



ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**“RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA
PROGRESIVA PARA LA CAPACIDAD DE
EJERCICIO EN EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO
CIVIL”**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

Autor:

**Bach. Toro Cubas Yvan Antero
Orcid.org/0000-0002-4042-5420**

Asesor:

**Mg. Cueva Ruesta William César Enrique
Orcid.org/0000-0002-1785-0197**

**Línea de Investigación:
Ciencias Jurídicas**

**Pimentel – Perú
2023**



ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL
CIVIL**

**“RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA
PARA LA CAPACIDAD DE EJERCICIO EN EL ARTÍCULO 43 DEL
CÓDIGO CIVIL”**

AUTOR

BACH. YVAN ANTERO TORO CUBAS

PIMENTEL – PERÚ

2023

**RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA PARA LA
CAPACIDAD DE EJERCICIO EN EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL**

APROBACIÓN DE LA TESIS



**Dr. Gálvez Moncada Oscar Esteban
PRESIDENTE**



**Dra. Cabrera Cabrera Xiomara
SECRETARIO**



**Mg. Cueva Ruesta Wilmer César Enrique
VOCAL**



Universidad
Señor de Sipán


DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Quien suscribe la **DECLARACIÓN JURADA**, soy **egresado (s)** del Programa de Estudios de Posgrado **MAESTRÍA EN DERECHO Y CIVIL Y DERECHO PROCESAL CIVIL** de la Universidad Señor de Sipán S.A.C, declaro bajo juramento que soy autor del trabajo titulado:

“RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA PARA LA CAPACIDAD DE EJERCICIO EN EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL”

El texto de mi trabajo de investigación responde y respeta lo indicado en el Código de Ética del Comité Institucional de Ética en Investigación de la Universidad Señor de Sipán (CIEI USS) conforme a los principios y lineamientos detallados en dicho documento, en relación a las citas y referencias bibliográficas, respetando al derecho de propiedad intelectual, por lo cual informo que la investigación cumple con ser inédito, original y autentico.

En virtud de lo antes mencionado, firman:

TORO CUBAS YVAN ANTERO	DNI:06438400	
-------------------------------	---------------------	---

Pimentel, 06 de Julio del 2023

DEDICATORIA

Al Dios que me precede y acompaña en todos mis caminos y a cada una de las personas que directa o indirectamente hicieron posible culminar con éxito este trabajo de investigación.

AGRADECIMIENTO

Muy especial a mi familia, amigos, docentes y compañeros de aula, por su paciencia y apoyo.

RESUMEN

Este estudio está enfocado en analizar la importancia del Principio de Autonomía Progresiva de los menores respecto su Capacidad de Ejercer derechos, y sobre esta base determinar si el Art.43 del Código Civil deviene en obsoleto y requiere ser modificado. Este análisis se realiza en concordancia de lo que estipula la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre Derechos de Discapacitados (CIDD). La problemática observada se origina por la incorrecta aplicación de la normativa Convencional al actual Código Civil, en materia de capacidad; con la subsecuente vulneración de la dignidad y los derechos primordiales de los menores. Es una investigación mixta por su enfoque epistemológico, aplicada por su naturaleza, descriptiva por su alcance, de corte transversal y diseño observacional, no experimental. Se emplea como técnica de indagación la encuesta y como herramienta el cuestionario de Likert, que se aplicó a 50 especialistas de la rama civil, y sus resultados fueron analizados mediante procesos estadísticos. Haciendo posible determinar la relevancia y significancia del principio bajo análisis para la modificatoria del artículo en mención; cuyo fundamento jurídico, doctrinario, disciplinario, científico y convencional, sustenta que, independientemente de una edad legal, el menor está condicionado en su desarrollo, madurez, discernimiento y autonomía, por su entorno cultural, sociofamiliar, económico y psicológico, para comprender y arrogarse el alcance de sus actos. Así, se concluye que el Estado y la estructura sociofamiliar, tienen el deber de fomentar y apoyar la integración gradual del niño como ciudadano competente y modificar con tal fin los mecanismos legales y procedimentales necesarios para su gradual ejercicio.

Palabras Clave: Autonomía Progresiva, Capacidad de Ejercicio, Menor de edad.

ABSTRACT

This study is focused on analyzing the importance of the Principle of Progressive Autonomy of minors with respect to their Capacity to Exercise Rights, and on this basis to determine whether Article 43 of the Civil Code becomes obsolete and needs to be modified. This analysis is carried out in accordance with the provisions of the Convention on the Rights of the Child (CRC) and the Convention on the Rights of the Disabled (CRPD). The observed problem originates from the incorrect application of the Convention's norms to the current Civil Code, in matters of capacity; with the subsequent violation of the dignity and the primordial rights of minors. It is mixed research by its epistemological approach, applied by its nature, descriptive by its scope, cross-sectional and observational, non-experimental design. The survey was used as a technique of inquiry and the Likert questionnaire as a tool, which was applied to 50 specialists of the civil branch, and its results were analyzed by means of statistical processes. This made it possible to determine the relevance and significance of the principle under analysis for the amendment of the article in question. The legal, doctrinal, disciplinary, scientific and conventional basis of which sustains that, independently of a legal age, the minor is conditioned in his development, maturity, discernment and autonomy, by his cultural, socio-familial, economic and psychological environment, to understand and assume the scope of his acts. Thus, it is concluded that the State and the socio-family structure have the duty to encourage and support the gradual integration of the child as a competent citizen and to modify to that end the legal and procedural mechanisms necessary for its gradual exercise.

Keyword: Progressive autonomy, Exercise capacity, Minor.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. Realidad Problemática	13
1.2. Antecedentes de Estudio	18
1.3. Teorías conexas al tema	34
1.4. Formulación del Problema	93
1.5. Justificación y trascendencia del estudio	94
1.6. Hipótesis	95
1.7. Objetivos	95
II. MATERIAL Y MÉTODO	96
2.1. Tipo y Diseño de la Investigación	96
2.2. Población y muestra.	97
2.3. Variables, Operalización	97
2.4. Técnicas y herramientas de recolección de información, validez y confiabilidad	98
2.5. Procedimientos para el análisis de información.	100
2.6. Razonamientos éticos	101
2.7. Razonamientos de Rigor científico	102
III. RESULTADOS	105
3.1. Resultados obtenidos en Tablas con Figuras	105
3.2. Discusión de los resultados	128
3.3. Aporte práctico	138
3.4. Valoración y confirmación de los resultados	141
IV. CONCLUSIONES	142
V. RECOMENDACIONES	144
REFERENCIAS	145
ANEXOS	154

ÍNDICE DE TABLAS

<i>Tabla 1 Tipo de Ocupación de los Participantes Consultados.....</i>	<i>105</i>
<i>Tabla 2 Edad de Participantes Consultados.....</i>	<i>106</i>
<i>Tabla 3 Sexo de Participantes Consultados.....</i>	<i>107</i>
<i>Tabla 4 Capacidad de Obrar del Menor y las Convenciones Internacionales.....</i>	<i>108</i>
<i>Tabla 5 Capacidad de Obrar y Edad del Menor.....</i>	<i>109</i>
<i>Tabla 6 Capacidad de Obrar y el Grado de Madurez del Menor.....</i>	<i>110</i>
<i>Tabla 7 Discapacidad y Edad de Desarrollo del Menor</i>	<i>111</i>
<i>Tabla 8 El Menor como Individuo de Derecho.....</i>	<i>112</i>
<i>Tabla 9 La Edad del Menor y la Falta de Madurez.....</i>	<i>113</i>
<i>Tabla 10 La Incapacidad Total y el Menor como Individuo de Derecho</i>	<i>114</i>
<i>Tabla 11 La Opinión del Menor en los Procesos.....</i>	<i>115</i>
<i>Tabla 12 La Incapacidad Total y la Autonomía del Menor</i>	<i>116</i>
<i>Tabla 13 La Incapacidad Total y los Derechos Fundamentales</i>	<i>117</i>
<i>Tabla 14 El Menor y la Capacidad para Obrar Progresiva.....</i>	<i>118</i>
<i>Tabla 15 La Incapacidad total y el Principio de Autonomía en Progreso</i>	<i>119</i>
<i>Tabla 16 El Nivel Cultural y la Madurez del Menor</i>	<i>119</i>
<i>Tabla 17 El Entorno Social y la Madurez del Menor</i>	<i>121</i>
<i>Tabla 18 El Nivel Económico y la Madurez del Menor.....</i>	<i>122</i>
<i>Tabla 19 El Factor Cronológico y la Madurez del Menor</i>	<i>123</i>
<i>Tabla 20 El Factor Psicológico y la Madurez del Menor.....</i>	<i>124</i>
<i>Tabla 21 La Inteligencia y la Madurez del Menor.....</i>	<i>125</i>
<i>Tabla 22 La Madurez del Menor y la Capacidad para Obrar.....</i>	<i>126</i>
<i>Tabla 23 El Principio de Autonomía en Progreso y el Art.43 del Código Civil.....</i>	<i>127</i>

ÍNDICE DE FIGURAS

<i>Figura 1 Tipo de Ocupación de los Participantes Consultados.....</i>	<i>105</i>
<i>Figura 2 Edad de Participantes Consultados.....</i>	<i>106</i>
<i>Figura 3 Sexo de Participantes Consultados.....</i>	<i>107</i>
<i>Figura 4 Capacidad de Obrar del Menor y las Convenciones Internacionales.....</i>	<i>108</i>
<i>Figura 5 Capacidad de Obrar y Edad del Menor.....</i>	<i>109</i>
<i>Figura 6 Capacidad de Obrar y el Grado de Madurez del Menor.....</i>	<i>110</i>
<i>Figura 7 Discapacidad y Edad de Desarrollo del Menor</i>	<i>111</i>
<i>Figura 8 El Menor como Individuo de Derecho.....</i>	<i>112</i>
<i>Figura 9 La Edad del Menor y la Falta de Madurez.....</i>	<i>113</i>
<i>Figura 10 La Incapacidad Total y el Menor como Individuo de Derecho</i>	<i>114</i>
<i>Figura 11 La Opinión del Menor en los Procesos.....</i>	<i>115</i>
<i>Figura 12 La Incapacidad Total y la Autonomía del Menor</i>	<i>116</i>
<i>Figura 13 La Incapacidad Total y los Derechos Fundamentales</i>	<i>117</i>
<i>Figura 14 El Menor y la Capacidad para Obrar Progresiva.....</i>	<i>118</i>
<i>Figura 15 La Incapacidad total y el Principio de Autonomía en Progreso</i>	<i>119</i>
<i>Figura 16 El Nivel Cultural y la Madurez del Menor</i>	<i>120</i>
<i>Figura 17 El Entorno Social y la Madurez del Menor</i>	<i>121</i>
<i>Figura 18 El Nivel Económico y la Madurez del Menor</i>	<i>122</i>
<i>Figura 19 El Factor Cronológico y la Madurez del Menor</i>	<i>123</i>
<i>Figura 20 El Factor Psicológico y la Madurez del Menor.....</i>	<i>124</i>
<i>Figura 21 La Inteligencia y la Madurez del Menor.....</i>	<i>125</i>
<i>Figura 22 La Madurez del Menor y la Capacidad para Obrar.....</i>	<i>126</i>
<i>Figura 23 El Principio de Autonomía en Progreso y el Art.43 del Código Civil.....</i>	<i>127</i>

I. INTRODUCCIÓN

"Relevancia del Principio de Autonomía en Progreso para la Capacidad de Ejercer en el Art.43 del Código Civil" es el estudio de investigación desarrollado. Se origina por la modificación efectuada al referenciado cuerpo normativo por el D.L. N°1384 en cuestiones de capacidad del individuo y de observar su regulación anti sistémica interna. Y porque las pretensiones de la Convención sobre Derechos del Menor y la Convención sobre Derechos del discapacitado, acuerdos internacionales que el Perú ha ratificado y por tanto se obliga incorporar a su ordenamiento jurídico, entran en conflicto con el derecho civil nacional vigente.

En este entorno anti sistémico de reforma e indebida actuación de los acuerdos convencionales, se presenta un conflicto de vulneración de garantías y derechos elementales del menor, lo que conlleva a que el Art.43 bajo análisis devenga en obsoleto, porque les niega a los menores su estatus jurídico como personas de derecho con capacidad progresiva, que les permite ejercer gradualmente los mismos de acuerdo al grado de madurez, autonomía y discernimiento en evolución, en concordancia con la doctrina contemporánea y los valores que la convención regula y promueve.

Del contexto expuesto líneas supra, resulta necesario formular una pregunta que precisa ser resuelta ¿Es relevante el Principio de Autonomía Progresiva en la Capacidad de Obrar de menores, para determinar la modificación del Art.43 de la norma civil? Según la hipótesis de investigación, es imprescindible aplicar este razonamiento para valorar en qué medida un menor puede ejercer responsablemente sus derechos y obligaciones. Y por ello, determinar su aplicabilidad a la normativa nacional es el objetivo principal, siendo la consecuente modificación del artículo su objetivo final.

El estudio de investigación se ha organizado de forma didáctica en cinco capítulos: El Cap. I de introducción comprende la situación problemática, sus precedentes de investigación, las teorías vinculadas, cómo se ha formulado el problema, por qué es importante, la hipótesis y los propósitos de la investigación. El tipo con el diseño, las variables y operacionalización, la población y muestra, procedimientos e instrumentos de recogida de datos, análisis de datos, normas éticas y rigor científico se tratan en el Capítulo II del componente metodológico. Los resultados, la discusión y una contribución práctica se encuentran en el Capítulo III. Las conclusiones y sugerencias se incluyen en el Capítulo IV. El Capítulo V incluye anexos y referencias.

1.1. Realidad Problemática

En la esfera del Derecho la capacidad para su ejercicio es un constructo jurídico que ha ido evolucionando a través del tiempo. Durante siglos, en diversas sociedades los sistemas jurídicos discriminaron, excluyeron o restringieron del despliegue de este derecho a distintas personas, bien sea debido al color de piel, por su origen de procedencia, por su nivel social, por su condición económica, por su condición sexual, por alguna afección física, por alguna alteración mental y también por su condición etaria, como es respecto de los menores de edad, niños y los adolescentes.

En cuanto a la limitación de la capacidad de actuación de derechos de estos últimos, la situación histórica sigue vigente en cierta medida. En ese sentido, la doctrina que promueve la situación irregular de los menores que estima a estos como personas sin autonomía, madurez ni discernimiento, se considera un paradigma contradictorio con el avance de las ciencias y las disciplinas auxiliares de la ley, así como contradictorio al modelo moderno de protección integral y los principios que desarrollaron las convenciones internacionales en cuestiones de capacidad de actuación de los individuos menores y su autonomía.

Con todo, nuestro Código Civil (C.C., 1984) estima en su Art.43 a los menores como totalmente incapaces, en aplicación de su edad, y cuyo Inc.2° relativo a discernimiento, que daba la posibilidad de determinar el grado de madurez, autonomía y discernimiento del individuo, como condición natural para su capacidad de actuar, se derogó a raíz de la modificatoria efectuada por el D.L. N°1384 a la norma civil, en abierta contradicción con el propósito original de su reforma, así como respecto de lo señalado por los convenios internacionales en cuestiones de capacidad, convenciones suscritas por el gobierno peruano, esto es, La Convención sobre Derechos del Menor y La Convención sobre Derechos del Discapacitado.

Es por ello que, en el Art.43 del CC, la aplicación del binomio capacidad -incapacidad para el despliegue de derechos de menores, basada únicamente en su edad, vulneraría sus derechos soberanos, garantías elementales y su estatus de personas de derecho, condición mediante la cual, se les reconoce el derecho a ejercer gradualmente los mismos, en correspondencia con los paradigmas, doctrinas y principios consagrados vigentes y compatible al nivel de madurez, discernimiento y autonomía que surge de su desarrollo. En

esta perspectiva, por la importancia social y jurídica y la necesidad de una adecuada regulación, la presente problemática es materia de análisis en esta investigación.

Así, de una revisión general de la situación internacional, podemos observar que mediante la adopción del moderno Modelo Social de Discapacidad, la Convención sobre Derechos para Personas en situación de Discapacidad (CDPD, 2006) asegura incentiva y protege el pleno despliegue de derechos y libertades básicas de estos individuos, en semejanza de condiciones a los demás y contra cualquier manera discriminatoria; y con ello plantea descartar de la normativa civil de cada país suscrito la categoría legal de incapaz, por ende, la interdicción y la curatela, por considerarse mecanismos que contribuyen a vulnerar derechos elementales y a soslayar la dignidad de manera peyorativa y discriminatoria de la persona humana.

Así mismo, mediante la adopción del moderno Modelo de Integral Protección de Derechos, la Convención sobre Derechos del Niño (CDN, 1989) presenta el Principio de Autonomía en Progreso, que sustenta e incentiva, en base del desarrollo natural del menor la necesidad de formarlo de manera gradual para la vida responsable e independiente en la sociedad, que le facilite crear condiciones para construirse un juicio personal, manifestar su sentir libremente y poder ser escuchado en las cuestiones que le afectan, con el reconocimiento para el despliegue progresivo de sus derechos, en base no solo de su edad, sino también de su madurez, autonomía y el discernimiento que brote de su desarrollo.

Sin embargo, esta reticencia a aplicar las directrices convencionales es evidente a escala mundial; de una reciente investigación hecha por Mbaku (2020) sobre el matrimonio infantil y el derecho internacional de niños y jóvenes en África y un sector de Asia, se puede apreciar que las niñas y adolescentes de esa región son vistos como objetos por tanto obligadas por sus progenitores o mentores a contraer matrimonio con individuos adultos, lo que encima de una absoluta vulneración de derechos básicos, deshace sus proyectos de existencia, sus anhelos de estudio, su derecho a trabajar, y la posibilidad de un desarrollo natural y digno, sin alternativa alguna de poder manifestar sus deseos y su voluntad y sin que sea considerada respecto de las decisiones que atañen gravemente sus existencias y su futuro como personas humanas.

El significado médico de la capacidad de los menores fue otro aspecto de esta cuestión en España. Cuando se lanzó la vacuna Covid19, esto quedó evidenciado puesto que debido a su minoría de edad y a la necesidad del consentimiento paterno, estas personas no podían

desplegar sus derechos. Muchos de estos padres se mostraron recelosos a la hora de aprobar las vacunas de sus hijos. Por ello, es crucial salvaguardar tanto los derechos legales de los niños como lo que más les conviene, desde su propia perspectiva, entendimiento y madurez. Es crucial que sean libres de ejercer y defender sus derechos elementales y que las decisiones de sus tutores sobre su salud no se tomen de forma arbitraria (González, 2020).

Por otro lado, en línea con la perspectiva convencional y a raíz del caso Gillic en contra de la Autoridad de Salubridad de la región de Wisbech, así como West Norfolk ya en el año 86, el Tribunal de Lores en el Reino Unido sustenta la teoría de la suficiente edad adelantada para la decisión médica, que se basa en la noción de que los jóvenes toman reparo de su organismo aún antes de adquirir la legal edad de adultez. Según la resolución de este tribunal, independientemente de su edad, los menores tienen derecho a realizar sus propias decisiones sobre tratamientos médicos una vez que tienen las facultades necesarias para entender, para comprender y efectuar decisiones por sí mismos en función de su nivel de madurez, autonomía, discernimiento y desarrollo (Abreu, 2012).

En una línea similar los doctores de Brasil, Nunes & da Guía (2016) manifiestan que debe examinarse el grado de madurez, discernimiento y autonomía del individuo y no la incapacidad como categoría legal. La capacidad del individuo para obrar o no, debe determinarse en función de las limitaciones mentales y psíquicas y de la tarea (acto) que se le encomiende o pretenda realizar. Por lo tanto, es incomprensible por qué los individuos enumerados en el Art.1358 de la norma civil, que bien pudieran estar faltos absolutos de discernimiento, puedan celebrar transacciones de rutina diaria y niños o adolescentes con autonomía en desarrollo, no. Por tanto, sostienen que si el individuo, aunque fuere menor de edad, tiene suficiente madurez, autonomía y discernimiento para determinados actos, es obvio que es apto para celebrarlos.

Al adecuar su corpus normativo conforme los paradigmas mencionados sobre capacidad, autodeterminación y desarrollo de menores, la Constitución Nacional Argentina (CNA, 1994) ha establecido que la actuación de sus derechos se basa en su grado de madurez y evolución. Así, el Art.75, inciso 22, considera el grado de desarrollo psicofísico del adolescente para rebasar la limitación de la incapacidad. También considera los factores concomitantes que contribuyen al desarrollo y personalidad del menor en sus decisiones, ya sean sociales, culturales o familiares.

Volviendo al plano nacional, Reátegui (2019) informa que el Derecho Civil peruano ha sido modificado en 67 artículos en 2018 a causa del D.L. N°1384 el cual busca adecuarse al marco jurídico de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad. No obstante, las modificaciones respecto de la capacidad de actuación de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo bajo investigación, de acuerdo al análisis de reconocidos juristas nacionales revelan contradicciones e inconsistencias sistémicas, como, por ejemplo, las concernientes a la capacidad de ejercer según la autonomía, madurez y discernimiento de menores (Cárdenas Krenz & Della Rossa, 2018).

Esto ha ocasionado que célebres doctrinarios como el reconocido jurista Espinoza (2018) hayan calificado la reforma de inconsulta, precipitada, con agujeros y contradicciones, casi como una pesadilla (p.25). También ha sido cuestionada como una desnaturalización de esta institución de capacidad del derecho civil (Cieza y Olavarría, 2018, p.52); o conceptualmente sin base (Martínez Palacios, 2018, p.103); como un despropósito muy defectuoso y bastante alarmante (Castillo Freyre & Chipana Catalán, 2018, pp.45-50); como un trofeo al desorden y la confusión, incoherente e inorgánica (Vega, 2018, pp.42-45); etc. Una especie de Frankenstein jurídico, que resulta de la aplicación excesiva de los poderes delegadas por el legislativo al ejecutivo.

En ese sentido, Varsi (2018) afirma que si partimos del supuesto de que todas los individuos son capaces, incluso los discapacitados, Art.3 del Código Civil, sería incoherente regular en el Art.43 el extremo de incapacidad total de los menores, que no es otra cosa que un supuesto de discapacidad por la edad; igualmente derogar el segundo párrafo relativo a los individuos incapaces pero con discernimiento; y que se altere el Art.1358, que únicamente permite los contratos rutinarios y de necesidad diaria a los individuos contenidos en el Art.44, incisos 4-8, sin tener en cuenta a los menores que tienen suficiente madurez y autonomía, facultades que están en concordancia con las normas del libro respecto a familia sobre el menor que tiene discernimiento.

Igualmente, Morales (2019), que en referencia a la modificatoria del Art.1358, sustenta que es erróneo decir que únicamente 4 individuos pueden realizar contratos en su vida cotidiana. Esto incluye, por ejemplo, al ebrio habitual, pero no al menor con suficiente madurez y discernimiento. La reforma de manera más controvertida, indica, también deroga el segundo inciso del Art.219, esto es, se elimina la nulidad en los negocios legales del incapaz absoluto y sin embargo se conserva la incapacidad total para el menor de 16

años. También se deroga el apartado 2 del Art. 43, sobre el individuo sin discernimiento, esto sin considerar el hecho de que es poco probable que una persona sin facultades nativas emprenda acciones legales y aún menos probable que ejerza sus derechos en relación con dichas acciones.

Así mismo Chipana (2018) afirma que el discernimiento es una expresión de autonomía, de madurez en cuestiones de capacidad, y era un vínculo que permitía determinar si uno tenía ante sí a una persona que estaba en condiciones o no de contratar. Pero, si se deroga la norma que los regula, significa que se está vaciando el mundo de las vinculaciones sociales de un elemento esencial que permite distinguir entre dos caminos. Así, la gente puede contratar incluso sin madurez ni discernimiento, sin el presupuesto elemental para construir la voluntad y en la que se fundamenta la expresión de la misma, lo que es algo absurdo.

Campos (2019), también argumenta que la reestructuración del Código Civil por el D.L.1384 eliminó una causal de nulidad del Art.219 referente a la nulidad del acto legal. Por lo tanto, los contratos entre menores serían válidos, y su condición de incapacidad e impedimento absoluto se vuelve contradictoria. Del mismo modo, lo que indica el requisito del Art. 140 inciso 1°, que alude a la capacidad de despliegue pleno de ejercicio como condición para validar el acto legal, cosa que se debe a la reformulación en la Convención del concepto capacidad legal. Éste fue aplicado incorrectamente por los legisladores nacionales.

Tantalean (2019), por su lado, comenta los cambios del D.L.1384 a los artículos 43, 140, 219 y de manera similar a otros doctrinarios sustenta que es más evidente que el legislador se equivocó al mantener la figura jurídica como incapaz absoluto para los menores de 16 años y derogar el Art. que establecía la nulidad de sus actos. Por otro lado, en la nueva reforma la plena capacidad de actuación resulta necesaria para validar un acto jurídico, pero no puede sancionarse con la nulidad su ausencia, por cuanto ha sido derogada. El autor afirma que la reforma mencionada ha afectado transversalmente al código y tangencialmente a la capacidad de los menores. Una situación que carece de sentido.

Más acorde con la Convención sobre Derechos del Menor es la decisión del Poder Judicial respecto al Protocolo Judicial sobre Intervención del Niño (2016). Refiere que los menores no pueden ser escuchados a través de los procedimientos judiciales, por lo que no

se está dando garantías a su derecho. Ello debido a que el sistema legal está diseñado para adultos, los procedimientos no les permiten participar en el proceso ni da facilidades para que sean incluidos en el mismo aplicando el principio de su autonomía en progreso. Esto significa que aún se les debe reconocer este derecho cuando han alcanzado un punto de madurez y autonomía suficiente (Resolución Administrativa N°228-2016-CE-PJ).

De un análisis general vemos que la ley que concede la capacidad de actuación de los individuos discapacitados (DL.1384, 2018) y ha modificado el Código Civil ha supuesto un avance significativo en el objetivo de respaldar la capacidad de actuación de los individuos con discapacidad. Sin embargo, encontramos que existe un problema con la capacidad de niños y jóvenes y el reconocimiento de sus derechos básicos en el Art.43. Esto se debe a una reforma defectuosa que no adapta el derecho civil de forma coherente e integral a los modelos, principios y paradigmas sobre capacidad, madurez, autonomía y discernimiento promovidos por los convenios internacionales con el propósito de vencer categorías, antiguas, discriminatorias y vejatorias en materia de capacidad, aún vigentes.

De la problemática identificada en el estudio se formula la natural interrogante ¿Es relevante el Principio de Autonomía en Progreso para la Capacidad de Ejercer en el Art.43 de la norma civil? La investigación defiende la hipótesis afirmativa, tal como lo sustentan los modelos jurídicos, las disciplinas conexas y principios modernos en los que se basan las convenciones, y la doctrina. La autonomía en progreso de menores sería un elemento fundamental para decretar la capacidad de obrar del individuo menor de edad, pues aceptar que sin importar su edad, conforme desarrolla, adquiere madurez, autonomía, discernimiento y competencias para comprender y asumir per se sus derechos y responsabilidades, equivale reconocer la necesidad de cambiar la normativa civil vigente e implementar los mecanismos procesales adecuados para su correcta aplicación; lo que entendemos, hace devenir en obsoleto el Art. en comento, y por ese motivo, se tiene como objetivo de este estudio determinar la relevancia del principio y proponer la modificatoria en cuestión.

1.2. Antecedentes de Estudio

1.2.1. A nivel internacional

Cotrim, et al. (2021) los autores portugueses investigan si las prácticas de asentimiento tienen por objeto permitir que los menores comprendan plenamente el proceso de efectuar decisiones y participen en él. La intención de esta pesquisa es evaluar la facultad del menor

para entender la información que reciben al dar consentimiento y determinar la opinión de los progenitores sobre la trascendencia de solicitar la aprobación del menor. En el método, refiere que una muestra total de 52 niños en las edades de 10 y de 17 años fueron sometidos a ecocardiograma de práctica, la estructura del asentimiento informado puede dividirse en 2 partes, una parte A se utiliza para medir el entendimiento objetivo, mientras que la parte B mide el entendimiento subjetivo. Así, los resultados mostraron que los menores son capaces de comprender la información que reciben cuando les piden su asentimiento y las dos secciones del cuestionario mostraron una correlación positiva. No hubo relación estadística que sea significativa entre las edades y el sexo, ni entre las partes A y B, ni entre los dos grupos de edades (menores de 14 y mayores de 14) y la media. Determinando que los jóvenes mostraron un alto nivel de comprensión del material impartido y que los padres consideran en un 96,6% que el asentimiento es ventajoso para que su hijo acepte y reciba la atención sanitaria; sobre la opinión que dieron los padres, ésta no se vio alterada por la edad, ni el sexo o la educación del niño.

Lafuente (2020) Este artículo de investigación examina la aplicación del Principio de Autonomía en Progreso en la infancia primera. Los signos cognitivos que los niños desarrollan a una edad temprana pueden ayudarnos a apreciar el Principio de Autonomía en Progreso en esa etapa. Este trabajo examina la cuestión desde tres perspectivas: Primero, el análisis del funcionamiento del principio para los tribunales, mediante entrevistas a jueces especialistas de familia de la nación. En segundo plano, se toca desde la visión de la psicología la evolución de las capacidades cognitivas en los niños, incluyendo las habilidades de raciocinio y comunicación. Por último, la autonomía en progreso se considera una herramienta para apreciar los derechos establecidos por la CDN. Se centra principalmente en la correspondencia de la autonomía en progreso con el principio del interés superior que tiene el niño, y su derecho a que se les escuche. La acotación más sorprendente es que, si bien los derechos de los menores están sujetos a valoraciones subjetivas de madurez y no solo a su edad objetiva, su intervención en la práctica jurisdiccional se aplica generalmente desde los 6 años y 8 años. Esto es contrario a las disposiciones de la CDN, ya que implica la continuidad de la edad que tiene el menor como factor para la toma de decisiones.

Etchebehere y De León (2020) en Uruguay, sustentan que la educación es un campo en constante evolución que exige que el psicólogo sea capaz de manejar múltiples aspectos, algunos de los cuales son macrosociales. El diseño de políticas educativas

requiere examinar los efectos que la política tiene en los microespacios y prácticas de poder. La ley de educación uruguaya del 2008 reconoce claramente a los menores como personas de derecho y adopta una perspectiva orientada a estos derechos. Esto plantea la cuestión de cómo los profesionales ven y cumplen sus funciones como garantizadores de los derechos de los menores en su trabajo cotidiano, pues los centros educativos tienen el privilegio de promover prácticas de promoción de los derechos a nivel micro social.

Este grupo de investigación respecto de la primera infancia con la educación infantil ha llevado a cabo estudios cualitativos para colaborar a la integración desde la perspectiva de los derechos del niño en el contexto de la educación infantil. Así, este artículo efectúa dos estudios. Un estudio examina el papel de los profesores a la hora de establecer la dirección de su propio aprendizaje. El otro estudio examina el impacto de la intervención de niños y adolescente en las experiencias educativas. Los métodos de acopio de información utilizados incluyeron la observación participante, entrevistas con profundidad, así como grupos de discusión.

Los resultados mostraron que, aunque muchos profesores ven al niño como un individuo con derechos, los docentes no consideran que sus acciones garanticen los derechos de los niños. El sondeo de las dimensiones, como las actividades de promoción de los derechos en los locales de educación infantil, se han visto reforzados y mejorados por estas conclusiones.

García (2021) sostiene que la facultad de discernimiento representa una condición de la responsabilidad cuya conceptualización se debe a cuestiones tanto técnicas -respecto de la pericia penal siquiátrica y psicológica- como teóricas -respecto de nuestra idea de responsabilidad u obligación penal y de los presupuestos psicológicos que la fundamentan-. Ello se debe a que la constitución de la responsabilidad penal de cualquier delito permanece suspendida a su integridad. El hecho es que esta noción de discernimiento se ha caracterizado por una cierta incoherencia conceptual desde que se introdujo en 1992 con el Art.122-1 de la norma penal. Ello ha dado lugar a una nociva variedad de significados, haciendo de la palabra discernir la interpretación resumida de un tejido heterogéneo de funciones psicológicas diferentes.

Así, el vocablo polisémico de discernir conduce a una ambigüedad elemental respecto a la naturaleza de la aptitud que debe investigarse para determinar si es necesario suprimirse o preservarse en el instante del hecho. Esto tiene la consecuencia no deseada de

favorecer la aparición e insistencia de interpretaciones caprichosas y, en resultado, de colofones periciales divergentes. El concepto de alteración del discernimiento, sin embargo, es aún más problemático dada la irreductible discrepancia entre el carácter perenne de una alteración y el carácter entrecortado de la conclusión a la que está sujeto el agente. Ello se debe a que la exigencia legal exige decidir entre la presencia y la ausencia de algo que carece de discretización de lo continuo.

De hecho, tratan de demostrar cómo esta idea de alteración en relación con el discernimiento tiende a ser redundante o carente de sentido en comparación con la idea de abolición. De tal manera que la única solución factible para sostener un cierto orden de grados de inimputabilidad parece radicar en tener que precisar los diversos tipos de abrogación posible del discernimiento y proponer luego una jerarquización en función de su mayor o menor concurrencia con la preservación de una responsabilidad penal.

De Castro y de Carvalho (2020) Este estudio discute cómo la idea de capacidad progresiva puede ser utilizada para permitir que individuos naturales juzgados absolutamente incapaces por el código civil vigente puedan desplegar sus derechos existenciales a nivel personal sin su consentimiento. Con el objetivo de definir las nuevas fronteras del derecho de los niños y jóvenes en el ordenamiento jurídico brasileño, el estudio se efectuó mediante una investigación bibliográfica y de documentación desde la perspectiva del sistema teórico luhmanniano en unión con la tesis del diálogo de las fuentes.

Debido a esto, para comprender, racionalizar y actuar en estas situaciones, los menores pueden poseer una capacidad cognoscitiva en desarrollo. Esta posibilidad plantea que el trabajo analice la eficacia de la utilización de las tesis revisadas, dando sentido a las expectativas de independencia de la voluntad en aquellos vínculos jurídicos sin una relación económica inmediata. Así, se constató que la adopción del razonamiento de la capacidad creciente resuelve parcialmente cuestiones relativas a la autonomía o independencia del menor totalmente incapaz y a la disposición de género, pero aún deja oportunidad para cuestiones adicionales que requieren pronta atención.

Hultman et al. (2019) Sustentan que los niños tienen todo el derecho de participar en los procesos para la protección de menores según la CDN y la ley sueca. El objetivo de este estudio es explicar y analizar el concepto de madurez y edad en los procesos para protección de menores, y cómo podrían afectar a los derechos de intervención de los

niños. Este estudio está enfocado en tres tipos de actores en las prácticas de amparo de menores en Suecia: empleados sociales, especialistas operadores del derecho y legos en tribunales administrativos y juntas de bienestar social.

También se analiza cómo deben tenerse en cuenta la edad, así como la madurez de los menores a la hora de decidir si van a participar en los tribunales. Este análisis se fundamenta en los informes de una encuesta por lo que los datos de la encuesta constituyen la base del análisis. Según la encuesta, los trabajadores sociales, los individuos normales y los especialistas poseen opiniones disímiles sobre si los niños son lo adecuadamente maduros como para poder demandar ante los tribunales. Asimismo, hay desacuerdo sobre cómo calibrar la madurez de un niño para efectuar una decisión sobre su intervención .

La conclusión a la que arriban es que es importante debatir qué competencias debe tener un niño para poder participar en un juicio, y cómo debe restringirse este derecho en función de la edad. Es posible hacer que los tribunales y los procesos de elaboración de decisiones estén más adaptados a los niños.

La investigación jurídica realizada por Gómez de la Torre (2018) para *Ucudal*, revista chilena de derecho, sobre lo que significa considerar a un menor como un individuo de derecho, revela que la Autonomía en progreso es uno de los tres principios que sustenta el nuevo modelo de que protege integralmente al menor. Este le reconoce como individuo de derechos autónomos que puede ejercer directamente en función de su madurez y facultades. Esta Autonomía en progreso se basa en el Art.5 de la CDN. Y en él se establece que los menores desarrollan los conocimientos, habilidades y comprensión necesarios para poder desplegar sus derechos por lo que los padres y tutores actúan como representantes para ayudar al menor a comprender sus necesidades y orientarle para que tome decisiones que redunden en su beneficio. Un menor con mayor autonomía necesitará menos apoyo y orientación para seguir su voluntad, de acuerdo con su comprensión de los derechos y obligaciones que generan sus actos.

También menciona que la Convención exhorta a los Estados a tener en cuenta el desarrollo único de cada niño, y a crear las condiciones que les permitan participar en el nivel administrativo o de institución judicial apropiado para garantizar que sus derechos sean protegidos. La Convención también subraya que el reconocimiento de que los menores tienen autonomía en progreso va más allá de su reconocimiento con estatus de personas de derecho en el despliegue progresivo de los mismos, también incluye que

reconozcan sus obligaciones, de modo que su libertad para efectuar sus propias decisiones va acompañada de la responsabilidad de aceptar las consecuencias. Concluye que, en concordancia del Art.3 de la Convención, es importante que las autoridades administrativas y judiciales tomen en consideración el superior interés del menor. Ello se debe a que es necesario que consideren prioritarios los derechos del menor.

El Costarricense Naranjo (2018), examina el contexto social y legal en el que se sitúan y desarrollan los menores, así como las vinculaciones democráticas de poder y sumisión entre grupos dentro de un Estado en democracia. El despliegue de la ciudadanía, que es un estatus asentado en la confirmación de los derechos civiles, tanto como políticos obtenidos al cumplir 18 años, afirma, es un ejemplo de cómo funciona esta dinámica. Crea un grupo social que detenta el poder y el mando sobre los demás, que forman un conjunto sometido bajo la supervisión y la potestad del grupo adulto, en una sociedad en la que con frecuencia se abusa de la dignidad, respeto, y derecho de menores como ciudadanos no reconocidos, así es como se desarrolla una relación de poder.

Se pretende crear el empoderamiento como mecanismo que permita a los menores participar en la sociedad legal y socialmente a través de un estudio crítico y metódico con el fin de crear un nuevo enfoque de ciudadanía seria para esta población perjudicada, basada en el principio de independencia para el despliegue sucesivo de sus derechos. Desde este punto de vista, los investigadores trabajan para crear nuevas conexiones democráticas asentadas en el respeto y dignidad del individuo y no en el poder y la subordinación, que permitan a los menores participar en la ciudadanía basándose en preceptos doctrinarios de dignidad humana, independencia autónoma y gradual con empoderamiento.

El Mexicano Ceballos (2018) realiza una investigación doctoral para determinar si el derecho del menor a ser tratado como persona de derecho en México se ha plasmado plenamente en la práctica judicial; esto en observancia del Art.12 de la Convención que establece el derecho del menor a participar en todo proceso que pueda afectar sus intereses y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta. Según el investigador, la Convención no hace una declaración específica sobre estos derechos. Sobre ello, no ha establecido las directrices o condiciones que deben seguir los Estados Partes para garantizar que la escucha sea efectiva y que se reconozca la verdadera voluntad del menor en contextos complejos. Cada país está obligado a elaborar normas y razonamientos de unificación para

poder garantizar el derecho a una audiencia eficaz y efectiva. Sugiere la formación de un protocolo opcional.

Esta investigación examina las teorías sobre el desarrollo infantil, la autonomía del progreso y el superior interés del menor. También analiza la normativa comparada, la jurisprudencia utilizando las técnicas documentales físicas y virtuales. Por último, lleva a cabo una investigación de campo con niños para comprender su realidad actual y sus derechos a ser escuchados. Concluye afirmando que si bien existe una aceptación internacional de que los niños son personas de derechos, con autonomía en progreso para ejercerlos y con derecho a que su voluntad sea escuchada en los casos que les conciernen, aún falta que los Estados pongan en práctica estos derechos utilizando instrumentos que unifiquen razonamientos, así como un Protocolo Facultativo. Esto nos permite llegar a un consenso sobre su aplicación efectiva en la práctica.

Alfaro y Miranda (2016) realizaron un análisis para determinar si el Código Procesal de Familia que se desarrolló en este país es compatible con los elementos y conceptos doctrinarios del principio de la autonomía en progreso del menor, así como con la normativa y teoría internacional. La investigación sugiere que, aunque los derechos de los individuos menores de edad han sido reconocidos gradualmente en Costa Rica, en la práctica no están siendo satisfechos adecuadamente, como resultado de un vacío normativo que debiera ser llenado, según la hipótesis.

El propósito del estudio de los autores es de naturaleza cualitativa y concluye que es urgente implementar normativas, instituciones y sistemas jurisdiccionales para el reconocimiento efectivo de los menores que ejercen sus derechos. Concluyen que la hipótesis es cierta, ya que permite pasar de un sistema judicial que trata al menor como una cosa en el proceso a otro que lo reconoce como individuo de derechos de forma gradual. Por otro lado, el juzgador tiene la facultad de habilitar a los menores para el despliegue de sus derechos y también de habilitar a las instituciones participantes.

Nunes & da Guía (2016) este estudio se basa en una visión funcional de la nulidad y validez de los actos jurídicos. Permite al intérprete modificar las consecuencias de un régimen de nulidad/invalidéz existente mediante un juicio racional de la dignidad de sus efectos y de los intereses concretos en juego. Este trabajo analiza los actos producidos por una persona con discapacidad mental que actualmente se considera plenamente competente en el ordenamiento civil brasileño. Sustenta la necesidad de evaluar su validez (del acto) en

términos concretos de acuerdo con el discernimiento y la vulnerabilidad proporcionada por el agente. En este enfoque, para conducir la acción interpretativa, independientemente de la existencia o no de un régimen de tutela, se utiliza como directriz el imperativo de protección de la vida humana.

1.2.2. A nivel nacional

Coca (2020) ofrece un trabajo de investigación jurídica cualitativa sobre la modificación de la norma civil por el D.L. N°1384 y la capacidad de derecho de discapacitados en el contexto que establece la CDPD. En esta situación, sustenta que la interdicción que pone en evidencia la exclusión legal y social con la actuación de derechos por parte del curador ha cambiado, para dar senda desde un sistema que causa indefensión de la subjetividad y la autonomía, a un sistema que respeta derechos, dignidades e igualdades ante la ley, y de un sistema protector y paternalista a uno autónomo que valora la inclusión y la igualdad ante la ley.

Por otro lado, se incluye a los individuos con discapacidad en el concepto de capacidad legal, que se define como la aptitud para gozar y ejercer derechos, sin hacer distinciones, con salvedad de los menores de 18, los que tienen restringida su capacidad según el Art.44, y los de menos de 16 años con incapacidad total. Se elimina la incapacidad de los individuos que carezcan de discernimiento, sea por alguna afección mental o debido a que no pueden expresar su voluntad por causa de alguna deficiencia mental.

Del mismo modo, la discapacidad, que antes se entendía, de acuerdo con el modelo de las ciencias médicas de discapacidad, como resultado de las carencias que padecen los individuos perjudicados en su zona física, cerebral, sensorio o intelectual, ahora se entiende de acuerdo con el modelo completo de discapacidad como resultado de los impedimentos del contexto social, de manera que sus raíces se originan o emanan del mismo comportamiento o actitud de la sociedad. Esto se debe a que el Modelo de Discapacidad de la Sociedad se entiende como una derivación de los obstáculos del entorno social.

En consecuencia, según el investigador, hemos caminado de un modelo en el que se reemplaza la voluntad del individuo discapacitado a otro en el que se le ayuda a ejercer sus propios derechos, en el que prevalece el derecho del discapacitado a ser escuchado y a que

su voluntad sea concurrente y concordante con la expresada por sus auxiliares, con independencia de que disponga de adaptaciones, apoyos y protecciones adecuadas.

Cunaique (2019), la tesis de investigación versa sobre la modificatoria del Art.1358 del Código Civil por el D.L.1384, busca evidenciar que los menores de 16 años, en base a su capacidad progresiva de despliegue y a su grado de discernimiento, o capacidad natural, pueden celebrar contratos especiales relativos a sus necesidades vitales sin necesidad de cumplir con el límite de 18 años de la ley civil. Esta idea parte del supuesto de que los menores, en su estatus de personas de derecho, poseen el atributo de contratar reconocido en la norma constitucional y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Basta flexibilizar el Art. 140 y el Art.219 de la norma civil nacional para permitir la validez, dada la excepción de nulidad y de conformidad con el título V de la norma civil nacional sobre el respeto al orden público, así como las buenas costumbres para asegurar la validez del acto.

La convención determina que los menores de edad pueden firmar contratos, siempre que no afecten negativamente a las buenas prácticas, así como al orden público y tengan capacidad de discernimiento y madurez suficiente sobre su capacidad de despliegue progresivo en el momento de celebrarlos. También se recomienda suprimir la clase jurídica de la incapacitación absoluta, ya que va en contra de lo dispuesto por la Convención. Además, debería reexaminarse la CDPD y la CDN en relación con los derechos de estos últimos.

Esta investigación se ha realizado mediante una ruta cualitativa y análisis de documentos. Las técnicas y herramientas utilizados son la recogida y análisis de documentos de orden jurídico y doctrinal. El análisis reveló que el derecho a contratar es un atributo constitucional reconocido, así como en mecanismos internacionales relacionados con los derechos de la persona. Por tanto, los menores de edad tienen capacidad de actuar para contratar dentro del marco normativo, las buenas costumbres y de orden público.

Varsi-Rospigliosi y Torres-Maldonado (2019) reconocidos doctrinarios de la legislación nacional investigaron el nuevo régimen de capacidad de la norma civil peruana que el D.L. N°1384 modificó para reflejar las directrices de Naciones Unidas para con los individuos discapacitados. Estas modificaciones buscan alcanzar los lineamientos de la ONU en cuanto a derechos de los individuos discapacitados en términos de autonomía,

dignidad, así como igualdad con las demás personas en el desarrollo pleno de sus capacidades jurídicas.

Consideran que el avance más importante de la nueva regulación es que reconoce la autodeterminación y los derechos de los individuos discapacitados. Esto ha disminuido el despliegue de sus derechos a mediante la representación ya que las curadurías fueron utilizadas para sustituir la voluntad y limitar su integración social y autodeterminación. También se consideran los nuevos conceptos que se han incorporado al sistema, como las garantías y los apoyos cuyos cambios se realizan en concordancia del Art.12 de la CDPD, y en el contexto internacional del Paradigma Social de Discapacidad que incluyen la protección, la integración y la inclusión que abordan los derechos de los individuos discapacitados.

Los investigadores extraen algunas conclusiones del análisis, destacan el concepto amplio denominado Capacidad Jurídica, que comprende la capacidad de gozar derechos como la capacidad de ejercitarlos. Este reconocimiento exige que se reconozca ante la ley la plena Capacidad para ejercer de los discapacitados en circunstancias similares a los demás individuos. Asimismo, el paso de un mecanismo de reemplazo de la voluntad a través de la tutela y la interdicción a otro de asistencia a través de garantías y apoyos, que permitan el despliegue concreto de tales derechos. También señalan el vacío existente en la medida en que las modificaciones normativas han permitido que sigan existiendo las instituciones de incapacitación o interdicción, contraviniendo la Convención. Esto ha creado un tratamiento mixto de representación y asistencia que deja muchas incoherencias y lagunas. La investigación se lleva a cabo mediante un enfoque cualitativo de análisis documental.

Tantaleán (2019) examina el D.L.1384, que modifica la acepción capacidad, para ayudar a comprender la base teórica del Modelo Social de Discapacidad. También revela las incoherencias que tales modificaciones han creado en las leyes civiles y procesales civiles. El primer análisis muestra que el Paradigma Social de Discapacidad imputa esta limitación a las barreras de la comunidad y sugiere la rehabilitación, no de la persona, sino de la comunidad a través de mecanismos que permitan la inserción y aceptación de individuos discapacitados en equivalencia de oportunidades y derechos con el resto de individuos.

El modelo social actual de discapacidad no incluye una rehabilitación de las afecciones del individuo para su integración en la sociedad; en su lugar, traslada completamente las causas de discapacidad a una insuficiencia de índole social. Así la discapacidad se trata de una construcción social que crea barreras y restringe la capacidad de los individuos discapacitados para integrarse socialmente y desarrollar su autonomía. Pasa de un polo científico práctico a un polo teórico social de complicada aplicación, sustancialmente en casos muy intensos de discapacidad sin discernimiento o imposibilidad total de manifestarlo. Se concede por un lado la plena capacidad para todo tipo de discapacidades y por otro, para menores de edad la incapacidad completa, haciendo convivir conjuntamente el modelo anterior con éste en un esquema mixto con paradigmas disímiles y aplicaciones contradictorias.

El modelo social dará asistencia a un colectivo, mientras que el modelo médico dará interdicción a otro, respecto a la discapacidad. Un tercer grupo de discapacitados se registrará por la incapacidad total debida a su edad, esta terminología priva de sentido lógico a la reforma. Concluyendo que, si bien se necesitaba desterrar los actos discriminatorios contra los individuos discapacitados y reconocer plenamente sus derechos a ejercer su autonomía, es muy distinto asegurar que la discapacidad se encuentra solo en la comunidad y no en el individuo afectado. El modelo de la ciencia de la medicina, en cambio, muestra de forma clara y objetiva una realidad diferente y esto crea mucha contradicción.

Salazar (2019), realiza una investigación para establecer la importancia del derecho a manifestarse de los menores en las actuaciones de guarda y custodia. Este estudio que se realizó conforme a las convenciones internacionales señala que los magistrados no están obligados a utilizar el mismo razonamiento para la práctica procesal. Es un tema que unos jueces pueden considerar importante, pero otros especialistas lo ven como una formalidad y estas controversias se ven agravadas por el hecho de que los razonamientos o aspectos que deben valorarse para fijar el grado de madurez no tienen un protocolo establecido de forma clara y sencilla.

La investigación cualitativa se realiza aplicando dos cuestionarios, con preguntas cerradas uno y el otro tiene preguntas abiertas. Esto permite recoger información sobre las opiniones y razonamientos de los especialistas de familia y jueces civiles; además, se analizan 8 expedientes para determinar los casos de custodia en los tribunales y se concluye entonces que la importancia de valorar la opinión de los menores en los procesos

de custodia para que el juzgador emita una decisión está directamente y proporcionalmente relacionada con su desarrollo, la edad, la madurez y la personalidad de cada niño. La opinión de los menores ha sido relevante en la determinación de la custodia deliberada en el expediente analizado. Sin embargo, no existe una forma estándar de valorar componentes subjetivos como el nivel de madurez en cada menor.

Cárdenas & Della Rossa (2018) analizan si los aciertos, yerros, lagunas y contradicciones en los cambios de la norma civil por el D.L.N°1384 está en conformidad con la CDPD, que reglamenta las capacidades jurídicas de los individuos con discapacidad. Comparan los artículos modificados con los artículos precedentes sobre capacidad e incapacidad. Además, tratan de comprender las justificaciones legislativas y la base jurídica para realizar las modificaciones.

El análisis reveló que los cambios resultantes del decreto son términos que, si no se definen correctamente, pueden ser confusos y crear lagunas y contradicciones en sus aplicaciones. Así tenemos que, la clase jurídica de Discapacidad, por ejemplo, alude a una baja en la capacidad debido al deterioro de las funciones mentales o corporales, pero no a su ausencia total, pero que se presta a confusión con la clase jurídica de Incapacidad, que sí contempla una ausencia absoluta de capacidad, así como de discernimiento y razón necesaria y suficiente.

Es decir, una persona con discapacidad puede desplegar sus derechos en igual condición que el resto de personas, la cuestión es, si la categoría Incapacidad se aplica a los niños o adolescentes con discapacidad cronológica o de edad. Se trata de características inherentes al desarrollo natural y evolutivo de toda persona o si se les aplica lo señalado por la CDN, en su situación de individuos con capacidad de progreso.

Fernández (2017) presenta un trabajo de investigación acerca de la autonomía o independencia de los niños y cómo se vulnera su derecho de acceso a la justicia, su intervención en los asuntos judiciales que les conciernen y por los que deben ser escuchados en las cortes de justicia. La CDN publicó un informe sobre la utilización legal del reconocimiento de estos menores como personas de derecho en el Perú, prestando especial atención al interés preferente del menor, su autonomía progresiva y su capacidad procesal en los cuestiones judiciales y administrativos que les afectan. La presente investigación es el resultado de dicho informe.

El estudio llega a la conclusión final de que, aunque los menores tienen derechos similares a los de los adultos y que estos derechos son parcialmente reconocidos por la legislación nacional, en la experiencia judicial aún no son efectivamente garantizados debido a que los pleitos judiciales carecen de mecanismos que suministren los recursos básicos y valoren un enfoque multisectorial que asegure su intervención instruida y acorde con su desarrollo.

Morales (2019) respecto de la reforma al artículo 1358 argumenta que es erróneo decir que solamente cuatro individuos pueden realizar contratos en su vida cotidiana, como el ebrio habitual, por decir, pero el menor que tiene autonomía, madurez y discernimiento, no. En contra de esto, la reforma deroga el segundo párrafo del Art.219. Esto significa que mientras el negocio jurídico del incapaz absoluto es nulo, se mantiene la incapacidad total para el menor de 16 años, algo que es un absurdo. A continuación, se deroga el 2º inciso del Art.43 referente a la incapacidad total para individuos sin discernimiento. Esto sin considerar que la persona que carece de facultad nativa para discernir no está apta para realizar actos jurídicos ni para ejercitar derechos derivados de estos actos. Concluye que lo que se debería tener en consideración es el grado de madurez y discernimiento del individuo para saber si, independientemente de su afección mental o condición evolutiva, esta apto o no para realizar determinados actos.

Por su parte Chipana (2018) manifiesta que el discernimiento producto de la madurez de la persona era necesario en materia de capacidad para determinar si uno tenía ante sí a un individuo que podía contratar o no era capaz de contratar. Sin embargo, si se deroga la norma que regula la institución del discernimiento, lo que se hace es eliminar de las vinculaciones sociales de los individuos con alguna discapacidad, así como la de todos los demás individuos, un elemento clave que ha permitido distinguir entre dos rutas, consecuencia de ello, personas que no tienen el requisito elemental para generar voluntad, que es el discernimiento, y su sustento para manifestarla, tienen la posibilidad de contratar y los menores de edad con madurez, autonomía en desarrollo y discernimiento no pueden, algo que resulta incomprensible.

1.2.3. A nivel local

Ochoa (2017) en la ciudad de Chiclayo realiza un estudio que ayude a determinar en qué forma al final del juicio de alimentos se transgrede el principio del interés preferente del menor por la no asistencia de las partes representantes a la audiencia única. Y de ser

así, esto supone que el referenciado principio no se estaría correctamente regulando en la legislación nacional. Para regular este tipo de procesos de familia sobre el derecho de los menores, menores, actualmente se aplican las disposiciones del CNA, y supletoriamente las reglas del Código de Proceso Civil, que establecen que la representatividad permite a los padres ejercer este derecho en favor de sus hijos que serían los titulares del derecho.

La investigación es de enfoque epistemológico cualitativo con diseñado desde la teoría fundamentada. Las técnicas utilizadas para recopilar información fueron la entrevista abierta no estructurada y el análisis de documentación relacionada. Después de un análisis minucioso, se concluyó que en el juicio de alimentos muchos procesos se dieron por concluidos debido a la imposibilidad de los representantes, progenitores o tutores de comparecer a la audiencia única, con lo que siendo este un derecho cuya titularidad pertenece al menor, niño y adolescente, el principio analizado se ve ampliamente vulnerado por la ausencia de las partes al juicio, en detrimento de los primeros, sin que estos individuos titulares del derecho, aun contando con bastante madurez, autonomía y discernimiento, puedan hacer algo debido a su estatus legal de incapacidad total o restringida.

Zamora y Palomino (2016) en la ciudad de Trujillo realizó una investigación referente a los factores que el tribunal de familia debe tener en cuenta en el proceso para evitar que se vulnere la autonomía del niño en su desarrollo, concepto reconocido por la CDN y que debe ser incluido en nuestras leyes y velar por su cumplimiento. El estudio adopta un enfoque cualitativo y utiliza como enfoques el método dogmático y la exégesis jurídica de la norma, así como la investigación del registro documental.

Para evitar que se vulnere la creciente autonomía del menor a lo largo de los procedimientos, se concluye que deben tomarse en consideración los subsiguientes razonamientos: Garantizar el interés superior del menor, lo que implica anteponer el beneficio del menor ante cualquier distinto interés; para evitar sesgos y abusos sobre su capacidad es importante escuchar su perspectiva de acuerdo con la valoración de su edad y razón; respetar su crecimiento y madurez intelectual, la solidez, independencia y certeza de sus juicios, así como su voluntad, de modo que sea tenida en cuenta en el momento de la resolución.

Constantino y Leiva (2016) en Chiclayo, realizaron una investigación cualitativa de perspectiva descriptiva para examinar el entorno legal de los niños y jóvenes del Perú que

necesitan un Estado que de prioridad a implementar políticas gubernamentales y acciones para prevenir el maltrato y políticas para prevenir que se vulneren sus derechos fundamentales y a garantizar el buen funcionamiento y cuidado de las entidades que les brindan atención.

Sostienen que las Fiscalías de Familia son hoy una de las políticas más importantes en este ámbito, puesto que operan en todo el país, tienen la función de implementar en todo nuestro territorio los mecanismos de promoción y protección de esta importante población. Es así que, la creación de la Fiscalía de Familia se debe a la amplia necesidad de atención a nivel nacional, como un servicio que presta el Ministerio Público a nivel nacional. Esto las hace muy cercanas a las exigencias e intereses de los menores como una oportunidad única que la sociedad y el Estado deben aprovechar maximizando sus funciones.

Perú, que ahora tiene un alto grado de crecimiento económico pero no podrá avanzar en un desarrollo integral y sostenible si no cuida a sus niños con tenacidad, responsabilidad y persistencia, para hacer valer los derechos básicos y mejorar el grado de vida de sus poblaciones menores de edad. En regiones rurales con bajos niveles de pobreza, esta es una necesidad importante y las Fiscalías de Familia tienen acceso preferente a localidades remotas o extremadamente pobres.

Miranda (2016), para su trabajo doctoral acerca de la culpabilidad del delincuente juvenil en la normativa nacional, examina la cuestión planteada por el código penal unificado del país, que trata los delitos cometidos por niños de forma diferente a los cometidos por adultos. La ausencia de una teoría jurídica específica que esboce los elementos de la culpabilidad menor adolescente es una de las razones de la desigualdad, y el concepto de defensa integral de la CDN debería actuar como brújula del sistema, pues evita que un joven delincuente sea encarcelado durante un largo periodo de tiempo mientras se establece su culpabilidad.

La contribución del estudio es el desarrollo de normas jurídicas que respalden sobre la culpabilidad del menor adolescente que infringe el código penal, porque ayudará a asegurar que se asignen castigos bien fundados en concordancia con los principios que rigen la Convención. Es innegable que los Estados deben establecer un sistema de penas específicas para los menores, y esto se basa en la observación, apreciación y discusiones de juristas de renombre en los muchos países investigados en el presente trabajo, y que

demuestra la necesidad de nivelar las normas para proporcionar a los infractores de la ley un procedimiento jurídico específico y garantizado.

Díaz (2017) en la ciudad de Chiclayo frente a cómo la doctrina considera el derecho del interés preferente del menor en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la sanción de los menores infractores de la ley, el estudio se centraliza en el naciente Código de Responsabilidad del Adolescente del D.L.1348 y de qué manera se aplica en él la Doctrina Integral de Protección del Menor, que se coteja, con la manera en que la doctrina considera el derecho del superior interés del menor, niño y adolescente en nuestro ordenamiento jurídico, con respecto a la sanción de los jóvenes que infringen la ley.

La hipótesis de estudio sustenta que el D.L.1348 contiene el principio incorporado al determinar la responsabilidad del menor, niño y joven, lo que facilita moverse del CNA hacia el D.L.1348 que contempla la doctrina integral de protección del menor. No obstante, a pesar de lo que se ha hecho público y de la exigencia de que el principio atienda tanto a las necesidades del menor como sus responsabilidades, el D.L.1348 necesita de un contenido que tenga en cuenta el derecho penal del contrario, es decir, las sanciones impuestas como medidas socioeducativas de pérdida de libertad alcanzan penas de pérdida de libertad de hasta 10 años frente a delitos graves.

Esto hace sospechar que el Estado intenta afrontar la cuestión de la criminalización de la juventud extremando la sanción, lo cual no puede demostrarse que sea una estrategia de resocialización exitosa dado el carácter creciente de la aplicación de la norma y la necesidad de nuevas investigaciones que confirmen su efectividad.

En Chiclayo Mendoza (2019) sustenta que la legislación peruana en materia de amparo de menores busca brindar una protección integral, esfuerzo que se basa en estándares internacionales. Esta institución puede entenderse como un conjunto de derechos que el Estado protege, como el derecho a la intimidad. La tecnología se ha vuelto en los últimos años en un complemento casi ineludible de la vida cotidiana, como lo demuestran los últimos acontecimientos.

Esta situación abre la puerta a posibles peligros en las conexiones virtuales para los menores. Por ello, el propósito de este estudio es verificar que la normativa es suficiente para proteger al adolescente en su totalidad en una situación de riesgo de violación del derecho de intimidad del menor. Los resultados del estudio muestran que el derecho de intimidad está incluido en un conjunto de derechos que protege a la persona, su

composición y el nombre. Según el Art. 2 inc. 2 de nuestra Constitución Política, todo individuo tiene el derecho igual ante la ley. Esto también incluye a los menores de edad. El Art.103 de la Constitución dice que sólo se pueden hacer leyes especiales cuando sean necesarias para hacer frente a la situación particular.

1.3. Teorías conexas al tema

1.3.1. La Capacidad de Ejercicio de menores en la legislación nacional y comparada.

Dado que todo lo que hacemos requiere una capacidad natural, al igual que ocurre en todas las esferas de la sociedad en las que la cultura es inviable sin una base natural, la calidad que tiene el derecho positivizado como derecho real se explica, así como se justifica por la calidad que tiene en la relación que posee con el derecho natural. Así, para desarrollar muchas otras ocupaciones culturales como escribir, dibujar y leer, así como para poder ver, necesitamos la vista. La razón reconoce que el individuo es titular de derechos, y que su naturaleza o modo de ser sirve de fuente, fundamento y razonamiento para esos derechos (Mulánovich 2009, p.38).

Un requisito para considerar válido un acto jurídico consiste en la intervención de una persona capaz, que es aquella que tiene la madurez psíquica y física, suficiente claridad mental y desarrollo psicológico para comprender el acto realizado y su alcance. La doctrina define la madurez del discernimiento como la habilidad o capacidad innata de un individuo para querer, comprender y distinguir entre lo bueno, lo lícito y que le puede favorecer a la persona, y lo que no es lícito y le puede perjudicar. (Torres, 2015). Por ende, sustenta que la manifestación que otorga la voluntad de un individuo sin discernimiento no posee juicio subjetivo y, por tanto, es inválida como acto jurídico (Espinoza, 2008).

1.3.1.1 Noción Jurídica de Sujeto de Derecho. Precisa Varsi-Rospigliosi (2014) que el sistema jurídico clasifica la existencia humana en una categoría denominada "individuo de derecho", a través de la cual se conceden derechos a los individuos y se les constriñe a honrar obligaciones(p.99). Para Valencia (1979) una clasificación jurídica de la ley es la persona de derecho (p.294). Así mismo para León Barandiarán (1991) la clase jurídica conocida como calidad de persona de derecho es aquella en la que la ley reconoce al individuo como entidad (p.86).

Según Fernández (2009), la doctrina hace distinción teórica entre dos términos gramaticales, uno es persona y el otro es sujeto, que aluden en última instancia a la misma

entidad que es la vida humana. Esto a efectos de ordenar en la práctica y sistematizar en la norma el problema jurídico social, así como existencial del ser humano (p.3). Dado que el sujeto de derecho es en última instancia el ser humano individual, o persona, estos dos conceptos son intercambiables, complementarios y entrelazados (Lasarte, 2010, p.148).

Para referirse únicamente a los seres humanos y poder regular las vinculaciones sociales que se da en la vida humana, que presenta diversas fases, formas de presentación, momentos de desenvolvimiento y secuencias en su existencia, que, como podremos ver, el derecho categoriza legalmente y norma de manera particular, se argumenta que el derecho conceptualiza la vida humana con la categoría jurídica de sujeto de derecho (Monge, 2010, p.1049).

Por tanto, cuando nos referimos al individuo de derecho, al ser legal, nos dirigimos técnica y legalmente al ser humano que es merecedor de la protección de la ley al tiempo que acepta una responsabilidad social (Varsi, 2014, p.79). Y en esta perspectiva, como sólo él tiene la suficiencia para ser el titular de los derechos y de aceptar obligaciones, deberes y responsabilidades, la persona es considerada, en última instancia, sujeto de derecho (Korseniak, 1988, p.25).

Según Torres (2018), únicamente el ser humano, partiendo de la concepción y finalizando con la muerte, es un individuo de derechos, ya sea considerado como individuo (persona física o natural) o como parte de un conjunto de personas (persona jurídica). Desde la perspectiva jurídica, el resto de la materia que hay en el universo es un objeto (p.235).

Según Fernández (1968), aunque los términos "sujeto de derecho" y "persona" han sufrido una sistematización a lo largo del tiempo y en aras de una mayor comprensión, no dejan de referirse a lo mismo, es decir, a la existencia humana (p.26). Sin embargo, en el código civil, si bien es cierto que la persona sirve como base imputable de la categoría denominada "sujeto de derecho", en forma de género-especie, de las cuatro formas de personas de derecho que hay, es sólo una que se incluye explícitamente en esta categoría.

Cuando el derecho alude a "sujeto de derecho", alude simplemente a los centros de unidad que son factibles de atribuir derechos, obligaciones y responsabilidades, que incondicionalmente, en final instancia, serán la persona humana, ya que es individuo de derechos en virtud de su propio ser, por el mero hecho de estar vivo. Sólo el ser humano

posee la aptitud natural de aceptar responsabilidades, derechos, deberes y obligaciones por sus actos; las demás especies animales carecen de estas capacidades (Kelsen, 1946, p.173).

Para ser claros, cuando las leyes del medio ambiental mencionan, por ejemplo, los derechos que tienen los animales -realidades claramente reales y merecedoras de protección jurídica- lo hacen al servicio de los intereses de los humanos en su calidad de personas de derecho y para preservación de su entorno como bien jurídico protegido, no porque los seres animales sean objeto de atribución de derechos, situación que en última instancia se atribuye solo a los humanos (Núñez, 1979, p.189).

Por ello, es imposible atribuir esta categoría legal de persona de derecho otras existencias que no sean seres humanos, ya sea como ser individual o como ente colectivo, incluidos los "patrimonios autónomos" (Espinoza, 2012, p.3). Sin desconocer que, por su vitalidad, los animales y demás seres vivos entran en la clase jurídica de individuos, lo que los coloca por debajo de los individuos, pero por encima de los objetos (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.130).

Así, nuestra norma civil reconoce cuatro categorías distintas de personas de derecho: concebido (para todo lo que le es favorable), la persona individual o natural, individuo jurídico o colectivo, y por último, las organizaciones no registradas (estas dos categorías finales cuya sustrato ontológico y centro lógico de atribución, como es claro, alude a los individuos que la integran). Según una interpretación sistematizada de la norma, esta última categoría incluye también patrimonios autónomos (Espinoza, 2012, p.11).

Varsi-Rospigliosi (2014), menciona el hecho de que la persona de derecho como clase jurídica se utiliza para referirse a cómo se presentan en la sociedad las diferentes formas de la existencia humana, lo que aporta algunas características al respecto. La persona va a ser siempre sujeto y nunca va a ser objeto de derecho porque la vida humana es la base y la esencia de la propia categoría. Por ello, se diferencia de un objeto de derecho, en que es vital y no útil, por lo que tener vida humana es claramente un razonamiento primordial (p.96).

1.3.1.2 Noción Jurídica de Objeto de Derecho. En su sentido más amplio, un objeto jurídico es todo aquello que interesa a la persona de derecho y sobre lo que éste ejerce su potestad jurídica, ya sea un bien material (como una casa o un coche) o un bien inmaterial (como un descubrimiento o un invento). En esta perspectiva, el objeto denota utilidad e interés para los fines del individuo y se convierte en un bien legalmente protegido (Recasens, 1981, p.164).

Varsi-Rospigliosi (2014) refiere que alude a todo aquello carente de vida que es material, útil para las personas, y que puede ser bien o cosa en función de su valoración (p.133). Por ello, se suele considerar que el objeto de derecho presenta ciertas cualidades distintivas, como ser útil y de interés en beneficio de los seres humanos, carácter lícito, determinación y sometimiento a la autoridad jurídica de los individuos de derecho, entre otras (Abelenda, 1980, p.95).

Alessandri (1990) afirma o se es persona (sujeto) o se es objeto en el derecho, pero lo que no se puede es ser ambas cosas simultáneamente (p.582). Si bien los dos conceptos se entrelazan y sirven para estructurar la vinculación jurídica como supuestos de la misma, sujeto (persona) y objeto son en naturaleza diferentes, ocupando cada uno de ellos un ámbito diferente de la dimensión legal, por lo que son elementos contrarios entre sí. En consecuencia, la persona que es el individuo no debe ser considerado como objeto o cosa de la relación jurídica (Orgaz, 1961, p.3).

Según Gómez (2001) Nos advierte de que no debemos confundir una cosa, cuya idea jurídica es más limitada, con un objeto de derecho, cuyo significado es más amplio. Aunque un objeto de derecho podría ser una cosa, esta no es la única posibilidad; otras opciones son la acción humana y los bienes incorpóreos (p.200). Valencia prosigue (2012), cosa comprende un sentido más material, mientras que objeto alcanza entidades, actividades y derechos inmateriales; por tanto, legalmente, sólo los objetos materiales son cosas según el Derecho alemán (p.12).

Cabe indicar que según Espinoza (2012) lo que contiene la relación o de la situación legal y los derechos de los individuos no son objetos de derecho, ya que esta es una clase jurídica que en su naturaleza tiene como base esencial bienes materiales o no materiales, con contenido y valía económica patrimonial, con individualidad propia y que están aptos de ser subyugados a la potestad de los individuos de derecho (p.18).

Por su parte Varsi-Rospigliosi (2014) divide los objetos de derecho en las subsiguientes clases: cosas, que pueden ser materiales y apropiables o formar un patrimonio (tierras, propiedades inmuebles, automóviles), o inmateriales, refiérase a derechos del autor; y bienes, que son de ventaja y beneficio para el individuo más allá de la esfera puramente económica y que producen bienestar; bienes legalmente resguardados en una escala superior a la de bien o cosa, así como los tejidos y la célula humana u otros objetos, como el patrimonio cultural, especies a punto de extinguirse, dotaciones, etc., que forman otra clase más (p.317).

1.3.1.3 La Capacidad de los individuos de derecho. Conjunto de capacidades reconocidas y positivizadas en la ley para el desempeño de sus vínculos jurídicos, la capacidad -anteriormente conocida como personalidad- se convierte en su medida y límite (Venosa, 2002, p.149). Es la facultad del individuo para realizar una tarea y el grado en que puede hacerlo; la facultad que le permite legalmente la titularidad de derechos, ejercerlos y celebrar contratos, se incluyen en la definición más amplia de capacidad (Tobías, 2009, p.97).

La capacidad en un entendimiento más amplio alude a cualquier persona de derecho por el mero hecho de ser humano, ya sea persona física, jurídica o una organización que no está registrada; previo a lo que establezca el ordenamiento legal, la mera existencia del individuo físico le atribuye de manera abstracta la capacidad legal; sin embargo, es necesario ese reconocimiento expreso, a efectos de verificar una condición ya existente (Espinoza, 2012).

Para Torres (2018) la capacidad plena de un individuo se constituye de estos dos elementos: la facultad de gozar derechos y la de poder actuarlos. Es la Capacidad del individuo para disfrutar y para obrar derechos propios, subjetivos, que le son inherentes en su condición de persona y que, el derecho mediante la norma le reconoce. El titular de un derecho disfruta de ellos, y el ejercerlos implica ponerlos en práctica mediante actos que tienen repercusiones jurídicas (p.234).

Al definir la capacidad, Savigni (1979), sustenta que es la facultad del individuo para ser titular de derechos (alcanzar derechos, asumir obligaciones), o la facultad del individuo para ejercer estos derechos y honrar obligaciones; haciendo una diferencia entre la titularidad o posesión de los derechos, como la capacidad de gozar o disfrutar derechos; y la posibilidad de ejercer derechos como la capacidad para actuar derechos u obrar

derechos; siendo que, quien es titular y tiene derechos también tiene la potestad de ejercerlos o no, de manera directa o de forma indirecta, mediante un representante, según las circunstancias (p.161).

Valencia (1979) sustenta que toda persona capaz tiene la facultad para adquirir derechos y arrogarse obligaciones y ejercitar estos derechos y honrar estas obligaciones personales. La capacidad de un individuo de derechos está constituida por estas dos vertientes del derecho, el disfrute y el despliegue, que independientemente dan lugar a dos formas distintas de capacidad, el disfrute (la titularidad) y el despliegue (de obrar). Además, la capacidad de disfrute, que faculta ser titular de un derecho es propia del individuo y no requiere de otros elementos, como sí lo requiere la capacidad para obrar o actuar, esto es, de la voluntad, de la madurez y el discernimiento de la persona, para su actuación (pp. 501-502).

Según Aguilar (2002), el término capacidad alude a conceptos de continente como lo es el género y de comprendido como lo es la especie. Así, la Capacidad se concibe como sinónimo de aptitud, talento y habilidad o como sinónimo de competencia y suficiencia, entre otros rasgos (p.201). Por su parte, Borda sustenta que capacidad es la cualidad que poseen los individuos para poder obtener derechos y asumir obligaciones, (celebrar contratos, etc.) (Borda, 2008, p.429).

Para Beltrán Pacheco (2010), Se denomina capacidad para obrar a la aptitud del individuo para manifestar válidamente la voluntad con el propósito de modificar su realidad legal, la facultad de ejercer por sí mismo derechos y producir efectos jurídicos mediante la realización de negocios jurídicos. Sin embargo, esta capacidad está sujeta a una serie de variables que pueden alterarla, como el paso del tiempo; y según Díez-Picazo y Gullón (1995) esta alude a la aptitud de un individuo para ser titular tanto de derechos, así como de obligaciones por el puro hecho de ser persona, y esta característica fundamental que se condice con la dignidad de la persona.

Cuando se conceptualizan los conceptos de capacidad y individuo de derecho, queda claro que esta categoría tiene dos aspectos: una cualidad estática denominada capacidad de disfrute o disfrute, que es la idoneidad o aptitud que habilita al individuo para ser titular de circunstancias jurídicas, y una cualidad dinámica denominada capacidad de despliegue, que es la idoneidad o aptitud que habilita al individuo para ejercer tales prerrogativas.

Estos dos aspectos o cualidades conforman a su vez lo que en la doctrina nacional se designa como capacidad jurídica o legal (Espinoza, 2012, p.871).

Adicionalmente, como se mencionó anteriormente, vemos que la clase jurídica usual de “sujeto de derecho” incluye tanto al ser humano específico (concebido e individuo) como al ser humano colectivo (individuo jurídico y personas organizadas sin registro); mientras que, la Capacidad jurídica o legal es entendida en la actualidad como la aptitud e idoneidad proporcionada por el ordenamiento legal para disfrutar y obrar derechos (Cifuentes, 1988, p.70).

1.3.1.4 La Capacidad Jurídica en el Código Civil. Tal como ya se ha mencionado, el concepto de capacidad legal se separa en dos partes: por un lado, la capacidad para ser titular de vínculos jurídicos o para disfrutar de ellas y, por otro, la capacidad para llevar a cabo y ejercer tales prerrogativas o derechos, así como obligaciones subjetivas. Como notaremos más adelante, esta clasificación deriva de la doctrina o filosofía francesa, que, en contraste de la alemana, excluye otras tres subcategorías relativas a la capacidad de actuar. Se trata de la capacidad legal para ser titular y ejercer derechos, para ser poseedor de derechos y asumir obligaciones contractuales, y es el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la capacidad de un individuo para mantener vínculos jurídicos.

Clasificación: Como enseña Espinoza (2012) Se han formado algunas posiciones teóricas sobre la capacidad legal o jurídica, y tenemos así:

1. **Doctrina Francesa**, que después de algunas modificaciones se divide actualmente en dos tipos: a) La capacidad de gozar o disfrutar de un derecho, ser el titular de vínculos jurídicos. b) La capacidad para obrar , de poder actuar los propios derechos, deberes y obligaciones jurídicas de las que se es titular. Siendo la que nos compete en razón de nuestro estudio.

2. **Doctrina Alemana**, distingue entre las siguientes tipologías de capacidad de despliegue: a) La capacidad de hacer negocios legales por cuenta propia o capacidad de negociar. b) La capacidad de imputación, a menudo denominada capacidad penal, alude a la capacidad de obligarse por acciones ilícitas. c) La capacidad en el proceso o aptitud para llevar a cabo actos jurídicos procesales (p.873).

Nuestro código de derecho civil no proporciona una definición puntual de la capacidad legal o jurídica de disfrute y de actuación. Sin embargo, la doctrina nacional la considera como una abstracción de la ley que comprende la facultad del individuo de poder gozar de las atribuciones que la ley establece en la normativa y agrega que la capacidad de disfrutar, inherente al ser humano, comienza con su nacimiento, no existiendo persona nacida o viva que carezca de este atributo (Fernández, 2014, p.143).

Por otra parte, el Art.3 del CC, reformado por el D.L. N°1384, establece que toda persona tiene capacidad legal, incluso los individuos con discapacidad, y que únicamente la ley puede imponer restricciones; esta idea es de carácter dualista y aborda dos cuestiones distintas: Una que alude a la capacidad de disfrutar, de poseer, ser titular, y otra que alude a la capacidad de ejercer, de obrar, de usar. Así resultan dos figuras de capacidad, la de poseer derechos (capacidad de disfrute) y la de ejercitar derechos (capacidad de actuación) (Varsi, 2014, p.805).

Espinoza (2012), reflexiona sobre ciertos principios de la facultad legal, y nos dice que, (1) la capacidad de disfrute está estrechamente relacionada con la subjetividad legal (individuo de derecho), y (2) la capacidad que otorga el despliegue de estos deberes o derechos no es siempre absoluta para la persona de derecho, sino que muestra algunas restricciones en el ordenamiento legal, lo que no significa una situación de incapacidad de la persona (p.876).

En esta perspectiva, la distinción de la capacidad legal que se hace en la doctrina entre disfrutar y actuar derechos va en relación a su área de acción que es variado, por un lado lo primero (disfrute) versa sobre un aspecto existencial de la persona en que la posesión o titularidad comprende de plano su inminente despliegue; por otro lado lo segundo (despliegue) en cuanto versa sobre situaciones legales de connotación patrimonial, en las que es posible determinar un momento estático y otro momento dinámico (Perlingieri, 1987, p.81).

1.3.1.5 La capacidad de disfrute. La doctrina indica cómo el disfrute está relacionado con un elemento intrínseco, de la naturaleza humana del individuo que es un rasgo de la libertad del ser; sin esta potencialidad, que no es más que facultad, no podríamos obrar libremente ni efectuar decisiones; en consecuencia, la capacidad amplia de la libertad es irreductible en tanto que consustancial a ella, y lo que resalta el hecho es que, todos los individuos somos igualmente libres por tanto somos igualmente capaces.

Carboni (1988) señala que la capacidad de disfrute es atributo de todos los individuos jurídicos que se ha mencionado, bien sea extendida a su forma colectiva o en su forma natural de persona individual física, porque es una atribución abstracta adoptada por el ordenamiento jurídico que se extiende a todas las figuras legales de persona de derecho (pp.155-156).

La parte dinámica de esta capacidad, que como tal es la expresión concreta del fenómeno legal abstracto, puede ser restringida o limitada por el derecho, en tanto que la capacidad de disfrute simboliza la parte estática, pura e indeterminada de la persona de derecho, y no puede ser limitada porque es consustancial con su libertad (Bussnelli, 1993, p.90).

Según Torres (2019), el término "capacidad de disfrute" alude a la aptitud o idoneidad de un individuo para ser poseedor de derechos u obligaciones jurídicas. También se entiende como capacidad genérica, capacidad de derecho y capacidad pasiva. Dicho de otro modo, se entiende como capacidad de derecho a la aptitud de un individuo para sostener vínculos jurídicos en condición de individuo activo, poseedor de derechos, o en calidad de individuo pasivo, titular de obligaciones y deberes. Esta facultad del individuo es meramente recepticia pues no requiere que su titular haga algo para recibirla, al ser un derecho intrínseco consustancial a la vida humana (p.43).

Siendo así, ningún individuo puede ser limitado de su derecho a disfrutar de los mismos, por el principio de consideración a su dignidad y autonomía como tal. Todo ser humano está potencialmente habilitado para poseer derechos y ser titular de estos, así como de sus correspondientes obligaciones y deberes jurídicos, desde que es concebido hasta que muere, con independencia de que dichos derechos sean o no ejercidos por se o a través de un representante legal, que él o la ley determine (Torres, 2018, p.243).

Falsea (1985) enfatiza que la capacidad de derecho o disfrute y la subjetividad legal o jurídica son aspectos inherentes al individuo o persona, rasgo característico que resulta del

simple hecho de ser posibles titulares de lo que mediante la normativa jurídica el derecho ya ha preestablecido para otorgarle protección. Debido a esta naturaleza -básicamente potencial, la figura de la capacidad y la subjetividad legal o jurídica de la persona son atributos previos y abstractos previstos por la ley (p.165).

Según Espinoza (2012), la persona de derecho, como centro de imputación, es titular del cúmulo de atribuciones y obligaciones reconocidas por la ley y goza de las mismas. Se es persona de derecho y titular de los derechos, deberes y obligaciones que implica, por el sencillo hecho de ser un humano. En esta perspectiva, a la capacidad de disfrute también se refieren en palabras jurídicas capacidad de derecho, pasiva, genérica, esencial y adquisitiva, todas ellas referidas a la idoneidad o aptitud del individuo para ser titular o poseedor de derechos, deberes y obligaciones (Torres, 2012).

Para Messineo (1979) referenciado por Vidal, la aptitud para ser poseedor de derechos subjetivos constituye la capacidad de disfrute o derecho o genérica. Se trata de una cualidad humana que es innata, y es imposible figurarse un ser humano que no la posea. Aunque este previo a nacer, sea menor de edad, padezca una enfermedad mental o esté sujeto a interdicción, una persona posee capacidad de derecho por el puro hecho de ser un humano. Esto incluye tanto a quienes esperan un hijo como a quienes ya han dado a luz. No es un derecho subjetivo, sino el precursor de los derechos subjetivos. En consecuencia, es una característica, un derecho y un rasgo intrínseco del ser humano (pp. 99-108).

Según Varsi (2014), la capacidad de derecho (gozar o disfrutar) resulta de la aceptación del Derecho y la existencia de circunstancias que permiten a una persona tener intereses merecedores de protección, la facultad o estado de la persona o individuo que le habilita para la protección jurídica. El Derecho reconoce a cada persona como fuente de sus propios derechos, obligaciones, deberes y facultades. Todo individuo tiene capacidad de derecho o disfrute. Toda persona de derecho tiene la capacidad de gozar de las cosas, lo que le convierte en titular de vínculos jurídicos subjetivos. Posee derechos, pueda o no ejercerlos, y depende de ellos para subsistir. Su condición de ser humano, de ser y estar, le convierte en objeto de tratamiento legal (pág. 92).

Según Torres (2018), la aptitud de una persona para establecer vínculos jurídicos como individuo activo o pasivo, esto es, como titular de derechos, así como de responsabilidades, obligaciones y deberes, se entiende como capacidad de disfrute o también llamada capacidad de derecho. Todas las personas, ya sean consideradas como

individuos o como personas jurídicas, tienen capacidad para disfrutar de la vida (p.240). No se debe limitar la capacidad de disfrute de nadie, dado que no existe una absoluta incapacidad para disfrutar derechos, sólo pueden prohibirse o limitarse determinados hechos o actos jurídicos (Torres, 2019, p.130).

Características: Varsi (2014) señala que la capacidad de disfrute es un fragmento natural del ser de la persona, de su interioridad normativa; se expresa como una categoría jurídica otorgada al ser humano, por la que toma una posición en el ordenamiento jurídico de manera distintiva. Es posible visualizar algunas características específicas respecto de la capacidad de disfrute o genérica: Es una condición especial, natural e inherente; confiere ser titular de derechos; y no puede decirse que exista incapacidad para gozar; se basa en el principio de igualdad, tratando a todos los individuos por igual y rechazando las graduaciones; comienza en la concepción y dura hasta la muerte, inseparable del individuo a lo largo de la vida; y presume que la sola existencia del individuo es el supuesto de hecho.

Principios: Espinoza (2020) cita las siguientes pautas sobre esta capacidad humana: El individuo no tiene por qué negar su plena capacidad para ejercitar o realizar sus derechos, deberes y responsabilidades porque, por enunciación, el sujeto de derecho siempre será capaz. Implica subjetividad; a través de ella se efectúan los derechos, deberes y obligaciones del individuo. Además, establece que no se puede hablar de incapaces totales o parciales, individuos de derecho razonablemente capaces o con algunas limitaciones y las que tienen competencia plena o total son las que presenta el derecho (p.213).

1.3.1.6 La capacidad de ejercicio. Como se ha visto, la capacidad de disfrute no puede dividirse ni disminuirse y es esencialmente la misma para todos; pero, a diferencia de esta inicial, la capacidad de obrar es dependiente y cambiante, no se otorga ni se ejercita en el mismo nivel en todos los individuos. La capacidad de gozar presupone una posición estática del individuo, en tanto que la capacidad de ejercer derechos refiere un sentido dinámico de capacidad. La primera es la posibilidad de tener derechos, deberes y obligaciones o la probabilidad especulativa de experimentar los resultados de un sistema jurídico. La segunda es la capacidad de emprender acciones legales o la decisión de no hacer algo que tiene repercusiones legales (Castam, 1942, p.141).

Según Barbero (1967), se trata de una medida de la capacidad del individuo para desarrollar de forma independiente modificaciones activas o pasivas en su círculo jurídico de vinculaciones, es decir, para cambiar, adquirir o perder la propiedad de estas vinculaciones (p.190). Es la facultad o competencia del individuo para ejercer por sí sus derechos jurídicos y honrar sus obligaciones. Adicionalmente, se le denomina capacidad activa, capacidad de hecho, facultad negocial y capacidad para obrar o capacidad de actuar (Torres, 2018, p.248).

Valencia (1979) por su parte, sustenta que es imposible ejercitar un derecho el cual no se posee porque para poder ejercer un derecho es necesario poder disfrutar de él. Por otro lado, una persona puede poseer derechos sin efectuar uso de ellos, una persona que posee derechos puede o no ser capaz de utilizarlos. Por lo tanto, todo individuo tiene capacidad de derecho por el simple hecho de ser persona, independientemente de su edad, estado intelectual o de si es una persona física o jurídica. Sin embargo, no todos los individuos que tienen capacidad de derecho tienen la capacidad para actuarlos (p.502).

Torres (2018), precisa que la capacidad de actuar es la que permite a una persona ejercer sus propios derechos subjetivos, y proviene en su origen tanto de la facultad natural de entender como en la de querer, o más concretamente, en la facultad de discernir con naturalidad que es algo consustancial con la autonomía y madurez. La capacidad de disfrute y la capacidad de acción se diferencian en que la inicial tiene por único presupuesto la existencia del ser humano, en tanto que la segunda supone además de la facultad de desear y de comprender o poder de discernir, la edad de la persona, la madurez, su autonomía, su salud intelectual y otros elementos específicos especificados por el ordenamiento jurídico (p.250).

La capacidad para obrar es la competencia para la actuación de derechos subjetivos, deberes y responsabilidades jurídicas. La aptitud para obrar es la idoneidad para que el individuo ejercite o efectúe directamente su propia autonomía negocial y procesal. Esta capacidad para obrar o ejercitar derechos tiene a la capacidad de derecho como requisito, esto es, no se puede ejercer derechos que previamente no se posee (Torres 2018, p.241).

Rajmil y Llorens (2015) sustentan que todo individuo con capacidad de obrar puede desplegar sus derechos de forma autónoma, con la única salvedad de las restricciones expresas impuestas por la ley o por sentencia judicial, tal y como recoge el Art.23 de la legislación civil mercantil argentina (p.104). Así mismo Varsi (2014), también destaca la

conexión entre la capacidad de derecho y la competencia o aptitud para obrar. Mediante este mecanismo, los actos jurídicos pueden generarse, modificarse, desdejarse o anularse (p.822).

Para Messineo (1979) representa la capacidad de disfrutar y de obrar con voluntad individual, es decir, de honrar obligaciones y ejercer derechos libremente. Por su parte, Barbero (1967) afirma que es la facultad de decidir por uno mismo si realiza o no modificaciones activas o pasivas en la expectativa que se tiene de los vínculos jurídicos, es decir, si se debe obtener, cambiar o extinguir la titularidad de las vinculaciones jurídicas. Y para Rubio-Correa (1992) Y según Rubio-Correa (1992), la competencia de ejercer los propios derechos de forma independiente por sí mismo se califica como capacidad para obrar derechos.

Varsi-Rospigliosi (2014) afirma que la aptitud para ejercer los derechos de forma independiente y por cuenta propia constituye la capacidad para obrar derechos, y también enumera algunas de sus cualidades. Es presuntiva y tiene como fundamento la voluntad, el juicio y la madurez o facultad natural de discernimiento. Está establecida por la ley, comienza a partir de la edad de totalidad, es voluntaria, está limitada por la norma, implica la legitimidad del acto y se presupone válida (p.823).

Antes de la entrada en vigor del D.L. N°1384 sobre discapacidad, Torres (2018) distinguía cuatro formas de capacidad para obrar en el sistema civil:

Capacidad general de ejercicio. (Art. 42) Que es *plena* cuando una persona alcanza la totalidad a los 18 años, y es capaz de ejercer derechos jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales, incluyendo la administración, disposición y gravamen. También puede ser *restringida*, permitiendo al individuo realizar algunas actividades jurídicas, como las de administración o las de exigencia ordinaria, pero con restricciones en los actos para disponer o de gravamen, para los que necesita la autorización del representante, tutor o curador (Art. 43).

Capacidad de ejercicio especial. Que se da de forma *plena* como la capacidad en menores para realizar una serie de actividades específicas sin la intervención de sus padres o tutores, como permitir a los niños con discernimiento natural llevar a cabo ciertas acciones legales, aceptar donaciones y legados y celebrar contratos para satisfacer sus necesidades básicas del día a día (Art.1358). O que puede *restringirse* específicamente, permitiendo al individuo realizar determinadas acciones sólo con el consentimiento de

otros individuos, como en el ejemplo de un menor con aptitud de discernimiento al que sus padres han dado permiso para laborar (Art.457).

Capacidad de ejercicio natural. Que a su vez es la base para la capacidad de actuar, la aptitud de discernimiento del individuo, aquel desarrollo natural y la madurez mental que facilita querer libremente, guiar su voluntad, entender sus actos, diferenciar lo que es bueno de lo que es malo, lo que es lícito y no lo es, lo que le causa beneficio y le causa perjuicio a sus intereses, de determinar y cuidar su propio bienestar; para lo que no preexiste una edad concluyente porque depende de diversos factores tanto internos como del entorno del desarrollo del individuo (Torres, 2018, p.293).

Capacidad de ejercicio legal, es el reconocimiento y la regulación en todo su corpus normativo, por parte del derecho civil, de la capacidad de actuar jurídico a los individuos de derecho, basado en el elemento cronológico del crecimiento humano; que concede o restringe la misma en función de su edad y que establece, teniendo como premisa, que una persona mayor de 18 años está dotada de necesaria madurez mental, estabilidad psicológica, capacidad reflexiva y noción de responsabilidad para desplegar sus derechos jurídicos de forma autónoma y sin precisar asistencia (Fernández, 1987, p.103).

Sobre las maneras de obtener la capacidad de actuar la doctrina denota dos, una la figura general y la otra la figura especial:

La forma general. Es la que se supone adquirida a los 18 años, confiere al individuo el derecho a disponer libremente de sus bienes, así como de su persona, poniendo fin a toda patria potestad o tutela. Esto se basa en la premisa de que a esta edad se supone que un adulto es intelectualmente maduro, psicológicamente estable, competitivamente reflexivo y suficientemente responsable para aceptar la responsabilidad de sus actos y desplegar sus derechos (Fernández, 2009, p.164).

Cabe anotar que, con el transcurso del tiempo y el progreso de la sociedad, la edad a la que se establece la ciudadanía y en la que se adquiere la capacidad para obrar ha cambiado. En la antigua Roma, la edad para ser mayor o adulto se alcanzaba en los 25 años, pero la norma civil del 52 fijó la edad en 21 años en su Art.12, y en 18 años la del 97' con el D.L.21994 según leyes comparadas de países como Alemania, Francia y otros; Sin embargo, como hemos visto, existe una diferencia entre la ciudadanía (la capacidad de votar y ser elegido) y la capacidad para obrar o ejercer derechos.

La forma especial, a su vez, consta de la forma anticipada y la forma aplazada, siendo la primera la que incluye aspectos como la capacidad doméstica, la emancipación y la falsa capacidad. Los artículos 42 y 46 del Código Civil se refieren a la emancipación tácita o de iure de los menores adolescentes progenitores, casados o con título oficializado, bajo la necesidad de independencia para ejercer sus obligaciones. Con la reforma del D.L. N°1384, el Art. 42 derogó tácitamente, por antonomasia de la norma, la pseudo capacidad limitada del Art. 46 referente a los padres de más de 14 años en relación con determinados actos. La capacidad doméstica descrita en el suprimido Art.1358 es la capacidad de juicio sobre la base del discernimiento que habilitaba al incapaz para realizar tareas vinculadas a las necesidades cotidianas habituales (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.882).

Limitar la interacción, relación o vinculación del individuo con la sociedad equivaldría a privarle de su derecho a subsistir y de la capacidad de satisfacer sus necesidades básicas; exigencias que no son únicas del mundo de las personas adultas, especialmente en la sociedad actual, donde los menores con discernimiento en desarrollo constituyen una parte significativa de la masa humana que impulsa el fuerte consumo comercial y el flujo económico; por ello, sin una norma como la precedente resultan nulas todos los actos realizados por estos, algo que no se adecua a las exigencias de la sociedad moderna (De Castro, 1985).

1.3.1.7 La Incapacidad de ejercicio. La incapacidad para obrar es una institución y un instrumento jurídico que restringe, acorta o limita el despliegue de los derechos. Está intrínsecamente relacionada con la capacidad de comprensión, entendimiento y voluntad de la persona, y su ausencia restringe su libertad y su proceso de desarrollo, decisión y despliegue de su voluntad. Tras la reforma del D.L. N°1384, la legislación civil sólo ha mantenido en el Art.43 un tipo de incapacidad total que es la del menor de 16 años. Partiendo de la premisa de la inmadurez, de la falta de discernimiento y falta de claridad de su voluntad, sobre la base cronológica de la edad, se le niega total y absolutamente la posibilidad de ejercer por se sus derechos civiles (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.850).

La edad de dieciséis años se ha establecido como un punto arbitrario de corte para ser considerado jurídicamente completamente incapaz de obrar. Sin embargo, en base a la edad, resulta imposible determinar una diferencia entre una edad privilegiada (capaz) y una edad inferior (incapaz); entre un individuo totalmente competente, uno absolutamente incompetente y un relativamente o medio incompetente. Sin embargo, la capacidad de

ejercicio se asigna gradualmente hasta alcanzar los límites “superiores” de edad, por lo que los jóvenes de menos de 16 años son considerados incapaces totales o absolutos, salvo excepciones normativas (Torres 2018, p.303).

En esta perspectiva, Espinoza (2020) aclara que cualquier obra clásica sobre derecho de familia demostraría que en el vínculo paterno-filial predomina la idea del sometimiento total del menor al poder de los padres. En el marco del derecho moderno de autodeterminación de los menores, este dogma debe ser reexaminado. Por ello, el autor coincide con quienes piensan que, en la construcción y aplicación de los principios primordiales, la edad no puede ni debe ser un factor que categorice a los individuos en dos clases; más allá de la totalidad de edad, se es una persona plena; por debajo, se es un individuo inferior (p.1224).

Como puede verse, aunque todos los seres humanos tienen capacidad de derecho, sin embargo, no todo el conjunto posee la capacidad para ejercerlo, por lo que ambas capacidades no perennemente están presentes en el mismo individuo al mismo tiempo. Sólo los individuos que cumplen determinados requisitos naturales o legales tienen capacidad de ejercer, lo que presupone que también poseen madurez para discernir, tienen una determinada edad, un cierto nivel de salud mental y cumplen otros requisitos de ley (Arias, 1987, p.108).

También mencionar que el derecho romano reconocía la capacidad de derecho a personas como los locos, pero no podían emplearla por carecer de la capacidad intrínseca natural de discernimiento. El esclavo, por su parte, no era considerado como un individuo jurídico por tanto carecía de la condición para poseer derechos, pero sí podía llevar a cabo acciones legales porque contaba con la natural capacidad de discernir y razonar. En consecuencia, a través de la historia, la capacidad de actuar sigue la evolución de la voluntad del individuo, porque se identifica con una apreciación de la realidad natural nativa originaria de la persona, que puede presentar obstáculos que le impidan discernir, tomar decisiones, expresar su voluntad interna o expresarla de forma incuestionable, entre otras cosas (Torres, 2018, p.252).

A ello, De Castro (1985) refiere que la voluntad tiene dos aspectos: una forma interna que representa lo que el individuo conoce y desea, quiere y que requiere un examen psicológico para ser comprendido, y una forma externa que representa la voluntad manifestada en declaraciones y comportamientos y que puede comprenderse sin análisis

psicológico. Juntos, estos dos aspectos constituyen la voluntad jurídica, que es una entidad única. En el ámbito interno, se tiene conocimiento (conciencia) de lo que se realiza y se desea (voluntad) lo que se hace; en el ámbito externo, a través de la declaración, se entiende que se declara y lo que significa una manifestación (conciencia) y tal cual se quiere que suceda asimismo (voluntad); una equivocación de apreciación carece de conocimiento (conciencia); una manifestación hecha por miedo, falsea o pervierte el querer (voluntad), etc. (p. 58).

Y según Torres (2018), la codificación civil exige que el individuo sea plenamente capaz para que un acto jurídico -que se define como la expresión de la voluntad- sea válido. La existencia de una voluntad jurídica precisa la concurrencia de discernimiento, deseo y libertad (elementos internos), así como de expresión (elemento exterior), que denota manifestación y conducta (p.243). Sin una realidad fáctica que revele la voluntad que pueda incidir en la vida social, no hay acto jurídico. El acto legal es una especie del género hecho jurídico, que es la manifestación fáctica expresa de la voluntad (Betti, 1959, p.57).

Del mismo modo que la realidad natural puede coincidir o no concordar con la realidad jurídica, el mundo natural y el mundo jurídico coinciden cuando la facultad natural de discernimiento es el exclusivo componente de la premisa normativa y se asume que el menor con facultad de discernir puede recibir donativos puros y simples. Sin embargo, el mundo de lo natural y el mundo de lo jurídico no se corresponden, cuando una persona que ha sido declarada interdicto debido a una enfermedad mental recupera esa salud, pero sigue estando sujeta a restricciones en cuanto al uso que puede hacer de ella hasta que se levante oficialmente la interdicción, no hay conexión entre la realidad normal y la realidad legal (Torres, 2018, p.260).

Desde una perspectiva natural, esto demuestra cómo el reconocimiento de la persona jurídica depende del valor jurídico del individuo por el Derecho y no solo de su mera existencia. La normativa civil, de manera general y no individual, tiene en cuenta la aptitud natural de la persona, para que aun poseyendo derechos subjetivos (persona de derecho), se le permita ejercerlos por sí mismo. La capacidad nativa de poder discernir del individuo, por ejemplo, es una de estas consideraciones o razonamientos de valoración y el más importante, para obrar actos y disponer de un patrimonio (Mulanovich, 2009, p.38).

1.3.2. El Principio de Autonomía Progresiva de menores en la legislación nacional y comparada.

1.3.2.1 Modelos de Capacidad para obrar de menores de edad en la historia.

Según Ravetllat (2015) las leyes que norman la capacidad para obrar de un menor han evolucionado desde sus primeras raíces en el Derecho de roma, atravesando por la codificación y, posteriormente, hasta el empleo de un sistema inspirado en el Derecho internacional. Entre los dos modelos últimos, tradicional y convencional, que aún coexisten, el segundo modelo surgió sutilmente, pero con bastante fuerza promovido por la CDN, que suele calificarse de convencional en referencia al instrumento internacional en el que se basa. El primer modelo se retiró claramente y está representado por el sistema decimonónico o codificado (p.17).

A) Modelo decimonónico tradicional

La norma imperante en materia de capacidad ha sido la incapacidad del menor desde la codificación del Derecho Civil en la época napoleónica y hasta los últimos códigos del siglo XX. Asumiendo como punto de inicio la incapacidad del menor, se estima que todo aquel que no ha cumplido los 18 años es incuestionablemente carente de voluntad sin oportunidad de demostrar lo contrario. Esta incapacidad general admitida como regla básica, no le permite efectuar ningún acto de vinculación jurídica social (Serrano, 2007, p.171).

Una norma jurídica que establecía la edad desde la cual una persona es valorada como menor y otra que establecía quién podía y quién no podía celebrar un contrato sirvieron de base a este sistema. Reglas normativas que, salvo algunas excepciones expresamente controladas, regían íntegramente cualquier posible vinculación jurídica en la que un menor fuera el titular. Así, el Código Napoleónico establecía en su Art. 388 la edad mínima (21 años) de los menores para contratar, así como en su Art. 1124 la incapacidad para hacerlo (Monroy, 2006, p.85).

En consecuencia, desde los tiempos antiguos hasta recientemente, el menor era considerado social y legalmente inferior a los demás individuos, con escasa o nula injerencia en la actividad jurídica, incluso en las cuestiones que le afectaban directamente. Ello se debía a un sistema legal creado y diseñado para resguardar los intereses del pater familis y no para defender el derecho de los menores (Rocha, 2015, p.50).

Este modelo conceptual se basa en el principio primordial de que el derecho a ejercer sólo deben tenerlo quienes hayan alcanzado un cierto nivel de madurez mental y experiencia vital suficiente. Aunque lo ideal sería evaluar la facultad de una persona utilizando un razonamiento subjetivo de madurez existente, según este modelo debe darse preeminencia a la seguridad legal que se deriva del razonamiento objetivo que brinda la determinación de la edad temporal del individuo (Aguilar, 1985, p.167).

De hecho, se ha sugerido que fijando una edad que marque el comienzo de la capacidad para obrar, se superan los retos de determinar en cada instante si una persona tiene o ha tenido la madurez, la capacidad mental y el desarrollo proporcional para tal acto, primando la estabilidad jurídica que pueda afectar de buena fe a otros individuos sobre la potencialidad del despliegue del derecho (De Freitas, 2002, p. 331).

Todo lo que sustenta el esquema tradicional ha conducido a una percepción equivocada del menor, mostrándolo como un individuo carente de capacidad para proteger sus intereses más fundamentales. Este modelo, si bien tiene cierto apoyo desde el punto de vista patrimonial, ha supuesto una merma de los derechos del menor en otros ámbitos, presentando al menor como incapaz total, lo que ha facilitado que a lo largo de la historia se hayan producido abusos y lesiones bajo un pretendido velo de protección (Aguilar, 1985, p.171).

Debido a los patrones mentales de los operadores legales que, en algunos casos, no han sido capaces de dejar por completo la perspectiva de la condición irregular, esta forma de pensar sigue existiendo en algunos sectores en la actualidad. Esto no es consecuencia de los ordenamientos jurídicos, puesto que en su totalidad han sido modificados para adaptarse al paradigma de cuidado integral, sino más bien resultado de los modelos mentales de los ejecutores jurídicos que, hasta la actualidad, no han sido capaces de dejar por completo la perspectiva de la condición irregular y siguen actuando de acuerdo con creencias arraigadas de que los niños que no poseen capacidad para obrar, siempre han sido tratados y pensados como objetos y no con estatus de personas de derecho, contrariamente de que sus países han suscrito la CDN y han modificado su legislación interna (Ferrajoli, 1999, p.48).

Según la doctrina del cuidado integral, tratar a los menores como individuos no racionales, lo que equivale a declararlos completa y totalmente incapacitados legalmente, es incoherente e incompatible con los hallazgos y avances de las ciencias de soporte al derecho, como la psicología, la educación y la psiquiatría, cuyos primordiales postulados

sustentan que de acuerdo a cómo el individuo crece y se desarrolla, va adquiriendo capacidad y autonomía de decisión (Castillo, 2004, p.89).

▪ ***La edad como factor concluyente en la capacidad de ejercicio***

De acuerdo con un patrón objetivo establecido por el esquema descrito anteriormente, el esquema tradicional se cimienta en la edad cronológicamente de una persona para establecer si es capaz o no de realizar actos jurídicos. Por encima de los 18 años, todos son adultos capaces, y por debajo de esta edad en conjunto son incapaces (De Cossio, 1975, p.85).

De esta forma, podemos entender que el legislador parte de la base de que la madurez del niño o joven y su discernimiento penden llanamente de un hecho totalmente involuntario como lo es su edad y que en la medida en que se acerque a los 18 años instituidos para su totalidad de edad, éste tendrá más posibilidades de ser capaz de comprender lo que se le exige para realizar el acto jurídico. Ello para evitar tener que analizar cada situación individual, la edad se convierte así en un baremo exclusivo que mide y determina el grado de desarrollo, la madurez y el discernimiento de la persona (Domínguez y Valera, 2018, p.325).

A esto Sanojo (1873) replica que la norma supone que una vez que la persona cumple los 18 años, ha desarrollado plenamente sus facultades intelectuales y es capaz de reconocer, así de un instante a otro, sus vínculos jurídicos. Esto, afirma, es tan absurdo como decir que una persona era completamente inmadura momentos antes e incluso minutos antes de su cumpleaños, lo que la incapacita para obrar por sí sola en los vínculos jurídicos(p.302).

A pesar de haber sido modificada de 21 a 18 años para atenuar su rigidez inicial, Ravetllat (2016) considera que esta fijación del momento preciso en que se alcanza la edad adulta y capaz es por definición caprichosa (p.130). En la misma línea, Valera (2016), añade que pretender someter a todos los menores a las mismas restricciones es una opción que no tiene en absoluto en cuenta la realidad; como consecuencia de esta rigidez, los modelos contemporáneos que rigen este elemento han adoptado una postura más flexible (p.8).

B) Modelo moderno convencional

Toma esta denominación por el respaldo que recibe de la CDN (1989), que al mismo tiempo de ser uno de los documentos internacionales que más ratificaciones ha cosechado por el mismo interés de los estados, recoge un giro de paradigma fundamental en el trato

de los menores y en la declaración de sus derechos esenciales, pasando de un prototipo que los creía en " posición irregular" a otro que los cobija bajo una "defensa integral", buscando modificar una realidad hartamente quebrantada (García, 1998, p.16).

Si bien es innegable que precisar mediante principios generales la facultad de los menores para desplegar sus derechos resulta un tanto problemático, por tratarse de un colectivo muy diverso debido a sus distintas edades, la Convención se centra en dos ideas: protección y autonomía. Estas ideas parecen inicialmente contrapuestas, pero cuando se aplican a cada caso individual, se unen para formar una declaración completa que es coherente con la doctrina de defensa integral que sustenta la Convención (Parra-Aranguren, 1998, p.56).

El paradigma integral de protección asevera parcialmente que la mejor forma de asegurar el fortalecimiento y respeto del conjunto de derechos del niño es que éste participe activamente en el despliegue de los mismos de acuerdo con su capacidad, desarrollo y progreso y paralelamente los demás operadores involucrados con el niño, la familia, la colectividad y el Estado, se conviertan en promovedores de esos derechos. Esta comprensión es necesaria para entender lo que se ha presentado (Piconto, 2016, p.139).

La noción de autonomía en progreso para poder ejercer derechos, según Rajmil y Llorens (2015), contiene el aspecto más acertado de la Convención en el sistema jurídico convencional, porque permite a los menores desplegar sus derechos de manera más adaptable o flexible y no sólo en función de su edad cronológica sino también de su madurez, autonomía, discernimiento y crecimiento (p.99).

Lo que reafirma Del Mazo (2014) cuando indica que, frente al sistema cerrado y rígido vigente en el derecho civil, la autonomía en progreso establece que los menores asuman, de acuerdo con su madurez, autonomía, discernimiento y desarrollo intelectual, los papeles y funciones que paulatinamente les competen (p.2).

Características del Modelo Moderno

- Lo normal es la capacidad para obrar relativa: En realidad, el principio fundamental de este tipo de capacidad consiste en sustituir la antigua norma del menor incompetente por la norma del menor capaz para obrar de acuerdo con sus propias facultades. Por tanto, el intérprete debe partir de la base de que el niño o joven puede desplegar sus derechos y honrar sus responsabilidades directamente. Para ello, el intérprete debe tener en cuenta la edad, la madurez y el interés preferente del menor o adolescente y validar la presunción de capacidad basándose en esos factores. En consecuencia, habrá situaciones en las que el legislador decidirá a priori el límite de la facultad de obrar de

la persona; no obstante, en estas situaciones, los límites deben establecerse (Raimil y Llorens, 2015, p.94).

- Es relativa, ya que la capacidad para obrar debe valorarse en cada caso concreto: El modelo se cimienta en razonamientos flexibles, lo que representa que no se puede generalizar nada a partir de él y que todo dependerá de cómo evolucionen las aptitudes personales a lo largo del tiempo, que varían de una persona a otra y de una situación a otra. En realidad, cada caso exige un análisis único, del mismo modo que fija qué es lo que más beneficia al menor en cada circunstancia, exige singularidad (Barcia, 2013, p.45).
- Hay que tener en cuenta la edad, la madurez, la capacidad de discernimiento y la vinculación o interacción jurídica a la que se aplica, porque la capacidad de despliegue es evolutiva: Aunque los intervalos de edad pueden estar predeterminados en algunas circunstancias, la edad por sí sola no define la capacidad; en cambio, debe tenerse en cuenta junto con otras consideraciones individuales, como la madurez, autonomía, discernimiento y el interés preferente, así como las particularidades de la relación jurídica. Para determinar si el niño o joven posee capacidad para obrar en el despliegue directo de sus derechos, será entonces posible reunir todos estos factores para probar una hipótesis específica (Aguilar, 1985, p.78).
- Para llegar a esta conclusión, es necesario equilibrar los intereses del niño o joven con el derecho a ser oído: En todos los vínculos jurídicos en las que interviene un niño o un adolescente, estas facultades interactúan entre sí, y debe promoverse su aplicación. Un dilema similar se plantea a la hora de valorar si un menor posee aptitud para ejercer un determinado derecho. En otras palabras, para fortalecer el paradigma de defensa integral extraído de la Convención, la capacidad, el interés preferente y la opinión del menor están vinculados.
- En la medida de lo posible, debe primar su compromiso: En caso de duda, siempre se debe optar por ejercer directamente sus derechos, lo que se traduce en su intervención en la determinación del curso de sus propias facultades y obligaciones. Como resultado, el sistema íntegro de protección de la infancia es capaz de consolidar la ciudadanía activa como objetivo. Estamos integrando la existencia de una infancia activa y participativa, enteramente en posesión de derechos subjetivos y en estado de ejercerlos progresiva o gradualmente, en un camino inacabado para reforzar su necesaria consideración como verdaderos protagonistas de sus derechos (Cuevas, 2010, p.33).

1.3.2.2 La Convención de Derechos del Niño. A lo largo de la evolución de la CDN, la idea de autonomía o capacidad en crecimiento lo impregnó todo. Según el Art. 12, todo niño tiene la capacidad de crear sus propias opiniones y la libertad de expresarlo en cualquier situación que le afecte, pero también teniendo en cuenta su edad y madurez. El Estado, los padres y otras personas encargadas del desarrollo físico, espiritual, mental, social y moral del menor se mencionan a su vez en estas leyes (Art. 6.1; 18.1; 27.1; 32.1; etc.).

En tal sentido, la reafirmación fundamental y básica de esta idea proviene del Art. 5 de la CDN, que recuerda a los padres su deber de dar a sus hijos la dirección y supervisión adecuadas para que puedan desplegar sus derechos en consonancia con el desarrollo de sus capacidades. Al exigir al Estado respetar derechos, deberes y obligaciones de los padres o de sus representantes legales de ayudar al niño a ejercer su derecho en consonancia con el progreso de sus facultades, el Art.14 reafirma este mandamiento (Famá, 2015, p.11).

La capacidad de actuar que es necesaria para ejercer derechos elementales, puede explicarse como la aptitud o voluntad de un individuo para realizar actos legales eficaces, y viene determinada por las condiciones reales de madurez, que cambian de una persona a otra y se consiguen gradualmente hasta la totalidad de edad. La edad por debajo de la totalidad no es un motivo de incapacidad, sino un factor situacional cambiante que puede afectar a la capacidad para obrar dependiendo de las circunstancias individuales subjetivas, el menor tiene una capacidad de despliegue limitada pero no es absolutamente incompetente (Sánchez, 2006, p.36).

Este principio de potestad, o la llamada autonomía, tiene importantes alcances para los derechos primordiales de los jóvenes menores porque significa una reducción gradual de la necesidad de orientación y dirección de los padres, así como del deber de contralor del Estado; esto debido a que se afirma que los menores desarrollan mayor competencia para aceptar responsabilidades en la medida en que maduran y aumenta su discernimiento para vislumbrar el alcance de sus actuaciones que involucra a sus vidas. Como se mencionó anteriormente, las capacidades progresivas de los menores se manifiestan tanto en la esfera pública como privada, lo que exige el reconocimiento y diversos niveles de compromiso por parte de sus padres u otros adultos, así como por parte del Estado.

Además, el Principio de autonomía progresiva es crucial para el equilibrio que establece la Convención entre la necesidad de protección debido a la inmadurez de los

niños y el reconocimiento de que los niños son participantes activos en sus propias existencias; la autonomía progresiva en consonancia con el crecimiento de sus facultades constituye la base de la consideración correcta del comportamiento autónomo de los niños, sin necesidad de someterlos prematuramente a todas las obligaciones que conlleva la madurez (Lansdown, 2005, p.19).

Relación con la Escuela de Protección Integral. La disciplina, que persistió hasta la conclusión del siglo XX, consideraba que los niños y los adolescentes necesitaban ser protegidos porque eran seres indefensos incapaces de valerse por sí mismos, ello porque no se les consideraba seres con derechos inherentes que pudieran ser considerados agentes de su propio crecimiento en función de su desarrollo evolutivo. Al no ser considerados como seres con derechos, esta concepción creó en la sociedad un sentimiento de compasión hacia los menores, que acarreó tapar sus necesidades, percibidas como carencias, guiados por un deber moral (Aguilar, 1996, p. 440).

La CDN, influenciada por la Escuela de Protección Integral, alteró este punto de vista, enfatizando el desarrollo integral de las destrezas de los menores para su auto suficiencia en la colectividad y reconoció su papel como personas de derecho. Como aclara el profesor Aguilar, como resultado, sus "necesidades" se transformaron en derechos. La Escuela de Protección integral se asienta en cinco postulados fundamentales: el menor es individuo activo de derecho, el menor o joven es titular de derechos determinados, las cuestiones que le conciernen deben comprender su interés preferente, el menor, niño o joven tiene derecho a formular su opinión y a intervenir en las disposiciones que le afectan, y el menor, niño o joven ejerce esos derechos de forma gradual (Aguilar, 1996, p. 449).

Correlación con el Principio de Autonomía en Progreso. En frases de Acuña (2020) la capacidad de los menores para ejercer sucesivamente sus derechos en oposición al mando de sus progenitores u otros mayores responsables de su guía y orientación se conoce como autonomía progresiva. Según su madurez y discernimiento, es probable que los menores participen dinámicamente en la actuación de sus derechos cuando se les concede autonomía en función de su edad. Sugiere que un individuo adquiere control sobre una variedad de áreas de acción conforme sus capacidades maduran en consonancia con su edad (p.134).

Según Gómez (2018) este Principio de Autonomía en Progreso, establece que no hay una edad determinada en que los menores, niños o jóvenes puedan desplegar sus derechos,

sino que se tiene en consideración su crecimiento. Los niños alcanzan la capacidad de desplegar sus derechos, deberes y obligaciones según maduran como personas. Y los mecanismos de madurez y aprendizaje que experimentan los niños según obtienen conocimientos, se desarrollan y toman conciencia de sus derechos y de las mejores formas de ejercerlos, están directamente ligados a este crecimiento (p.118).

Como hemos examinado, los menores son personas que penden de otras personas porque la norma les niega toda la autonomía que necesitan para ejercitar sus derechos y responsabilidades. Por ello, normalmente necesitan que sus padres o tutores legales actúen en su nombre. Ser niño no indica necesariamente ser un individuo menos maduro, y esta etapa no es un período de crecimiento que únicamente transporta a la edad adulta, según se entiende ahora universalmente, tanto la niñez como la juventud son etapas cruciales del desarrollo. Así pues, es posible pensar en la infancia como una etapa de desarrollo y autonomía personal, social y jurídica efectiva (Bruñol, 1999, p.19).

Como resultado de este nuevo punto de vista, la Convención fue reconocida como una innovación de la doctrina en el ámbito de la capacidad. Pues modificó el enfoque jurídico de la infancia frente a las políticas de adaptación, que antes presentaban a los niños como meros consumidores de servicios públicos o privados, beneficiarios de la protección del Estado y de la sociedad o como objetos de esa protección (Bruñol, 1999, p.21).

Si la escuela de situación irregular, que sustenta que los menores tienen una personalidad defectuosa e incompleta, funcionaba como fundamento primordial para tener poder total y discreción sobre sus vidas. Al mismo tiempo de los derechos singulares que se derivan de su condición de niño en etapa de desarrollo, la filosofía de la defensa integral reconoce al niño como dueño, titular y propietario de derechos y cualidades fundamentales que le son exclusivos por su naturaleza humana (Bruñol, 1999, p.19).

En conclusión, la Convención tuvo en cuenta tanto los mencionados derechos humanos de los menores, niños y jóvenes como la posibilidad de hacerlos valer a través de una novedosa idea de independencia conocida como autonomía en progreso. La cual alude a una independencia y autodeterminación paulatina en el despliegue de los derechos, acorde al período de desarrollo del niño, y no solo a un despliegue gradual de los derechos (el derecho a la existencia, por decir, no puede desplegarse progresivamente) (Magistris, 2015).

Según esta perspectiva, los derechos de los niños se reconocen plenamente como propios y tienen libertad para ejercerlos según como se desarrollan sus facultades, esto sugiere que, a medida que el niño crece, aumenta su grado de independencia y

autodeterminación respecto su vida, disminuye la potestad de la colectividad adulta para imponer disposiciones autoritarias. La creación de un individuo de derecho particular con protección suprallegal o adicional, se produce cuando se añaden garantías extras a las que se aplican a todos los individuos (Bruñol, 1999, p.19).

Esta nueva idea de autonomía se incluye en algunas disposiciones de la CDN, sobre todo en los artículos 5 y 12.

Según el artículo 5, en la medida en que ello sea compatible con el desarrollo de las facultades del niño, los Estados intervinientes respetarán responsabilidades, deberes de los progenitores y sus derechos o, en su defecto, de los integrantes de la familia extendida o de la colectividad, según instituya la costumbre particular, de los tutores u otros individuos encargados reglamentariamente del niño de darle dirección y consejo pertinentes para que despliegue los derechos advertidos en la moderna Convención.

Peña (2018) explica que lo que sigue expresa sucintamente los puntos generales de la disposición transcrita: el reconocimiento de la legítima intervención de los padres en el desarrollo y la instrucción de sus hijos; la afirmación de que los niños ejercen sus derechos por sí mismos; y la resolución de lo que a primera vista parece ser un conflicto entre las dos primeras de estas dos concepciones es posible gracias a la introducción de la idea de que un niño podría llegar a desplegar sus derechos con mayor autonomía.

El Art. 12, por otro lado, establece: 1. Las partes aseguran que un menor con edad suficiente para efectuar decisiones por sí mismo tiene libertad para expresar sus opiniones en cualquier situación que le afecte, teniendo en cuenta las valoraciones del menor en concierto con su edad y madurez. 2. El niño debe tener la opción de ser oído en cualquier proceso legal o administrativo que le afecte, bien sea personalmente o a través de un representante u otra autoridad competente, de acuerdo con las leyes procesales de su país.

Según nuestra valoración, el análisis integrado de los dos artículos contiene tres dimensiones cruciales: Tomando el principio de no intervención caprichosa en los problemas familiares, el Estado corresponde respetar en primer lugar los deberes, derechos, deberes y obligaciones de los padres; el despliegue de los derechos del menor es gradual a medida que éste madura y desarrolla sus capacidades, lo que constituye el punto más importante; en tercer lugar, es competencia de los padres o cuidadores proporcionar al niño la guía y dirección necesarias para que este pueda desplegar los derechos recogidos en esta convención.

1.3.2.3 Teorías de soporte de la Psicología Evolutiva. El criterio de autonomía y discernimiento se enreda entre conceptos jurídicos abstractos o indeterminados. Por lo tanto, es necesario precisar qué significa esta capacidad natural. Esta capacidad nativa está estrechamente conexas con una proporción de los derechos asentada en el incremento de la madurez o la evolución de facultades del sujeto. Por lo tanto, es importante definir o establecer lo que representa este crecimiento de las facultades o avance psico-físico del sujeto. Para ello, el discurso jurídico no es suficiente y es necesario que se recurra a estudios como los de la psicología evolutiva (Lloveras y Salomón, 2009, p.417).

Para interpretar el concepto de madurez con el de evolución de facultades, existen dos perspectivas teóricas opuestas sobre el desarrollo infantil. Según *las teorías tradicionales*, crecer implica una transformación en el niño que atraviesa por varios períodos de crecimiento físico (cuerpo), intelectual (mente y psique) y espiritual, que se fragmenta en seis periodos. Pero es a partir de la adolescencia, que el niño desarrolla un nivel formal de funcionamiento que le permite obrar no sólo en el nivel de lo real e inmediato del cosmos, sino también en el nivel de lo teórico, de lo viable, de las ideas y suposiciones, lo que le confiere la capacidad de criterio independiente, razón, juicio, discernimiento, etc., propia del pensamiento reflexivo y completo (Piaget, 1991, p.11).

Esta teoría tradicional esboza el modelo conceptual del desarrollo y la madurez humanos. Parte del supuesto de que los niños dependen de un orden natural y de que unas normas regirán su crecimiento hasta la edad mayor. Esta teoría presenta el desarrollo de la infancia como una secuencia lineal, sucesiva y prescriptiva. Ignora el papel del contexto económico, cultural, familiar y social en el incremento de las potestades del niño (Qvortrup, 2005, p. 49).

Las teorías tradicionales, por su parte, son cuestionadas por *las teorías culturales*, ya que sostienen que los resultados de la primera se basan en estudios que sólo se realizaron en Europa y Estados Unidos, donde se observó a los niños aislados de otros adultos y en un número limitado de experiencias. Y dado que ignoran la trascendencia del entorno y del desarrollo como consecuencia de factores pecuniarios, colectivos, educativos y circunstanciales del contexto, especialmente vinculados con las prácticas formativas en las que se desarrolla su existencia, no consiguen reflejar la complejidad de los factores que influyen en la facultad de los menores, niños y jóvenes para alcanzar competencias (Super & Harkness, 1982, p.170).

Así, según la investigación sobre el desarrollo de las facultades intelectuales y la *Tesis de las Fases del Crecimiento Sicosocial* del Dr. Erikson, los niños de tres años ya tienen cierto grado de autonomía debido al desarrollo de sus habilidades verbales y locomotoras, así como a su deseo de aprender, comprender y efectuar decisiones en términos de su autonomía e independencia física, cognoscente y afectuosa. Entre 6 y 12 años, el aprendizaje sistemático se produce como resultado de sus interacciones con la familia, el colegio y la sociedad. A medida que crecen, los niños empiezan a pensar de forma más lógica y desarrollan un sentido de potencial, competencia e intervención en la sociedad (Bordignon, 2005, p. 55).

Así mismo, Weithorn (1983) también señala que, aunque los niños de menos de 7 años ya tienen predilecciones e ideas sensatas de qué es lo que quieren, y se sienten atraídos a tomar parte en el proceso de ejercer decisiones de su interés, entre 7 y 9 años son competentes para efectuar decisiones plenamente lógicas empero de no tener aún la misma capacidad de comprensión y destreza que los adultos. Así, la psicología parece estar de acuerdo en que el pensamiento lógico complejo que sustenta la toma de decisiones comienza a desarrollarse entre 6 y 8 años, y que esta capacidad crece con la edad. Su capacidad de comunicación ha experimentado una evolución similar y, entre los 5 y los 7 años, muestran un habla comparable a la de los adultos (p.123).

Cabe resaltar que, los intervalos de edad sirven simplemente como medias de referencia para analizar el desarrollo de las facultades de los niños, y otras circunstancias pueden tener un impacto opuesto o contrario al de las medias de referencia en el crecimiento y la obtención de facultades y destrezas (Papalia, 2012, p.6). De esta manera, el estudio asume que el desarrollo de las facultades de una persona y, en consecuencia, su madurez y potencial innato de discernimiento, son producto tanto de variables internas de crecimiento natural como del contexto externo sociocultural, económico, ambiental e histórico.

Complementariamente, como muchos otros conceptos de la profesión jurídica, el discernimiento o madurez tampoco está definido con precisión. Normalmente se entiende que tiene que ver con la capacidad de vislumbrar las repercusiones jurídicas de los actos legales que se realiza y el deseo de que esto se materialice de esa manera. También tiene que ver con la capacidad de distinguir entre lo que es legalmente lícito y lo que no lo es, así como con la capacidad de crear abstracciones. Según el glosario del idioma español,

significa separar un objeto de otro y destacar sus diferencias. Además, por su raíz etimológica latina, *cernire*, está relacionado con el proceso agrícola de cribar, separar o filtrar (Rabinovich-Berkman, 2000, p.409).

Para Cifuentes (1990) tener la madurez mental e intelectual para razonar, entender y evaluar el acto y sus repercusiones es lo que se define como *discernimiento* (p.203). Otro ámbito significativo lo encontramos en el Real Precepto 1971/1999 del Reino de España, de 23 de diciembre de 1999, que establece que la dificultad de la persona para poder discernir se entiende como la facultad mental e intelectual bastante menor a la media social y cultural de personas de la misma edad, del grupo de procedencia u origen, etc. que imposibilita al individuo adaptarse a los quehaceres de la rutina cotidiana del entorno y desarrollo autónomo en la comunidad (Llorens, 2007, p.11).

1.3.3. La Capacidad Natural de menores en la legislación nacional y comparada.

1.3.3.1 La Capacidad Nativa y la Autonomía de Menores. La norma civil italiana contempla esta facultad como una parte de la capacidad para obrar y utiliza este criterio, que se compone de la aptitud para desear y comprender (aptitud de discernimiento), como herramienta para dar valor a las actuaciones jurídicas de las personas de derecho, verificando así el juzgador en cada caso en concordancia con el acto realizado cuando debe aplicar esta facultad natural como juicio o criterio alternativo a la capacidad para obrar, por ejemplo, por falta de edad suficiente (18 años) del individuo (Bigliuzzi, et al., 1992, p.102).

La capacidad nativa de discernimiento, por su parte, es la capacidad que ostenta todo individuo con facultad para obrar prudentemente, sin que se lo impidan su juventud, enfermedad cerebral, flaqueza espiritual, embriaguez o cualquier otro factor análogo, según el Art.16 del Derecho civil suizo. Esta definición también se aplica como añadido del principio de no separación (disociación) entre la titularidad y el despliegue de los propios privilegios y las libertades elementales. Por último, sirve de parámetro alternativo que sustenta el razonamiento de capacidad para obrar en situaciones de vacío o silencio normativo, a la hora de decidir si un acto legal es inválido o válido dentro de los límites de las mencionadas libertades (Bigliuzzi, et al., 1992, p.107).

Un individuo que ha conseguido un cierto nivel de desarrollo cerebral, según Torres (2018), tiene la capacidad de querer libremente y comprender el contenido de sus actos y sus alcances porque es capaz de diferenciar entre lo bueno y el mal, lo permitido (lícito) y

lo prohibido (ilícito), lo beneficioso y lo perjudicial y, en consecuencia, tiene control sobre su voluntad y sus conclusiones (p.293).

Según Espinoza (2012) es importante recordar al desplegar actuaciones legales de carácter existencial, además de los derechos que se pueden adquirir, también se consigue ser sujeto de deberes y de obligaciones. En el caso particular de la persona física individual, la libertad conectada a la responsabilidad es importante, y en esta perspectiva, la figura del discernimiento es un supuesto esencial para su despliegue, como una forma de salvaguardar a aquellos que no están en posición de ejercer sus derechos por no entender el alcance positivo o negativo de las acciones a realizar (p.885).

Un individuo que ha alcanzado el estadio de desarrollo psíquico y físico en el que es posible distinguir entre correcto e incorrecto, legal e ilegal, y lo perjudicial y lo beneficioso para sus intereses, está dotado de una capacidad propia de discernimiento y tiene la aptitud necesaria y adecuada para poder asumir un comportamiento comprensivo, racional y valorativo ante una acción concreta de vinculación social y decidir lo mejor de acuerdo con lo que entiende y desea para sus propios intereses. No puede existir una verdadera voluntad de derecho sin esta capacidad de juicio inherente al ser humano (Código Civil, 1984, Art.219.2).

Según Savigny (1879) las tres fases reconocidas de la vida de una persona -que luego se dividieron legalmente en cuatro- eran las siguientes en la antigua Roma: Infantes menores de siete años; los niños mayores, hasta 12 o 14 años, según el sexo (impúberes), que ya podían efectuar actos jurídicos significativos o de extrema importancia, como un contrato de compraventa o de mancipación, con el consentimiento del tutor; adultos adolescentes hasta los 25 años (púberes); y adultos mayores de 25 años, que tenían plena capacidad (p.162).

A este respecto, Busnelli (1982) sustenta que cualquier documento convencional de derecho de familia bastará para demostrar que los niños y los adolescentes están completamente subordinados a la autoridad de sus padres en las vinculaciones entre éstos y sus vástagos. Y esta doctrina debe ser reexaminada en concordancia con los derechos de los menores a la autodeterminación (p.58).

Stantione (1975) coincide en que la edad no debería ser un factor utilizado para clasificar a los individuos en dos grupos: los mayores de edad como individuos completos, mientras que los menores de edad como individuos incompletos. Esto especialmente en los

Estados constitucionales donde se promueve y defienden los principios fundamentales (p.316).

Según Busnelli (1993) la madurez de decisión de la persona o individuo, o, en otras palabras, su inherente habilidad o capacidad de discernimiento independientemente de la edad, debe ser tomada en consideración para evaluar las decisiones existenciales del niño o adolescente. Es importante entender el nexo paterno-filial como un engranaje conciliador coetánea, de apoyo, formativa y educativa y sólo cuando no se demuestre suficiente discernimiento o madurez, se podrá adoptar una medida representativa para garantizar la seguridad de la persona (p.59).

Bussani et al. (1990) señala que cuando se utiliza el término "menor" como categoría abstracta, es fácil olvidar que esta categoría se desarrolla en etapas progresivas para su madurez, destacando tres fases: los niños tiernos hasta los 7 años, los infantes entre los 7 y los 14 años, y los menores cercanos a la edad del adulto mayores de 14 años. A medida que los menores se allegan a la edad del adulto, que ronda los 18 años, esta división se considera más o menos accesible (pp.778-780).

A este respecto, Koslov (1996) sustenta que el Código Civil ruso de 1994 sirve de ilustración adecuada de la legislación, dividiendo a los individuos según su capacidad en cuatro categorías: los que tienen capacidad de despliegue activa o plena, los que tienen capacidad de despliegue activa o no plena, los que tienen capacidad de despliegue activa o restringida y, por último, los que han sido declarados por un tribunal jurisdiccional carentes de capacidad de despliegue (activa), es decir, los que no poseen de discernimiento. Los menores de seis años, los menores entre seis y catorce años y los de más de catorce años hasta los dieciocho años están incluidos en los individuos con capacidad inferior a la plena (p.7).

Según este punto de vista, es más lógico y acertado plantear la cuestión de la capacidad de los menores desde la perspectiva del nivel de progreso de su facultad nativa, es decir, desde el nivel de potestad natural que tiene para distinguir entre las acciones ilícitas y acciones lícitas de contenido personal y actos de contenido extrapatrimonial. La actitud de los padres debe estar en consonancia con lo que se observa en los hijos, de forma unificada, paralela y coherente con los deseos de los hijos. Los padres tendrían que obrar de acuerdo con su potestad legal a través de la representación si el niño o joven carece de

facultad de comprender y querer, sin dejar por ello de prestar protección y cuidado al menor (Busnelli, 1993, p.70).

En esta perspectiva, Espinoza (2020) advierte que cualquier obra clásica sobre derecho de familia demostraría que el vínculo paterno-filial está dominado por la idea de la completa sumisión del menor a la potestad de los padres. En el marco del derecho de autodeterminación de los menores, este dogma debe ser reexaminado. Así, coincide con quienes piensan que, en la construcción y aplicación de los principios esenciales, la edad no puede ni debe ser un factor que categorice a los individuos en dos clases; por encima de la totalidad de edad, se es una persona plena; por debajo, se es una persona incompleta (p.1224).

Por ello, una parte importante de la escuela nacional sustenta que cuando falta capacidad nativa o de discernimiento, no hay manifestación real de voluntad. Esto es así no sólo porque el declarante carece de ella, sino también porque la ausencia de la capacidad o discernimiento implica que el declarante desconoce la trascendencia declarativa de la gestión o conducta que expresa o manifiesta la voluntad (Taboada, 2002).

1.3.3.2 Capacidad nativa de discernimiento y la modificación del Código Civil.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la capacidad de discernir es una aptitud que nos permite distinguir entre las cosas y señalar esas diferencias a la hora de efectuar decisiones. Esta capacidad requiere un cierto nivel de desarrollo mental, que se alcanza gradualmente a medida que la persona se desarrolla y crece. Según Teixeira (1952), el conocimiento proporciona a la voluntad la motivación y los recursos que necesita para considerar y decidir en torno lo que entiende y desea para sí misma. En consecuencia, el discernimiento - unido a la pretensión y la libertad- es un componente estructural de la formación interior de la voluntad y de su manifestación exterior (Maymark, 1947, p.217).

La capacidad natural, a menudo denominada capacidad de entendimiento, volición o discernimiento, es uno de los factores conceptuales manejados por la norma civil italiana para determinar la legitimidad de las acciones realizadas por los individuos ante la ley. Es fundamental tenerlo en cuenta. La capacidad nativa se considera una figura al interior de la facultad para obrar, que es el género, que el tribunal debe valorar individualmente en concordancia con el acto concreto realizado por el individuo (Bigliuzzi et al., 1992, p.102).

En consecuencia, este tipo de facultad funciona brillantemente como suplente de la edad, como un estado o como requisito previo a adquirir la capacidad para obrar . Hay

quien considera que la capacidad nativa es juicio único y suficiente para determinar la validez del acto producto de estas facultades en ausencia de regulación normativa, como nexo de unificación entre posesión o titularidad de un derecho y el despliegue de estos, entre el disfrute y la puesta en acción de derechos subjetivos (Espinoza, 2012, p.883).

El planteamiento conceptual en cuestiones de capacidad ha sufrido importantes alteraciones con amplias implicaciones como consecuencia de la revisión del código civil operada por el D.L. N°1384 el 2018, con el que se modifica la Capacidad Jurídica de los individuos con discapacidad, y a partir de lo cual la frase "Capacidad legal o jurídica" se conceptualiza ahora como una categoría genérica que contiene "capacidad de derecho o disfrute" y "capacidad para obrar o de actuación" como subcategorías o dimensiones. Una de estas modificaciones del decreto legislativo justamente afecta el Art.3, materia de análisis (Santillán, 2020, p.230).

Anteriormente el concepto asignaba la misma designación a la capacidad jurídica que a la capacidad de disfrute, hasta esta modificación de la legislación nacional. Sin embargo, si realizamos un rápido examen, nos encontramos con que tanto la capacidad de disfrute como la capacidad para obrar son fundamentalmente jurídicas, por la misma razón que es el derecho positivizado el que reconoce y otorga al individuo la capacidad de ser poseedor, titular, dueño de derechos, deberes y obligaciones y de llevarlos a cabo, reconocimiento dado en una estructura normativa predeterminada, con facultades y restricciones. Desde esta perspectiva, tiene sentido lógico y exacto que el término "capacidad jurídica" incluya igualmente la capacidad de disfrutar como la capacidad de ejercer derechos (Torres, 2019, p.134).

En cuanto a la denominación, hay que subrayar que "Capacidad Legal" es la expresión propia que debería haberse utilizado en la reforma, según la opinión de un amplio sector de doctrinarios. Dado que se trata de la traducción de "legal capacity", que es el término de su origen convencional y con ello evitaba equívocos con la idea anterior del significado, puesto que la doctrina asociaba la denominación de capacidad jurídica con la capacidad de disfrute en referencia a la titularidad o potestad de derechos y responsabilidades (De Salas, 2018, p.4).

La citada reforma se centra en separar los términos "discapacidad" e "incapacidad", clarificando en los Art.3 y 42 que tener una discapacidad de cualquier tipo, ya sea sensorial, física o síquica, no implica carencia de facultad para obrar ni convierte a una

persona como incapaz, otorgando a todos los discapacitados, sin excepción, la entera capacidad para desplegar sus derechos en equivalencia de condiciones que el resto de individuos, siempre que cuenten con la edad de la adultez (Santillán, 2020, p.89).

La reforma con el fin de alcanzar este noble objetivo y porque este propósito entraba en conflicto con algunas de las normas nacionales actualmente vigentes, deroga entre otros, los apartados 2 y 3 del Art. 44, que normaban la incapacidad total derivada de una discapacidad síquica y la afectación de la facultad de entender y desear, es decir, de discernir y la soberanía para gobernarse a sí mismo. En consecuencia, si bien la reforma logra sus objetivos, lo hace eliminando del sistema civil nacional un grupo de reglas en cuestiones fundamentales para la validez del asentimiento y la voluntad, que deben ser inmediatamente regulados para que los derechos puedan ser efectivamente ejercidos (Contreras, 2015, p.235).

Debido a los defectos, contradicciones y falta de sistematización en los ajustes realizados que causan confusión, esto ha generado gran controversia jurídica, lo que ha conducido a teóricos como Espinoza (2018) estimar a la modificación como *“no consulto, acelerado, con vacíos y contrasentidos, propio de un mal sueño”* (p.25). Por otro aspecto, ha sido reprochado como: *“un falseamiento de la figura de la capacidad dentro de la regulación civil, igualmente de apresurada”* (Cieza y Olavarría, 2018, p.52); o *“sin justificación conceptual”* (Palacios, 2018, p.123); *“un desatino, defectuoso e inquietante”* (Castillo y Chipana, 2018, pp.45 y 50); *“un galardón al desconcierto, endeble e inorgánica”* (Vega, 2018, p.42); etc. En otras palabras, una especie de Frankenstein legal, resultado de un exceso del ejecutivo en las prerrogativas que le fueron otorgadas.

Cieza y Olivarrá (2018), afirman que la reforma ha ido contra lo natural al pretender modificar la realidad sin apoyo alguno en el derecho comparado o las ciencias auxiliares, puesto que califica de completamente capaz a alguien con escasa o nula aptitud de discernimiento (p.56). Es difícil sino imposible que alguien que no posee discernimiento sea capaz de obrar de forma independiente y realizar actividades legalmente válidas, pero según la nueva reforma, aún quienes carecen de discernimiento tienen ahora plena capacidad para celebrar contratos (Castillo y Chipana, 2018, pp.48-50).

Por otra parte, la finalidad de los apoyos es ayudar al individuo discapacitado a tomar y expresar decisiones de forma que se respeten y sean coherentes con su voluntad y sus deseos, pero la función de los apoyos sería fútil si se trata de sustituir la voluntad de

alguien que, debido a una enfermedad o degradación mental grave, carece por completo de la facultad de comprender y querer, o de percibir; una persona que en concreto lo que precisa es un apoderado para proteger el correcto despliegue de sus básicos derechos (Cárdenas y Della Rosa, 2018, p.112).

Y es que, como argumenta Verdera (2019), es fundamental darse cuenta de que, aunque una persona no posea la capacidad nativa para entender y querer, independientemente de su grado de discernimiento, sigue teniendo plena capacidad legal para disfrutar porque ésta es inherente e ineludible al ser humano por consiguiente no está supeditado a restricción o discriminación. En cambio, el despliegue de este derecho pudiera estar limitado, pero por razones de estabilidad jurídica y no por su misma discapacidad o condición natural (p.204). En esta perspectiva, es importante recordar que la capacidad nativa de entendimiento, voluntad y discernimiento de una persona está indisolublemente unida a su capacidad de despliegue de derechos, requisito para la validación de sus actos y la expresión de su voluntad.

Todo ser humano tiene la capacidad de disfrute pase lo que pase en cualquier situación o circunstancia. Sin embargo, la capacidad de despliegue de ejercicio se desarrolla con el tiempo y puede verse limitada por factores como la edad, la salud mental y las condiciones que rodean el crecimiento de la facultad innata de discernimiento de cada individuo. En esta dirección, no es suficiente con tener una personalidad física para ser técnicamente capaz de desear o querer, es esencial que el individuo haya alcanzado un determinado nivel de crecimiento físico o intelectual y que nadie perturbe sus condiciones como persona, especialmente las síquicas (Stolfi, 1959, p. 21).

Así mismo, Fernández (2016) refiere que el término "incapaz" utilizado en la ley se aplica en el derecho a los individuos que no pueden ejercer parte o la totalidad de sus derechos por sí mismas y deben hacerlo a través de un representante para defender sus intereses o un interés social en peligro, pero no existe para el derecho persona incapaz como tal (p.285). Y en el mismo sentido, Santillán (2014), sustenta la premisa que la incapacidad para obrar trata de garantizar que el ordenamiento jurídico defienda a aquellos individuos que puedan verse perjudicadas en sus relaciones jurídicas por falta, desarrollo inadecuado o anulación de su capacidad de discernimiento (p. 657).

La legislación civil peruana distingue entre tres categorías de capacidad de despliegue de derechos: la capacidad de despliegue plena, que se aplica a los individuos mayores de

18 que se consideran suficientemente maduras para ejercer y aceptar sus propias acciones y que, en circunstancias excepcionales, incluye a los menores definidos en el Art.46; luego, la capacidad de actuación restringida, que se aplica a los individuos con edades alcanzadas entre 16 y 18, más los individuos que se aplica el Art.44; y la incapacidad total, que se aplica a los individuos de menos de 16 años, pero a las que, no obstante, la legislación civil y el CNA sí autorizan a llevar a cabo acciones legales específicas, sobre el fundamento de su madurez anticipada y el aumento de su capacidad inherente y natural para discernir (Art.46, Art.378, Art.455, Art.457, Art.458, Art.530, Art.558, Art.646, Art.1358 (derogado), etc. del CC.) (Cárdenas y Della Rossa 2018, p.101).

En cuanto al abolido Art.1358 Torres (2018) afirma que tales actos estaban comprendidos en el referenciado artículo porque son realizados habitualmente por menores con capacidad de discernir por sí mismos, sin que nadie cuestione su capacidad para comprender la naturaleza y los alcances de sus actos o la libre expresión de su voluntad que los vincula (p.295).

Como vemos, la capacidad nativa de la persona, de acuerdo con la doctrina y lo establecido en la norma civil, tiene mucho que ver con la capacidad para obrar, de efectuar decisiones beneficiosas, correctas y discriminar entre lo que es bueno y lo que es malo. Es una habilidad que una persona adquiere gradualmente a medida que madura y acrecienta su autonomía, junto con su crecimiento corporal, psicológico y mental; y al igual que se desarrolla paulatinamente durante la niñez y la adolescencia conforme evoluciona, puede retraerse en el caso de los individuos adultos muy mayores, con la involución natural del individuo.

La teoría sustenta que todas las disposiciones que utilizan la palabra "incapacidad" en la norma civil han sido eliminadas como resultado de la reforma, que pretende dotar a los individuos con discapacidad de plena capacidad. Sin embargo, se mantiene inexplicablemente en el artículo 43 la incompetencia absoluta de las personas de menos de 16 años, cuyos actos debieran ser considerarse carentes de valor, ya que no puede reconocerse la expresión de la voluntad en ausencia de madurez, autonomía y discernimiento. Pero como hemos visto y veremos con más detalle, a la vez también regula y valida algunas actividades legales realizadas por menores de edad con el fin de imputarles responsabilidad y capacidad de actuación.

1.3.3.3 La Capacidad nativa de los menores en la norma civil. Espinoza (2012) nos dice que la capacidad del humano para resolver libremente y dirigir su conducta de acuerdo con sus deseos, conocida como voluntad, consta de dos partes: la volitiva, que comprende la concreción de dicha resolución, y el discernimiento, que es la facultad de comprender y entender. Esta facultad originaria o nativa de discernimiento permite a una persona decidir si hacer o no hacer algo y comprender si esa acción es buena, lícita, beneficiosa, o mala, ilícita o perjudicial. Una persona que carece de discernimiento es incapaz de ejercer su voluntad genuina, lo que significa que sus actividades no están sujetas al juicio subjetivo y por tanto no están amparadas por el ordenamiento jurídico (p.1257).

Espinoza (2012) también hace la legítima observación de que todo especialista jurídico debe incluir el discernimiento del individuo a la hora de determinar la validación de los actos realizados y de la responsabilidad civil (p.942). Al comparar la dualidad entre capacidad de disfrute y capacidad de despliegue de derechos en cuestiones jurídicas esenciales, el código civil ilustra la preeminencia de la capacidad nativa de discernimiento (Espinoza, 2012, p.932).

La doctrina nacional también define el discernimiento como la facultad de una persona para reconocer entre el bien y el mal, así como el incremento de la lógica y la destreza para tratar situaciones y vinculaciones sociales complejas que existen fuera del propio mundo utilizando ideas propias y un sentido de precaución y proyección de futuro (Rubio, 1992, p.156).

Los menores estimados incapaces absolutos (artículo 43) o con capacidad de despliegue restringida (artículo 44) están sujetos a limitaciones de responsabilidad en virtud del derecho civil debido a su falta o inadecuada madurez como consecuencia de su poca edad; hasta que el desarrollo progresivo de su cerebro les permita obtener la información necesaria para una vida de interacciones sociales y el individuo sea capaz de arrogarse la responsabilidad de sus actos, condición que la edad de la adultez (18 años) determina y subordina, según la norma civil (LLambías, 1986, p.441).

Sin embargo, si tomamos en serio el Art.378 párrafo 4 del Código Civil, sobre adopción, se cree que esta facultad natural, el discernimiento, se puede ver a partir de alrededor de los 10 años, comenzando un proceso de desarrollo continuo que se consolida a los 14 años, pero que a su vez varía para cada ser humano individual de acuerdo con la

experiencia en el tenor de su avance y desarrollo, dejando el análisis de cada caso único al razonamiento del juzgador (Rubio, 1992, p.158).

Así mismo, al discernimiento lo podemos ver en el Art.455 de la normativa civil que prescribe que los menores, niños y jóvenes pueden aceptar, tomar o desistir bienes patrimoniales por herencia, donación o legado, sin tener en cuenta su edad, pero sólo si tienen capacidad nativa para reconocer lo que es útil o perjudicial; además, son libres de desplegar sus derechos rigurosamente personales, o aquellos derechos concernientes con su condición de individuo de derecho. Por ejemplo, el Art.393 del Código Civil permite a un menor de 14 años reconocer a un hijo fuera del matrimonio, sin intervención de los tutores (Varsi, 2020, p.129).

Asimismo, el Art.456 del CC establece que, sin menoscabo de lo señalado en el Art.1358, el menor podrá contraer obligaciones o desistir a derechos a los 16 años con la anuencia o ratificación de sus padres. Este concepto se examina en consonancia con el Art.65 de la CNA sobre la teoría de la capacidad legal del menor para celebrar contratos relacionados con su actividad económica o laboral y se interpreta como una forma de adquisición de la capacidad (Varsi-Rospigliosi E. , 2020, p.130).

El Art.457 del CC es otra disposición que concede al menor el control total sobre las cuestiones de su propio patrimonio o peculio en función de su capacidad de juicio, permite a los menores que cuenten con permiso paterno dedicarse a una profesión, oficio u otra actividad. Asimismo, realizar cuantas actuaciones judiciales o administrativas sean precisas para la vigilancia y administración de su patrimonio; que, en concordancia con el CNA, se puede observar que las circunstancias, edades y tipos de trabajo permitidos varían en base de la edad, autonomía y madurez del individuo, que oscila entre los 12 y los 16 años (Varsi, 2020, p.130).

En el caso de la indemnización por daños y perjuicios, el discernimiento es crucial porque no sólo identifica al autor directo, sino además la competencia de responsabilidad con otras partes. En esta perspectiva, la situación de incapacidad no es crucial a la hora de fijar la responsabilidad del autor directo, sino a la hora de determinar si el perjudicado tiene enfrente a otra parte a la que demandar por daños y perjuicios (De Trazegnies, 1988, p.392).

Trazegnies (1988), distingue entre la fórmula francesa, que protege a la víctima del perjuicio haciendo responsable al menor sin capacidad nativa ante sus actividades ilícitas y

la asignación de la misma responsabilidad en el sistema italiano en que la capacidad de querer y comprender, o discernimiento, es un requisito previo (p.151). En esta situación, el artículo 458 del código civil nacional responde a las normas distributivas de la culpabilidad civil y les atribuye explícitamente la responsabilidad por los actos ilícitos de los menores (Perlingieri, 1991, p.92).

Se entiende así esto porque la responsabilidad civil implica la combinación de dos factores: una medida objetiva del daño causado a los intereses de otras personas y una medida subjetiva que sugiere la imputación de responsabilidad a la persona que lo ocasiona. Según esta corriente de pensamiento, el legislador partió de la base de que, para imputar responsabilidad a alguien, éste debe poseer la libertad -que involucra capacidad de discernimiento- necesaria para aceptar y asumir ante las secuelas de sus propias acciones (Espinoza, 2012, p.935).

Un joven que, con su oficio, paga su educación superior de inglés o informática y desea adquirir un ordenador portátil multimedia es un ejemplo de argumento esgrimido por Torres (2028) sobre la capacidad inherente de discernimiento de los menores. Sin duda, la ley debería proteger a este joven, ya que este acto es una necesidad habitual para él en su existencia cotidiana, sobre ello también merece estímulo y reconocimiento por los esfuerzos que hace para sobresalir y convertirse en una persona decente, su situación debería ser normada en ley de manera que le permita perseguir sus objetivos en la vida (p.295).

Es innegable que, debido a una serie de factores, como televisión y tecnología, los menores, niños y jóvenes de hoy maduran intelectualmente más rápido que los del pasado. Y ya no podemos afirmar que las únicas opciones de un niño son adquirir refrescos, caramelos o cualquier otra gollería, o que sólo esas opciones pueden saciar sus necesidades fundamentales. Por ejemplo, en un contrato celebrado por Internet, las partes no están en persona y no se hablan, pero el negocio se lleva a cabo.

Por lo tanto, es difícil saber si el solicitante es mayor o menor, o si está legalmente cualificado. Sin embargo, está claro que, si esta persona participa en este tipo de negociación, es porque posee el nivel de juicio necesario para formalizar un contrato. Por lo tanto, para salvaguardar la buena fe y construir procesos jurídicos más equitativos, como hacían los pretores romanos, es imperativo que se establezca la capacidad de madurez como principio director en esta esfera de la contratación (Torres, 2018, p.296).

Para garantizar la estabilidad legal y agilizar y promover las interacciones sociales con un marco legal, el ordenamiento jurídico ha decidido que la plena capacidad para obrarse obtiene con totalidad de edad. Se observa que la capacidad de despliegue no comienza al mismo tiempo que la capacidad nativa inicial que el individuo posee a menudo bastante antes de lo que ordena la ley. Por tanto, puede decirse que todo el que tiene capacidad de derecho tiene también la capacidad innata de discernir, sin embargo, no todo el que tiene la capacidad innata de discernir tiene también la capacidad para obrar . Y en esta perspectiva, la doctrina contemporánea sustenta que es esencial regular la competencia de un individuo para obrar de acuerdo con su nivel de madurez mental, concretamente con su capacidad de discernimiento, así como con la dificultad del acto jurídico que debe realizar (Nunez de Souza & Da Guía Silva, 2016, pp. 1-37).

Torres (2018) coincide, argumentando que si un menor de dieciséis años es considerado absolutamente incapaz por su inmadurez y falta de capacidad mental para comprender plenamente las consecuencias de sus actos. En esta perspectiva, el umbral de 16 años para establecer la incapacidad total para obrar se ha fijado arbitrariamente porque no tiene un fundamento en la facultad nativa, ni en el entorno real del presente, ni en los resultados de la investigación y la ciencia contemporánea. Y sin tener en cuenta el grado de madurez del individuo, su desarrollo mental y sicofísico y su capacidad inherente de querer, entender y discernir, es imposible trazar una línea clara entre quien es capaz de obrar y quien no lo es (p.303).

Es necesario reconocer gradualmente de acuerdo con el individuo y el acto legal a desplegar, su capacidad para actuar sus derechos, tal como se rige por el derecho civil, cuando, en circunstancias excepcionales, concede al menor de 10 años dar su aprobación para la adopción (Art. 378); o cuando instituye que el menor con facultad nativa puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias puras (Art. 455), etc. cuestiones en los que la facultad de discernir del individuo es estimada para realizar el acto (Torres, 2018, p.303).

La Convención sobre Derechos del menor (CDN, 1989) que declara que todos los individuos menores a 18 son estimados niños, también respalda esta posición. La noción de autonomía gradual y progresiva de los menores, niños y jóvenes en el despliegue de sus derechos también está consagrada en el artículo 2 de este acuerdo internacional, sin diferencias basadas en otra cosa que no sea su condición de niños y seres humanos o la de

sus padres o representantes. Todo niño tiene los mismos derechos, deberes y obligaciones legales que un adulto, desde el instante de la concepción hasta la edad de totalidad, según el Convenio (p.10).

Una teoría concordante que proviene del derecho comparado nos presenta Kelemejer (2001) sobre la autonomía de la voluntad, cuando se trata de la salud de una persona, y que se basa en el distinguido caso Gillick, una posición jurisprudencial por la que se sustenta que el humano toma conciencia de su organismo mucho antes del tiempo que la norma determina como la edad para la adultez, por lo que es necesario el consentimiento previo del paciente para ser intervenido si este tiene la aptitud suficiente para comprender y querer recibir el tratamiento y la inteligencia para tomar una decisión voluntaria informada (p.256).

1.3.3.4 Pretensiones para el Código Civil. Se han esbozado diversos modelos para la capacidad de los menores, que podrían resumirse de la subsiguiente forma:

a) Las leyes, en su totalidad acordes con las nociones tradicionales, establecen edades definidas a partir de las cuales se debe ejercer derechos. La uniformidad y rigidez de sus leyes producen modelos que proporcionan estabilidad jurídica, al tiempo que ignoran los principios de autonomía en progreso y no incluye las características únicas del desarrollo y la evolución en cada niño.

b) Se eliminan todos los límites de edad y cada niño es evaluado individualmente para decidir si tiene o no la madurez suficiente para participar en la toma de resoluciones. Aunque este modelo expresa la idea de autonomía en progreso y reconoce la individualidad de cada niño o adolescente, la Convención aconseja establecer restricciones legales de edad. Además, crea un entorno judicial en el que se evalúa constantemente la capacidad del niño, así como ambigüedad en el tráfico jurídico.

c) Proporciona restricciones de edad previsible que permiten a los niños hacer uso de sus derechos y comprobar que están preparados antes de llegar a la edad adulta. Este modelo incorpora los componentes antes mencionados y tiene la diferencia de proporcionar normas básicas que aportan comodidad a los adultos y atención a los niños, al tiempo que se mantiene flexible al incluir la singularidad de cada niño. Para demostrar su competencia antes de convertirse en adulto, el niño debe superar los obstáculos para alcanzar la justicia a los que se enfrenta este grupo sensible, especialmente en las esferas sociales y económicas más desfavorecidas.

d) Introduce el supuesto de la facultad del niño y sólo establece limitaciones de edad determinadas para derechos que pudieran ser quebrantados por los adultos. Este paradigma, que es mixto, establece restricciones de edad para protegerse de condiciones específicas, como el daño por autolesión, el perjuicio por razones sociales o económicas, la explotación o el abuso. Y tiene en cuenta la presunción de competencia, sin imponer restricciones de edad, cuando el despliegue de un derecho sólo afecta al niño. Sin embargo, si hacerlo supone un riesgo de perjuicio para el menor, es responsabilidad de los mayores acreditar que el niño carece de capacidad para efectuar determinadas decisiones.

Nuestro ordenamiento jurídico se regía por el paradigma de la Situación Irregular del menor, que estimaba a los menores como individuos de tutela, cuando entró en vigor la norma civil de 1984. Los niños separados de sus familias, los delincuentes juveniles y los niños con deficiencias eran estigmatizados y sometidos a prejuicios como consecuencia de esta estrategia. La adhesión a la CDN por nuestra nación ha dado lugar a un cambio drástico en la forma de percibir a los niños: han pasado de ser objetos de amparo y protección a ser estimados personas de derecho con un sentido de la autonomía en desarrollo.

En concordancia con el paradigma de la Integral la Protección, el CNA del Perú reconoce que estos poseen derecho a ser oído y a la libertad de expresar sus opiniones, teniendo presente su edad y madurez. En concordancia con la clasificación revelada, se sugiere que la norma civil adopte un régimen mixto de facultades del menor, niño y joven en el que se combinen reglas indulgentes de edad con reglas rígidas de edad, dependiendo de los derechos involucrados.

La facultad de percibir y ser juicioso de las repercusiones de un determinado asunto judicial, sin coartar la libertad del menor para que manifieste su sentir de manera razonable y autónoma, es la posición legal de madurez que el juzgador debe manejar para la valoración del derecho del niño. Por último, pero no menos importante, en función del escenario y del acto jurídico a evaluar, el juzgador debe valorar las aptitudes del menor en el contexto de variables cronológicas, psicológicas, culturales, sociales y económicas y, en caso necesario, recurrir a apoyo especializado para una evaluación multidisciplinar (Resolución Administrativa N°090-2016-CE-PJ).

1.3.4. Marco Conceptual

Personalidad Jurídica: es concedida por el derecho positivo al humano nacido ineluctable y voluntariamente para ser sujeto de vinculaciones jurídicas, esto es, de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas. Es el fundamento para el surgimiento de determinadas consecuencias jurídicas previstas por la norma en cabeza de la persona.

Subjetividad Jurídica: es la facultad de ser titular, poseedor, dueño de derechos, deberes y obligaciones en abstracto. El ordenamiento jurídico la asigna a una variedad de entidades, entre las que se incluyen las masas patrimoniales privadas que carecen temporalmente de titular, los colectivos de personas que se constituyen o no como personas jurídicas y los individuos físicos.

Personalidad: El conjunto de rasgos que destacan a una persona de las demás, es la definición sin ninguna cualificación legal. Los rasgos o atributos que diferencian a una persona de otra conforman su personalidad, que es el resultado de causas sociales y naturales.

Sujeto de Derecho: Cuando los deberes son de carácter patrimonial, la calificación como persona jurídica es la condición previa para la formación de la relación jurídica, que se considera como la conexión entre individuos a los que el ordenamiento jurídico atribuye derechos y los correlativos deberes y obligaciones. (Espinoza, 2012).

Ser humano: La persona humana es anterior a la Ley; es a la vez el principio y el fin de ésta.

Persona: La idea de persona o individuo en el derecho es una noción metajurídica, es decir, ha sido extraído de más allá del derecho. La persona es aquella a la que el derecho positivizado reconoce personalidad, siempre que reúna determinados requisitos dentro de un momento histórico y un entorno geográfico.

Objeto de Derecho: Cualquier cosa tangible o intangible que sirva de fundamento a la capacidad legal del individuo se denomina objeto de derecho.

Capacidad Jurídica: La capacidad es la facultad o aptitud que el ordenamiento jurídico atribuye o reconoce a los individuos para ser titulares poseedores de derechos, deberes y obligaciones - facultad de goce- y para el despliegue de esos derechos, deberes y obligaciones - facultad de despliegue o de obrar-.

Capacidad de Disfrute: Conocida a veces como "jurídica", "de derecho", "pasiva" o "genérica", se refiere a la capacidad o idoneidad de una persona para tener derechos y

obligaciones legales. En otros términos, la capacidad de disfrute de una persona se refiere a su aptitud para entablar relaciones jurídicas, ya sea como persona activa (titular con derechos) o pasiva (titular de responsabilidades). Es intrínseca y simplemente receptiva; no es esencial ninguna acción por parte del individuo; basta el hecho de su presencia; no se requiere su aceptación.

Capacidad de Ejercicio: La facultad de ejercer los derechos subjetivos y las obligaciones legales se entiende como capacidad para obrar o para actuar. Supone la capacidad de disfrute.

Discernimiento, la capacidad de decidir si hacer o no algo y de comprender si la acción es buena, lícita y beneficiosa, o mala, ilícita y perjudicial, se conoce como discernimiento.

Principio de Autonomía en Progreso: Es un principio fundamental que demuestra que existen otros factores a incluir a la hora de valorar el nivel de madurez de un menor, además de su edad.

Interés Superior de Niño: Los menores precisan recibir una protección especial que permita su desarrollo completo en todas las facetas de la vida, sin menoscabo de su libertad y dignidad.

Incapacidad Absoluta: Esta institución jurídica, necesaria para representar a una persona capaz, prohíbe la realización de cualquier acto jurídico.

1.3.5. Marco Normativo

1.3.5.1. Constitución Política del Perú (1993). De acuerdo con la misma obligación constitucional, se prescribe que la sociedad y el Estado ofrecerán protección adicional a los niños, adolescentes, padres y ancianos en casos de abandono, basándose en el principio de protección. Además, apoyar el matrimonio y el núcleo familiar (Art. 4°). Adicionalmente, se enfatiza la necesidad de disponer con un marco legislativo que prevea la protección, cuidado, readaptación y seguridad de quienes no puedan valerse por sí mismos debido a impedimentos físicos o mentales (Art. 7°).

1.3.5.2. Código Civil (1984). El apartado 1 del Art.43 declara que los individuos menores de 16 años son totalmente incapaces, mientras que el apartado 1ro del Art. 44 declara que los de más de 16 años y menos de 18 son medianamente incapaces, pero, no obstante, son competentes para realizar los actos que la norma juzgue necesarios. Como se ha visto, la norma civil mantiene la idea de que los menores son incapaces, tienen una

capacidad reducida para realizar específicos actos y son tratados como objetos de protección y no con estatus de personas de derecho debido a su corta edad. A pesar de haber sido derogadas expresamente por el CNA (2000), estas disposiciones siguen presentes en el código, violando la idea de que los niños ganan autonomía con el tiempo y perjudicándolos.

1.3.5.3. Convención sobre Derechos del Niño (1989). En esta perspectiva, el niño debe tener la oportunidad de ser oído en cualquier procedimiento legal, ya sea de manera directa o mediante un órgano que lo represente o autoridad idónea, en concordancia con los procesos legales establecidos por la normativa nacional. Además, establece que las Partes deben proteger la libertad de declaración del niño en relación con todos los conflictos que le conciernan. Esto habla del estatus del niño como individuo de derechos y persona digna y autónoma que va creciendo a medida que aumentan sus capacidades.

1.3.5.4. Comité de los Derechos del Niño (2016). Según la Observación General 12 (2009), principal documento interpretativo de la Convención sobre Derechos del menor, los Estados intervinientes deben garantizar que todo niño que tenga madurez suficiente para efectuar decisiones por sí mismo tenga derecho a ser escuchado. Estas disposiciones no deben considerarse limitaciones, sino más bien un mandato para que las Partes determinen la facultad del niño para desarrollar una opinión autónoma dentro de los linderos de lo factible. Por lo tanto, no pueden empezar asumiendo que un niño pequeño es incapaz de comunicar sus propias opiniones. Sin embargo, deben partir del supuesto de que el pequeño es capaz de crear sus propias opiniones y tiene la libertad de hacerlo (párr. 20).

1.3.5.5. Convención sobre Derechos para Personas en situación de Discapacidad(CDPD). Sobre la base de un examen del panorama mundial, la Convención internacional sobre los derechos de los individuos discapacitados (CDPD, 2006) promueve, protege y garantiza que los individuos Discapacitados tengan pleno acceso a sus libertades fundamentales y derechos humanos en paridad de condiciones y libres de toda forma de discriminación. De este modo, se elimina la legitimidad de la distinción binaria entre capacidad e incapacidad, que durante mucho tiempo sirvió de guía discriminatoria y despectiva para las normas nacionales.

1.3.5.6. D.L. N°1384 Reconocimiento de la Capacidad legal de sujetos con Discapacidad. A nivel nacional, el año 2018 se modificaron 67 artículos del Código Civil peruano, como resultado del D.L. N°1384, cuyo objetivo es alinearse al marco jurídico de la precedente Convención (CDP). Varios preceptos de la norma civil referidos al tema de la capacidad jurídica fueron cambiados, modificados o derogados. Cambios que, según el examen de eminentes juristas nacionales, presentan discrepancias e incoherencias estructurales, como las que afectan a la capacidad de despliegue de ejercicios y discernimiento de los menores de edad.

1.3.5.7. Código de Niños y adolescentes (CNA) Ley N°27337. Según el Art. 9, los jóvenes que todavía están formando su propia opinión tienen derecho a expresar abiertamente su parecer sobre cualquier cuestión que les perturbe y a que estas opiniones y expectativas se tengan en cuenta de forma coherente con su edad y señal de madurez. Además, el Art. 85 estipula el deber del juzgador de escuchar la perspectiva del niño y efectuar en consideración el punto de vista del adolescente.

1.3.5.8. Ley N°30466 para prevenir, castigar y eliminar la violencia hacia las mujeres y los miembros del conjunto familiar. Cuya finalidad es establecer los lineamientos y asegurar el procedimiento para la consideración preferente del interés preferente en los procesos y cuestiones en que estén involucrados los derechos de niños, menores y jóvenes, en consonancia con lo señalado en la CDN y en la Observación Genérica N°14 del Comité. En esta perspectiva, el Art. 4 de la citada ley reconoce que un niño posee derecho a expresar sus propias opiniones para los fines concedidos por la ley, lo cual es una seguridad procesal, con la consideración básica del superior interés del menor o niña.

1.3.5.9. D.L. N°1297 para la protección de menores sin cuidados familiares o en peligro de perderlos (2016). El Art. 5, inciso f, establece que las acciones del Estado deben proteger los derechos de los niños a expresarse y ser escuchados, y que todas las disposiciones deben tener presente esta perspectiva; el Art. 7 establece que antes de efectuar una decisión sobre el riesgo o la pérdida de la familia, la autoridad calificada está obligada a escuchar la opinión del niño o joven en un entorno específico y en su lengua materna. Los menores, antes de ejercer su derecho, deben recibir la orientación y la información que necesiten en un idioma que puedan comprender, de una manera práctica para ellos y adaptada a sus necesidades.

1.3.5.10. Protocolo de Colaboración Jurisdiccional del NNA, mediante la Res. Adm. N°228-2016-CE-PJ. Mediante la definición de normas para dichas audiencias, la determinación de la capacidad del menor en consonancia con su edad y madurez, y la creación de normas para el letrado, pretende garantizar que los menores, niños y jóvenes puedan ser oídos en los procedimientos jurisdiccionales que les afecten.

También recoge el derecho del menor a la intimidad y confidencia durante su intervención, así como las responsabilidades y actuaciones del juzgador, del Equipo Multidisciplinar y de los funcionarios judiciales. También se contempla el derecho del menor a la información, ya que es necesaria para que el menor pueda ejercer su derecho a ser oído (Considerando 3ro de la Res. Adm. 228-2016-CE-PJ).

1.3.5.11. Proyecto Nacional de Labor por la Infancia y Adolescencia 2012-2021 (PNAIA 2021). En el contexto de políticas públicas adoptadas por el Estado peruano para articular y coordinar las iniciativas nacionales orientadas a promover el desarrollo saludable de los menores, niños y jóvenes. Eje 1 del Proyecto Nacional para acceder a la justicia de los individuos en condiciones de vulnerabilidad: Niñas, Menores y adolescentes, es uno de los mecanismos que quiere poner en marcha para asegurar que niñas, menores obtengan derecho a ser escuchados en asuntos jurisdiccionales.

1.3.6. Legislación Comparada

De acuerdo con el Art. 26 de la norma civil y comercial de la nación **Argentina**, los menores de edad que tengan edad y madurez adecuada pueden ejercer actividades jurídicas y obtener asistencia letrada en los litigios que se susciten con sus representantes sobre sus intereses. También tienen derecho a involucrarse en las disposiciones que les conciernan y a ser oídos en los procesos que los involucren. A partir de los trece años, los individuos pueden efectuar sus propias decisiones sobre terapias que no sean invasivas ni entrañen peligros sustanciales para su vida o integridad. Además, si existe un conflicto entre sus intereses y los de sus padres en relación con procedimientos invasivos que puedan dañar la salud, la integridad o la subsistencia del menor, éste debe dar su consentimiento. Una vez que el menor cumple 16 años, se le considera adulto en lo que respecta a las decisiones que implican el bienestar de su propio cuerpo.

Según el Art. 25 del Anteproyecto la norma civil y comercial de la nación, el menor tiene competencia legal para celebrar actos o contratos de trabajo y para comparecer en juicio con relación a ellos desde los catorce (14) de edad. Además, establece en su Art. 260

que una persona actúa voluntariamente cuando lo hace en plena libertad, con facultad de raciocinio y con plena pretensión. Y en su posterior Art. 261, establece que son involuntarios por falta de discernimiento los actos realizados por personas que actúan contra su mejor juicio o por menores de trece (13) y diez (10) años (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.837).

Chile, es un Estado que ha ratificado la Convención, y ha reformado su ordenamiento jurídico para tener en cuenta el concepto de autonomía progresiva. Y como resultado de ello, el Art. 222 de la norma civil especifica que es competencia de los progenitores ayudar a sus hijos a desplegar sus derechos de forma coherente con el desarrollo de sus facultades mentales. Según el Art. 242, los jueces tienen la responsabilidad de escuchar a los menores e incluir sus puntos de vista en concordancia con su edad, madurez y discernimiento. El superior interés del menor y el derecho del mismo a ser oído están consagrados en el Art.85 de la norma que rige el casamiento civil, que también estipula que todas las decisiones que afecten a la persona o los bienes del niño deben incluir las opiniones de este conforme su edad y madurez. Además, según el Art.16 de la Ley de Cortes de Familia, el objetivo principal de estos tribunales es asegurar que todos los niños, adolescentes y menores tengan acceso completo y real a sus derechos y protecciones legales.

El Art. 104 del Código de **Alemania** considera incapaces de obrar a los menores de siete años, así como a los que tengan una alteración patológica de sus funciones intelectuales que les impida determinar libremente su voluntad, siempre que esta condición no sea temporal por naturaleza. Los actos de estas personas se consideran cometidos por personas que carecen de discernimiento, y son castigados severamente con la nulidad. El contrato será eficaz si posee las facultades necesarias, y además tiene reglas abiertas para contratar, ya que su propio consentimiento es equiparable a la ratificación del representante en ausencia de facultades limitadas para iniciar negocios jurídicos (Art. 108 Inc. 3). (Art.110).

Según el Art. 428 del Código Civil de **Italia**, los actos efectuados por individuos que carecen de capacidad mental para comprender o desear pueden ser anulables, aunque no estén individuos a una interdicción en el momento de la acción que resulte perjudicial para sus intereses, ya sea que esta desventaja se derive de la falta de discernimiento, de la mala fe de la contraparte o de cualquier otro motivo. Los actos cometidos por quienes carecieron de discernimiento en su momento pueden ser revocados.

La Normativa Orgánica de Cuidado del Menor no se promulgó en el ordenamiento jurídico de **España** hasta 1996, y en ella se recogen varios de los derechos enunciados en la Convención, además de numerosas de las disposiciones para su aplicación. Al mismo tiempo, sustituye el término de prueba por el de madurez, dándole un mayor significado y un abanico más amplio de interpretación. Especifica claramente que no puede existir discriminación en el despliegue del derecho y que se exige a las organizaciones judiciales que faciliten la intervención de los menores, determinen su grado de madurez y hagan efectivas, faciliten y canalicen sus declaraciones sin emitir juicio previo.

Se les otorga un procedimiento preferente, esto es, un procedimiento aligerado o avanzado que se llevará a cabo en concordancia con las circunstancias particulares y singulares de cada menor, en las situaciones judiciales o administrativas en las que intervengan. Dado que la ley presume que los menores de 12 años son maduros, no es imprescindible realizar una evaluación personal en estas situaciones, sino que se celebrará una audiencia lo antes posible y dentro de los parámetros del procedimiento cuando el chico sea víctima o partícipe activo de un delito.

Finalmente, el Art. 533 del Código de Quintana Roo de **México** no invalida las acciones legales emprendidas por un menor que las comprenda.

En cuanto a la norma civil peruana, el Art.42 dispone que un individuo tiene plena facultad a los 18 años, capacidad reducida sobre los 16 años e incapacidad total para menores de 16 años. Sin embargo, especifica pautas para validar las acciones de los menores, como el Art.455, que les permite aceptar donaciones, legados y herencias sin consultar a sus padres. El Art.457 que autoriza la prestación de determinados servicios, la administración de bienes y actos conexos. Para responder de conformidad con el Art. 458 de los perjuicios que puedan ocasionar. Además, los artículos 512, 513, 516, 520, 523, 748 y 2030 que reglamentan el discernimiento del menor. Y aunque el código no especifica una edad de inicio, podemos deducir del Art. 378, apartado 4, sobre la adopción, que esta facultad de discernimiento puede advertirse desde los 10 años poco más o menos.

1.3.7. Análisis Jurisprudencial

La jurisprudencia tanto nacional como internacional mostrada seguidamente tiene por propósito demostrar la importancia de la autonomía, madurez y capacidad nativa, natural u original de discernimiento del menor, que sustenta el sistema nacional y la doctrina

convencional, al tiempo de aplicar el Derecho a las vinculaciones sociales en la experiencia jurisdiccional.

Casación N°74-2018 Lima Tenencia y Custodia de Menor. Versa sobre el padre de Micaela Vera Benzaquén y Rodrigo Vera Benzaquén, Lex Rubén Vera, quien interpone demanda de guarda y custodia de sus hijos contra Sandra Hanna Benzaquén Krajnik. Fundamenta su demanda en la restricción unilateral de la relación paterno-filial por parte de la demandada, su personalidad violenta, el uso de medicación para reducir la ansiedad y el trato que dispensa a los niños, a los que grita con frecuencia y esto causa problemas a los niños que viven con los abuelos o las enfermeras y que a menudo carecen de espacio suficiente.

El A quo, que en un primer plano consideró no fundada la demanda, sostiene que la demandada sería capaz de superar las cuestiones mencionadas mediante tratamientos psiquiátricos destinados a modificar los elementos problemáticos y potenciar las capacidades maternas. Así el tribunal falla a su favor, concluyendo que no presentaba psicopatología que menoscabara su juicio o su capacidad de ejercer fuerza de voluntad. Por otro lado, según las conclusiones del equipo interdisciplinario, Rodrigo Vera Benzaquén (hijo), tiene sentimientos de afecto hacia sus dos padres. Sin embargo, debido a su edad, es más dependiente y también expresa incertidumbre por la convivencia con su padre, lo que le genera malestar emocional, pero elige a su padre porque ahora quiere a su hermana y, en consecuencia, sigue su ejemplo a elegir vivir cerca de su padre.

Tras una apelación, la resolución de Vista revocó la sentencia inicial que declaraba no fundada la demanda y concedió la custodia de los dos hijos adolescentes de la pareja al padre demandante, además de establecer un régimen de visitas para preservar la relación materno-filial en un horario predeterminado. En esencia, justifica su elección enfatizando que ese Colegiado no se apega a la norma establecida por el A quo en el sentido de que el statu quo no debe modificarse ya que se presume que causará a los dos niños un trastorno emocional inaceptable. Y sin negar la realidad de que tales terapias pueden alterar realmente la forma en que padres y madres se relacionan con sus hijos, incluso mientras que las habilidades maternas pueden mejorarse con terapia psicológica, es igualmente cierto que ambos adolescentes han expresado una opinión clara y positiva sobre la posibilidad de vivir con su padre, con quien ambos dicen sentirse mejor cuidados y en

confianza, así como por el vínculo afectivo de mayor identificación con él. Esto es así incluso teniendo en cuenta sus edades actuales (15 y 13 años).

La demandada, Sandra Hanna Benzaquén Krajnik, interpuso recurso de casación contra la sentencia que atribuyó al progenitor demandante la guarda y custodia de los dos hijos adolescentes de la pareja. Así, la recurrente alega que la prueba fue indebidamente valorada (Art.197 CPC), que el hijo debe permanecer con el progenitor con quien ha compartido el mayor tiempo, siempre que ello redunde en su interés superior, y que no se ha acreditado que la tenencia de esta progenitora sea desfavorable para sus hijos menores (Art.84 CNA), que no se ha acreditado que esta progenitora haya puesto o haya puesto en peligro a sus hijos (Art.82 CNA) y ausencia de motivación (Art.139 Inc.5 CPC). Debido a esto, la sentencia de la corte suprema, en lo que se refiere al principio de autonomía en progreso materia de este estudio, estableció que todas las acciones que involucren a menores de edad deben guiarse por el interés superior del niño y aunque este principio tiene una definición muy amplia y puede resultar algo ambiguo, debe aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias únicas de cada caso, por lo que resulta imposible establecer una regla general.

En consecuencia, el Juzgado tendrá que valorar cuidadosamente qué se ha hecho en aquellos casos en los que los progenitores no se pongan de acuerdo sobre la conveniencia del hijo, por las razones que sean, para establecer qué es lo que proporciona mayor bienestar al menor. Para ello, podrá valerse de la asistencia de expertos, así como de informes sociopsicológicos y apoyo multidisciplinario, pero también será fundamental respetar la voluntad del menor siempre que dé muestras de madurez y autonomía que impidan que su voluntad se vea afectada por la de sus progenitores. Si bien es cierto que el concepto de "menor maduro" puede resultar confuso, debe interpretarse como el momento en el que el menor es competente para ejercer los derechos fundamentales que le son inherentes como persona, es capaz de sopesar los pros y los contras y distinguir entre el bien y el mal. y, a partir de ahí, concluir qué es lo adecuado para el asunto sobre el que se va a decidir; de ahí que deba realizarse un examen exhaustivo del comportamiento del menor durante el procedimiento correspondiente.

En este sentido, y como ha señalado el Ad Quem, las respuestas de la adolescente M.V.Q. a las siguientes preguntas: (A) ¿Cómo calificarías la relación con tu madre? No quiero vivir allí con mi madre, me cuesta dormir por las noches y una empleada de mi

abuela me maltrataba y me advertía de que "viene la loca", según ella; b) ¿De qué manera te reprende tu madre? Se refiere a: "Me amenaza con romperme la cara, mi madre me compró muebles nuevos, mis primos aparecieron por allí y lo destrozaron todo, mi abuela empezó a gritar, y mi madre también me dijo que estaba malcriada"; c) ¿por qué quieres vivir con tu abuela? ¿Por qué quieres vivir con tu padre, pregunta? En respuesta, di la afirmación: "Que en su casa duermo bien, me ayuda, es mi cocinero, me hace de todo; siempre me cuida, está mi abuelo a quien quiero mucho, quiero estar más cerca de ellos, es más cómodo para mí, estoy más cerca del Club Rinconada"; d) ¿Tiene algún comentario más? Respuesta: "El que pierde soy yo, no mi mamá ni mi papá, si mi mamá gana o pierde".

De forma similar responde a la pregunta la corriente R.V.B. adolescente: ¿Le has hecho saber a Micaela con quién deseas compartir tu vida? "Sí, quiero vivir con mi padre", responde, "porque me ha prometido contratar una niñera y que, si vivo con él, iría a casa de mi madre todos los días sin que me paren y que iré a verla el día de su cumpleaños"; ¿Te gusta compartir casa con tu madre? Claro, pero yo quiero vivir con mi padre, dice.

Lo anterior demuestra que los hijos menores del demandante son conscientes del conflicto entre sus padres y del estado actual del proceso judicial, y expresan sin reservas su deseo de residir con su padre delante de éste y de las organizaciones de ayuda (trabajadores sociales y psicólogos). Según el colegiado, los niños han confirmado por tanto su decisión de vivir con su padre a la luz de los hechos y las pruebas. La demandada en este caso alega que se incumplió esta norma, ya que la custodia de sus hijos se le concedió de inmediato, en contra del consejo del equipo multidisciplinar. Este argumento, sin embargo, no es convincente porque los niños manifestaron su deseo de vivir con su padre, tal y como consta en el expediente, y en consonancia con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que regula que se debe asegurar al menor que está en posición de un criterio personal la libertad de manifestar su decisión en las cuestiones que le perturben, considerando siempre su opinión en relación a su madurez, autonomía y edad. Para lo cual, es necesario que éste tenga la probabilidad de intervenir en todo asunto jurisdiccional que le competa ya sea per se o mediante el tutor o institución pertinente, de manera que se respete la legislación de su estado.

Y, por tanto, al primar la libre voluntad de los adolescentes, el Ad Quem se atuvo a esta norma, razones por las que se consideró infundado el recurso del acusado.

Casación N°2079-2017-Lima. Versa sobre la recurrente Gisele Aragonés quien interpuso demanda de guarda y cuidado de su hijo menor de edad con las letras A.A.I. y solicitó la guarda y custodia como pretensión principal y un sistema de visitas a favor del papá del menor, el emplazado Abelardo Aramburu Pazos, como pretensión accesoria. La actora alega que mantuvo un vínculo cariñoso con el emplazado por 5 años en los que nació su hijo menor A.A.I. y que desde su nacimiento ha tenido la guarda y custodia de hecho del mismo. Afirma que el emplazado nunca reveló interés ni asumió los gastos de la casa y que, a pesar de su adelantada etapa de gestación, ella asumió totalmente todos los gastos de la casa; afirma también que tuvo que hacerse cargo en solitario de su niño ya que el emplazado resolvió unilateralmente inscribirse en cursos, a pesar de trabajar en una compañía, mostrando una conducta egoísta y desconsiderada ya que nunca se implicó en el cuidado de su hijo. Sostiene que el viaje del emplazado a USA provocó que su vínculo empeorara debido a la distancia que les separaba y a la personalidad de éste, lo que la llevó a abandonar su relación afectiva. Por último, afirma que empero de la separación física del emplazado en la existencia de su hijo menor, ella siempre se ha esforzado por incluirlo. De hecho, afirma que llegó a prepararlo emocionalmente para sus visitas a Lima con el fin de incrementar la interacción con su padre.

El emplazado expresa que no está de acuerdo con la principal alegación de la recurrente y que refuta las afirmaciones realizadas. A pesar de percibir un salario inferior afirma que siempre ha contribuido económicamente a los gastos de la casa desde el inicio de su relación. Subraya que él controlaba la alimentación de la familia, los pagos a los empleados y otras decisiones que decidían de mutuo acuerdo. Sostiene que sus progenitores pagaron su educación y que, a pesar de tener un trabajo además de asistir a la escuela, educarse en el extranjero por 2 años y hacerse cargo de los gastos de su hijo menor, siempre ha mantenido un vínculo paterno con el niño. Tenían el propósito de convivir juntos como un hogar, pero la demandante consiguió un nuevo empleo con un buen salario y no quiso apartarse de su parentela en Lima, lo que la llevó a decidir quedarse con su hijo menor y poner fin a su relación. Sostiene que la decisión de viajar por motivos de estudio fue tomada conjuntamente porque pretendía ganar más dinero y esto refuta la afirmación de la demandante de que fue una decisión unilateral. Termina señalando que se opone a conceder la custodia a la demandante, ya que toma decisiones sobre la escolarización, el atuendo, el modo de vida e inclusive el culto de su hijo menor sin consultar a nadie; argumenta que aunque tienen un acuerdo verbal sobre las visitas a su

hijo pequeño, últimamente no se está cumpliendo, por lo que pide que se formule un sistema de visitas más extenso a su favor.

La decisión tomada por el Juzgado, fue que Gisele Idiáquez Aragonés tendrá la custodia de su pequeño hijo Asaf Aramburu Idiáquez, y se establecerá un sistema de visitas para que Abelardo Aramburu Pazos pueda ver a su hijo. Ello teniendo en cuenta la falta de convenio entre los progenitores para determinar la guarda y custodia y el cronograma de encuentros del menor, debe considerarse que la actora ha continuado desde su cuna hasta el momento con su hijo menor cuya guarda y custodia se solicita, lo que fue reconocido por el incoado al instante de rebatir la demanda; ello no indica que no tenga derecho a seguir manteniendo las relaciones que deben tener un padre y un hijo, tal como lo estipula el Inc. c) del Art. 84 del CNA. En ese sentido, la custodia parental compartida hubiera sido lo más idóneo para el comodidad y crecimiento físico, psicológico y emocional de Asaf Aramburu Idiáquez; sin embargo, dada su separación y su carencia de voluntad y disposición en lo que es mejor para él, corresponde pronunciarse tomando en consideración el interés preferente del niño. Sin perjuicio de lo anterior, las partes deberán acordar mutuamente los días y horarios de visita, siempre y cuando el hacerlo no repercuta negativamente en el menor.

El emplazado Abelardo Aramburu Pazos apela la sentencia de primera instancia, alegando que no se ha considerado el deseo de un sistema de visitas más liberal con externalización; Además, aún no se ha determinado cómo se aplicará durante los días festivos, cumpleaños y vacaciones, teniendo en cuenta cómo han evolucionado las visitas anteriores. Por lo que el Segundo Juzgado, a través de la sentencia impugnada, mantuvo la decisión de primer plano que declaró basada la demanda de custodia y anuló el régimen extraordinario de visitas del A quo reformándola, y asegurándose de que el horario es el mejor para el menor y no interfiere en sus actividades académicas, religiosas o lúdicas, se fijó un nuevo régimen permitiendo la externalización con un horario de visitas más adecuado que tiene en cuenta las vacaciones, días festivos, cumpleaños y fiestas de convivencia con ambos progenitores. Respecto los días de celebraciones religiosas judías, señala que el recurrente no ha impugnado el fallo del A quo, el cual debe ser confirmado; sin embargo, respecto a los días festivos que caen en celebraciones religiosas cristianas, es posible que el padre pueda visitar a la menor por tratarse de "días festivos", pero con recato a los credos religiosos que la menor profesa.

Ante ello, Gisele Idiáquez Aragonés interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo ha estimado. Argumentando la recurrente como punto neurálgico que el Ad Quem, sin prueba adicional, en relación a los días asociados a las celebraciones religiosas cristianas, considera que al ser "festivos", el padre puede visitar y frecuentar al menor, pero en respeto con los credos religiosos que su menor profesa (culto judía); y dado que a un menor judío se le permite relacionarse con su padre católico durante las festividades religiosas, esto es totalmente contrario al régimen descrito en la sentencia. Por lo que estos mensajes contradictorios sólo sirven para confundir el pensamiento de un niño de seis años, al vulnerar la base ideológica y la formación adquirida durante los primeros años de vida, y que se procura que un niño de seis años cohabite con dos cultos -siendo la propia judía y la de su papá católica-, la sentencia ha vulnerado el principio de superioridad del niño y del adolescente.

En resolución, el Colegiado señala que el Art.14 de la CDN establece que los Estados firmantes tolerarán el derecho del menor a la autonomía de pensamiento, de juicio y de culto, así como la obligación de los progenitores y, en su ocasión, de los tutores de encaminar al niño a ejercer ese derecho en armonía con el desarrollo de sus facultades. De este modo, se reconoce que tanto los niños y niñas son poseedores de este derecho y se hace hincapié en que los progenitores o tutores tienen derecho a dirigir el modo en que se utiliza a medida que se desarrollan las facultades de sus hijos. Esto supone un cambio en la responsabilidad de los progenitores sobre la formación moral o culto de sus hijos, limitándola a dirigir el ejercicio de esa responsabilidad por parte del menor en función del desarrollo de sus facultades, que irá adquiriendo la capacidad de ejercer sus derechos (autonomía progresiva). En este sentido, nuestro marco normativo nacional reconoce como tal derecho el artículo 11 del CNA, que instituye que los menores poseen derecho a la libertad de pensar, discernimiento y culto por tanto se debe tolerar el derecho de los progenitores o tutores de encaminar a sus menores para el ejercicio de derechos, pero de manera consecuente a su edad y madurez.

Y en este juicio, puede apreciarse un choque entre tres derechos: el derecho del menor a la libertad religiosa, el derecho del padre a controlar la forma en que su hijo ejerce ese derecho y, en un sentido similar, el derecho de la madre. También se justifica que el derecho del menor a la libertad de culto no ampare acciones prohibidas para los adultos (imposición de un culto o conjunto de creencias, expresiones públicas de culto y celebración de rituales, entre otras); y entendiendo que los menores carecen de plena

autonomía para ejercer sus derechos (entre los que se halla el derecho al culto), lo que involucra la dificultad de pronosticar las secuelas de sus determinaciones; y, dado que los menores se hallan en proceso de evolución y que sus facultades mejoran gradualmente, de modo que pueden intervenir en las cuestiones que lo rodean, ello no conlleva que se les aparte de todas las decisiones relativas a su esfera religiosa; que esta evolución es directamente proporcional al desarrollo de sus facultades, lo que se traduce en una reducción de la potestad de orientación de los progenitores en el ejercicio de la libertad de culto.

Por lo que la Suprema Corte advierte que es infundada la afirmación de la recurrente en el sentido de que con el régimen del Ad Quem se ha vulnerado el derecho a la autonomía de culto del menor, pues como se señaló en los fundamentos que anteceden, la autonomía de culto del menor no se restringe a lo que decidan sus progenitores, como es el caso de la adopción de una determinada culto y si bien este Tribunal sostiene que es el derecho de los progenitores o tutores a dirigir su uso, de acuerdo con el desarrollo de las potestades y competencias de sus menores, quienes progresivamente irán adquiriendo la plena competencia para ejercer sus derechos (autonomía progresiva); la Sala Ad Quem ha aconsejado que las visitas del padre católico durante los días de fiesta católica sean con respeto a la culto que el niño en este momento profesa, guiado por su madre. Y ello es así porque el menor tiene sólo cinco años y su madre, que ha venido ejerciendo la guarda y custodia de facto, ha venido encaminando a su hijo a ejercer su derecho a practicar un culto, en este asunto la judía.

Y dado su progresivo desarrollo y el crecimiento gradual de sus facultades, los menores pueden intervenir en las cuestiones que perturban a su derecho a la libertad religiosa. De acuerdo con su desarrollo, dicha facultad crece proporcionalmente, lo que se traduce en una correlativa reducción de la facultad de los progenitores de dirigir la práctica del derecho al culto de sus hijos. En consecuencia, la actora no ha logrado convencer a este Tribunal Supremo de que el cronograma de encuentros establecido por el Ad Quem vulnera el derecho al culto del menor, quien, en aras de fortalecer las relaciones parentales y la individualidad de la menor, sólo ha pretendido desarrollar un sistema de visitas que resulte lo más ventajoso para la menor y su mejor interés preferente. Por tanto, el colegiado declaró infundado el recurso de casación de la demandante Gisele Idiáquez Aragonés.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. En este caso, el progenitor de las menores M., V. y R.1 solicitó a los juzgados chilenos la guarda o tutela en oposición de la Sra. Karen Atala alegando que las tres niñas se verían perjudicadas por su inclinación sexual y su cohabitación con una pareja de igual sexo. En este aspecto, la Corte debió de decidir, entre otras cosas, la responsabilidad del Estado chileno por la supuesta discriminación contra la Sra. Atala y la intromisión arbitraria en su vida personal y familiar basada en su inclinación sexual durante el procedimiento judicial que condujo a la retirada de sus hijas M, V y R de su cuidado y custodia. La resolución de la suprema y la sentencia del juez competente de Villarrica sobre la custodia provisional fueron dos fuentes que la Corte examinó a estos efectos. La Corte Interamericana dejó en claro que no actúa como un tribunal de "cuarta instancia" en este sentido y, en consecuencia, no le correspondía determinar cuál de los padres de las tres niñas constituían un mejor hogar para ellas, ni valorar las pruebas para tal efecto, ni tomar una decisión sobre la custodia de las niñas M., V. y R., cuestiones que escapan a su ámbito en el presente caso. Finalmente, en la sentencia, el tribunal responsabilizó a Chile a escala mundial por violar los derechos de Karen Atala a la equivalencia, la intimidad y el debido proceso, así como las garantías de imparcialidad y no discriminación de la Convención Americana.

El Juez de menores competente aprobó dos sentencias en relación con los procedimientos de guarda y custodia. La primera se refería a la elección de una guarda provisional que había solicitado el padre. A pesar de que el juzgado estimó que no había factores que permitieran suponer la incapacidad de la madre, otorgó al padre la guarda provisional el 2 de mayo de 2003. El tribunal utilizó, entre otras, las siguientes justificaciones en su sentencia: La emplazada, que deja clara su preferencia sexual, cohabita con su conviviente en la misma morada que sus hijas, alterando la regularidad de la vida familiar y dando más importancia a sus propios intereses y bienestar que al bienestar emocional y la suficiente interrelación de sus hijas. Y que la emplazada ha priorizado sus intereses y bienestar personal sobre el desempeño de sus deberes maternos en circunstancias que pudieran perturbar el crecimiento de las menores. De ello se deduce que el demandante presenta considerandos más convincentes en favor del interés preferente de las menores, que es crucial en el entorno de una colectividad heterosexual y tradicional. Según la segunda resolución del Juez de menores, adoptada en octubre del 2003, la inclinación sexual de la emplazada no suponía un obstáculo para su capacidad de convertirse en una madre responsable, no padecía ninguna enfermedad mental que le

impidiera cumplir con sus deberes maternos y no había indicadores que respaldan asumir la equidad del acuerdo de custodia. Esta sentencia fue impugnada y fue ratificada por el juzgado de apelaciones de Temuco en marzo del 2004. El padre de las hijas reclamó entonces ante juzgado de apelaciones de Temuco y en mayo del 2004, la Corte Suprema chilena atendió el expediente y concedió al padre la custodia exclusiva. En esta decisión, el Tribunal Supremo dejó claro que el interés preferente del niño siempre prevalece sobre cualquier derecho o factor relativo a sus padres que requiera romper la relación de un niño con ellos.

El Tribunal Supremo también se basó en las siguientes justificaciones para adoptar su decisión: La prueba testifical que esboza cómo se ha pasado por alto el contexto social, familiar y educativo en el que se desarrolla la vida de las menores, y cómo éstas pueden ser vulnerables a los prejuicios sociales como consecuencia de la decisión de la madre de vivir en casa con su pareja homosexual; Según los testimonios de los adultos cercanos a las menores, como el personal de la casa, los juegos y comportamiento de las menores revelan desconcierto frente la sexualidad de su madre, que no podían dejar de percibir dado que vivía en casa con su nueva conviviente; La Sra. Atala ha dado prioridad a sus intereses personales sobre los de sus niñas, sobre todo después de empezar a compartir casa con su pareja, que es gay, al tiempo que criaba y cuidaba de sus hijas sin su padre; Es importante salvaguardar a los niños de situaciones que podrían poner en peligro su desarrollo integral, como la posible incomprensión de los papeles sexuales que podría derivarse de la ausencia de un padre varón en la familia y su sustitución por una mujer; Es evidente que su especial entorno familiar difiere en gran medida del de sus compañeros y familiares de su entorno, sometiéndoles a un aislamiento y prejuicios que también repercutirán en su desarrollo personal. Debido al riesgo de perjuicio irreparable para los cuidados de las niñas menores, cuya defensa debe primar sobre cualquier otra consideración, el Tribunal Supremo determinó que las circunstancias expuestas reunían los requisitos de causa calificada del artículo 225 de la norma civil para fundamentar la solicitud de guarda y custodia del padre.

Las conclusiones de la Corte sobre las controversias en torno al procedimiento de tutela sobre el concepto del interés preferente del niño y la asunción de riesgos La Corte subrayó que no sólo es necesario, sino también un objetivo general razonable, defender la idea del interés preferente del niño. En este sentido, se señaló que el preámbulo de la CDN instituye que el niño precisa "atenciones especiales", y el Art.19 de la Convención Americana prescribe que el niño debe tener "formas específicas de protección", a fin de

aseverar, en mayor grado posible, el predominio del interés preferente del niño. La Corte también determinó que la apreciación del interés preferente del niño en asuntos de atención y custodia debe basarse en una evaluación de las conductas parentales específicas y sus efectos perjudiciales para el bien y crecimiento del niño a la luz de las circunstancias, los detrimentos o peligros reales y demostrados, y no riesgos hipotéticos o especulativos.

Por lo tanto, no se aceptan suposiciones sobre los rasgos particulares de los progenitores o sus favoritismos culturales sobre determinadas ideas familiares convencionales, ni tampoco pensamientos genéricos sobre estos temas. El Tribunal señaló que, dado que el "interés preferente del menor" es un propósito legal impreciso, no es posible limitar un derecho privilegiado, como el de poder desplegar todos los derechos subjetivos sin ser materia de exclusión alguna por razón de la orientación sexual, mediante una mera referencia al mismo sin demostrar, específicamente, los riesgos o perjuicios que la inclinación sexual de la progenitora puede causar a las niñas. La defensa de la discriminación contra la mamá o el papá por alguna de sus inclinaciones sexuales no puede fundarse en el interés preferente del menor. Por consiguiente, al resolver sobre la custodia, el juzgador no debiera tomar en consideración esta circunstancia social. Según el tribunal, es insuficiente para defender el objetivo legítimo de salvaguardar el interés preferente del menor tomar una decisión basada en suposiciones inconsistentes y estandarizadas sobre la facultad y competitividad de los progenitores para asegurar e incentivar el bienestar y evolución del niño. El tribunal determinó que los argumentos basados en estereotipos, como las nociones preconcebidas sobre los rasgos, la conducta o los comportamientos que presentan las personas homosexuales o los efectos que éstos podrían tener en los niños, son inadmisibles.

Así, el Tribunal Interamericano dictaminó que el Estado de Chile es responsable a escala mundial de vulnerar los derechos de Karen Atala y sus hijas menores a ser consideradas con igualdad y no ser discriminadas. Según este tribunal internacional, las niñas recibieron una audiencia, cumpliendo con los requisitos derivados del derecho de un niño a ser escuchado, porque no sólo recibieron una audiencia, sino que también se hace claro que las opiniones de las tres niñas se tuvieron en cuenta teniendo en considerando sus edades y nivel de madurez del momento. Aunque se tiene en cuenta el hecho de que la apelación tiene una naturaleza especial, ya que es principalmente una apelación disciplinaria contra los jueces del tribunal, no se recogen pruebas adicionales además de las que ya se han presentado durante el proceso de juicio, y un niño no debe ser entrevistado

más frecuentemente de lo necesario, esto no implica que el Tribunal está exento de escuchar estos testimonios y efectuarlas en cuenta adecuadamente a la hora de decidir el caso, se argumenta que, en base de la edad y la facultad del niño, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que pedir la declaración del niño una vez más dentro del contexto de un proceso judicial no le exonera de la responsabilidad de tener en consideración y valorar, de una manera u otra, las opiniones manifestadas por el menor en las instancias menores. Si es aplicable, la autoridad competente debe hacer un argumento claro por el que no considerará la elección del niño.

El Tribunal Interamericano de Derechos Humanos recuerda que la excelencia del Tribunal Supremo limitó su decisión a los intereses presupuestos de las 3 menores sin motivar o detallar la el fundamento por la que creía legítimo rebatir la voluntad manifestada por las menores durante el juicio, especialmente si la decisión se tomó en ausencia de cualquier discurso argumentativo. El Tribunal arriba a la conclusión de que, en relación con los artículos 19 y 1.1 del Convenio Americano, la decisión mencionada violó los derechos de las niñas a ser escuchadas y a tenerse en cuenta adecuadamente, que se consagran en el Art. 8.1, a perjuicio de las niñas M., V. y R. El doctrinario Jaime Couso, en referencia al fallo del Tribunal Supremo en el juicio Atala la explica en el mismo orden de ideas. Por lo tanto, sin mencionar las opiniones de las niñas, que inicialmente expresaron una preferencia por quedarse con su madre. En su voto de minoría, tres jueces del Tribunal Supremo están aplicando una política que no trata específicamente a las niñas como objeto de derechos, sino que preserva la discreción de los jueces para proyectar sus particulares preferencias en áreas en las que el Estado debe mantenerse neutral, como la preferencia por un modelo familiar sobre otro, y para efectuar decisiones sobre el futuro de los niños bajo su jurisdicción de acuerdo con esas preferencias. Esta experiencia encapsula la desconexión entre el reconocimiento legal formal de Chile, con la ratificación de las convenciones internacionales, así como los cambios legales realizados en un intento de alinear sus derechos con estos nuevos modelos modernos, y la práctica jurisdiccional donde se sigue utilizando un modelo paternalista.

1.4. Formulación del Problema

¿Es relevante el Principio de Autonomía en Progreso para determinar la Capacidad de Ejercer en el Art.43 del Código Civil?

1.5. Justificación y trascendencia del estudio

Teóricamente su justificación se vuelve pertinente en razón de las modificaciones del D.L. N°1384 a la actual normativa civil en materia de la capacidad de individuos. Así, el estudio del Principio de Autonomía en Progreso se convierte en condición necesaria para la calificación de la capacidad legal de menores. La reforma ha dejado un corpus legal mixto, contradictorio, asimétrico, con lagunas e incoherencias, así como muy criticado por la doctrina nacional, son los resultados de unas modificaciones que, si bien han contribuido a mejorar en la declaración de derechos de los individuos discapacitados, contrariamente quebrantan en su Art. 43 los derechos primordiales y la capacidad legal de los menores de edad.

El informe estadístico del Instituto Peruano de Estadística Informática sobre la condición de la niñez y adolescencia (INEI, 2021), que señala que en el 54,0% de los hogares a nivel nacional existe al menos un menor, niño o joven que, de estar involucrado directa o de manera indirecta en algún proceso judicial o administrativo, se vería impactado por una disposición judicial o administrativa dictada sobre un precepto legal obsoleto, materia de la investigación, y que revelaría la trascendencia social de este estudio.

Con el uso de una encuesta como estrategia para la recopilación de datos y el cuestionario denominado Likert como herramienta, el estudio se justifica en su metodología, pues este ha sido elaborado para el desarrollo de este estudio bajo los esquemas de validez y confianza exigidos por el procedimiento de la ciencia cuantitativa, que adopta en la investigación una dirección epistemológica positivista, de carácter aplicado, con nivel descriptivo, transversalidad y el diseño observacional o no experimental. Y podrá ser utilizado en el desarrollo de otras investigaciones o para profundizar en la misma línea del presente estudio.

Desde una perspectiva práctica, el estudio pone en evidencia la necesidad de que el Estado modifique la norma analizada y establezca las garantías jurídicas esenciales para que los menores puedan ejercer progresivamente sus derechos y protecciones de acuerdo con su maduración, autonomía, discernimiento y estatus de personas de derecho, concorde con las normas, la doctrina y los principios convencionales; por ello, ofrece como aportación práctica una iniciativa legislativa de cambio que incorpore a el Principio de Autonomía en Progreso en la normativización del Art.43 de nuestro código civil.

1.6. Hipótesis

Se estima que el Principio de Autonomía en Progreso es relevante para determinar la Capacidad de Ejercicio en el Art.43 del Código Civil.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo General

Determinar la relevancia del Principio de Autonomía en Progreso para la Capacidad de Ejercicio en el Art.43 del Código Civil

1.7.2. Objetivos Específicos

1. Analizar la Capacidad de Ejercicio de los menores en el derecho civil peruano y comparado.
2. Fundamentar el Principio de Autonomía en Progreso en el derecho civil peruano y comparado.
3. Caracterizar por medio del uso de técnicas y herramientas la relevancia de la Capacidad de Ejercer de los menores en concordancia con el Principio de Autonomía en Progreso.
4. Elaborar una iniciativa modificatoria que integre el Principio de Autonomía en Progreso en el Art.43 de nuestro Código Civil.
5. Corroborar la propuesta práctica a través de consulta de tres expertos o especialistas.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo y Diseño de la Investigación.

2.1.1. Tipo de investigación:

El estudio en curso, que tiene en cuenta los paradigmas científicos epistemológicos, puede clasificarse como un estudio de métodos mixtos porque mientras el enfoque cuantitativo permitió la medición y evaluación imparcial de las variables bajo un marco teórico y por medio de análisis estadísticos, sin determinar cómo una variable afectaba a otra ni modificar las variables objeto de estudio; el enfoque cualitativo ha permitido aplicar métodos y técnicas de análisis propios para un examen exhaustivo de la normativa, jurisprudencia y doctrina, llegando a conclusiones que luego son respaldadas por la estadística y la teoría (Hernández-Sampieri et al., 2018, p.40).

Su alcance indica que estamos frente a una investigación de modo descriptivo, que en este caso pretende describir y analizar con precisión hechos, rasgos o características relacionadas con las variables legales del propósito de estudio en el contexto del marco legal y doctrinal del Derecho. En cuanto a su temporalidad, podemos decir que es prospectiva porque los datos fueron recogidos mientras se desarrollaba el estudio y sólo serán utilizados una vez para realizar un análisis transversal (Vara, 2012, p.209).

Este tipo de estudio también es conocido como investigación útil o empírica, la misma que se distingue porque aplica los conocimientos logrados, al mismo paso que se consiguen otros conocimientos, después de efectuar y sistematizar la práctica asentada en la investigación. El estudio se encamina a utilizar los conocimientos ganados para buscar soluciones a conflictos prácticos. Se produce un acercamiento riguroso, estructurado y sistemático a la comprensión de la realidad mediante el uso del conocimiento y la investigación (Murillo 2008, p.5).

2.1.2. Diseño de investigación:

Para Hernández (2018), el diseño de un estudio alude a los procedimientos que el investigador utilizará para recolectar datos, procesarlos y analizarlos con el fin de obtener conclusiones sobre los hallazgos (p.276). En esta perspectiva, el estudio en curso tiene un diseño observacional porque para su realización no se precisa la manipulación intencional de las variables presentadas para contemplar sus efectos o la causalidad de unas sobre otras; en consecuencia, no se construyen escenarios específicos, sino que se observan estos tal cual son, es decir, nunca se influirá intencionalmente sobre ellas; por otra parte, no se

exige aleatoriedad en la recolección de la información. De forma similar, es de naturaleza transaccional porque la recogida de datos tendrá lugar de una sola vez.

2.2. Población y muestra.

2.2.1 Población

Hernández (2018), sustenta que, para un conjunto específico de casos concordantes, la población se establece mediante un conjunto de presunciones (p.198). Vara (2012), también sustenta que una población es una masa de individuos u objetos que comparten ciertas características dentro de un área geográfica y un periodo de tiempo determinados. En consecuencia, Vara sustenta que para llevar a cabo los objetivos de cualquier proyecto de investigación siempre son necesarias fuentes de información directas o primarias (p. 221).

De acuerdo a la teoría antes mencionada, se considera que la población del estudio en curso de investigación son los expertos en la norma civil y de familia que operan en la jurisdicción de Lambayeque, a fin de recabar los datos necesarios.

2.2.2 Muestra

Respecto de la muestra, Hernández sostiene que el arte del muestreo es un proceso que consiste en seleccionar una porción de una población de modo que comparta esencialmente iguales propiedades que población y sea seleccionada por razones específicas. Hernández (2018), afirma que la muestra es el subconjunto de componentes tomados de la población de la que se adquieren los datos para ser estudiados (p.198). Por su lado, Vara (2012), dice que la muestra es el subconjunto de elementos que se han tomado de la población para ser examinados.

50 especialistas profesionales del derecho civil componen la muestra de este estudio utilizando el razonamiento lógico no estadístico de inserción por especialidad; es decir, sólo serán tomados en consideración para la muestra los especialistas expertos en derecho civil. Y bajo el razonamiento de separación de aquellos operadores que no residen en la jurisdicción de Lambayeque, muestra que ha sido elegida por la conveniencia de acceder a la investigación en el entorno de pandemia que vivimos y bajo el muestreo modo no probabilístico llano de elección directa.

2.3. Variables, Operalización

• Principio de Autonomía en Progreso

Definición Conceptual. – Consiste en el principio que acepta enteramente la titularidad de derechos jurídicos de los menores en su calidad de sujetos capaces de ejercerlos de forma independiente de acuerdo con el desarrollo de sus habilidades, madurez, autonomía y discernimiento adquiridos según su desarrollo natural.

Definición Operacional. – Capacidad del menor para establecer y participar de vinculaciones y situaciones jurídicas, según su desarrollo físico, psicológico, económico, cultural, social.

• **Capacidad de Ejercicio**

Definición Conceptual. – La aptitud para el despliegue de los derechos, deberes y obligaciones jurídicas, o la capacidad para producir efectos jurídicos, se conoce como capacidad para obrar . Esta capacidad tiene como condición previa el disfrute y está indisolublemente ligada a la capacidad nativa de discernimiento, que sirve de requisito para la legitimidad de los actos y la expresión de la voluntad.

Definición Operacional. – La definición de capacidad para obrar en la norma civil se implementa operativamente en base de la edad del individuo, con incapacidad total para los de menos de 16; facultad limitada para los de más de 16 y menos de 18; y plena capacidad para los de más de 18 años.

(Pormenores de la Matriz en sección Anexos)

2.4. Técnicas y herramientas de recolección de información, validez y confiabilidad

2.4.1 Técnicas y herramientas de recolección de información

Arias (2020) una técnica de pesquisa es un proceso metodológico que un investigador utiliza para recoger datos de una población o muestra (p.278). Con este propósito la presente pesquisa ha desarrollado:

La Encuesta.- Dado que comprende un estudio de métodos mixtos con un enfoque cuantitativo de naturaleza principalmente descriptiva, la técnica a emplear es la encuesta. Como herramienta para la encuesta se utilizará un cuestionario estructurado con base en escala de Likert, que se aplicará de manera virtual utilizando las herramientas virtuales que pone a disposición Google drive (Vara, 2012).

La Observación.- También es una de las técnicas utilizados en la construcción de este estudio, para Hernández (2018) es un registro fidedigno de las categorías investigadas (p.290). Arístides Vara ofrece una perspectiva diferente, argumentando que la observación es una estrategia utilizada para analizar el objeto de investigación mediante la toma de notas minuciosas que luego son registradas e incluidas en el desarrollo de la tesis. Dado que el investigador no tuvo un compromiso directo con el problema de la investigación, ésta se llevó a cabo de forma indirecta no participativa (Vara 2012, p. 250)

El Análisis de Documentos.- El estudio de documentos es una habilidad de tenor cualitativa pero la cual se utiliza para toda índole de pesquisa jurídica, usando como herramienta la ficha o piloto de observación documental en el estudio de la información legal, teórica, jurisprudencial y doctrinal resultante de fuentes de bibliotecas, hemerotecas y de paráfrasis de indagación jurídica. Y en este sentido se mejoró con la consiguiente metodología:

- Método Histórico Jurídico, por el cual se examinan las normas y creencias asociadas al tema de estudio tal y como han cambiado a lo largo del tiempo.
- Método Jurídico Comparativo, que contrasta las leyes nacionales pertinentes al tema de estudio aplicable con las leyes internacionales especiales.
- Método Jurídico Descriptivo, de este modo se realizará un análisis de la normativa y la jurisprudencia exhaustivo, diseccionando el conjunto en sus elementos constitutivos para una superior comprensión del mismo.
- Método Jurídico Propositivo, con el objetivo del proyecto de investigación de ofrecer una iniciativa legislativa factible que beneficie a la sociedad como posible solución al reto de investigación.

2.4.2 Validez y Confiabilidad

La Validez.- Según Kerlinger (1979), un instrumento es admitido si calcula lo que se presume que ha de medir (p. 138). Hernández (2018) sustenta que un instrumento de medición es legítimo si capta con precisión la variable que se pretendía evaluar (p.229). y Vara (2012), refiere que a la prueba de que un instrumento calcula lo que se pretendía medir se califica como validez (p.301). De entre los diversos tipos de validez que ofrece la bibliografía se tomó la decisión de emplear la validez de contenido para el presente estudio, mediante un especialista experimentado en la disciplina aplicando un formulario de validación utilizado en el ámbito de la investigación científica.

La Confiabilidad.- Según Hernández (2018) refiere que la confiabilidad de una herramienta depende de la constancia con que se repiten los resultados obtenidos al utilizarlo (p.228). El grado de congruencia o coherencia que posee un instrumento se utiliza para caracterizar su confiabilidad; así, un instrumento perfecto debe producir hallazgos que sean aproximados o similares cuando se utiliza repetidamente bajo condiciones que son similares. Esto es difícil de conseguir en la práctica, de ahí que se hayan definido ciertos niveles de error o tolerancia mínima para poder calcular la confiabilidad dentro de estas limitaciones (Vara 2012, p.297).

Dado que el cuestionario aplicado utiliza una escala de Likert, se ha explorado la técnica estadística conocida como Alfa de Cronbach con la finalidad de comprobar la confiabilidad del instrumento. Esta escala se utiliza normalmente para medir escalas.

Cuya fórmula es:

$$\alpha = \frac{K}{K - 1} \left(1 - \frac{\sum s_i^2}{S_t^2} \right)$$

α : Coeficiente alfa de Cronbach

K: número de ítems

$\sum s_i^2$: Sumatoria de las varianzas de los ítems

S_t^2 : Varianza de la suma de ítems

A continuación, se exponen los logros de la aplicación de la herramienta a una muestra guía de 50 entendidos en Derecho civil:

(Pormenores ver Informe en sección de Anexos N°4)

2.5. Procedimientos para el análisis de información.

Utilizando el enfoque estadístico y los programas estadísticos SPSS22 y Excel Office 2019, se eligieron, analizaron y procesaron los datos recogidos con las técnicas de recogida de información y su instrumento, o encuestas. Se han utilizado tablas de frecuencias, gráficos de barras e histogramas para representar los datos, promedios, porcentajes y resultados. Estas representaciones visuales serán analizadas de acuerdo con las leyes de interpretación estadística antes de ser presentadas en el escrito Word de la tesis.

2.6. Razonamientos éticos

Los valores y máximas que deben guiar a todo investigador a la hora de realizar su investigación están estrechamente ligados a esta característica Ñaupas et al., (2018), sustenta de acuerdo con las normas éticas del informe Belmont, tenemos:

La máxima de respeto a las personas: El respeto a los individuos se basa en al menos dos principios éticos: en primer término, que los individuos deben ser respetadas como seres independientes y, en segundo término, que quienes carecen de autonomía poseen derecho a protección. El reconocimiento de la independencia y la defensa de los individuos que necesitan de ella son, pues, los dos principios morales que conforman el principio de respeto a las personas. Este concepto permitiría, en el contexto de nuestra tesis, respetar la autonomía de un menor de 18 años, que ya tiene capacidad para expresar una opinión o efectuar una decisión en su propio interés.

La máxima de beneficencia: Es el concepto de tratar éticamente a las personas, lo que incluye velar por sus intereses más fundamentales, además de respetar sus decisiones y mantenerlas seguras. Este procedimiento se rige por el principio de beneficencia. La palabra "benevolencia" se maneja con frecuencia para describir actos de generosidad o amabilidad que van allende del deber. Este ensayo considera la beneficencia como una obligación y en un sentido más general (Informe Belmont, 1979, p.5). Esta máxima de beneficencia, que hace alusión al desarrollo de la facultad de un menor, nos permite demostrar que los menores deben ser tratados con respeto y que debemos defender sus decisiones para salvaguardar su bienestar personal.

La máxima de la justicia: Establece quién será responsable del estudio y quién se beneficiará de él. Aquí se trata de la justicia en orientación de lo que se merece en expresiones de distribución. Una injusticia se produce cuando a alguien se le exige injustamente que cumpla un deber o cuando se le deniega injustamente un beneficio al que tiene derecho legalmente (Informe Belmont, 1979, p.6). Según este concepto, el investigador debe aplicar un juicio razonable y ponderado, efectuar medidas razonables para asegurar el bienestar del niño y asegurarse de que sus conocimientos y habilidades no dan lugar o promueven prácticas injustas.

Amor a la Verdad. – El suceso de que los frutos de la investigación estén determinados, en la práctica, por el grado de conexión de los hechos con el contexto real

sugiere que la información científica que se crea es siempre verificable y que no hay lugar para la falsificación de los resultados.

Responsabilidad. – De ello se infieren una serie de elementos cruciales, entre los que se encuentran el cumplimiento de los protocolos señalados para su desarrollo, la utilización de técnicas adecuadas que permitan alcanzar conclusiones válidas, la garantía de la aplicabilidad de la investigación para lograr un impacto efectivo en la sociedad y el cumplimiento de los acuerdos señalados con la universidad.

Dominio. – Con respecto a una postura crítica y abierta adoptada en el curso de la investigación que manifieste la experiencia del investigador en el campo investigado y el desarrollo del proceso científico de forma metódica y sistemática.

Disciplina. – La capacidad de investigar con la máxima objetividad que exige la ciencia, de seguir adecuada y responsablemente los pasos del método científico, de mantener las responsabilidades propias y ajenas que marca la unidad de estudio, y de hacer todo ello con voluntad de hierro.

2.7. Razonamientos de Rigor científico.

El estudio en curso cumple todos los requisitos metodológicos de acreditación establecidos en la estrategia de pesquisa de la universidad. El grado de rigor con que se ejecuta un proyecto de pesquisa determina su calidad; en el caso de la pesquisa cuantitativa, los razonamientos preponderantes son:

Validez de resultados. – Hernández et al. (2018), dan una definición general de validez en la pesquisa científica, señalando que alude al nivel en que una herramienta calcula la variable que procura medir. Para ello, es menester tomar en consideración la evidencia relacionada con el constructo, que implica medir la variable en análisis dentro de un patrón específico, el razonamiento que califica la validez y que se mide utilizando razonamientos estándar, y el contenido, que es simplemente que la medición exprese el concepto medido, todo bajo la interpretación correcta.

Confiabilidad o credibilidad. – Garantiza que las conclusiones de la investigación son exactas e implica dotar de fiabilidad a los datos recogidos a través de los instrumentos de recogida de datos y demostrar la confianza del investigador en la consistencia de los

datos de forma razonable, por lo que se utilizan técnicas de medición de fiabilidad necesarias como el coeficiente de Cronbach.

Objetividad o neutralidad. – Alude principalmente a la necesidad del investigador de mantener la objetividad a lo largo de todo el proceso de estudio para reducir los sesgos que puedan afectar a la exactitud de los resultados y garantizar la producción de una conclusión científica concluyentemente fiable.

Relevancia.- Según este razonamiento , el investigador debe adaptarse fielmente al propósito de la investigación para proporcionar los hallazgos más importantes de forma comprensible y coherente con el objetivo último del estudio. La investigación es pertinente en esta perspectiva porque pretende que los menores no pierdan su capacidad de ejercer su derecho a la alimentación como consecuencia de una mala o absurda decisión de sus progenitores o tutores y que puedan, en función de su nivel de madurez, autonomía y discernimiento, desplegar este derecho de forma autónoma e intervenir en los procesos que les afectan.

Originalidad.- Este razonamiento fundamental se centra en el producto de la pesquisa, es decir, en su singularidad, para lo cual es necesario cumplir con las pautas científicas y editoriales señaladas para cada ruta de investigación con el fin de evitar la imitación y la copia de otras pesquisas realizadas previamente por otros autores.

Generalización.- Este razonamiento sugiere que las conclusiones del estudio o investigación puedan aplicarse de forma amplia a los escenarios a los que se refiere; en el caso de un estudio jurídico sobre las normas nacionales de aplicación, las conclusiones deben ser aplicables para prevenir los diversos escenarios en los que se quebrantan los derechos de los menores y permitir al titular ejercer directamente los mismos, evitando los probables abusos que puedan derivarse de la representación.

La credibilidad. - El papel del investigador es hacer avanzar la investigación no sólo personalmente, sino también difundir sus resultados a través de una pesquisa cuyas conclusiones puedan aplicarse a próximas investigaciones que hagan avanzar la comprensión del campo.

La transferibilidad.- El papel del investigador es hacer avanzar la investigación no sólo personalmente, sino también difundir sus resultados a través de un estudio cuyas

conclusiones puedan servir de base a futuras investigaciones que hagan avanzar el conocimiento del tema.

Dependencia: La finalidad de este considerando es evitar que la variable de análisis sobre la facultad de los menores sea utilizada únicamente en provecho del menor y con repercusión social en el momento en que se está determinando su relevancia.

Conformabilidad: Indica este razonamiento que el investigador debe mostrar objetividad y neutralidad para explorar el tema de investigación, sin menoscabo del resultado pretendido.

III. RESULTADOS

3.1. Resultados obtenidos en Tablas con Figuras

La herramienta, una escala de Likert, se utilizó para medir las opiniones de 50 especialistas en derecho civil de Chiclayo sobre el Art.43, que trata de la capacidad jurídica de los niños. Contaba con 20 preguntas divididas en 2 parámetros "Capacidad de ejercicio" y "Autonomía progresiva", 5 criterios de contestación desde "Totalmente en desacuerdo" a "Totalmente de acuerdo". Una vez procesados los datos y evaluados estadísticamente, se crearon los siguientes gráficos con el software SPSS:

Tabla 1

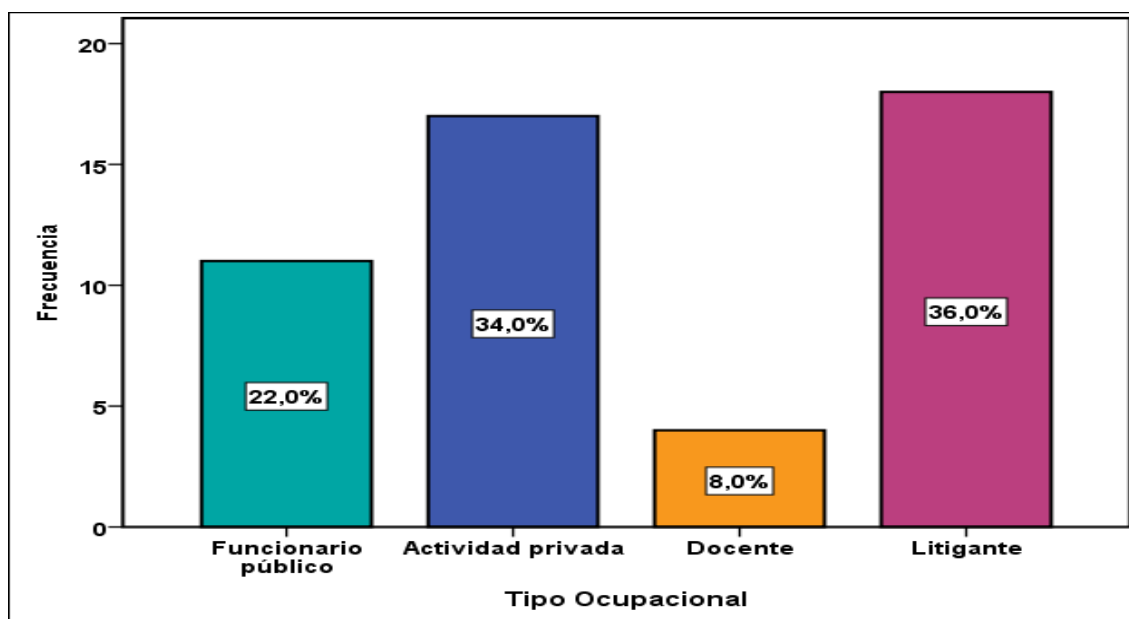
Tipo de Ocupación de los Participantes Consultados

Indicador	No	%
Funcionario Público	11	22,0
Actividad Privada	17	34,0
Docencia	4	8,0
Litigante	18	36,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 1

Tipo de Ocupación de los Participantes Consultados



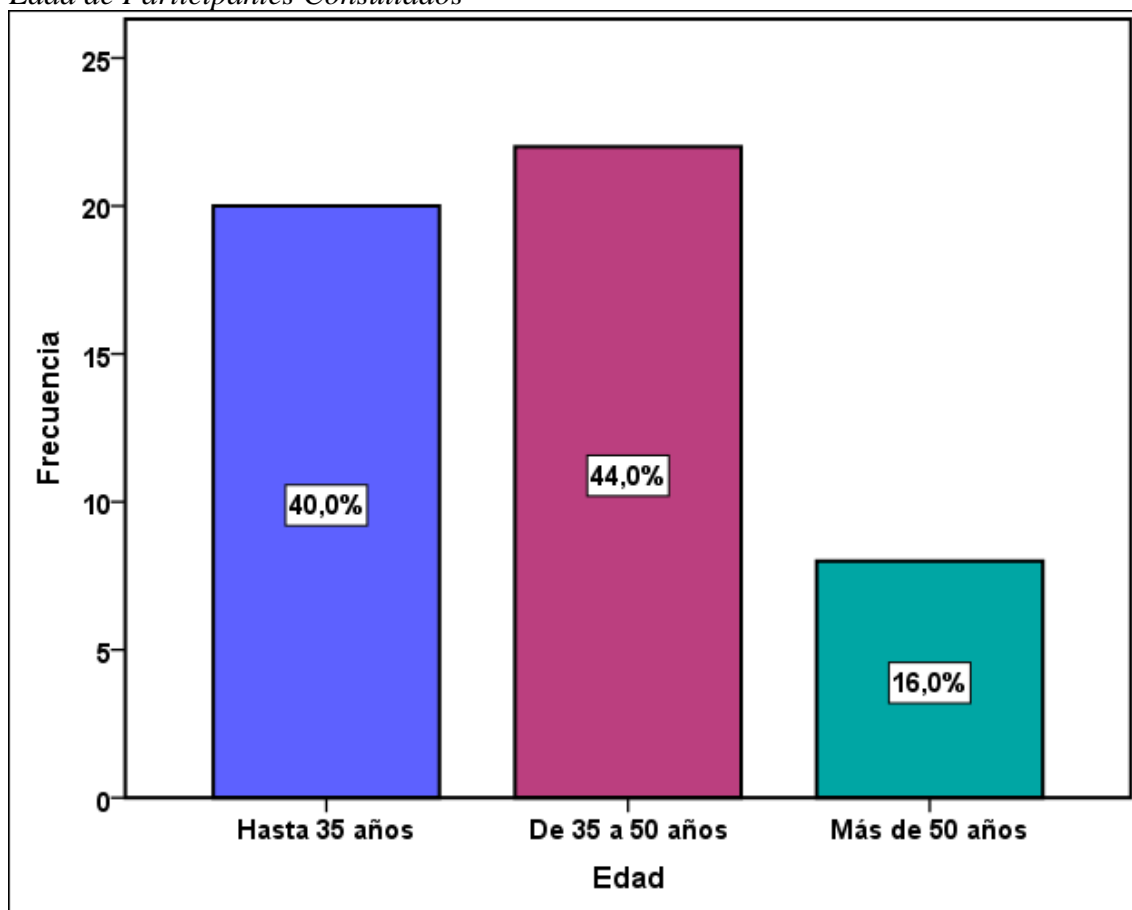
Interpretación: Para la figura 1, en relación al tipo de trabajo de los participantes consultados, el 36% de ellos trabajan como litigantes, el 34% como profesionales privados, el 22% como funcionarios gubernamentales y el 8% como profesores.

Tabla 2
Edad de Participantes Consultados

Indicador	No	%
Hasta 35 años	20	40,0
De 35 a 50 años	22	44,0
Más de 50 años	8	16,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 2
Edad de Participantes Consultados



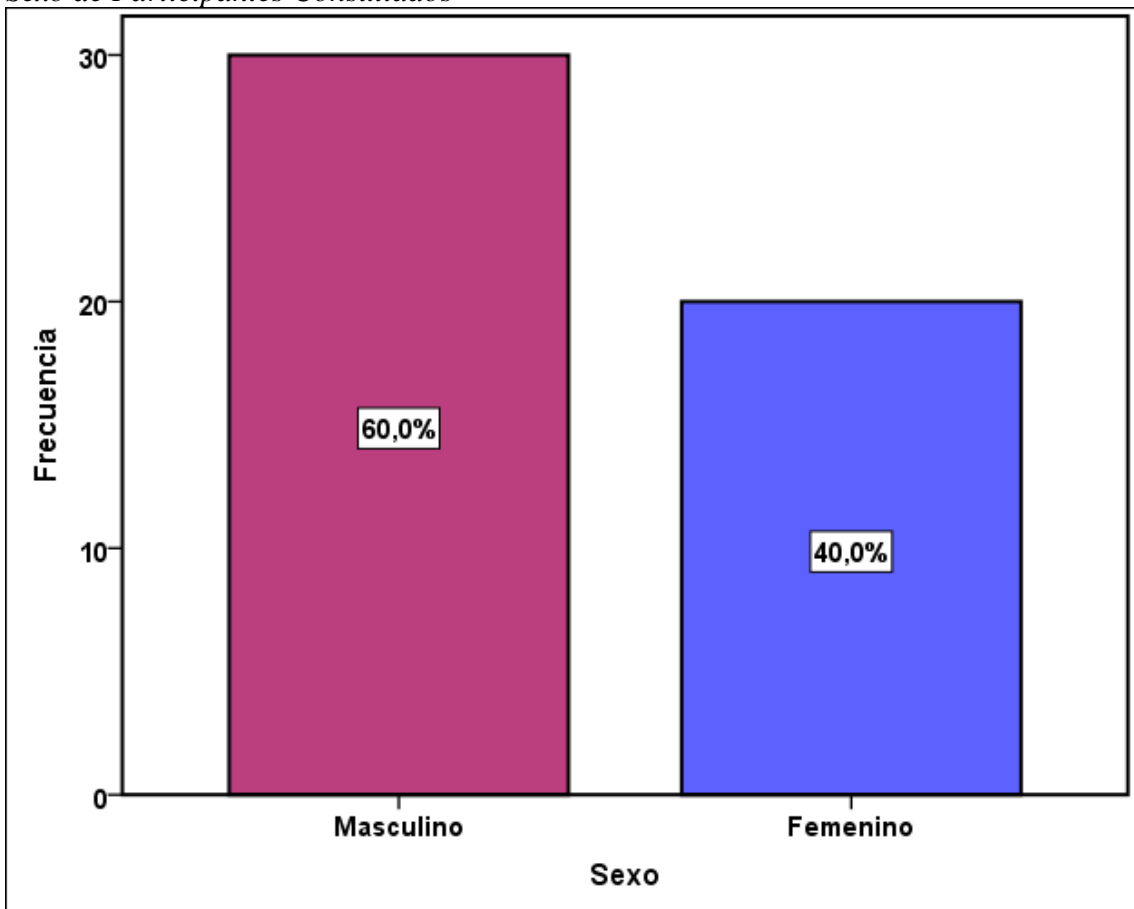
Interpretación: Para la figura 2, en relación a la edad de los participantes consultados, el 40% de los especialistas encuestados tienen menos de 35 años, el 44% entre 35 y 50 años y el 16% más de 50 años.

Tabla 3
Sexo de Participantes Consultados

Indicador	No	%
Masculino	30	60,0
Femenino	20	40,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 3
Sexo de Participantes Consultados

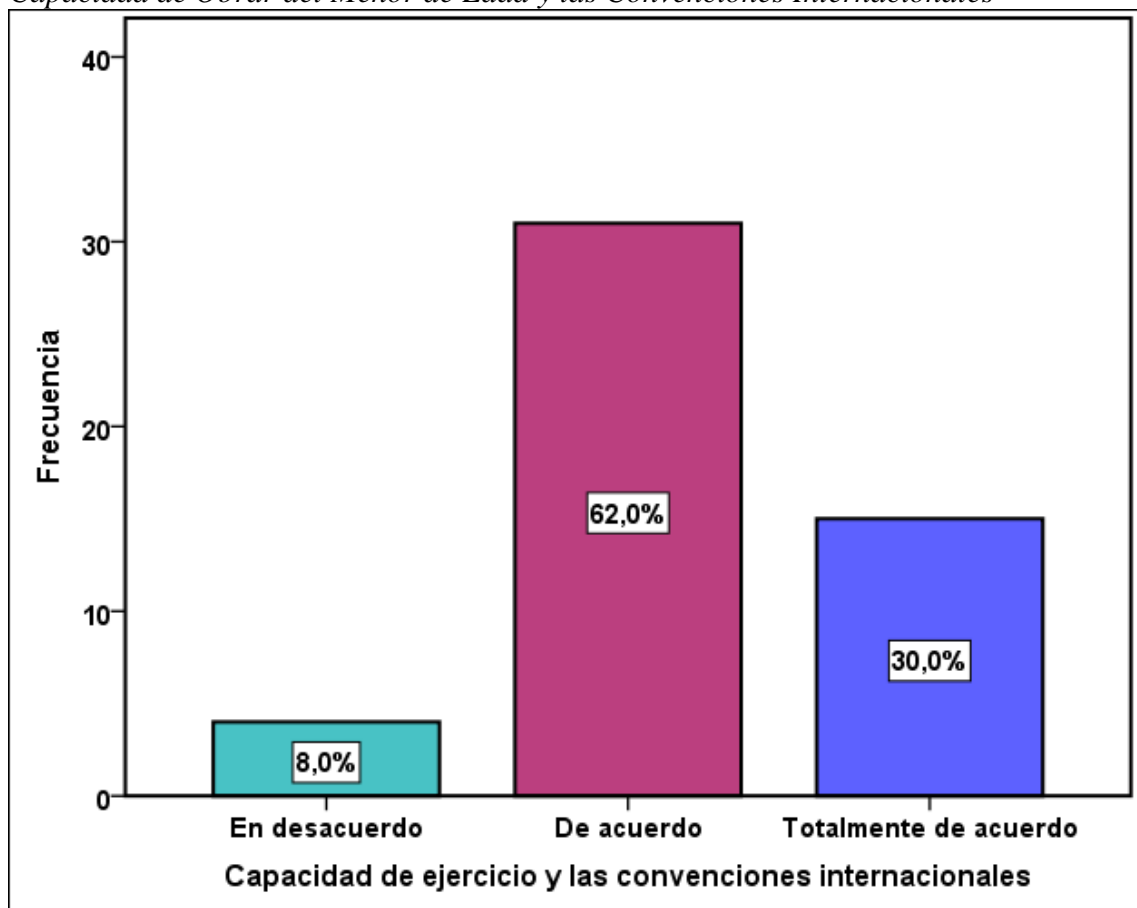


Interpretación: Para la figura 3, relacionada al sexo de los participantes consultados, el 60% de los especialistas encuestados son hombres y el 40% mujeres.

Tabla 4*Capacidad de Obrar del Menor de Edad y las Convenciones Internacionales*

Indicador	No	%
En desacuerdo	4	8,0
De acuerdo	31	62,0
Totalmente de acuerdo	15	30,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 4*Capacidad de Obrar del Menor de Edad y las Convenciones Internacionales*

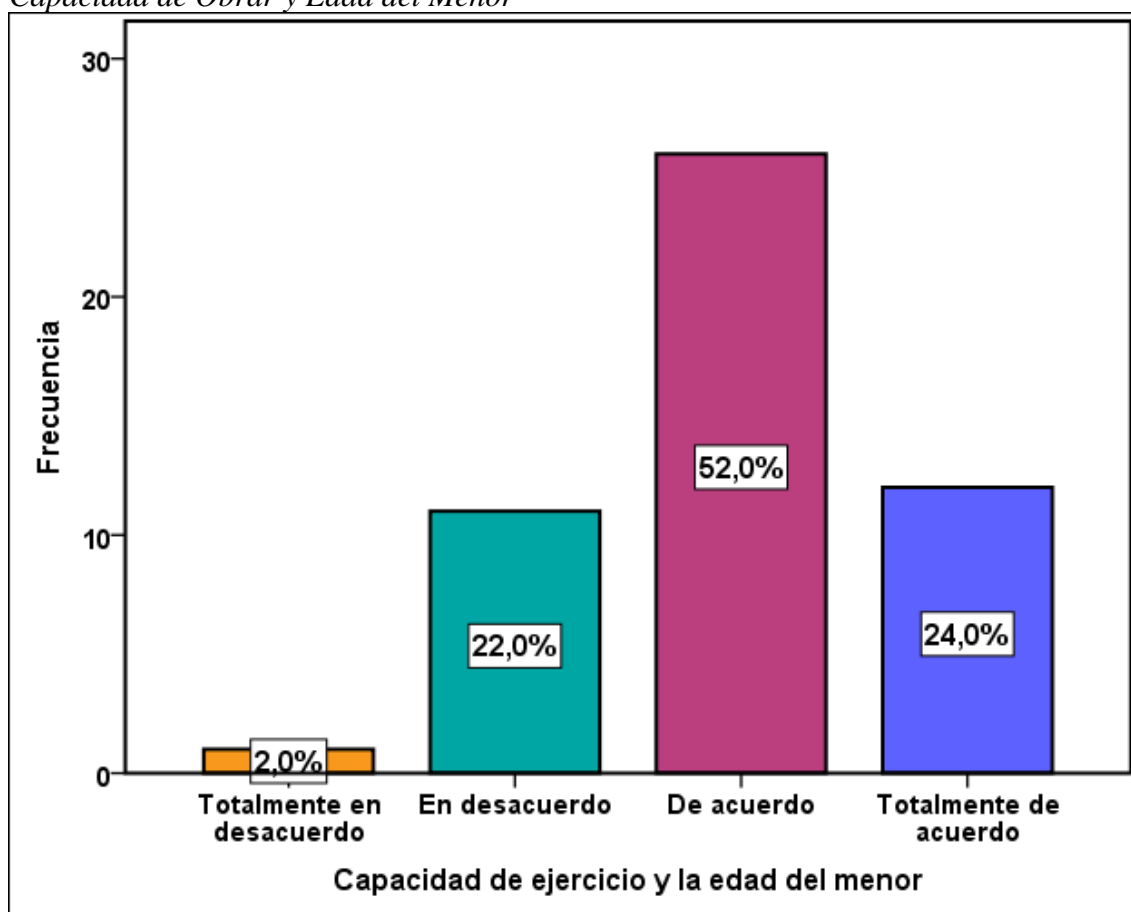
Interpretación: Para la figura 4, en relación a si estima que la norma civil debe estipular la Capacidad de obrar acorde las Convenciones Internacionales, sólo el 8,0% (4) de los participantes encuestados declararon estar en desacuerdo, mientras que el 62% (31) dijeron estar de acuerdo y el 30% (15) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 5
Capacidad de Obrar y Edad del Menor

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	11	22,0
De acuerdo	26	52,0
Totalmente de acuerdo	12	24,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 5
Capacidad de Obrar y Edad del Menor

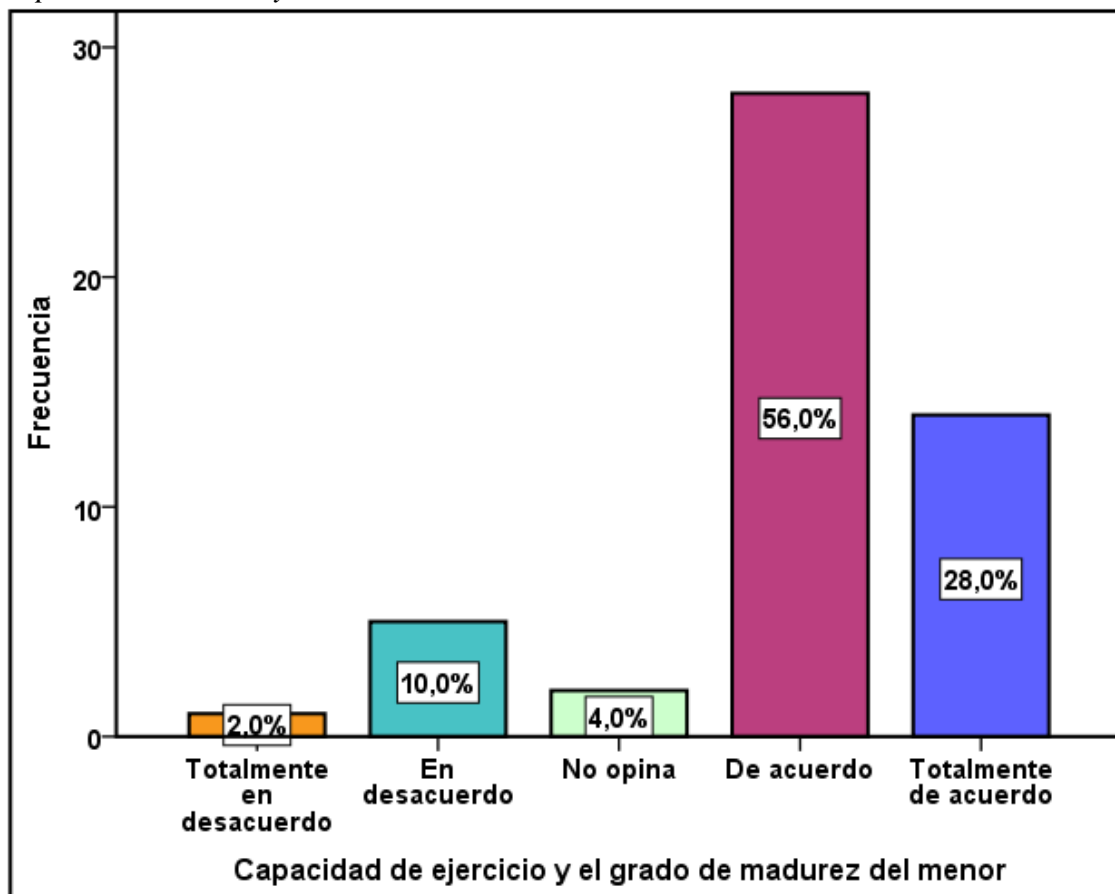


Interpretación: Para la figura 5, en relación a si estima que la facultad de obrar del menor no pende exclusivamente de su edad, sólo el 24% (12) de los participantes encuestados indicaron estar en discordancia o totalmente en discordancia, frente al 52% (26) que se mostraron en acuerdo. El 24% (12) también declararon estar totalmente de acuerdo.

Tabla 6*Capacidad de Obrar y el Grado de Madurez del Menor*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	5	10,0
No opina	2	4,0
De acuerdo	28	56,0
Totalmente de acuerdo	14	28,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 6*Capacidad de Obrar y el Grado de Madurez del Menor*

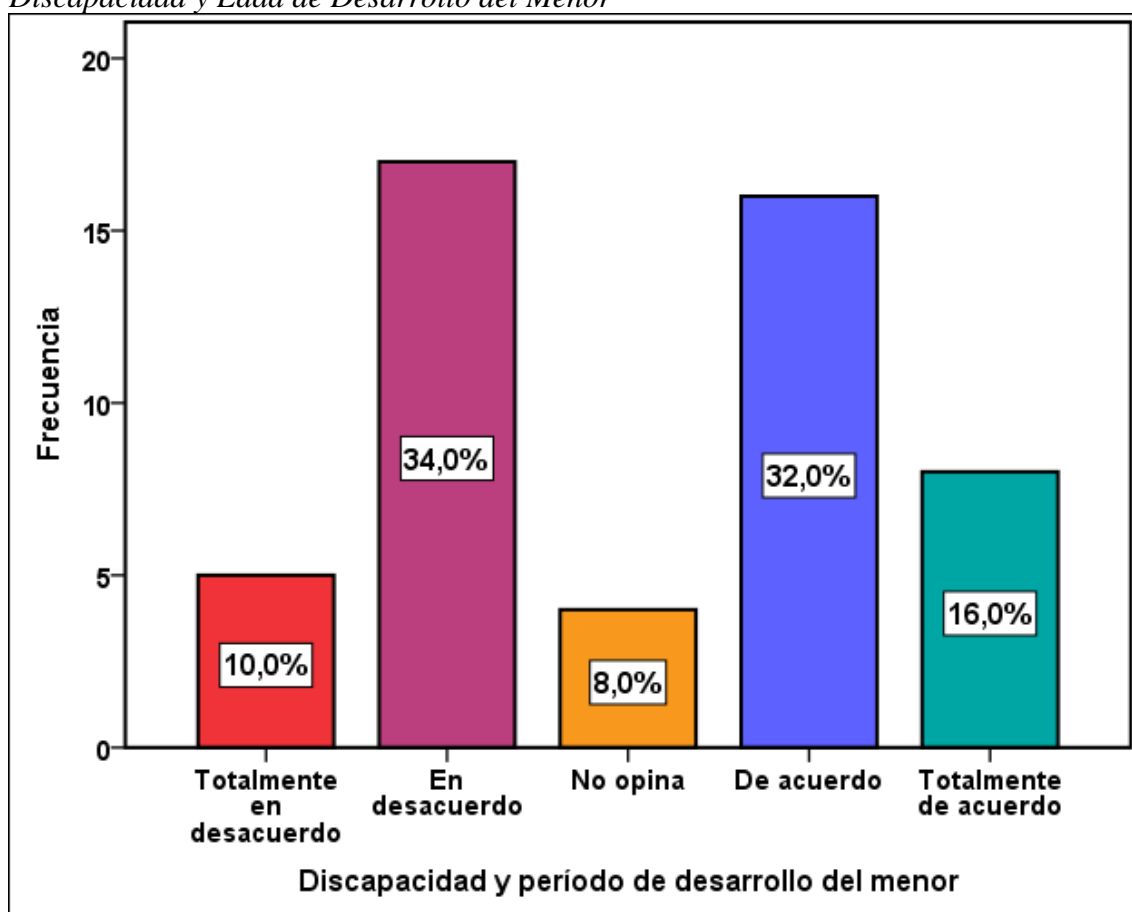
Interpretación: Para la figura 6, en relación a si estima que la facultad de obrar del menor pende del grado de madurez y desarrollo, sólo el 12% (6) de los encuestados se mostraron en disconformidad o totalmente en disconformidad, frente al 28% (14) que afirmaron estar totalmente conformes y el 56% (28) que se mostraron conformes.

Tabla 7
Discapacidad y Edad de Desarrollo del Menor

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	5	10,0
En desacuerdo	17	34,0
Indiferente	4	8,0
De acuerdo	16	32,0
Totalmente de acuerdo	8	16,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 7
Discapacidad y Edad de Desarrollo del Menor

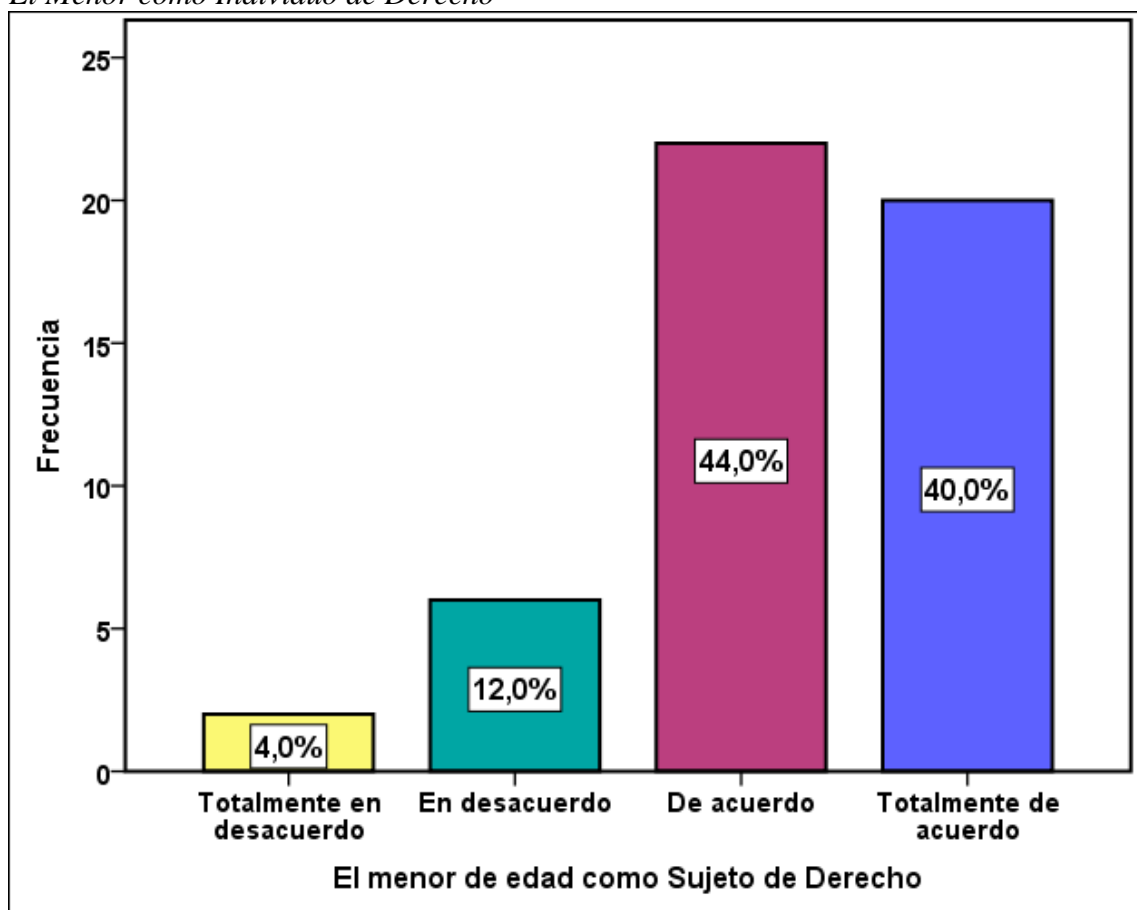


Interpretación: Para la figura 7, en relación a si estima que la edad de crecimiento y desarrollo del menor son un tipo de Discapacidad, en total, el 48,0% (24) de los especialistas consultados están conformes o totalmente conformes, frente al 44,0% (22) de los especialistas encuestados que están en disconformidad o totalmente en disconformidad. El 8% (4) de los especialistas no respondió a la encuesta.

Tabla 8*El Menor como Individuo de Derecho*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	2	4,0
En desacuerdo	6	12,0
De acuerdo	22	44,0
Totalmente de acuerdo	20	40,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

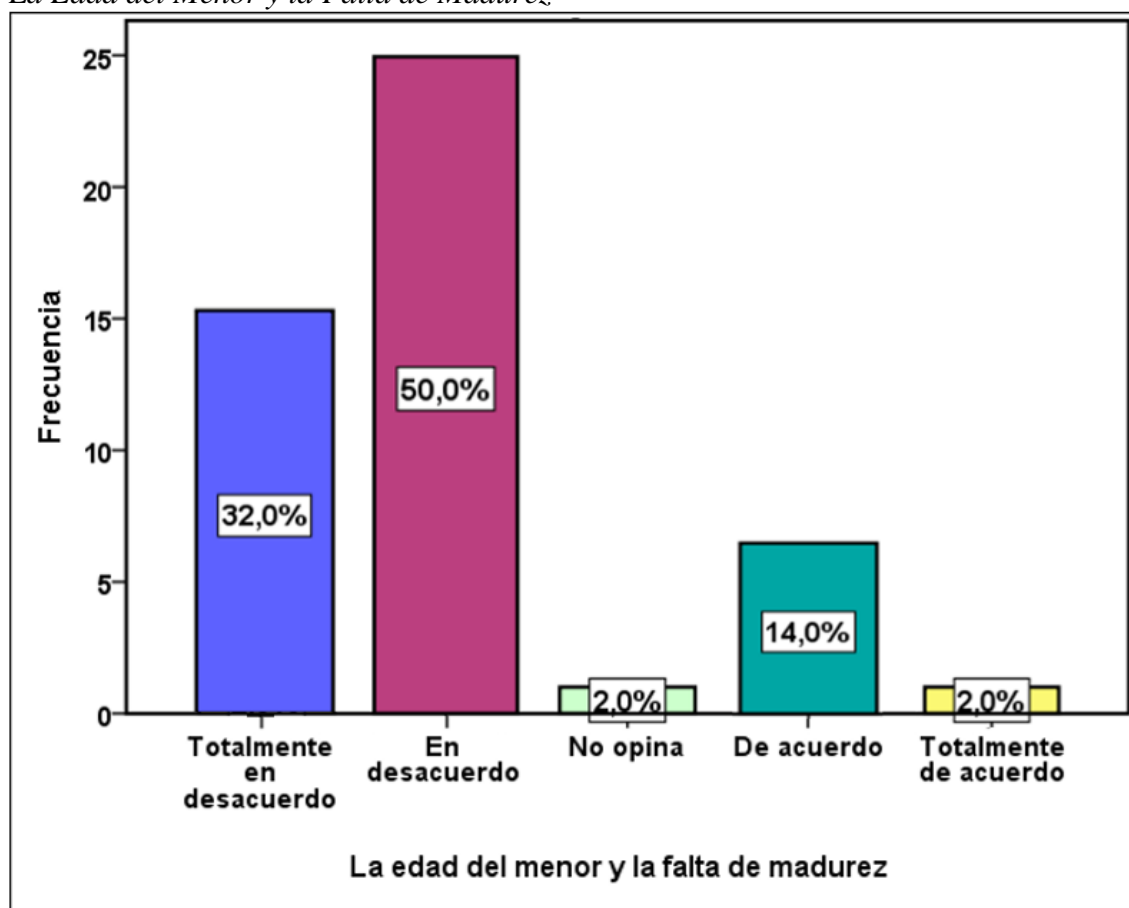
Figura 8*El Menor como Individuo de Derecho*

Interpretación: Para la figura 8, en relación a si estima que el menor ha de ser considerado como Individuo de Derecho, sólo el 16% (8) de los especialistas encuestados dice estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, frente al 44% (22) que está de acuerdo y el 40% (20) que está totalmente de acuerdo.

Tabla 9*La Edad del Menor y la Falta de Madurez*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	32,0
En desacuerdo	7	50,0
No opina	1	2,0
De acuerdo	25	14,0
Totalmente de acuerdo	16	2,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 9*La Edad del Menor y la Falta de Madurez*

Interpretación: Para la figura 9, en relación a si estima que el menor por su edad carece totalmente de madurez, discernimiento y voluntad, el 50% (25) de los especialistas que respondieron a la pregunta indicaron estar en desacuerdo, el 32,0% (16) dijeron estar totalmente en desacuerdo y sólo el 16% (8) dijeron estar de acuerdo o totalmente de acuerdo.

Tabla 10

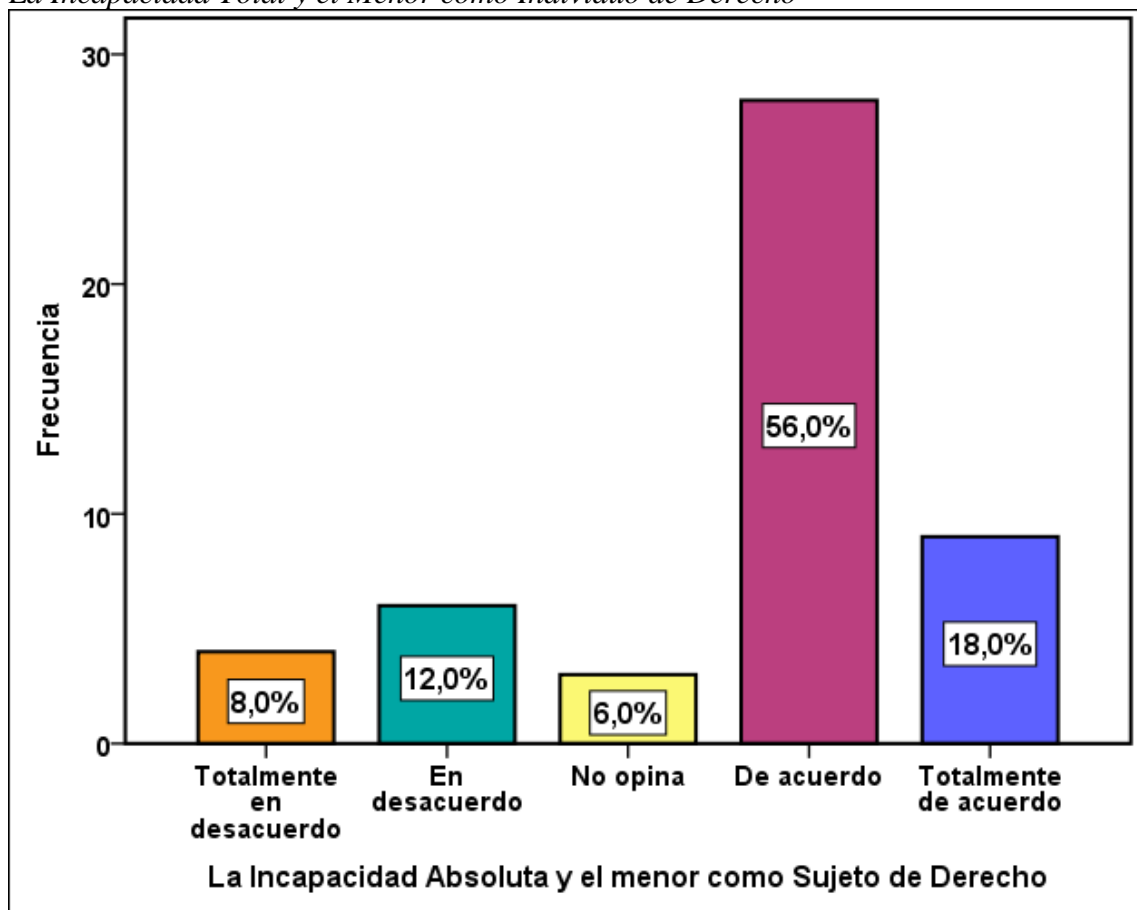
La Incapacidad Total y el Menor como Individuo de Derecho

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	4	8,0
En desacuerdo	6	12,0
No opina	3	6,0
De acuerdo	28	56,0
Totalmente de acuerdo	9	18,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 10

La Incapacidad Total y el Menor como Individuo de Derecho



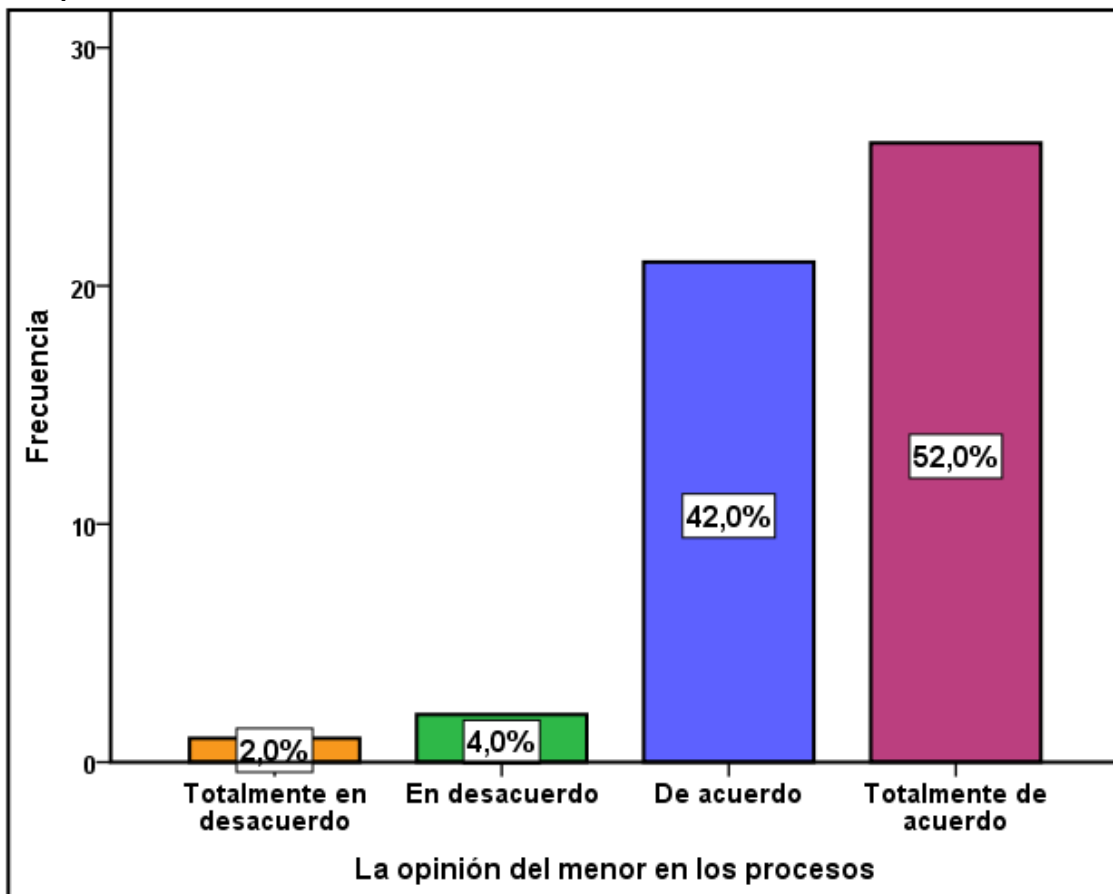
Interpretación: Para la figura 10, en relación a si estima que la Incapacidad total desconoce la calidad de Persona de derecho del menor de edad, sólo el 20% (10) de los especialistas encuestados dijeron estar en desacuerdo o totalmente en disconformidad, mientras que el 56% (28) dijeron estar de acuerdo y el 18% (9) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 11
La Opinión del Menor en los Procesos

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	2	4,0
De acuerdo	21	42,0
Totalmente de acuerdo	26	52,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 11
La Opinión del Menor en los Procesos

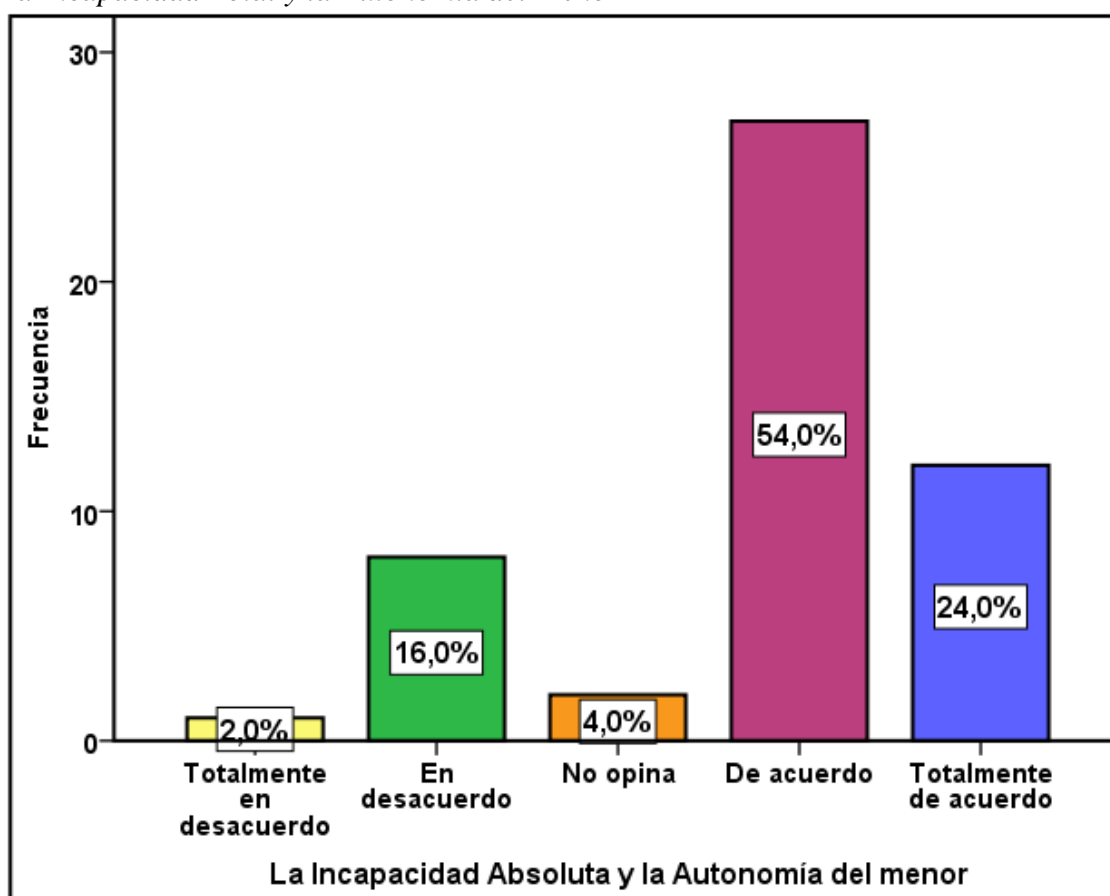


Interpretación: Para la figura 11, en relación a si estima que la opinión del menor debe ser escuchada en los procesos que le afectan, sólo el 6% (3) de los especialistas que respondieron a la pregunta dijeron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, mientras que el 52% (26) dijeron estar totalmente de acuerdo y el 42% (21) dijeron estar de acuerdo.

Tabla 12*La Incapacidad Total y la Autonomía del Menor*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	8	16,0
No opina	2	4,0
De acuerdo	27	54,0
Totalmente de acuerdo	12	24,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

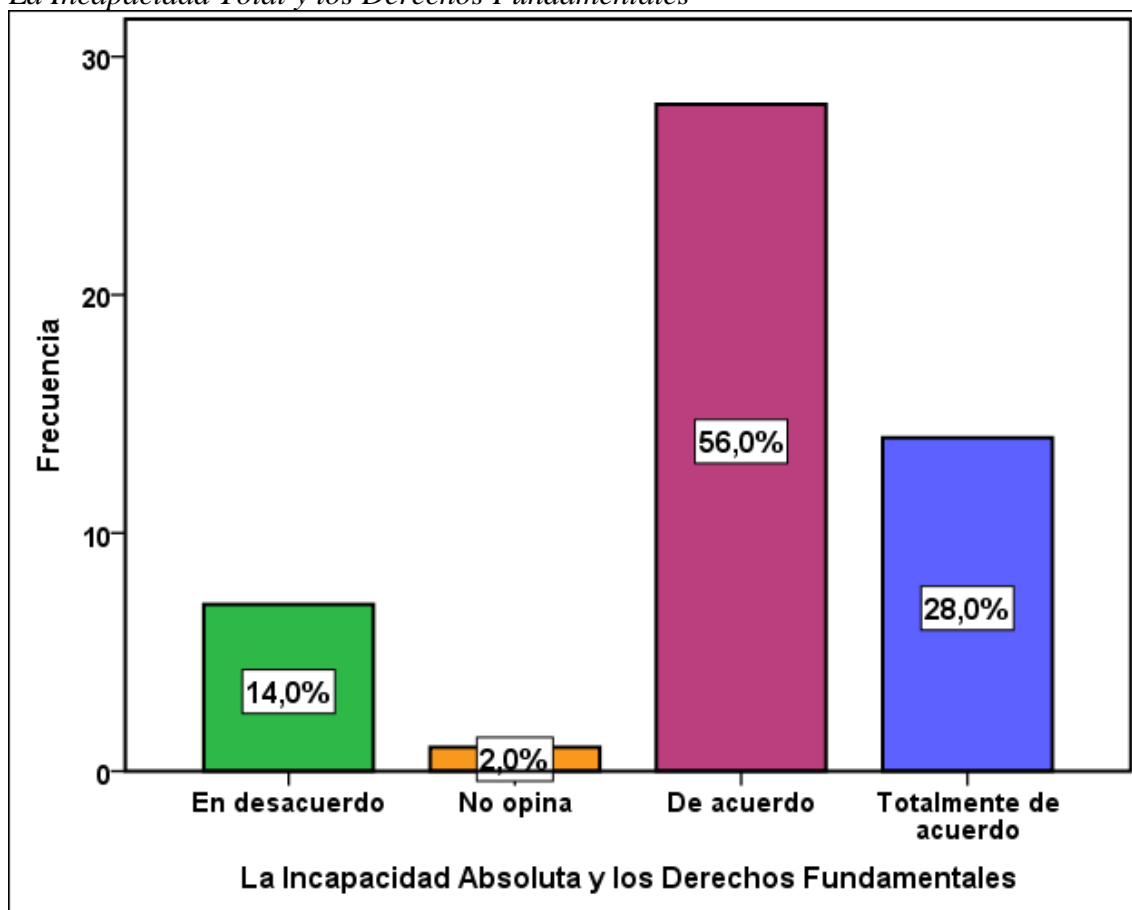
Figura 12*La Incapacidad Total y la Autonomía del Menor*

Interpretación: Para la figura 12, en relación a si estima que la Incapacidad total anula la autonomía y genera indefensión en el menor de edad, sólo el 18% (9) de los especialistas encuestados dijeron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, mientras que el 54% (27) dijeron estar de acuerdo y el 24% (12) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 13*La Incapacidad Total y los Derechos Fundamentales*

Indicador	No	%
En desacuerdo	7	14,0
No opina	1	2,0
De acuerdo	28	56,0
Totalmente de acuerdo	14	28,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

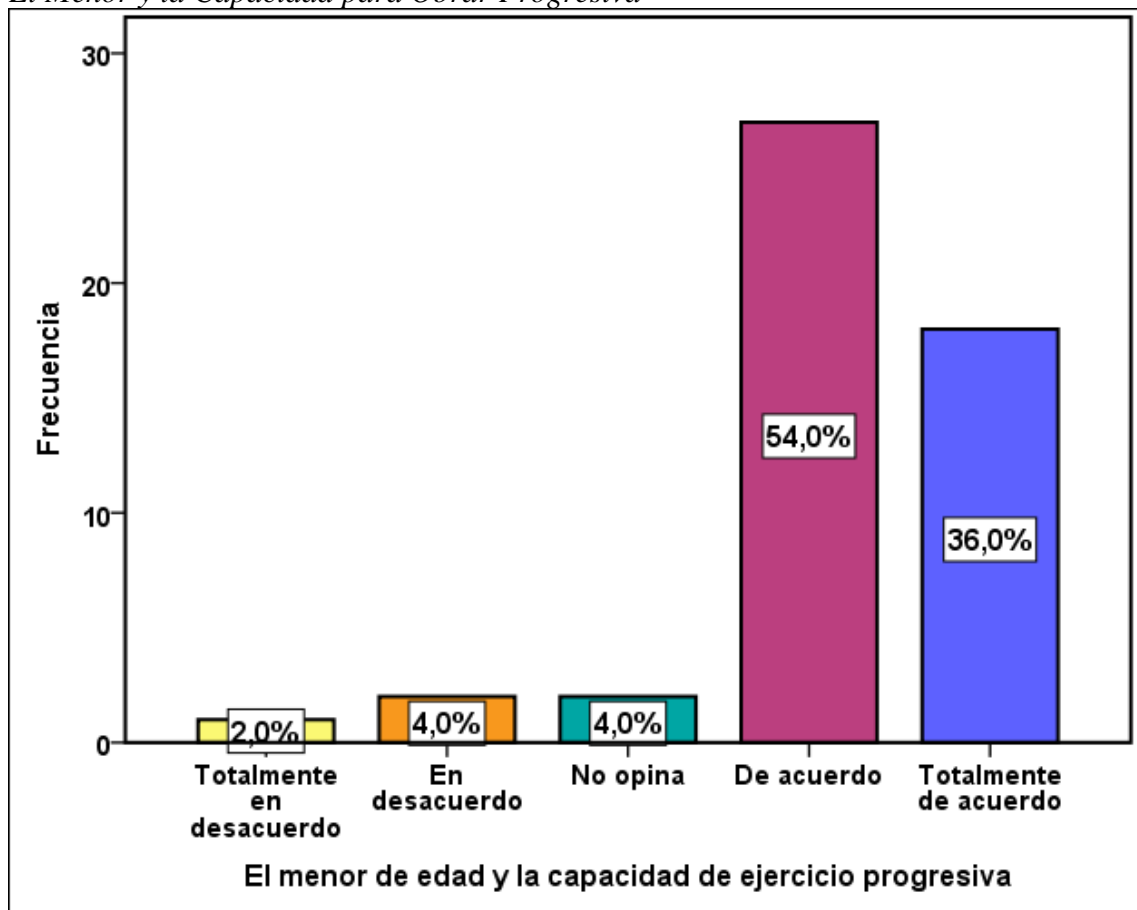
Figura 13*La Incapacidad Total y los Derechos Fundamentales*

Interpretación: Para la figura 13, en relación a si estima que la Incapacidad que regula el Art.43 de la norma civil vulnera derechos elementales del menor de edad, se observa que sólo el 14% (7) de los especialistas civiles encuestados están en desacuerdo, mientras que el 56% (28) de ellos están de acuerdo y el 28% (14) totalmente de acuerdo.

Tabla 14*El Menor y la Capacidad para Obrar Progresiva*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	2	4,0
No opina	2	4,0
De acuerdo	27	54,0
Totalmente de acuerdo	18	36,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

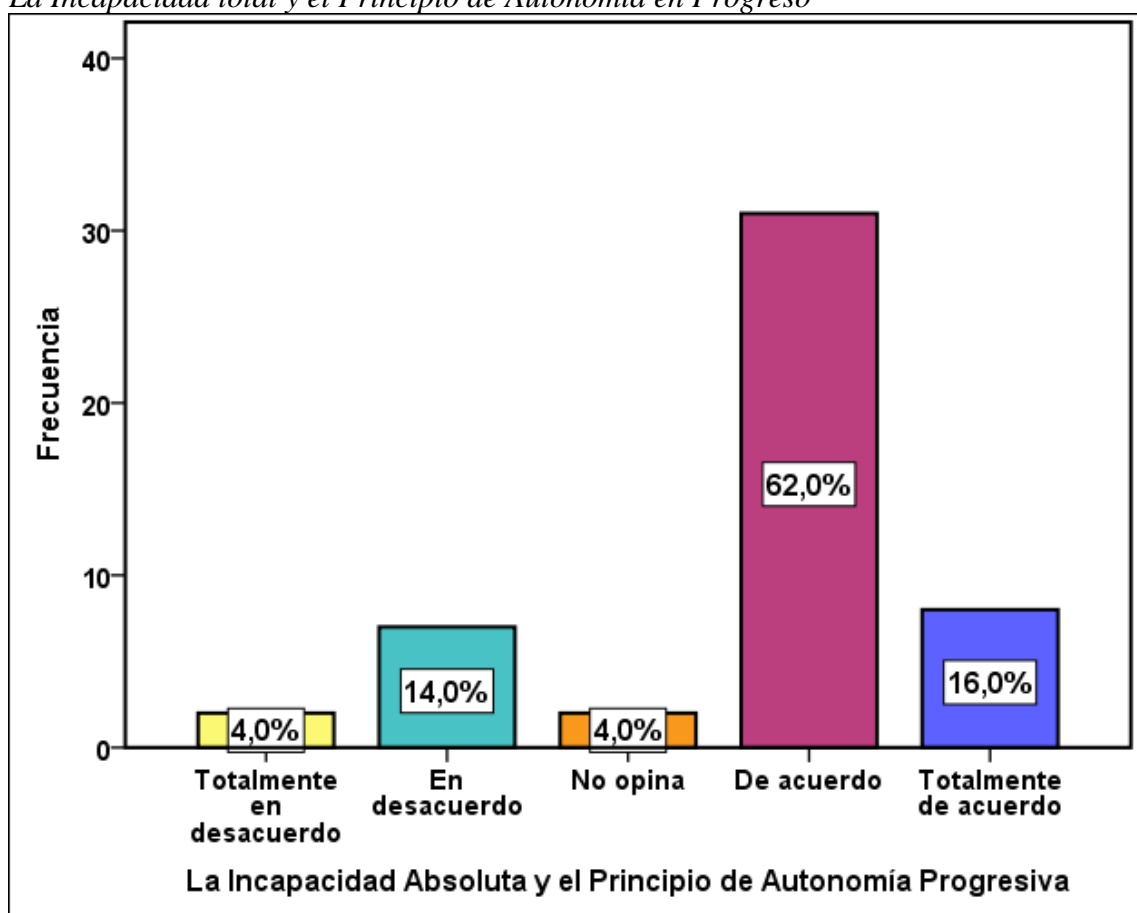
Figura 14*El Menor y la Capacidad para Obrar Progresiva*

Interpretación: Para la figura 14, en relación a si estima que el menor tiene la facultad para obrar en progreso, sólo el 6% (3) de los especialistas encuestados se declara en desacuerdo o totalmente en disconformidad, frente al 54% (27) que se declara de acuerdo y el 36% (18) que se declara totalmente de acuerdo.

Tabla 15*La Incapacidad total y el Principio de Autonomía en Progreso*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	2	4,0
En desacuerdo	7	14,0
No opina	2	4,0
De acuerdo	31	62,0
Totalmente de acuerdo	8	16,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 15*La Incapacidad total y el Principio de Autonomía en Progreso*

Interpretación: Para la figura 15, en relación a si estima que la Incapacidad total de menores contradice el Principio de Autonomía en Progreso, el 18% (9) de los especialistas encuestados dijeron estar en discrepancia o totalmente en discrepancia, frente al 16% (8) que dijeron estar totalmente de acuerdo y el 62% (31) que dijeron estar de acuerdo.

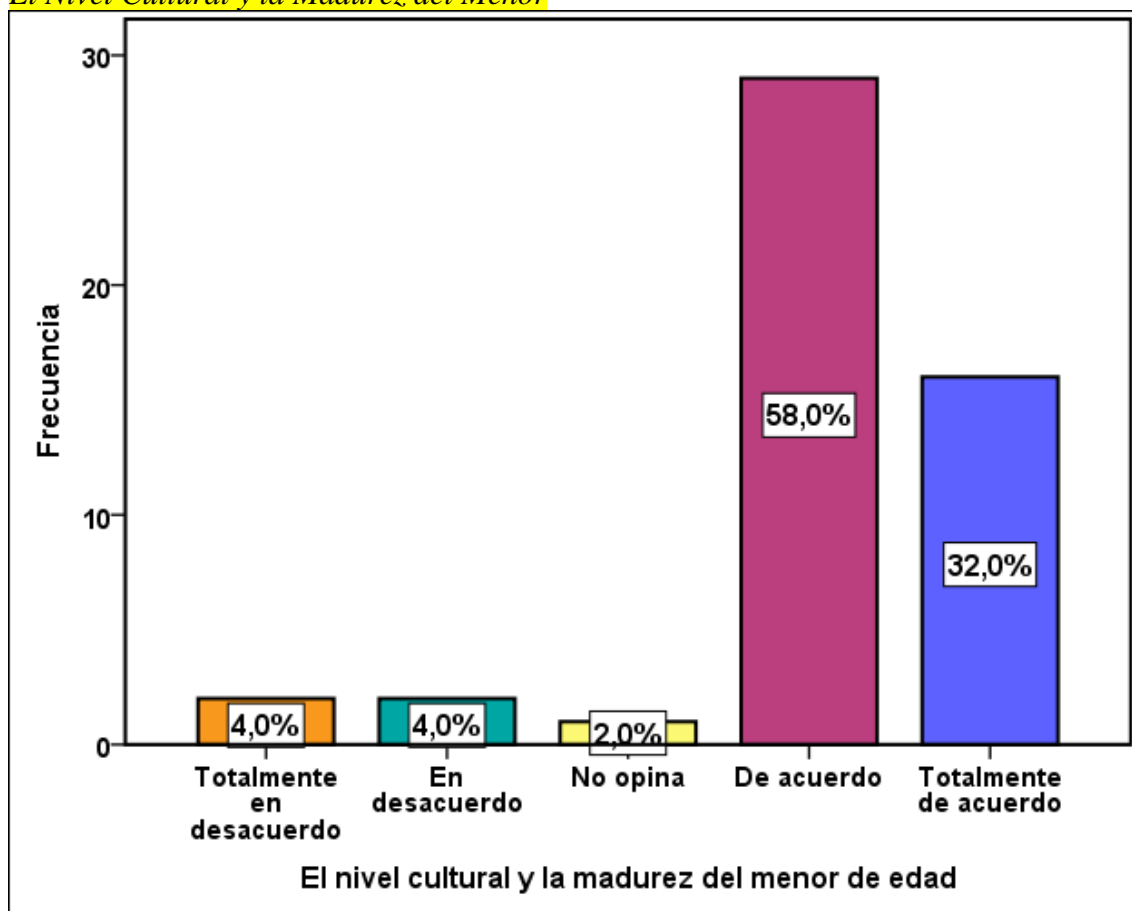
Tabla 16

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	2	4,0
En desacuerdo	2	4,0
No opina	1	2,0
De acuerdo	29	58,0
Totalmente de acuerdo	16	32,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 16

El Nivel Cultural y la Madurez del Menor



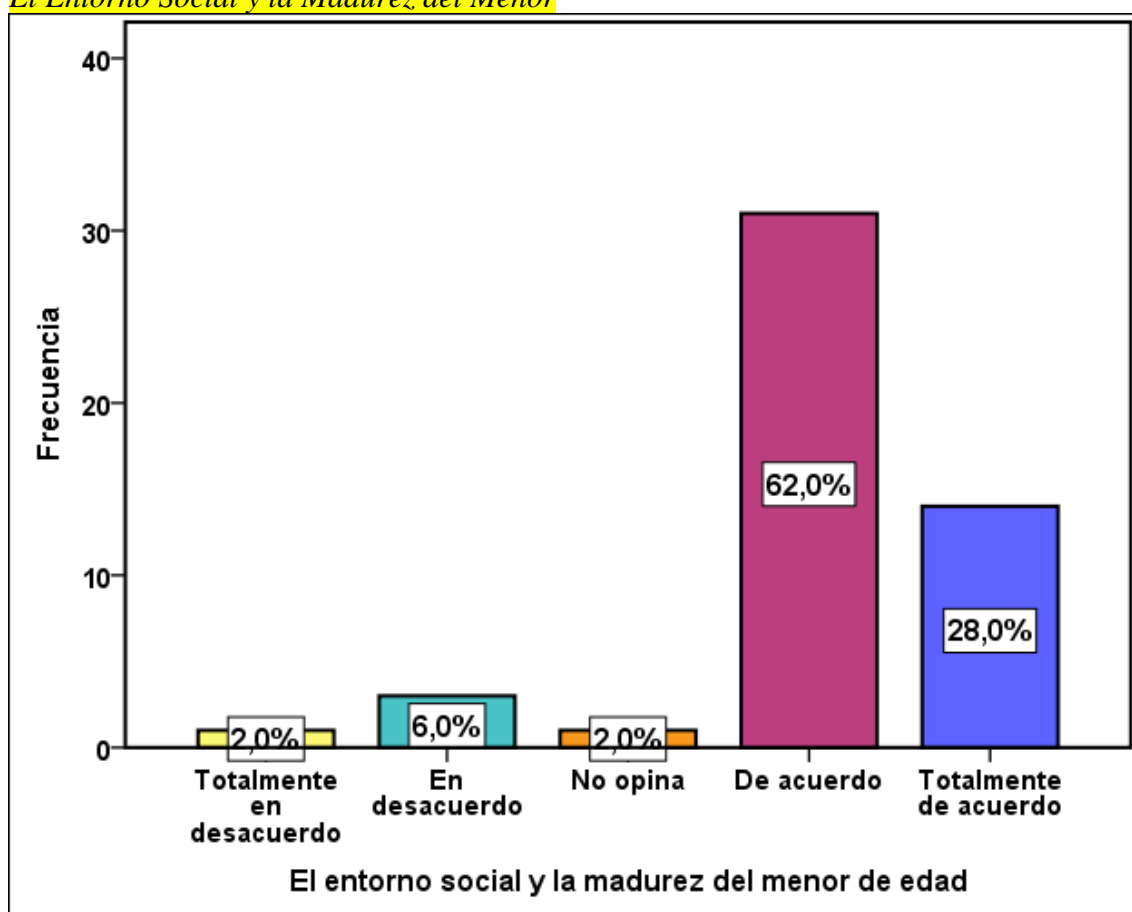
Interpretación: Para la figura 16, en relación a si estima que el nivel cultural (ej. Educación) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad, sólo el 8% (4) de los especialistas encuestados manifestaron estar en discrepancia o totalmente en discrepancia, frente al 32% (16) que dijeron estar totalmente de acuerdo y el 58% (29) que dijeron estar de acuerdo con la afirmación.

Tabla 17
El Entorno Social y la Madurez del Menor

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	3	6,0
No opina	1	2,0
De acuerdo	31	62,0
Totalmente de acuerdo	14	28,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 17
El Entorno Social y la Madurez del Menor

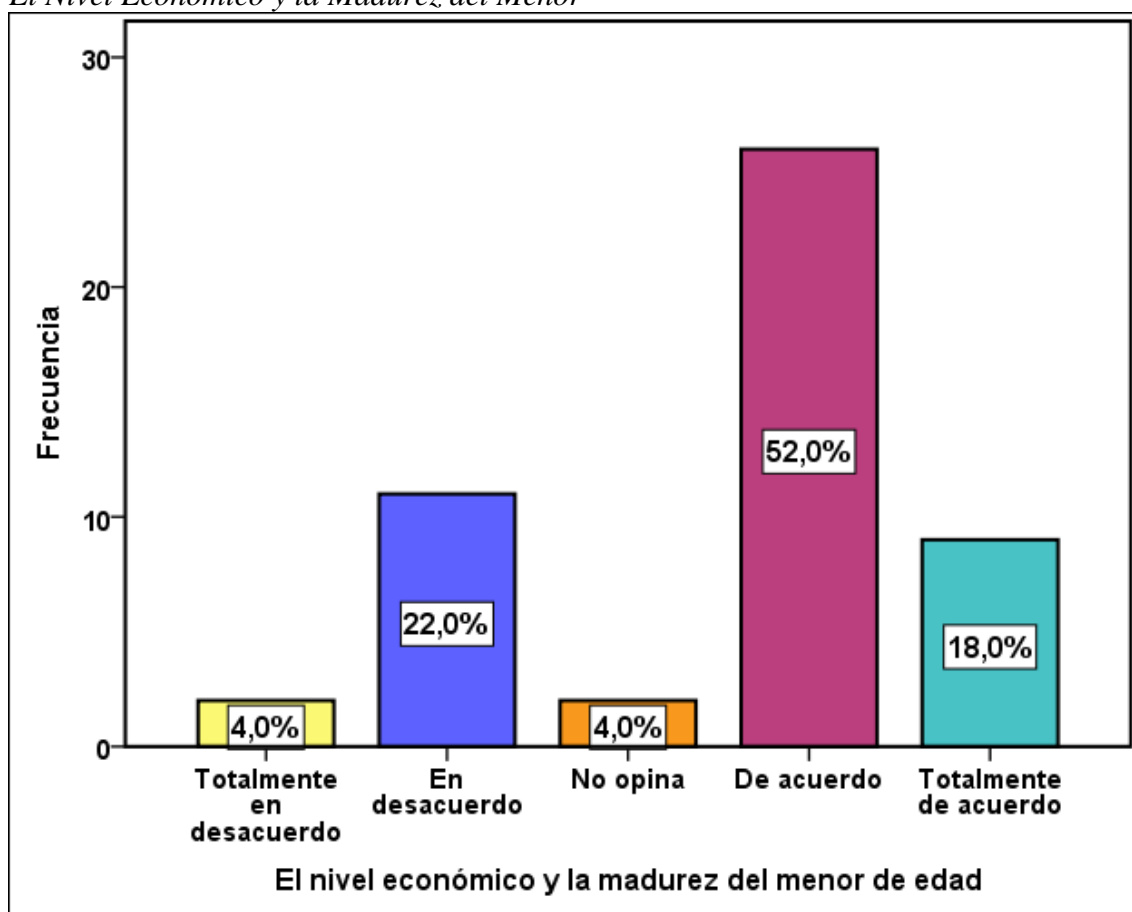


Interpretación: Para la figura 17, en relación a si estima que el entorno social (ej. Lugar de residencia) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad, el 62% (31) de los especialistas encuestados están de acuerdo, el 28% (14) totalmente conforme y sólo el 8% (4) dicen estar en disconformidad o totalmente en disconformidad.

Tabla 18*El Nivel Económico y la Madurez del Menor*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	2	4,0
En desacuerdo	11	22,0
No opina	2	4,0
De acuerdo	26	52,0
Totalmente de acuerdo	9	18,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 18*El Nivel Económico y la Madurez del Menor*

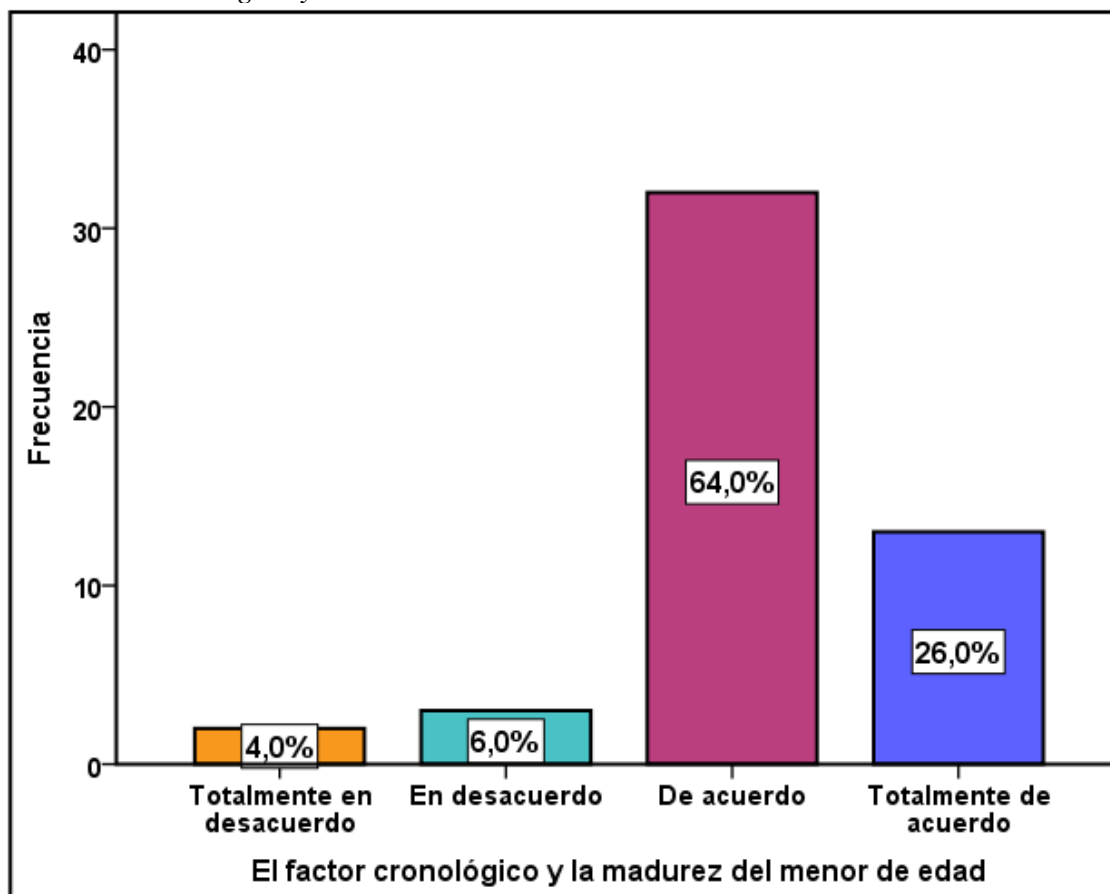
Interpretación: Para la figura 18, en relación a si estima que el nivel económico (ej. Comodidades) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad, sólo el 26% (13) de los especialistas encuestados dijeron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, mientras que el 52% (26) dijeron estar de acuerdo y el 18% (9) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 19
El Factor Cronológico y la Madurez del Menor

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	2	4,0
En desacuerdo	3	6,0
De acuerdo	32	64,0
Totalmente de acuerdo	13	26,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 19
El Factor Cronológico y la Madurez del Menor

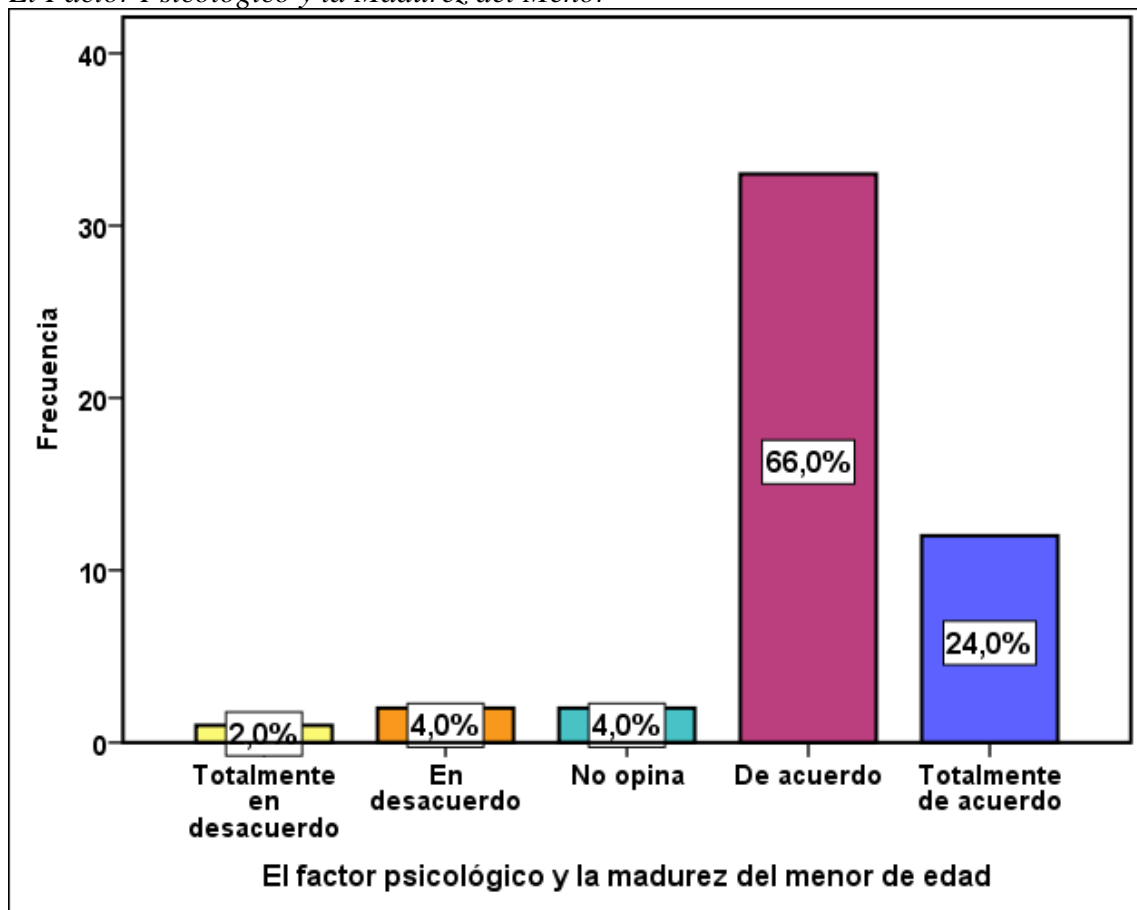


Interpretación: Para la figura 19, en relación a si estima que el factor cronológico (ej. La edad) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad, Sólo el 10% (5) de los especialistas que respondieron a la pregunta dijeron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, mientras que el 64% (32) dijeron estar de acuerdo y el 26% (13) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 20*El Factor Psicológico y la Madurez del Menor*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	2	4,0
No opina	2	4,0
De acuerdo	33	66,0
Totalmente de acuerdo	12	24,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 20*El Factor Psicológico y la Madurez del Menor*

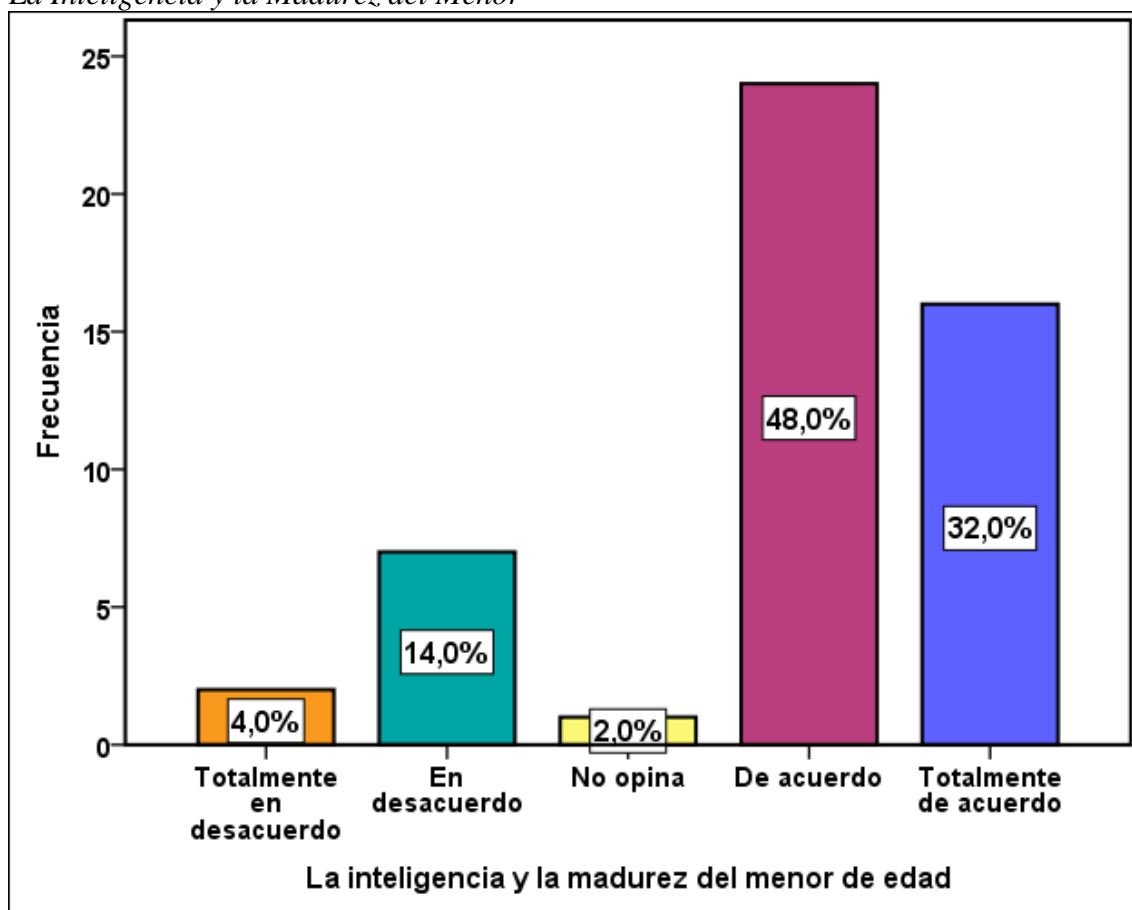
Interpretación: Para la figura 20, en relación a si estima que el factor psicológico (ej. Experiencias) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad, sólo el 6% (3) de los especialistas encuestados dijeron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, mientras que el 66% (33) dijeron estar de acuerdo y el 24% (12) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 21
La Inteligencia y la Madurez del Menor

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	2	4,0
En desacuerdo	7	14,0
No opina	1	2,0
De acuerdo	24	48,0
Totalmente de acuerdo	16	32,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 21
La Inteligencia y la Madurez del Menor

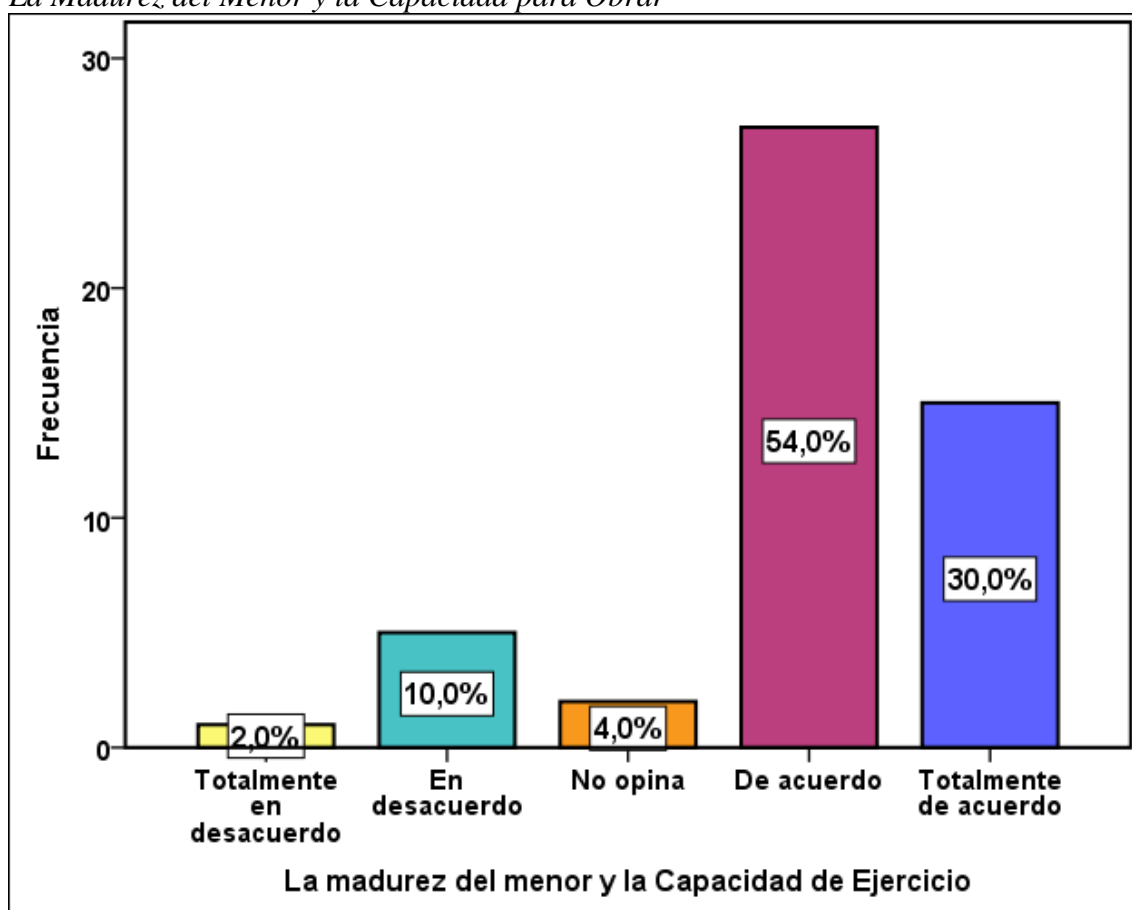


Interpretación: Para la figura 21, en relación a si estima que la inteligencia (ej. Conocimiento) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad, sólo el 18% (9) de los especialistas encuestados dijeron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, mientras que el 48% (24) dijeron estar de acuerdo y el 32% (16) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 22*La Madurez del Menor y la Capacidad para Obrar*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	5	10,0
No opina	2	4,0
De acuerdo	27	54,0
Totalmente de acuerdo	15	30,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

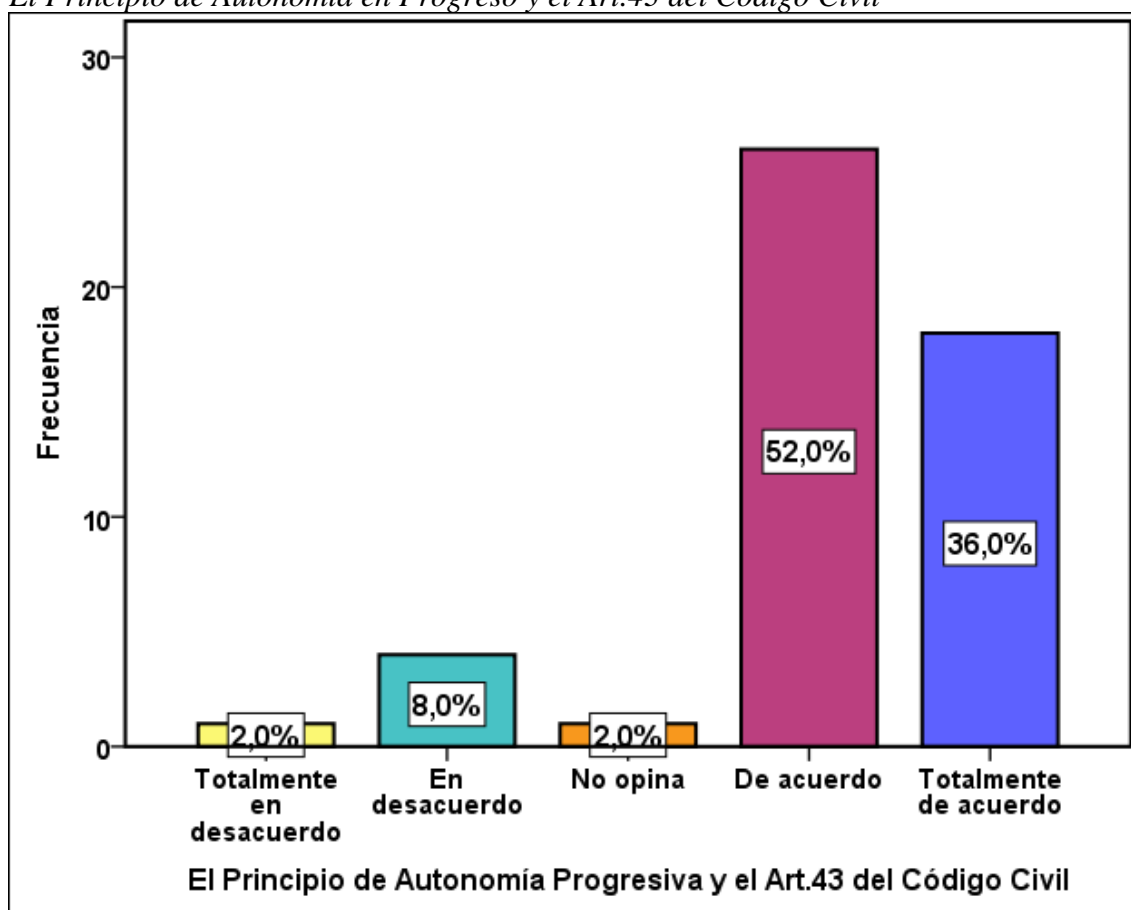
Figura 22*La Madurez del Menor y la Capacidad para Obrar*

Interpretación: Para la figura 22, en relación a si estima que el grado de desarrollo y madurez del menor de edad son determinantes para la Capacidad de Despliegue de derechos, sólo el 12% (6) de los especialistas que respondieron al estudio dijeron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad, mientras que el 54% (27) dijeron estar de acuerdo y el 30% (15) dijeron estar totalmente de acuerdo.

Tabla 23*El Principio de Autonomía en Progreso y el Art.43 del Código Civil*

Indicador	No	%
Totalmente en desacuerdo	1	2,0
En desacuerdo	4	8,0
No opina	1	2,0
De acuerdo	26	52,0
Totalmente de acuerdo	18	36,0
Total	50	100,0

Nota: Se encuestó a los especialistas que ejercen el derecho civil en el distrito judicial Lambayeque en 2022.

Figura 23*El Principio de Autonomía en Progreso y el Art.43 del Código Civil*

Interpretación: Para la figura 23, en relación a si estima que el Principio de Capacidad Progresiva del menor de edad debe modificar el Art.43 del Código Civil, el 52% (26) de los especialistas encuestados indicaron estar conforme, el 36% (18) indicaron estar totalmente conforme y sólo el 10% (5) indicaron estar en disconformidad o totalmente en disconformidad.

3.2. Discusión de los resultados

A partir de la interpretación dada a las tablas estadísticas de los sondeos aplicados a los especialistas en tema civil, se ha confirmado lo siguiente:

1. Para los resultados de la consulta N°1 (tabla con figura N°4), el 92% de los especialistas que respondieron a la encuesta creen que **la norma civil debe normar la Capacidad de Ejercer de acuerdo con los Convenios Internacionales**. En esta perspectiva, la Convención sobre Derechos del menor (1989) ha analizado principios primordiales como el de autodeterminación progresiva, que fomenta el despliegue paulatino de los derechos de acuerdo con el desarrollo, la madurez, autonomía y discernimiento para la intervención en cuestiones administrativas o judiciales. Ello en concordancia con el Modelo de defensa integral del menor, prototipo en el que el niño cesa de ser un objeto que hay que proteger para ser estimado individuo de Derechos. El concepto de capacidad progresiva de autodeterminación de los derechos, según Rajmil y Llorens (2015), contiene el aspecto más pertinente de la Convención porque permite a los menores desplegar sus derechos de forma más adaptable o flexible y no sólo en función de su edad cronológica sino también de su madurez, independencia, discernimiento y crecimiento. Del Mazo (2014), respalda esta afirmación diciendo que, a diferencia del sistema cerrado y rígido que rige actualmente en el derecho civil, la autodeterminación progresiva establece que los menores deben ir asumiendo los roles y funciones que les corresponden en función de su madurez, discernimiento y desarrollo mental. Debemos ser conscientes de que el modelo integral de cuidado sustenta que el mejor modo de asegurar el afianzamiento y respeto del total de derechos del menor es que éste participe activamente en el despliegue de los mismos de acuerdo con su crecimiento y la evolución de sus capacidades. Como resultado, otros responsables del menor, la familia, la colectividad y el gobierno se convierten en defensores de estos derechos (Piconto, 2016). Los acuerdos y convenciones mencionadas y el derecho internacional contemporáneo apoyan así el reconocimiento universal y la defensa de los derechos elementales de los menores, en un entorno de igualdad, libertad y dignidad. Se pide a las naciones firmantes que armonicen sus normas, procedimientos y protección jurisdiccional de estas personas en un esfuerzo continuo por cerrar las brechas del pasado de abuso, violación y discriminación de los derechos de los individuos más vulnerables.

2. Podemos observar que existen dos enfoques teóricos opuestos sobre el desarrollo infantil que influyen en el modo de asumir el concepto de madurez y el desarrollo de las facultades a partir de los resultados alcanzados de la consulta N°2 (tabla con figura N°5), en la que se preguntaba si la capacidad de despliegue de ejercicios del menor no pende exclusivamente de su edad. El 76% de los especialistas encuestados respondieron afirmativamente; según las teorías tradicionales, el crecimiento implica un período en que el niño experimenta diversas etapas de crecimiento físico (organismo), mental (intelecto y psique) y espiritual. A partir de la adolescencia, el niño comienza a tener un nivel de funcionamiento formal que le permite obrar no sólo en el nivel de lo objetivo e inmediato del cosmos, sino también en el nivel de lo teórico, de lo viable, de los ideales, hipótesis y suposiciones, que le dan la facultad de una inteligencia reflexiva completa que se caracteriza por la independencia de juicio, la razón, el discernimiento, la madurez, etc. (Piaget 1999). Como resultado, esta teoría enfatiza la infancia como un proceso universal, lineal y secuencial, restando importancia al papel que el entorno familiar y los factores sociales, culturales y económicos tienen en el desarrollo cognitivo del niño (Qvortrup 1995). Desde otra parte, existen teorías pedagógicas que cuestionan las teorías tradicionales porque consideran que no dan cuenta adecuadamente de la complejidad de los factores que influyen en la facultad de aprendizaje de los niños, y restan importancia al entorno y a la madurez como resultado de transformaciones financieras, sociales, formativas, familiares y ambientales, particularmente aquellos que están conectados con las prácticas formativas en las que se desarrolla su existencia (Harkness 1982). Por su parte, Espinoza (2020) continúa diciendo que cualquier escrito convencional sobre derecho de familia demostraría cómo el concepto de la completa sumisión del menor a la potestad de los padres controla su relación. No obstante, en concordancia con los derechos de autodeterminación progresiva de los menores, esta doctrina debe ser reexaminada. Así, el autor coincide con quienes sustentan que la edad no puede ni debe ser un factor que clasifique a los individuos en dos grupos a la hora de diseñar y aplicar principios fundamentales; respecto que, si se es mayor de edad, se es una persona de pleno derecho, y si se es menor, se es una persona sin absoluto derecho, lo cual es incompatible con la propia naturaleza.
3. Según las respuestas de la pregunta N°3 (tabla y figura N°6), una totalidad del 84% de los especialistas encuestados cree que la capacidad de un menor para ejercer la sus derechos, deberes y obligaciones depende del nivel de madurez y discernimiento que

tenga; esta postura está respaldada por el Tribunal de los Lores, que estableció el principio de la edad de adultes en materia médica en función del nivel de madurez, autonomía y discernimiento del menor. Este principio se asienta en la concepción de que los individuos desarrollan competencia y facultades para consentir o rechazar una atención médica incluso antes de lograr la edad legal de adultes (Brahams, 1985). Del mismo modo, Nunes y da Gua (2016), sustentan que debe examinarse el nivel de madurez, autonomía y discernimiento del individuo y no la incapacidad como categoría legal; si el individuo, aun estando con menos de la edad adulta, tiene un discernimiento claro para algunos actos, es definitivamente capaz de cometerlos. Es incomprensible por qué los adultos afectados gravemente con la ausencia total de discernimiento pueden participar en contratos rutinarios diarios, pero no los menores pequeños y los jóvenes que tienen autonomía, madurez y discernimiento. Así, Chipana (2018) continúa: El discernimiento, sinónimo de madurez, en cuestiones de capacidad es una conexión que hace posible definir si uno tiene ante sí a un individuo que puede contratar o no. Este es un principio fundamental para la creación de la voluntad, sobre el cual se predica la declaración de la misma.

4. En base a las respuestas a la consulta N°5 (tabla con figura N°8), se desprende que una significativa totalidad de los especialistas encuestados 84% considera que el menor debe ser reconocido como individuo de derecho, esta postura es coherente con la afirmación de Alessandri (1990), de que sólo se puede ser una de dos cosas en relación con la ley: o individuo u objeto y al mismo tiempo, Orgaz (1961), añade que aunque ambas ideas están entrelazadas y sirven de fundamento a la relación jurídica, individuo y objeto son por naturaleza distintos, ocupando cada uno de ellos un espacio diferente en la dimensión legal, consecuentemente, el individuo no debe ser visto como el objeto de la interacción. El conjunto de atribuciones y deberes reconocidos por el derecho son detentados por el individuo de derecho, que también goza de ellos como punto de referencia normativo. Se es persona de derecho y titular o dueño de los derechos, deberes y obligaciones que comporta por el hecho de ser humano (Espinoza, 2012). Por ello, todo humano tiene la capacidad de ser titular dueño de derechos y los correspondientes deberes y obligaciones legales desde que es concebido hasta la muerte, siempre que se respeten su libertad y dignidad inherentes (Torres, 2018).
5. Según los resultados de la consulta N°9 (tabla con figura N°12), una totalidad del 78% de los especialistas respondió afirmativamente cuando se les preguntó si creían que la incapacidad total de los menores interfería en su desarrollo de la autodeterminación

progresiva, esta posición es clara porque ambas instituciones han seguido históricamente modelos opuestos y divergentes. Por una parte, el modelo tradicional ha producido un punto de vista del menor que lo presenta como carente de medios para proteger sus intereses más fundamentales. Este modelo, que cuenta con cierto apoyo desde la perspectiva patrimonial pero que ha supuesto una merma de sus derechos en otros ámbitos, ha llevado a que el menor aparezca como una persona falta de madurez, autonomía y discernimiento, que históricamente ha tolerado violaciones de sus derechos más básicos con el pretexto de protegerlos (Aguilar, 1985). Esta Autonomía Progresiva, establecida en el derecho internacional, se basa en la Convención sobre Derechos del menor Art. 5, que establece que los niños adquieren la capacidad de desplegar sus derechos en proporción en que desarrollan sus conocimientos, aptitudes, discernimiento, independencia y comprensión. No existe una edad determinada para este desarrollo, sino que los padres y tutores deben evaluar continuamente el desarrollo de los niños, que en este caso cumplen un rol o hacen el papel de representantes, determinar cuánta orientación y apoyo necesita el menor para efectuar decisiones independientes basadas en su personal interés y autodeterminación, de modo que un menor con mayor autonomía necesitará menos asistencia y apoyo para desplegar su voluntad asentada en su personal interés, y la percepción de sus derechos, deberes y obligaciones. Aunque es cierto que definir a través de normas generales la capacidad de los menores para desplegar sus derechos es un tanto complicado, dado que son un colectivo muy diverso por sus diferentes edades y niveles de desarrollo, la Convención gira en torno a dos puntos principales: la protección y la autodeterminación, que a primera vista parecen incompatibles pero que, aplicados a cada caso concreto, confluyen en una fórmula acabada que se ajusta con lo planteado por la doctrina para la defensa integral que alienta la Convención (Aranguren, 1998).

6. Según las respuestas de la pregunta N°10 (tabla con figura N°13), una totalidad del 84% de los especialistas indicó que creía que la incapacidad total violaba los derechos elementales de los niños en su calidad de individuos de derecho, esta postura respalda la investigación de Mbaku (2020), sobre el matrimonio infantil en algunos países africanos, donde queda claro que los menores son tratados como objetos y coaccionados por sus propios padres para casarse con adultos, una práctica que no sólo constituye una delicada transgresión de sus derechos primordiales, sino que también acaba con sus planes de una vida plena, sus esperanzas de educación, empleo y la oportunidad de crecer con dignidad sin tener la oportunidad de expresar sus deseos. Por

ello, aplicar el binario capacidad e incapacidad del Art.43 de la norma civil al despliegue de derechos de los menores por razón de su edad vulneraría su autonomía, sus derechos elementales y su estatus de personas de derecho, condición por la que, de acuerdo con los recientes paradigmas, la doctrina moderna y los principios vigentes generalmente aceptados, se les reconoce el despliegue paulatino de sus derechos de acuerdo con su madurez, autonomía, discernimiento y aptitud. Por otro lado, la versión actual de la Convención de Derechos del menor sugiere un cambio drástico en la forma de percibir y reconocer los derechos fundamentales, intentando mejorar una situación que ha sido objeto de graves abusos (García, 1998).

7. Según las respuestas de la pregunta N°11 (tabla con figura N°14), el 90% de los especialistas respondieron positivamente cuando se les consultó si pensaban que el menor tenía capacidad gradual para ejercer derechos; así, vemos que la interconexión del individuo con la sociedad es necesaria para su supervivencia y beneficio, limitarla sería negarle acceso a la realización de sus necesidades primordiales de subsistencia, menos aún en una sociedad como la actual, en el que menores con autonomía y madurez en desarrollo constituyen un conjunto humano de importante consumo mercantil y circulación económica en la sociedad; todos estos contratos serían nulos e inaplicables en ausencia de un precepto como el que nos ocupa, algo contrario a las exigencias de la realidad (Arias, 1987). A medida que se aproxima a la edad de adultos, la obtención de capacidad para actuar es gradualmente mayor y progresiva, por lo que es necesario ir reconociendo los derechos a ejercer según el desarrollo de cada persona y conforme el a acto jurídico a realizar, a medida que se desarrolla su capacidad para obrar ; como el que prescribe la norma civil cuando otorga al menor que tiene diez años la facultad especial de prestar su conformidad en la adopción (Art. 378); o también cuando se determina que el menor con facultad nativa para discernir y madurez puede aceptar legados, herencias voluntarias y donaciones en los casos en que sean puras (Art. 455), entre otras situaciones en las que se tiene en cuenta el desarrollo, la madurez, y la capacidad de discernimiento del individuo para la realización del acto (Torres, 2018, p.303).
8. El 78% de los especialistas respondieron positivamente a la pregunta N°12, en la que se les preguntaba si creían que la madurez y discernimiento que desarrolla el principio de autonomía en progreso es una condición necesaria para establecer la capacidad de un individuo para desplegar sus derechos (tabla con figura N°15). Es crucial tener en cuenta que uno de los componentes conceptuales empleados por la norma civil italiana

para determinar la legalidad de los actos realizados por los individuos de derecho es la capacidad nativa, a menudo conocida como capacidad de entender, querer o discernir. El juzgador debe valorar cada caso individualmente en concordancia del acto concreto realizado por el individuo, para determinar si la capacidad nativa se encuentra presente para la validez consecuencia de la capacidad para obrar (Bigliuzzi, 1992). El ordenamiento civil reconoce cuatro formas distintas de capacidad, entre las que se encuentra la capacidad natural, cuyo fundamento es la facultad para discernir del individuo y que sirve de base a la capacidad para obrar. No existe una edad establecida para este desarrollo natural y madurez mental porque depende de una gama de factores exteriores e internos que afectan al desarrollo del individuo. Es la capacidad de elegir libremente lo que uno quiere, de controlar sus propios actos, de comprender lo que hace, de distinguir lo que está bien de lo que está mal, lo que es legal de lo que no lo es, y de efectuar decisiones y proteger sus intereses (Torres, 2018). Puesto que todo lo que hacemos requiere una aptitud natural, y puesto que la cultura no puede sobrevivir sin una base natural en todas las esferas de la sociedad, la naturaleza del derecho escrito como derecho real se revela y evidencia en la calidad de la conexión que posee con el derecho natural (Mulanovich, 2009). La aptitud para ejercer los propios derechos subjetivos, o la capacidad para obrar, tiene su origen en la capacidad de comprender y desear, o más exactamente, en la capacidad innata de emitir juicios; en consecuencia, mientras que la capacidad de disfrute sólo requiere que una persona exista, la capacidad de despliegue de ejercicios presupone la facultad de esa persona para elegir, comprender o discernir, así como su edad, salud mental y otras características específicas necesarias para el ordenamiento legal (Torres, 2018). A la par, Varsi-Rospigliosi (2014) sustenta que la capacidad de despliegue de ejercicios es la aptitud del individuo para realizar actividades jurídicas por sí mismo y, dentro de otras cualidades, contiene como presupuesto fáctico la voluntad, el intelecto y la facultad de discernimiento del individuo, en consecuencia, la manifestación volitiva de un sujeto sin discernimiento adolece de valoración subjetiva y, por tanto, es inválida como acto jurídico (Espinoza, 2008).

9. El porcentaje de acuerdo y de completo acuerdo o conformidad a las preguntas respecto de si consideran que factores del medio o entorno de los menores, como el nivel cultural (tabla con figura N°16) con un 90%, el entorno social (tabla con figura N°17) con 90%, el nivel económico (tabla con figura N°18) con 80%, el aspecto cronológico (tabla con figura N°19) con 90%, el desarrollo psicológico (tabla con figura

Nº20) con 90%, la inteligencia (tabla con figura Nº21) con 80%, son relevantes para su desarrollo, autonomía y madurez; demuestran que, en promedio entre un 80% y 90% de los especialistas consideran que sí es relevante y que el menor adquiere mayor o menor madurez para comprender la responsabilidad y alcance de los actos que realiza como resultado de factores del entorno formativo, a la par que de su desarrollo natural cronológico. Esto se condice con lo que se observa en la doctrina, jurisprudencia y la normativa civil respecto de los actos que le son permitidos realizar a los menores con madurez y discernimiento en función de su autonomía gradual y progresiva, independiente a su edad, como cuando extraordinariamente concede al adolescente de diez años a dar o no su anuencia para la adopción (art. 378.4); o instituye que el niño o joven menor de edad que tiene madurez para discernir pueda tomar donaciones, legados y herencias intencionadas, siempre y cuando las mismas sean puras (art. 455), etc. Asimismo, como se ha visto, los resultados también se condicen con lo que sostiene la teoría cultural de la psicología evolutiva cuando cuestiona a la teoría tradicional por presentar el desarrollo de la persona como una secuencia lineal, sucesiva y prescriptiva basada únicamente en el tiempo y la edad sin considerar el papel del contexto económico, cultural, familiar y social, etc., en el incremento de las facultades del niño y por tanto no consiguen reflejar la complejidad de los factores que influyen en la facultad de los menores, niños y jóvenes para alcanzar competencias (Piaget, 1991). O lo que reporta la investigación sobre el desarrollo de las facultades intelectuales y la Tesis de las Fases del Crecimiento Sicosocial de Erikson, que sostiene que los niños de tres años ya tienen cierto grado de autonomía debido al desarrollo de sus habilidades verbales y locomotoras, así como a su deseo de aprender, comprender y efectuar decisiones en términos de su autonomía física, cognoscente y afectuosa (Bordignon, 2005).

10. Según los resultados de la pregunta Nº19 (tabla con figura Nº22), en la que se preguntaba a los encuestados si creían que el grado de desarrollo y madurez del menor de edad son determinantes para ejercer de sus derechos, de la totalidad de los especialistas el 84% respondió afirmativamente y como puede observarse, las consultas previas correspondientes también obtuvieron un índice de aceptación muy elevado. Uno de los requisitos para considerar válido un acto jurídico es la participación de una persona con el adecuado desarrollo psíquico y corporal, madurez y lucidez mental para comprender el acto cometido y su alcance. En consecuencia, la doctrina y esta definición coinciden en que el discernimiento es la capacidad o aptitud de la persona

para desear, comprender y distinguir entre lo bueno, lícito y benéfico al individuo, de lo que es contrario y puede perjudicarlo (Torres, 2015) A continuación, el pasaje hace referencia al hecho de que, en la vida práctica, los menores maduros que discernen suelen emprender acciones legales por su cuenta, sin que nadie cuestione su facultad para percibir el alcance y las implicaciones de sus actos o la libre manifestación de la voluntad que los liga, y que estas acciones estaban contempladas en el artículo mencionado (Torres (2018). Un individuo que ha alcanzado una medida de madurez psicológica y física que le permite diferenciar entre lo bueno y malo, legal e ilegal, y perjudicial y ventajoso para sus propósitos es una persona que está dotada de la capacidad innata de detectar y que posee la aptitud requerida y abundante para poder aceptar un comportamiento amplio, lógico y valorativo ante un acto concreto de relación social y elegir lo mejor de acuerdo con su voluntad y entendimiento. No se puede negar que, debido a una serie de factores, entre ellos la tv y la tecnología, los menores, niños y jóvenes de hoy desarrollan mentalmente más acelerado que los del pasado. Ya no podemos afirmar que las únicas opciones de un niño sean comprar refrescos, golosinas o cualquier otra gollería, o que sólo esas opciones puedan saciar sus necesidades fundamentales. Así, es difícil saber si la persona contratada es mayor o menor o si está legalmente calificada, porque los intervinientes de un contrato virtual no están corporalmente presentes y no hay vínculo hablado entre ellos. Sin embargo, está claro que si esta persona participa en este tipo de negociación es porque posee el nivel de juicio necesario y las competencias para formalizar un contrato. El numeral 4 del Art.378 de la norma civil nacional, indica que la madurez para el discernimiento es la facultad nativa de discernir que puede demostrarse desde los 10 años y que cuando una persona alcanza los 14 años ha completado un proceso de desarrollo permanente, pero este proceso varía para cada individuo en función de sus experiencias durante el curso de su desarrollo y evolución, dejando la evaluación de cada caso único a la discreción del juzgador (Rubio, 1992). Adicionalmente, podemos ver en el Art.455 de la norma civil que a los menores de edad se les permite consentir, tomar o desistir de bienes patrimoniales hereditarios, legados o donaciones, así como desplegar sus derechos estrictamente personales sin importar su edad, pero sólo con la capacidad de reconocer lo que es beneficioso o perjudicial. Se trata de aquellos derechos inalienables vinculados a su condición de individuo de derecho; como el Art.393 del C.C., que permite a un menor de 14 años reconocer a un hijo adulterino sin mediación de sus tutores (Varsi, 2020). Si un menor, niño o joven que gana dinero con su trabajo para

pagarse sus estudios superiores de inglés o informática decide comprarse un ordenador portátil multimedia, esta acción compone una decisión y una exigencia regular de la vida cotidiana del menor, y es incuestionable que la ley debe regular su situación para permitirle llevar a cabo su proyecto de vida (Torres, 2018).

11. Según las respuestas de la pregunta N°20 (tabla y figura N°23), una totalidad del 88% de los especialistas dijo estar de acuerdo con que se regule el principio de autonomía en progreso para establecer la capacidad de despliegue de derechos en la normativa civil, esta opinión se apoya en la escuela del protección integral, según la cual es incoherente e incompatible con las revelaciones y avance de las ciencias que fundamentan el derecho, como la psicología, la educación y la psiquiatría, considerar a los menores como individuos faltos de absoluta racionalidad, lo que equivale a declararlos formalmente total y totalmente incapaces, doctrina cuyos principios fundamentales son que el Principio en el que se basa la Convención sobre Derechos del menor es que en proporción en que una persona madura y se desarrolla, acaba adquiriendo la capacidad de efectuar sus propias determinaciones (Castillo, 2004). Se entiende como una contradicción normativa con respecto al progreso de las ciencias complementarias del derecho, los actuales modelos doctrinales y principios que despliegan las convenciones internacionales sobre el tema de la Capacidad legal, seguir aplicando el modelo de la escuela de la situación irregular, que ve a los menores como individuos faltos de madurez, inteligencia y juicio, por lo tanto, totalmente incapaces y objetos de amparo jurídica. Debido a los modelos mentales de los ejecutores jurídicos, que en algunos casos no han sido capaces de renunciar totalmente a la percepción de la situación irregular, esta oposición al cambio sigue existiendo en la práctica actual en algunos ámbitos. Dado que casi todos los ordenamientos jurídicos han adoptado el paradigma de la tutela integral, no es el producto de los propios ordenamientos jurídicos, sino de los modelos mentales de los operadores jurídicos, que, hasta el momento, no han sido capaces de renunciar por completo a la idea de una situación irregular. Siguen actuando de acuerdo con creencias arraigadas de que los menores, niños y jóvenes que no poseen capacidad para obrar siempre han sido tratados y pensados como objetos y no con estatus de personas de derecho, a pesar de que sus estados se han adherido a la Convención y han modificado su legislación interna (Ferrajoli, 1999). La capacidad del individuo para identificar la legalidad de los actos que comete y su responsabilidad civil es una consideración que todo operador jurídico debe hacer (Espinoza, 2012). La capacidad legal, también conocida como aptitud o voluntad de un individuo para

efectuar actos jurídicos efectivos, es necesaria para el despliegue de los derechos fundamentales. La madurez efectiva y el discernimiento, que difieren de una persona a otra y se adquieren gradualmente hasta la totalidad de edad, así lo deciden. La edad no es un factor de incompetencia, sino que puede modificarse en función de las circunstancias concretas; un menor no es falta de competencia, sino que tiene una capacidad para obrar en desarrollo (Sánchez, 2006). En consecuencia, si predicamos de estados de derecho en los que rigen los principios primordiales, la edad cronológica no es ni debe ser un factor que clasifique a los individuos en dos tipos: por encima de la totalidad de edad, se es una persona plena, y por debajo de la totalidad de edad, se es poco persona o se es una persona incompleta o media persona (Stanzione,1975).

3.3. Aporte práctico

Proyecto de Ley N°01

PROPUESTA DE REFORMA DEL ART. 43 DEL CÓDIGO CIVIL D.L.N°295 PARA INTEGRAR EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN PROGRESO PARA EL DESPLIEGUE DE DERECHOS DEL MENOR DE EDAD.

La siguiente iniciativa legislativa es propuesta por Toro Cubas Yván Antero, estudiante de la Escuela de Postgrado de la Universidad Señor de Sipán, de conformidad con los Art.75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República y en despliegue del derecho de propuesta legislativa que le otorga el Art. N°107 de la Constitución Política del Perú.

FORMULA LEGAL

LEY DE REFORMA DEL ART. 43 DEL CÓDIGO CIVIL D.L.N°295 PARA INTEGRAR EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN PROGRESO PARA EL DESPLIEGUE DE DERECHOS DEL MENOR DE EDAD.

Art. Único. Se modifica el D.L. N°295, a fin de adicionar las siguientes disposiciones para el ejercicio de derechos de los menores, niños, niñas y jóvenes, en concordancia con el Principio de Autonomía en Progreso, en términos que se expone a continuación:

Art. 43. Incapacidad absoluta

1. Son totalmente incapaces:

Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Modificación:

Art. 43.- Capacidad Progresiva de Ejercicio

1. Tienen capacidad progresiva de ejercicio los menores de dieciocho años, conforme su madurez y el acto jurídico a realizar.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Única: En un plazo no mayor de 60 días calendario, la norma presentada deberá adaptarse a la legislación nacional.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

SUSTENTO DE LA PROPUESTA

De conformidad con los convenios y acuerdos internacionales con categoría constitucional a los que se encuentra vinculado el Estado, la presente propuesta legislativa tiene por objeto aplicar e implementar en el derecho civil la posición de individuo de derecho que tienen los niños, niñas y jóvenes menores de edad. Condición jurídica por la que, de acuerdo a su nivel de desarrollo y madurez mental, estos, tienen derecho a participar dinámicamente en los asuntos de la vía administrativa y judicial que toquen específicamente sus intereses bajo el Principio de Autonomía Progresiva desarrollado en concordancia del nuevo paradigma de Protección Integral del niño. De esta manera se previene la desigualdad, la discriminación, el quebrantamiento de sus derechos básicos como seres humanos y la explotación del actual sistema de representación.

En la actualidad existe abundante legislación nacional e internacional que reconoce a los niños como individuos de derechos, entre ellas la Convención sobre Derechos del menor, la Convención de Derechos Humanos, el Código de la Niñez y la Adolescencia, etc. Con el fin de orientar y motivar a los niños en el desarrollo de sus facultades y competencias para la integración e inserción progresiva a los escenarios, vinculaciones, deberes, obligaciones e interacciones sociales como próximos ciudadanos, estas leyes y normas impulsan el deber y la responsabilidad de los progenitores, tutores, el Estado y la colectividad en general. Todo ello en un entorno de reconocimiento jurídico y normativo de su independencia, respeto, emancipación, libertad y capacidad de ejercicio en progreso, así como de su derecho a una información adecuada, a ser escuchados y a que su decisión sea tomada en cuenta en las resoluciones administrativas y judiciales que toquen a sus intereses. Varios estudios demuestran las ventajas del reconocimiento de las normas recogidas en los acuerdos internacionales; ventajas que ayudan al desarrollo del niño y joven, de la familia y, en final instancia, de la colectividad en su conjunto y del Estado.

CONCLUSIÓN DE LA PROPUESTA

Se ha propuesto la modificación del Art.43 del Código Civil para incluir el Principio de Autonomía en el Progreso, que persigue el reconocimiento real de los derechos de los menores como sujetos de derecho y la facultad de hacer uso de ellos de forma autónoma en función de las circunstancias, su grado de madurez y su capacidad de discernimiento. Ello contribuye a fortalecer su madurez y capacidad en torno de sus derechos, deberes y compromisos consigo mismo y frente la colectividad; factores que en definitiva contribuyen a su desarrollo, a su gradual incorporación en la vida de vinculación social y a su paulatina inserción en la ciudadanía. Asimismo, contribuye a que el Estado peruano se integre y cumpla con las normas internacionales para cerrar sucesivamente la grieta de desigualdad, segregación, arbitrariedad y transgresión de sus derechos primordiales. Y lo más importante, contribuye al reconocimiento de su valor como personas con derechos y al ejercicio real de los mismos en un entorno de legalidad y protección.

ESTUDIO COSTO BENEFICIO

Dado que las instituciones públicas responsables de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales tienden a reconocer la intervención activa de los menores en las cuestiones que les conciernen y afectan directamente, la presente propuesta no supone un incremento del expendio estatal ni importa un coste para las instituciones implicadas. Ello es así a pesar de la falta de una regulación positiva civil suficiente que respalde y justifique en un marco normativo su estatus jurídico reconocido, normatividad que faculte una correcta implementación de las herramientas apropiadas para la intervención dinámica del menor en el despliegue efectivo y real de sus derechos fundamentales.

La preservación del superior interés del menor, el crecimiento de una mejor colectividad mediante el fortalecimiento de los vínculos paterno y materno-filiales, y el compromiso familiar para un mejor conocimiento de roles y funciones, son sólo algunos de los beneficios de este plan, como se ha dicho. En consecuencia, es necesaria la creación de una sociedad con menos niveles de opresión, autoritarismo y discriminación, así como un sistema para disminuir los niveles de violencia y desigualdad dentro de la familia, etc.

3.4. Valoración y confirmación de los resultados

Para validar esta propuesta práctica se consultó a tres expertos o especialistas. Después de analizar y evaluar cuidadosamente el expediente correspondiente, calificaron cada punto de acuerdo con sus normas, experiencia y conocimientos profesionales adquiridos a través de los años de formación y ocupación laboral que lo sustentan.

IV. CONCLUSIONES

1. A partir del desarrollo de cada objetivo específico previamente establecido, esta investigación ha podido determinar la importancia del Principio de Autonomía en Progreso para la Capacidad de Ejercer de Menores y consecuente reforma del Art.43 del Código Civil.
2. En respuesta al primer objetivo especial, del análisis de la definición que la legislación nacional hace de la Capacidad de Ejercer de un niño, niña o joven, se observa que sigue reconociendo la clase jurídica de Incapacidad total y basa la determinación de la capacidad en la información de la edad cronológica. Esta idea fue creada por el antiguo Paradigma de Situación Irregular, que trataba a los niños como objetos de protección y violaba gravemente sus derechos humanos y su dignidad.
3. En respuesta al segundo objetivo especial, se ha determinado a partir del análisis del Principio de Autonomía en Progreso, que la capacidad innata de esta persona constituye la base de su facultad de hecho y se sustenta en paradigmas de la escuela contemporánea y en los principios enarbolados por la Convención sobre Derechos del menor, lo cual es visto en el contexto del nuevo Paradigma de Protección Integral. De acuerdo con el Art. 5, los menores desarrollan la capacidad de desplegar sus derechos en proporción a su madurez, autonomía y discernimiento, por lo que no prevalece una edad fija que la precise, sino una estructura condicionada por su entorno cultural, social, familiar, económico, etc., así como por factores naturales, físicos, psicológicos y mentales.
4. En respuesta al tercer objetivo particular, de las técnicas e instrumentales empleados para la determinación de la capacidad de ejercer derechos de los menores en el marco del Principio de Autonomía Progresiva se ha determinado que el Art.43 de nuestro ordenamiento civil discrimina a los menores, contraviene lo ordenado por la Convención sobre derechos del niño y quebranta tanto sus derechos más fundamentales como su dignidad como seres humanos, quedando obsoleto.
5. En respuesta al cuarto objetivo especial y en base a las anteriores conclusiones de la investigación, se realiza una recomendación para modificar el Art.43 objeto de estudio, que recoge el Principio de Autonomía en Progreso para regular la Capacidad de Ejercer de los menores. En función de la madurez resultante de su crecimiento y del acto a realizar, que se detalla en el capítulo correspondiente a la aportación práctica de la

investigación, los menores de dieciocho años tienen una capacidad de despliegue progresiva.

6. Para reforzar la propuesta de contribución práctica se utilizó la validación por expertos en la materia, que se describe en el capítulo respectivo a los anexos, la documentación firmada y sellada, que valida la suficiencia y pertinencia del plan propuesto por el presente estudio de investigación.

V. RECOMENDACIONES

1. Se aconseja profundizar en la investigación, partiendo del análisis de los procedimientos que deben ponerse en marcha para que las modificaciones de la norma sustantiva puedan aplicarse adecuadamente en el crecimiento del proceso civil.
2. Las modificaciones introducidas por el D.L. N°1384 al Código Civil son producto de una reforma defectuosa que no ajusta de manera exhaustiva y sistémica el código a los nuevos paradigmas y principios propugnados por los acuerdos internacionales sobre capacidad, autonomía y discernimiento, en razón de ello se aconseja una revisión integral de sus preceptos.
3. Al derogarse la causal que deja nulo el acto legal previsto en el segundo párrafo del Art.219 del C.C., los negocios o contratos celebrados por niñas, menores tendrían plena validez. Ante ello, resulta incongruente la exigencia de que los menores sean totalmente incapaces para celebrar actos jurídicos, por lo que sería conveniente un análisis del Art.1358 de la norma.
4. Dado que muchos otros artículos se rigen por este principio y sin el cual una persona no puede celebrar contratos ni ejercer derechos sobre ellos, creemos que fue un error derogar el párrafo 2 del Art.43 sobre el discernimiento. Por ello, instamos a que se revise y estudie.
5. En concordancia con la Escuela de la Protección Integral, el CNA en Perú reconoce que este tiene derecho a ser oído y a la libertad de expresar sus opiniones, teniendo en cuenta su edad y madurez. En concordancia con ello, se sugiere que la norma civil nacional adopte un modelo mixto de ejercicio del menor, en el que se combinen reglas flexibles de edad con reglas fijas de edad, dependiendo de los derechos involucrados;
6. La capacidad de percibir y ser responsable de las repercusiones de un determinado proceso judicial, sin coartar la libertad del menor para comunicar su opinión de modo razonable y autónoma, es la definición jurídica de la madurez del menor que el juzgador debe manejar para la valoración del niño. Por último, pero no menos importante, en función de la situación y del acto jurídico a evaluar, el juzgador debe valorar las aptitudes del menor en el contexto de variables cronológicas, psicológicas, culturales, sociales y económicas y, en caso necesario, recurrir a apoyo especializado para una evaluación multidisciplinar

REFERENCIAS

- Abelenda, C. (1980). *Derecho civil. Parte general*. Editorial Astrea.
- Abreu, M. (2012). *As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores: O significado da Gillick Competence e a possível adoção da figura em Portugal* [Doctoral dissertation, Universidade Católica Portuguesa]. *ProQuest Dissertations Publishing*. <https://bit.ly/3Aw7p1C>
- Acuña, M. (2020). Right-duty personal care of children exential content. *Revista de derecho*, 33(1), 75-95. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100075>
- Aguilar, J. (1985). *Derecho civil. Personas* (8a ed.). Editorial Arte.
- Aguilar, J. (2002). *Derecho civil I. Personas* (15a ed.). Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello.
- Alessandri, A. (1990). *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Ediar Editores.
- Alfaro, M., & Miranda, A. (2016). *A capacidade progresiva de los niños, niñas y adolescentes dentro del proyecto del código procesal de familia* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica]. Repositorio Institucional. <http://repo.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/10327/1/39855.pdf>
- Arias, J. (2020). *Proyecto de tesis, guía para la elaboración*. Biblioteca Nacional del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12390/2236>
- Barbero, D. (1967). *Sistema del Derecho Privado*. Ejea Editores.
- Barcia, R. (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños, niñas y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Ius et Praxis*, 19(2), 03-52. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002>
- Beltrán Pacheco, J. (2010). *Aspectos procesales de la invalidez del negocio jurídico*. En: *La prueba en el proceso civil*. Dialogo con la jurisprudencia.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico* (2a ed.). Revista de Derecho Privado.
- Bigliazzi, L., Busnelli, F., Breccia, U., & Natoli, U. (1992). *Diritto Civile*. Utet Editore.
- Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (13a ed.). La Ley.
- Bordignon, N. (2005). El desarrollo psicosocial de Eric Erikson. El diagrama epigenético del adulto. *Revista LASALLISTA de Investigación*, 2(2). <http://hdl.handle.net/10567/384>
- Brahams, D. (1985). La Cámara de los Lores gobierna la Guía del DHSS sobre anticoncepción legal. *The Lancet*, 326(8461), 959-960. <https://bit.ly/3HeDNJQ>
- Bruñol, M. (1999). El superior interés del menor en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. *Justicia y derechos del niño*, 125(9), 1-280. <https://bit.ly/3oHa71J>
- Bussani, M., Cendon, P., Ghedini, L., & Venchiarutti, A. (1990). *I diritti della personalita dei minori: titolarita ed esecicizio*. Riv. Crit. Dir. Priv.

- Bussnelli, F. (1993). *Il diritto delle persone, en I cinquanta anni del codice civile*. Giuffré Editore.
- Carboni, B. (1988). *Status e soggettività giuridica*. Giuffré Editore.
- Cárdenas Krenz, A., & Della Rossa, A. (Noviembre de 2018). Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(65), 101-116. <https://bit.ly/3L2gbJI>
- Cas. N°2079-2017-Lima. (2017, 14 de setiembre). *Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República*. Diario Oficial el Peruano. <https://bit.ly/3Hex2ba>
- Cas. N°4555-2011-Tacna. (2012, 4 de setiembre). *Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República*. Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/3Hex2ba>
- Caso Atalaya Riffo y niñas Vs. Chile. (2012, 24 de febrero). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm>
- Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. (2012, 27 de abril). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm>
- Castam, J. (1942). *Derecho Civil Español. Común y Foral*. Reus Editores.
- Castillo Freyre, M., & Chipana Catalán, J. (2018). La pésima nueva regulación de la capacidad de derecho de los individuos con discapacidad. *Gaceta civil & procesal civil*, 65, 45-50. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Castillo, Y. (2004). Capacidad legal procesal de los niños, niñas y adolescentes. *Academia Accelerating the world's research*, 1-44. <https://bit.ly/43Y3Qz3>
- Ceballos, S. (2018). *Creación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del menor, relativo a su derecho a ser escuchado* [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma del Estado de Morelos]. Repositorio Institucional. <https://bit.ly/445jQ2c>
- Cieza, J., & Olivarría, M. (2018). Nosotros, los normales. Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 47-61. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Cieza, J., & Olivarría, M. (2018). Nosotros, los normales. Errores y acierto de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (64), 47-51. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Cifuentes, S. (1988). *Elementos del Derecho Civil, Parte General*. Astrea Editores.
- Cifuentes, S. (1990). *Juicio de insanía y otros procesos sobre la capacidad* (9 ed.). Hammurabi Editores.
- Coca, S. (13 de Marzo de 2020). *La capacidad legal en el Código Civil, en concordancia de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad*. Lp. Pasión por el Derecho. <https://bit.ly/3oy36QH>
- Código Civil [CC]. (1984, 25 de Julio). *D.L. 295*. Diario Oficial El Peruano. http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil-4.pdf

- Constantino, C., & Leiva, M. (2015). *La situación jurídica de la protección y defensa de los derechos del niño y adolescente en la ciudad de Chiclayo en el periodo 2014* [Tesis de Grado, Universidad Señor de Sipán]. Archivo Digital. <https://hdl.handle.net/20.500.12802/3494>
- Constitución Nacional de Argentina [CNA]. (1994, 22 de Agosto). Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Contreras, P. (2015). *Curso de Derecho Civil. Derecho Privado, Derecho de la Persona* (5a ed.). Colex Editores.
- Cotrim, H., Granja, C., Carlvalo, A., Cotrim, C., & Martins, R. (2021). Comprensión de los niños de los asentamientos informados en estudios de investigación. *healthcare*, 9(7), 1-16. <https://doi.org/10.3390/healthcare9070871>
- Cuevas, M. (2010). *Derecho a la intervención del Niño y del Adolescente*. UCAB editores.
- Cunaique, B. (2019). *Atributo de contratación en el menor de edad, y la modificación al Art.1358 del Código Civil a propósito del Decreto Legislativo 1384* [Tesis de Grado, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional. <https://bit.ly/3HdQLYD>
- De Castro, F. (1985). *El negocio jurídico* (2ª Ed.). Instituto Nacional de Estudios Jurídicos Civitas.
- De Castro, P., & de Carvalho, B. (2020). El problema de la capacidad legalde la persona absolutamente incapaz: la autonomía de la voluntad del menor en las vinculaciones existenciales. *Revista Quasestio Iuris*, 12(3), 629-655. <https://doi.org/10.12957/rqi.2019.39605>
- De Cossio, A. (1975). *Instituciones de Derecho Civil, I, Parte general. Derecho de las Obligaciones*. Alianza Editorial.
- De Freitas, E. (s.f.). *La noción de la capacidad en la doctrina jurídica venezolana, Estudios Derecho Civil. Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Tribunal Supremo de Justicia.
- De Salas, S. (Noviembre de 2018). *Significado jurídico del apoyo en el despliegue de la Capacidad de derechode los individuoscon discapacidad: presente tras diez años de convención*. Researchgate. <https://bit.ly/3LxGYze>
- De Trazegnies, F. (1988). *La Responsabilidad Extracontractual I*. PUCP.
- D.L. N°1384 [DL.1384]. (2018, 4 Setiembre). *Reconocimiento de la Capacidad legalde Personas con Discapacidad*. Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/3ArYyhy>
- Del Mazo, C. (marzo de 2014). *Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños, niñas y adolescentessu intervención en los términos de la Ley 26529*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociale. <https://bit.ly/41vALJv>
- Díaz, R. (2017). *La aplicación de la Doctrina de la Defensa integral del Menor y del Principio del superior interés del menor en el D.L. 1348* [Tesis de Maestría, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. Archivo Digital. <https://bit.ly/3NwcU8z>
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil*. Tecnos Editores.

- Domínguez, M., & Valera, E. (2018). *Los jóvenes adultos y el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia: contraste entre España y Venezuela. Estudio sistemático de la Ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia*. Madrid Imprenta.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6709358>
- Espinoza, J. (2008). *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas- Concebido y Personas Naturales* (6 ed.). Editora y Librería jurídica Grijley E.I.R.L.
- Espinoza, J. (2018). Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (o el problema de la “falta de discernimiento” en una reforma legislativa incóluta y apresurada). *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 13-25. Gaceta Civil & Procesal Civil. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Etchebehere, G., & De León, D. (2020). Children’s rights in the field of arly education. *Early Years An International Research Journal*. <https://bit.ly/40HnUCN>
- Falsea, A. (1985). *Voci di teoríagenerale del diritto*. Giuffré Editore.
- Famá, M. (20 de Octubre de 2015). Capacidad progresiva de niñas, niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 1-16. <https://bit.ly/3HgEVNo>
- Fernández, C. (1968). *La Noción Jurídica de Persona* (2a ed.). Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.
- Fernández, C. (1987). *Derecho de los individuos*(2a ed.). Studium Editores.
- Fernández, C. (2009). *Derecho de los individuos*(11a ed.). Grijley Editores.
- Fernández, C. (2014). *El Código Civil peruano, treinta años después. En: Varios autores. Estudios críticos sobre el Código Civil*. Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2016). *Derecho de las personas: Análisis Art. por Art. del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*. Instituto Pacífico.
- Fernández, W. (2017). La Autonomía en progresodel niño y su particiación en el Proceso Judicial. *Revista Vox Juris*, 34(2), 171-189. <https://bit.ly/3LxxqnP>
- Ferrajoli, L. (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina* (2 ed., Vol. I). Temis Ediciones De palma.
- García, E. (1998). *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. ley y democracia en América Latina* (2a ed.). Temis Ediciones Depalma. https://docs.escribnet.org/usr_doc/infancia_ley_y_democracia.pdf
- García, M. (2021). Réflexions critiques sur les notions d’abolition et d’altération de la faculté à discerner. *Médecine & Droit*, 2021(167), 25-29.
<https://doi.org/10.1016/j.meddro.2020.12.001>.
- Gómez de la Torre, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño individuo de derechos. *Revista de Derecho UCUDAL*, 18, 1-21.
<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

- Gómez, O. (2001). *Introdução ao Direito Civil* (18a ed.). Forense Editores.
- Hernández-Sampieri, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw-Hill Interamericana. <https://bit.ly/441gYDn>
- Hultman, E., Hojer, S., & Larsson, M. (2019). Límites de edad para participar en los procedimientos judiciales de protección de menores en Suecia. *Child & Family Social Work*, 1-9. <https://bit.ly/41X3NRZ>
- Informe Belmont. (18 de Abril de 1979). *Principios y guías éticos para la protección de los individuos humanos de investigación*. Observatori de Bioètica i Dret. Parc Científic de Barcelona. <https://bit.ly/2sxfWot>
- Instituto Nacional de Estadística Informática (INEI). (8 de Marzo de 2021). *Estado de la Niñez y Adolescencia: Octubre - Noviembre - Diciembre 2020*. Plataforma digital única del Estado Peruano. <https://bit.ly/42gZzFh>
- Kelemejer, A. (2001). *El derecho del menor a su propio cuerpo*. Editores La Ley.
- Kelsen, H. (1946). *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (2a ed.). Buenos Aires Losada.
- Kerlinger, F. (1979). *Investigación del Comportamiento*. McGrawHill. https://www.academia.edu/6753714/Investigacion_Del_Comportamiento_Kerlinger_Fred_N_PDF
- Korseniak, J. (1988). *Conceptos Fundamentales del Derecho*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Koslov, V. (1996). *El nuevo código civil ruso de 1994*. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- Lafuente, J. (2020). Análisis teórico y aplicado del Principio de Autonomía en Progreso en la primera infancia. *Revista de Estudios Ius Novum*, 13(2), 1-29. <https://bit.ly/3Lv0AUk>
- Lasarte, C. (2010). *Parte general y derecho de la persona* (16a ed.). Marcial Pons Editores.
- León Barandiarán, J. (1991). Tratado de Derecho Civil Tomo I. En *Título Preliminar y Derecho de los individuos*(págs. 179-181). WG Editor.
- LLambías, J. (1986). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (12a ed.). Editorial Perrot. <https://apuntes.usal.edu.ar/id/eprint/1186/>
- Llorens, L. (14 de Setiembre de 2007). La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad? *La Ley*, 14(9). <https://bit.ly/3LvJF92>
- Lloveras, N., & Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución*. Universidad Editores.
- Martínez, E. (1992). La Recognoscibilidad del Error en el Código Civil Peruano. *THEMIS: Revista de Derecho*(24), 101-106. <https://bit.ly/3AsvRRx>

- Maymark, S. (1947). *Diccionario jurídico Fórum*. Editorial Jurídica.
- Mendoza, J. (2019). *El superior interés del menor frente al Derecho a la intimidad y la desprotección del adolescente en las redes sociales* [Tesis de Grado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. Archivo Digital. <https://bit.ly/40DExPM>
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho civil y comercial*. Ejea Editore.
- Miranda, C. (2016). *La Culpabilidad del Adolescente Infractor en el Ordenamiento Jurídico Peruano* [Tesis de Doctorado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. Archivo Digital. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/1575>
- Monge, L. (2010). *El ser humano como individuo de derecho. En: La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. Idemsa Editores.
- Monroy, J. (Agosto de 2006). El Código Civil de Napoleón y los derechos humanos. *Revista de Derecho Privado*, 13(14), 81-91. <https://bit.ly/40D05fl>
- Morales, R. [Justicia TV]. (8 de Mayo de 2019). *Análisis de las modificaciones del Código Civil*. [Video]. Youtube. <https://bit.ly/40GiHv5>
- Mulánovich, A. (2009). *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Palestra Editores. <https://bit.ly/3V5RReq>
- Naranjo, J. (2018). Construcción de vinculaciones democráticas desde la autonomía en progresoy el empoderamiento como medios para lograr procesos de intervención e interlocución con los individuosmenores de edad. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 29(1), 109-137. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.15359/rldh.29-1.5>
- Nunes, E., & da Guía, R. (2016). Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com revista electrónica de diereito civil*, 5(1), 1-37. <https://civilistica.com/autonomia-discernimento-e-vulnerabilidade/>
- Nunez de Souza, E., & Da Guía Silva, R. (2016). Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.Com*, 5(1), 1-37. <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/245>
- Núñez, M. (1979). *Introducción al estudio del Derecho*. Editores Alhambra.
- Ñaupas, H. (2018). *Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis* (5 ed.). Ediciones de la U. <https://bit.ly/3AxkNCR>
- Ochoa, C. (2017). *Principio del superior interés del menor y conclusión del proceso de alimentos por inasistencia de las partes a la audiencia única* [Tesis de Grado, Univeersidad César Vallejo]. Repositorio Institucional. <https://bit.ly/41ENHN4>
- ONU. (2006,13 de Diciembre). *Convención sobre Derechos para Personas en situación de Discapacidad[CDPD]*. <https://bit.ly/2MEvgpp>

- Orgaz, A. (1961). *Personas individuales* (2a ed.). Assandri Editores.
- Papalia, D. (20 de Octubre de 2012). Desarrollo Humano. *Editorial McGraw Hill Interamericana*. <http://hdl.handle.net/10637/2315>
- Parra-Aranguren, G. (1998). La tarea complementaria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño realizada por las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privada. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (106), 51-67.
http://www.juri.ucv.ve/REVISTA_FCJP/index.html
- Perlingieri, P. (1987). *La Personalidad humana en el ordenamiento jurídico*. Jovene Editorial.
- Perlingieri, P. (1991). *II diritto civile nella legalità costituzionale*. ESI Editore.
- Piaget, J. (1991). *Seis Estudios de Psicología*. Editorial Labor, S.A.
<http://www.fodonto.uncuyo.edu.ar/upload/jean-piaget1.pdf>
- Piconto, T. (22 de Junio de 2016). *Fisuras en la protección de los derechos de la infancia*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.
https://zaguan.unizar.es/record/64536/files/texto_completo.pdf
- Poder Judicial del Perú. (2016, 7 de Abril). *Resolución Administrativa 090-2016-PJ*. Diario Oficial El Peruano.
- Qvortrup, J. (2005). *Varietades de la infancia*. En: J. Qvortrup (eds), *Studies in Modern Childhood* (pp.1-20). Palgrave Macmillan.
https://doi.org/10.1057/9780230504929_1
- Rabinovich-Berkman, R. (2000). *Derecho Civil, Parte. General. Ira. reimpresión*. Astrea Editores.
- Rajmil, A., & Llorens, L. (2015). Apuntes acerca del régimen de capacidad de los individuos humanas en el Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley 26.994). *Revista IUS*, 9(36), 89-117. <https://bit.ly/40DrMVw>
- Ravetllat, I. (2015). *Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia*. Universidad Politécnica de Valencia.
- Reátegui, F. (2 de Enero de 2019). *Estos son los 67 artículos del Código Civil que fueron modificados el 2018*. Lp. Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/articulos-codigo-civil-fueron-modificados-2018/>
- Recasens, S. (1981). *Introducción al Estudio del Derecho* (6a ed.). Prúa Editores.
- Rocha, M. (2015). La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad. *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2(45), 43-86.
<https://roderic.uv.es/handle/10550/43183>
- Rubio-Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. PUCP.
- Salazar, L. (2019). *El derecho a opinar del niño, niña y adolescente, y su relevancia en los procesos de tenencia en los juzgados de familia de la provincia de Huaura en el*

- año 2018 [Tesis de grado, Universidad nacional José Faustino Sánchez Carrión]. Repositorio Institucional. <http://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/UNJFSC/3720>
- Sánchez, M. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Tecnos Editores.
- Sanojo, L. (1873). *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Imprenta Nacional.
- Santillán, R. (2014). *La Capacidad de Ejercer de los ciegos sordos, sordomudos y ciegos mudos. Discapacitados, pero no incapereferenciados. Estudios Críticos sobre el Código Civil*. Gaceta Jurídica.
- Santillán, R. (2020). *La Capacidad de Ejercer de los individuos con discapacidad: un efecto del nuevo concepto de capacidad en "Código Civil Comentado"*. Gaceta Jurídica.
- Savigni, F. (1879). *Sistema de Derecho romano actual*. F. Góngora y Compañía Editores.
- Serrano, R. (Enero de 2007). La capacidad negocial del menor adulto. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 9(1), 66-188. <https://bit.ly/445spdq>
- Stantione, P. (1975). *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. ESI Editore.
- Stolfi, G. (1959). *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado.
- Super, C., & Harkness, S. (1982). *Cultural perspectives on child development*. WH Freeman.
- Taboada, L. (2002). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Tantaleán, R. (2019). La discapacidad. Anotaciones al D.L. N°1384. *Dialnet Derecho y Cambio Social*, 56, 199-229. <https://bit.ly/3oE169D>
- Teixeira, A. (1952). *Código Civil, Esboço. Nota al Art. 16*. Ministerio da Justiça e negocios interiores.
- Tobías, J. (2009). *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. La Ley Editores.
- Torres, A. (2015). *Acto Jurídico*. Instituto Pacífico.
- Torres, A. (2018). *Acto Jurídico* (6a ed.). Jurista Editores.
- Torres, A. (2019). Capacidad legal en el nuevo Art.3 del Código Civil. *Advocatus*, (38), 121-163. <https://bit.ly/3Aw7qCK>
- Unicef. (1989, 20 de Noviembre). *Convención sobre Derechos del menor [CDN]*. <https://doi.org/10.18356/51f8034c-es>
- Valencia, A. (1979). *Derecho Civil* (8a ed.). Temis Editores.

- Valera, I. (2016). *El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor*. Boletín del Ministerio de Justicia. <https://ojs.mjjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/6236>
- Vara, A. (2012). *Desde La Idea hasta la sustentación: Siete pasos para una tesis exitosa*. Instituto de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas y Recursos Humanos. <https://bit.ly/2tFTC5T>
- Varsi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las personas*. Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi, E. (14 de Setiembre de 2018). *La capacidad de despliegue plena de los menores: Historia de un legicidio en el Código Civil y los recientes decretos legislativos*. La Ley - El Ángulo Legal de la NoticiaEl ángulo legal de la noticia. <https://bit.ly/3Hg7gmZ>
- Varsi-Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica, Universidad de Lima. <https://bit.ly/3HcG3Bm>
- Varsi-Rospigliosi, E. (2020). *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi-Rospigliosi, E., & Torres-Maldonado, M. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta Bioethica*, 25(2), 199-213. <https://doi.org/10.4067/s1726-569x2019000200199>
- Vega, Y. (2018). La reforma del régimen legal de los individuos débiles made by Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(64), 42-45. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Venosa, S. (2002). *Direito civil* (2a ed.). Atlas Editores.
- Verdera, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch.
- Weithorn, L. (1983). Involucrar a los niños en las decisiones que afectan su propio bienestar. In Children's competence to consent. *SpringerLink*, 235-260. [10.1007/978-1-4684-4289-2_12](https://doi.org/10.1007/978-1-4684-4289-2_12)
- Zamora, F., & Palomino, M. (2016). Razonamientos que debe tener en cuenta el Juzgador en los procesos de Derecho de Familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño. *NOUS, Revista de Investigación Jurídica de Estudiantes*, VII(9), 137-159. <https://bit.ly/3L97MnP>

ANEXOS

ANEXOS N°1: Matriz de Consistencia

TITULO	VARIABLES	PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS	METODOLOGÍA
<p><i>“Relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la Capacidad de Ejercicio en el artículo 43 del Código Civil”</i></p>	<p>INDEPENDIENTE</p> <p>Principio de Autonomía Progresiva</p>	<p>¿Es relevante el Principio de Autonomía Progresiva para determinar la Capacidad de Ejercicio en el Art.43 del Código Civil?</p>	<p>Determinar la relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la Capacidad de Ejercicio en el Art.43 del Código Civil.</p> <hr/> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>1. Analizar la Capacidad de Ejercicio de los menores de edad en el derecho nacional y comparado.</p> <p>2. Fundamentar el Principio de Autonomía Progresiva de menores de edad en el derecho nacional y comparado.</p> <p>3. Caracterizar mediante la aplicación de técnicas e instrumentos la Capacidad de Ejercicio de los menores de edad en el marco del Principio de Autonomía Progresiva.</p> <p>4. Elaborar una propuesta modificatoria que incorpore el Principio de Autonomía Progresiva en el Art.43 del Código Civil.</p> <p>5. Corroborar la propuesta práctica a través de consulta de expertos o especialistas.</p>	<p>Se estima que el Principio de Autonomía Progresiva es relevante para determinar la Capacidad de Ejercicio en el Art. 43 del Código Civil</p>	<p>METODO Mixto</p>
					<p>TIPO Aplicado</p>
	<p>ALCANCE Descriptivo</p>				
	<p>DISEÑO No Experimental</p>				
	<p>POBLACIÓN Abogados Civilistas</p>				
	<p>MUESTRA 50 Abogados</p>				
<p>DEPENDIENTE</p> <p>Capacidad de Ejercicio</p>					

ANEXOS N°2: Operacionalización de las variables

Variable I	Definición Conceptual	Definición Operacional	Dimensiones	Indicadores	Técnicas	Instrumentos de Recolección
Capacidad de Ejercicio	Es la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos, esto es, ser capaz de poder generar efectos jurídicos; tiene como presupuesto a la capacidad de goce y está indisolublemente relacionada a la capacidad natural de discernimiento, como presupuesto para la validez de sus actos y la manifestación de su voluntad.	La capacidad de obrar en el código civil operacionalmente se aplica en función de la edad del sujeto, incapacidad absoluta para menores de 16 años; capacidad restringida para edades entre 16 y 18 años; capacidad plena para mayores de 18 años.	Capacidad de Ejercicio Pleno	La Edad (Artículo 42, 46 C.C.)	Observación	Ficha de Observación
			Capacidad de Ejercicio Restringido	La Edad (Artículo 44, 45A C.C.)		
			Incapacidad Absoluta	La Edad (Artículo 43 del C.C.)	Encuesta	Cuestionario

Variable II	Definición Conceptual	Definición Operacional	Dimensiones	Indicadores	Técnica	Instrumento
Principio de Autonomía Progresiva	Consiste en el principio que reconoce plenamente la titularidad de derechos de menores de edad en su calidad de sujetos de derecho, capaces de ejercerlos por sí mismos de acuerdo a la evolución de sus facultades, madurez y discernimiento adquiridas según su desarrollo natural.	Capacidad del menor para establecer y participar de relaciones y situaciones jurídicas, según su desarrollo físico, psicológico, económico, cultural, social, mental, etc.	Cultural	Grado de Educación Acceso a Tecnología	Observación	Ficha de Observación
			Social	Lugar de Residencia Formación Familiar		
			Económica	Poder Adquisitivo (Alto, Medio, Bajo)	Análisis de Documentos	Ficha de Análisis de Documentos
			Físico	La Edad		
			Psíquico	Pensamiento, Percepción, Discernimiento.	Encuesta	
Mental	Razonamiento, Competencias, Habilidades.					

ANEXOS N°3: Instrumento elaborado



“RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA PARA LA CAPACIDAD DE EJERCICIO EN EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL”

Autor: Yván Antero Toro Cubas **Fecha:** 10 de agosto del 2021

Presentación: Con el Modelo Social de Discapacidad que desarrolla La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Modelo de Protección Integral que desarrolla la Convención sobre los Derechos del Niño, se han modificado conceptos básicos sobre Capacidad, Autonomía y Discernimiento, disposiciones que inciden en el ordenamiento jurídico y normativo de países adscriptos, como el Perú.

Objetivo: La presente encuesta va dirigida a abogados del Distrito de Chiclayo, para conocer su opinión sobre la Capacidad de Ejercicio del menor de edad a raíz de las modificaciones efectuadas al Código Civil por del Decreto Legislativo 1384 en el marco de las mencionadas Convenciones Internacionales.

Instrucciones: Se le solicita su valiosa colaboración, marque con un aspa (X) el casillero que crea conveniente según su criterio especializado y experiencia profesional, recuerde que no existe respuesta correcta o incorrecta. La información anónima proporcionada será procesada estadísticamente e incorporada a la investigación que describe el título de la encuesta, bajo estrictas medidas de confidencialidad y privacidad.

**ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO CIVIL
DEL DISTRITO DE CHICLAYO**

CUESTIONARIO PARA ABOGADOS			
Nivel ocupacional:	<input type="checkbox"/> Funcionario público	Sexo	<input type="checkbox"/> Masculino
	<input type="checkbox"/> Actividad Privada		<input type="checkbox"/> Femenino
	<input type="checkbox"/> Docente	Edad	<input type="checkbox"/> hasta 35 años
	<input type="checkbox"/> Litigante		<input type="checkbox"/> de 35 a 50 años
			<input type="checkbox"/> mayor de 50 años

NOTA: Para cada pregunta se considera la escala de 1 a 5 donde:

1	2	3	4	5
TOTALMENTE EN DESACUERDO	EN DESACUERDO	NO OPINA	DE ACUERDO	TOTALMENTE DE ACUERDO

ÍTEM	TD	D	NO	A	TA
Capacidad de Ejercicio					
1. ¿Considera que el Código Civil debe regular la Capacidad de Ejercicio conforme las Convenciones Internacionales?					
2. ¿Considera que la Capacidad de Ejercicio del menor depende únicamente de su edad?					
3. ¿Considera que la Capacidad de Ejercicio del menor de edad depende de su grado de madurez y desarrollo?					
4. ¿Considera que el período de crecimiento y desarrollo del menor de edad son un tipo de Discapacidad?					
5. ¿Considera que el menor de edad debe ser tratado como Sujeto de Derecho?					
6. ¿Considera que el menor por su edad carece totalmente de madurez, discernimiento y voluntad?					
7. ¿Considera que la Incapacidad Absoluta desconoce la calidad de Sujeto de Derecho del menor de edad?					
8. ¿Considera que la opinión del menor de edad debe ser escuchada en los procesos que le afectan?					
9. ¿Considera que la Incapacidad Absoluta anula la autonomía y genera indefensión en el menor de edad?					
10. ¿Considera que la Incapacidad en el Art.43 del Código Civil vulnera derechos fundamentales del menor de edad?					
ÍTEM	TD	D	NO	A	TA
Principio de Autonomía Progresiva					

11. ¿Considera que el menor de edad tiene Capacidad de Ejercicio en progreso?					
12. ¿Considera que la Incapacidad Absoluta de menores de edad contradice el Principio de Autonomía Progresiva?					
13. ¿Considera que el nivel cultural (ej. educación) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad?					
14. ¿Considera que el entorno social (ej. lugar de residencia) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad?					
15. ¿Considera que el nivel económico (ej. comodidades) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad?					
16. ¿Considera que el factor cronológico (ej. la edad) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad?					
17. ¿Considera que el factor psicológico (ej. experiencias) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad?					
18. ¿Considera que la inteligencia (ej. conocimiento) influye en el desarrollo y madurez del menor de edad?					
19. ¿Considera que el grado de desarrollo y madurez del menor de edad son determinantes para la Capacidad Ejercicio?					
20. ¿Considera que el Principio de Capacidad Progresiva del menor de edad debe modificar el Art.43 del Código Civil?					

Gracias por su colaboración

ANEXOS N°4: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

GUÍA JUICIO DE EXPERTOS

1. Identificación del Experto

Nombre y Apellidos: José Walter Niquen Peralta
 Centro laboral: Estudio Jurídico Niquen Manucci
 Título profesional: Abogado
 Grado: Magister Mención: Derecho Civil
 Institución donde lo obtuvo: Universidad Nacional de Trujillo
 Otros estudios:

2. Instrucciones

Estimado(a) especialista, a continuación, se muestra un conjunto de indicadores, el cual tienes que evaluar con criterio ético y estrictez científica, la validez del instrumento propuesto (Véase anexo N°1).

Para evaluar el instrumento marca con un aspa (X) una de las categorías contempladas en el cuadro:

1: Inferior al básico 2: Básico 3: Intermedio 4: Sobresaliente 5: Muy sobresaliente

3. Juicio de experto

INDICADORES	CATEGORÍA				
	1	2	3	4	5
1. Las dimensiones de la variable responden a un contexto teórico de forma (visión general)					X
2. Coherencia entre dimensión e indicadores (visión general)				X	
3. El número de indicadores, evalúan las dimensiones y por consiguiente la variable seleccionada (visión general)				X	
4. Los ítems están redactados en forma clara y precisa, sin ambigüedades (claridad y precisión)					X
5. Los ítems guardan relación con los indicadores de las variables(coherencia)					X
6. Los ítems han sido redactados teniendo en cuenta la prueba piloto (pertinencia y eficacia)					X
7. Los ítems han sido redactados teniendo en cuenta la validez de contenido					X
8. Presenta algunas preguntas distractoras para controlar la contaminación de las respuestas (control de sesgo)				X	
9. Los ítems han sido redactados de lo general a lo particular(orden)					X
10. Los ítems del instrumento, son coherentes en términos de cantidad(extensión)					X
11. Los ítems no constituyen riesgo para el encuestado(inocuidad)					X
12. Calidad en la redacción de los ítems (visión general)				X	

13. Grado de objetividad del instrumento (visión general)					X
14. Grado de relevancia del instrumento (visión general)					X
15. Estructura técnica básica del instrumento (organización)					X
Puntaje parcial				16	55
Puntaje total				71	

Nota: Índice de validación del juicio de experto (IVJE) = [Puntaje obtenido / 75] x 100 =

94

4. Escala de validación

Muy baja	Baja	Regular	Alta	Muy Alta
00-20 %	21-40 %	41-60 %	61-80%	81-100%
El instrumento de investigación está observado			El instrumento de investigación requiere reajustes para su aplicación	El instrumento de investigación está apto para su aplicación
Interpretación: Cuanto más se acerque el coeficiente a cero (0), mayor error habrá en la validez				

5. Conclusión general de la validación y sugerencias (en coherencia con el nivel de validación alcanzado):

El instrumento de investigación responde a su propósito

6. Constancia de Juicio de experto

El que suscribe, José Walter Niquén Peralta..... identificado con DNI. N.º 16690616.. certifico que realicé el juicio del experto al instrumento diseñado por el tesista **Yván Antero Toro Cubas** alumno de **Posgrado de la Universidad Señor de Sipán**, en la investigación denominada: "MODIFICATORIA DEL ART. 43 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA PARA LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE MENORES DE EDAD"

Chiclayo 11 de agosto de 2021

Firma del Experto

José W. Niquén Peralta
AUGUSTO
REGISTRO CAL N° 4061

04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

Informe de Confiabilidad del Instrumento de Investigación

Para el análisis de confiabilidad del instrumento se utilizó el coeficiente Alfa de Cronbach, cuya fórmula es:

$$\alpha = \frac{K}{K-1} \left(1 - \frac{\sum s_i^2}{S_t^2} \right)$$

α : Coeficiente alfa de Cronbach

K: número de ítems

$\sum s_i^2$: Sumatoria de las varianzas de los ítems

S_t^2 : Varianza de la suma de ítems

El instrumento se aplicó a una muestra piloto de 50 abogados especialistas en derecho civil, los resultados se presentan a continuación:

[Conjunto_de_datos1] D:\Tesis Maestría\6 Resultados\Tesis Maestría.sav

Resumen de procesamiento de casos			
		N	%
Casos	Válido	50	100,0
	Excluido ^a	0	,0
	Total	50	100,0

a. La eliminación por lista se basa en todas las variables del procedimiento.

Estadísticas de fiabilidad	
Alfa de Cronbach	N de elementos
,885	20

Interpretación: Los datos de la muestra de estudio relacionados a la investigación presentan una Excelente Confiabilidad ya que el coeficiente Alfa de Cronbach (**0,885**) se encuentra en el intervalo de 0,72 a 0,99 (ver Tabla 2)

Tabla 2
Interpretación del coeficiente alfa de Cronbach

Intervalos	Interpretación
0,53 a menos	Confiabilidad nula
0,54 a 0,59	Confiabilidad baja
0,60 a 0,65	Confiable
0,66 a 0,71	Muy confiable
0,72 a 0,99	Excelente confiabilidad
1,00	Confiabilidad perfecta

Fuente: Herrera, A (1998). *Notas sobre Psicometría*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

Estadísticas de total de elemento				
	Media de escala si el elemento se ha suprimido	Varianza de escala si el elemento se ha suprimido	Correlación total de elementos corregida	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
Capacidad de ejercicio y las convenciones internacionales	74,40	121,755	,263	,886
Capacidad de ejercicio y la edad del menor	74,80	119,959	,232	,889
Capacidad de ejercicio y el grado de madurez del menor	74,56	120,823	,245	,887
Discapacidad y período de desarrollo del menor	75,44	112,782	,445	,883
El menor de edad como Sujeto de Derecho	74,50	115,398	,424	,882
La edad del menor y la falta de madurez	74,58	120,861	,214	,889
La Incapacidad Absoluta y el menor como Sujeto de Derecho	74,90	117,439	,324	,886
La opinión del menor en los procesos	74,16	116,994	,497	,880
La Incapacidad Absoluta y la Autonomía del menor	74,72	111,349	,657	,874
La Incapacidad Absoluta y los Derechos Fundamentales	74,56	118,700	,359	,884
El menor de edad y la capacidad de ejercicio progresiva	74,36	113,133	,722	,874
La Incapacidad Absoluta y el Principio de Autonomía Progresiva	74,82	114,559	,511	,879
El nivel cultural y la madurez del menor de edad	74,44	112,292	,696	,874
El entorno social y la madurez del menor de edad	74,46	113,560	,694	,875
El nivel económico y la madurez del menor de edad	74,96	113,141	,512	,879
El factor cronológico y la madurez del menor de edad	74,52	114,091	,597	,877

04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

El factor psicológico y la madurez del menor de edad	74,48	114,255	,709	,875
La inteligencia y la madurez del menor de edad	74,64	110,358	,644	,875
La madurez del menor y la Capacidad de Ejercicio	74,54	111,151	,725	,873
El Principio de Autonomía Progresiva y el Art.43 del Código Civil	74,42	111,922	,709	,873

Estadísticas de escala			
Media	Varianza	Desviación estándar	N de elementos
78,54	126,907	11,265	20

ANEXOS N°5: Consentimiento Informado



ANEXOS N°5

Consentimiento Informado

Institución: Universidad Señor de Sipán
Investigador: Yván Antero Toro Cúbas

Título: "Modificatoria del Art. 43 del Código Civil en la Relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la Capacidad de Ejercicio de menores de edad."

Yo, José Walter Niguen Peralta
identificado con DNI 16670616 DECLARO:

Haber sido informado de forma clara, precisa y suficiente sobre los fines y objetivos que busca la presente investigación "TITULO", así como en qué consiste mi participación.

Estos datos que yo otorgue serán tratados y custodiados con respeto a mi intimidad, manteniendo el anonimato de la información y la protección de datos desde los principios éticos de la investigación científica. Sobre estos datos me asisten los derechos de acceso, rectificación o cancelación que podré ejercitar mediante solicitud ante el investigador responsable. Al término de la investigación, seré informado de los resultados que se obtengan.

Por lo expuesto otorgo MI CONSENTIMIENTO para que se realice la Entrevista/Encuesta que permita contribuir con los objetivos de la investigación:

Objetivo General

Elaborar una modificatoria del Art.43 del Código Civil en la relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la Capacidad de Ejercicio de menores de edad.

Objetivos Específicos

1. Fundamentación teórica y doctrinaria sobre la Capacidad de Ejercicio de los menores de edad.
2. Determinar los antecedentes jurídicos y comparados del Principio de Autonomía de menores de edad.
3. Caracterizar mediante la aplicación de técnicas e instrumentos la Capacidad de Ejercicio de los menores de edad.
4. Elaborar una propuesta modificatoria del Art.43 del Código Civil.
5. Corroborar la propuesta práctica a través de consulta de expertos o especialistas

Chiclayo, 11 de agosto del 2021


FIRMA
José Walter Niguen Peralta
ABOGADO
REGISTRO Nº 4081

ANEXOS N°6: Validación del Aporte Practico



ANEXOS N° 5 VALIDACIÓN DEL APORTE PRÁCTICO DE LA INVESTIGACIÓN. ENCUESTA A EXPERTOS

Experto 1 (mínimo 3 expertos)

ESTIMADO MAGISTER:

Ha sido seleccionado en calidad de experto con el objetivo de valorar la pertinencia en la aplicación del aporte práctico: Modificatoria del Art.43 del Código Civil

DATOS DEL EXPERTO 1:

NOMBRE DEL EXPERTO	José Walter Niquén Peralta
PROFESION	Abogado
TITULO Y GRADO ACADEMICO	Maestrante en Derecho Penal
ESPECIALIDAD	Derecho Civil y Derecho Penal
INSTITUCION LABORAL	Estudio Jurídico Niquén Manucci
CARGO	Asesor Jurídico

DATOS DE LA INVESTIGACIÓN:

TITULO DE LA INVESTIGACION	Modificatoria del Art.43 del Código Civil en la relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la capacidad de ejercicio de menores de edad
LINEA DE INVESTIGACION	Ciencias Jurídicas
NOMBRE DEL TESISISTA	Toro Cubas Yván Antero
APORTE PRÁCTICO	Modificatoria del Art.43 del Código Civil

(Marcará con una X según lo considere pertinente)

Novedad científica del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Pertinencia de los fundamentos teóricos del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Nivel de argumentación de las relaciones fundamentales aportadas en el desarrollo del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Nivel de correspondencia entre las teorías estudiadas y el aporte práctico de la investigación.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Claridad en la finalidad de cada una de las acciones del aporte práctico propuesto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Posibilidades de aplicación del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Concepción general del aporte práctico según sus acciones desde la perspectiva de los actores del proceso en el contexto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Significación práctica del aporte.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Observaciones generales: _____


Dr. W. Alberto ...
FIRMA DEL EXPERTO

**ANEXOS Nº 5 VALIDACIÓN DEL APORTE PRÁCTICO DE LA
INVESTIGACIÓN. ENCUESTA A EXPERTOS**

Experto 2 (mínimo 3 expertos)

ESTIMADO MAGISTER:

Ha sido seleccionado en calidad de experto con el objetivo de valorar la pertinencia en la aplicación del aporte práctico: **Modificatoria del Art.43 del Código Civil**

DATOS DEL EXPERTO 1:

NOMBRE DEL EXPERTO	Luis Pérez León
PROFESION	Abogado
TITULO Y GRADO ACADEMICO	Maestrante en Derecho Civil
ESPECIALIDAD	Derecho Civil y Derecho Penal
INSTITUCION LABORAL	Estudio Jurídico Pérez León
CARGO	Asesor Jurídico

DATOS DE LA INVESTIGACIÓN:

TITULO DE LA INVESTIGACION	Modificatoria del Art.43 del Código Civil en la relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la capacidad de ejercicio de menores de edad
LINEA DE INVESTIGACION	Ciencias Jurídicas
NOMBRE DEL TESISISTA	Toro Cubas Yván Antero
APORTE PRÁCTICO	Modificatoria del Art.43 del Código Civil

(Marcará con una X según lo considere pertinente)

Novedad científica del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Pertinencia de los fundamentos teóricos del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Nivel de argumentación de las relaciones fundamentales aportadas en el desarrollo del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Nivel de correspondencia entre las teorías estudiadas y el aporte práctico de la investigación.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Claridad en la finalidad de cada una de las acciones del aporte práctico propuesto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Posibilidades de aplicación del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Concepción general del aporte práctico según sus acciones desde la perspectiva de los actores del proceso en el contexto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Significación práctica del aporte.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Observaciones generales: _____



FIRMA Y SELLO

**ANEXOS Nº 5 VALIDACIÓN DEL APOORTE PRÁCTICO DE LA
INVESTIGACIÓN. ENCUESTA A EXPERTOS**

Experto 3 (mínimo 3 expertos)

ESTIMADO MAGISTER:

Ha sido seleccionado en calidad de experto con el objetivo de valorar la pertinencia en la aplicación del aporte práctico: **Modificatoria del Art.43 del Código Civil**

DATOS DEL EXPERTO 1:

NOMBRE DEL EXPERTO	Leonardo Dante Saavedra Gamarra
PROFESION	Abogado
TITULO Y GRADO ACADEMICO	Maestrante en Derecho Civil
ESPECIALIDAD	Derecho Civil y Derecho Laboral
INSTITUCION LABORAL	Estudio Jurídico Saavedra
CARGO	Asesor Jurídico

DATOS DE LA INVESTIGACIÓN:

TITULO DE LA INVESTIGACION	Modificatoria del Art.43 del Código Civil en la relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la capacidad de ejercicio de menores de edad
LINEA DE INVESTIGACION	Ciencias Jurídicas
NOMBRE DEL TESISISTA	Toro Cubas Yván Antero
APOORTE PRÁCTICO	Modificatoria del Art.43 del Código Civil

(Marcará con una X según lo considere pertinente)

Novedad científica del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Pertinencia de los fundamentos teóricos del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Nivel de argumentación de las relaciones fundamentales aportadas en el desarrollo del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Nivel de correspondencia entre las teorías estudiadas y el aporte práctico de la investigación.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Claridad en la finalidad de cada una de las acciones del aporte práctico propuesto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Posibilidades de aplicación del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Concepción general del aporte práctico según sus acciones desde la perspectiva de los actores del proceso en el contexto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Significación práctica del aporte.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Observaciones generales: NINGUNA


 Leonardo Dante Saavedra Gamarra
 ABOGADO
 Reg. ICAL 8289

FIRMA Y SELLO

**ANEXOS Nº 5 VALIDACIÓN DEL APOORTE PRÁCTICO DE LA
INVESTIGACIÓN. ENCUESTA A EXPERTOS**

Experto 4 (mínimo 3 expertos)

ESTIMADO MAGISTER:

Ha sido seleccionado en calidad de experto con el objetivo de valorar la pertinencia en la aplicación del aporte práctico: Modificatoria del Art.43 del Código Civil

DATOS DEL EXPERTO 1:

NOMBRE DEL EXPERTO	Carlo Torres Luna
PROFESION	Abogado
TITULO Y GRADO ACADEMICO	Maestrante en Derecho Notarial
ESPECIALIDAD	Derecho Civil y Derecho Notarial
INSTITUCION LABORAL	Universidad Señor de Sipán
CARGO	Asesoría Jurídica

DATOS DE LA INVESTIGACIÓN:

TITULO DE LA INVESTIGACION	Modificatoria del Art.43 del Código Civil en la relevancia del Principio de Autonomía Progresiva para la capacidad de ejercicio de menores de edad
LINEA DE INVESTIGACION	Ciencias Jurídicas
NOMBRE DEL TESISISTA	Toro Cubas Yván Antero
APOORTE PRÁCTICO	Modificatoria del Art.43 del Código Civil

(Marcará con una X según lo considere pertinente)

Novedad científica del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Pertinencia de los fundamentos teóricos del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Nivel de argumentación de las relaciones fundamentales aportadas en el desarrollo del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Nivel de correspondencia entre las teorías estudiadas y el aporte práctico de la investigación.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Claridad en la finalidad de cada una de las acciones del aporte práctico propuesto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Posibilidades de aplicación del aporte práctico.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

Concepción general del aporte práctico según sus acciones desde la perspectiva de los actores del proceso en el contexto.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
	X			

Significación práctica del aporte.

Muy Adecuada (5)	Bastante Adecuada (4)	Adecuada (3)	Poco Adecuada (2)	No Adecuada (1)
X				

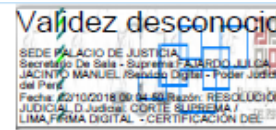
Observaciones generales: _____


 Carlo Alfonso Torres Lara
 ABOGADO
 ICAL 3698

FIRMA Y SELLO

ANEXOS N°8: Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE



CAS. N° 2079 - 2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SUMILLA: Teniendo en cuenta que los menores de edad se encuentran en pleno desarrollo y que sus capacidades evolucionan progresivamente, pueden participar en las decisiones, sobre su libertad religiosa, dicha facultad se incrementa proporcionalmente conforme a su evolución, por lo que correlativamente a dicho crecimiento, disminuye el ámbito de actuación de los derechos de los padres a guiarlos en el ejercicio del derecho a la religión.

Lima, catorce de setiembre de dos mil diecisiete.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa N° 2029-2017, en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente resolución:

I. MATERIA DEL RECURSO

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto el veintiocho de abril de dos mil diecisiete, por la demandante **Gisele Idiáquez Aragonéz**, mediante escrito de fojas ochocientos setenta y uno, contra la sentencia de vista dictada el veintitrés de marzo de dos mil diecisiete, de fojas ochocientos cincuenta, que **revoca** la apelada de fojas setecientos ochenta su fecha veintiséis de agosto de dos mil dieciséis **en el extremo sobre el régimen de visitas** dispuesto por el *A quo* para que el padre visite a su menor hijo de iniciales A.A.I; y **reformándolo**, siempre velando que el régimen sea más beneficioso para el menor y no vaya a alterar

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS. N° 2079 - 2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

las actividades académicas, religiosas o de recreación del mismo, establecen un nuevo régimen de visitas.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Por escrito obrante a fojas noventa y dos, subsanada a fojas ciento veinticinco, Gisele Idiáquez Aragonés interpone demanda de tenencia y custodia de su menor hijo de iniciales A.A.I., solicitando como pretensión principal la tenencia y como pretensión accesorias se determine un régimen de visitas a favor del demandado Abelardo Aramburu Pazos, padre del menor.

Para sustentar este petitorio, refiere la demandante, haber sostenido una relación sentimental con el demandado durante un periodo de cinco años y que fruto de esa relación nace su menor hijo A.A.I., de quien desde su nacimiento hasta la actualidad, ejerce la tenencia de hecho. Señala que el demandado nunca mostró interés ni se hizo cargo de los gastos propios del hogar que ambos compartían; que pese a su avanzado estado de gestación, se hizo cargo y asumió absolutamente todos los gastos propios del hogar; asimismo, señala que tuvo que ocuparse sola del cuidado de su hijo toda vez que el demandado decidió unilateralmente matricularse en cursos, no obstante de laborar en una empresa, demostrando una actitud egoísta y desconsiderada puesto que nunca se involucró con el cuidado y atención del menor. Argumenta que su relación se deterioró producto del viaje del demandado a los Estados Unidos de Norteamérica, tanto por la distancia y como por su carácter, haciendo que ponga fin a su relación sentimental. Señala finalmente, que a pesar de la ausencia física del demandado en la vida de su menor hijo, siempre ha procurado que se involucre con él, tanto es así que las veces que ha estado en Lima, lo preparaba emocionalmente para que tenga mayor contacto con su progenitor.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Por escrito obrante a fojas doscientos noventa y uno, el demandado contesta la demanda señalando que no se encuentra de acuerdo con la pretensión principal interpuesta por la recurrente, asimismo, rechaza las afirmaciones contenidas en su escrito de demanda. Refiere haber aportado económicamente siempre desde un inicio de su relación con los gastos del hogar, a pesar de su reducido sueldo en comparación con el de la recurrente; señala que se hacía cargo de la alimentación familiar, pago a empleadas y demás que por mutuo acuerdo realizaban. Argumenta que con relación a los estudios que realizó, ello fueron solventados por sus padres, y que pese a estudiar y trabajar al mismo tiempo y además de haber permanecido en el extranjero por dos años, siempre mantuvo una relación paternal con su menor hijo, cubriendo los gastos del menor. Señala que en lo que respecta al viaje realizado por motivos de estudios, ello fue una decisión tomada entre ambos, ya que pretendía obtener mayores ingresos económicos y que no fue una decisión unilateral, como señala la demandante, pues tenían planes de poder vivir juntos como una familia, empero la demandante obtuvo un nuevo trabajo con un buen sueldo y que no quería alejarse de su familia en Lima, motivando que ella decida quedarse con su menor hijo y terminar su relación sentimental. Concluye señalando, no estar de acuerdo con que se le otorgue la tenencia a la accionante debido a que ésta decide sobre la educación, la forma de vestir, la vida e incluso la religión de su menor hijo, sin consulta alguna; y que en cuanto al régimen de visitas, si bien verbalmente tiene un acuerdo con la demandante respecto a las visitas que ejerce sobre su menor hijo, refiere que últimamente no se cumple de la manera acordada, por lo que solicita se le fije un régimen de visitas mas amplio y con externamiento a su favor.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS. N° 2079 - 2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

2. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Por resolución de fecha dos de setiembre de dos mil quince, se ha fijado como puntos controvertidos: (i) Determinar si es procedente otorgar la tenencia del menor Asaf Aramburú Idiáquez de cinco años de edad en la actualidad a la accionante Gisele Idiáquez Aragonés. (ii) Determinar si corresponde otorgarle un régimen de visitas a Abelardo Aramburú Pazos respecto a su menor hijo.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por sentencia dictada el veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fojas setecientos ochenta, el Cuarto Juzgado de Familia de Lima ha declarado **fundada** la demanda interpuesta por **Gisele Idiáquez Aragonés** contra **Abelardo Aramburú Pazos** sobre tenencia de menor; en consecuencia, será Gisele Idiáquez Aragonés quien ejercerá la Tenencia y Custodia de su menor hijo Asaf Aramburú Idiáquez; **estableciéndose un Régimen de Visitas** para que Abelardo Aramburú Pazos, pueda estar con su referido menor hijo, los días martes y jueves, en que lo recogerá para llevarlo al colegio a las siete y cuarenta y cinco de la mañana, así como el primer y tercer sábado de cada mes, lo podrá recoger del hogar materno desde las nueve y treinta de la mañana hasta el día domingo en que lo retendrá a las seis de la tarde, salvo el segundo domingo del mes de mayo en que se celebra el Día de la Madre en que permanecerá todo el día sábado anterior desde las nueve y treinta de la mañana hasta las siete de la noche en que lo retendrá al hogar materno. Que en cuanto a los días de las festividades religiosas judías, la demandante deberá hacerlas de conocimiento previo al padre de su menor hijo, sea por mensaje de texto o vía telefónica, para que de común acuerdo sustituyen los días que coincidan con su régimen de visitas a otro día previo o posterior que le corresponda al progenitor del menor; sin perjuicio, que las partes de común acuerdo establezcan los días y horarios, siempre y cuando no perjudique las actividades escolares de su menor hijo. Ello al considerar que ante la falta de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

A través de la sentencia de vista objeto de impugnación, la Segunda Sala de Familia de Lima, **confirma** la decisión de primera instancia, que declara **fundada** la demanda de tenencia; y **revoca** el extremo referido al régimen de visitas dispuesto por la *A quo* para que el padre visite a su menor hijo de iniciales A.A.I., **reformándolo**, y siempre velando que el régimen sea lo más beneficioso para el menor y no vaya a alterar las actividades académicas, religiosas o de recreación del mismo, lo fijaron de la siguiente manera: i) **Durante el Período escolar** (marzo a diciembre): Todos los lunes y miércoles - con extemamiento- de 5:00 p.m., retornándolo al hogar materno a las 8:00 p.m.; y los martes y jueves de 7:45 a.m., para efectos de llevarlo a su Institución Educativa. Asimismo, el primer y tercer sábado de cada mes -con extemamiento y pernocte desde las 9:30 a.m., retornándolo al hogar materno el domingo a las 7:00 p.m., salvo coincida con el cumpleaños de la madre en que será cambiado por el fin de semana anterior o posterior. ii) **Durante las vacaciones de verano** (enero y febrero) con extemamiento y pernocte: **En años pares**, el progenitor permanecerá con su hijo durante la primera quincena de enero (recojo 02 de enero a las 6:00 p.m., y retorno al hogar materno el 16 de enero a las 6:00 p.m.) y primera quincena de febrero (recojo 01 de febrero a las 6:00 p.m., y retorno al hogar materno el 15 de febrero a las 6:00 p.m.); y **en años impares**, el progenitor permanecerá con su hijo durante la segunda quincena de enero (recojo 16 de enero a las 6:00 p.m., y retorno al hogar materno el 31 de enero a las 6:00 p.m.) y segunda quincena de febrero (recojo 16 de febrero a las 6:00 p.m., y retorno al hogar materno el 01 de marzo a las 6:00 p.m. iii) **Festividades religiosas judías**: Los días de **festividades religiosas judías**, deberá la madre poner en conocimiento previo al padre (vía mensajes de texto o vía telefónica), y de común acuerdo, sustituyan los días que coincidan con el régimen de visitas a otro día previo o posterior que le corresponda al padre. iv) **Celebración del cumpleaños del menor**: Será coordinada con ambos progenitores, si no hubiera acuerdo, en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS. N° 2079 - 2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

Por consiguiente, en el extremo impugnado del régimen de visitas, debe revocarse el régimen dispuesto, reformándolo debe fijarse un régimen más amplio como el que se hace mención en la parte decisoria.

III. RECURSO DE CASACIÓN

La demandante Gisele Idiáquez Aragonés interpone recurso de casación, el cual ha sido declarado procedente por esta Suprema Sala, mediante resolución dictada el diecinueve de julio de dos mil diecisiete, por las siguientes causales:

A) Infracción normativa del artículo 122 inciso 4 del Código Procesal Civil y el artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado. Señala que la sentencia de vista con motivación insuficiente, varía el régimen de visitas otorgado a favor del padre, fundamentándolo únicamente el literal c) del artículo 84 de los Códigos de los Niños y Adolescentes; en el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del Niño y el pedido que forma parte del recurso de apelación interpuesto por el demandado, que alega se le otorgue un régimen de visitas más amplio que incluya vacaciones, feriados y cumpleaños, siempre que sean más beneficiosas para el menor y no vayan a alterar las actividades académicas, religiosas o de recreación. No obstante ello, precisa que el *Ad quem* sin mayor sustento que el ya mencionado, en referencia a los días que corresponden a las festividades religiosas católicas, considera dable que por tratarse de "días feriados" el padre pueda visitar y extemar al menor, pero con respeto a las creencias religiosas que el menor profese (religión judía); siendo ello, totalmente contradictorio con el régimen detallado en la decisión, debido a que se está permitiendo que un niño judío interactúe con su padre católico en sus celebraciones religiosas, mensajes contradictorios, tendientes únicamente a confundir la mente de un menor de seis años de edad.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS. N° 2079 - 2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

- B) Vulneración al principio de congruencia.** Refiere que se vulnera el principio procesal denunciado, toda vez que existe contradicción entre lo razonado y lo resuelto, ya que el numeral 3.5 de la sentencia de vista precisa que dicho régimen se establece siempre y cuando no se alteren las actividades religiosas del menor, para luego en el considerando IV de la decisión, fijar no solo las festividades religiosas judías (religión a la cual pertenece el menor) sino además se fija los feriados religiosos de la religión católica.
- C) Infracción normativa del derecho constitucional de libertad religiosa del menor involucrado.** Argumenta que se pretende que un menor de seis años de edad conviva con dos religiones, siendo la suya la judía y la de su padre, la católica, infringiéndose así la base y formación ideológica que se adquiere durante los primeros años de vida.
- D) Infracción normativa de artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes concordante con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.** Alega que la sentencia de vista ha vulnerado el principio del interés superior del niño y adolescente ya que al ampliar el régimen de visitas no se ha tomado en cuenta respecto a las vacaciones de verano y las festividades religiosas católicas, la edad de su hijo, y el desapego que se pretende realizar de su entorno familiar. Asimismo, precisa que se le generaría al menor una gran confusión al compartir festividades religiosas católicas con su padre, pese a que su hijo es judío.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

1. Según se ha expuesto precedentemente, el recurso de casación objeto de pronunciamiento ha sido declarado procedente en razón a la denuncia de infracciones normativas de carácter *in procedendo* e *in iudicando*. En ese sentido, dada la naturaleza y efectos del error *in procedendo*, este Colegiado emitirá pronunciamiento, en primer término, sobre las primeras denuncias,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2079 - 2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño², ha tomado las medidas necesarias para que el menor se desarrolle de la mejor manera posible en el marco de su seno familiar, ello en mérito a que el menor necesita de ambos padres para su crecimiento y bienestar a fin de afianzar los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, por lo que no se advierte la vulneración de las infracciones normativas denunciadas en el literal D), por lo que debe desestimarse el recurso en ese extremo.

15.- En la misma línea de argumentación, en relación a la **vulneración del derecho a la libertad religiosa** del menor, que alega la recurrente, este Supremo Tribunal advierte que el mismo no ha sido infringido, toda vez que como se mencionó en los considerandos precedentes la libertad de religión del menor no se encuentra limitada a lo que los padres puedan decidir, esto es, a adoptar una religión u otra, sino a consideración de este Supremo Tribunal, es el derecho de los padres o tutores a **guiar su ejercicio**, conforme a la evolución de las facultades y capacidades de sus hijos, quienes adquirirán paulatinamente la capacidad plena de ejercicio de sus derechos (autonomía progresiva); en el presente caso, dado la corta edad del niño, cinco años, es la madre cuya tenencia ha venido ejerciendo de hecho, quien ha venido guiando a su hijo en el ejercicio del derecho de profesar una religión, en este caso la judía, por ello la Sala *Ad quem* ha recomendado que las visitas del padre católico, en los días de festividad católica, sea con

² Artículo 3:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS. N° 2079 - 2017
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

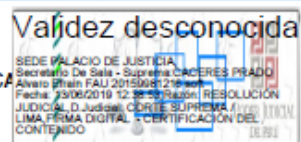
respeto a la religión que en este momento profesa el niño, guiado por su progenitora.

16.- En consecuencia, debe desestimarse el recurso en cuanto a la infracción normativa por vulneración al derecho a la religión, ello por cuanto la casacionista no ha cumplido con persuadir a este Tribunal Supremo que con el régimen de visitas establecido por el *Ad quem* se esté transgrediendo el derecho a la religión del menor, toda vez que la Sala Superior ha sido explícita en el respeto a la religión judía que profesa la madre del menor y en el que guía a su menor hijo, así como el respeto a la religión católica que profesa el padre del menor, y lo único que ha pretendido es establecer un régimen que pueda ser el más beneficioso para el menor atendiendo al mejor interés superior del menor que es hacer fluido el régimen de visitas con su progenitor, a fin de consolidar los lazos parentales y la personalidad del menor.

V. DECISIÓN:

A) Por estas consideraciones; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Civil, y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 396, inciso 4, del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto el veintiocho de abril de dos mil diecisiete, por la demandante Gisele Idiáquez Aragonés, mediante escrito de fojas ochocientos setenta y uno, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista dictada el veintitrés de marzo de dos mil diecisiete, de fojas ochocientos cincuenta, en el extremo que revoca el régimen de visitas dispuesto por la *A quo* para que el padre visite a su menor hijo de iniciales A.A.I; y **reformándolo**, siempre velando que el régimen sea más beneficioso para el menor y no vaya a alterar las actividades académicas, religiosas o de recreación del mismo, establecen un nuevo régimen de visitas.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**



**LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

SUMILLA.- En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.

Lima, diecinueve de noviembre de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número setenta y cuatro – dos mil dieciocho, de conformidad con el Dictamen Fiscal número 150-2018-MP-FN-FSC de fojas setenta y uno del Cuadernillo de Casación y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación formulado por la demandada **Sandra Hanna Benzaquén Krajnik** (fojas mil setecientos setenta y nueve) contra la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número nueve, de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete (fojas mil setecientos nueve), emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declara fundada la demanda, en consecuencia, concedieron la tenencia de los dos hijos adolescentes de la pareja, de iniciales R.V.B. y M.V.B. al progenitor demandante.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha tres de mayo de dos mil dieciocho (folios sesenta del Cuadernillo de Casación), declaró procedente el recurso formulado por las siguientes causales:

i) **Infracción del artículo 197 del Código Procesal Civil.-** La recurrente indica que no se han valorado adecuadamente las pruebas, en tanto el día de la audiencia celebrada el veintisiete de setiembre de dos mil quince, su hija estaba muy ofuscada y molesta por la discusión que tuvo con ella la noche previa, que ocasionó que la recurrente le confisque su teléfono celular. Indica que en el acta se aprecia que dicha discusión se suscitó y ocasionó que su hija declarara en los términos de la Audiencia, ello se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 74-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

Sentencia de Vista haya concedido la tenencia de sus hijos al accionante de forma inmediata, sin prever algún mecanismo (transitorio o progresivo) de una tenencia (la de la recurrente) a la otra (la del accionante).

iv) **Infracción del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; e, inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil.**- Alegando que, la recurrida no ha sido motivada, por qué ha concedido la tenencia de sus hijos al demandante, de manera inmediata, pese a que existe un mandato contenido en el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes cuya infracción también ha denunciado.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución de las infracciones normativas tanto procesales y materiales, declaradas procedentes, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto del lter procesal. Es así que de fojas ciento cincuenta y ocho, se advierte que **Álex Rubén Vera Álvarez** interpone demanda de Tenencia y Custodia de sus hijos **Micaela Vera Benzaquén** y **Rodrigo Vera Benzaquén**, dirigiéndola en contra de **Sandra Hanna Benzaquén Krajnik**; con intervención del Ministerio Público.

1.1. Sustenta su pretensión indicando que la demandada en forma unilateral restringe la relación paterno filial, aunado a ello, presenta un carácter violento y toma pastillas para calmar la ansiedad, lo cual repercute en el trato que le da a los hijos a quienes les grita constantemente, además trabaja desde las siete hasta las veintiún horas, de lunes a jueves, por lo que, sus hijos en las tardes están descuidados, indica que sus hijos están en casa del recurrente todos los días desde las dieciocho horas hasta las veinte horas tiempo en el cual los apoya con las tareas y si hay tiempo juegan, luego del cual los retorna a la casa de su madre y los fines de semana, tiene externamiento y pernosta con sus hijos; desde el viernes a las diecisiete horas hasta el domingo a las veinte horas, en forma alternada con su cónyuge; sin embargo, a pesar de ese acuerdo verbal, depende del buen humor de la demandada para que se cumpla, con lo cual genera inestabilidad en sus hijos, quienes desean estar más tiempo con él, ya que su madre les infunde temor debido a sus reacciones violentas; además, los menores conviven con personas mayores (abuela y bisabuela) y con personas extrañas (enfermeras) teniendo poco espacio para su disposición.

SEGUNDO.- Tramitada la causa conforme a su naturaleza, el **Séptimo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, emite la sentencia contenida en la

4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 74-2018
LIMA
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Resolución número treinta y nueve, de fecha diecisiete de mayo de dos mil diecisiete (fojas mil quinientos sesenta y uno), que declaró infundada la demanda de tenencia y custodia a favor de los menores Micaela Vera Benzaquén y Rodrigo Vera Benzaquén (de 13 y 10 años de edad); se concede a Álex Rubén Vera Álvarez, padre de los menores, un régimen de visitas a fin de que pueda visitar (sin interferir en las tareas escolares ni en la salud) a sus menores hijos Micaela Vera Benzaquén y Rodrigo Vera Benzaquén, los días sábados y domingos y los días festivos en el horario comprendido entre las nueve horas hasta las veinte horas o en los días y horas que voluntariamente pacten los padres; ordenaron que para el cumplimiento del régimen establecido, las partes se otorguen las facilidades del caso que sean necesarias para su desarrollo, para lo cual deberán de observar una conducta adecuada, bajo apercibimiento de imponerse lo dispuesto en el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda; recomendándose a ambas partes ponderación, respeto y compostura a fin de que el régimen de visitas se desarrolle buscando el mayor beneficio para sus menores hijos. Se dispone que Sandra Hanna Benzaquén Krajnik y Álex Rubén Vera Álvarez, reciban Terapia Psicológica a efecto de modificar los aspectos problemáticos y mejorar las habilidades de padres separados respecto de la crianza de los hijos.

2.1. El *A quo* sustenta su decisión indicando:

- Que de lo expuesto en las declaraciones e informes psicólogos es de inferirse que ambos padres se encuentran vinculados afectivamente a sus hijos, ambos denotan interés de velar en el cuidado y en el desarrollo integral de su prole, que si bien es cierto que se detectan estilos de crianza diferentes por las características de los rasgos de personalidad de cada progenitor, lo razonable bajo el interés superior del niño es que ambos padres reciban terapia, consejería de un profesional para los fines de mejorar las pautas de crianza a fin de afianzar la relación materno y paterno filial y con sus menores hijos, no siendo oportuno en este momento el cambio de *status quo*, porque generaría un inapropiado conflicto emocional en los niños, de allí que no es suficiente la evidencia el distanciamiento entre la menor Micaela Vera Benzaquén respecto de su madre para estimar esta demanda, máxime cuando ambas se encuentran vinculadas afectivamente; léase la declaración cuando describe a su madre: "*que es buena persona cuando quiere*", si bien presenta características de personalidad que tienden a influir de forma desfavorable

sobre el estilo de crianza, léase la versión del hermano menor Rodrigo: *"le dice para amenazarla pero no le ha pegado a mí una sola vez me amenazado"*, sin embargo entendemos que la demandada superaría con terapias psicológica dirigida a modificar los aspectos problemáticos y mejorar las habilidades maternas, abonando a su favor de no presentar psicopatología que altere su capacidad de discernimiento y control de su voluntad.

- Por otro lado habría que señalar, estando a los informes del equipo multidisciplinario que el menor Rodrigo Vera Benzaquén, siente afecto por ambos padres, por su minoría tiene mayor dependencia, si bien él sostiene que desearía vivir con su padre denota duda y esta situación es fuente de conflicto emocional para él. Refiere así porque el afecto lo ha volcado a su hermana y debido a ella, la sigue en sus decisiones la de vivir al lado de su padre.

TERCERO.- Apelada esta decisión por el demandante, la **Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, emitió la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número nueve, de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete (fojas mil setecientos nueve), que revocó la sentencia de fecha diecisiete de mayo de dos mil diecisiete (fojas mil quinientos sesenta y uno), en cuanto declaró infundada la demanda sobre tenencia de sus dos menores hijos, incoada por Alex Rubén Vera Álvarez y se le concede a aquél un régimen de visitas, disponiendo además que ambos padres reciban terapia psicológica; y reformándola declararon fundada la demanda, en consecuencia, concedieron la tenencia de los dos hijos adolescentes de la pareja, de iniciales R.V.B. y M.V.B. al progenitor demandante, con quien vivirán bajo su cuidado; asimismo establecieron un régimen de visitas para mantener la relación materno-filial en el siguiente horario: - lunes a viernes, después de su horario de trabajo a partir de las siete y hasta las nueve de la noche, la madre podrá visitarlos y extemarlos, con posibilidad de pernocte dos veces a la semana; previa comunicación al padre y en coordinación con los dos hijos; - fines de semana: el segundo fin de semana del mes y el cuarto fin de semana del mes, la madre podrá recoger a sus menores hijos y disfrutar con ellos con pernocte en su casa, de nueve de la mañana del sábado a cinco de la tarde del domingo inmediato siguiente, y al cabo de dicho horario los devolverá al hogar paterno, siendo los otros dos fines de semana, los que permanecerán en el hogar paterno; - fiestas familiares durante los años impares como el presente, a fin de año, pasarán la noche buena: 24 de diciembre con la madre, y navidad 25 de diciembre con el padre, y el fin de año el 31

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 74-2018

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

violento y toma pastillas para calmar la ansiedad, lo cual repercute en el trato que le da a los hijos a quienes le grita constantemente, además trabaja desde las siete horas hasta las veintiún horas de lunes a jueves, por lo que los hijos en la tarde están descuidados.

NOVENO.- Para analizar la mencionada infracción denunciada, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos. En principio, esta Suprema Corte es consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, de modo que ya no se trata de la familia nuclear, formada por el padre, madre e hijos, sino que se ha reconocido la existencia de familias monoparentales, familias ensambladas, familias con nido vacío, entre otras, de modo que los roles de cada miembro de éstas han ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna y la paterna⁷ la función que éstos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a que: *“la familia desempeña una tarea psicológica y existencial que sienta las bases, no solo de todo aquello que se refiere a las funciones de reproducción biológica y de sostén material, sino también, y principalmente, de lo que constituye el espacio afectivo donde el niño experimenta tanto la ternura y el afecto, así como también las primeras frustraciones y límites, constituyéndose en un lugar único para el aprendizaje experiencial, el cuál marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez”⁸.*

DÉCIMO.- Es así que todas las medidas que se tomen en relación a los menores deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término muy amplio y que puede tener cierto grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio.

DÉCIMO PRIMERO.- Por consiguiente, en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales,

⁷ Debe precisarse aquí, que cuando se trate de familias monoparentales, en las que existe una situación de mayor riesgo para los menores, será muy importante el bienestar emocional que el padre presente le brinde a los hijos para afrontar dicha situación, de modo que la estructura familiar no influya en la calidad de vida del menor. (Investigación realizada por: Susen Golombok. Modelos de Familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta? Barcelona: Graó, 2006.

⁸ Alberto Arcoena, Gustavo. Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes⁹. Buenos Aires: Astrea, 2010. pág. 2-3.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 74-2018

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que este demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres. Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un "menor maduro", este debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos, de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, debe realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate.

DÉCIMO SEGUNDO.- Es por ello que, los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte a la menor, deberán tener en cuenta que: *"El menor vive en un permanente y creciente proceso de socialización, a través del cual va consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por sí misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización que debe procurar neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social"*.

DÉCIMO TERCERO.- Al respecto y conforme lo ha recogido el *Ad quem*, en la declaración de la adolescente M.V.Q. a fojas cuatrocientos treinta y nueve, a las preguntas: a) *¿cómo es la relación con tu mamá?* Sostiene que: *"no quiero vivir ahí con mi mamá, no puedo dormir en las noches, una de las empleadas de mi abuela me trataba mal, me decía "ya viene la loca"; b) ¿cómo te corrige tu mamá?* Refiere: *"que me dice que me va a romper la cara, mi mamá me ha comprado unos muebles nuevos y vinieron mis primos que habían ensuciado un poco los muebles y mi abuela empezó a levantar la voz y mi mamá también me dijo que era una malcriada; c) ¿por qué te gustaría vivir con tu papá?* Responde: *"que en su casa duermo bien, me ayuda, es mi cocinero, hace todo por mí; siempre me cuida, está mi abuelo al que quiero un montón, quiero estar más cerca de ellos, es más cómodo para mí, estoy más cerca del Club Rinconada; d) ¿Tienes algo más que agregar?* Responde: *"que gane mi mamá o pierda mi papá quien está perdiendo no son ellos, si no yo"*.

de los Derechos del Niño que en su artículo 12 regula: "1) *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.* 2) *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*". Lineamiento que ha sido observado por el Ad Quem, toda vez que se ha privilegiado la voluntad de los adolescentes cuyas edades a la fecha de evaluación oscilaban entre los once y trece años y a la data cuentan con trece y dieciséis años, conforme se aprecia de las partidas de nacimiento de fojas seis y siete, además de acuerdo a lo señalado en la pericia psicológica practicada sobre el demandante, a fojas mil trescientos setenta: "el evaluado se encuentra vinculado afectivamente a sus hijos, con interés a participar activamente en su vida y velar por su desarrollo integral. Al momento del examen expresa ansiedad y preocupación por el bienestar de sus hijos ya que los percibe maltratados y dañados por la forma de la crianza de la madre" de lo cual se evidencia un estado de atención y cuidado constante frente a las necesidades de sus hijos, situación que se corrobora con la pericia psiquiátrica practicada sobre el demandante, obrante a fojas setecientos noventa y nueve, que concluye: "salud mental sano, no presenta signo de trastorno mental alguno que lo aleje de la realidad, personalidad dentro de los parámetros normales, se encuentra clínicamente normal"; todo lo cual denota que la conducta del padre favorece al cuidado de sus hijos y no generaría daño o trastorno alguno a los menores, máxime si el demandante acredita haber mantenido permanente contacto y preocupación por sus hijos y pese a las limitaciones impuestas por la demandada en la crianza de éstos, demuestra ser parte activa en su desarrollo, lo que ha originado que los menores demuestren mayor comodidad y tranquilidad en dicho seno y prevalezca la convivencia con su padre.

DÉCIMO SEXTO.- Finalmente en cuanto al artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, tenemos que la demandada denuncia específicamente la infracción del inciso a), que establece que el Juez deberá tener en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, empero, de autos se advierte que según la pericia psicológica practicada sobre la demandada a fojas mil trescientos ochenta y cinco, es una persona proactiva,

IV. DECISIÓN:

Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Sandra Hanna Benzaquén Krajnik** (fojas mil setecientos setenta y nueve) contra la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número nueve, de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete (fojas mil setecientos nueve), emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la sentencia de primera instancia, y reformándola declaró fundada la demanda, en consecuencia, concedieron la tenencia de los dos hijos adolescentes de la pareja, de iniciales R.V.B. y M.V.B. al progenitor demandante

4.2. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad, en los seguidos por Alex Vera Rubén Álvarez contra Sandra Hanna Benzaquén Krajnik sobre Tenencia y Custodia de Menor; y *los devolvieron*. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA

AROS / MMS / MQL / JMF