 2017
VENTANILLA**

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 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 expectativas⁴.

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 facto⁵. 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

⁴ GUTIÉRREZ CAMACHO, W. Y SOSA SASIO, J. “La Constitución Comentada – Artículo por artículo”. Gaceta Jurídica, Tomo I, Lima – Perú. Pág. 86.

⁵ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 271.



CONSULTA
EXP. N° 21502- 2017
VENTANILLA

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”⁶ (subrayado agregado).

8.3.- El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en el considerando tres puntos uno de la sentencia del Expediente N° 0261-2 003-AA/TC lo siguiente: *“La noción de 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*

⁶ 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, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.



**CONSULTA
EXP. N°21502– 2017
VENTANILLA**

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).

8.4.- 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 sociedad⁷.

8.5.- Por su parte, la doctrina⁸ 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. Se deja 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 (1984) se inspira en este modelo.

⁷ MORALES SARAVIA, F. “La Constitución Comentada – Artículo por artículo”. Gaceta Jurídica, Tomo I, Lima – Perú. Pág. 234 y 236.

⁸ 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. Pág. 95.



**CONSULTA
EXP. N°21502– 2017
VENTANILLA**

8.6.- 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. Considera 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 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 sociedad⁹.

8.7.- 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 inconstitucional¹⁰.

8.8.- 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

⁹ Ídem, págs. 95-96.

¹⁰ Ídem, pág. 83.



CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA

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”¹¹.

8.9.- 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 del 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.

8.10.- 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. Le recomienda 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.- El inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil contravienen lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos

¹¹ 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. Págs. 148-149.



CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA

de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, específicamente el inciso 2, 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 tanto, 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 inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil infringen, entre otras normas, al artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a 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, el demandado Cesar Luis Farro Pérez según el Informe Médico del Hospital “Víctor Larco Herrera” del Ministerio de Salud de fecha veintiuno de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas once del expediente principal, tienen como diagnóstico psicosis epiléptica con menoscabo global del 70.00%; en consecuencia, está probado que son personas discapacitadas; sin embargo, vía control difuso de la



CONSULTA
EXP. N°21502- 2017
VENTANILLA

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 Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Ventanilla al inaplicar el inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 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 expedida por el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, de fecha tres de julio del dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y cuatro, la cual, ejerciendo control difuso de convencionalidad, declara la inaplicación del inciso 2 del artículo 43 y los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil; en los seguidos por Nancy María Farro Pérez contra Cesar Luis Farro Pérez y otros, sobre Interdicción Civil.- **Señor Juez Supremo: Toledo Toribio.**

S.S.

TOLEDO TORIBIO

Yca/Foms