UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 76° DEL REGLAMENTO DEL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL PARA LA INCLUSIÓN DE LA DESIGNACIÓN ANTICIPADA DEL CURADOR”

PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAESTRA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

AUTORA

Bach. CYNTHIA LIZBETH LABRÍN PIMENTEL

ASESORA

Dra. XIOMARA CABRERA CABRERA

CHICLAYO – PERÚ

2017

UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

"PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 76° DEL REGLAMENTO DEL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL PARA LA INCLUSIÓN DE LA DESIGNACIÓN ANTICIPADA DEL CURADOR"

AUTORA

Bach. CYNTHIA LIZBETH LABRÍN PIMENTEL

CHICLAYO – PERÚ

2017

ÍNDICE

Página

Dedicatoria …….. viii

Agradecimiento …….. ix

Resumen ……. 10

Palabras clave …… 10

Abstract …… 11

Keywords ……. 11

Introducción ……. 12

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN ……. 16

1.1. Planteamiento del problema ……. 16

1.2. Formulación del problema …… 16

1.3. Limitaciones …… 18

1.4. Antecedentes ……. 18

II. OBJETIVOS……..... 23

2.1 General …….. 24

2.2 Específicos …… 24

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN …… 25

IV. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA ……... 28

CAPÍTULO I. LA VOLUNTAD ANTICIPADA…… 29

1. Alcances de la voluntad anticipada …….. 30

2. La bioética y el derecho frente a la autodeterminación del individuo .. 37

3. La capacidad como atributo de la personalidad…… …… 40

3.1. Manifestación de voluntad…… 40

3.2. Capacidad…… 42

4. Discapacidad…… 47

5. Legislación comparada ……..… 54

5.1. Bolivia …… 54

5.2. Paraguay …… 55

5.3. Cuba …… 56

5.4. México…… 57

5.5. Hungría …… 59

5.6. Japón …… 60

6. Diferencias con otras instituciones …….. 60

7. El notario peruano y su actuación en la autodeterminación de la voluntad…… 62

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL ……..... 66

1.Derechos fundamentales …… 67

1.1. Dignidad ……..…….. 69

1.2. Libertad ……..…… 72

1.3. Intimidad …… 74

1.4. Acceso a la información …… 79

1.5. A la autodeterminación informativa …… 81

2.La seguridad jurídica ……...……..… 84

2.1. Legislación comparada …….. 85

2.1.1. Seguridad jurídica en Ecuador …… 85

2.1.2. Seguridad jurídica en Colombia ……. 86

2.1.3. Seguridad jurídica en Venezuela …… 86

3.La publicidad registral …….……. 86

3.1. El derecho a la información y la publicidad registral ……. 87

3.2. Legislación comparada…… 91

3.2.1. Publicidad Registral en Ecuador …….. 91

3.2.2. Publicidad Registral en Uruguay …… 92

3.2.3. Publicidad Registral en Catalunya ……. 92

3.2.4. Publicidad Registral en España ……. 93

CAPÍTULO III: CONFLICTO ENTRE LA DESIGNACIÓN ANTICIPADA DEL CURADOR Y EL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL……. 94

1. La autocuratela y la publicidad registral ……. 95

2. El control de legalidad ……... 100

4.1. Marco Conceptual …..…… 102

V. METODOLOGÍA …… 104

5.1 Formulación de pregunta científica…… 105

5.2 Variables ……..……. 105

5.2.1 Definición conceptual ……. 106

5.2.2 Definición operacional …… 106

5.3. Metodología ……. 107

5.3.1 Tipo de Estudios ……. 107

5.3.2 Diseño …….. 109

5.4. Población y muestra …….. 109

5.5. Método de investigación …… 109

5.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos …… 110

5.7. Métodos de Análisis de datos …….. 110

VI. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS ……. 111

7.1. Descripción …….. 112

7.2. Discusión ……. 121

7.3. Propuesta ……..……..……..…… 121

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ……. 127

Conclusiones…….…… 128

Recomendaciones …….. 129

VIII. MATERIALES DE REFERENCIA …… 131

9.1 Referencias Bibliográfica ……. 132

9.2. Anexo …… 138

DEDICATORIA:

A Daniel, mi amor sempiterno.

AGRADECIMIENTO:

A mi asesora quien con sus correcciones me ayudó a sacar adelante esta investigación y a todas aquellas personas que me incentivaron a continuar en esta travesía.

RESUMEN

Se analiza la regulación del servicio de publicidad registral y se aconseja un cambio para amparar el derecho a la intimidad en la designación anticipada del curador. También se explica cómo ha ido evolucionando la figura jurídica de la designación anticipada del curador en el plano internacional y en el ordenamiento jurídico peruano. Se parte desde una perspectiva constitucionalista, pasando por el campo de lo regulado por las ramas del Derecho Civil y Registral.

PALABRAS CLAVE: voluntad anticipada, autodeterminación, curatela, intimidad, publicidad registral.

ABSTRACT

After analyzing the regulation of the registral advertising service a change is advisable to protect the right to privacy during the anticipated appointment the curator. It's also explained how the legal entity of the anticipated appointment of the curator has evolved on the international plane and Peruvian legal system. It's starts from a constitutional perspective passing through what has been regulated by the civil and registration law extensions.

KEYWORDS: personal directives, self-determination, curatorship, privacy, registral advertising.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

A veces, en el desarrollo de la vida, el ser humano se ve afectado por distintas situaciones que cambian su desenvolvimiento natural y es en esas condiciones que el jurista desempeña un papel fundamental por cuanto las sociedades reclaman de cada uno de los profesionales del Derecho el conocimiento actualizado de los temas de conflicto, los conceptos, y la conveniente fundamen filosófica y social que permita la promulgación, modificación y adecuación de normas sociales.

Como señala Chanamé Orbe (2009), comentando sobre el derecho a la vida y sus implicancias con otros derechos, dice:

> El derecho a la vida es el derecho más importante y el que abarca todo el resto de derechos ya que sin vida no podría haber derecho a la libertad, a la igualdad, etc. El derecho a la vida implica no solo el derecho a nacer, a salir del vientre de la madre, sino también que la persona ya nacida desarrolle todas sus aptitudes en plenitud, contando con la máxima calidad de vida. La vida es el derecho originario por excelencia.

El tema analizado es parte de reflexión por la literatura como lo hace Isabel Allende (2007), en su última obra autobiográfica “La suma de los días”, cuando señala:

> Era broma, claro, porque lo más temible de la vejez no es la soledad, sino la dependencia. No quiero molestar a mi hijo y a mis nietos con mi decrepitud, aunque no estaría mal pasar mis últimos años cerca de ellos. Hice una lista de prioridades para mis ochenta años: salud, recursos económicos, familia, perra, historias. Los dos primeros me permitirían decidir cómo y dónde vivir; tercero y cuarto me acompañarían; y las historias me mantendrían callada y entretenida sin fregar a nadie. A Willie y a mí nos aterra perder la mente y que Nico o peor aún extraños decidan por nosotros.

En definitiva, no se pueden tapar los ojos mientras la realidad muestra un sistema colapsado y donde ser anciano, discapacitado o enfermo es una cruenta realidad. Se trata de cambiar de paradigmas y de creer lo que señalaba Gabriel García Márquez en su discurso al haber sido galardonado con el Premio Nobel de Literatura en 1982:

> Ante esta realidad sobrecogedora que a través de todo el tiempo humano debió de parecer una utopía, los inventores de fábulas que todo lo creemos, nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra.

Marco Aurelio (1995), citado por Durán (2003), precisa:

> No solo hay que recordar que cada día vivido es un día menos, sino que no está garantizado si nuestra inteligencia nos acompañará hasta el final. Sin ella nuestro cuerpo continuará respirando, comiendo, etc., pero el hombre no podrá disponer de sí, atender sus deberes, analizar las apariencias, saber si ha llegado el momento de morir y otras cosas parecidas, porque estas capacidades se extinguen antes. No te

> demores, cada instante nos acerca a la muerte y nuestra inteligencia tiene una vida aún más corta.

El tema también es abordado por la Iglesia Católica, que en palabras del Papa Francisco, se pronuncia al respecto:

> Pienso en los ancianos solos, en las familias que tienen que fatigar porque no reciben ayuda para sostener, a quien en casa tiene necesidad de atención especial y cuidados. Valorar la fase conclusiva de la vida es todavía más necesario hoy, porque en la sociedad actual se trata de cancelar de todos los modos posibles el momento del tránsito.

Siguiendo con el pensamiento católico, San Juan Pablo II invitó a prestar atención al lugar del anciano en la familia, porque hay culturas que, como consecuencia de un desordenado desarrollo industrial y urbanístico, han llevado y siguen llevando a los ancianos a formas inaceptables de marginación. Los ancianos ayudan a percibir la continuidad de las generaciones, con el carisma de servir de puente. Muchas veces son los abuelos quienes aseguran la transmisión de los grandes valores a sus nietos. La atención a los ancianos habla de la calidad de una civilización.

A lo largo de esta investigación se expondrá argumentos que consideran la utilidad que puede reportar el Derecho Notarial como vía de protección e instrumentación preventiva ante la posible situación de incapacidad de una persona, que encuentra su fundamento en el constante cambio de la sociedad que le permite al notario extender sus fronteras de actuación debido a que es un profesional idóneo para desentrañar la voluntad y comprender los problemas de las personas. Asimismo, se expondrá los elementos bioético-jurídicos que deben ser considerados por el legislador al momento de regular la voluntad anticipada en relación a la publicidad registral.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

La legislación peruana ha recogido la figura de la designación anticipada del curador pero ha descuidado regular su expedición restringida a través de la publicidad registral, tanto en el Reglamento General de los Registros Públicos como en el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

Existe sobrecarga laboral que impide que los servidores públicos ejerzan un adecuado discernimiento sobre la publicidad que contiene actos que pueden vulnerar la intimidad de las personas, y al no encontrarse establecida como información protegida por el derecho a la intimidad, los trabajadores expiden la publicidad de manera sistemática mediante la reproducción literal de los asientos.

1.2. Formulación del problema

Deficiente regulación del servicio de publicidad registral al no encontrarse incluida la designación anticipada del curador como información protegida por el derecho fundamental a la intimidad.

1.3. Limitaciones

Es un análisis jurídico de la Constitución Política (1993), Código Civil (Decreto Legislativo N°295, 1984), Ley Nº 29633 “Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor”, el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, Resolución N°281-2015-SUNARP/SN y otros Reglamentos emitidos por SUNARP; sin que se haya realizado un análisis jurisprudencial porque no se ha presentado ningún caso hasta el momento en el que haya sido denegada la publicidad registral al respecto y que se haya apelado en alguna sede del Tribunal Registral.

1.4. Antecedentes

Como antecedente se encontró que la propuesta de las voluntades anticipadas surgió por primera vez en Estados Unidos en 1967 con el *Living Will* como documento para que el paciente pueda expresar la voluntad de poder dar fin a los tratamientos de soporte vital.

Cataluña, el 29 de julio de 1996 aprobó la “Ley de Tutelas” que reconoce el derecho de toda persona capaz de autodelegar su tutela, se creó el Registro de Tutelas y Autotutelas, a cargo del Colegio de Notarios de Barcelona que a la vez cumple con otorgar publicidad respecto a estos mandatos y sus modificaciones.

El Estado de Québec reconoce el mandato de autoprotección como un contrato de mandato que se otorga por escritura pública con la indicación expresa que su vigencia será a partir de que el otorgante haya sido declarado incapaz, exige la aceptación expresa del mandatario tanto al momento de su otorgamiento o con posterioridad. Además, debe inscribirse en el Colegio de Notarios y en el Colegio de Abogados y requiere de homologación judicial.

El 22 de agosto del 2002 en Bélgica se promulgó la “Ley sobre los derechos del paciente”, que reconoce la declaración anticipada respecto a su salud y los procedimientos médicos que admite le sean aplicados en caso de caer en un estado de incapacidad que no le permita manifestarlo por sí mismo.

En Italia, el desarrollo de la institución de la capacidad, ha reconocido la no exclusión definitiva del sujeto incapaz o con limitaciones en todas sus actividades, sino única y exclusivamente en aquellas que no pueda valerse por sí mismo. Reconoce la posibilidad de nombrar un “administrador de apoyo y sostén” a las personas con menores limitaciones a la capacidad de obrar, lo que se ha extendido también a los sujetos con privación total o parcial de la aptitud para relacionarse o determinarse, sin tener en cuenta el origen de esa deficiencia.

En el Japón, se acepta la figura del fideicomiso para el caso de los bienes patrimoniales del sujeto y la figura de la declaración unilateral de voluntad o el mandato que exige la formalidad de la escritura pública y que puede ser por tanto unilateral de rechazo a cualquier prolongación artificial de vida o un contrato de mandato para que el mandatario haga prevalecer la voluntad del mandante expresamente señalada en el contrato. La custodia de estas declaraciones ha sido encomendada a la Organización Japonesa para la muerte con dignidad.

En el Perú, con la “Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor” (Ley Nº29633, 2010), se incluye la figura en el artículo 568°-A del Código Civil y en el artículo 569° del Código Civil se modifica el orden de prelación y el artículo 2030° del Código Civil (Decreto Legislativo N°295, 1984) se incorpora entre los actos y resoluciones inscribibles en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, el nombramiento de tutor o curador.

El proceso de la publicidad registral, se concibe como el campo de la investigación. Dentro de las investigaciones realizadas en relación a él se encuentra la tesis para optar el grado de magíster del Dr. Chanamé (2003), quien llega a la conclusión de reconocer “que toda persona tiene asuntos o negocios, designios o afecciones de él o su familia, que prefiere mantener como una esfera secreta, o al menos reservada de su vida, de la que tenga poder de alegar a los demás”, aspectos que comparte esta investigadora.

De ello se deduce que una publicidad sin reserva alguna de la designación anticipada del curador atentaría contra el derecho que tiene toda persona a su intimidad, reconocido por la Constitución peruana como un límite a la publicidad de la información recibida por cualquier entidad pública o privada.

En la tesis para optar el grado de magíster, Tarrillo (2013), demostró que hay supuestos de temas rigurosamente correspondientes a la vida privada de los cónyuges, en los que un tercero no tendría por qué conocer esas circunstancias, más aún cuando lo que interesa saber del Registro es sobre bienes propios, sociales y a la liquidación de la sociedad de gananciales, pero que a pesar de ello, como parte de labor de campo de su investigación, él pudo acceder a la lectura de un título archivado donde obraba una sentencia de divorcio del Registro Personal de Lima en cuyo contenido claramente se indicaba la causal, en ese caso, una conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges,

vulnerando de esta manera con la exhibición de esta publicidad registral, el derecho a la intimidad.

Asimismo, Tarrillo (2013), indica en su investigación, que acudió a una de las oficinas de Registros Públicos a solicitar la lectura del título archivado Nº4947 del 12/1/1999, correspondiente al testamento de Miguel Alegre Cuéllar, inscrito en la partida Nº 11041106 del Registro de Testamentos de Lima, y pudo revisar la causal de desheredación expresada por el testador, lo cual es prueba indudable que a la persona desheredada mediante el acceso a esta información se le vulnera su derecho a la intimidad y lo correcto sería que no se debería permitir que la información por la cual le testador optó por esa decisión en su escritura pública esté al alcance de cualquier persona.

Tales situaciones ya han sido superadas con la entrada en vigencia del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral (Resolución N°281-2015-SUNARP/SN, 2015) que en el inciso a) del artículo 76° precisa como información protegida por el derecho a la intimidad “Las causales de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos”.

Bien indica Meléndez (2012), que es necesario potenciar el recurso de la autonomía de la voluntad como el medio ideal para el tratamiento de las relaciones familiares y que el legislador debe fomentar la previsión de los asuntos propios, y más concretamente de la protección de la discapacidad. Se pretende, no solo la agilidad, que necesita la respuesta a las situaciones definidas por la pérdida de facultades, sino también, que la atención en todos los ámbitos del afectado se lleve a cabo de acuerdo con sus deseos, que no debería mermarse con una publicidad que transgreda ese ámbito tan personal.

En relación a la autonomía, Villarreal (2014), refiere que se presenta como una facultad asociada a la idea de ser humano. En el ámbito jurídico, es la principal manifestación de la libertad y la fuente desde la que se construyen los derechos y las obligaciones. En el discurso de los derechos humanos, la autonomía es uno de los presupuestos de los derechos, al asociarse a la propia concepción del ser humano. Por ello, la importancia de la autonomía en materia del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Por su parte, la Dra. Mejía (2016), señala que la ausencia de las formalidades establecidas respecto a la publicidad de la inscripción referente a la reserva que debe exigir la designación del curador, podría tener efectos negativos, al desalentar la utilización de dicha facultad de parte de las personas, ante el temor de la publicidad de una decisión que no necesariamente se habría comunicado a los propios familiares, preocupación que también es compartida por la investigadora y sirvió como una de las motivaciones para la investigación.

Sobre el tema de la publicidad registral y la institución del curador son insuficientes las investigaciones realizadas al respecto.

II. OBJETIVOS

II. OBJETIVOS

2.1. General

Analizar la designación anticipada del curador en el Perú y en la legislación comparada.

2.2. Específicos

2.2.1. Determinar los límites de la publicidad registral en relación a la información protegida por el derecho a la intimidad.

2.2.2. Elaborar una propuesta de modificación del Art. 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El Derecho Civil, clásicamente visto como el estatuto jurídico de las personas, durante siglos e incluso a inicios del siglo XX, se había dedicado al estudio del patrimonio, bienes, transmisión *inter vivos* y *mortis causa*, la incidencia en las relaciones familiares, etc., en la persona misma y sus derechos inherentes.

Sin embargo, poco a poco los civilistas comenzaron a interesarse por los derechos de la personalidad, de tal manera que, en la actualidad, no se discute que la persona con plenas facultades sea libre para tomar decisiones respecto a su integridad psicofísica.

Pese a ello, no se ha encontrado tesis o estudios que de manera sistemática y completa ensayen sobre el tema de la autocuratela, analizando en conjunto las ramas del Derecho Constitucional, Bioética, Derecho Registral y Derecho Notarial, ni en el plano local, nacional, ni de igual contenido en el extranjero; todo ello resalta la importancia del tema que se abarca en esta investigación.

Es así pues, que de acuerdo a la información brindada por las bibliotecas de las Facultades de Derecho a nivel local así como de las bibliotecas virtuales a nivel nacional e internacional, se ha hallado trabajos relacionados a la Bioética, las que relacionan el Derecho Notarial con la Bioética o relacionado al consentimiento informado, asimismo sobre el derecho a la intimidad y la publicidad registral pero ninguno relacionado al de la propuesta de esta tesis que estudia a fondo la relación de la publicidad registral del curador designado por anticipado y el derecho a la intimidad del curado.

En esta investigación se ha estudiado el Derecho Registral para examinar la pertinencia de proponer que se establezcan determinadas restricciones al acceso de la publicidad registral de tal manera que esté en armonía con el derecho a la intimidad previsto en la Constitución. Se acudió a la Bioética para establecer y comprender el derecho de todo ser humano a la autodeterminación, y, al Derecho Constitucional, para analizar los derechos fundamentales que se encuentran íntimamente vinculados como libertad y derechos conexos afectados por la violación de estos.

Este estudio es de actualidad dada la reciente regulación de la designación anticipada del curador que es recogida en el Código Civil peruano así como el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral que acopia los procedimientos para la expedición de los diferentes tipos de publicidad registral, publicado a fines del año 2015.

IV. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

CAPÍTULO I: LA VOLUNTAD ANTICIPADA

CAPÍTULO I: LA VOLUNTAD ANTICIPADA

1. Alcances de la voluntad anticipada

Según Meléndez (2012), el Derecho siempre previó medidas de protección de las personas a las que una enfermedad o deficiencia impedía tomar decisiones libre y voluntariamente, que se reducían a la tutela y la curatela con un tratamiento pasivo en el que el afectado se limitaba a recibir la tuición legalmente prevista, encomendada y ejercida por otros, pero la rápida evolución de la sociedad ha propiciado la aparición de otras instituciones jurídicas.

Definitivamente, instituciones como la interdicción o la inhabilitación deben ser vueltas a ver a la luz de los principios que gravitan en torno a la tutela de las necesidades existenciales de los sujetos de derecho, eliminando así, criterios anacrónicos que obstaculizan su pleno desarrollo. (Espinoza, 1998)

Es por ello, que el reconocimiento del derecho de autonomía de la persona con discapacidad, así como las obligaciones impuestas por los cambios de paradigmas que deben adoptar los particulares y las autoridades a favor de esta,

es un tema que necesariamente debe promover una reflexión en el ejercicio de la función notarial. (Mejía, 2016)

El derecho de autoprotección, en la doctrina argentina, es aquel derecho que tiene todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno, por cuya razón toman vida los actos de autoprotección, entendidos como aquellos en los cuales una persona deja plasmada su voluntad mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello para que sea respetada en el futuro en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma.

Sobre los actos de autoprotección, Gonzáles (2010), refiere que permiten a los seres humanos asentar su voluntad de manera fehaciente, decidiendo y disponiendo sobre su persona y bienes para el futuro ante una eventual pérdida del discernimiento, y es por ello que nace en Argentina desde el ámbito notarial una respuesta concreta, válida y eficaz a estos nuevos requerimientos a través de las escrituras públicas.

La posibilidad de autoprotección a través de poder no debe entenderse, según afirma Corral (2003), como una limitante a la capacidad de obrar del individuo que, plenamente capaz, ha decidido ordenar sus relaciones jurídicas ante una posible situación de incapacidad, concediendo a una persona cercana a él las facultades suficientes para intervenir en su nombre y representación y determinando además cuáles serían estas concretamente. Solo en tales casos adquiriría virtualidad en el ámbito jurídico esta designación. Una limitante podría ser imponerle al apoderado la obligación inmediata de interponer el proceso judicial encaminado a la declaración de incapacidad para que sea la autoridad judicial la encargada de darle solución definitiva al asunto, lo que encuentra

fundamento en el carácter temporal de este tipo de documento, útil únicamente en el espacio de tiempo que se ha explicado.

Con esta institución en concreto, se pretende que cualquier persona, mayor de edad, o emancipada, pueda designar en escritura pública la persona o personas físicas o jurídicas que desea ejerzan el cargo de tutor, sus sustitutos en caso de imposibilidad del ejercicio, así como las personas que quiera excluir del cargo. También podrá fijar el contenido y funcionamiento de la tutela, establecer órganos o medidas de vigilancia y control, y arbitrar reglas de administración y de disposición de sus bienes. En caso de pluralidad de designaciones para los cargos tutelares, prevalecerá la última. (Corral, 2003)

La posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares no implica que el Derecho de Familia pierda su condición de interés público y general, no hay que olvidar que existe un importante componente de carácter privado constituido por los vínculos de parentesco que unen a las partes involucradas en las relaciones jurídicas propias de esta materia, determinando la tendencia a su resolución mediante disposiciones voluntarias. (Meléndez, 2012)

Puede plantearse la controversia acerca de si con los documentos de voluntad anticipada se está violentando o no la indisponibilidad absoluta del derecho a la vida, es decir, si no se está dejando de lado la protección constitucional y legal existente, para permitir que por medio de un documento –aun cuando emergente de la autonomía de la voluntad del interesado- se pueda disponer de ella. Pues bien, frente a esta cuestión se entiende que con estos instrumentos se busca todo lo contrario, esto es, no se pretende disponer de la vida, porque no se está otorgando ningún documento, ni exteriorizando un consentimiento que permita el abandono de dicho derecho. La vida se sigue respetando y protegiendo, por lo que continúa siendo un derecho irrenunciable.

En cuanto a su naturaleza jurídica puede decirse que nos encontramos ante un negocio jurídico, caracterizado por ser unilateral, personalísimo, formal, *inter vivos* y revocable. Negocio unilateral, porque la declaración de voluntad procede de una sola parte, sin que sea necesaria la aceptación. Es personalísimo, porque solo puede ser llevado a efecto por el propio interesado, sin que pueda delegarse su realización en un tercero. Asimismo, es un negocio *inter vivos*, porque ha de producir sus efectos en vida del declarante. Y tiene la calificación de formal, porque su plena validez, perfección y eficacia se alcanza cuando la declaración de voluntad se manifiesta a través de las solemnidades previstas. Finalmente, es revocable, mientras la persona que lo otorga se encuentre en la plenitud de sus facultades mentales. (Murga, 2012)

Se debe tener presente que la autotutela es un negocio jurídico del Derecho de Familia, en que la autonomía de la voluntad puede resultar limitada por intereses familiares o incluso por el interés social. Es, asimismo, recepticia, en cuanto que, para que produzca sus efectos y despliegue la correspondiente eficacia jurídica, es requisito indispensable que la declaración de voluntad sea dada a conocer a otra persona. (Romero, 2013)

Así las cosas, el adulto mayor al advertir la posibilidad de alcanzar un estado de incapacidad para autogobernarse, pudiera prever aspectos variados de su existencia, entre ellos, su voluntad respecto a la persona que desearía asumiera su cuidado, con todas las garantías legales llegado el momento en que él no tenga la suficiente capacidad para gobernarse a causa de enfermedad física o psíquica, a lo cual se le reconoce con distintas denominaciones como directivas anticipadas sobre la propia incapacidad, actos de autoprotección, mandato de autoprotección, autotutela, autocuratela, etc.

El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, o dicho de otro modo, de actuar libremente, y una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo, añadiendo que, la inteligencia y la voluntad pueden verse afectadas por algunas enfermedades o deficiencias, que impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia. (Meléndez, 2012)

Para Jorge Arévalo, un simple razonamiento conduciría a afirmar que una persona que ha vivido muchos años, que ha trabajado muchas horas de esos largos años, que ha luchado por formar y mantener una familia, que ha producido y aportado a lo largo de su existencia de una u otra forma a la comunidad en la que vive, tiene derecho a planificar la última etapa de su vida, a disfrutar de una existencia apacible, sin sobresaltos y gozar del respeto y la consideración de las instituciones y de la sociedad en su conjunto.

En distintas reuniones académicas, los notarios han mostrado ya un marcado interés por el estudio de los actos de autoprotección, considerando muy especialmente su alcance y fundamentos. Las conclusiones del Encuentro sobre "Autoprotección, autotutela y Registro", celebrado por el Colegio de Escribanos del Chaco, el 7 de diciembre de 2007, señalan, por ejemplo, que no obstante la falta de previsión expresa en las leyes de fondo, la posibilidad de otorgar actos de autoprotección se fundamenta en el cumplimiento de tratados internacionales, principios constitucionales, en el respeto a los derechos personalísimos protegidos, y en la correcta interpretación del derecho privado interno, su viabilidad es una cuestión de lógica jurídica, que cuenta con precedentes en fallos jurisprudenciales.

La notaria Castellucci (2007), en las conclusiones de su ponencia en el Congreso Nacional de Derecho Privado y Derechos Humanos, acertadamente

sostuvo: “No podemos olvidar que una persona que en un momento dado no está en condiciones de decidir, no ha perdido la calidad de persona. Por tanto, la misma debe haber podido disponer anticipadamente para la eventualidad de una pérdida de discernimiento, tanto en los aspectos personales como en los aspectos patrimoniales”.

A través de estas instituciones se le brinda la posibilidad a la persona capaz de dejar preestablecido, para el supuesto de su incapacitación total o parcial, las personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control. También, puede contener la voluntad de dejar excluida, de manera expresa, del cargo a determinada persona por ser de los parientes llamados por ley a asumirlo. Cuando el acto se realiza con tal finalidad se le denomina autotutela o autocuratela negativa o de exclusión.

Para la validez del acto se requiere gozar de plena capacidad, los nombramientos han de ser realizados en previsión de una futura declaración judicial de incapacidad o de restricción de la misma. En el supuesto que se efectúen designaciones sucesivas sean en sentido positivo o negativo, prevalecerá la posterior, quedando revocada la que le antecedió, es decir, los actos de autoprotección son esencialmente revocables, por medio del otorgamiento de un nuevo acto en la medida que modifique al anterior.

En cuanto a la expresión formal, la manifestación de voluntad debe efectuarse mediante escritura pública por la seguridad que esta brinda respecto a la autenticidad del documento, fecha cierta y esencialmente con el asesoramiento del notario, quien da fe de los hechos y declaraciones que ante él ocurren. La autodelación precisa de un sistema de publicidad materializado en la inscripción. El notario que autorice la escritura de designación o de exclusión habrá de dirigir un oficio al registro correspondiente del cual el órgano

jurisdiccional podrá recabar dicha información en cuanto le sea útil y necesario. La escritura notarial como expresión del principio formal, específicamente forma de valer, tendría carácter de prueba pre constituido para que el tribunal, en su momento, valore la manifestación de voluntad emitida. En el Perú no existe un Registro de Tutelas o autotutelas, al estilo del previsto por la Ley catalana con la denominación de Registro de Nombramientos tutelares no testamentarios.

Los efectos de las disposiciones de autodelación realizadas por una persona mentalmente capaz estarán sujetas en última instancia a la decisión judicial, ya que corresponde al tribunal competente valorar las disposiciones realizadas, constatar que persisten las circunstancias tenidas en cuenta al momento de emitir su voluntad y que no hayan sobrevenido otras que afecten la designación efectuada. Por tanto, subsiste la facultad del órgano decisor de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado.

La “Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor” (Ley Nº29633, 2010) se limita a incluir la figura pero no cabe duda de que tal disposición ante la desolación que ha supuesto el tema en los códigos civiles del continente deviene en indudable paso de avance en el fortalecimiento de la autonomía y del poder de decisión de las personas.

Así, a opinión de Mejía (2011), la ventaja de la nueva normativa es que antes que el juez con toda la carga judicial y la incertidumbre que todo proceso conlleva decida sobre un tema, sin haber conocido previamente a la persona, ni sus relaciones familiares, de tal suerte que actúa, por decirlo así, a ciegas, sea el interesado el más idóneo para tomar las mejores decisiones en previsión de su futura incapacidad, ya que nadie mejor que él para aquilatar las relaciones y los vínculos afectivos que mantiene con sus familiares o con personas distintas de las consideradas en la lista taxativa de la curatela legítima.

2. La Bioética y el Derecho frente a la autodeterminación del individuo

La Bioética, expresión que nace en la década de los 60, se expande por diversos países en los 80 y se consolida en los 90.

Tomás Sánchez Amaya, señala que el concepto de Bioética establece la relación con la valoración que se realiza, desde el punto de vista de la Ética, frente al progreso de disciplinas como la Biología, la Medicina y, fundamentalmente, la Genética, en relación con sus aplicaciones en las diversas formas de vida (humana, animal, vegetal); además, frente al desarrollo científico-tecnológico, que, directa o indirectamente, incide en la supervivencia de la vida, en todas sus manifestaciones en el planeta. (Rodríguez, 2014)

Frances Abel, sostiene que la Bioética es el estudio interdisciplinar orientado a la toma de decisiones éticas de los problemas planteados a los diferentes sistemas éticos, por los progresos médicos y biológicos, en el ámbito microsocial y macrosocial, micro y macroeconómico y su repercusión en la sociedad y su sistema de valores, tanto en el momento presente como en el futuro. (Rodríguez, 2014)

Por su parte, Gafo hace una interesante aclaración al señalar que la reflexión ética no puede concebirse como un aguafiestas del desarrollo tecnológico. Pero nunca puede ni debe claudicar de su misión de introducir racionalidad en las opciones humanas, mucho más cuanto mayor es el poder de la técnica y cuando intereses muy discutibles pueden estar en la base de un desarrollo que no apunte de verdad al auténtico interés del ser humano de hoy y

de los de mañana que nos pedirán responsabilidades sobre lo que hoy podamos hacer y que puede ser irreversible e irreparable en el futuro. (Rodríguez, 2014)

Desde luego, la Bioética representa un cambio de actitud frente a una cotidianeidad que ha sido tradicionalmente desatendida en algunas cuestiones fundamentales. No es una disciplina exclusivamente aplicable a las ciencias técnicas, sino que cada profesión puede encontrar aspectos que la vinculan con ella. Así, la Ética y el Derecho siempre han mantenido una relación de coordinación y casi de interdependencia, puesto que si bien la Ética por sí misma no importa una obligatoriedad para los hombres, más allá de la obligación moral que estos tienen para respetar los principios de aquella, el Derecho sí puede imponer disposiciones coercitivas y para hacerlo se vale de la Ética, a fin de velar por la salvaguarda del respeto al ser humano; en tal sentido, no le falta razón a Hooft cuando sentencia que el Derecho sin la Ética es ciego, y la Ética sin el Derecho resulta, al menos en parte, vacía.

El Derecho opera en la esfera deontológica o del deber ser y no en la ontológica o del ser, para tal propósito aprecia lo que sucede en la realidad, hace una valoración ética de las conductas observadas y las regula, de ello tenemos que como sistema normativo el Derecho incide en la realidad social (ser) para luego, conforme a la valoración, proponer la transformación y perfeccionamiento de aquella (deber ser), garantizando la observancia de un mínimo ético necesario para mantener el orden y la paz social.

Pedro Hooft, además menciona que entre la Bioética y el Derecho hay un nexo o puente que son los derechos humanos, ello desde una perspectiva de síntesis y de mediación que procura en cada caso concreto una efectiva protección de la dignidad, la libertad y la salud de las personas. (Rodríguez, 2014)

Reforzando la idea, Adela Cortina, señala que el reconocimiento de los derechos humanos, que a su vez se remiten a la dignidad de la persona como valor fundante, implica concebir aquí los derechos humanos como cristalización histórica de la conciencia ética de la humanidad. Es importante enfatizar entonces que las sociedades aprenden no solo en el aspecto científico, técnico o artístico, sino también en el moral, y que por ende la autonomía personal, la dignidad a la que todo hombre compete, los derechos humanos y la forma de vida democrática se han incorporado a nuestro saber moral en un proceso que resulta irreversible, de modo que renunciar a todo ello significa renunciar a nuestra propia humanidad. (Rodríguez, 2014)

Ahora bien, la voluntad anticipada desde el punto de vista de la Bioética y la Biojurídica, puede sufrir una serie de interpretaciones como un “proceso”, un “documento” o ambos, pero con el buen propósito de salvaguardar la dignidad de las personas, así como respetar su cultura, pensamiento, creencias y sus deseos. (Puma, 2013)

El Dr. Sandoval (1997), expone doce puntos, de los cuales se transcriben los más relevantes: a) Todo ser humano es autónomo desde el punto de vista moral y debe respetar y ser respetado por quienes tienen posiciones morales diversas; b) El fundamento filosófico y legal de la autodeterminación del individuo reposa en el derecho a la intimidad y a la libertad, y c) El derecho a la autodeterminación es un derecho personalísimo de raigambre constitucional.

Por la autonomía privada, sobre la base de la autodeterminación, los particulares tienen la posibilidad de poner en ejecución sus legítimos intereses o rechazar requerimientos inconvenientes; tienen el poder de regular por sí

mismos sus intereses, creando una autonomía privada que los satisfaga y dé seguridad. La tarea del orden jurídico consiste, en posibilitar la efectividad de tal autodeterminación. (Mejía, 2016)

Luis Diez Picazo asevera que, la autonomía privada, es una potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias desplegada por el mismo titular de ellas. La soberanía como elemento inherente al principio que, se fundamenta en la libertad, o reconocimiento de un ámbito de actuación libre, como es el poder de regular eficazmente los asuntos propios. No tendría sentido de otro modo, porque el objeto que determina la utilidad de la autonomía privada en el Derecho es, precisamente, la eficacia vinculante y preceptiva de las estipulaciones nacidas a su amparo. (Meléndez, 2012)

3. La capacidad como atributo de la personalidad

3.1. Manifestación de voluntad

La declaración de voluntad es la proyección externa de aquellos intereses que se quieren afectar y sobre los que se asume un compromiso; exteriorización de un propósito interno para el que se quiere un resultado y que se expresa con el objeto de hacer conocer a otros sujetos (determinados o no) una intención de incidir sobre una relación jurídica, que se espera reconocido como la voluntad concreta del sujeto.

El ser humano se mueve entre dos campos de influencia diversa. Por una parte, conoce y desea las realidades que existen fuera de él, y por otra parte, realiza actos externos que van dirigidos a conseguir lo conocido y deseado (declaración de la voluntad). Es así, que la manifestación tiene como dirección

hacer conocer la voluntad a otros individuos; a veces, es necesaria la coincidencia de dos o más manifestaciones relacionadas -tal lo que ocurre en la formación de los contratos- o bien es suficiente una sola declaración, como en el testamento. (Roldán, 2014)

Es por ello que se debe tener claro que la declaración de voluntad es el vehículo imprescindible para dar a conocer lo querido y debe tener la importancia jurídica que deriva del hecho de que mediante él se conoce el propósito de las partes de alcanzar una finalidad práctica que el Derecho tutela estableciendo su eficacia jurídica conforme sea el mismo.

La declaración, para serlo realmente, ha de permitir que de ella se infiera una determinada voluntad. En este punto resulta importante recoger la opinión del jurista Lizardo Taboada Córdova, quien señala que la declaración de voluntad constituye el elemento fundamental del negocio jurídico. Al estudiar este elemento, la doctrina considera que la declaración de voluntad constituye toda conducta a través de la cual el sujeto exterioriza la voluntad de producir un efecto práctico amparado por la ley. En otras palabras, se entiende por declaración de voluntad la conducta que exterioriza la voluntad y la propia voluntad declarada a través de dicha conducta declaratoria; de forma tal que, tanto la declaración como la voluntad declarada, constituyen dos aspectos de un mismo concepto, íntimamente vinculados entre sí, por cuanto la voluntad es declarada a través de una conducta y esa conducta exterioriza una voluntad. (Roldán, 2014)

3.2. Capacidad

La capacidad es un atributo de la personalidad que es definida por la doctrina como la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. (Borda, 1970)

Asimismo, la capacidad puede referirse al goce de los derechos, a ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de derecho) o bien al ejercicio de los derechos por la misma persona (capacidad de hecho o de obrar), es por ello que desde el enfoque social, la discapacidad es considerada un problema social, básicamente vista como una cuestión de integración completa en sociedad de los individuos que la padecen, en este sentido, la inclusión, se reconoce como un derecho de la persona con discapacidad. (Retamozo, 2011)

La capacidad jurídica se vincula a la titularidad de derechos de obligaciones y deberes, inherentes a la condición de sujeto de derecho que ostenta toda persona por el mero hecho de serlo. De Castro, puntualiza que, no es un tener, poseer, adquirir, gozar de un derecho, o estar en relaciones jurídicas, pues se puede tener, poseer, etc. por y para otro como un instrumento, servidor, representante o fiduciario. La capacidad jurídica entra en juego cuando ese tener, poseer, etc., es para sí, afectando inmediatamente, aunque sea mediante la actuación de otra persona, la esfera jurídica personal. (Meléndez, 2012)

La unión de la capacidad jurídica a la persona es indiscutible; de manera, que, todos los autores la definen como cualidad propia a la misma. En este sentido, argumenta que, la capacidad jurídica de la persona, resultante de esta condición, se refiere a la cualidad intrínseca que la habilita para ser titular de

relaciones jurídicas (indeterminadamente) y, así, para ser centro unificador e independiente de las relaciones jurídicas propias.

La capacidad jurídica es una e igual para todos, no es susceptible de graduación, ni de renuncia o negocio en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, es una cuestión indisponible, permaneciendo inalterable desde el nacimiento hasta la muerte, por encima de las circunstancias que afecten al individuo. Por su unión a la dignidad nadie puede ser privado de ella porque la titularidad de derechos y de obligaciones que significa, es el origen de todas las relaciones jurídicas, las cuales no serían posibles, no existirían, sin el reconocimiento previo de esos derechos susceptibles de ejercicio. (Meléndez, 2012)

El Código Civil peruano de 1852, en materia de clasificación de las personas, se encontraba bajo una decidida inspiración iusnaturalista. En efecto, en el Libro Primero, “De las personas y sus derechos”, Sección Primera, se clasificaba a las personas según su “estado natural”, en nacido o por nacer, varones o mujeres, y, capaces o incapaces. Asimismo, la Sección Segunda clasificaba a las personas, según su estado civil, en personas dependientes o independientes en el ejercicio de sus derechos civiles, peruanos y extranjeros, vecinos, ausentes, clérigos, ingenuos, siervos, libertos y los manumitidos.

Según el modelo diseñado por el Código Civil de 1852, la capacidad era, a la vez, un estado natural y un estado civil. El artículo 16° consideraba “incapaces” a los locos, los fatuos y a los pródigos. El artículo 17° definía las personas capaces con el mismo criterio establecido en el artículo 29°. Se disponía que para ser declarado pródigo, era necesario que se pruebe la dilapidación de más de una tercera parte de los bienes. (Artículo 18°)

Resulta interesante la interpretación que cierto sector autorizado de la doctrina nacional de ese entonces sostenía. En efecto, la división de las personas en capaces e incapaces, supone la distinción entre la capacidad jurídica, inherente a toda persona, cualesquiera sean su condición y estado, de la capacidad de obrar, considerada como el conjunto de condiciones necesarias para realizar actos con eficacia jurídica. Los incapaces no lo son, pues, en el sentido de que carecen o están privados de derechos, cuyo goce conservan, sino que están impedidos de ejercitar los mismos.

El Código Civil peruano de 1936, a diferencia de su predecesor, distinguía los “absolutamente incapaces” (art. 9°) de los “relativamente incapaces” (art. 10°). Dentro de los primeros se encontraban los menores de 16 años, los que adolecían de enfermedad mental que los privara de discernimiento, los sordomudos que no sabían expresar su voluntad de una manera indubitable y los desaparecidos cuya ausencia estaba judicialmente declarada. (Espinoza, 1998)

De la lectura del Código Civil peruano de 1984, en lo que respecta a la tutela de los sujetos débiles, parecería deducirse que la regla general sea la incapacidad de los sujetos de derecho y la excepción su capacidad. En efecto, no obstante que el art. 42° disponga que tienen plena capacidad de ejercicio en sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años, se contrapone como límite el contenido de los dos artículos siguientes.

El Código Civil no especifica que la capacidad sea un proceso que se adquiere paulatinamente y se pierde, por lo regular, de la misma manera. Este hecho comprobado es reconocido en las legislaciones más modernas, que han adecuado los conceptos legales a la realidad en temas de salud mental. La capacidad, una vez obtenida, se va perdiendo gradualmente con el transcurso

del tiempo. Esta se ve afectada por la pérdida de habilidades mentales, el deterioro de la salud mental y física, la acción ajena e imprevista de un accidente o ante hechos relacionados a la salud (en algunos casos predecibles y en otros, no). Podría ser la consecuencia, por ejemplo, de los efectos colaterales de una operación quirúrgica o de la aplicación de un tratamiento médico severo. (Mejía, 2016)

El tratamiento jurídico de la capacidad involucra no solamente al Libro I del Código Civil, sino que se encuentra presente, en mayor o menor medida, en todas las instituciones del Derecho Civil, siendo el común denominador, su particular desatención. La reforma en materia de capacidad, por ello, debe ser armónica en todos los Libros del Código Civil, conservando, no solamente la uniformidad en el lenguaje, sino también en su conceptualización. (Espinoza, 1998)

Se debe tener presente que la capacidad jurídica más que una concesión legal es el reconocimiento de uno de los atributos elementales del ser humano y que el principio del ordenamiento es que la capacidad para obrar y disponer es la regla, mientras que la incapacidad es la excepción.

Como expresa el profesor Espinoza (2006), el Código Civil peruano regula tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio, haciendo referencia a las restricciones que esta última puede tener. El Código distingue entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa (en este caso entendiendo los supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio).

Como decía Cristóbal Fábrega Ruíz, la incapacidad no es un estado civil de la persona, sino el resultado legislativo que, como consecuencia del anterior, trata de impedir que esa persona actúe válidamente sin los mecanismos protectores que el Derecho puede ofrecerle. La incapacidad se establece para proteger a la persona declarada incapaz en sus aspectos personales y patrimoniales. (Romero, 2013)

La incapacitación puede estimarse como la institución destinada al sometimiento de la persona que padezca enfermedades o alteraciones psíquicas y que, por su gravedad o persistencia, precisen de una guarda tutelar encargada de su cuidado y de realizar actuaciones en su interés.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad es el mayor instrumento internacional que define a la persona con discapacidad, a quien presente deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales permanentes, que al interactuar se encuentran con diversas barreras que impiden su participación plena y efectiva, en sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

El Tribunal Supremo español el 31 de diciembre de 1991 definió el estado de deficiencia como aquel en el que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y, a veces, progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo esta conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes. (Romero, 2013)

4. Discapacidad

Se han formulado varias definiciones sobre la incapacidad, para mencionar a alguna de ellas se tiene lo sostenido por José Manuel Lete Del Río y Tomás Ogayar Ayllón quienes dicen que se circunscribe a la constatación de un estado de cosas objetivo: la falta de capacidad natural la cual debe ser declarada judicialmente.

Para Xavier O' Callaghan Muñoz, es el grado inferior de la capacidad de obrar, al carecer de aptitud para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, es otra persona quien los ejercita en su nombre, que es el representante legal. El elemento clave para la incapacitación es que la persona esté impedida para autogobernarse, desde el punto de vista jurídico, resultan indiferentes cuáles sean esas enfermedades o deficiencias, lo definitivo son los resultados que estas puedan conllevar porque lo trascendente es su repercusión, su incidencia en el desarrollo cotidiano de la vida de la persona. Lo trascendente es que su padecimiento persistente impida el autogobierno de la persona. (Meléndez, 2012)

Diversos son los instrumentos internacionales que recogen la necesidad de regular la discapacidad, entre ellos se tiene: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1970, La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, La Convención sobre los Derechos del niño, con una previsión específica de la discapacidad en el artículo 23°, con el siguiente literal:

> 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

> 4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico, y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en esas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Este precepto, reconoce, el derecho de los niños con discapacidad, a una vida plena, que asegure las condiciones que exige su dignidad como persona desde su nacimiento; y, que, le permitan su integración en la sociedad potenciando sus capacidades y facultades, al objeto de que, se desenvuelva por sí mismo en el futuro dentro de sus posibilidades.

Son importantes, además, la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 1971, las Declaraciones del Derecho del Minusválido, y de los Derechos del Retrasado Mental; en 1975 la Declaración de los Derechos de los impedidos; y el Programa de Acción Mundial para los impedidos, también de las Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1982.

Así, la Declaración de los Derechos del retrasado mental de 1971, comienza afirmando en su artículo 1° que “esas personas, deben gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos, enumerando los que revisten especial importancia, como la educación, la capacitación, o la rehabilitación, advirtiendo contra la posibilidad de que la mera incapacidad del ejercicio pleno de los derechos origine la eliminación, supresión, o dificulte el ejercicio de los mismos”.

La Declaración de los Derechos de los impedidos afirma que “el impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos, que los demás seres humanos,

instando a que se tomen las medidas destinadas a permitir que estas personas logren la mayor autonomía posible, a la vez que, enumera una serie de derechos económicos y sociales de importancia para el desarrollo de las capacidades y la integración social de las personas en situación de discapacidad".
Para esta Declaración, impedido es "toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia congénita o no, de sus facultades físicas o mentales".

El 3 de diciembre de 1982 se aprobó el llamado Programa Mundial para las personas con discapacidad, que constaba de tres partes. La primera trataba sobre objetivos, antecedentes y conceptos; la segunda de la situación actual, (en aquel momento), y la tercera de la ejecución del programa.

En el apartado 12 del Programa, se habla de equiparación de oportunidades, concepto que es definido como: "el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos". El documento afirmaba que "la experiencia ha demostrado que es, en gran parte, el medio el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona, (párrafo 21), por lo que la igualdad de oportunidades, exige medidas que vayan más allá de las tradicionales de rehabilitación".

Respecto a la igualdad de oportunidades, destaca la Resolución 48/96, de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1993, denominada Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, que "a pesar de carecer de carácter obligatorio,

tienen un compromiso de implementar medidas para conseguir una situación de igualdad".

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú (1993) afirma que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado". De igual manera, el artículo 2° numeral 2 de la Constitución Política del Perú (1993) recoge el principio de igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación por lo que "se prohíbe cualquier distinción que se base en motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

Además, de acuerdo al artículo 3° de la Constitución Política del Perú (1993), "la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

La Constitución (1993) se refiere a la protección general de los derechos de la población con discapacidad en su artículo 7° señalando que "la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad". De igual manera, el artículo 16° de la Constitución Política del Perú (1993) dispone que "es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de limitaciones mentales o físicas". Finalmente, el artículo 23° de la Constitución Política del Perú (1993) señala que "el impedido que trabaja es objeto de protección prioritaria por el Estado".

Por último, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (1993) dispone "el contenido de los derechos que reconoce la Constitución debe

interpretarse de conformidad con la DUDH y con los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Estado peruano".

En consecuencia, tal como señala Villarreal (2014) si bien es criticable la utilización de términos como "persona incapacitada" o "impedido" así como el énfasis en las "deficiencias o limitaciones" para definir la discapacidad, el contenido de los derechos de este colectivo se debe interpretar en concordancia con la misma CDPD. En esta lógica, se puede afirmar que existe un reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, amparado en el artículo 12° de la CDPD. Ello se refuerza por el mandato de igualdad y no discriminación (artículo 2°) así como con el reconocimiento de derechos constitucionales implícitos que se fundan en la dignidad humana (artículo 3°) de la Constitución.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, del 13 de diciembre de 2006, en el artículo 1° proclama como propósito: "promover, proteger, y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente".

Los principios generales son los detallados en el artículo 3°:

> a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
>
> b) La no discriminación.
>
> c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
>
> d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
>
> e) La igualdad de oportunidades.

f) La accesibilidad.

g) La igualdad entre el hombre y la mujer.

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Desde ese momento, tienen la consideración de Derechos de las personas con discapacidad: la igualdad y no discriminación (artículo 5°); la accesibilidad (artículo 9°); igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12°), la protección a la vida, artículo 10°, la rehabilitación, artículo 26°, nivel de vida adecuado y protección social, artículo 28°.

La Convención del 13 de diciembre de 2006, a diferencia de la Convención de los Derechos del niño de 1989, no se limita al desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad, sino que los aborda desde la perspectiva del principio de igualdad de oportunidades y no discriminación.

En el ámbito de la Unión Europea, desde su fundación en 1957, la entonces llamada Comunidad Económica Europea, destaca por la adopción de una política de no discriminación de las personas en circunstancias especiales, entre las que se menciona expresamente a las que se encuentran en situación de discapacidad. En este sentido, el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, en el artículo 13°, dispone, que “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen social o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. (Meléndez, 2012)

Villarreal (2014), reporta que para la OMS, existen más de mil millones de personas con discapacidad, lo que constituye alrededor del 15% de la población mundial. En el Perú, según lo reportado por la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad realizada por el INEI en el año 2012, existen 1’575 402 personas con discapacidad a nivel nacional, lo que equivale al 5.2% de la población total nacional. De esta cifra, el 32.1% de personas tiene limitaciones intelectuales y el 18.8% de personas tiene limitaciones para relacionarse con los demás (psicosociales o mentales). De igual manera, resulta pertinente mencionar que según el Banco Mundial, ocho de cada diez personas con discapacidad viven en situación de pobreza y exclusión de servicios públicos y derechos fundamentales. En este sentido, se puede afirmar que las personas con discapacidad son un grupo en situación de vulnerabilidad, lo que se intensifica en relación a las personas con discapacidad mental e intelectual, colectivo históricamente invisibilizado, discriminado y excluido.

En relación con la concepción de la discapacidad, Villarreal (2014) señala que el artículo 76° de la Ley N° 29973 se presenta como un rezago del modelo médico al señalar como requisito la certificación médica para que las personas con discapacidad puedan registrarse en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad a cargo del CONADIS, descartando una evaluación multidisciplinaria y centrada en las capacidades, de acuerdo al modelo social.

No obstante estas observaciones, para Villarreal (2014), la Ley N°29973 es el avance más significativo en la política pública en discapacidad, se especifica el derecho a la no discriminación por motivos de discapacidad considerando que la denegación de ajustes razonables constituye un acto discriminatorio.

Cabe resaltar el artículo 9º de la Ley N° 29973 (Ley General de la persona con discapacidad, 2012) dispone:

> “9.1. La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.
>
> 9.2. El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero”.

Por todo lo expuesto, Villarreal (2014), coincide con la Defensoría del Pueblo, que afirma que la Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad supone un mayor desarrollo de los derechos de este colectivo en relación a lo establecido por la derogada Ley Nº 27050. La nueva Ley N° 29973 es un gran logro en la implementación de la CDPD pues reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad mental e intelectual y, la importancia de un sistema de apoyo en la toma de decisiones en el marco de un modelo social.

5. Legislación comparada

5.1. Bolivia

El Código Civil que se inserta en el proceso de recodificación latinoamericana de las últimas décadas del siglo XX regula la capacidad jurídica con un enfoque que supera al binario decimonónico. El mayor interés que reporta es su regulación en el artículo 3° como el primero de los derechos inherentes a la personalidad, a partir del postulado esencial de que “toda persona tiene la capacidad jurídica. Esta capacidad experimenta limitaciones parciales solo en los casos especialmente determinados por la ley”, lo cual resulta loable en la fecha de su promulgación. Sin embargo, de su texto no se colige la manera en

que se limita parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica, ni el principio de proporcionalidad de acuerdo con las potencialidades o facultades del sujeto.

Por su parte, el Código de Familia, aprobado en los inicios de la década de los años setenta del pasado siglo, regula en el artículo 283° la figura de la tutela, reservándose el artículo 343° a la regulación de la tutela de los mayores de edad y menores emancipados, cuando unos u otros adolezcan “de enfermedad habitual de la mente” que les incapacite para el cuidado de su persona y bienes, previa declaración de interdicción, “aunque tenga intervalos lúcidos”. De sus preceptos ni tan siquiera se colige que el interdicto pueda tener participación alguna en el proceso de su interdicción, pudiéndose incluso internar en un manicomio (expresión del legislador), dependiente del Estado, cuando el interdicto no cuente con recursos propios para su curación (art. 348°).

5.2. Paraguay

El Código Civil de Paraguay rompe con el esquema binario de capacidad-incapacidad. En él se enfoca el ejercicio de la capacidad jurídica, en dos direcciones, una la interdicción en la que se sustituye la voluntad del interdicto, y otra, la inhabilitación en la que no hay sustitución, y sí asistencia.

Este Código ofrece en el panorama latinoamericano, uno de los modelos más logrados, al igual que el argentino, previo a la Convención. Conforme con su artículo 73°, la declaración de incapacidad atañe a los mayores de edad y a los menores emancipados, que por causa de enfermedad mental, expresión empleada por el codificador, “no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los sordomudos que no sepan darse a entender

por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias." Se regula la figura del defensor de incapaces. Al menos su artículo 76° permite que el juez examine al presunto incapacitado, en presencia de un médico. El curador que se le nombre (con funciones de representación, no de asistencia), tendrá el deber de "cuidar que el interdicto recupere la salud y capacidad, y a tal fin aplicará preferentemente las rentas de sus bienes. Si se tratare de un sordomudo, procurará su reeducación", extremos que en los códigos decimonónicos se obviaba, acentuando el tratamiento de objeto dado a las personas incapacitadas.

La inhabilitación está prevista en el artículo 89° para "quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofísicos, no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses". Las consecuencias de la declaración judicial de inhabilitación las establece el artículo 90°. Así, "el inhabilitado no podrá disponer de sus bienes ni gravarlos, estar en juicio, celebrar transacciones, recibir pagos, recibir ni dar dinero en préstamo, ni realizar acto alguno que no sea de simple administración, sin la autorización del curador que será nombrado por el juez". O sea, el curador sustituye la voluntad del interdicto y asiste al inhabilitado. Como se constata, el Código Civil paraguayo se inscribe entre los códigos más flexibles en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica.

5.3. Cuba

En el Derecho cubano, el Código Civil de 1987 en el artículo 31° incluye entre las personas carentes de ejercicio de la capacidad jurídica (las que son consideradas incapaces): a los menores de diez años y a los mayores de edad, declarados judicialmente incapacitados. Como apunta Valdés Díaz al comentar

este precepto, se trata de un pronunciamiento legislativo de alcance general, que abarca a todos los actos en los que pueda involucrarse un sujeto, de manera que toda su actuación queda vetada y corresponderá al representante legal del incapacitado obrar en nombre de aquel.

En el proyectado Código de Familia cubano se enaltece la figura del notario, pues la forma de la declaración de voluntad para deferir la propia tutela o curatela es la notarial, prescindiéndose, de la presencia de los testigos instrumentales, siendo suficiente la presencia notarial, sin más. Asimismo se propone un Título, el VII, destinado a regular la atención de las personas con discapacidad, pero solo a modo programático, contenido de un plexo de valores que propugna el papel que tiene la familia, pero sin concreción alguna. Se trata de normas que solo se dirigen a la protección familiar y social de este sector, pero nada se habla de la protección patrimonial. Se propicia la integración familiar y social de las personas con discapacidad, la labor educativa de la familia, su inserción en centros estatales especializados en su formación profesional.

En Cuba, si bien la figura no está regulada, en la práctica notarial se han autorizado escrituras públicas de actos de autoprotección.

5.4. México

Todos los códigos civiles y familiares de México declaran el estado de interdicción y nombran un tutor para la persona con discapacidad, todo lo cual se realiza a través de un procedimiento similar en todos los Estados, conocido como juicio de interdicción. Todos los códigos incluyen un lenguaje más o menos discriminatorio hacia las personas con discapacidad, dirigiendo principalmente

las restricciones a la capacidad jurídica hacia las personas con discapacidad intelectual.

Cabe destacar igualmente el hecho de que no obstante de que en general únicamente las personas con discapacidad intelectual ven limitada su capacidad de ejercicio, existen también otros códigos civiles en México en que las personas con otros tipos de discapacidad son objeto de estas restricciones. Por ejemplo, existen códigos en que las personas sordas que no pueden leer o escribir también son declaradas en estado de interdicción, así como algunos códigos en que inclusive las personas con discapacidades motrices son privadas de su capacidad jurídica si, como consecuencia de dicha discapacidad motriz las personas “no puedan conducirse por sí para contraer obligaciones”.

Algunos actos de autoprotección han tomado cobija en el Derecho mexicano. Resalta la modificación operada en el Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de mayo de 2007. Se trata de lo que se ha denominado tutela cautelar, que no es sino la llamada autotutela en otros ordenamientos jurídicos. Su instrumentación es en sede notarial (como única opción), su naturaleza es revocable, su carácter preeminente, a tenerse en cuenta por el juez para la constitución de la tutela, la posibilidad de nombrar sustituto y el alcance de sus facultades, previéndose además su impugnabilidad cuando hayan cambiado las circunstancias tenidas en cuenta por el luego incapacitado.

Ha ganado también espacio en el Derecho mexicano las leyes sobre voluntades anticipadas, una de las cuales, y solo a modo de ejemplo, es la del Distrito Federal, dictada el 7 de enero de 2008, que permite en el ámbito subjetivo de aplicación que cualquier persona con capacidad de ejercicio, o cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado, o los familiares de

estos, cuando aquellos no puedan expresarse de una manera inequívoca, o los padres o tutores del enfermo, cuanto este sea menor de edad o judicialmente declarado incapacitado, tomen decisiones sobre el final de la vida, en evitación de medidas desproporcionadas que alarguen innecesariamente el fatal desenlace. Según el artículo 8°, fracción I, de la mencionada ley, tal declaración de voluntad se instrumentará ante notario público.

En México no existe una ley federal especial, salvo el marco general previsto en la LGS, y las estatales son todavía pocas. Por tanto, los conflictos prácticos en el terreno jurídico y médico son mayores, aunados a la ya conflictiva posibilidad de prever situaciones clínicas futuras en momentos de incertidumbre. Además, algunos ordenamientos limitan su otorgamiento solamente para aquellas personas enfermas en fase terminal, y la mayoría condicionan su ejecución al hecho de padecer una enfermedad terminal y no a la incapacidad para expresar la voluntad. (Sánchez, 2010)

5.5. Hungría

Con la entrada en vigor de la reforma, todo adulto con plena capacidad jurídica podrá convenir la toma de decisiones en cuestiones personales o patrimoniales de un modo anticipado. Ello incluye decisiones tales como los aspectos patrimoniales, las condiciones de vida, la designación de un representante que actúe en nombre de la persona, decisiones sobre el ingreso a instituciones de atención social, etc.

La decisión expresada en la directiva anticipada sólo entrará en vigor si la capacidad mental efectiva de la persona se deteriora al punto de no permitirle tomar decisiones. (Smith, 2013)

5.6. Japón

Durán (2003), indica que actualmente, tanto la tutela como la curatela y, de modo especial, la asistencia, pueden ser instadas por el que aparece indistintamente considerado como propio enajenado, tutelado, interesado y, en relación con la última, sujeto o asistido. Se tiene especial consideración a la voluntad del tutelado, a quien se puede nombrar un protutor si es mayor de edad; y se reconoce al mismo incapaz el control y la facultad de pedir la anulación de lo actuado a fin de reintegrarle a la capacidad.

6. Diferencias con otras instituciones

En los tiempos antiguos, la tutela fue atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el hecho mismo de que falte una denominación especial para distinguirla del citado poder; el *pater familias* y el tutor son una misma persona, de manera que, la potestad sobre los impúberes y las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

Las medidas de protección del Derecho francés no se limitan a la tutela y la curatela, se concretan en un amplio abanico que en aplicación de los principios de necesidad y subsidiariedad, solo pueden ser acordadas por el Juez, si no existe otro modo de proteger suficientemente los intereses de la persona, en este caso sus pronunciamientos serán en su alcance proporcionales al grado de pérdida de facultades del afectado, y a sus circunstancias personales, resultado una tuición individualizada flexibilizando al máximo el sistema. (Meléndez, 2012)

Según José Castán Tobeñas, el mandato es un contrato consensual, que se presume gratuito a falta de pacto expreso en contraposición con la comisión mercantil, y retribuido cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere su objeto. En consecuencia, es unilateral cuando es gratuito, y bilateral cuando es retribuido, puesto que el primer supuesto solo produce obligaciones para el mandatario y derechos para el mandante, mientras que en el segundo hay reciprocidad de obligaciones. (Meléndez, 2012)

El nombramiento de curador se distingue del mandato o poder, en gran medida, debido al momento de su ejecución. El mandatario o apoderado, por regla general, ejerce el mandato inmediatamente después de haber sido designado, en cambio, el curador designado por el interesado, ejerce su encargo recién a partir del hecho de la incapacidad del otorgante. En consecuencia, la publicidad del otorgamiento de un mandato o poder se encuentra acorde con la naturaleza del acto y el momento de su ejecución, situación que no ocurre en el caso de la designación del curador.

Windscheid, hace la distinción entre mandato y poder, precisando que en virtud de aquel uno está obligado a hacer algo para otro, existiendo una relación jurídica obligatoria entre mandante y mandatario. Sin embargo, con el poder de representación, la posición jurídica individual del apoderado le atribuye la potestad de hacer una cosa para el poderdante, posición que es contemplada en el ámbito externo por los que contratan con él. A tenor de esta idea puede existir un mandato sin poder y un poder sin mandato, porque poder y mandato son dos conceptos distintos con efectos diferentes.

Para Fernando Vidal Ramírez, la representación es un hecho jurídico que consiste en la actuación para otro frente a otros, mediante una declaración de voluntad propia y dando a conocer que se actúa en nombre ajeno, debiendo, por

tanto, los efectos del acto celebrado repercutir en la esfera del representado. (Resolución Nº370-2014-SUNARP-TR-A, 2014, fundamento jurídico cinco)

Con relación a la tutela, Sancho Gargallo, menciona que la tutela es un órgano estable, que pensado para cubrir la falta de capacidad de quienes han sido incapacitados totalmente. Para O' Callaghan, implica, pues, que el tutor vela, cuida, alimenta, y educa al tutelado, es su representante legal, y administra y dispone, con grandes limitaciones y controles su patrimonio. (Meléndez, 2012)

La diferencia con la autocuratela radica en que esta es una institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos pero no por si solos, proveyéndoles a tal efecto, de un curador que completará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o la sentencia. (Meléndez, 2012)

7. El notario peruano y su actuación en la autodeterminación de la voluntad

El I Congreso Internacional de Notariado Latino calificó al notario como un profesional del Derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndole autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que dén fe de su contenido. (Gutiérrez, 2001)

Papel protagónico adquiere el notario público quien, en el ejercicio de sus funciones, ostenta la titularidad de la fe pública que le es delegada por el Estado y cumpliendo con la misma instrumenta hechos o actos que tienen lugar en su

presencia de acuerdo a los parámetros técnico-jurídicos establecidos. Ahora bien, el notario no solo da fe de hechos que ocurren en su presencia, sino de la concertación de negocios jurídicos con trascendencia capaces de modificar, extinguir o crear situaciones jurídicas que atañan a los sujetos y tiene relevancia documental.

El notario en muchos casos a través de su intervención se convierte en confidente de la partes debido a la alta estima, respeto y confianza profesional que le es atribuida no solo dentro del gremio jurídico, sino también en el ámbito social, razón por la cual, ante una posibilidad legal, los individuos no dudarían en confiarle y solicitar sus consejos sobre una cuestión tan delicada como lo es la ordenación de una importante parte de sus vínculos jurídicos en caso de encontrarse incapacitado.

Adquiere especial significación en el contexto analizado las sabias reflexiones de Vallet de Goytisolo (2006):

> Nuestra labor culmina, si intervenimos en la gestación, en la decisión íntima del negocio; si cuidamos de sus raíces éticas, poniendo vetos cuando convenga con toda energía, no reparando en si el derecho estricto calla cuando habla la conciencia, porque si es honrosa para nosotros la perfección técnica de los documentos muchísimo más ha de serlo su perfección ética, el lograr que nunca encubran una injusticia o una inmoralidad. Por encima de las formas externas que el acto puede revestir, han de entrar en nuestra estimación su base y sus verdaderos motivos.

En definitiva, el notario por su contacto directo con sus requirentes es un profesional idóneo para interpretar su voluntad y comprender sus inquietudes, necesidades y problemas; por su preparación jurídica es el indicado para asesorar y elaborar en cada caso las estrategias jurídicas que, en el marco de la ley, aseguren el respeto a la cabal voluntad de las personas y a la efectiva vigencia de sus derechos; por la ecuanimidad en su función es el mediador

imparcial entre intereses divergentes, entre el bien jurídico a proteger y el bien común; por sus valores morales genera confianza en la comunidad y en las personas; por la fe pública que el Estado deposita en él es quien da certeza y seguridad a los actos que garantizan los derechos, procurando el equilibrio contractual y la prevención de conflictos. (Gonzáles, 2010)

Siguiendo lo señalado por el Dr. Gonzáles (2008), se puede indicar como notas distintivas de la función notarial que se inicia y sigue a instancia de parte, es decir, cuando los interesados lo juzgan necesario o conveniente para sus intereses; se actúa intervolentes, es decir, con partes que tienen intereses coincidentes, sin que exista conflicto o contención entre ellas; se ejerce al servicio de intereses privados, pues el ámbito natural de ejercicio de la actuación notarial se encuentra en las relaciones negociales de particulares; es una función de carácter técnico-jurídico, pues en ella es necesaria la interpretación de la voluntad de las partes y su traducción al lenguaje jurídico; es cautelar o preventiva, porque busca asegurar y garantizar los derechos, con lo cual se trata de cumplir el fin perseguido por las partes, e impidiendo que se desemboque en el conflicto.

Sobre el instrumento que autoriza el notario, el maestro argentino Carlos N. Gattari, expone que el instrumento notarial es aquella especie de documento jurídico público, en el cual una persona singular con el oficio de autenticar, conocida por notario, escribano o su equivalente, procede a dar fe de los hechos y dichos emitidos en acuerdo por los comparecientes en asuntos de Derecho Privado y de los hechos y dichos propios con el fin de darle forma, constituirlos y probarlos para los interesados ante la comunidad. (Salazar, 2007)

Dada la importancia de la autocuratela que va a quedar plasmada, debe extenderse en una escritura pública, en tanto instrumento público protocolizable que autoriza el notario, mediante el cual se documentan expresiones de voluntad

de los comparecientes, configurativos de actos jurídicos y capaces de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos de los interesados. Los requisitos a observar para la validez del documento deben referirse fundamentalmente a la expresión por parte del notario de la identidad del otorgante, así como su capacidad, que conoce que el contenido del instrumento se corresponde con su voluntad y una vez autorizada la escritura, el notario oficiará a los Registros Públicos, con la finalidad de que el Registrador extienda el asiento correspondiente.

Es importante que se haya regulado la designación anticipada en el Perú, por cuanto son muchos los inconvenientes para que se nombre a un curador, tal como lo analiza Pío Aguirre Zamorano, resaltando la necesidad de dotar al incapacitado de una persona que se ocupe de él es complejo porque no siempre hay personas dispuestas a asumir dicha carga y tratan de rehuirla no incapacitando al que debe serlo. (Meléndez, 2012)

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

1. Derechos Fundamentales

El hombre es sujeto de derechos (subjetivos), por su propia naturaleza: es titular de los derechos fundamentales. (Santillán, 2014)

Los derechos fundamentales son aquellos inherentes a la dignidad humana, necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, normalmente recogidos por las Constituciones y *Bills of rights*. Por principio, los derechos fundamentales constituyen los valores que subyacen a los derechos constitucionales y a la normativa en general, prevaleciendo siempre en caso de conflicto, debido al especial significado institucional, legal, ético y político que poseen; valores a los que el ordenamiento jurídico-social asigna un rol meta-normativo, constituyéndolos, en este sentido, "valor último" en un correspondiente contexto ético y social; derivándose de ello que ninguna norma puede entrar en conflicto con estos, salvo a causa de un interés general superior; así como, que todas las normas deben ser elaboradas de modo coherente con ellos, a fin de darles aplicación. (Retamozo, 2011)

Gerardo Eto Cruz explica que los derechos fundamentales son aquellos derechos naturales que están positivizados en las Constituciones, es decir, se reputa como derechos fundamentales aquellos derechos que el legislador, normalmente el legislador constituyente, lo establece y positiva en los textos constitucionales. Por su parte, Antonio Pérez Luño refiere que los derechos fundamentales son atributos de las personas que concretizan exigencias de dignidad, libertad e igualdades históricamente consideradas, las mismas que se encuentran previstas y garantizadas normativamente. Antonio Truyol indica que existen derechos fundamentales que posee el hombre por el solo hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que de este modo le son inherentes, y que, a su vez, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de estar consagrados y garantizados. (Rodríguez, 2014)

Los derechos fundamentales cuentan con un único contenido, el cual vincula de modo fuerte y en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su definición y delimitación en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental. (Augusto, 2013)

Pérez Luño (1990), citado por Carlos (1992), comenta que en primer lugar, los derechos fundamentales se consideran garantías de la autonomía individual. En segundo lugar, se estima que son garantías jurídicas esenciales del *statu quo* económico-social. En tercer lugar, son categorías jurídico-formales interpretables según las reglas del método jurídico tradicional. En cuarto lugar, son categorías independientes, por lo que cada derecho debe ser interpretado como un precepto autónomo que tiene su propia lógica.

El Estado a través de sus poderes se ve impulsado a garantizar el respeto de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, surgiendo de aquellos frente al Estado no solo la ya clásica obligación de abstención sino, lo que es mucho más importante, se exige una obligación activa para el Estado de realizar los derechos fundamentales aun cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos, esto es, el Estado no está obligado solo a garantizar la no vulneración de los derechos fundamentales (deber de abstención), sino también a promover dicho respeto a los mismos (deber de acción). (Rodríguez, 2014)

Y es que la tendencia actual es que los derechos fundamentales vayan más allá de la obligación negativa de no injerencia, generándose la obligación positiva del Estado de facilitar y garantizar la efectiva protección de las situaciones jurídicas que estos implican. (Retamozo, 2011)

1.1. Dignidad

El término dignidad (del latín *dignitas*) significa la excelencia, la nobleza, el valor, lo que vale la pena, aquello que posee un valor intrínseco, no transferible y no negociable, no asignable, un valor que existe por el mismo hecho de que el sujeto es. En este sentido, la dignidad de la persona humana se describe conforme lo que es: su valor. De ello se desprende el máximo respeto que merece la persona, considerada en su unidad, que no es divisible en elementos aislados sino que va considerada en su totalidad.

La dignidad humana es un concepto que puede tomar múltiples significaciones. A pesar de encontrarse mencionado desde las primeras declaraciones que invocan y defienden los derechos de la persona, ninguna presenta una definición del mismo. No obstante, ello no convierte la dignidad en

un concepto vago, incoherente o inútil. Por el contrario, la ausencia de definición en los documentos internacionales sería más bien deliberada. En efecto, según viene consagrado en diversos textos nacionales e internacionales, la dignidad humana es inviolable, la obligación de su respeto constituye un límite de carácter general anterior a las garantías de los intereses primarios del sistema, que no pueden ser traspasados ni por los poderes públicos ni por aquellos privados en ejercicio de su autonomía. (Retamozo, 2011)

El alcance universal de los documentos internacionales exige el respeto por las diferencias entre las sociedades, lo que determina que estas no recurran a definiciones categóricas en sus textos y así evitar el posible rechazo de parte de algún Estado determinado que las encuentre ofensivas. De ese modo, la definición de dignidad humana se encuentra implícita en los textos de los convenios internacionales; es responsabilidad de cada Estado definirla y desarrollar su contenido en su legislación interna. (Mejía, 2016)

Juristas y doctrinarios de diversas nacionalidades se han pronunciado sobre la dignidad entre ellos se mencionarán a quienes la conciben o definen con mayor precisión, como Diez Picazo y Gullón, que consideran persona al hombre en su traducción jurídica, revestido de lo que se llama su dignidad, y titular de unos derechos inviolables. Asimismo, el profesor De Castro habló del deber general de respeto a la persona, afirmación que se fundamenta en la idea de que el hombre, como persona, tiene un valor intrínseco que se manifiesta en el significado institucional de la persona, de la persona física en sentido estricto. Ese significado institucional de la persona, se deriva de su dignidad de ser racional, de propios fines, que el derecho civil respeta y protege, y se manifiesta de modo directo en la regulación del Derecho de la persona, más llamativamente en la esfera de la personalidad, y, en general, en que impone un especial matiz (personal) a todas las relaciones jurídicas que tocan directamente la persona (orden público). (Meléndez, 2012)

Por su parte el jurista francés Peter B. Edelman señalaba que la dignidad está fuera de comercio, un hombre no es libre de renunciar a su calidad de hombre. Asimismo, como el núcleo del cual irradia la característica de inviolabilidad de los derechos fundamentales y que además reasume también una no descuidada responsabilidad hacia sí mismo y hacia los otros asociados: en su acepción más amplia, aquella menos obvia y jurídicamente más significativa, esta es una cualidad de la persona humana como sujeto socialmente partícipe y responsable. (Gonzáles, 2005)

Hoyos Castañeda dice de ella que se encuentra referida a toda persona en toda su dimensión: cuerpo y alma. Alegre Martínez coincide con la perspectiva humanista de la dignidad al señalar que la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal, como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia. (Mejía, 2016)

Como bien concluye Joaquín Arce y Flores-Valdés, la dignidad de la persona no es un derecho que otorga el ordenamiento jurídico, sino es un *prius* del propio ordenamiento, su reconocimiento significa la plena identificación del ser humano con la condición de persona. (Meléndez, 2012)

De Asís (2008), destaca que tradicionalmente el discurso de la dignidad humana y de los derechos humanos, se encuentra fundada sobre un modelo de persona estándar que es caracterizado por su “capacidad” para razonar, para sentir, y para comunicarse, que orientan esas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida. Consecuencia de ello podría interpretarse que en el mundo moral participarían individuos dignos, es decir, capaces de razonar, sentir y comunicarse, mientras que aquellos que no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad

humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución. Lo que ocurre, dice este autor, que ese modelo no agota la idea de individuo ni del agente moral, dado que los tres rasgos mencionados son “graduales, relativos y abstractos” y debe reflexionarse sobre la diferencia en las capacidades, su potencialidad, y sobre la dignidad en las posibilidades.

En la actualidad como lo recalca Chanamé (2001), no se cuenta con una idea precisa que pueda definir lo que es la dignidad humana, se sabe que evoca ideas de distinción, honor y respeto del ser humano en cuanto tal; afirmación basada principalmente en el especial valor intrínseco *meta-jurídico* atribuido al ser humano. La dignidad no es un derecho, en sentido jurídico, sino un principio general, en el sentido que expresa la aspiración de la sociedad y guía la toma de decisiones. En este orden de ideas, la dignidad constituye el fundamento principal de los derechos humanos y por ende de los derechos de la personalidad.

1.2. Libertad

La Real Academia Española define a la libertad como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, siendo por ello responsable de sus actos.

La libertad es la facultad de elegir o de determinarse. Por ella podemos hacer o no hacer, por ella el hombre se autodetermina, haciendo muchas cosas que no las haría si no las quisiese hacer. La conducta procede de la propia voluntad, sin que exista coacción insuperable. El individuo, en tanto persona, tiene la capacidad y legitimidad de autodeterminarse y actuar en sociedad, sea de forma individual que asociada. En términos generales este es el postulado

contenido en la mayor parte de ordenamientos jurídicos. La base de esta legitimidad lo constituye el derecho a la libertad, un derecho fundamental de estructura unitaria que durante su ejercicio a nivel relacional o de interacción, se expresa a través de diversas formas: libertad de asociación, consentimiento, libertad contractual, libertad de expresión, etc. Formas de expresión que se revelan en función de la finalidad perseguida por los sujetos. (Retamozo, 2011)

Al ser libre la persona, según se posee a sí misma, es dueña de sus actos y, gracias a ello, también es dueña del desarrollo de su vida y de su destino: puede elegir ambos. Hay que resaltar que la libertad no se agota en la capacidad de elegir medios, tal planteamiento solo empobrece la libertad y a la persona que es su titular; la libertad -como bien ha mostrado Wojtyla- también es autodeterminación o autotrascendencia, principalmente cuando se manifiesta a través de la capacidad de donar y sobre todo de donarse él mismo. (Puma, 2013)

En realidad, ser libres no es vivir sin condiciones, sino ser capaces de responder de un modo u otro a esas condiciones. Como dice el filósofo Fernando Savater: “No somos libres de elegir lo que nos pasa (haber nacido tal día, de tales padres y en tal país) sino libres para responder a lo que nos pasa de tal o cual modo, obedecer o rebelarnos, ser prudentes o temerarios, vengativos o resignados”. (Puma, 2013)

El principio de autodeterminación, tiene como premisa la libertad y se fundamenta en la autorresponsabilidad, como dice Betti (2002), lo que nos hace responsables ante nosotros mismos de las situaciones en que venimos a encontrarnos con nuestros actos, es el habernos hecho cargo de ellos, y haber podido prever así y medir sus consecuencias.

La autonomía es la capacidad de autogobierno, una cualidad inherente a los seres racionales que les permite elegir y actuar en forma razonada, sobre la base de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas en función de sus propios sistemas de valores. (Mejía, 2016)

1.3. Intimidad

La palabra intimidad proviene del latín *intimus*, que significa lo que está más dentro, lo más interior, el fondo.

La segunda acepción que ofrece la Real Academia es zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. El derecho a la intimidad sería un derecho a la protección de esa zona espiritual íntima y reservada que tienen las personas o los grupos, especialmente la familia.

El contenido de este derecho ha sufrido una importante evolución a lo largo de los siglos y depende no solo del momento histórico sino también de la sociedad y la cultura de que se trate, de ahí la complejidad para definir y delimitar este derecho, que habitualmente ha ido unido a la contraposición de lo privado frente a lo público.

Ferreyros (2016) precisa que de acuerdo con Morales Godo, tres aspectos fundamentales integran la noción de intimidad:

a) Tranquilidad: El derecho de todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud.

b) Autonomía: La posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia. La autonomía está referida, entonces, a la libertad del ser humano en la toma de decisiones respecto de su vida; optar libremente por las distintas posibilidades ofrecidas por sus circunstancias, y ello implica la posibilidad de tomar sus propias decisiones.

c) Control de la información: Existen dos aspectos sobre este punto, de un lado, la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida privada, y del otro, la posibilidad de controlar el manejo y circulación de la información, cuando ha sido confiada a un tercero.

El primer parámetro para revisar el tratamiento normativo del derecho a la intimidad se encuentra en la Constitución Política del Perú (1993), en su Artículo 2° numeral 7: “Toda persona tiene derecho: (…) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. (…)”.

Pasando a revisar el Código Civil (Decreto Legislativo N°295, 1984), el Artículo 14º señala: “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.” Y el Artículo 16º del Código Civil (Decreto Legislativo N°295, 1984): “La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor (…)”.

La interacción de los principios fundamentales de dignidad, libertad e igualdad, en la protección de las personas con discapacidad, que se define como subsidiaria y tendente a la integración de la persona protegida, cambia la

concepción de la acción protectora, entrando en juego en primer término el principio de autonomía de la persona, así como el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad, apunta Antonio García Pons porque no puede existir plena integración sin autonomía, entendida como la posibilidad real y efectiva de actuar con libertad e independencia. (Meléndez, 2012)

El objeto de investigación es modificar el artículo 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral (Resolución N°281-2015-SUNARP/SN, 2015), en el cual tal como se encuentra redactado, se protegen determinados actos que están protegidos por el *derecho a la intimidad*.

El reconocimiento de la intimidad como derecho independiente se contempla en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), cuyo artículo 5° establece: “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Este reconocimiento se fundamenta en la dignidad y la libertad de las personas, con independencia de su nacionalidad”.

Luego, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) expresa en su artículo 12° que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias”.

Fernández (2013), precisa que con ello se busca la salvaguardia de estos derechos para proteger la dignidad de la persona (a través de la intimidad se realiza en el ámbito interior del individuo y mediante la honra y la fama en la esfera externa), pues en realidad en esta Declaración se están reconociendo un conjunto de derechos y facultades sin los cuales el ser humano no puede

desarrollar plenamente su personalidad, siendo la protección de la vida privada necesaria tanto para su tranquilidad como para el ejercicio de su libertad personal.

A juicio del profesor panameño Edgardo Villalobos, el derecho a la intimidad adquiere realmente importancia cuando es objeto de abuso y desconocimiento lo cual hizo necesario que las naciones pensaran en protegerlo jurídicamente.

Posteriormente, se suscribió el 22 de noviembre de 1969, La Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

La protección a la intimidad de la familia o de la vida familiar, tiene especial relevancia en este Estatuto normativo internacional, por cuanto, se sostiene expresamente la protección de la familia y sus miembros (en especial del niño, art.11°), como elemento natural y fundamental de la sociedad, por parte de los particulares y el Estado (art.17°).

Y así surgieron leyes que protegieron este derecho pero según los tratadistas la llamada de advertencia sobre la violación de la intimidad se inició con el conflicto derecho a informar vs derecho a la privacidad como resultado del artículo The Right to Pnvacy de Samuel Warren y Luis Brandels en 1890 publicado en la revista Harvard Law Review en Boston. En él era negado el derecho a difundir noticias sobre la vida privada de una persona para informar a los lectores. El artículo nació por los inconvenientes personales que la prensa le producía a Brandeis al relatar con referencias personales y detalles de poco gusto de sus fiestas familiares rebosando la tolerancia con los comentarios hechos sobre la boda de su hija. Lo novedoso de este artículo es que separó el concepto de intimidad de la propiedad, lo convierte un derecho autónomo. (Solís, 2011)

A manera de concluir este punto se cita a Seoane quien define al principio de dignidad de la persona en el plano interindividual, remitiéndose a la obligación de respeto recíproco de respetar a todos los seres humanos, sin excepción, de manera que las personas con discapacidad intelectual no pueden ser instrumentalizadas ni sustituidas por nada ni nadie; no son solo medios u objetos sino personas. Para este autor, se trata de un principio sin contenido determinado que más bien instituye una obligación universal de respeto incondicionado, requiriendo, el concurso de otros principios complementarios de naturaleza dinámica, que hagan posible el tránsito de la dignidad constitutiva o potencial a la denominada dignidad personal o actual, en particular a través de los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico: los principios de libertad e igualdad, y con carácter subsidiario, el principio de protección. (Meléndez, 2012)

Conforme lo regulado en el artículo 75° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral (Resolución N°281-2015-SUNARP/SN, 2015): “No se podrá brindar publicidad registral cuando exista una norma prohibitiva o la información solicitada es protegida por el derecho a la intimidad”.

Y artículo 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral (Resolución N°281-2015-SUNARP/SN, 2015):

> “Para efectos de brindar la publicidad formal, de manera enunciativa, son considerados información protegida por el derecho a la intimidad los siguientes:
>
> a) Las causales de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos.
> b) Las causales de interdicción o inhabilitación de las personas naturales.
> c) Las causales de pérdida de la patria potestad.
> d) La condición de adoptado.
> e) Las causales del inicio del procedimiento concursal de las personas naturales.

f) La calidad de hijo extramatrimonial o el reconocimiento en un testamento.
g) Las causales de desheredación y/o indignidad".

Es decir, hasta antes de la entrada en vigencia del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, solo se regulaba la publicidad material con la restricción de no otorgar publicidad cuando se vulnere el derecho a la intimidad y ahora ya se indica cuáles son las restricciones pero no se ha superado del todo las deficiencias al no haberse incluido dentro de las prohibiciones a la designación anticipada del curador a pesar de que según lo fundamentaré, debería estarlo.

1.4. Acceso a la información

El inciso 5 del artículo 2° de la Constitución, comprende la facultad de solicitar información sin necesidad de expresar la causa de la solicitud pero con las limitaciones que la disposición establece:

a) Pagar el costo.
b) Que no afecte el derecho a la intimidad personal.
c) Que no ponga en riesgo la seguridad nacional.
d) Que no se encuentre excluida por Ley.
e) Que no afecte el secreto bancario o la reserva tributaria.

Se trata claramente de un derecho individual que garantiza que ninguna persona se vea impedida de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren los organismos que pertenecen al Estado o las empresas privadas que presten servicios públicos.

Por otra parte, el deber de informar no alcanza sólo a los órganos del Estado sino también a toda aquella persona jurídica bajo el régimen privado que presta servicios públicos o ejerce función administrativa bajo concesión, delegación o autorización del Estado.

Sobre el particular, el órgano de control de la Constitución en el Recurso de agravio constitucional interpuesto por Porfirio Medrano Román contra la Resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cuzco, sostuvo que:

> Las personas jurídicas privadas que presten servicios públicos o desempeñen funciones administrativas están obligadas a informar sobre las características de tales servicios públicos y sus tarifas, y sobre sus funciones administrativas. Lo que supone que la información accesible siempre habrá de referirse a alguno de estos tres aspectos y no a otros, siendo este el ámbito de información que puede solicitarse a una persona jurídica de derecho privado. (Expediente N°01542-2009-HD, 2009, fundamento jurídico cinco)

Por último, el derecho de acceso a la información pública no sólo se vulnera cuando el obligado se niega a suministrarla, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. En este sentido se ha resuelto en el Recurso extraordinario interpuesto por Wilo Rodríguez Gutiérrez contra la Resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima: “En su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa”. (Expediente N°01797-2002-HD, 2003, fundamento jurídico dieciséis)

Se debe distinguir entre el derecho de acceso a la información incluido en el artículo 2°.5 de la Constitución y el derecho a conocer información al que alude el 2°.6 de la misma Carta.

En el primer caso se debe tratar de información pública mientras que en el segundo caso puede tratarse de información almacenada por personas naturales o jurídicas de derecho privado pero que se refiera a la persona del solicitante. Reclamos de este segundo tipo se presentan con frecuencia cuando ex trabajadores requieren de su antiguo empleador planillas o certificados de aportes. (Sar, 2009)

1.5. A la autodeterminación informativa

En la sociedad informatizada de hoy el poder no descansa ya sobre la fuerza física, sino sobre el uso de la información, que permite controlar la conducta de los ciudadanos sin necesidad de acudir a medios coactivos; la libertad personal y las posibilidades reales de progreso están determinadas por el acceso a la información.

Millán (1995), señala que el ámbito de la protección de datos es más amplio y además de los elementos característicos de la tutela de la intimidad (prohibición de conductas, sanción al incumplimiento, indemnización de perjuicios) incluye otras facultades que permitan al ciudadano controlar la información que de ellos se dispone para impedir que pueda ser utilizada por terceras personas de forma que les perjudique, preservando de este modo la propia identidad y la dignidad, tales como determinar los datos que desea que se conozcan, que esos datos sean exactos, actuales y que se hayan obtenido de forma lícita. El grado de autodeterminación, de la disposición que cada uno haga de sus datos, dependerá del carácter más o menos íntimo de los mismos.

El bien jurídico que protege el derecho de autodeterminación informativa es independiente, se pretende satisfacer un interés con entidad propia y justificación material suficiente, y no se trata tanto de un derecho de defensa frente a cualquier intromisión en la vida privada, cuanto de un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto; es, pues un auténtico derecho de la personalidad autónomo. (Millán, 1995)

El derecho a la autodeterminación informativa no debe confundirse con el derecho a la imagen, que protege básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, es este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

Para Sar (2008), mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras este protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen.

En el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Recurso extraordinario interpuesto por Wilo Rodríguez Gutiérrez contra la Resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N°01797-2002-HD, 2003, fundamento jurídico tres): “También se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia

personalidad no sufra interferencia o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad".

La administración pública y la privada deben preservar la dignidad del ser humano cuando tratan en sus bancos de datos la información que sobre ellos se contienen, siendo conscientes de los límites de su poder informático, actualmente definidos con relativa claridad en la Constitución Política, en la ley de desarrollo constitucional, como el Código Procesal Constitucional, los pronunciamientos jurisprudenciales del Poder Judicial y sobre todo del Tribunal Constitucional y la Ley de Datos Personales. (Augusto, 2013)

Resguardada a través del artículo 2°.6 de la Constitución, la autodeterminación informativa es "el atributo que se circunscribe a garantizar que la información o los datos de la persona no puedan ser utilizados en detrimento de su intimidad, a través de la manipulación de los datos contenidos en los ordenadores electrónicos".

Se ha señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional respecto al Recurso de agravio constitucional interpuesto por Pesquera Virgen del Valle S.A.C. contra la Resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N°4739-2007-PHD/TC, 2007, fundamento jurídico dos):

> El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.

Finalmente, revisando el Reglamento de la Ley Nº 29733 (DS N°003-2013-JUS, 2013), un dato sensible es “aquella información relativa a datos referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad”.

En el artículo 17° del Reglamento en mención (DS N°003-2013-JUS, 2013) se indica como fuentes accesibles al público, entre otros, los Registros Públicos administrados por la SUNARP, así como todo otro registro o banco de datos calificado como público conforme a ley; es decir, que siguiendo esta lógica, si la designación anticipada del curador se inscribe en el Registro Personal y este pertenece a la base de datos de la SUNARP, se estaría frente a una información que no requeriría el consentimiento expreso del titular de los datos personales, salvo, como se sostiene en la propuesta de modificación, que sea una información restringida por el derecho a la intimidad.

2. La seguridad jurídica

Según Bustamante (2007), la seguridad jurídica es producto de la existencia e interrelación de tres factores:

> a) Una norma sustantiva, compuesta por disposiciones vigentes que reconozcan derechos o establezcan obligaciones.
> b) Una norma adjetiva, representada por procedimientos y reglas que hacen posible la instrumentación y aplicación de la norma sustantiva.
> c) Órganos estatales encargados de la aplicación de las mismas en lo que se conoce como el proceso de impartición de justicia.

2.1. Legislación comparada

En la legislación comparada, el derecho a la información, está regulado de la siguiente manera:

2.1.1. Seguridad jurídica en Ecuador

La Constitución del Ecuador establece en su Artículo 94º que “los derechos de la persona en relación a la información que sobre ella exista en los registros o bancos de datos. El título que recibe en el texto constitucional este dispositivo es el de Hábeas Data”.

Es la Ley de Control Constitucional de 1997 en donde se perfilan los aspectos relacionados con su trámite. El artículo 35º de la Ley de Control Constitucional señala que “el proceso de hábeas data puede emplearse para:

> a) Obtener del poseedor de la información que éste la proporcione al recurrente, en forma completa, clara y verídica.
> b) Obtener el acceso directo a la información.
> c) Obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros.
> d) Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado, o no la ha divulgado". En estos casos, en consecuencia, no procede acudir al proceso de amparo”.

2.1.2. Seguridad jurídica en Colombia

El Artículo 15º de la Constitución prescribe: “Todas las personas tienen derecho (...) a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas (...)”.

2.1.3. Seguridad jurídica en Venezuela

El Artículo 28º de la Constitución de Venezuela reconoce “un conjunto de derechos de la persona respecto a la información que sobre sí misma o sus bienes se encuentra bajo dominio de instituciones públicas o privadas. Sin embargo, el texto constitucional no establece un proceso especial para la protección de estos derechos. Casi no existe mención expresa al término hábeas data en la normativa constitucional de Venezuela”.

En el Artículo 281º inciso 3, que establece como atribución del Defensor del Pueblo la facultad de "interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus y hábeas data".

3. La publicidad registral

3.1. El derecho a la información y la publicidad registral

Sánchez Amaya señala que son tres las condiciones para reconocer la autonomía de un sujeto moral: a) Que actúe intencionalmente. b) Con comprensión del significado de su acción. c) Sin influencias externas o internas que determinen o controlen su acción; reproduciendo el contenido del Informe Belmont, agrega que el respeto por la autonomía individual exige que se reconozca tanto el derecho de la persona que es capaz de decidir autónomamente a tener sus propios puntos de vista y a hacer sus propias acciones y d) a obrar en conformidad con sus valores y creencias. (Rodríguez, 2014)

La publicidad es el rasgo característico de todo sistema registral. En mayor o menor medida, todos los sistemas registrales buscan exteriorizar derechos y situaciones jurídicas oponibles o trascendentes para terceros con el objeto de facilitar la contratación (Resolución N°077-2008-SUNARP-TR-T, 2008, fundamento jurídico uno).

Sobre la publicidad se puede decir que en sus formas más incipientes consiste solamente en un anuncio, por el que se exterioriza el derecho existente sobre una cosa, haciendo conocer a los demás que se encuentra en el ámbito de disposición jurídica del sujeto, de donde surge que la sociedad debe respetar al sujeto en el libre goce de los derechos que tiene sobre esa cosa. En un estadío superior de evolución esa publicidad anuncio, que protegía sobre todo la seguridad estática se irá transformando con el propósito de proteger el tráfico jurídico para hacer conocer la titularidad y luego se extiende a los actos de transmisión del derecho, con lo cual comienza a protegerse la dinámica jurídica. La publicidad anuncio, en esta etapa, procura que todos conozcan que se ha efectuado un acto-aspecto dinámico-por el cual se traspasa la titularidad del

derecho de un sujeto a otro, y por ese camino se da más fuerza al acto de transmisión y se lo hace oponible a terceros. (Moisset, 2015)

En la publicidad hay dos elementos unidos de manera inescindible, por una parte la publicidad produce ciertos efectos sustantivos (constitutividad, oponibilidad a terceros, seguridad del tráfico), y mirada desde este ángulo es denominada publicidad material; por otra parte, el legislador, para lograr esos fines, organiza un sistema en el que se emplean ciertos instrumentos o herramientas publicitarias que reciben el nombre de publicidad formal. Esta clasificación en material y formal, ha sido esbozada posiblemente por la doctrina germánica, que suele dividir los principios registrales en materiales y formales, tomando sin duda como base la distinción filosófica que hacían Aristóteles y Santo Tomás entre materia y forma, y de allí ha pasado a la doctrina registral española.

Tarrillo (2013), indica que para entablar cualquier relación jurídica se requiere el máximo de certeza sobre sus presupuestos:

> Si se va a comprar, que el vendedor sea dueño (…), y a continuación agrega que el Estado, para satisfacer esa necesidad de certidumbre, organiza la publicidad. A través de la publicidad se hacen innecesarias las averiguaciones. El Estado se vale de la publicidad para exteriorizar una serie de situaciones jurídicas, las cuales a través de una previa calificación del acto a través de la rogatoria, se verificará si efectivamente, el acto cuenta con los requisitos materiales y formales para acceder al Registro.

Gonzáles (2004), considera a la publicidad registral como “el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico. Esta publicidad legal es un servicio del Estado, una función pública ejercida por particulares”.

Según José Manuel García Coni, la publicidad registral es la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general erga omnes y ciertos efectos jurídicos sobre la situación jurídica publicada. (Delgado, 2009)

En el sistema peruano es la ley de fondo la que trata de la publicidad material, mientras que los aspectos de publicidad formal se contemplan en las disposiciones de tipo reglamentario. (Moisset, 2015)

El Código Civil peruano en el artículo 2012° contempla a la publicidad registral desde un punto de vista material y un punto de la publicidad formal.

En el Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución N°195-2001-SUNARP-SN, 2001), se señala de manera somera en qué consiste la *publicidad formal* reconocida en el numeral II del Título Preliminar:

> El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral.
> El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral salvo las prohibiciones expresas establecidas en el Reglamento del Registro.

En el artículo 127° del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución N°195-2001-SUNARP-SN, 2001), se indica:

> “Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa y obtener del Registro, previo pago de las tasas registrales correspondientes:

> a) La manifestación de las partidas registrales o exhibición de los títulos que conforman el archivo registral o que se encuentran en trámite de inscripción;
>
> b) La expedición de los certificados literales de las inscripciones, anotaciones, cancelaciones y copias literales de los documentos que hayan servido para extender los mismos y que obran en el archivo registral;
>
> c) La expedición de certificados compendiosos que acrediten la existencia o vigencia de determinadas inscripciones o anotaciones, así como aquéllos que determinen la inexistencia de los mismos;
>
> d) La información y certificación del contenido de los datos de los índices y del contenido de los asientos de presentación".

Concerniente a la clase de certificados, en el Artículo 131° del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución N°195-2001-SUNARP-SN, 2001), se indica que según la forma de expedición de la publicidad, serán de las siguientes clases:

> "a) Literales: Los que se otorgan mediante la copia o impresión de la totalidad o parte de la partida registral, o de los documentos que dieron mérito para extenderlos.
>
> b) Compendiosos: Los que se otorgan mediante un extracto, resumen o indicación de determinadas circunstancias del contenido de las partidas registrales, los que podrán referirse a los gravámenes o cargas registradas, a determinados datos o aspectos de las inscripciones".

El principio de publicidad registral es la base de todo el Sistema Registral peruano porque a partir de él se construyen los demás principios registrales sustantivos. La publicidad registral es el mecanismo que ofrece un mayor grado de certeza para determinar la titularidad de los derechos. (Delgado, 2009)

Lucas Muriño considera que el derecho a la intimidad normalmente implica el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la esfera protegida y,

correlativamente, determinar libremente y dentro de ella la propia conducta. Es un típico derecho de defensa. A su juicio, la técnica de la protección de datos es más complicada. De un lado, combina poderes del individuo frente a terceros y de otro lado, los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos, basta con que sean personales, aun cuando parezcan inocuos. De aquí que en el ámbito de esta protección sea más amplio que el propio derecho a la intimidad. (Carlos, 1992)

3.2. Legislación comparada

3.2.1. Publicidad Registral en Ecuador

La legislación actual señala que son registros de derechos, en los que se da noticia de las inscripciones y conforman un archivo público de derechos.

La ley de Registro, en el artículo 11° menciona “la obligación del registrador de otorgar certificados y copias de lo inscrito, con arreglos a esta ley, pero el legislador se olvidó de establecer lo que dichos certificados debían contener, así que se los otorga de conformidad a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. En caso de error se expresa en la ley la sanción a la que está sujeto el registrador, precisamente por la fe pública que tiene esta certificación y por la presunción de legalidad y autenticidad que gozan dichas declaraciones”.

3.2.2. Publicidad Registral en Uruguay

Ha evolucionado a través de tres etapas, la primera consistente en un período colonial y otro nacional; el segundo período en el que se intentó otorgar Ley orgánica registral pero sin conseguirlo y, finalmente el tercer periodo con la entrada en vigencia de su Ley Orgánica Registral en la que se crea bases para el Registro de Propiedad, del Registro Personal, entre otros.

3.2.3. Publicidad Registral en Catalunya

La Disposición Adicional 3ª de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, introducida por la Ley 11/1996, prevé en su apartado:

"1) la creación de un Registro de Tutelas y Autotutelas. Este Registro pasó a llamarse Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios en virtud de la Disposición Adicional de la Ley 9/1998.

2) dispone que a fin de inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los Notarios que autoricen escrituras en las que se proceda a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5°, habrán de dirigir un oficio al Registro de Tutelas y Autotutelas indicando el nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El Juez competente ha de solicitar una certificación de las inscripciones que puedan constar en el Registro de Tutelas y Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido".

3.2.4. Publicidad Registral en España

El Código Civil Español de 1888 en su artículo 607° establece que “El Registro de la propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos”.

La Ley Hipotecaria de 1946 en su artículo 221 establece que “Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos inscritos”.

Antonio Pau Pedrón señala que la esencia de la publicidad registral reside en su significado de verdad oficial. Otras explicaciones de la publicidad son insuficientes para precisar su esencia. La publicidad supone, por tanto, el ofrecimiento a los interesados que, para ser tal, ha sido controlada jurídicamente y contrastada con los antecedentes. La publicidad – o más exactamente, las instituciones a través de las cuales se hace efectiva: los Registros- es susceptible de conocimiento, es cognoscible. Precisamente porque sus datos se tienen por ciertos, por veraces, esos datos operan por sí mismos: no es necesaria la consulta al Registro para que los datos publicados actúen. El Registro se puede consultar para conocer la situación jurídica de un bien inmueble, una sociedad (…) pero aunque no se consulte, como el ordenamiento se ha preocupado de que los datos publicados sean reales, aquellos datos se impondrán por el hecho de su publicidad, con independencia de su conocimiento. (Delgado, 2009)

CAPÍTULO III: CONFLICTO ENTRE LA DESIGNACIÓN ANTICIPADA DEL CURADOR Y EL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL

CAPÍTULO III: CONFLICTO ENTRE LA DESIGNACIÓN ANTICIPADA DEL CURADOR Y EL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL

1. La autocuratela y la publicidad registral

Se trata de una figura sustentada en el legítimo derecho de autodeterminación del sujeto. Con ella –apunta Varsi (2011) – se reconoce el derecho para que una persona escoja y designe a un curador concediéndoles las atribuciones que tenga a bien.

En fin, como dijo Canales (2011):

> Ahora puede designarse a personas que tengan mayor cercanía y afecto por el incapaz y disponibilidad para su cuidado, que sean más idóneas para el cargo, y que no necesariamente se encuentren mencionadas en la referida lista que tiene carácter cerrado, taxativo o numerus clausus, la autotutela plasmada en esta nueva norma se constituye en una opción legislativa interesante para que en vida podamos designar o vetar respecto de quien cuide de nuestra persona y bienes.

Sobre el derecho a la autodeterminación, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Orlando

Bustamante Candiotti contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, señalando que:

> El concepto de autodeterminación se encuentra directamente ligado al de dignidad, principio fundamental que verdaderamente estructura nuestro sistema jurídico. Así la autodeterminación se compone de elementos como la libertad, la autoridad para asumir decisiones y la responsabilidad que estas determinaciones puedan generar. Si bien las personas con enfermedades mentales ven estas capacidades atenuadas –dependiendo del deterioro cognoscitivo y mental que afronten– ello no significa, en principio la pérdida absoluta de las mismas. (Exp. Nº 2313-2009-HC/TC, 2009, fundamento jurídico cinco)

En la experiencia española, Roca Sastre comenta que:

> (…) la publicidad formal está al servicio de las funciones sustantivas derivadas de la legitimación registral, fe pública registral y de afección de lo inscrito y, a la vez justifica la publicidad registral como cognoscibilidad legal. En este último aspecto, el hecho de que esta equivalga al conocimiento efectivo de los asientos registrales exige lógicamente que la Ley dé la posibilidad de acceso al Registro a los que tengan interés legítimo en consultarlo (…).

Se reconoce que toda persona tiene asuntos o negocios, designios o afecciones de él o su familia, que prefiere mantener como una esfera secreta, o al menos reservada de su vida, de la que tenga poder de alegar a los demás. Se mencionan en este ámbito aquellos datos, hechos o situaciones desconocidas para la comunidad, que son verídicos y que están reservados al conocimiento del sujeto mismo, o de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. En consecuencia, una publicidad sin reserva alguna de la designación anticipada del curador atentaría contra el derecho fundamental a la intimidad de la persona, que ha sido reconocido en la Constitución como un límite a la publicidad de la información recibida por cualquier entidad pública o privada. (Chanamé, 2003)

Cristina Amunátegui Rodríguez, resalta la necesidad de potenciar el recurso de la autonomía de la voluntad como el medio ideal para el tratamiento de las relaciones familiares, principio tradicionalmente instalado en el campo patrimonial, que paulatinamente se extiende a otras materias propias del Derecho Civil, como es la protección de la persona y los bienes, no ya respecto a los hijos menores o incapacitados, la tradicional tutela testamentaria, sino también la propia protección la necesidad de poder plasmar los propios deseos de la persona.

Además, de causas de naturaleza sociológica, y científica, para Amunátegui, esa actitud del legislador de fomento de la previsión de los asuntos propios, y más concretamente de la protección de la discapacidad, tiene que ver directamente, con un cierto fracaso del sistema sobre todo del judicial, que complica la resolución de conflictos, siendo preferible una regulación voluntaria, situando a la Ley y al Juez en instrumentos supletorios, que intervienen solo cuando no exista esa previsión personal, o bien, existiendo se produzca un problema que no puede ser resuelto por las reglas de carácter voluntario. Se pretende, no solo la agilidad, que necesita la respuesta a las situaciones definidas por la pérdida de facultades, sino también que la atención en todos los ámbitos del afectado, se lleve a cabo, de acuerdo con sus deseos. (Meléndez, 2012)

A manera de hacer referencia a cómo es tratado este tema por los tribunales extranjeros, se menciona la sentencia de 13 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº8 de Gijón, en los autos 461/2009, sobre declaración de incapacidad promovida por el Ministerio Fiscal, en la cual se puede apreciar que los procesos de incapacidad absoluta son considerados como el último remedio al que acudir para proteger a la persona y patrimonio del incapaz; debiendo acudir antes a otras medidas previas siempre que sea posible

como testamento vital, instrucciones previas, patrimonios protegidos, mandatos prorrogables, hipoteca inversa, etc.

En el Perú, si bien la Constitución Política (1993) señala que “toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar” (art.2° inciso 5), lo que ocurre en el fondo es que la tecnología ha superado a la ley.

Por su parte, el Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución N°195-2001-SUNARP-SN, 2001), en su artículo 128°, establece como límite al acceso a la información de los actos y contratos inscritos en el archivo registral, aquella que afecte el derecho a la intimidad.

Siguiendo la misma línea el artículo 46° del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas (Resolución N°156-2012-SUNARP-SN, 2012), precisa: “No se podrán expedir manifestaciones de las partidas registrales ni certificados referentes a inscripciones en el Registro de Testamentos mientras no se produzca el deceso del testador, salvo que este lo solicite mediante escrito con firma legalizada notarialmente o autenticada por fedatario de la SUNARP”.

Así como el artículo 109° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral (Resolución N°281-2015-SUNARP/SN, 2015), indica que:

> “No se podrá expedir publicidad simple o certificada referente a inscripciones en el Registro de Testamentos mientras no se extienda el asiento de ampliación de testamento o se acredite el deceso del testador mediante copia certificada cada de la partida de defunción; salvo que el testador lo solicite a través de escrito con firma certificada notarialmente o autenticada por fedatario de la Sunarp.
> Tampoco se podrá expedir constancias, mensajes o datos en las decisiones del abogado certificador o registrador que pretendan informar

> sobre inscripciones en el registro de testamentos mientras no se extienda la ampliación de asiento del testamento".

A decir de la Dra. Mejía (2016), tal y conforme ha sido redactada la norma, no se ha enfatizado la reserva que debe exigirse en un acto de dicha naturaleza. El legislador no habría advertido que la designación de la persona del curador es un acto unilateral, establecido en forma anticipada al momento de su ejecución. El otorgante, al momento de elegir a la persona que podría ejercer el cargo de curador ante la futura incapacidad, concede un encargo de extrema confianza a un tercero que puede ser su cónyuge, su familiar o un tercero.

La ausencia de las formalidades establecidas respecto a la publicidad de la inscripción referente a la reserva que debe exigirse la designación de la persona de curador, podría tener efectos negativos, al desalentar la utilización de dicha facultad de parte de las personas, ante el temor de la publicidad de una decisión que no necesariamente se habría comunicado a los propios familiares. (Mejía, 2016)

Para explicar el porqué de la restricción sobre el contenido de los testamentos no ampliados, el Tribunal Registral en relación a la disposición derogada del antiguo Reglamento de Testamentos referente a la restricción de otorgar publicidad mientras no se verifique el deceso del testador, disposición adoptada en el Reglamento vigente citado, manifiesta:

> Por consiguiente estamos ante una restricción al acceso a la publicidad registral, puesto que se exige al usuario que acude a solicitar información respecto al Registro de Testamentos, acreditar el deceso del causante, o en todo caso, autorización de este para la expedición del certificado. Esta restricción se encuentra acorde con el derecho a la intimidad del testador, careciendo de objeto que se publicite el testamento o su contenido en vida del testador, pues solo surtirán efectos al fallecimiento del testador. (Resolución Nº430-2011-SUNARP-TR-L, 2011, fundamento jurídico cinco)

2. El control de legalidad

La revolución tecnológica es perceptible en las actividades cotidianas. Uno de los terrenos donde las nuevas responsabilidades son urgentes es el de la distinción entre lo público y lo privado. En la era de la imprenta, la distinción entre ambas esferas era relativamente fácil de establecer. Había documentos escritos que eran de uso privado y otros, de carácter impreso que eran públicos.

La identidad individual ya no era vista desde un punto de vista comunitario, como constituida de manera central por el parentesco. La imprenta, y su expresión masiva, el libro, estaba dirigida a un consumo individual y las ideas y creencias podían ser ilimitadamente distintas en el ámbito privado, mientras se acataran las normas de vigencia pública. Esa fue históricamente la base de la libertad de pensamiento y que tuvo como corolario la libertad de expresión o libertad de prensa. (Ferreyros, 2016)

Para Morales (2000), la función registral, en estricto lo que hace, o lo que está llamado a hacer en el momento actual, más que un simple acto de confrontación de los actos y contratos presentados para su inscripción, con la letra de la ley es más bien un acto de "validación" de las normas invocadas con lo que establece la constitución y las demás normas del sistema jurídico.

Llegado a este punto, surge la siguiente inquietud, ¿podría atribuirse el problema que se investiga a una indeterminación lingüística de las normas? Para dar una respuesta se debe tener claro que la indeterminación lingüística puede tener su origen tanto en problemas de ambigüedad como en problemas de vaguedad. Sobre la investigación que se realiza, el problema calzaría dentro del segundo supuesto.

Ródenas (2012), señala que la vaguedad no afecta a los términos sino a los conceptos. Es posible diferenciar entre problemas de vaguedad extensional y de vaguedad intencional. Se habla de vaguedad extensional cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y de vaguedad intensional cuando no queda claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan. Por ejemplo, en el enunciado que expresa “se considerará punible la tenencia de droga en cantidad suficiente para el tráfico”, la noción de “cantidad suficiente para el tráfico” resulta intencionalmente vaga. ¿Dónde situar el límite entre una cantidad de droga destinada al consumo y una cantidad destinada al tráfico? ¿Son 100 gramos de hachís una cantidad de droga destinada al consumo? ¿Y 150? Y, obviamente, si no sabemos situar el límite (intencional) entre una cantidad de droga que se supone destinada al consumo y una cantidad que se supone destinada al tráfico, tampoco podemos trazar la frontera (extensional) entre los casos punibles y los que no lo son.

Pues bien, la solución a todos estos problemas lingüísticos requiere derivar reglas mediante procedimientos que no son estrictamente lógicos. La atribución de significados a las normas que plantean problemas de ambigüedad o de vaguedad está estrechamente conectada con el derecho implícito. Como advierte Laporta, el significado que tienen algunos de los términos naturales o técnicos que aparecen en las normas jurídicas suscita muchos problemas de interpretación y no se sabe muy bien si ciertas situaciones o estados de hecho caen bajo el alcance de los términos usados en las formulaciones textuales de las normas. Vale la pena mencionar que el conjunto de propiedades fijadas por las reglas de uso de los conceptos técnicos (en sus diversos grados) es producto muchas veces de la elaboración doctrinal y teórica que aporta así también su caudal de soluciones al derecho implícito.

1.2. Marco Conceptual

1. **Publicidad registral**: En la publicidad hay dos elementos unidos de manera inescindible, por una parte la publicidad produce ciertos efectos sustantivos (constitutividad, oponibilidad a terceros, seguridad del tráfico), y mirada desde este ángulo es denominada **publicidad material**; por otra parte, el legislador, para lograr esos fines, organiza un sistema en el que se emplean ciertos instrumentos o herramientas publicitarias que reciben el nombre de **publicidad formal**.

2. **Discapacidad**: Es el grado inferior de la capacidad de obrar para el ejercicio de los derechos y obligaciones, para lo cual se requiere de otra persona quien los ejercita en su nombre. Lo trascendente es que su padecimiento persistente impida el autogobierno de la persona.

3. **Derecho a la intimidad**: Regulado en la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2° numeral 7 regula: "Toda persona tiene derecho: (…) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias".

4. **Protección personal del tratamiento automatizado de datos:** Se encuentra regulado en el Convenio de Estrasburgo (1981) que rige en el contexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 12° precisa: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, domicilio o correspondencia"; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 7° prescribe: "Toda

persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones"; también el Convenio de Roma (1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966), que en su artículo 17° precisa: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

V. METODOLOGÍA

V. METODOLOGÍA

5.1. Formulación de preguntas científicas

¿La restricción de la expedición de publicidad registral para el acceso a la información de la designación anticipada del curador permitiría mantener en reserva el cargo?

5.2. Variables

Variable es una propiedad cuya variación es susceptible de medirse y como podrá apreciarse en esta investigación las dos variables han sido relacionadas para dar respuesta a la pregunta científica que se ha formulado

La variable independiente es: Publicidad registral y las variables dependientes son: Derecho a la intimidad y designación anticipada del curador.

5.2.1. Definición conceptual

Variable independiente	
Publicidad registral	Es la exteriorización continuada y organizada de los derechos y actos inscritos o anotados, a fin de hacerlos cognoscibles a los terceros, teniendo como finalidad otorgar seguridad jurídica a los terceros.

Variables dependientes	
Derecho a la intimidad	Es un derecho reconocido en la Constitución Política del Perú, por el cual se puede rechazar intromisiones ilegítimas en la esfera protegida.
Designación anticipada del curador	Constituida por el derecho que tiene toda persona de escoger y designar a un curador concediéndoles las atribuciones que tenga a bien.

5.2.2. Definición operacional

Variable independiente	
Publicidad registral	Se concreta con la expedición de información a cargo de un servidor público competente, de acuerdo a plazos regulados en el Reglamento del Servicio

	de Publicidad Registral y que según sea el caso se podría obtener un esquela de observación, liquidación o tacha ante la rogatoria del público.

Variables dependientes	
Derecho a la intimidad	Se manifiesta con la restricción de información protegida que no puede ser expedida a través de ninguno de los servicios que brinda la Sunarp a través de la publicidad registral.
Designación anticipada del curador	Se obtiene por cualquier fuente documentaria del servicio de publicidad registral formal.

5.3. Metodología

5.3.1. Tipo de Estudios

La presente investigación es de tipo descriptivo-explicativo. Descriptivo**,** por cuanto la intención de la investigación es determinar si existe una deficiencia en la redacción del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, en el sentido de considerar necesario la garantía de la designación anticipada en la esfera de lo privado.

Es así que en primer término se busca determinar la naturaleza actual de la designación anticipada del curador, los componentes jurídicos-legales que intervienen en su formación, así como la explicación de los fenómenos relacionados con la problemática que intenta resolver la modificación del artículo 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

Esto implica un diagnóstico jurídico que permita detectar en forma clara y objetiva los distintos ejes problemáticos, en el ámbito jurídico-registral, con el propósito de ser descritos, interpretados, entendida como señala García (2004), como una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explicita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa esta carecerá de patrón de corrección o verdad"; y explicar las causas y efectos, partiendo de un estudio conceptual de las voluntades anticipadas; constituyéndose como aporte en sí misma, ya que según las investigaciones previas, no existen trabajos parecidos, ni relacionados con este tema.

Explicativo**,** pues se expondrá la problemática jurídica que esta situación supone, a la vez que se propone una solución acorde con la ponderación entre el derecho a la intimidad personal o familiar y el derecho a la libertad de información, a través de la designación anticipada y la publicidad del Registro.

5.3.2. Diseño

Está diseñado bajo un enfoque dogmático cualitativo.

5.4. Población y muestra

Población conformada por 258 personas que se desempeñan como abogados de orientación, operadores registrales y personal de publicidad, que labora bajo los regímenes 728, 276 y 1057 en la Zona Registral N°II.

Se ha elegido una **muestra** no probabilística, conformada por 100 personas, de los cuales 20 son abogados de orientación, 5 registradores, 45 personal de publicidad y 30 operadores registrales; quienes laboran directamente en el tema que se investiga.

5.5. Método de investigación

Los métodos utilizados fueron: Analítico porque se partió de una idea global hacia premisas menores y Sintético que permitió reunir las ideas particulares pero ya sometidas a un estudio, para así culminar con el proceso de investigación.

5.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas aplicadas fueron: Estudio documental, a través de fichas de recolección de datos y Encuesta**,** por la cual se pidió a los especialistas que brindaran su apreciación sobre la publicidad sin restricción de la designación del curador. Las encuestas fueron enviadas a los correos institucionales de los encuestados

El instrumento utilizado fue: Cuestionario, mediante la formulación de preguntas cerradas.

5.7. Métodos de Análisis de datos

La investigación se desarrollará respetando los principios éticos en la confidencialidad de la información.

El proceso de análisis es estadístico y responde a los principios y metodología cuantitativa, pasando primero por la etapa de la revisión de bases de datos, procesamiento y, luego, al análisis descriptivo de los datos.

VI. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

VI. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

7.1. Descripción

Se aplicó un cuestionario con nueve preguntas a una muestra conformada por 100 personas.

¿Sabe usted en qué consiste la figura jurídica de la curatela?

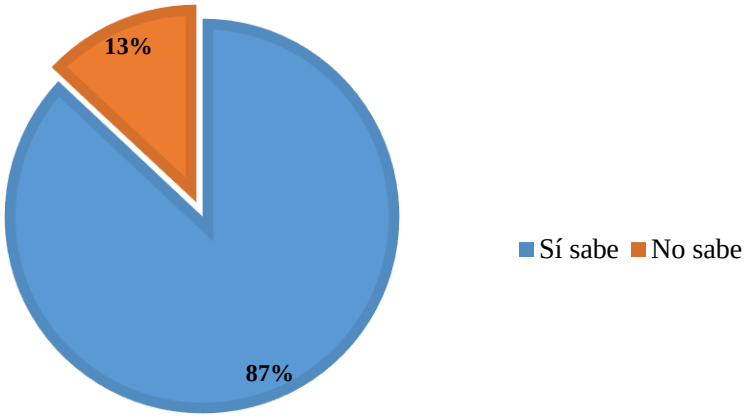

Figura 1: Medición en porcentaje del conocimiento sobre la curatela

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

El 87% de los encuestados manifestaron conocer la figura jurídica de la curatela.

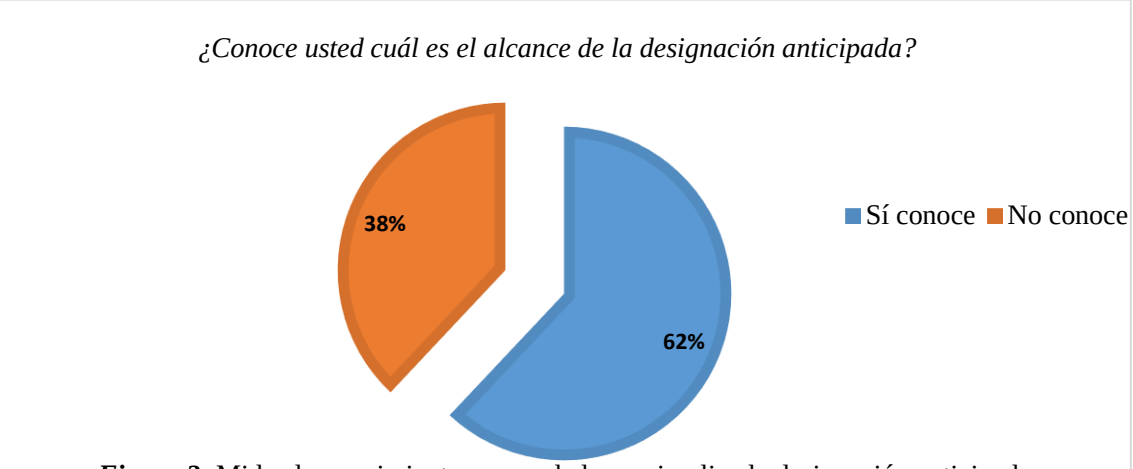

Figura 2: Mide el conocimiento acerca de lo que implica la designación anticipada

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

Como se puede apreciar en el gráfico, el 38% de los encuestados no conocen el alcance de la designación anticipada.

Figura 3: Porcentaje de conocimiento sobre el instrumento de designación del curador

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

Ante esta pregunta, un valioso 86% acertadamente respondió que el instrumento para la designación o exclusión del curador es la escritura pública.

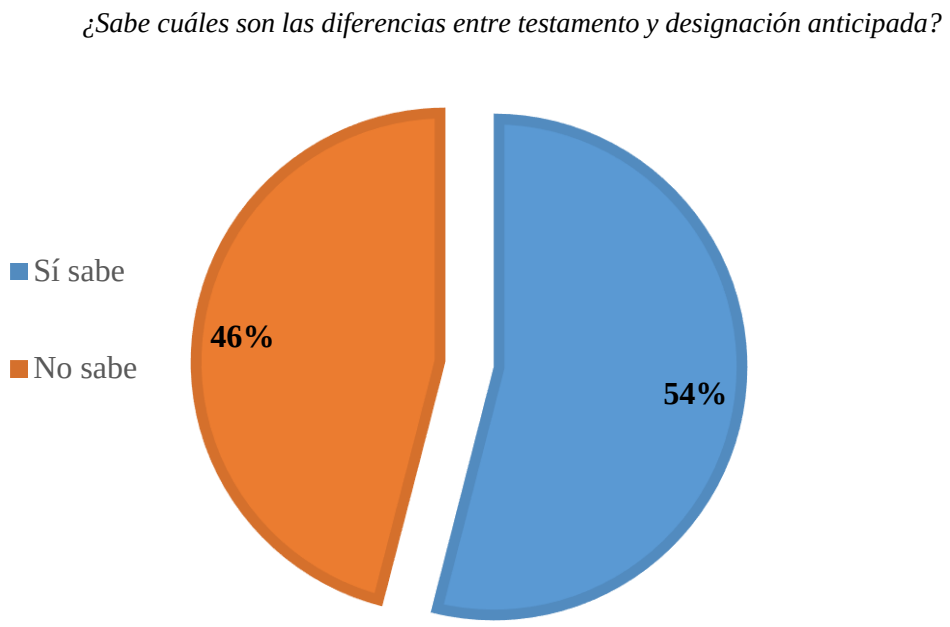

Figura 4: *Porcentaje sobre conocimiento de dos instituciones jurídicas*

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

El 46% obtenido de los encuestados indicaron que no saben cuáles son las diferencias entre testamento y designación anticipada, lo que refleja que la designación anticipada no es una figura jurídica manejada por los encuestados.

¿Conoce cómo está regulada la información restringida por el derecho a la intimidad en el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral?

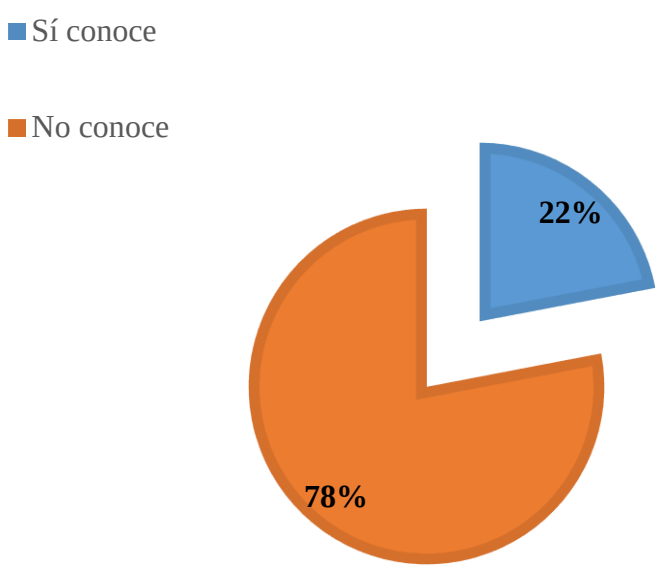

***Figura 5**: Porcentaje sobre conocimiento de la información restringida.*

***Fuente**: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

Un preocupante 78% contestó que no conoce la regulación de la información restringida por el derecho a la intimidad. Se resalta la preocupación por ser el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral una de las herramientas que a diario se emplea para cumplir con los plazos y procedimientos de la expedición de publicidad registral.

Elija la opción que corresponde a la siguiente definición:

"Protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de dicha información"

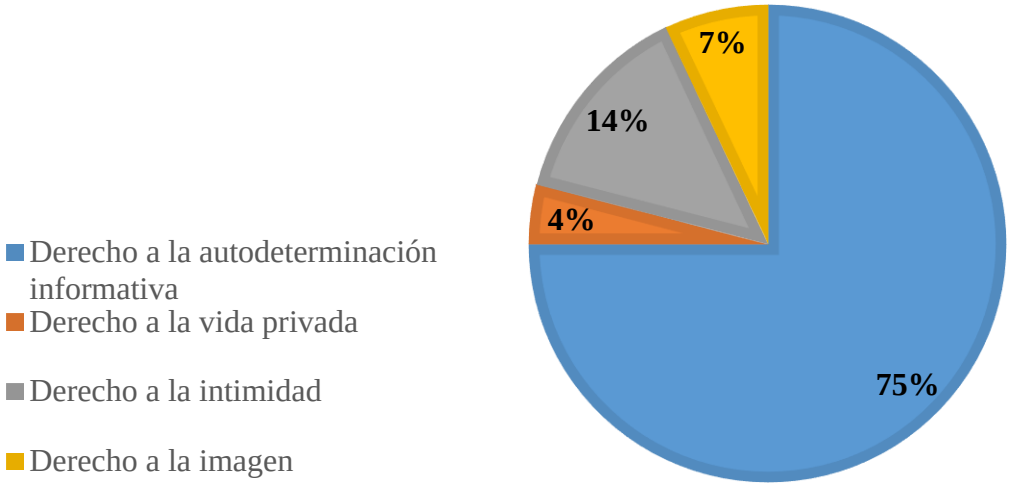

Figura 6: *Porcentaje sobre conocimiento del derecho a la autodeterminación informativa.*

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

El 75% de los encuestados acertadamente indicó que la definición consultada pertenece al derecho a la autodeterminación informativa.

El resto de porcentajes se divide de la siguiente manera: 14% considera que se trata del derecho a la intimidad, 7% lo asocia con el derecho a la imagen y un 4% con el derecho a la vida privada.

Cabe indicar que a lo largo de esta investigación se ha explicado el contenido de estos derechos y que entre uno y otro hay cierto margen que podría generar confusión, por lo que el porcentaje obtenido en la mayoría lo considera satisfactorio.

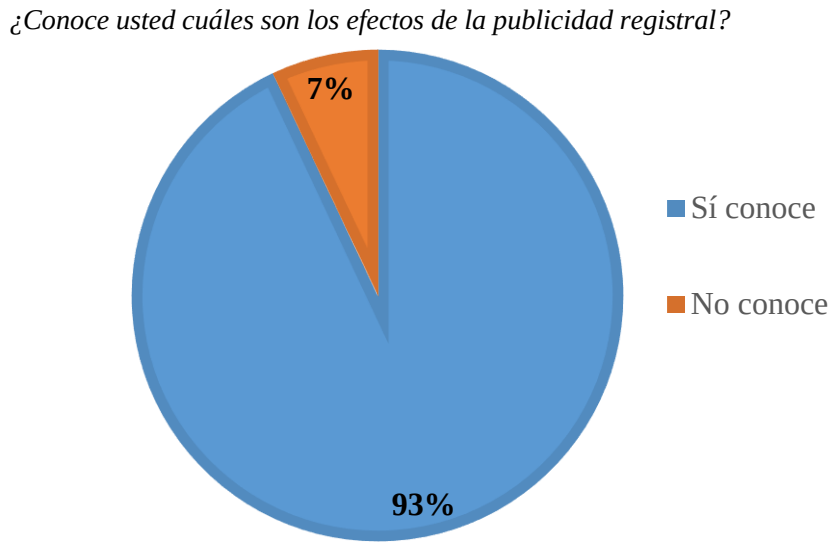

Figura 7: *Porcentaje sobre conocimiento de efectos de la publicidad registral*

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

El 93% de los encuestados contestaron que sí conocen los efectos de la publicidad registral, lo cual tiene sustento porque la labor que realizan está estrechamente vinculada con ese tema. Sin embargo, a pesar de que el 7% que indicó que no sabe los efectos de la publicidad registral, constituye un porcentaje mínimo, también es necesario para ser valorado.

¿Sabe que no se puede expedir manifestaciones de las partidas registrales ni certificados referentes a inscripciones en el Registro de Testamentos mientras no se produzca el deceso del testador, salvo que este lo solicite mediante escrito con firma legalizada o fedateada ante funcionario de la Sunarp?

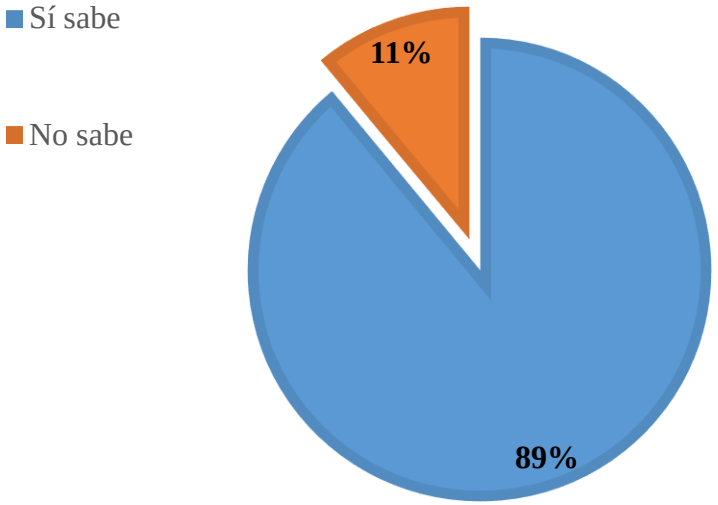

Figura 8: *Porcentaje sobre conocimiento de restricciones de la publicidad registral sobre testamentos no ampliados.*

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

Un importante 89% indicó que sí sabe de la restricción respecto a las manifestaciones y expediciones referentes a testamentos no ampliados. Llama la atención, sin embargo, la alta tasa de respuestas “no sabe”.

¿Considera usted que debería incluirse la designación anticipada como información protegida por el derecho a la intimidad?

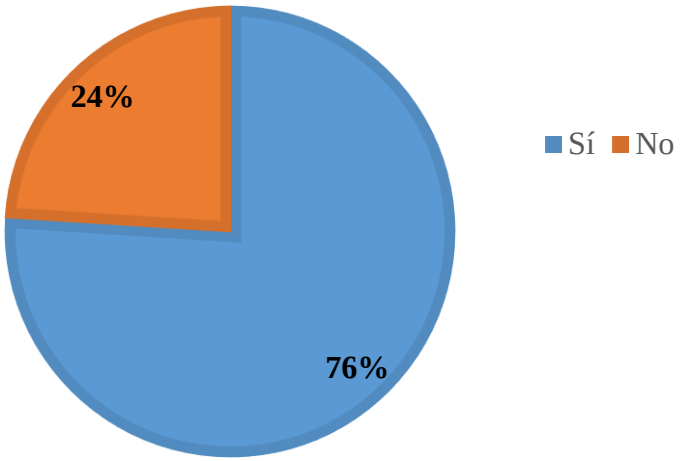

Figura 9: *Porcentaje sobre apreciación de la inclusión de designación anticipada como información restringida.*

Fuente*: Encuesta aplicada a una muestra de 100 personas que labora en la Zona Registral N°II.*

El 76% de los entrevistados consideraron que sí debe incluirse a la designación anticipada como información protegida por el derecho a la intimidad y el 24% consideró que no.

En definitiva, los porcentajes obtenidos son una muestra del desconocimiento del contenido de la designación anticipada, en concordancia con las respuestas obtenidas en la figura 2.

7.2. Discusión

En base a las respuestas obtenidas con las preguntas planteadas en el cuestionario, tales como las obtenidas en la figura 5, se ha podido verificar que la sobrecarga laboral impide que los servidores públicos ejerzan un adecuado discernimiento sobre la publicidad que contiene actos que pueden vulnerar la intimidad de las personas y que se torna necesario su regulación en el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

7.3. Propuesta

En base al análisis realizado y con la finalidad de brindarle al curador y al curado todas las protecciones, la propuesta mide el efecto directo con la publicidad registral proponiéndose para ello un proyecto de ley como sigue:

Proyecto de Ley

1.- Proyecto de Ley que modifica el Artículo 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral

2.- Exposición de Motivos:

En el Perú la Constitución Política de 1993 establece como fin supremo de la sociedad y del Estado, la defensa de la persona humana y el respeto de su

dignidad, reconoce y garantiza el derecho a la igualdad y regula el derecho fundamental a la intimidad de la persona como derecho que limita a la publicidad de la información emitida por cualquier entidad pública o privada.

Dado que en los últimos años el tema de la incapacidad ha sido materia de preocupación de estudiosos y autoridades y aunque se ha mejorado la situación de las personas con discapacidad, no se puede negar que aún conforman un grupo vulnerable que históricamente son víctimas de discriminación y exclusión, es por ello que el actual Código Civil peruano, además de regular la capacidad y el proceso de interdicción, ha incorporado disposiciones para que sea la misma persona quien pueda adoptar medidas y designe a su curador, en previsión de ser declaradas incapaces, es más, existen proyectos presentados en el Congreso de la República que proponen la implementación de medidas de apoyo y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica en todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad.

Así se puede ver reflejado en el Proyecto de Ley N°872/2016-CR en el que se considera que “el colectivo de las personas con discapacidad es diverso por lo que de acuerdo a Michael Bach, se deben distinguir dos supuestos en relación a las medidas de apoyo. Primero, el estado autónomo para la toma de decisiones en el que son suficientes los ajustes razonables. Por ejemplo, las personas con discapacidad sensorial pueden tomar y comunicar sus decisiones mediante la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los dispositivos multimedia de fácil acceso, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, u otras tecnologías de la comunicación. Por tanto, las personas con discapacidad sensorial podrían manifestar su voluntad y ejercer su capacidad jurídica sin recurrir a terceras personas como medida de apoyo”. Sobre este grupo no está referido el presente proyecto, lo que no resta que podría ser un grupo que también pueda emplear la designación anticipada

pero que no es el que necesite necesariamente de esta figura jurídica a diferencia del otro grupo de personas con discapacidad que están dentro del estado asistido para la toma de decisiones. Aquí, se trata de las personas con discapacidad que pueden requerir del apoyo de terceros para facilitar la toma de sus decisiones.

La designación anticipada del curador no está acotada al cuidado de la salud o a la posibilidad de tomar decisiones sobre tratamientos médicos, sino que es más amplia ya que comprende el goce de otros derechos fundamentales como planear estrategias para su apoyo y asistencia, decidir cómo administrar sus bienes, dónde y cómo desea vivir el resto de su vida; en definitiva, cómo proyecta vivir su propia vida.

En el mismo sentido, la Ley N°29973, “Ley General de la Persona con Discapacidad”, del 24 de diciembre de 2012, dispone en su Artículo 1° que dicha Ley tiene como finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y efectiva.

Por su parte, la SUNARP en el 2015 publicó el primer Reglamento del Servicio de Publicidad Registral que acopia los procedimientos para la expedición de los diferentes tipos de publicidad registral, la misma que como señala Pau Pedrón (Expediente N°1636-2013-SUNARP-TR-L, 2013, fundamento jurídico uno), "exige de un lado, control, y de otro, selección. Antes de ofrecerse a los particulares, los datos han de someterse a un control sobre su realidad y su legalidad. También han de ser seleccionados, tamizados: sólo los actos que afectan a terceros han de ser publicados; los demás, o no interesan, o no

deben ser publicados”, identificándose por lo tanto la falencia de no existir restricciones a la publicidad referida a la designación anticipada del curador.

Siendo ello así, el maestro Carlos Fernández Sessarego (2001), indica:

> El Derecho no es neutro frente a los valores, lo que quiere decir que se tiene una posición tomada y esta posición no puede ser otra que estar a favor de la persona y de su protección.
> El Derecho no es una ciencia abstracta, espectral. No se elabora a partir de generalidades. Se nutre de la vida humana, social, en cuanto cultura. Por eso evoluciona y cambia.

A decir de Espinoza (2008), “en el Registro Personal donde se advierten las lesiones al derecho de la intimidad, en los casos que una información sea de carácter privado, el Registrador al momento de efectuar la extensión del asiento de inscripción, deberá omitir información que podría ser lesiva a la intimidad del sujeto”.

Muestra clara que el Derecho es cambiante y que constantemente la sociedad debe estar en la búsqueda del equilibrio entre la realidad, norma y valores, tal como lo postula el tridimensionalismo del maestro Sessarego (2001), quien señala que ninguno de estos objetos es de por sí solo el Derecho, no obstante, no puede ninguno de ellos estar ausente si se pretende tener una noción global de lo que significa "el Derecho", es la figura jurídica de la curatela cambió y que por las razones que se han expuesto, existe la necesidad de la incorporación del inciso h en el Art. 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, que permitiría estar acorde con el cambio que ha sufrido la figura de la curatela para que poco a poco acrescente su acogida y encuentre total protección tanto para el curador como para el curado.

3.- Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La presente iniciativa propone la inclusión de la designación anticipada como acto protegido por el derecho a la intimidad, dentro del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, con la finalidad de que su expedición a través de la publicidad registral sea restringida, lo cual no es contrario a lo que dispone la Constitución Política del Perú sino que encuentra su fundamento en este cuerpo de leyes al reconocer que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar.

4.- Análisis costo-beneficio

La presente iniciativa no genera gasto al erario nacional ni representa gasto significativo a ningún sector, porque el espíritu de la norma es otorgar seguridad jurídica a las personas que designan anticipadamente a su curador y al designado, que con la modificación del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, se verán protegidos por el derecho a la intimidad.

5.- Fórmula legal:

Artículo 1°: Modificación del Artículo 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral

Modifíquese el Artículo 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, con la **inclusión** del siguiente texto:

ARTÍCULO 76°: Para efectos de brindar la publicidad formal, de manera enunciativa, son considerados información protegida por el derecho a la intimidad los siguientes:

(…)

h) El nombramiento de curador, las modificaciones, ampliaciones, revocaciones, extinción y cualquier resolución judicial que se remita al nombramiento del propio curador, se inscribirán en el Registro Personal con el carácter de reserva mientras no se acredite el estado de incapacidad del otorgante. Solo se publicitará el contenido de la inscripción al propio otorgante, designado o al juez.

Artículo 2°: Vigencia:

La presente ley tiene vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico peruano consagra el principio de la autonomía de la voluntad, como una modalidad de ejercicio del derecho a la libertad individual y regula la designación anticipada del curador.

2. Queda demostrado que existe una deficiente regulación del servicio de publicidad registral al no encontrarse incluida la designación anticipada del curador como información protegida por el derecho fundamental a la intimidad y que a pesar de que el artículo 76° del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral de manera enunciativa indica una relación de actos protegidos por este derecho, mediante las encuestas aplicadas se ha podido comprobar que un alto porcentaje no conoce la regulación de la información restringida por el derecho a la intimidad, es decir, no se conoce cuáles son los derechos protegidos y, mediante una simple deducción, se podría concluir que al no estar enumerada la designación anticipada del curador, esta no sería considerada como una de las restricciones.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a futuros investigadores que tengan interés en abordar el tema de la publicidad registral, del cual queda mucho por profundizar, puedan hacer una evaluación del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, el cual, sin desmerecer que es un avance al constituirse el primero que regula claramente plazos y procedimientos, puede ser mejorado en diversos aspectos, uno de ellos versa sobre la exactitud de la información, tema que está directamente vinculado con el derecho a la identidad.

2. Se sugiere que una vez implementada la modificación del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, referente a la inclusión del inciso h) al Artículo 76°, se capacite al personal que se encuentra directamente vinculado con la expedición de la publicidad registral, para que puedan cumplir eficazmente su labor así como se implemente un sistema que alerte sobre la restricción de emitir

cualquier clase de publicidad sobre el curador y curado mientras no se acredite el estado de incapacidad de este último.

VIII. MATERIALES DE REFERENCIA

VIII. MATERIALES DE REFERENCIA

ALLENDE LLONA, Isabel, (2007), *La suma de los días*, Chile, Random House Mondadori.

AUGUSTO ORREGO, César, (2013), *Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento peruano,* Lima, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.

BETTI, Emilio, (2002), *Teoría General del negocio Jurídico,* España, Editorial Comares.

BORDA, Guillermo, (1970), *Tratado de Derecho Civil Argentino-Parte General I*, Buenos Aires, Perrot, Quinta edición.

BUSTAMANTE DAZA, Elmer, (2007), *La creación de un Registro cautelar en que se anoten las obligaciones de pago carentes de garantía suficiente que traiga como consecuencia la inhibición de bienes registrales* (Tesis inédita de maestría), Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque.

CANALES TORRES, Carlos, (2011), *La voluntad anticipada versus la curatela legítima. La autotutela introducida por la Ley Nº 29633,* Lima, Revista Jurídica del Perú.

CARLOS RUÍZ, Miguel, (1992), *La configuración constitucional del derecho a la intimidad,* (Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid), Recuperado de eprints.ucm.es/2164/1/S0002101.pdf

CASTELLUCCI DE RUGNON, Belkis, (2007), *Congreso Nacional de Derecho Privado y Derechos Humanos,* Santa Fe.

CHANAMÉ ORBE, Raúl, (2001), *Los Derechos del siglo XXI,* Lima, Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados.

CHANAMÉ ORBE, Raúl, (2003), *Habeas Data y el derecho fundamental a la intimidad de la persona,* (Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Recuperado de: cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1202/1/Chaname_or.pdf

CHANAMÉ ORBE, Raúl, (2009), *Comentarios a la Constitución,* Lima, Jurista Editores, Cuarta Edición.

CÓDIGO CIVIL, Decreto Legislativo N°295, Diario Oificial El Peruano, Lima, 24 de Julio de 1984.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Diario Oficial El Peruano, Lima, 29 de diciembre de 1993.

CORRAL GARCÍA, Esteban, (2003), A*lgunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el derecho civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores,* España, Revista Jurídica del Notariado.

DE ASÍS ROIG, Rafael, (2008), *La incursión de la discapacidad en la teoría de los Derechos: posibilidad, educación, Derecho y Poder*, Madrid, Ediciones Cinca.

DELGADO PÉREZ, César, (2009), *La contradictoria interpretación judicial de los principios registrales de publicidad, inoponibilidad y fe pública en la solución de conflictos de derechos reales y personales y su repercusión en la seguridad jurídica,* Tesis inédita de maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque.

DELGADO SCHEELJE, Álvaro, (2012), *Interrelaciones entre la publicidad registral,* Lima, Editorial Grijley.

DS N°003-2013-JUS, Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, Diario Oificial El Peruano, Lima, 22 de Marzo de 2013.

DURÁN CORSANEGRO, Emilio, (2003), *La autodelación de la tutela,* (Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid), Recuperado de:

http://eprints.ucm.es/tesis/psi/ucm-t26742.pdf

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (1998), *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles,* Lima, Grijley.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (2006), *Derecho de las personas*, Lima, Rhodas, Quinta edición.

FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, (2013), *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano. Una perspectiva constitucional sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación,* (Tesis doctoral, Universidad de La Coruña), Recuperado de:
https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=39526

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (2001), *Derecho y persona*, Lima, Grijley.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (2005), *La Constitución Comentada,* Lima, Gaceta Jurídica.

FERREYROS SOTO, Carlos Alberto, (2016), *Derecho de personas e informática,* Lima, Grijley.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, (2004), *La interpretación constitucional*, Castilla y León Revista jurídica de Castilla y León.

GONZÁLES ÁLVAREZ, José Ignacio, (2010), *El Notario como garante de los Derechos de las personas. Reflexión sobre los beneficios de la función notarial en el ámbito de las personas como entes sujetos de de derechos y obligaciones,* Punta Cana, XIV Jornada Notarial Iberoamericana.

GONZÁLES BARRÓN, Gunther, (2004), *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Lima, Jurista Editores, Segunda edición.

GONZÁLES BARRÓN, Gunther, (2008), *Introducción al Derecho Registral y Notarial*, Lima, Jurista Editores, Segunda edición.

GONZÁLES CÁCERES, Alberto, (2005), *¿Hacia una Bioética Latina II? – Comentando a Francesco Donato Bussnelli,* Lima, Curso Nacional de Ética, Bioética y Derecho.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, (2001), *La función del notario y su responsabilidad,* Lima, Diálogo con la Jurisprudencia.

Ley Nº 29633, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor, Diario Oficial El Peruano, Lima, 18 de diciembre de 2010.

Ley Nº 29973, Ley General de la persona con discapacidad, Diario Oficial El Peruano, Lima, 24 de diciembre de 2012.

MEJÍA ROSASCO, Rosalía, (2011), *Tenemos el privilegio de ser el primer país latinoamericano que ha dejado atrás el modelo de curatela exclusivamente judicial*, Lima, Gaceta Jurídica.

MEJÍA ROSASCO, Rosalía, (2016), *Hacia una nueva visión de la función notarial: El Notario como garante del proyecto de vida de la persona,* Lima, Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima.

MELÉNDEZ ARIAS, María del Carmen, (2012), *La autoprotección de las personas con capacidad modificada,* (Tesis doctoral, Universidad de Valladolid). Recuperado de https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/1763/1/TESIS222-121114.pdf

MILLÁN SALAS, Francisco, (1995), *El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental,* Madrid, Cuadernos de Estudios Empresariales.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, (2015), *Publicidad Registral,* Lima, Subdirección de Capacitación Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

MORALES GODO, Juan, (2000), *El derecho a la intimidad y la publicidad del Registro en el Estado Democrático*. Recuperado de: http://www.palestraeditores.com/upload/iblock/6ae/6aee622600a5a3d9232f227189359952.pdf

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, (2012), *La declaración de voluntad vital anticipada o testamento vital: sus límites y régimen jurídico en España*, España, Proyecto de Investigación “Sujetos e Instrumentos del tráfico privado".

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, (2009), *La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano?,* Cuba, Revista Actualidad Jurídica.

PUMA ROMERO, Manuel, (2013), *El consentimiento informado en las las emergencias neuroquirúrgicas: la indicación de no reanimar y limitar el esfuerzo terapéutico,* (Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Recuperado de cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/3426.

Recurso de agravio constitucional, Exp. N°4739-2007-PHD/TC, Tribunal Constitucional, 15 de Octubre de 2007.

Recurso de agravio constitucional, Expediente N°4739-2007-PHD/TC, Tribunal Constitucional, 15 de Octubre de 2007.

Recurso de agravio constitucional, Expediente N°01542-2009-HD, Tribunal Constitucional, 5 de Agosto de 2009.

Recurso de agravio constitucional, Expediente Nº2313-2009-HC/TC, Tribunal Constitucional, 24 de Setiembre de 2009.

Recurso de apelación, Resolución N°077-2008-SUNARP-TR-T, Cuarta Sala del Tribunal Registral, 18 de Abril de 2008.

Recurso de apelación, Resolución Nº430-2011-SUNARP-TR-L, Primera Sala del Tribunal Registral, 20 de Enero de 2011.

Recurso de apelación, Resolución Nº1636-2013-SUNARP-TR-L, Primera Sala del Tribunal Registral, 4 de Octubre de 2013.

Recurso de apelación, Resolución Nº370-2014-SUNARP-TR-A, Quinta Sala del Tribunal Registral, 18 de Julio de 2014.

Recurso extraordinario, Expediente N°01797-2002-HD, Tribunal Constitucional, 29 de Enero de 2003.

Resolución N°195-2001-SUNARP-SN, Reglamento General de los Registros Públicos, Diario Oficial El Peruano, Lima, 23 de julio de 2001.

Resolución N°156-2012-SUNARP-SN, Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas, Diario Oficial El Peruano, Lima, 20 de junio de 2012.

Resolución N°281-2015-SUNARP/SN, Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, Diario Oficial El Peruano, Lima, 3 de noviembre de 2015.

RETAMOZO ESCOBAR, Jaliya, (2011), *Derechos Fundamentales vs Auto-Regulación Deportiva: entre neminem laedere y fair play,* (Tesis inédita de maestría) Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perdezionamento Sant´Anna, Pisa.

RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles, (2012), *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico,* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven, (2014), *Los derechos fundamentales del clon humano. Las garantías incomprendidas,* Lima, Ediciones BLG.

ROLDÁN LEIVA, Clifford, (2014), *La Nulidad de los actos Jurídicos celebrados mediante violencia física,* (Tesis inédita de grado). Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, (2013), *Capacidad, incapacidad e incapacitación,* Madrid, Editorial Reus S.A.

SALAZAR PUENTE DE LA VEGA, Mercedes, (2007), *Protocolo Notarial*, Lima, Editora Jurídica Grijley.

SANDOVAL LUQUE, Esteban, (1997), *XIV Jornada Nacional de Derecho Civil Ponencia: El Derecho a La Autodeterminación,* Buenos Aires.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, (2014), *La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano*, Lima, MOTIVENSA Editora Jurídica.

SMITH CASTRO, Pamela Solanch, (2013), *La incapacidad jurídica de personas con discapacidad, un análisis de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Código Civil peruano,* (Tesis inédita de grado), Universidad Católica de Santa María, Arequipa.

SOLÍS CÓRDOBA, Seliveth Lafliza (2011), *El Habeas Data como mecanismo eficaz de protección del derecho a la intimidad y la libertad de información.* (Tesis de maestría, Universidad de Panamá), Recuperado de www.sibiup.up.ac.pa/bd/captura/upload/34222so4.pdf

TARRILLO MONTEZA, Daniel Edward, (2013), *Publicidad registral y derecho a la intimidad.* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de: tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5003

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, (2006), *La función notarial observada por su ciencia práctica*, La Habana, Editorial Félix Varela.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, (2011), *Nombramiento personal de curador*, Lima, Revista Jurídica del Perú.

VILLARREAL LÓPEZ, Carla, (2014), *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil,* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú), Recuperado de tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5259

ANEXO

9.1. ANEXO

CUESTIONARIO APLICADO

Marque una sola respuesta con un aspa (X)

1. **¿Sabe usted en qué consiste la figura jurídica de la curatela?**
   a) Sí.
   b) No.

2. **¿Conoce usted cuál es el alcance de la designación anticipada?**
   a) Sí.
   b) No.

3. **¿Mediante qué instrumento se puede designar o excluir al curador?**
   a) Escritura pública.
   b) Documento privado con firma legalizada.
   c) Documento privado con firma fedateada por funcionario de SUNARP.
   d) Sentencia judicial.

4. **¿Sabe cuáles son las diferencias entre testamento y designación anticipada?**
   a) Sí.
   b) No.

5. **¿Conoce cómo está regulada la información restringida por el derecho a la intimidad en el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral?**
   a) Sí.
   b) No.

6. **Elija la opción que corresponde a la siguiente definición: "Protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de dicha información"**
   a) Derecho a la autodeterminación informativa.
   b) Derecho a la intimidad.
   c) Derecho a la vida privada.
   d) Derecho a la imagen.

7. **¿Conoce usted cuáles son los efectos de la publicidad registral?**
   a) Sí.
   b) No.

8. **¿Sabe que no puede expedir manifestaciones de las partidas registrales ni certificados referentes a inscripciones en el Registro de testamentos mientras no se produzca el deceso del testador, salvo que este lo solicite mediante escrito con firma legalizada?**
   a) Sí.
   b) No.

9. **¿Considera usted que debería incluirse la designación anticipada como información anticipada como información protegida por el derecho a la intimidad?**
   a) Sí.
   b) No