



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“RELEVANCIA DEL DISCERNIMIENTO EN LA
CAPACIDAD JURÍDICA DE MENORES DE 16 AÑOS
EN EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL”
PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Autor:

Bach. Toro Cubas Yvan Antero

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4042-5420>

Asesor:

Dra. Eliana Maritza Barturen Mondragón

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0458-1637>

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2022

**“RELEVANCIA DEL DISCERNIMIENTO EN LA CAPACIDAD JURÍDICA DE
MENORES DE 16 AÑOS EN EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL”**

Aprobación de Jurado:

**Dr. Dante Roberto Failoc Piscoya
PRESIDENTE**

**Mg. Delgado Fernández Rosa Elizabeth
SECRETARIO**

**Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis
VOCAL**

Dedicatoria

Al Dios de mi fe, a mi familia, a mi alma mater, a mis docentes, compañeros y amigos.

Agradecimiento

Mi gratitud a todos y cada una de las personas que de alguna manera han contribuido con el éxito del presente trabajo de investigación.

Resumen

La presente investigación está abocada al estudio de la relevancia de la Capacidad Natural de Discernimiento para determinar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de los menores de 16 años de edad, a la luz de lo que establece la Doctrina, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de los Discapacitados. Problema observado por inaplicación de dicha categoría jurídica y convencional al Art.43 del Código Civil, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales y la dignidad de los menores de edad. La investigación asume una postura epistemológica positivista de naturaleza aplicada, alcance descriptivo, corte transversal y diseño no experimental; la técnica de recolección de datos empleada ha sido la encuesta, instrumentalizada en un cuestionario Likert aplicado a 50 abogados civilistas, cuyos resultados fueron sometidos al análisis estadístico. Los resultados determinaron que la capacidad natural de discernimiento o madurez del menor de edad es fundamento para su capacidad jurídica de obrar, la cual evoluciona de manera gradual, condicionada por factores del entorno cultural, social, familiar, psicológico, económico, además del factor físico o de la edad. Por tanto, se concluye en la necesidad de adecuar la norma bajo análisis a los estándares doctrinarios convencionales e implementar los mecanismos legales necesarios, que permitan el gradual y efectivo ejercicio de los derechos del menor de edad en su calidad de sujeto de derecho con autonomía y madurez en desarrollo.

Palabras Clave: Capacidad Jurídica, Capacidad de Ejercicio, Capacidad Natural, Discernimiento, Menor de edad.

Abstrac

The present investigation is dedicated to the study of the relevance of the Natural Capacity of Discernment to determine the Legal Capacity of Exercise of minors under 16 years of age, in light of what is established by the Doctrine, the International Convention on the Rights of the Child and the International Convention on the Rights of the Disabled. Problem observed due to non-application of said legal and conventional category to Art.43 of the Civil Code, with the consequent violation of fundamental rights and the dignity of minors. The research assumes a positivist epistemological position of an applied nature, descriptive scope, cross section and non-experimental design; The data collection technique used has been the survey, instrumentalized in a Likert questionnaire applied to 50 civil lawyers, whose results were subjected to statistical analysis. The results determine that the natural capacity of discernment or maturity of the minor is the basis for their legal capacity to act, which evolves gradually, conditioned by factors of the cultural, social, family, psychological, economic environment, in addition to the physical factor. or age. Therefore, it is concluded on the need to adapt the norm under analysis to the conventional doctrinal standards and implement the necessary legal mechanisms that allow the gradual and effective exercise of the rights of the minor as a subject of law with autonomy and developing maturity.

Keyword: Legal Capacity, Exercise Capacity, Natural Capacity, Discernment, Minor.

Índice General

I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. Realidad Problemática	12
1.2. Antecedentes de Estudio.....	16
1.2.1. A nivel internacional	16
1.2.2. A nivel nacional	22
1.2.3. A nivel local	27
1.3. Teorías relacionadas al tema	30
1.3.1. Análisis jurídico y doctrinario de la Capacidad Jurídica de Ejercicio de los menores de 16 años en la legislación nacional y comparada.....	30
1.3.2. Fundamento jurídico y doctrinario de la Capacidad Natural de Discernimiento de menores de 16 años en la legislación nacional y comparada.	46
1.3.3. Marco Conceptual.....	72
1.3.4. Marco Normativo.....	74
1.3.5. Legislación Comparada	77
1.3.6. Análisis Jurisprudencial	80
1.4. Formulación del Problema.....	82
1.5. Justificación e importancia del estudio	82
1.6. Hipótesis.....	83
1.7. Objetivos	83
1.7.1. Objetivo General	83
1.7.2. Objetivos Específicos	83
II. MATERIAL Y MÉTODO.....	84
2.1. Tipo y Diseño de Investigación.....	84
2.2. Población y muestra.....	85
2.3. Variables, Operalización	86
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	86
2.4.1. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	86
2.4.2. Validez y Confiabilidad.....	88
2.5. Procedimientos de análisis de datos.	89
2.6. Criterios éticos	89
2.6. Criterios de Rigor científico.....	90
III. RESULTADOS	93
3.1. Resultados en Tablas y Figuras	93
3.2. Discusión de resultados.....	116
3.3. Aporte práctico	125
3.4. Valoración y corroboración de los resultados.....	128
IV. CONCLUSIONES	129
V. RECOMENDACIONES.....	130

Referencias.....	131
ANEXOS.....	142
01: Matriz de Consistencia	142
02: Operacionalización de las variables	143
03: Instrumento elaborado	145
04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado	148
05: Consentimiento Informado	153
06: Validación del Aporte Practico.....	154
07: Jurisprudencia	156

Índice de Tablas

Tabla 1 Tipo ocupacional de los participantes encuestados	93
Tabla 2 Edad de los participantes encuestados.....	94
Tabla 3 Sexo de los participantes encuestados	95
Tabla 4 Capacidad de Ejercicio del menor de edad y las Convenciones Internacionales	96
Tabla 5 Capacidad de ejercicio y la edad del menor	97
Tabla 6 Capacidad de ejercicio del menor de edad y su grado de discernimiento	98
Tabla 7 El menor de edad como Objeto de protección.....	99
Tabla 8 El menor de edad como Sujeto de Derecho.....	100
Tabla 9 La Incapacidad Absoluta del menor de edad y su calidad como Sujeto de Derecho.....	101
Tabla 10 Incapacidad Absoluta del menor de edad y sus derechos fundamentales....	102
Tabla 11 Incapacidad Absoluta del menor de edad y su autonomía	103
Tabla 12 Incapacidad Absoluta del menor de edad y las Convenciones Internacionales.....	104
Tabla 13 El menor de edad y la Capacidad de Ejercicio Progresivo	105
Tabla 14 El discernimiento y la capacidad de ejercicio del sujeto	106
Tabla 15 El menor de edad y la capacidad para entender los actos que realiza	107
Tabla 16 El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos buenos y malos....	108
Tabla 17 El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos lícitos e ilícitos.....	109
Tabla 18 El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos beneficiosos y perjudiciales.....	110

Tabla 19 El menor de edad y la capacidad para querer los actos que realiza	111
Tabla 20 El menor de edad y la capacidad para decidir si desea realizar sus actos....	112
Tabla 21 El menor de edad y la capacidad para decidir si desea los efectos de sus actos.....	113
Tabla 22 El menor de edad y la capacidad para decidir si desea las consecuencias de sus actos.....	114
Tabla 23 El discernimiento y la capacidad de ejercicio en el código civil	115

Índice de Figuras

Figura 1 Tipo ocupacional de los participantes encuestados	93
Figura 2 Edad de los participantes encuestados.....	94
Figura 3 Sexo de los participantes encuestados	95
Figura 4 Capacidad de Ejercicio del menor de edad y las Convenciones Internacionales.....	96
Figura 5 Capacidad de ejercicio y la edad del menor	97
Figura 6 Capacidad de ejercicio del menor de edad y su grado de discernimiento.....	98
Figura 7 El menor de edad como Objeto de protección.....	99
Figura 8 El menor de edad como Sujeto de Derecho.....	100
Figura 9 La Incapacidad Absoluta del menor de edad y su calidad como Sujeto de Derecho.....	101
Figura 10 Incapacidad Absoluta del menor de edad y sus derechos fundamentales ..	102
Figura 11 Incapacidad Absoluta del menor de edad y su autonomía	103
Figura 12 Incapacidad Absoluta del menor de edad y las Convenciones Internacionales.....	104
Figura 13 El menor de edad y la Capacidad de Ejercicio Progresivo.....	105
Figura 14 El discernimiento y la capacidad de ejercicio del sujeto	106
Figura 15 El menor de edad y la capacidad para entender los actos que realiza	107
Figura 16 El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos buenos y malos.....	108
Figura 17 El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos lícitos e ilícitos ...	109
Figura 18 El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos beneficiosos y perjudiciales.....	110
Figura 19 El menor de edad y la capacidad para querer los actos que realiza	111

Figura 20	El menor de edad y la capacidad para decidir si desea realizar sus actos...	112
Figura 21	El menor de edad y la capacidad para decidir si desea los efectos de sus actos.....	113
Figura 22	El menor de edad y la capacidad para decidir si desea las consecuencias de sus actos.....	114
Figura 23	El discernimiento y la capacidad de ejercicio en el código civil	115

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio de investigación titulado “Relevancia del Discernimiento en la Capacidad Jurídica de menores de 16 años en el artículo 43 del Código Civil”, surge a raíz de la reforma realizada por el Decreto Legislativo N°1384 a dicho corpus normativo en materia de capacidad de las personas y de observar su desarrollo anti sistémico interno y la colisión entre la norma civil nacional y lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de los Discapacitados, tratados internacionales a los que el estado peruano está adscrito y por tanto en deber y obligación de incorporar en su sistema jurídico vigente.

Este contexto de reforma anti sistémica e incorrecta aplicación de los acuerdos convencionales, origina un problema de grave vulneración de derechos y garantías fundamentales del menor de edad, que devienen en la obsolescencia del artículo en mención, pues al calificarlos como Incapaces Absolutos en razón de su edad, se les niega su calidad de Sujetos de Derecho y su autonomía para el ejercicio gradual de sus derechos según el grado de su madurez y *discernimiento* en desarrollo, conforme lo establece la moderna doctrina y los principios que recoge y promueve la convención.

Surge de la situación precedente una pregunta que requiere ser absuelta ¿Es relevante la Capacidad Natural de Discernimiento para determinar la Capacidad de Ejercicio de menores de 16 años de edad en el Art.43 del Código Civil? La investigación sostiene la hipótesis de que esta capacidad natural es una condición sine qua non para determinar si un menor de edad está en condiciones de ejercer sus derechos y obligaciones responsablemente, y con ese propósito plantea como objetivo primario determinar su relevancia y como propósito final la modificatoria del artículo.

De manera didáctica el estudio de investigación se ha estructurado en V Capítulos: El Capítulo I de Introducción, contiene la realidad problemática, los antecedentes de estudio, las teorías relacionadas, la formulación del problema, la justificación e importancia, la hipótesis y los objetivos de investigación. El Capítulo II de la parte metodológica, con el tipo y diseño, la población y muestra, variables y operalización, técnicas e instrumentos de recolección de información, análisis de datos, los criterios éticos y de rigor científico. El Capítulo III con los resultados, la discusión y el aporte práctico. El Capítulo IV con las conclusiones y recomendaciones y finalmente el Capítulo V con referencias y anexos.

1.1. Realidad Problemática

Mantener vigente el modelo de la Doctrina de la Situación Irregular que considera a los menores de edad como personas carentes de madurez, racionalidad y *discernimiento*, por tanto, incapaces absolutos y objetos de protección legal, se entiende como un contrasentido normativo respecto del avance de las ciencias auxiliares del derecho, los modernos modelos doctrinarios y principios que desarrollan las convenciones internacionales en materia de Capacidad Jurídica.

Sin embargo, nuestro Código Civil (CC, 1984) en su Art.43 califica a los menores de 16 años de edad como absolutamente incapaces, en razón de su edad, y cuyo inciso segundo sobre *discernimiento* del sujeto como presupuesto natural de la capacidad de obrar fue derogado con la modificatoria del Decreto Legislativo 1384, en evidente colisión con el propósito mismo de la reforma y lo establecido en los acuerdos internacionales sobre materia de capacidad adscritos por el estado peruano como La Convención sobre los Derechos del Niño y La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es por ello que, la aplicación del binomio capacidad - incapacidad en el Art.43 del CC, respecto del ejercicio de los menores en función de su edad, estaría vulnerando, derechos autónomos, garantías fundamentales y su condición de sujetos de derecho, estatus por el que, conforme los nuevos paradigmas, la moderna doctrina y principios convencionales vigentes, se les confiere el ejercicio gradual de sus derechos conforme a su madurez, *discernimiento* y autonomía en desarrollo. En tal sentido, por la trascendencia socio jurídica y la importancia de una correcta regulación, la problemática en cuestión es objeto de análisis de la presente investigación.

De una revisión del panorama internacional, con la adopción del Modelo Social de Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, 2006) promueve, protege y asegura el ejercicio pleno de las libertades fundamentales y derechos humanos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y contra cualquier forma de discriminación, y con ello abole la vigencia del binomio capacidad – incapacidad que por mucho tiempo guió la normativa de diferentes naciones de manera discriminatoria y peyorativa.

Así mismo, bajo el Modelo de Protección Integral de Derechos, la (Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) introduce el Principio de Autonomía, que en

base a la evolución natural del niño o niña promueve la necesidad de prepararlo gradualmente para una vida independiente y responsable en sociedad, que le permita generar las condiciones para formarse un juicio propio, expresar su opinión libremente y ser oído en los asuntos que le atañen, con el reconocimiento del ejercicio gradual de sus derechos, en función a su edad, madurez y el *discernimiento* que emane de su evolución y desarrollo.

En similar perspectiva, la Corte de Loes en Gran Bretaña sustenta la Teoría de la mayoría de edad previa para el acto médico, cuyo fundamento de hecho sostiene que los menores adquieren conciencia sobre su organismo mucho antes de alcanzar la mayoría de edad legal, esto en virtud al caso *Gillic versus la Autoridad de Salud del Área de Wisbech y West Norfolk* en el año 86, que resuelve que la autoridad de los padres para escoger un tratamiento médico en sus hijos termina cuando éstos en función del grado de madurez, *discernimiento* y desarrollo, poseen las facultades suficientes para entender, comprender y decidir por sí mismos, independientemente de su edad (Abreu, 2012).

En esa misma línea, los doctrinarios brasileños Nunes & da Guía (2016) sostienen que lo que se debe analizar es el grado de discernimiento del sujeto y eliminar como categoría jurídica la incapacidad; establecer en base a las deficiencias psíquico mentales y el acto a celebrar la capacidad para obrar o no del sujeto. Si para determinados actos el sujeto, aun siendo menor de edad, posee un claro *discernimiento* pues obviamente está apto para celebrarlos; no es comprensible que los sujetos señalados en el Art.1358 del CC, que podrían carecer de total *discernimiento*, puedan celebrar contratos de rutina diaria y no los menores de edad con autonomía progresiva.

En ese sentido, la Constitución Nacional de Argentina (CNA, 1994) en adecuación de su corpus normativo a los nuevos paradigmas de capacidad y autodeterminación de menores de edad que promueve la convención, ha establecido según los grados de evolución y madurez del menor el ejercicio de sus derechos. Así, el Art.75 inc.22 considera el nivel de evolución psicofísica del menor de edad para superar la barrera de la incapacidad, cuyo sustento se limita al factor etario, y así considerar factores concomitantes de desarrollo de la personalidad del menor en sus decisiones.

En el plano nacional, en el Derecho Civil Peruano, como afirma Reátegui (2019) han sido 67 los artículos del Código Civil modificados en el año 2018 a raíz del Decreto

Legislativo N°1384 que busca alinearse al marco normativo de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y por el cual se cambiaron, reformaron o derogaron diversos preceptos referidos al tema de la capacidad jurídica. Modificaciones que en el análisis de connotados juristas nacionales evidencian contradicciones e incoherencias sistémicas, como las relacionadas a la capacidad de ejercicio y de discernimiento de los menores de edad (Cárdenas Krenz & Della Rossa, 2018).

Lo que ha llevado a doctrinarios como Espinoza (2018) calificar a la reforma de “*inconsulta, apresurado, con vacíos y contradicciones, propio de una pesadilla*” (p.25). Por otro lado, ha sido criticada como: “*una desnaturalización de la institución de la capacidad en la norma civil, además de precipitada*” (Cieza & Olavarría, 2018, p. 52); o “*sin asidero conceptual*” (Martínez Palacios, 2018, p.103); “*un despropósito, defectuoso y alarmante*” (Castillo Freyre & Chipana Catalán, 2018, pp.45-50); “*un premio al desorden y desconcierto, inconsistente e inorgánica*” (Vega, 2018, pp.42-45); etc. En resumen, un Frankenstein jurídico producto de un exceso en las atribuciones otorgadas al ejecutivo.

Varsi (2018) sostiene que, si partimos de la premisa que establece la convención de que todos somos capaces incluyendo los incapaces (ahora discapaces), Art.3 del código civil, resulta inconsecuente se consagre en el Art.43 la incapacidad absoluta de menores (un supuesto etario de discapacidad); se derogue el Inc.2do sobre los sujetos incapaces con discernimiento; y se modifique el Art.1358 que ahora solo permite celebrar contratos de rutina y necesidad diaria a las personas del Art.44 Inc.4-8, sin considerar a los menores de edad con *discernimiento* y que se condice con normas del libro de familia sobre responsabilidad del menor con *discernimiento*.

Así mismo Morales (2019) sobre la reforma del Art.1358 sostiene que es un error establecer que sólo cuatro sujetos pueden celebrar contratos sobre su vida diaria, el ebrio habitual, por ejemplo, pero no el menor de edad con *discernimiento* y más contradictorio que la reforma derogue el Inc.2do del Art.219, es decir, la nulidad de los negocios jurídicos de un incapaz absoluto se deroga pero se mantiene la incapacidad absoluta del menor 16 años; luego se deroga el Inc.2do del Art.43 sobre la incapacidad absoluta de los sujetos sin *discernimiento*, siendo que la persona sin capacidad natural no es apto para celebrar actos jurídicos y menos para ejercer derechos sobre estos actos.

Por su parte Chipana (2018) sostiene que el *discernimiento* en materia de capacidad era un eslabón que permitía definir si se tenía enfrente a una persona que podía contratar o no podía contratar; pero si por virtud de la norma el discernimientos se deroga, lo que se está haciendo es quitar del mundo de relación social, no solamente de las personas con discapacidad sino de todas las personas, un elemento fundamental que permite dividir entre dos caminos y ahora las personas incluso sin discernimiento, sin el presupuesto básico de construcción de la voluntad, en qué se sustenta la manifestación de la misma, puedan contratar, algo absurdo.

De un análisis general observamos que las modificaciones realizadas por la Ley de Reconocimiento de la Capacidad Jurídica de Personas con Discapacidad (DL.1384, 2018) al Código Civil conforman un adelanto considerable en el propósito de garantizar la capacidad jurídica de las personas discapacitadas; sin embargo, el Art.43 materia de estudio, evidencia un sustancial problema en cuestión de capacidad y *discernimiento* de los menores de 16 años y sus derechos, que como señalan doctrinarios, son consecuencia de una reforma deficiente, que no adecua a la norma civil de manera coherente, integral y sistémica, los paradigmas y principios que en materia de capacidad, autonomía, madurez y discernimiento promueven las convenciones internacionales, con el fin de superar categorías dicotómicas, obsoletas, discriminatorias y peyorativas hasta ahora vigentes.

De la problemática observada surge la interrogante ¿Es relevante el *discernimiento* para la capacidad de ejercicio de menores de edad? La investigación sostiene la hipótesis que es así, que tal como lo señala la doctrina, principios y los acuerdos convencionales, el *discernimiento* es una condición natural sine qua non para determinar la capacidad de actuar del sujeto, no solo de los menores de edad sino de todas las personas, lo que deviene en obsoleto el artículo bajo análisis, y en ese sentido tiene por objetivo de estudio determinar su relevancia.

Y con base en los resultados, por la trascendencia jurídico social del problema y la vulneración que implica a los derechos, autonomía, garantías y libertades fundamentales de los menores de edad, se inclina a proponer una modificatoria en la calificación de la capacidad jurídica de ejercicio del Art.43, que tenga como presupuesto el grado de *discernimiento* del sujeto y el respeto de su autonomía para el ejercicio de sus derechos,

independientemente de la edad, en consonancia con la doctrina, principios, legislación convencional y lo que las ciencias auxiliares señalan.

1.2. Antecedentes de Estudio

1.2.1. A nivel internacional

Cotrim, et al. (2021) de **Portugal** investigan sobre el procedimiento de asentimiento refleja un esfuerzo por permitir que el menor comprenda, en el grado de su capacidad, lo que implica su participación en el proceso de toma de decisiones. El Objetivo es evaluar la capacidad de los menores para comprender la información que se les proporciona al obtener asentimiento y evaluar la opinión de los padres sobre la importancia de pedir el asentimiento del menor. del niño. Los métodos refieren a que la muestra incluyó un total de 52 menores de entre 10 y 17 años que se sometieron a un ecocardiograma de ejercicio. La calidad del consentimiento informado se dividió en dos partes: La parte A se utilizó para medir la comprensión objetiva y la parte B para medir la comprensión subjetiva.

Los resultados muestran que los menores tienen una alta capacidad de comprensión de la información que se les da información cuando se les pide el consentimiento. Se encontró una relación positiva entre las dos partes del cuestionario. No se encontró una relación estadísticamente significativa entre la edad y el sexo o entre ambos grupos de edad mayor o menor de 14 años y la media. En el caso de los padres, el 96,6% de ellos considera que el asentimiento es una ventaja para que el niño acepte la atención sanitaria. La opinión de los padres no está relacionada con la edad, el sexo o el nivel de escolaridad. Concluyendo que los menores mostraron un nivel de comprensión importante respecto a la información que se les proporcionó. Los padres consideraron que la aplicación del asentimiento era fundamental para que el niño aceptara la atención sanitaria.

Lafuente (2020) **de Argentina** Sobre la aplicación jurisdiccional de la idea de autonomía progresiva en niños pequeños. Sostiene que el desarrollo cognitivo temprano de un niño puede utilizarse para comprender el principio de la autonomía progresiva en esa etapa. Aborda el estudio desde tres puntos, a partir de entrevistas con jueces de familia para ver la operatividad del principio en los tribunales; con el crecimiento de las habilidades cognitivas de los niños desde el campo de la psicología; y analizando la relación de la autonomía progresiva con el interés superior del niño y el derecho a ser

oído. La conclusión más resaltante considera que si el ejercicio de derechos de los menores depende de la evaluación subjetiva de su madurez y no de su edad objetiva, en la práctica judicial se acepta su participación desde los 6 u 8 años de edad, lo que contraviene lo dispuesto por la CDN pues significa una continuidad de la edad como factor de decisión.

Etchebehere y De León (2020) De **Uruguay** sostienen que el trabajo del psicólogo en la educación es un campo en permanente construcción, atravesado por múltiples tensiones. Algunas tensiones son macrosociales, donde el diseño de la política educativa obliga a estudiar los impactos que la política produce en los microespacios de poder y de la práctica profesional. La ley de educación uruguaya, promulgada en 2008, adopta claramente una perspectiva de derechos, reconociendo a los niños como sujetos de derecho. Esto plantea la cuestión de cómo, en su trabajo diario, profesionales ven y desempeñan su papel como garantes de los derechos de los niños. de los niños.

A nivel micro social, los centros educativos se convierten en lugares privilegiados lugares privilegiados para desplegar prácticas de promoción de derechos. Nuestro grupo de investigación en Educación Infantil y Primaria ha realizado estudios cualitativos con el objetivo de contribuir a la integración de una perspectiva de derechos de la infancia en el ámbito de la Educación Temprana. Este artículo informa sobre dos estudios. En uno de ellos los profesores toman como eje de análisis la autonomía progresiva como eje de análisis mientras que en el otro el eje de análisis la participación de los niños en las prácticas educativas. Las técnicas de recogida de datos utilizadas fueron los grupos de discusión, la observación participante y entrevistas en profundidad.

Los resultados muestran que, aunque muchas de las acciones educativas de los profesores de los profesores reflejan una concepción del niño como sujeto de derechos, los profesores no ven estas acciones en términos de garantizar los derechos de los niños. los derechos del niño. El diálogo generado por estos resultados ha retroalimentado y enriquecido el análisis de las dimensiones estudiadas, así como nuestras intervenciones de promoción de derechos en los centros de Educación Inicial.

García (2021) **En Francia** Realiza una investigación sobre la capacidad de discernimiento como una condición de imputabilidad cuya definición responde tanto a cuestiones técnicas en relación con los informes periciales psiquiátricos y psicológicos como a cuestiones teóricas en relación con nuestra concepción de la responsabilidad

penal y los prerequisites psicológicos que la sustentan. Sin embargo, lo cierto es que desde su entrada en vigor en 1992 con el artículo 122-1 del Código Penal, esta noción de discernimiento ha adolecido de cierta inconsistencia conceptual, dando lugar a una perjudicial pluralidad de significados que hacen del verbo discernir la versión condensada de una red heterogénea de funciones psicológicas superpuestas y confusas.

El término polisémico *discernimiento* da lugar, pues, a una indeterminación fundamental en cuanto a la naturaleza de la facultad que debe evaluarse para decidir si debe suprimirse o conservarse en el momento del acto. Esto favorece la aparición y la persistencia de interpretaciones arbitrarias y, en consecuencia, de las conclusiones periciales más discordantes. Pero más problemática la idea de alteración del discernimiento, dada la irreductible distancia entre el carácter continuo de una alteración y el carácter discontinuo de la conclusión a la que se somete el sujeto de derecho, ya que la exigencia jurídica requiere una decisión no en relación con un fenómeno continuo, sino entre la presencia y la ausencia de algo que falta.

Intenta demostrar, en efecto, cómo este concepto de alteración, tal como se aplica al discernimiento, carece de sentido o es redundante y, por tanto, perfectamente inútil en relación con el de abolición. Tanto es así que la única solución concebible para mantener una cierta gradación de los niveles de no responsabilidad parece consistir en tener que explicar los diferentes tipos de abolición del discernimiento que pueden encontrarse potencialmente, y proponer luego una jerarquía según su mayor o menor compatibilidad con la salvaguarda de una responsabilidad moral.

De Castro y de Carvalho (2020) **de Brasil** elaboran un artículo que trata de la posibilidad del ejercicio personal de los derechos existenciales por parte de aquellas personas físicas sin consentimiento, consideradas como absolutamente incapaces por la actual codificación civil, mediante el reconocimiento y la aplicación del principio de capacidad progresiva. El estudio se realizó a través de una investigación bibliográfica y documental desde el punto de vista del sistema teórico luhmanniano en conjunción con la teoría del diálogo de fuentes en un intento de delimitar los nuevos contornos del derecho de los niños y jóvenes en el sistema jurídico brasileño.

Así, el trabajo pretende analizar la eficacia en el uso de las tesis revisadas, la posibilidad de que los niños y adolescentes sean titulares de una capacidad cognitiva en progresión y, por tanto, ser capaz de comprender, racionalizar y actuar en estas

situaciones, dar sentido a las expectativas de la autonomía de la voluntad en esas relaciones jurídicas sin connotación económica inmediata. Se concluyó que el uso del criterio de capacidad progresiva responde parcialmente a los problemas sobre la autonomía del menor absolutamente incapaz, como de la disposición del género, dejando aún espacio para otros problemas, que deben ser respondidos puntualmente.

Hultman et al. (2019) Sostienen en su estudio que según la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y la legislación sueca los niños tienen derecho a participar en los procedimientos de protección de la infancia. Y se plantea como objetivo de este describir y analizar la noción de edad y madurez en los procedimientos de protección de menores para dilucidar cómo estos aspectos pueden influir en el derecho de los niños a participar. Se centran en el punto de vista de tres grupos de actores implicados en los procedimientos de protección de menores en **Suecia** de protección de la infancia en Suecia trabajadores sociales, abogados y legos en de bienestar social y los tribunales administrativos, y en cómo la edad y la madurez de los niños deben tenerse en cuenta en las decisiones sobre su participación. de los niños en las decisiones sobre su participación en los tribunales.

El análisis está basado en datos de encuestas. El estudio revela que los trabajadores sociales, los legos y los abogados tienen opiniones diferentes sobre cuándo los niños tienen la edad suficiente para tener derecho a litigar en los tribunales. Además, no hay consenso sobre cómo se puede evaluar la madurez del niño para para informar de la decisión sobre la participación. Es necesario debatir más sobre qué competencias necesita un niño para participar en los tribunales y hasta qué punto este derecho debe estar limitado por su edad. Es importante que los tribunales y los procedimientos de toma de decisiones pueden hacerse más amigables para los niños.

El chileno Gómez de la Torre (2018) sobre el significado de considerar al menor de edad como sujeto de derecho nos dice que si bien el modelo de Protección Tutelar asumía la niñez como objeto de protección de la sociedad y del estado, con el Modelo de Protección Integral la CDN bajo el Principio de Autonomía Progresiva les reconoce derechos autónomos para el ejercicio de los mismos conforme su madurez y el desarrollo de sus facultades, conocimientos, competencias, *discernimiento* y comprensión, para lo cual no hay una edad fija sino una evaluación constante.

Este reconocimiento de su calidad como sujetos de derecho con capacidad de actuar progresivo implica el reconocimiento de sus obligaciones, por lo que la libertad de tomar sus propias decisiones lleva aparejada la responsabilidad de asumir las consecuencias. Por ello, la CDN insta a los estados a considerar la situación particular de desarrollo de cada niño y generar las condiciones necesarias para que a nivel institucional, administrativo o judicial, su participación en los procesos de su interés le permitan elaborar un juicio propio y ejercer sus decisiones aparejado a la protección de su interés superior por su condición de niño.

El Costarricense Naranjo (2018) realiza un estudio sobre las relaciones democráticas de poder y subordinación entre grupos integrantes de un estado democrático, contexto jurídico social donde se ubican y evolucionan los menores de edad; refiere que el ejercicio de la ciudadanía es una manifestación de cómo opera esta dinámica, un estatus basado en el reconocimiento de derechos civiles y políticos que se obtienen a partir de los 18 años, generándose así un grupo social que ostenta poder y mando en relación al resto, que forman un grupo subordinado bajo la tutela y autoridad del grupo adulto; y así es como se establece al interior de una sociedad una relación de poder en el que muchas veces se atentan contra el respeto, la dignidad y los derechos del menor de edad en su condición de ciudadanos no reconocidos.

A través de un análisis crítico y reflexivo busca formar una nueva visión de real ciudadanía para esta población afectada, con sustento en el principio de autonomía para el ejercicio progresivo de sus derechos y generar empoderamiento como mecanismo que permita la participación jurídico social de los menores de edad en la sociedad. Y desde esta perspectiva buscar construir relaciones democráticas diferentes, ya no de poder y subordinación sino de respeto de la dignidad humana que permitan a los menores de edad ejercer una ciudadanía basada en postulados teóricos de dignidad humana, empoderamiento y emancipación autónoma y progresiva.

El Mexicano Ceballos (2018) busca saber si la práctica judicial de su país va acorde con lo establecido en la CDN que en su Art.12 prescribe el derecho de los menores de edad a participar en los procesos que afectan sus intereses y que su opinión sea tomada en cuenta; considera que, si bien la Convención se pronuncia sobre estos derechos, no ha establecido pautas o condiciones precisas que deban seguir los estados parte para hacer efectiva esta participación y escucha e identificar la voluntad real del menor, en

un contexto muchas veces complejo; lo cual deja subsistente en cada país la obligación de generar estándares y criterios unificadores para garantizar el derecho a una escucha efectiva y eficaz y por lo que sugiere la creación de un protocolo facultativo.

La investigación analiza las teorías de desarrollo del niño, autonomía progresiva de ejercicio, interés superior, normativa y jurisprudencia comparada, con el método de investigación jurídica, emplea la técnica documental física y virtual y realiza estudio de campo en niños para conocer la realidad sobre su derecho a la escucha, desde su perspectiva. Con ello llega a la conclusión que, si bien existe un reconocimiento internacional de la titularidad de los niños como sujetos de derecho y ejercicio progresivo de sus derechos, existe la necesidad en los estados de materializar estos en la práctica a través de instrumentos que unifiquen criterios y que un Protocolo Facultativo de la Convención permita acercarnos a un consenso sobre su aplicación.

Alfaro y Miranda (2016) en relación a si los elementos y conceptos propios de la Teoría de la Capacidad Progresiva de los menores de edad en el marco de la teoría y la normativa internacional está en concordancia con el Proyecto del Código Procesal de Familia desarrollado en su país. Sostiene que, si bien los derechos de los menores de edad y su capacidad progresiva para actuar en los procesos se han ido reconociendo gradualmente en Costa Rica, estos no están siendo lo suficientemente satisfactorios en la práctica por lo que su participación activa es limitada y ello representa una afectación de sus derechos por un problema de vacío normativo, vacío que sería suplido con el Proyecto del Código Procesal de Familia. Concluye que la transición de un modelo judicial tutelar que considera al menor como un objeto del proceso a uno que los reconoce como sujetos de derecho, tributa en la capacidad gradual de su ejercicio y no solo los empodera, sino que también empodera a las instituciones intervinientes.

Nunes & da Guía (2016) sostienen que lo que se debe analizar es el grado de discernimiento del sujeto y eliminar como categoría jurídica la incapacidad; establecer en base a las deficiencias psíquico mentales y el acto a celebrar la capacidad para obrar o no del sujeto. Si para determinados actos el sujeto, aun siendo menor de edad, posee un claro *discernimiento* pues obviamente está apto para celebrarlos; no es comprensible que los sujetos señalados en el Art.1358 del CC, que podrían carecer de total *discernimiento*, puedan celebrar contratos de rutina diaria y no los menores de edad con autonomía progresiva.

1.2.2. A nivel nacional

Coca (2020) presenta un artículo jurídico de investigación de enfoque cualitativo sobre la Capacidad Jurídica de los discapacitados en el marco de la CDPD y su reforma en el Código Civil por el D.L.1384. En este contexto sostiene que la interdicción, que materializa la exclusión social y jurídica mediante el ejercicio de derechos por el curador, ha sido modificada para dar paso desde un régimen de indefensión de la autonomía y la subjetividad a un régimen de respeto de derechos, dignidad e igualdad ante la ley y de un régimen paternalista y protector a un régimen autónomo de inclusión e igualdad jurídica.

Por otro lado, la Capacidad Jurídica entendida como la capacidad de goce y de ejercicio, incluye a personas con discapacidad sin distinción alguna, salvo el establecido para menores de 18 años, los señalados por el artículo 44 con capacidad restringida y los menores de 16 años con incapacidad absoluta. Quedando eliminada la incapacidad de los privados de discernimiento, los que sufre de retardo mental o que por algún deterioro mental no puedan manifestar su voluntad.

Así mismo, la Discapacidad, que con el modelo médico de discapacidad antes era entendida como una consecuencia de las deficiencias que sufrían las personas afectadas en su área física, mental, sensorial o intelectual, ahora con el modelo social de discapacidad es entendida como una consecuencia de las barreras del entorno social por lo que sus causas se originan o provienen de la misma conducta o actitud de la sociedad.

En consecuencia, el investigador afirma que hemos pasado de un modelo de sustitución de la voluntad de los discapacitados a uno de asistencia de la voluntad y del ejercicio propio de sus derechos, en el que independientemente de si la persona discapacitada cuenta o no con ajustes razonables, apoyos y salvaguardias impele el derecho de ser escuchada y que su voluntad sea concurrente y concuerde con la que manifiestan sus asistentes.

Cunaique (2019), presenta como principal objetivo realizar un análisis sobre la capacidad de ejercicio del derecho de contratar de los sujetos menores de dieciséis años para determinar sus efectos jurídicos, a raíz de la derogación del Inc.2do del Art.219 y la reforma del Art.1358 y otras normas relacionadas a la capacidad de los menores de edad por el D.L.1384. La hipótesis principal sostiene que como consecuencia de la derogación del Inc.2do del Art.219 sobre causal de nulidad de actos celebrados por

incapaces absolutos estos resultarían plenamente válidos; y en su hipótesis específica que el contrato celebrado por dichos menores sería válido si en cada caso concreto se flexibiliza el presupuesto del Inc.1ero del Art.140 y la causal de nulidad del Art.219 Inc.8.

La investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo con análisis documental, utilizando como técnicas e instrumentos el fichaje la recolección y análisis de datos de documentos de orden doctrinarios y legal. Del análisis desarrollado se concluye que el derecho de contratación como atributo está reconocido en la constitución política e instrumentos internacionales relacionados a los derechos humanos, en consecuencia, los menores de dieciséis años actualmente considerados como incapaces absolutos pueden contratar lícitamente dentro del marco normativo, del orden público y las buenas costumbres.

Varsi-Rospigliosi y Torres-Maldonado (2019) En una investigación sobre el régimen de la capacidad en el código civil, luego de las modificaciones del D.L.1384, que busca aproximar los lineamientos de la CDPD en materia de autonomía, dignidad, igualdad y desarrollo pleno de la Capacidad Jurídica de las personas discapacitadas, consideran que uno de los avances más significativos de la nueva regulación es la integración social y la libre determinación de los discapacitados para el ejercicio de sus derechos, los que hasta entonces se veían limitados por la interdicción, la curatela y el curador, como una manera de sustituir la voluntad.

La investigación se realiza con un enfoque cualitativo y análisis documental basado en el estudio de la nueva normativa, la doctrina, los renovados conceptos de capacidad, discapacidad e incapacidad, así como de los nuevos conceptos incorporados al sistema como son los apoyos y salvaguardas. Cambios que se dan a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en el marco internacional del nuevo Modelo Social de Discapacidad, de inclusión, protección e integración con que la legislación comparada está abordando el derecho de las personas discapacitadas, derechos plasmados en el Convenio y también reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De las conclusiones resaltan, el concepto amplio de Capacidad Jurídica que implica la Capacidad de Gozar y la Capacidad de Obrar; el reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de los discapacitados en similares condiciones ante la ley; el

cambio de reemplazo de la voluntad por un mecanismo de asistencia; y finalmente, el desface que se refleja en la medida que las modificaciones han conservado la subsistencia de las instituciones de la incapacidad y la interdicción, en contrario a lo establecido por la Convención, generando un régimen mixto de asistencia y representación que deja muchos vacíos e incoherencias en el camino.

Tantaleán (2019) analiza las modificaciones sobre capacidad efectuadas por el D.L.1384, para comprender las bases teóricas del Modelo Social de Discapacidad que integra la CDPD y develar las inconsistencias que con dichos cambios se han ocasionado en el derecho civil y procesal civil nacional. Un primer análisis es que el modelo social de discapacidad, atribuye plenamente dicha limitación a barreras impuestas por la sociedad y propone la rehabilitación no del individuo sino de la sociedad, por medio de mecanismos que faciliten la inclusión y aceptación del discapacitado en igualdad de derechos y oportunidades.

A diferencia del modelo médico precedente, el actual no considera un tratamiento de rehabilitación de las limitaciones del individuo para la integración social, sino que traslada por completo la causa de la discapacidad a una deficiencia de orden social, como resultado de un constructo social que genera barreras y limita al discapacitado a integrarse socialmente y desarrollar su autonomía, por tanto, es la sociedad la que necesita ser rehabilitada. Se pasa de un extremo científico empírico a un extremo social teórico de difícil aplicación, especialmente para casos extremos de discapacidad con ausencia total de discernimiento o imposibilidad total para manifestarlo, se otorga capacidad plena a todo tipo de discapacidad y para menores de 16 años la incapacidad total, haciendo coexistir el precedente modelo con el actual en un modelo mixto de paradigmas diferentes y de aplicación contradictoria.

Mientras para un grupo regirá el modelo social con la asistencia, para otro lo hará el modelo médico con la interdicción y para un tercer grupo de discapacitados en razón de su edad regirá la incapacidad total, terminología que de facto quita sentido a la reforma. Así concluye que, si bien era necesario eliminar algunos actos discriminatorios hacia los discapacitados y el reconocimiento pleno de sus derechos para facilitar el ejercicio de su autonomía, muy distinto resulta afirmar por ley que la discapacidad está solo en la sociedad y no en el sujeto, cuando es la ciencia médica quien demuestra científicamente y objetivamente una realidad diferente, generando con ello mucha contradicción.

Salazar (2019) realiza una investigación con el propósito de establecer la trascendencia sobre el derecho a opinar de los menores en los procesos de tenencia, en la provincia de Huaura; este estudio se realiza en el marco de las exigencias de los convenios internacionales y que en la práctica procesal no cuenta con un criterio uniformizado por parte de los magistrados, pues mientras que algunos jueces le dan la relevancia que amerita, otros letrados solo lo asumen como una mera formalidad del proceso, se suma a ello las controversias que de por sí generan los factores o criterios que se debe considerar para evaluar el grado la madurez del menor, que no están específicamente protocolizados de manera clara y sencilla.

La investigación de corte cualitativo recoge información con la aplicación de dos cuestionarios, uno de preguntas cerradas y otro de preguntas abiertas para conocer la opinión y criterio de juzgadores civiles de familia y abogados en materia civil respectivamente; y el análisis de 8 expedientes sobre casos de tenencia en juzgados de la jurisdicción. Luego de lo cual se concluye, que la relevancia para considerar la opinión del menor en los procesos de tenencia, con el fin de ser considerado por el juez al momento de emitir una resolución, está directamente relacionada con la edad, madurez y desarrollo de la personalidad de cada niño o adolescente en cada caso; y que la opinión del menor de edad ha sido relevante para determinar la custodia deliberada, en los expedientes analizados; sin embargo, no se observa una manera estandarizada para evaluar factores subjetivos como el grado de madurez de cada individuo menor.

Cárdenas & Della Rossa (2018) realizan un análisis sobre los aciertos, errores, vacíos y contradicciones de los cambios efectuados al Código Civil por el D.L.N°1384 en línea con la CDPD que regula la capacidad jurídica de las personas que tienen discapacidad. Mediante una investigación de enfoque cualitativo y documental comparan las actuales modificaciones con sus respectivos artículos precedentes en materia de capacidad, incapacidad y discapacidad; buscando asimismo comprender las justificaciones del legislador y su fundamento jurídico a las modificaciones efectuadas.

Concluyen que los cambios generados por el decreto materia de análisis contienen términos que sin una correcta definición se tornan confusos y generan vacíos y contradicciones en su aplicación; por ejemplo, la categoría Discapacidad, que consiste en una disminución de la capacidad, por la afección de funciones mentales o físicas,

más no su ausencia total; se confunde con la categoría Incapacidad, que sí implica ausencia total de capacidad, discernimiento y razón suficiente.

Y bajo ese fundamento, si un sujeto con discapacidad está en capacidad de ejercer sus derechos en igualdad a cualquier otra persona, cabría preguntarse si corresponde la categoría de Incapaces a los menores de edad afectados por una discapacidad etaria o cronológica, propia de toda persona en su desarrollo natural y evolutivo, o si le corresponde que se le aplique lo establecido por la convención sobre derechos de los discapacitados, en su condición de personas con una capacidad en progreso.

Fernández (2017) realiza un artículo de investigación sobre la autonomía de los menores de edad y la vulneración del derecho de acceder a la justicia y su participación en los procesos judiciales que le afectan por los que debería ser escuchado en los tribunales de justicia; investigación que nace del informe que hace la CDN sobre la aplicación normativa en Perú del reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho, en atención al principio del interés superior del menor, su progresiva autonomía y capacidad procesal en problemas legales y administrativos que le afecten.

Finalmente, la investigación concluye que, si bien los menores de edad son poseedores de derechos como cualquier persona y estos derechos están siendo reconocidos en parte de la normativa nacional, en la práctica judicial aún no están garantizados de manera efectiva, por cuanto los procesos judiciales no contienen mecanismos que provean los recursos necesarios para que ello suceda y tome valor desde una visión multisectorial que garantice su participación informada y acorde a su evolución, evitando con ello exclusión, indefensión y vulneración de derechos humanos del menor de edad.

Morales (2019) sobre la reforma del Art.1358 sostiene que es un error establecer que sólo cuatro sujetos pueden celebrar contratos sobre su vida diaria, el ebrio habitual por ejemplo pero no el menor de edad con *discernimiento* y más contradictorio que la reforma derogue el Inc.2do del Art.219, es decir, la nulidad de los negocios jurídicos de un incapaz absoluto se deroga pero se mantiene la incapacidad absoluta del menor 16 años; luego se deroga el Inc.2do del Art.43 sobre la incapacidad absoluta de los sujetos sin *discernimiento*, siendo que la persona sin capacidad natural no es apto para celebrar actos jurídicos y menos para ejercer derechos sobre estos actos.

Por su parte Chipana (2018) sostiene que el *discernimiento* en materia de capacidad era un eslabón que permitía definir si se tenía enfrente a una persona que podía contratar o no podía contratar; pero si por virtud de la norma el discernimientos se deroga, lo que se está haciendo es quitar del mundo de relación social, no solamente de las personas con discapacidad sino de todas las personas, un elemento fundamental que permite dividir entre dos caminos y ahora las personas incluso sin discernimiento, sin el presupuesto básico de construcción de la voluntad, en qué se sustenta la manifestación de la misma, puedan contratar, algo absurdo.

1.2.3. A nivel local

En Chiclayo Ochoa (2017) realiza un investigación para determinar de qué manera se vulnera el Principio del Interés Superior del Niño con la conclusión del juicio de alimentos por la no concurrencia de los involucrados a la audiencia única, asumiendo la hipótesis que de regularse correctamente el mencionado principio en la normativa nacional se evitaría dicha vulneración, puesto que en la actualidad se aplica lo dispuesto en el CNA y de manera supletoria las normas del Código Procesal Civil, según las cuales la representatividad hace que los padres ejerzan este derecho por los hijos.

La investigación es de enfoque epistemológico cualitativo y diseño de teoría fundamentada, para lo cual se aplicaron como técnicas para recoger información la entrevista por medio de entrevista abierta y el análisis de documentos. Finalmente, después del análisis profundo de los datos recogidos se concluye que, con la finalización del juicio de alimentos debido a la ausencia de los involucrados a la audiencia única, el Principio en estudio es vulnerado considerablemente en perjuicio de los menores, sin que los menores titulares del derecho con suficiente madurez puedan hacer nada por su condición jurídica de incapaces absolutos.

En Trujillo Zamora y Palomino (2016) Realiza una investigación sobre los criterios que debe considerar el Juez de familia en los procesos para no vulnerar la autonomía en desarrollo del Niño; principio que ha sido reconocido por la CDN y deben ser incorporado en nuestra legislación y garantizado en su cumplimiento. La investigación es de enfoque cualitativo y emplea como métodos la exégesis jurídica de la norma y el método dogmático y como técnicas el análisis de registro documental.

Concluye que los criterios que ha de tenerse en cuenta para evitar la vulneración de la autonomía en desarrollo del niño durante los procesos son: el de garantizar su interés superior lo que significa anteponer a cualquier interés ajeno el interés del menor; oír su opinión acorde al juicio de su edad y su madurez para evitar así los prejuicios y abusos respecto a su capacidad; valorar mediante un análisis multidisciplinario su desarrollo y madurez mental, la firmeza, autonomía y razonabilidad de sus decisiones y su voluntad para que esta sea tomada en cuenta al momento de resolver.

En Chiclayo Constantino y Leiva (2016) realizan una investigación con enfoque cualitativo de alcance descriptivo sobre la situación legal de protección y defensa de los derechos de los niños y niñas en las políticas públicas del estado, puesto que para prevenir la vulneración de sus derechos básicos y asegurar el buen manejo de las instituciones encargadas de proporcionarles atención, los niños y adolescentes de Perú necesitan un Estado que ejecute acciones y políticas públicas adecuadas.

En este sentido, se concluye que, si bien el país actualmente goza de reconocidos avances de desarrollo económicos, para arribar a un estado completo y sostenible de desarrollo es preciso garantizar los derechos y la calidad de vida de todos sus ciudadanos incluyendo los niños y adolescentes

En Chiclayo Miranda (2016) en su tesis doctoral sobre la culpabilidad del menor infractor en la legislación nacional analiza el problema que se origina debido a una única legislación penal en nuestro país, pues los delitos cometidos por menores son tratados incorrectamente en relación a los adultos, una de las causas de desigualdad es la falta de una doctrina legal especial que explique los componentes de la culpabilidad del adolescente y la doctrina de la protección integral, respaldada por la CDN, debe servir de brújula del sistema. Evita a un adolescente infractor experimentar una prolongada privación de libertad durante el proceso que establece su responsabilidad.

No se puede negar que los Estados deban crear un sistema de penalizaciones diferenciadas para los menores y como resultado, la contribución de la investigación es la formulación de normas legales que apoyan la culpabilidad del adolescente que viola el código penal, ya que esto ayudará a garantizar que se impongan sanciones que sean bien fundadas a la luz de los principios que guían la Convención. Esto en base al análisis de las opiniones y debates de juristas reputados en muchas naciones examinadas

en el trabajo actual y muestran la necesidad de estandarizar los criterios para dar a los violadores de la ley un tratamiento legal diferenciado y garantizado.

En Chiclayo Díaz (2017) realiza un estudio que se centra en el nuevo Código de Responsabilidad de los Adolescentes de la Ley Legislativa 1348 y en cómo se aplica la Doctrina de Protección Integral de los Menores en él, lo cual se contrasta con la forma cómo la doctrina conceptualiza el derecho del interés superior del niño en nuestro sistema legal respecto del castigo a los menores que violan las leyes. La hipótesis sostiene que el principio en mención se plasma en el D.L.1348 con la determinación de la responsabilidad del adolescente, lo que permite pasar del CNA al D.L. 1348 que codifica la doctrina de la protección integral de los niños.

Sin embargo, a pesar de lo revelado y de la necesidad de que el principio no solo responda a las necesidades sino también a las responsabilidades del menor, el D.L.1348 carece de contenido que considere el derecho penal del enemigo, esto es, las sanciones que se imponen como medidas de privación de libertad socioeducativas llegan a penas privativas de hasta diez años de libertad, para delitos graves, lo que hace presumir que el estado trata de solucionar el problema de criminalización juvenil recargando la sanción, algo que como medida de resocialización no se puede demostrar que es efectiva, toda vez que la aplicación de la norma es progresiva y sus resultados ameritan un estudio que corrobore su acierto.

En Chiclayo Mendoza (2019) realiza una investigación sobre el interés superior del menor en relación con su derecho a la privacidad y al acceso a las redes para determinar si las regulaciones establecidas para defender los derechos de los niños son suficientes para alcanzar sus objetivos, bajo el pretexto de salvaguardar los derechos fundamentales. La investigación se centra en lo que se conoce como principio del mayor interés del niño, una función eficaz que debe contener una realidad cada vez más tangible.

Con enfoque cualitativo la investigación explica conceptualmente el significado de este derecho, luego identifica una relación con otros derechos relacionados como la identidad y la dignidad, esto debido a los rasgos que permiten determinar si esta peculiaridad corresponde a los menores como sujetos relativamente capaces.

Los resultados establecen que el ejercicio del derecho a la intimidad se incorpora en un grupo de derechos que inciden en la protección de la persona y su composición, así

como el nombre. Cada persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, que también se aplica a los menores, según la Constitución Política, artículo 2°, inciso 2. El artículo 103° de la Constitución establece que las leyes especiales sólo pueden ser promulgadas cuando sea necesario debido a la naturaleza de la situación y no por razones relacionadas con las diferencias individuales.

1.3. Teorías relacionadas al tema

1.3.1. Análisis jurídico y doctrinario de la Capacidad Jurídica de Ejercicio de los menores de 16 años en la legislación nacional y comparada.

La calidad del derecho positivo como verdadero derecho se explica y justifica en la calidad de la relación que existe entre éste con el derecho natural, pues todo cuanto hacemos precisa de una *capacidad natural*, de la misma manera en todos los ámbitos de la sociedad donde lo cultural es inviable sin una base natural. Así, necesitamos de la vista para poder ver, tanto como para desarrollar otras muchas actividades culturales, escribir, dibujar, leer. “*La razón capta que la persona es titular de derechos, cuya fuente, fundamento y criterio es su propia naturaleza o modo de ser*” (Mulánovich 2009, p.38).

La intervención de una persona capaz, es decir, alguien que tenga desarrollo psicológico, físico, madurez y la claridad mental suficientes para *discernir* el acto que realiza y su alcance, es uno de los presupuestos para considerar válido el acto jurídico, es así que la doctrina coincide en definir al *discernimiento* como la aptitud o capacidad natural que tiene la persona para querer, entender y diferenciar entre lo que es bueno, lícito y le puede beneficiar al sujeto de aquello que no lo es y le puede perjudicar (Torres, 2015); en consecuencia, para el acto jurídico la manifestación que revela la voluntad de una persona sin *discernimiento* carece de valoración subjetiva, por tanto, de validez (Espinoza, 2008).

1.3.1.1 Noción Jurídica de Sujeto de Derecho. Para Varsi-Rospigliosi (2014) sujeto de derecho es una categoría creada por el sistema jurídico con la que se cataloga la existencia humana y mediante la cual se le confiere derechos y se le requiere obligaciones al ser humano (p.99). Para Valencia (1979) el sujeto de derecho es para el derecho una categoría jurídica (p.294). Así mismo para León Barandiarán (1991) la calidad de sujeto de derecho es una categoría jurídica con la que el derecho reconoce la entidad del individuo (p.86).

Fernández (2009) nos dice que con fines de orden práctico y de sistematización normativa del fenómeno jurídico social y existencial del ser humano la doctrina distingue teóricamente entre dos términos lingüísticos, el de persona y el de sujeto, los cuales aluden finalmente a una misma entidad que es la vida humana (p.3). Son dos términos equivalentes, complementarios, integrados, uno consecuencia del otro por antonomasia pues sujeto de derecho es el mismo ser humano, la persona (Lasarte, 2010, p.148).

De esta manera se sostiene que la vida humana es conceptualizada por el derecho con la categoría de sujeto de derecho para referirse exclusivamente al ser humano y poder regular de manera real y efectiva las relaciones sociales de la vida humana, las cuales tienen diversas facetas, formas de presentarse, momentos de desplegarse, secuencias de existencia, a las que, como veremos, el derecho categoriza y regula de manera específica (Monge, 2010, p.1049).

Entonces, al hablar de sujeto de derecho, el ser jurídico, nos referimos técnica y jurídicamente al ser humano, digno de ser protegido normativamente, el cual a la vez asume un compromiso social (Varsi, 2014, p.79). Y en ese sentido, se entiende como sujeto de derecho en última instancia a la persona, por cuanto es el único individuo con capacidad para ser titular de derechos, asumir deberes, responsabilidades y obligaciones (Korseniak, 1988, p.25).

Torres (2018) manifiesta que sólo el ser humano —desde la concepción hasta la muerte— es sujeto de derecho, ya sea visto individualmente (persona natural) o como miembro de un grupo de personas (personas jurídicas), es la persona vista y valorada jurídicamente; El resto de la materia del universo jurídicamente es un objeto (p.235).

Por su parte Fernández (1968) sostiene que con el correr del tiempo y para una mejor comprensión el concepto de sujeto de derecho y el de persona como categorías

jurídicas han sido sistematizadas, sin embargo, hacen alusión en última instancia a un mismo ente, esto es la vida humana (p.26). Con todo, si bien la persona es el sustrato imputable de la categoría sujeto de derecho, en el código civil, a manera de género-especie, es solo uno de los cuatro tipos de sujetos de derecho explícitos en esta categoría.

En la teoría del derecho cuando la doctrina se refiere a sujetos jurídicos, se entiende sólo aquellos centros de unidad a los que es posible imputarse derechos, deberes, responsabilidades y que siempre será en última instancia al ser humano ya que por el solo hecho de serlo se es sujeto de derechos. Otras especies animales carecen de conciencia de su libertad para asumir responsabilidad, derechos, obligaciones de sus actos, solo el ser humano posee esa capacidad natural (Kelsen, 1946, p.173).

Y a manera de aclaración, cuando las leyes ambientales hacen mención, por ejemplo, a los derechos de los animales, por cierto, realidades dignas de protección del derecho obviamente, ello es en función del interés humano como sujetos de derecho y de la protección de su ambiente como bien jurídico tutelado, más no porque los animales sean centros de imputación de derechos, condición atribuida en última instancia al ser humano (Núñez, 1979, p.189).

Por tanto, si el sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible siempre y en última instancia a la vida humana, no cabe atribuir dentro de esta categoría jurídica otras realidades que no sean el ser humano, bien como ente individual, bien como ente colectivo, incluyendo los patrimonios autónomos (Espinoza, 2012, p.3). Sin dejar de reconocer, en los animales y otros seres vivos, su calidad como sujetos de derecho, esto es, una categoría jurídica que los ubica por debajo de los sujetos, pero por encima de los objetos, dada su naturaleza vital (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.130).

Es por ello que, nuestro código civil considera cuatro tipos de sujeto de derecho, empezando por el concebido (en todo cuanto le es favorable), las personas individuales o naturales, las jurídicas o colectivas y finalmente las organizaciones que no están inscritas (estas dos últimas categorías cuya base ontológica y centro de imputación, como es obvio, se remite a las personas que lo integran) y que desde una interpretación sistémica de la norma se incluye a los patrimonios autónomos (Espinoza, 2012, p.11).

Algunas características al respecto nos las brinda el maestro Varsi-Rospigliosi (2014) cuando se refiere a que el sujeto de derecho como una categoría jurídica es empleada para hacer referencia a cómo se presenta en la sociedad las distintas etapas de la existencia del ser humano. Un primer requisito obviamente es tener vida humana ya que ello es el sustrato y esencia de la categoría misma y en ello se distingue del objeto de derecho, en su vitalidad no en su utilidad, por tanto, una persona siempre será un sujeto y nunca será un objeto del derecho (p.96).

1.3.1.2 Noción Jurídica de Objeto de Derecho. En su noción restrictiva se considera objeto de derecho a todo aquello, un bien material (una casa, auto) o no material (un descubrimiento, invento), que es de interés del sujeto de derecho y sobre el cual ejerce su poder jurídico, en este sentido el objeto representa algo útil y de interés para las finalidades del sujeto y pasa a ser un bien jurídicamente protegido (Recasens, 1981, p.164).

Varsi-Rospigliosi (2014) hace referencia a todo aquello que carece de la vida y que siendo material tiene utilidad para la persona y que según su valoración pueden ser bienes o cosas (p.133). Es por ello que se dice de manera general que los objetos de derecho presentan algunas características particulares como, ser de utilidad e interés para un beneficio humano, tener carácter de licitud, ser determinados y estar bajo la potestad jurídica de los sujetos de derecho, entre otros (Abelenda, 1980, p.95).

Alessandri (1990) refiere o bien se es sujeto o bien se es objeto de derecho, pero no se puede ser ambos a la vez (p.582) y si bien ambos conceptos se integran y estructuran la relación jurídica como presupuestos de esta, sujeto y objeto son ontológicamente distintos, cada cual ocupa un aspecto de la dimensión jurídica, son elementos que se contraponen, en consecuencia, la persona no debe ser tomada como un objeto de la relación (Orgaz, 1961, p.3).

Gómez (2001) nos dice que no hay que confundir cosa cuyo concepto jurídico es más cerrado con objeto de derecho que tiene un significado más amplio, si bien el objeto de derecho pudiera ser una cosa no se limita solo a eso y también pudiera constituir una actividad humana o un bien incorpóreo (p.200). Agrega Valencia (2012) que cosa tiene un sentido material en cambio objeto comprende entidades inmateriales, acciones y derechos y que, para el derecho alemán, jurídicamente solo los objetos materiales son cosas (p.12).

Cabe señalar que para Espinoza (2012) el contenido de una relación o situación jurídica y los derechos de las personas no constituyen objetos de derecho, pues esta es una categoría jurídica que ontológicamente tiene como sustrato base bienes materiales o inmateriales, con valor económico patrimonial, individualidad propia y son aptos de ser sometido a la potestad de los sujetos de derecho (p.18).

Varsi-Rospigliosi (2014) hace una clasificación de los objetos de derecho en: cosas, las cuales pueden ser materiales, que se pueden apropiarse o conformar un patrimonio (tierras, inmuebles, autos) o inmateriales como los derechos de autor; bienes, como aquello de ventaja y provecho para el sujeto más allá del ámbito puramente económico y que genera bienestar; bienes jurídicamente protegidos en una escala más elevada que el de bien o cosa como tejidos y células humanas; y otros objetos como los patrimonios culturales, las especies en extinción, las células o tejidos humanos, etc. que conforman otro escalafón (p.317).

1.3.1.3 La Capacidad de los Sujetos de Derecho. Antiguamente llamada personalidad, la capacidad viene a ser su medida y a la vez su límite, un conjunto de facultades reconocidas y positivizadas por el derecho para la actuación de sus relaciones jurídicas (Venosa, 2002, p.149). En su interpretación más amplia la capacidad se entiende como la aptitud, idoneidad, habilidad, suficiencia, de la persona para realizar algo y la medida en que lo puede hacer; una aptitud que jurídicamente le permite ser titular de derechos, actuar derechos y contraer obligaciones (Tobías, 2009, p.97).

La capacidad en un sentido extenso, corresponde a cualquier sujeto de derecho simplemente por ser humano, ya sea una persona natural, una persona legal o una organización no registrada; pre existe a lo que el ordenamiento normativo establece, la sola existencia de la persona física atribuye de forma abstracta la capacidad jurídica y para ello no se requiere que la norma lo establezca, aunque sí sea necesario ese reconocimiento expreso, con fines de verificación de una situación jurídica ya existente (Espinoza, 2012).

Para Torres (2018) La plenitud de la capacidad de un sujeto se compone de estos dos componentes: el disfrutar derechos y el ejecutar los mismos; es la aptitud de una persona para gozar y obrar derechos subjetivos que el sistema normativo reconoce y concede como inherentes a su persona. La persona que es titular de un derecho disfruta

de ese derecho, y cuando lo pone en práctica a través de actos con efectos legales, está ejerciendo ese derecho (p.234).

Savigni (1879) al dar una definición de capacidad sostiene que es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos (adquirir derechos, contraer obligaciones) o la aptitud de la persona para ejercerlos (ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones), diferenciando a la posesión de los derechos como capacidad de derecho (capacidad de goce) y a la posibilidad de ejercerlos como la capacidad de obrar (capacidad de ejercicio), siendo que, quien posee derechos tiene la facultad de ejercerlos o no, directa o indirectamente, esto es, dependiendo de las circunstancias ejercerlos por medio de representante (p.161).

Valencia (1979) sostiene que quien posee capacidad está en posición de ganar derechos como de asumir obligaciones y también de ejercer estos derechos subjetivos como de honrar sus obligaciones. Estos dos aspectos del derecho, el goce y el ejercicio juntos conforman la totalidad plena de la capacidad de un sujeto de derechos, los que separados originan dos tipos de capacidad, la de goce (derecho) y la de ejercicio (obrar). Asimismo, la capacidad de goce, que permite ser titular de derechos es inherente a toda persona sin el presupuesto de la voluntad reflexiva, presupuesto que si se requiere para la capacidad de ejercicio o de obrar (p.p. 501-502).

Aguilar (2002) manifiesta que el vocablo capacidad se refiere a ideas de continente como de género y de contenido como de especie. Siendo que la Capacidad es sinónimo de aptitud, así como de habilidad o competencia e idoneidad y suficiencia, entre otras atribuciones (p.201) y Borda (2008) lo define como la facultad o aptitud que tienen los sujetos o personas para poder adquirir los derechos, así como contraer las obligaciones (p.429).

Para Beltrán Pacheco (2010), la capacidad de actuar se define como la aptitud del sujeto para hacer manifestaciones de su voluntad válidas con el fin de cambiar su situación legal; el poder ejercer per se situaciones y producir efectos jurídicos a través de la realización de los negocios jurídicos, facultad supeditada por una variedad de factores que pueden cambiarla, como el pasar del tiempo; y Díez-Picazo y Gullón (1995) la entiende como la idoneidad del sujeto, por el tan solo hecho de serlo, para ser titular tanto de derechos como de obligaciones y este atributo es una cualidad básica consecuente con su dignidad.

Conceptualizada la noción de capacidad y de sujeto de derecho, podemos ver que esta categoría presenta dos aspectos, uno estático denominado capacidad de goce, idoneidad o aptitud que le permite al sujeto la titularidad de situaciones jurídicas, y otro dinámico denominado capacidad de ejercicio, idoneidad o aptitud que le permite al sujeto titular poner en acción dichas prerrogativas, aspectos que a su vez forman parte de lo que la doctrina nacional denomina Capacidad Jurídica (Espinoza, 2012, p.871).

Y como se ha explicado también observamos que la categoría jurídica general de Sujeto de Derecho comprende al ser humano de forma individual,(concebido y persona) y al ser humano de forma colectiva (persona jurídica y personas organizadas sin inscripción); en tanto la Capacidad Jurídica es entendida actualmente como la aptitud o idoneidad dada por el ordenamiento jurídico para gozar y ejercer derechos (Cifuentes, 1988, p.70).

1.3.1.4 La Capacidad Jurídica en el Código Civil. Como se ha señalado la Capacidad Jurídica se divide en dos, por una parte, la capacidad que permite ser titular de relaciones jurídicas o de goce y por otra parte la capacidad que permite poner en acción dichas prerrogativas, derechos y obligaciones subjetivas o de ejercicio. Esta clasificación señalada, como veremos más adelante, proviene de la doctrina francesa que a diferencia de la doctrina alemana no comprende otras tres sub categorías referentes a la capacidad de obrar. Es la facultad, aptitud o posibilidad legal de disfrutar y ejercer los derechos, de poseer derechos y contratar obligaciones y el reconocimiento del sistema legal de la capacidad de una persona para mantener relaciones jurídicas.

Clasificación: Como indica Espinoza (2012) respecto de la capacidad jurídica se han desarrollado algunas teorías, tenemos así:

1. **Doctrina Francesa**, que ha pasado por una serie de cambios y ahora subdivide en dos formas: a) La capacidad de disfrutar o gozar un derecho, de ser titular de relaciones jurídicas. b) La capacidad de ejercicio o de hecho, de poner en acción los derechos y obligaciones legales, por sí mismo. Siendo la que nos interesa en razón de nuestro tema, también llamada *negocial* para la doctrina alemana.

2. **Doctrina Alemana**, que hace las siguientes distinciones dentro de la capacidad del ejercicio: a) La capacidad de llevar a cabo negocios jurídicos en nombre propio o capacidad de negociación. b) La capacidad de imputar, también conocida como

capacidad delictiva, es la capacidad de ser obligado por hechos ilegales. c) La capacidad de realizar actos procesales válidos, se conoce como capacidad del proceso (p.873).

No encontramos en nuestro código de la norma civil una definición exacta respecto a la capacidad jurídica, de disfrute o goce y la de su ejercicio; pero la doctrina nacional lo entiende como una abstracción del derecho que implica la facultad del sujeto de poder disfrutar de las atribuciones legales o jurídicas establecidas en la normativa y agrega, la capacidad jurídica por tanto es inherente al ser humano e inicia con su nacimiento, sin que exista persona que carezca de este atributo o que nazca privado de ello (Fernández, 2014, p.143).

Por otro lado, El Art.3ro del CC. modificado por D.L.1384 establece que todo el mundo tiene la capacidad jurídica incluyendo los sujetos con discapacidad y solo la ley puede poner límites; este concepto contiene una dualidad en sí mismo, que abarca dos aspectos distintos. Es la facultad o capacidad de ser poseedor o titular de derechos (capacidad de disfrutar) y la capacidad de ejercer esos derechos por uno mismo (capacidad de ejecutarlos); así, tenemos dos clases de capacidad: una que se refiere a mi capacidad de disfrute, de ser, y otra que se refiere a mi capacidad para su ejercicio, de utilizar (Varsi, 2014, p.805).

Espinoza (2012) nos habla de algunos principios respecto de la Capacidad Jurídica, entre ellos que la capacidad de goce guarda íntima relación con la subjetividad jurídica (sujeto de derecho) y sostiene que para determinada doctrina (italiana) son idénticos, y que la capacidad que permite el ejercicio de los deberes y derechos no necesariamente es absoluta para el sujeto de derecho, sino que presenta ciertas restricciones por parte del ordenamiento jurídico, lo que no implica hablar de incapacidad de las personas (p.876).

En ese sentido, la razón de la división de la Capacidad Jurídica por parte de la doctrina en goce y ejercicio de la misma, está de acuerdo a su ámbito de operatividad que es diverso, la primera en cuanto a que se trata de situaciones jurídicas de connotación existencial (fundamentales) en los que la titularidad conlleva su inminente ejercicio y la segunda en cuanto se trata de situaciones jurídicas de carácter patrimonial, en las cuales es factible establecer un momento estático y uno dinámico (Perlingieri, 1987, p.81).

1.3.1.5 La capacidad de goce. La doctrina demuestra que la capacidad de disfrutar está vinculada al aspecto interno, ontológico del sujeto, o a la naturaleza humana. Es una característica del ser libre; no sería posible actuar con libertad, transformar las decisiones, pero tenemos potencialidad, que es nada más que capacidad; por lo tanto, la capacidad amplia o general de la libertad es indisoluble mientras sea consubstancial a ella; y lo que distingue el hecho es que, al igual que todos los seres humanos son similarmente libres, también son igualmente capaces.

Según Carboni (1988) la capacidad de goce corresponde a cualquiera de las formas mencionadas de sujeto de derecho, pues es una atribución abstracta contemporánea a la existencia física del ser humano que por parte del ordenamiento jurídico también se hace extensible a la persona en su forma colectiva (pp.155-156). Esta capacidad representa la parte estática, pura y abstracta del sujeto de derecho y no puede sufrir limitaciones como sí pudiera ser limitada la capacidad de ejercicio, parte dinámica que como tal es la manifestación concreta y expresa de los fenómenos jurídicos (Bussnelli, 1993, p.90).

Torres (2018) por su parte manifiesta que la capacidad o idoneidad del sujeto para ser titular de derechos y deberes jurídicos se conoce como capacidad de goce. También se le conoce como capacidad legal, de derecho, pasiva o genérico. En otras palabras, se conoce como capacidad jurídica a la capacidad de una persona para mantener relaciones jurídicas bien como sujeto activo, titular de derechos, o bien como sujeto pasivo o titular de deberes. Es intrínseca y puramente recepticia ya que no necesita de que la persona realice ningún acto para ello (p.43).

Siendo así, todo ser humano tiene potencial para ser titular de derechos y de las correspondientes obligaciones jurídicas desde la concepción hasta la muerte, independientemente de que tales derechos sean ejercidos por sí mismo o por medio de un representante convencional o legal. Ningún ser humano puede ser privado de su derecho al goce y disfrute de sus derechos por un principio de respeto a su dignidad y libertad como tal (Torres, 2018, p.243).

Falsea (1985) también señala que tanto la capacidad de goce como la subjetividad jurídica, conforman un aspecto intrínseco de la persona o sujeto, una característica que proviene del solo hecho de ser titular potencial de los asuntos que tutela el derecho y por consiguiente titular potencial de los asuntos jurídicos dispuestos con anterioridad por la

norma para brindar sobre dicha tutela. En razón de esta naturaleza, básicamente potencial, la capacidad jurídica al igual que la subjetividad jurídica son un atributo abstracto y previo del sujeto (p.165).

Espinoza (2012) refiere que el sujeto de derecho, como punto de referencia normativa, es titular del conjunto de atribuciones y responsabilidades reconocidas por el derecho y goza de los mismos. Ser humano hace que uno sea sujeto de derecho y receptor de los derechos y responsabilidades que conlleva. En ese sentido, la capacidad de disfrutar también se conoce por los términos legales, derechos, pasivos, genéricos, esenciales y adquisitivos, todos ellos que se refieren a la idoneidad o idoneidad del sujeto para ser titular o propietario de derechos y obligaciones (Torres, 2012).

La capacidad de derecho, según Messineo (1979) citado por Vidal en general es la idoneidad para ser sujeto de derechos subjetivos. Es una facultad inherente de la persona humana, y no se puede pensar en seres humanos que no se llenan con ella. El ser humano tiene capacidad legal simplemente porque es humano; lo disfrutan, el que está a punto de nacer y el que nace, incluso si está por debajo de la edad de la mayoría, es enfermo mental o está sometido a interdicción. Es el antecedente de los derechos subjetivos, no un derecho subjetivo. Como resultado, es un atributo general, una regla, y es una calidad legal que es inherente a la persona humana (pp. 99-108).

Para Varsi (2014) el efecto del reconocimiento de la ley, de la existencia de condiciones que permiten a un ser tener intereses dignos de protección, es la capacidad de derecho. Es la condición o aptitud que tiene la persona o sujeto para recibir una protección jurídico legal. Cada individuo es reconocido como una fuente u origen de derechos, deberes, poderes y obligaciones. Todos poseemos capacidad de disfrute o goce. Todo sujeto de derecho tiene la capacidad de goce y por tanto es titular de relaciones legales subjetivas. Poseedor de derechos y depende de ellos para sobrevivir, bien pueda o no hacer ejercicio de ellos. Es sujeto a un tratamiento normativo en virtud de su estatus como ser humano, ser y estar (pág. 92).

Según Torres (2018), la capacidad de disfrute o de goce, o también llamada jurídica de derecho, es la aptitud de la persona para establecer relaciones jurídicas en calidad de sujeto activo o pasivo, es decir poseedor de derechos, responsabilidades y deberes. La capacidad de disfrute o goce compete a todas las personas o seres humanos tomado de manera individual o como personas jurídicas. (p.240). Nadie debiera ser restringido de

su capacidad de goce. Lo que se puede restringir o limitar son solo ciertos hechos o actos legales ya que no hay una incapacidad absoluta de goce (Torres, 2019, p.130).

Características Según Varsi (2014) La capacidad de disfrutar es una parte natural del ser del sujeto, de su interior normativo; se manifiesta como una categoría legal concedida al ser humano, a través de la cual se posiciona en el sistema legal de una manera única, es posible identificar algunas características particulares en cuanto a la capacidad de derecho, goce o disfrute: es condición única y natural; concede ser poseedor de derechos; no se puede decir que hay incapacidad de disfrute o de goce; se funda en el principio de igualdad, tratando a todos de igual manera y rechazando graduaciones; empieza con la concepción y acaba con la muerte, acompañando a la persona durante toda su vida; supone que la existencia del sujeto es la condición de hecho.

Principios Espinoza (2020) menciona algunos principios acerca de esta capacidad humana: implica la subjetividad; por ella se realizan los derechos y obligaciones del sujeto; el sujeto no tiene que negar su capacidad total para ejercer o ejecutar sus derechos y responsabilidades; por definición el sujeto o la persona de derecho va ser siempre capaz. Asimismo, agrega que no hay posibilidad de hablar de sujetos incapaces o con incapacidad total o relativa. Aquellos que la normativa presenta son personas o sujetos de derecho capaces relativamente o con alguna restricción y los que tienen total o plena capacidad (p.213).

1.3.1.6 La capacidad de ejercicio. A diferencia de la primera, la capacidad de ejercicio es contingente y variable, no se da ni se ejerce en el mismo grado en todas las personas, la capacidad de disfrute no se puede dividir ni reducir y básicamente es igual para todos. Mientras la capacidad de ejercitar derechos implica una idea dinámica, la capacidad de disfrutar sugiere una posición estática del sujeto. La capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, o la posibilidad hipotética de recibir los resultados de un ordenamiento jurídico, es la primera. La segunda es la capacidad para realizar actos jurídicos o la elección de abstenerse de realizar acciones que tengan consecuencias jurídicas (Castam, 1942, p.141).

Barbero (1967) precisa que esta es la medida de la aptitud para que la persona realice por sí mismo cambios activos o pasivos en su esfera jurídica de relaciones, esto es modificar, obtener o perder la titularidad sobre estas relaciones (p.190). Es la

idoneidad que tiene el sujeto para ejercer personalmente sus derechos y cumplir las obligaciones legales. También se conoce como capacidad de obrar, capacidad de hecho, capacidad de negociación, capacidad de negociar, capacidad de obrar o capacidad activa (Torres, 2018, p.248).

Valencia (1979) por su parte, que no se puede ejercer un derecho que no se tiene; la capacidad de ejercicio presupone necesariamente la capacidad de disfrute. Por otro lado, si es posible ser titular de derechos sin hacer uso de su ejercicio. Una persona titular de derechos puede ser capaz o no de ejercerlos. Por lo tanto, cualquiera que sea su edad, estado mental o si es persona natural o jurídica, toda persona tiene capacidad jurídica de goce por ese solo hecho de ser persona; sin embargo, no toda persona que tiene capacidad jurídica tiene capacidad para ejercerla (p.502).

Torres (2018) nos dice que la capacidad de obrar es la aptitud para que la persona pueda ejercer por se sus derechos subjetivos, tiene su fundamento en la capacidad de entender y de querer, es decir, en la capacidad natural de *discernir*. La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio son por principio diferentes; el primero tiene como único requisito la existencia de la persona, mientras que la segunda tiene como presupuesto, además del goce, la facultad de querer y de entender o *discernimiento*, su edad, su salud mental y demás elementos particulares que precisa el ordenamiento jurídico (p.250).

La idoneidad del sujeto para el ejercicio o acto o negociación o capacidad activa es la idoneidad del sujeto para llevar a cabo directamente su propia negociación y autonomía procesal; la capacidad para el ejercicio o para actuar es la idoneidad para la realización de los derechos subjetivos y las obligaciones legales. Tiene la capacidad de disfrutar como presupuesto (Torres 2018, p.241).

Rajmil y Llorens (2015) refieren que la norma civil comercial argentina en su Art.23 precisa que toda persona humana con capacidad de obrar puede ejercer por sí misma sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, excepto las limitaciones expresamente previstas en la ley o en una sentencia judicial (p.104). Y Varsi (2014) hace hincapié en el vínculo entre la capacidad de ejercer y la competencia o la idoneidad para actuar. Los actos jurídicos pueden crearse, regularse, modificarse o revocarse utilizando este método (p.822).

Para Messineo (1979) Denota la capacidad de adquirir y ejercer con la propia voluntad libre, es decir, de cumplir las obligaciones legales y de realizar actos legales. Por su lado Barbero (1967) dice que es la idoneidad para determinar cambios activos o pasivos en la expectativa de las relaciones legales, es decir, de adquirir, cambiar o perder el título de las relaciones, por uno mismo. Y para Rubio-Correa (1992) la capacidad que tiene la persona para ejercer por su propia mano esos derechos de los cuales goza se consideran como capacidad de ejercicio.

Varsi-Rospigliosi (2014) refiere que la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos por sí mismo y en cabeza propia, también señala algunas de sus características: establecida por norma, inicia con la mayoría de edad, es voluntaria, limitada por ley, conlleva la validez del acto, se presume, tiene como presupuesto de hecho la voluntad y la inteligencia y a la capacidad de *discernimiento* como fundamento (p.823).

Hasta antes de la vigencia del D.L.1384 sobre los discapacitados, Torres (2018) distingue cuatro tipos de capacidad de ejercicio en el ordenamiento civil:

Capacidad de ejercicio general que puede ser *general plena* y es la que se da con la mayoría de edad, a partir de los 18 años, que le permite al sujeto realizar actos jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales y de los primeros tanto de administración como de disposición o gravarlos (Art.42). O puede ser *general restringida*, por la que el sujeto puede llevar a cabo determinados actos jurídicos, como los de administración o de necesidad ordinaria, pero con ciertas limitaciones en cuanto a actos de disposición o gravamen, en los que deberá contar con el asentimiento del curador (Art.43).

Capacidad de ejercicio especial que puede ser *especial plena*, como la que autoriza a los menores con capacidad natural de *discernimiento* a realizar determinados actos legales, recibir donaciones, recibir legados, contratar para sus necesidades ordinarias, sin la participación de sus progenitores o tutores (Art.1358). O que puede ser *especial restringida*, por la que se faculta al sujeto para la realización de determinados actos siempre bajo la autorización de otros sujetos como el caso del menor con capacidad de discernir autorizado por sus progenitores para trabajar(Art.457).

Capacidad de ejercicio natural, que es el fundamento de la capacidad de obrar y cuya base es la aptitud de *discernir* del sujeto, ese natural desarrollo y madurez mental que le permiten querer con libertad, dirigir su voluntad, comprender sus acciones, distinguir lo

bueno de lo malo, lo lícito de lo que no lo es, lo que beneficia de lo que perjudica sus intereses, de decidir y proteger sobre su bienestar; para la cual no existe una edad determinada pues depende de muchos factores externos e internos de desarrollo del sujeto (Torres, 2018, p.293).

Capacidad de ejercicio legal, que es la que le reconoce y prescribe el ordenamiento civil a los sujetos de derecho a lo largo de todo su corpus normativo sobre la base de un aspecto del desarrollo humano, el aspecto cronológico, otorgando o limitando la misma según su edad y que establece bajo esta consideración que la persona mayor de 18 años de edad “*está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos*” (Fernández, 1987, p.103).

Sobre las formas de adquirir la capacidad de obrar la doctrina señala la forma general y la forma especial:

La forma general, es la que se adquiere con la mayoría cumplidos los 18 años y esta se presume, concede facultad de libre disposición del sujeto sobre sus bienes como su persona dando por terminada la tutela o la patria potestad sobre el presupuesto de que la persona a esta edad es intelectualmente madura, psicológicamente equilibrada, potencialmente reflexiva, y bastamente responsable para asumir sus actos y ejercer los derechos de los cuales goza (Fernández, 2009, p.164).

La edad como una forma de establecer la ciudadanía y como una manera de adquirir capacidad de obrar ha variado con el paso del tiempo y la evolución de la sociedad, en Roma la mayoría se obtenía a los 25 años, el código civil del año 52 fijaba en su Art.12 la edad de 21 años y con el D.L.21994 en el año 97 se fija en 18 años, siguiendo la tendencia de la legislación comparada de Alemania, Francia, etc.; sin embargo, cabe aclarar, como se ha visto, que una cosa es ciudadanía (capacidad para elegir y ser elegido) y otra es la capacidad de ejercicio.

La forma especial, comprende a su vez la forma antelada y la forma pospuesta, la primera a su vez comprende la emancipación, la pseudo capacidad, la capacidad doméstica y otras. Emancipación tácita o de derecho de los Art.42 y 46 del código civil es la capacidad que adquieren los menores de edad con la paternidad, matrimonio o título oficial bajo la premisa de independencia para el ejercicio de sus actos; la pseudo capacidad específica o limitada del Art.46 sobre progenitores mayores de 14 años

respecto a determinados actos fue tácitamente derogada por el Art.42 con la reforma del D.L.1384; y la Capacidad doméstica del derogado Art.1358 es aquella que faculta al incapaz con *discernimiento* a realizar los actos relacionados con sus necesidades rutinarias del diario vivir (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.882).

La interacción del sujeto en la sociedad para su subsistencia y beneficio es una realidad de la vida de relación social, limitar ello es como negarle su derecho a existir y a la satisfacción de sus necesidades elementales, necesidades que no son exclusivas del mundo de los adultos, menos en un mundo como el actual donde los menores de edad con progresiva capacidad de discernimiento son una masa humana de fuerte de consumo comercial y flujo económico en la sociedad, sin un precepto como el en comento todas estas transacciones serían nulas, algo que no se condice con las exigencias de la realidad (De Castro F. , 1985)(Arias, 1987, p.108).

1.3.1.7 La Incapacidad de ejercicio. La incapacidad de ejercicio, *es* una institución y mecanismo de la norma por el que se restringe, reduce o limita la actuación de derechos; está íntimamente ligada a la capacidad de entender y querer de la persona de manera tal que su ausencia recorta la libertad y el proceso de formación, decisión y ejecución de la voluntad. La norma civil luego de la modificatoria del D.L.1384 ha mantenido solo un tipo de incapacidad absoluta en el Art.43, sobre el supuesto de falta de madurez y la imposibilidad para discernir y manifestar su voluntad y en base a la premisa cronológica de la edad, el sujeto menor de 16 años está absolutamente y totalmente privado del ejercicio de sus derechos per se (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.850).

El límite que se ha establecido de los dieciséis años de edad para determinar la incapacidad absoluta de obrar es arbitrario. Debido a la edad, es imposible establecer una línea entre una edad superior (capaz) y una edad más joven (incapaz), entre un incapaz absoluto frente a un incapaz relativo, pero la atribución de la capacidad de ejercicio es gradual y gradual hasta que se aproxima a los límites de la edad mayor, por lo que los menores de 16 años se consideran un incapaz absoluto (Torres 2018, p.303)

Espinoza (2020) señala al respecto que cualquier escritura tradicional sobre la ley familiar mostrará que la idea de la subyugación total del menor al poder de los padres domina la relación padre-hijo. Este dogma debe ser reconsiderado dentro de los márgenes de autodeterminación de los menores. Por eso estoy de acuerdo con los que creen que la edad no es y no puede ser un elemento que divide a las personas en dos

tipos en el diseño y la aplicación de los principios elementales; por arriba de la mayoría de edad, usted es una persona completa; por abajo de eso, usted es una persona inferior (p.1224).

Como se ha visto, en general, todo el mundo tiene la capacidad de disfrute, pero no todo el mundo tiene la capacidad de ejercicio, por lo que las dos capacidades no siempre están presentes en la misma persona al mismo tiempo. La capacidad de ejercer sólo está disponible para quienes se encuentren en determinadas condiciones naturales o jurídicas, supone que la persona también tiene *discernimiento*, cierta edad, salud mental y otros requisitos legales.

En el derecho romano se reconocía a sujetos como los dementes la capacidad de goce, pero no podían usarla porque carecían de la capacidad innata de *discernir*. Contrariamente, el esclavo no era sujeto de derecho carecía del goce de sus derechos, pero podía realizar actos jurídicos, pues poseía la capacidad natural de discernimiento. Así, la capacidad de obrar sigue al desarrollo de la voluntad de la persona ya que es reconocida previa valoración de la realidad natural de la persona, como afecciones que le impidan *discernir*, manifestar su querer interno, expresar su voluntad de manera indubitable, entre otros (Torres, 2018, p.252).

Al respecto, De Castro (1985) sostiene que la voluntad asume dos aspectos un aspecto interno que es lo que la persona es sabe y quiere y requiere de análisis psicológico para poder saberlo y otro aspecto externo que es la voluntad expresada en declaraciones y conductas la cual se puede saber sin análisis psicológico; y ambos aspectos conforman una entidad única, la voluntad jurídica. En el fuero interno se sabe (conciencia) lo que se hace y se quiere (voluntad) lo hecho; en el fuero externo, mediante la declaración se atiende que lo declarado significa eso una declaración (conciencia) y como tal querer que así sea (voluntad); un error en la apreciación carece del saber (conciencia), una declaración por temor vicia el querer (voluntad), etc. (p. 58).

Y Torres (2018) precisa que para el ordenamiento civil la plena capacidad del sujeto constituye un requisito esencial en la validez del acto jurídico, el cual es definido como la manifestación de la voluntad, voluntad jurídica cuya existencia requiere de la concurrencia del *discernimiento*, intención, libertad (elementos internos) y manifestación, (elemento externo) que implica declaración y conducta (p.243). No puede haber acto jurídico sin un hecho que exteriorice la voluntad para que pueda tener

efectos en la vida social. La manifestación de la voluntad es un hecho jurídico del que el acto jurídico es una especie (Betti, 1959, p.57).

Asimismo, la realidad jurídica puede o no coincidir con la realidad natural, cuando la capacidad natural de *discernimiento* es el único elemento del supuesto normativo y se dispone que el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones puras y simples hay coincidencia entre el mundo natural y el mundo jurídico; no obstante, no hay coincidencia entre la realidad natural y la realidad jurídica cuando un enfermo mental declarado interdicto recupera su salud mental, pero continúa limitado en su ejercicio hasta que judicialmente se levante la interdicción; en ese lapso, la persona cuenta con *discernimiento*, pero jurídicamente no puede ejercer sus derechos (Torres, 2018, p.260).

Esto nos demuestra desde un punto de vista natural, como el reconocimiento de la personalidad jurídica no depende de la sola existencia de la persona, sino de su valoración jurídica. El ordenamiento civil considera con criterios generales, y no caso por caso, la aptitud natural del individuo para que siendo titular de derechos subjetivos, sujeto de derecho, permitirle el ejercicio por sí mismo, uno de esos criterios y el más relevante, por ejemplo, su capacidad natural de *discernir*, para realizar actos de disposición patrimonial (Mulanovich, 2009, p.38).

1.3.2 Fundamento jurídico y doctrinario de la Capacidad Natural de Discernimiento de menores de 16 años en la legislación nacional y comparada.

El *discernimiento* es un concepto como tantos en el ámbito jurídico que no resulta tan claro y preciso. Por lo general está relacionado a la capacidad de conocer, entender, comprender las consecuencias legales de los actos que se realizan y desear que esto sea así; también está relacionado con la capacidad de poder diferenciar lo que es lícito de lo que no lo es y de generar abstracciones; si recurrimos al Diccionario de la lengua española, significa distinguir una cosa de otra y señalar cuál es la diferencia entre ambas; y por su origen etimológico del latín *cernire* se relaciona con el acto agrícola de tamizar, separar o filtrar (Rabinovich-Berkman, 2000, p.409).

Para Cifuentes (1990) el *discernimiento* consiste en "la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias" (p.203). Otro alcance importante se observa en el Real Decreto 1971/1999 del 23 de diciembre, del Reino de España, que indica que la dificultad para *discernir* se considera como la capacidad

intelectual notoriamente menor al promedio sociocultural del grupo, origen, edad, etc., que impide al sujeto adaptarse a las actividades de la rutina diaria y el desarrollo de su autonomía personal en la comunidad (Llorens, 2007, p.11).

1.3.2.1 Capacidad Natural de Discernimiento y la reforma del Código Civil.

La Capacidad de Discernir, según la Real Academia de la Lengua Española, es una facultad por la que podemos diferenciar una cosa de otra e indicar esta diferencia al decidir; esta capacidad precisa de un determinado nivel de desarrollo mental lo que se consigue progresivamente conforme evoluciona y crece la persona. Por su parte Teixeira (1952) sostiene que conocer de los recursos y motivos necesarios a la voluntad para deliberar y decidir sobre lo que entiende y quiere para sí, por tanto, el discernimiento junto con la intención y la libertad es un elemento estructural para la formación interna de la voluntad y su manifestación externa (Maymark, 1947, p.217).

Es importante precisar y tener en cuenta que la capacidad natural, también conocida como la capacidad de comprender y querer o de *discernir*, es uno de los elementos conceptuales utilizados por el Código Civil italiano para establecer la legalidad de los actos llevados a cabo por las personas de derecho. La capacidad natural se estima una figura dentro de la capacidad del género para actuar, que debe ser verificada por el juez caso por caso en referencia con el acto particular llevado a cabo por el sujeto (Bigliazzi et al., 1992, p.102).

En consecuencia, esta forma de capacidad funciona admirablemente como sustituto de la edad, como criterio, como presupuesto para obtener la capacidad de obrar. Hay quienes creen que, en caso de silencio normativo, la capacidad natural un único y adecuado criterio para establecer la validez de los actos concernientes a estas libertades, como complemento del principio de unidad entre la titularidad y el ejercicio de derechos y libertades elementales (Espinoza, 2012, p.883)

A raíz de la reforma hecha al código civil en el 2018 por parte del D.L.1384, con el que, se modifica la capacidad jurídica de los discapacitados, el tratamiento conceptual en materia de capacidad ha sufrido cambios importantes de implicancia general. Uno de estos cambios se da justamente en el Art.3 con la nueva forma de concebir el término *Capacidad Jurídica* como categoría genérica que tiene como sub categorías o dimensiones a la capacidad de derecho o de goce y a la capacidad de obrar o de

ejercicio, categoría jurídica genérica que además toda persona posee, tal como se ha visto (Santillán, 2020, p.230).

Hasta antes de este cambio en la normativa nacional la doctrina daba la misma denominación a la capacidad jurídica como a la de goce, pero si hacemos un breve análisis, tanto la capacidad de goce como la capacidad de actuar son en esencia jurídicas por lo mismo que es el derecho positivo quien reconoce y atribuye a la persona la capacidad para ser titular tanto de derechos como de deberes así como para su ejercicio, reconocimiento que se da dentro de un marco normativo establecido, con facultades y limitaciones. En este sentido que la denominación de capacidad jurídica englobe tanto a la capacidad de disfrute como a la de actuación de derechos resulta con acertada lógica (Torres, 2019, p.134).

Sin embargo, en cuanto a la denominación empleada cabe señalar que para un segmento amplio de doctrinarios el término adecuado que debería o debió usarse en la reforma es el de *Capacidad Legal* ya que es esta la traducción literal de “*legal capacity*” su fuente de origen convencional y de esta manera se evitaba la confusión con el antiguo concepto ya que la doctrina equiparaba a la capacidad jurídica con la de goce, respecto a la titularidad de derechos y obligaciones (De Salas, 2018, p.4).

La mencionada reforma está enfocada en diferenciar el término *discapacidad* del de *incapacidad*, dejando claro en los artículos 3 y 42 que estar afectado con alguna forma de discapacidad, sea esta, física, sensorial o psíquica, no significa falta de capacidad para obrar ni constituye a la persona en un incapaz, dotando de esta manera a todas las personas discapacitadas, sin excepción, de plena capacidad para el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, siempre que sean mayores de edad (Santillán, 2020, p.89).

Con este noble propósito y debido a la colisión con parte de la normativa nacional vigente, la reforma deroga entre otros el inciso 2do del artículo 43 y los incisos 2do y 3ro del artículo 44 que regulaban la incapacidad absoluta debido a una discapacidad psíquica y la afección en la capacidad de entender y querer, esto es de *discernir* y poder autogobernarse. Con ello si bien la reforma cumple con su cometido, lo hace retirando del ordenamiento civil nacional un conjunto de reglas sobre aspectos elementales de validez del consentimiento y capacidad que ahora urgen ser reguladas para un efectivo ejercicio de derechos (Contreras, 2015, p.235).

Ello ha propiciado una gran discusión jurídica debido a las fallas, contradicciones y ausencia de sistematización en las modificaciones hechas que generan confusión, lo que ha llevado a doctrinarios como Espinoza (2018) calificar a la reforma de “*inconsulto, apresurado, con vacíos y contradicciones, propio de una pesadilla*” (p.25). Por otro lado, ha sido criticada como: “*una desnaturalización de la institución de la capacidad en la norma civil, además de precipitada*” (Cieza y Olivarría, 2018, p.52); o “*sin asidero conceptual*” (Palacios, 2018, p.123); “*un despropósito, defectuosa y alarmante*” (Castillo y Chipana, 2018, pp.45 y 50); “*un premio al desorden y desconcierto, inconsistente e inorgánica*” (Vega, 2018, p.42); etc. En resumen, un Frankenstein jurídico producto de un exceso en las atribuciones otorgadas al ejecutivo.

A decir de Cieza y Olivarría (2018) la reforma ha ido en contra de la realidad pretendiendo modificarla sin asidero ni fundamento en la legislación comparada, pues declarar a una persona con escasa o nula capacidad para *discernir* como plenamente capaz es un contrasentido con la naturaleza (p.56). Es imposible que una persona que carece de *discernimiento* pueda ser capaz de valerse por sí misma para realizar actos jurídicamente válidos, pero, aunque parezca increíble con la nueva reforma ahora las personas *sin discernimiento* tienen capacidad plena para contratar (Castillo y Chipana, 2018, pp.48-50).

Por otro lado, siendo que la función de los apoyos es coadyuvar a la persona discapacitada en la toma y manifestación de sus decisiones con respeto y acorde a su voluntad y deseo, resultaría inútil la labor de los apoyos si de lo que se trata es de suplir la voluntad de alguien que por un alto grado de deterioro o afección mental carece totalmente de la capacidad natural de entender y querer, esto es de *discernir*, y que en realidad lo que necesita es de un representante, para justamente salvaguardar el efectivo ejercicio de sus derechos (Cárdenas y Della Rosa, 2018, p.112).

Y como sostiene Verdura (2019) es importante entender que, aunque una persona carezca de la aptitud o capacidad natural de entender y querer y sin importar su nivel de *discernimiento*, tiene plena capacidad jurídica de goce, pues esta es innata y consustancial al ser humano y no está sujeta a limitación o discriminación; es el ejercicio de este derecho lo que se ve limitado por motivos de seguridad jurídica y no por su incapacidad natural o afección (p.204). En este sentido, cabe acotar que la capacidad natural de entender y querer, *el discernimiento*, está indisolublemente

relacionada a la capacidad jurídica de ejercicio de la persona, como presupuesto para la validez de sus actos y la manifestación de su voluntad.

En tanto seres humanos todos tenemos capacidad de goce bajo cualquier circunstancia, la capacidad de ejercicio tiene un despliegue a través del tiempo pudiendo ser limitada por cuestiones de edad, afección mental y las circunstancias que atañen al desarrollo de la capacidad natural de *discernimiento* de cada sujeto. En este sentido, “*no basta tener la personalidad física para poder ‘querer’ en sentido técnico; por el contrario, es menester que se haya logrado cierto desarrollo físico o mental y que nadie turbe las condiciones del sujeto, especialmente las psíquicas*” (Stolfi, 1959, p. 21).

Por otro lado, (Fernández (2016) sostiene que el incapaz como tal no existe para el derecho, lo que existen son personas que debido a ciertos problemas no pueden ejercer por sí mismos algunos o todos sus derechos y los ejercen mediante representante y con ello se protege sus intereses o el interés social comprometido (p.285). En la misma línea de pensamiento Santillán (2014) sostiene que el fundamento de la incapacidad de obrar busca que el sistema jurídico proteja a personas que, debido al nulo, poco o deficiente desarrollo de su capacidad de *discernimiento* pudieran verse afectadas en sus relaciones jurídicas (p. 657).

La norma civil nacional distingue tres tipos de capacidad de ejercicio: la capacidad de ejercicio plena, para mayores de 18 años considerados como suficientemente maduros para ejercer y asumir sus propios actos y que excepcionalmente se extiende a los menores que establece el artículo 46; la capacidad de ejercicio restringida, para menores entre los 16 y los 18 años y las personas consideradas en el artículo 44; y la incapacidad absoluta, para los menores de 16 años, a quienes empero parte de la normativa civil (Art. 46, 378, 455, 457, 458, 530, 558, 646, 1358 (derogado), etc.) y el CNA facultan realizar determinados actos jurídicos sobre la base de su madurez temprana y el desarrollo de su capacidad natural de *discernimiento* (Cárdenas y Della Rossa 2018, p.101).

Respecto del derogado Art.1358 Torres (2018) refiere que en la realidad del día a día los niños y adolescentes con discernimiento realizan actos jurídicos con regular frecuencia por sí solos, sin que alguien dude de su capacidad para comprender el alcance y las consecuencias de los actos que llevan a cabo y la manifestación libre de su

voluntad que los vincula, y que dichos actos estaban amparados por el mencionado artículo (p.295).

Como podemos apreciar, la capacidad natural de *discernir* según la doctrina tiene que ver sustancialmente con la capacidad de obrar, de elegir, de distinguir lo correcto de lo incorrecto, lo lícito de lo ilícito, lo beneficioso de lo perjudicial, el bien del mal. Se trata de una capacidad que va desarrollando la persona progresivamente, conforme va madurando, a la par de su desarrollo físico, psicológico y mental; y que, así como se va desarrollando progresivamente en los primeros años de la vida, puede volver a replegarse en el caso de las personas más mayores.

Bajo este contexto, la doctrina sostiene que la reforma, en su propósito de dotar de plena capacidad a las personas con discapacidad ha suprimido del código civil cualquier norma que invoque el término de incapacidad, pero inexorablemente mantiene de plano en el Art.43 la incapacidad absoluta de menores de 16 años, cuyos actos en rigor deberían ser considerados nulos, toda vez que, sin madurez ni *discernimiento* no puede validarse la manifestación de voluntad. Pero, por otro lado, como veremos, regula la validez de determinados actos en menores *con discernimiento*, a fin de atribuirles capacidad y responsabilidad.

1.3.2.2 La Capacidad Natural de Discernimiento en los niños y adolescentes.

El código civil italiano considera esta capacidad como una figura de la capacidad de obrar y emplea este concepto, que consiste en la aptitud de querer y entender (*aptitud para discernir*), como instrumento para validar los actos jurídicos de los sujetos de derecho, verifica así el juzgador cada caso en relación con el acto llevado a cabo cuando tiene que aplicar la capacidad natural como criterio alternativo al de la capacidad de obrar, en su ausencia, por ejemplo, falta de mayoría de edad del sujeto (Bigliuzzi, et al., 1992, p.102).

Por su parte el Art.16 de la norma civil suiza sostiene respecto de la capacidad natural de discernimiento como aquella capacidad que posee toda persona con la *facultad de obrar razonablemente*, sin que, por su corta edad, enfermedad mental, debilidad espiritual, ebriedad o algún factor semejante está impedida de hacerlo de esta manera. También este concepto se utiliza complementariamente al principio de no disociación o no separación entre la titularidad, el ejercicio de sus prerrogativas y las libertades fundamentales, y por último como criterio alternativo cuando se presenta un

vacío o silencio legal al momento de determinar si un acto jurídico es válido o no en el marco de dichas libertades (Bigliuzzi, et al., 1992, p.107).

Torres (2018) nos dice que una persona que ha llegado a un determinado nivel de desarrollo mental posee la aptitud para querer de manera libre y entender la importancia de sus actos y las consecuencias de estos, pues sabe diferenciar el bien del mal, lo que está permitido (lícito) de lo que está prohibido (ilícito) lo que le es beneficioso de lo que le es perjudicial y así tener el control de su voluntad y sus decisiones (p.293).

Para Espinoza (2012) al ejercer situaciones jurídicas de carácter existencial es bueno tener presente que frente a los derechos que pueden adquirirse también se puede ser susceptible de deberes y en el caso específico de la persona natural individual tanto la libertad ligada a la responsabilidad son de importancia y en tal sentido la presencia del *discernimiento* es un presupuesto imprescindible para su ejercicio, como una manera de proteger a los individuos que no están en condiciones de determinar el grado positivo o negativo consecuencia de los actos a efectuar (p.885).

Una persona que ha llegado a un grado de desarrollo psicológico y físico con el que le es posible hacer una distinción entre bien y mal, lo que es lícito e ilícito, lo que resulta perjudicial y beneficioso para sus intereses es una persona dotada de capacidad natural de discernimiento y cuenta con la aptitud necesaria y suficiente para poder asumir una conducta comprensiva, racional, evaluativa ante un acto en concreto de las relaciones sociales y decidir lo mejor según su querer y entender. Sin esta capacidad natural de discernimiento de la persona no puede haber una voluntad válida para el derecho (Código Civil, 1984, Art. 219.2).

Savigny (1879) precisa que en la Roma antigua se reconocía tres épocas de la vida de la persona las cuales se dividían jurídicamente en 4 períodos: Infantes, hasta los 7 años; Infantes mayores, hasta los 12 o 14 dependiendo del sexo (impúberes) quienes ya podían realizar actos jurídicos importantes o muy necesarios, como contrato de venta o la mancipación, con asentimiento del tutor, pues Justiniano había determinado que a partir de esta edad los individuos contaban con capacidad de discernir y por tanto de obrar sobre sus propios intereses; Adolescentes adultos hasta los 25 años (púberes); y sobre esta edad los adultos quienes contaban con capacidad de ejercicio plena hasta su muerte (p.162).

Sobre este aspecto Busnelli (1982) sostiene que aún en la actualidad es suficiente con ver cualquier documento tradicional acerca de derecho de familia para entender que en la relación entre padres e hijos impera la idea de total subordinación de los niños y adolescentes a la potestad de los progenitores. Y este *dogma* tendría que ser revisado a la luz de los principios de autodeterminación de los menores de edad (p.58).

Es por ello que Stantione (1975) coincide en que, si hablamos de estados constitucionales donde rigen los principios fundamentales, la edad no es ni debería ser un elemento que divida a las personas en dos tipos: por arriba de la edad de mayoría se es persona completa y por debajo de la edad de mayoría se es menos persona o se es persona incompleta o medio persona (p.316).

En esa misma línea Busnelli (1993) afirma que, para valorar las decisiones existenciales del niño o adolescente, se debe tener presente la *madurez* de juicio de la persona o sujeto, dicho en otros términos considerar su capacidad natural o de *discernimiento*, esto independientemente de la edad que tenga, y en ese sentido el vínculo paterno filial debería entenderse como una relación conciliadora, concurrente, solidaria, de formación y educación y solo en caso de no observarse la suficiente madurez o capacidad de *discernimiento*, proceder de manera representativa para protección del individuo (p.59).

Cuando se hace mención del menor de edad como una categoría abstracta, Bussani et al. (1990) nos hacen recordar que se olvida que este se desarrolla por etapas que son progresivas para su *madurez*, de las cuales se resaltan tres fases, hasta los 7 años de edad los niños tiernos, entre los 7 y 14 años los grandes infantes y sobre los 14 años los próximos a la mayoría de edad y que a partir de esta división se considera más o menos accesibles conforme se acercan a la mayoría de edad, esto es sobre los 18, para los menores con más de catorce años (pp.778-780).

En este sentido Koslov (1996) precisa que un ejemplo adecuado de legislación la tenemos a partir del código civil Ruso del año 94 que diferencia a los sujetos en cuanto a su capacidad como: con capacidad activa o de ejercicio pleno; con capacidad activa o de ejercicio no pleno; con capacidad activa o de ejercicio restringida; y, finalmente aquellas declaradas en una corte jurisdiccional como desprovistas de capacidad de ejercicio (activa) esto es personas que carecen de discernimiento. Y dentro de los

sujetos que cuentan con capacidad no plena se encuentran los menores de menos de 6 años, menores entre 6 y 14 años, y por encima de los 14 hasta 18 años (p.7).

Desde esta perspectiva se considera más coherente y acertado ver el problema referente a la capacidad de los niños y adolescentes partiendo del grado de desarrollo de su capacidad natural, esto es desde el nivel de capacidad que posee para *discernir* entre actos ilícitos de los actos legales lícitos con contenido personal y actos con contenido extrapatrimonial. En tanto la postura de los padres deberá estar en sintonía con aquella que se observe en los hijos, de manera solidaria, concurrente y consecuente con la voluntad de los mismos. Y en caso de que el niño o adolescente carezca de la *capacidad de entender y de querer*, los progenitores tendrían que hacer intervenciones según su potestad legal mediante la representación, pero a la vez brindando protección y cuidado para con el menor de edad (Busnelli, 1993, p.70).

Espinoza (2020) señala al respecto que cualquier escritura tradicional sobre la ley familiar mostrará que la idea de la subyugación total del menor al poder de los padres domina la relación padre-hijo. Este dogma debe ser reconsiderado dentro de los márgenes de autodeterminación de los menores. Por eso está de acuerdo con los que creen que la edad no es y no puede ser un elemento que divide a las personas en dos tipos en el diseño y la aplicación de los principios elementales; por arriba de la mayoría de edad, se es una persona completa; por abajo de eso, se es una persona inferior (p.1224).

Es así que gran parte de la doctrina nacional considera que cuando falta la capacidad natural o *discernimiento* no hay una real manifestación de la voluntad, no solo porque esta no está presente en el declarante sino porque su ausencia implica ausencia o carencia del conocimiento del valor declaratorio de la acción o conducta que manifiesta o expresa la voluntad (Taboada, 2002).

1.3.2.3 El Discernimiento de los niños y adolescentes en el Código Civil.

Según Espinoza (2012) la voluntad, esa facultad del ser humano para decidir libremente y ordenar su conducta según su deseo, tiene dos componentes: por un lado, al *discernimiento*, esa capacidad natural de querer y de entender, de determinar si desea o no realizar algo y de entender si ese algo que desea realizar es bueno, lícito, beneficioso o malo, ilícito, perjudicial; por otro lado, la *volición*, que no es otra cosa que la concreción de tal decisión. La persona que carece de *discernimiento* no tiene la capacidad de manifestar su verdadera voluntad por lo que sus acciones no contienen valoración subjetiva y son materia de protección del ordenamiento legal (p.1257).

Espinoza (2012) acertadamente también sostiene que “*Un principio que todo operador jurídico debe tener en cuenta es la presencia del **discernimiento** del sujeto para determinar la validez de los actos jurídicos que realice y su responsabilidad civil*” (p.942). En el código civil la relevancia de la capacidad natural, *el discernimiento*, puede ser visto a instancias de la inutilidad del binomio entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, en materia de situaciones jurídicas fundamentales (Espinoza, 2012, p.932).

El *discernimiento* también está definido en la doctrina nacional como la facultad del ser humano de distinguir entre lo que es el bien y lo que es el mal y el desarrollo de la lógica y la disposición para resolver problemas ante situaciones y relaciones complejas dadas más allá del mundo propio mediante ideas originales con un sentido de previsión y proyección a futuro (Rubio, 1992, p.156).

El fundamento o razón en la normativa civil de la limitación de responsabilidad para niños y adolescentes considerados como incapaces absolutos (Art.43) o con capacidad restringida de ejercicio (Art.44) radica en su nula o insuficiente “madurez” a consecuencia de la corta edad; hasta que la gradual evolución de su intelecto les permite adquirir un suficiente conocimiento para la vida de relación social y la persona ya puede asumir responsablemente sus actos, condición que para la normativa civil también está supeditada y determinada por la mayoría de edad (LLambías, 1986, p.441).

Pero, si apreciamos el Art.378 inc.4 del C.C. se considera que esta capacidad natural, *discernimiento*, puede observarse a partir de los 10 años de edad aproximadamente, proceso de permanente desarrollo que se va consolidando hacia los 14 años, pero que a su vez es diferente para cada ser humano según la experiencia en el

contexto de su evolución y desarrollo, quedando a criterio del juzgador el análisis de cada caso en concreto (Rubio, 1992, p.158).

Respecto del *discernimiento* también podemos observar en el Art.455 del C.C que, sin determinar edad sino simplemente con la aptitud para *discernir* entre lo que es beneficioso o perjudicial, los menores pueden aceptar, recibir o renunciar a bienes patrimoniales mediante herencia, legado o donación, así mismo hacer uso del ejercicio de sus derechos estrictamente personales, esto es aquellos derechos innatos relacionados con su calidad de sujeto de derecho, por ejemplo, el Art.393 del C.C. con el reconocimiento por el menor de 14 años del hijo extramatrimonial, sin la intervención, para estos casos, de sus tutores (Varsi, 2020, p.129).

Así mismo, el Art.456 precisa que independientemente de lo que establece el Art.1358, sobre los 16 años el menor de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos con la autorización o ratificación del acto por sus progenitores, este precepto se analiza en concordancia con el Art.65 del CNA sobre el principio de capacidad jurídica del menor de edad para realizar contratos referidos a su actividad laboral o actividad económica y entendido como una manera de obtener capacidad (Varsi-Rospigliosi E. , 2020, p.130).

Otro artículo que en base a la *capacidad de discernimiento* otorga libertad plena al menor de edad sobre las cosas de su propio caudal o peculio es el Art.457 que permite a los niños y adolescentes autorizados por sus progenitores dedicarse a un trabajo, oficio, ocupación, etc. Así mismo, realizar los actos judiciales o administrativos necesarios para la regulación y administración de sus bienes. Concordado con el CNA podemos ver que las condiciones, edades y tipo de labores permitidas varían conforme a su edad y madurez y estas van desde los 12 a los 16 años (Varsi, 2020, p.130).

En cuestión de resarcimiento de daños resulta determinante el *discernimiento*, su presencia no solo identifica al causante directo del daño sino también la concurrencia de responsabilidad con otras personas, en ese sentido la condición de incapacidad no tiene importancia al momento de valorar la responsabilidad del autor directo, sino para establecer si la persona perjudicada tiene a otra persona delante a la cual demandar a efectos de una reparación (De Trazegnies, 1988, p.392).

Para la atribución de responsabilidad civil por daño Trazegnies (1988) diferencia entre el sistema francés que tutela a la víctima del daño sufrido responsabilizando al

menor de edad sin discernimiento por sus actos ilícitos y el sistema italiano que tiene como presupuesto para la atribución de la misma responsabilidad a la capacidad de querer y entender, esto es el discernimiento (p.151). En ese contexto, la norma civil nacional Art.458 responde a criterios distributivos de responsabilidad civil y atribuye directamente la responsabilidad a los niños y adolescentes con *discernimiento* por sus actos ilícitos (Perlingieri, 1991, p.92).

Se considera que esto es así porque en cuestión de responsabilidad civil se conjugan dos aspectos, uno subjetivo que implica la imputación de responsabilidad al sujeto y otro objetivo sobre la lesión del interés ajeno. En esa línea de ideas, el legislador ha asumido que antes de responsabilizar a una persona esta deberá tener la libertad, que implica la capacidad de *discernir*, necesaria para asumir y responder las consecuencias de sus propios actos (Espinoza, 2012, p.935).

Torres (2018) realiza algunas reflexiones respecto a la capacidad natural de discernimiento de los menores y sostiene: si un adolescente que con su trabajo se paga por sí mismo sus estudios superiores de inglés o computación y quiere comprar una computadora portátil multimedia, este acto constituye una necesidad ordinaria de la vida diaria de este menor y sin duda la norma no debe dejar desprotegida a esta persona que además merece todo respaldo y reconocimiento por el esfuerzo que hace para superarse y convertirse una persona de bien y el derecho debe regular su situación de manera que se permita desarrollar su proyecto de vida (p.295).

No se puede negar que los niños de hoy maduran mentalmente más rápido que en el pasado debido a una variedad de factores, incluyendo la televisión y la tecnología. Ya no podemos decir que las acciones que un niño puede realizar son solo comprar refrescos, dulces o cualquier otra golosina o afirmar que solo esas acciones satisfacen sus necesidades básicas. Las partes de un contrato en línea no están físicamente presentes y no hay comunicación verbal entre ellas.

Como resultado, es imposible determinar si la persona que se contrata es mayor o menor, o si se encuentra legalmente capacitada. Sin embargo, es obvio que si este individuo está negociando por estos canales es porque tiene el nivel de discernimiento necesario para hacer un contrato. Por tanto, es fundamental que la capacidad de juicio se establezca como principio rector en este ámbito de la contratación para proteger la

buena fe e introducir procedimientos jurídicos más equitativos, como hicieron los pretores romanos (Torres, 2018, p.296).

Los motivos por los cuales el ordenamiento jurídico ha determinado que la capacidad de actuar plena se adquiera con la mayoría de edad son básicamente de seguridad jurídica y para agilizar y facilitar las relaciones sociales con alcance legal. Queda entendido que el inicio de la capacidad de ejercicio no concuerda con el inicio de la capacidad natural que yace en sus fundamentos y que el sujeto normalmente tiene mucho antes de lo que la ley establece. Por ello se puede afirmar que, todo sujeto con capacidad legal tiene la capacidad natural de *discernir*, pero no todo sujeto con la aptitud natural de discernir tiene capacidad de obrar. Y en este sentido, la doctrina moderna opina que es necesario que la capacidad de actuar sea regulada concordante con el desarrollo mental del sujeto, esto es con su capacidad de discernir y con la complejidad del acto jurídico a realizar (Nunez de Souza & Da Guía Silva, 2016, pp. 1-37).

Torres (2018) coincide afirmando que la incapacidad absoluta del menor de dieciséis años está establecida en razón que por su corta edad no ha desarrollado lo suficiente mentalmente, hasta el punto en que pueda comprender plenamente los efectos de sus acciones. En ese aspecto, el límite de los dieciséis años para la incapacidad absoluta de obrar está establecido arbitrariamente pues no tienen un fundamento natural, ni en la realidad actual, ni para la ciencia moderna. No resulta factible establecer una línea de división tajante entre una persona con capacidad de obrar y una sin capacidad de obrar en función únicamente de la edad, sin considerar el grado de madurez, de desarrollo mental, desarrollo psicofísico, y las capacidades naturales de querer, de entender y de *discernir* del sujeto (p.303)

La adquisición de la capacidad de obrar es gradual y progresiva conforme se aproxima a los perímetros de la mayoría de edad, es por ello la necesidad de reconocer gradualmente según el sujeto y el acto jurídico a desarrollar su capacidad de actuación de sus derechos, conforme lo regula la normativa civil cuando excepcionalmente dota al menor de diez años a dar su consentimiento para su adopción (art. 378.4); o cuando establece que el menor de edad con capacidad natural puede recibir donaciones, legados y herencias voluntarias, cuando estas sean puras (art. 455), etc. casos en los que la

capacidad de discernir del sujeto es considerada para la realización el acto (Torres, 2018, p.303).

Esto también se sostiene en La Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) que establece que toda persona menor de 18 años se considera niño. Así mismo, esta convención internacional en su Art.2do Consagra el principio de la autonomía progresiva de los niños y niñas para el ejercicio de sus derechos, sin distinción alguna por razón ajena a su condición de niño y persona humana o la de sus progenitores o representantes. Conforme prescribe la norma convencional todo niño, desde su concepción hasta su mayoría de edad, posee iguales derechos y deberes jurídicos que un adulto (p.10).

Una teoría en el Derecho comparado estudiada por Kelemejer (2001) sobre la voluntariedad cuando implica la salud de la persona está basado en el conocido caso Gillick, postura jurisprudencial por la cual se sostiene que el ser humano llega a tener conciencia sobre su cuerpo mucho antes de lo que determina norma con la mayoría de edad, por tanto, para realizar un tratamiento médico es necesario el previo consentimiento del paciente al que se va a intervenir si este posee la aptitud para comprender y la inteligencia para expresar su voluntad y decidir respecto del acto médico a recibir (pag.256).

1.3.2.4 Modelos para la capacidad de ejercicio de menores en la historia.

Ravetllat (2015) refiere que las normas que regulan la capacidad de ejercicio de los menores han progresado desde sus orígenes más tempranas en el derecho romano, pasando por la codificación y, finalmente, en la aplicación de un sistema influido por el derecho internacional. Los dos últimos modelos coexisten hoy en día: uno, claramente retirado y representado por el sistema decimonónico o codificado, y el otro, que emerge sutilmente, pero con suficiente fuerza, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que podría denominarse convencional al referirse al instrumento internacional que sirve como su base (p.17).

A) Modelo tradicional o decimonónico

Desde la codificación del Derecho Civil en los tiempos napoleónicos has los últimos códigos del siglo veinte en materia de capacidad la regla general ha sido la incapacidad respecto de los menores edad. Y esta incapacidad general admitida como norma de fondo, sin posibilidad de demostrar la contrario, no le permite realizar ningún

acto de relación jurídica, teniendo como principio la incapacidad del menor de edad se considera que aquella persona que no ha llegado a los 18 años es definitivamente débil de voluntad sin posibilidad de probar lo contrario (Serrano, 2007, p.171).

Esquema que fue construido por una norma legal que determinó la edad a partir de la que la persona es considerada menor de edad y otra que determinó quienes podían contratar y quienes no. Disposiciones normativas que rigieron por completo las posibilidades de relación jurídica de las que era titular un menor de edad, con algunas excepciones expresamente normadas. Así tenemos que el Código de Napoleón determinaba en su artículo 388 la edad por debajo de los 21 años para la minoría de edad y la incapacidad para contratar de los mismos en su artículo 1124 (Monroy, 2006, p.85).

Así tenemos que desde la antigüedad y hasta hace poco tiempo atrás, el menor fue asumido social y jurídicamente menos que las demás personas, con una mínima o nula intervención en la actividad jurídica, aún sobre aspectos que le afectaban directamente, un esquema jurídico pensado y estructurado para proteger intereses del padre de familia más que para tutelar los derechos de los menores de edad (Rocha, 2015, p.50).

La premisa fundamental sobre la que se basa este modelo conceptual es que la capacidad de ejercicio solo debe ser obtenida por personas con un grado cierto de desarrollo mental y experiencia de vida y aunque sería ideal determinar la capacidad de la persona mediante un criterio subjetivo de madurez real, se debe dar prioridad a la seguridad jurídica que deviene del criterio objetivo que lo proporciona fijar la edad cronológica de la persona (Aguilar, 1985, p.167).

Efectivamente, se ha considerado que al fijar una edad que determine el inicio de la capacidad de ejercicio se superan las dificultades de establecer en cada momento si la persona que va realizar o realizó determinado acto jurídico tiene o tuvo, según el caso, madurez, aptitud mental y desarrollo suficiente para tal acto, priorizándose la seguridad jurídica que podría afectar a terceros de buena fe sobre la posibilidad del ejercicio de los derechos de la persona (De Freitas, 2002, p. 331).

Todo lo que sostiene al modelo tradicional ha generado una visión distorsionada del menor de edad presentándolo como una persona carente de condiciones para velar por sus más básicos intereses, modelo que si bien desde la óptica patrimonial tiene cierto sustento, ha traído una consecuente disminución de sus derechos en otros aspectos, haciendo aparecer al menor de edad como un completo incapaz, lo que ha permitido

bajo un supuesto manto de protección, abusos y lesiones a través de la historia de sus derechos más fundamentales (Aguilar, 1985, p.171).

Este pensamiento persiste en la práctica hoy en día en algunos sectores, lo que se debe a los esquemas mentales de los operadores legales que, en varios casos, no han podido abandonar por completo la visión de la situación irregular, que no es el resultado de los sistemas legales, ya que casi todos ellos han sido adecuados al paradigma de la protección integral, sino que es el resultado de los esquemas mentales de los operadores legales que, hasta la fecha, no han podido abandonar por completo la visión de la situación irregular. A pesar de que sus países han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y han adaptado su legislación doméstica, siguen actuando sobre antiguos prejuicios de que los niños que carecen de la capacidad de actuar, siempre se han tratado y pensado como objetos en lugar de sujetos de derechos (Ferrajoli, 1999, p.48).

Para la doctrina de protección integral, la consideración de los niños y adolescentes como sujetos carentes de cualquier racionalidad, que es el similar legalmente como declararlos incapacitados plenos y totales, es inconsecuente y no compatible con los descubrimientos y logros de las ciencias de apoyo del derecho, como psicología, la pedagogía y la psiquiatría, cuyos principales enfoques consisten en sostener que a medida que una persona crece y se desarrolla, adquiere gradualmente la capacidad de tener sus propias decisiones (Castillo, 2004, p.89).

▪ ***La edad como determinante en la capacidad de ejercicio***

El modelo tradicional se basa en la edad cronológica para determinar si una persona es capaz de llevar a cabo actos jurídicos o no, bajo un patrón objetivo que según el esquema presentado anteriormente se establece que sobre los 18 años todas las personas son capaces y debajo de esa edad todos los menores son incapaces (De Cossio, 1975, p.85).

Tenemos así que para el derecho el referente objetivo de la edad cronológica de la persona es asociada directamente a la posesión de la aptitud exigible para la ejecución del acto jurídico, de esta manera podemos entender que el legislador asume que la madurez del menor y su discernimiento dependen directamente de un hecho completamente involuntario como es la edad de la persona y que en la medida en que este se aproxima a los 18 años establecidos para su mayoría, la ley le reconoce facultades para su actividad jurídica. La edad como sinónimo de suficiente desarrollo mental, se constituye así en un baremo único para medir y determinar el desarrollo,

madurez y discernimiento de la persona, a fin de evitar el análisis de cada caso en particular (Domínguez y Valera, 2018, p.325).

A ello Sanojo (1873)) sostiene que la norma presume que una vez alcanzado los 18 años y la persona ha desarrollado completamente sus facultades mentales y es capaz de asumir, así de un momento a otro, por sí mismo sus relaciones jurídicas, y esto resulta tan absurdo como sostener que momentos antes y hasta minutos antes de su cumpleaños esa misma persona era un completo inmaduro e incapaz de actuar por sí mismo en relaciones legales (p.302).

Para Ravetllat (2016) esta determinación del tiempo exacto en que se llega a la mayoría de edad por definición resulta arbitraria a pesar de haberse modificado de los 21 años a los 18 años para aminorar su rigidez inicial (p.130) y en el mismo sentido agrega Valera (2016) replica que pretender meter bajo iguales limitaciones a todos los menores de edad es una opción que no se ajusta para nada a la realidad, por esta rigidez es que los modernos modelos que regulan este aspecto han adoptado otro más flexible (p.8)

B) Modelo convencional o moderno

Recibe este nombre por el soporte que recibe por parte de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que además de ser uno de los elementos internacionales con más ratificaciones debido al interés de las naciones, comprende un cambio radical de paradigma respecto al enfoque y reconocimiento los derechos elementales de los menores pasando de un modelo que los consideraba en “situación irregular” a un modelo que los acoge bajo una “protección integral”, buscando transformar una realidad bastante vulnerada (García, 1998, p.16).

Si bien es cierto que para definir mediante reglas generales la capacidad de ejercicio de los menores resulta algo complicado, por tratarse de un grupo que por sus variadas edades resulta muy diverso, la Convención gira alrededor de dos puntos principales, uno es el de Protección y el otro de Autonomía, que a simple vista parecieran ser contradictorias pero que aplicadas a cada caso específico convergen en una fórmula terminada que encaja con lo propuesto por la doctrina de protección integral que promueve la misma (Parra-Aranguren, 1998, p.56).

Para comprender lo que se ha presentado, debemos comprender primero que el modelo integral de protección afirma parcialmente que la mejor manera de lograr la

consolidación y el respeto de todos los derechos de los niños es que estén directamente implicados en el ejercicio de esos derechos de acuerdo con su desarrollo y evolución de aptitudes, y que, a su vez, otros operadores del niño, la familia, la sociedad y el estado se convierten en promotores de esos derechos (Piconto, 2016, p.139).

Según Rajmil y Llorens (2015) el concepto de capacidad o autonomía progresiva para poder hacer ejercicio de derechos contiene lo más relevante de la Convención en el régimen jurídico tradicional, pues concede a los menores ejercer sus derechos de acuerdo a patrones más moldeables o flexibles, no únicamente la edad, que se relacionan con su madurez, discernimiento y desarrollo (p.99)

Lo que confirma Del Mazo (2014) cuando sostiene que la autonomía progresiva establece para los menores asumir de acuerdo a su madurez disertada, discernimiento y desarrollo mental los roles y funciones que gradualmente les competen, algo que es opuesto al cerrado y rígido sistema hasta ahora imperante en la norma civil (p.2).

Características del Modelo Moderno

- La capacidad de ejercicio relativa es la regla: De hecho, la idea básica detrás de este modelo de capacidad es sustituir el criterio tradicional del menor incapaz por el criterio del menor con la capacidad de ejercer según sus propias aptitudes. En consecuencia, el intérprete debe empezar asumiendo que el niño o el adolescente puede ejercer directamente sus derechos y cumplir sus responsabilidades, para lo que debe considerar los criterios de edad, madurez e interés superior, y ratificar el supuesto de la capacidad basado en ellos. Por lo tanto, habrá casos en los que el legislador determinará la limitación de la capacidad de trabajo a priori, pero en estos casos, las limitaciones deben ser establecidas (Raimil y Llorens, 2015, p.94).
- La capacidad de ejercicio debe determinarse para cada caso individual, por lo que es relativa: El modelo se basa en criterios flexibles, lo que significa que no puede generalizarse y que todo se determinará por el desarrollo de aptitudes personales, que difieren de persona a persona y de escenario a escenario. De hecho, en cada caso, se requiere un análisis específico, similar al que se produce cuando se evalúa el interés superior del niño, que también requiere especificidad para cada caso (Barcia, 2013, p.45).
- Dado que la capacidad de ejercer es evolutiva, la edad, la madurez para discernir y la relación legal en la que se aplica deben tenerse en cuenta: Aunque los rangos de

edad pueden fijarse en algunos casos, este factor por sí solo no determina la capacidad; debe combinarse con otros factores personales como la madurez y el interés superior, así como la naturaleza de la relación legal. La combinación de todos estos elementos permitirá entonces probar una hipótesis específica para ver si el niño o el adolescente tiene la capacidad de ejercer, con el objetivo de que el menor actúe en el ejercicio directo de sus derechos (Aguilar, 1985, p.78).

- Es necesario ponderar los intereses del niño con el derecho a ser escuchado para tomar esta decisión: Estos poderes interactúan entre sí en todas las relaciones jurídicas que implican a un niño o adolescente, y su aplicación debe fomentarse; la misma situación se produce cuando se determina si un menor tiene la capacidad de ejercer un derecho específico. En resumen, la capacidad, el interés y la opinión se entrelazan para consolidar el modelo de protección integral derivado de la Convención.
- Debe darse prioridad en lo posible su participación: En caso de duda, siempre hay que elegir el ejercicio directo del derecho, y, por tanto, su participación en el destino de sus propios poderes y obligaciones. Esto, a su vez, permite al sistema integral de protección de los niños consolidar la ciudadanía activa como objetivo. Para reforzar su consideración necesaria como verdadero protagonista de sus derechos, estamos asimilando, en un camino inacabado, la presencia de una infancia en acción y participativa, plenamente poseedora de los derechos subjetivos y en condiciones de ejercerlos progresivamente o de forma gradual (Cuevas, 2010, p.33).

1.3.2.5 La Convención de los Derechos del Niño. El principio de autonomía o capacidad progresiva se encuentra inmerso en todo el desarrollo de la CDN. El art. 12 garantiza que el niño está en condiciones de formar su propia opinión y tiene derecho a decir lo que opina libremente en todos los procesos que le afectan, teniendo en cuenta su edad y madurez. Estas disposiciones, a su vez, se refieren al estado, a los padres y a otros que son responsables del desarrollo físico, espiritual, mental, social, moral, de los menores. (arts. 6.1; 18.1; 27.1; 32.1; etc.).

Sin embargo, es el artículo 5 del CDN el que reafirma fundamental y básicamente este principio, recordando a los padres de su responsabilidad de proporcionar una dirección y orientación adecuada a sus hijos para que puedan hacer uso de sus derechos conforme con el desarrollo de sus facultades. El artículo 14 reproduce este

mandamiento exigiendo al Estado que respete los derechos y obligaciones de los padres o sus representantes de ley en la guía del niño en el uso de su derecho de acuerdo con la evolución de sus poderes (Famá, 2015, p.11).

Si se requiere una capacidad legal para el ejercicio de los derechos fundamentales, la capacidad de actuar, que puede definirse como la capacidad o la voluntad de un sujeto para realizar actos jurídicos eficaces, se determina por las condiciones efectivas de madurez, que varían de persona en persona y se adquieren gradualmente hasta la edad de la mayoría, que implica una presunción implícita de capacidad total para actuar. La minoría no es una razón de incapacidad, sino una situación modificable de la capacidad de actuar basada en las circunstancias subjetivas. El menor no es incompetente, pero tiene una capacidad limitada para actuar (Sánchez, 2006, p.36).

Este principio de capacidad o denominado de autonomía, tiene implicaciones significativas para los derechos humanos de los menores, porque afirmar que adquieren una mayor competencia para asumir la responsabilidad a medida que maduran y desarrollan el discernimiento para comprender el significado de sus acciones que afectan a sus propias vidas, implica una gradual disminución de la necesidad de guía de sus padres y orientación, así como el deber de contralor del Estado. Como se dijo, la capacidad progresiva de los menores se manifiesta tanto en las esferas públicas como privadas, lo que implica la necesidad de reconocer diferentes niveles de participación en relación con sus padres u otros adultos, como en relación con el Estado.

Además, este principio desempeña un rol fundamental en el equilibrio de la Convención entre lo que significa el reconocimiento de los niños como actores activos en sus mismas vidas y la necesidad de protección debido a su inmadurez. La base para un respeto adecuado por el comportamiento independiente de los niños es la capacidad progresiva en concordancia con el desarrollo o evolución de sus facultades, sin exponerlos demasiado temprano a las responsabilidades completas normalmente asociadas a la edad adulta (Lansdown, 2005, p.19).

Relación con la Doctrina de la Protección Integral. La Doctrina de la Situación Irregular duró hasta finales del siglo XX, y trató a los niños y adolescentes como si fueran objetos de protección con necesidades que debían ser satisfechas porque eran seres débiles e indefensas que no podían cuidar de sí mismos. Porque no se le consideraba una persona con sus propios derechos y que, según su desarrollo evolutivo, podría considerarse un agente de su propio desarrollo. Esta concepción generó en la sociedad una sensación de compasión por los menores, lo que llevó a cubrir sus necesidades, que se percibían como deficiencias, guiándose por un deber moral, porque no se le consideraba una persona con sus propios derechos y que, según su desarrollo evolutivo, podría considerarse un agente de su propio desarrollo (Aguilar, 1996, p. 440).

Esa perspectiva cambió con el CDN, que se inspiró en la Doctrina de la Protección Integral, que enfatizaba el desarrollo completo de las habilidades de los niños y adolescentes para su autosuficiencia en la sociedad y reconocía su estatus como sujetos jurídicos. De esta manera, tal como señala el profesor Aguilar, sus “necesidades” se convirtieron en derechos. La Teoría de la Protección Integral se basa en cinco principios clave: el menor es un sujeto activo del derecho, el menor es titular de derechos específicos, los asuntos relacionados con el menor deben tener en cuenta su interés superior, el menor tiene derecho a intervenir en las decisiones que le atañen y a expresar su opinión, y el menor ejerce sus derechos de forma progresiva (Aguilar, 1996, p. 449).

Relación con el Principio de Autonomía Progresiva. En palabras de Acuña (2020) Se denomina autonomía progresiva a la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para ejercer libre y gradualmente sus derechos frente a la autoridad de sus padres u otros adultos encargados de su dirección y orientación. La autonomía acorde a la edad implica que los niños, niñas y adolescentes participarán activamente en el ejercicio de sus derechos, según el nivel de madurez y discernimiento alcanzado. Indica que una persona adquiere control sobre varias áreas de acción a medida que desarrolla sus habilidades de acuerdo con su edad (p.134).

Según Gómez (2018) el principio de autonomía progresiva establece que los niños adquieren la capacidad de ejercer sus derechos y obligaciones a medida que maduran como personas, no existe una edad establecida en la que los menores puedan ejercer sus derechos, se tiene en cuenta el desarrollo del niño. Este crecimiento está estrechamente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por los que pasan los niños a

medida que aprenden, se desarrollan y se vuelven más conscientes de sus derechos y cómo ejercerlos mejor (p.118).

Como hemos visto, los menores son individuos que dependen de otros sujetos porque la ley no les concede la autonomía absoluta necesaria para ejercer sus derechos y obligaciones; como resultado, deben actuar en su nombre sus padres o tutores la mayor parte del tiempo. Sin embargo, ahora se acepta ampliamente que ser niño no implica ser un adulto menos maduro, y que la infancia no es una etapa de desarrollo que conduce a la edad adulta. La infancia, así como la adolescencia son estados del desarrollo que tienen igual importancia. Por lo tanto, la infancia puede considerarse como un periodo de autonomía personal, social y legal, eficaz y progresiva (Bruñol, 1999, p.19).

Con esta nueva perspectiva, el Convención se convirtió en una innovación doctrinal en el campo de la capacidad, ya que cambió el enfoque legal de la infancia, ya que las políticas adaptativas anteriormente trataban a los niños como simplemente destinatarios de servicios públicos o privados, asumiendo el papel de beneficiario u objeto de la protección del Estado y de la sociedad (Bruñol, 1999, p.21).

Si la visión de la doctrina de la situación irregular, que sostiene que los niños tienen una personalidad no perfecta e incompleta, sirvió como principal justificación para ejercer un poder absoluto y discrecional sobre ellos, la doctrina de la protección integral emerge reconociendo al niño como el titular y poseedor de determinados derechos y atributos elementales que son propios a él por su situación como ser humano, además de los derechos especiales que se derivan de su estado como niño en el proceso de desarrollo (Bruñol, 1999, p.19).

En consecuencia, la Convención consideró no sólo los denominados derechos humanos de los niños, sino también la posibilidad de aplicarlos a través de un nuevo concepto de autonomía conocido como autonomía progresiva. La autonomía progresiva no es un ejercicio progresivo de los derechos (el derecho a la vida, por ejemplo, no puede ejercerse progresivamente), sino una autonomización gradual en el ejercicio de los derechos, según la etapa de vida que transita el niño (Magistris, 2015).

Este punto de vista implica el reconocimiento completo de la titularidad de los derechos de los menores y su autonomía para ejercerlos a medida que sus facultades evolucionan, lo que implica que a medida que se incrementa la edad de un niño, aumenta su nivel de autonomía y autodeterminación sobre su propia existencia, mientras que el poder de la sociedad adulta para imponer decisiones autoritarias disminuye. A medida que se añaden nuevas garantías a las que apliquen a todas las

personas, se crea un sujeto especial de derecho, con protección supralegal, o protección complementaria (Bruñol, 1999, p.19).

Algunas disposiciones del CDN, principalmente los artículos 5 y 12, encierran este nuevo concepto de autonomía.

El artículo 5 establece que los involucrados tendrán que respetar las responsabilidades tanto como los derechos y las obligaciones de los padres o, en su defecto, de los miembros que constituyen la familia o la comunidad ampliada, tal y como establece la costumbre zonal de los tutores o de los demás responsables legales del niño, para impartir, de acuerdo con la evolución de sus poderes, la dirección y la orientación adecuadas para que el niño pueda ejercer los derechos recogidos.

Las consideraciones generales según Peña (2018) vertidas en la disposición transcrita pueden sintetizarse de la siguiente manera: la afirmación del papel propio de los padres en la formación y la educación de sus hijos; confirma que los propios niños son los que ejecuten sus derechos; la inserción del concepto de la capacidad del niño para ejercer derechos con una mayor autonomía a medida que crece, lo que permite la resolución de una aparente contradicción entre los dos primeros.

El artículo 12, por otro lado, establece:

1. Las partes garantizan que un niño que es capaz de realizar sus propias determinaciones tiene derecho a expresar libremente su parecer en todos los asuntos que le afectan, teniendo en cuenta el parecer del niño, la niña y el adolescente en base de su edad y su madurez.
2. Cualquier proceso judicial o proceso administrativo que atañe al niño proporcionará al mismo la oportunidad de ser escuchado, ya sea de manera directa o a través de un órgano representativo o adecuado, de acuerdo con las normas procesales del derecho nacional.

El análisis combinado de ambos artículos, en nuestra opinión, tiene tres dimensiones importantes: en principio, es responsabilidad del Estado respetar las responsabilidades, los derechos y las obligaciones de los padres, asumiendo el principio de la intervención no arbitraria en los asuntos de la familia; luego, es responsabilidad de los padres o responsables proporcionar la orientación y la dirección adecuada para que el niño pueda ejercer los derechos establecidos en esta convención; y por último, y quizás lo más importante, el ejercicio de los derechos del niño es progresivo a medida que va madurando y se desarrollan sus facultades.

1.3.2.6 Teorías de apoyo de la psicología evolutiva. Dado que el concepto de *discernimiento* está inmerso entre los conceptos legales indeterminados o abstractos, es necesario definir o establecer lo que implica esta capacidad natural. Como se ha visto, esta capacidad natural en los menores de edad está íntimamente relacionada con una graduación en el ejercicio de los derechos basada en el desarrollo de la madurez o desarrollo de las facultades del individuo; en consecuencia, resulta pertinente definir lo que significa la evolución de las facultades o desarrollo psicológico físico, así como su contexto y para ello el discurso legal resulta insuficiente y es necesario recurrir a disciplinas como la psicología evolutiva (Lloveras y Salomón, 2009, p.417).

Son dos enfoques teóricos opuestos al desarrollo del niño que inciden en la interpretación del concepto de madurez y evolución de las facultades; las teorías tradicionales explican que llegar a la edad adulta engloba un proceso en el que el niño pasa por varias etapas de evolución física (cuerpo), mental (intelecto y psiquis) y espiritual; y los divide en seis periodos pero el niño empieza a tener un grado formal de operación a partir de la adolescencia, que le permite accionar no solo a nivel de lo concreto e inmediato del mundo sino a nivel de lo abstracto, de lo posible, de las ideas, hipótesis y supuestos, que le dan la capacidad de autonomía de juicio, razón, discernimiento, madurez, etc., característica de la inteligencia reflexiva completa (Piaget, 1991, p.11).

El modelo conceptual de desarrollo de la persona y su proceso de madurez desde esta teoría tradicional se denota por la presunción de que existe un orden que es natural en el que los menores dependen y las normas inevitablemente rigen su desarrollo hasta la edad adulta. Así para esta teoría la infancia también se presenta como una secuencia universal, lineal, secuencial, prescribible que ignora la importancia de los contextos sociales, culturales y económicos, así como del entorno familiar, en el desarrollo de las facultades del niño (Qvortrup, 2005, p. 49).

Por su lado, las teorías culturales cuestionan a las tradicionales teniendo en cuenta que sus conclusiones se basan en investigaciones realizadas sólo en Europa y Estados Unidos, con observaciones de niños en aislamiento de otros adultos y en pequeño número de experiencias. Por lo tanto, no reflejan la complejidad de los elementos que inciden en la capacidad de los niños para adquirir competencias, y soslayan la importancia del entorno y del desarrollo como resultado de procesos económicos,

sociales, culturales y ambientales, específicamente relacionados con las prácticas de formación en las que de evoluciona su existencia (Super & Harkness, 1982, p.170).

Un estudio de la evolución de las facultades mentales, según la Teoría de las etapas del desarrollo psicosocial de Erikson, sostiene que los niños de 3 años ya poseen cierta autonomía con el desarrollo de facultades locomotoras y verbales, también cuentan con voluntad de aprender, *discernir* y decidir en términos de autonomía física, cognitiva y afectiva; de los 6 a los 12 años, hay un aprendizaje sistemático como resultado de su experiencia con la familia, la escuela y la sociedad. Se genera un sentimiento de capacidad, competencia y participación en la sociedad, y comienzan a pensar de forma lógica, la cual se incrementa a medida que el individuo crece (Bordignon, 2005, p. 55).

Así mismo, Weithorn (1983) sobre la participación de los niños en las decisiones que les afectan, señala que entre los 7 y 9 años son capaces de tomar decisiones completamente lógicas a pesar de no tener igual capacidad de entendimiento y habilidad que los adultos; incluso los menores de 7 años ya poseen preferencias e ideas razonables sobre de lo que ellos quieren, y les atrae ser parte de la toma de decisiones de su interés 29. Al parecer existe un consenso en psicología que la edad de inicio del pensamiento lógico complejo que permite tomar decisiones es entre los 6 y 8 años y esta capacidad se incrementa conforme la edad aumenta. Una evolución similar se aprecia en cuanto a su capacidad comunicativa que entre los 5 y 7 años presentan un habla parecida al de los adultos (p.123).

Es importante considerar en el análisis de la evolución de las capacidades de los menores, que los rangos de las edades solo hacen referencia a promedios base, pues hay otros factores que influyen en el desarrollo y la adquisición de facultades y habilidades de manera positiva o inversa a los promedios establecidos (Papalia, 2012, p.6). En ese sentido, la investigación considera que la evolución de las facultades de la persona y por ende de su madurez y capacidad natural de *discernimiento* son resultado tanto de factores internos de orden natural de desarrollo, como de factores externos socio culturales, económicos, ambientales y de contexto histórico

1.3.2.7 Aspiraciones del Código Civil Peruano. Se han desarrollado varios modelos de capacidad para los menores, que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Las leyes especifican edades fijas en las que los derechos deben ser adquiridos, principalmente de acuerdo con las teorías convencionales. La uniformidad y la rigidez

de sus normas dan lugar a modelos que ofrecen seguridad legal, pero ignoran la base de la autonomía progresiva y no tienen en cuenta las verdaderas particularidades de desarrollo y evolución de cada niño.

b) Todas las restricciones de edad se eliminan, y cada niño se evalúa individualmente para determinar si su madurez le permite ser parte en la toma de decisiones. A pesar de que este modelo toma en cuenta la unicidad de cada niño o adolescente y es la expresión del principio de autonomía, la Convención sugiere ciertos límites de edad por medios legales. También genera incertidumbre en el tráfico jurídico y un escenario judicial de constante evaluación de la capacidad del niño.

c) Establece límites de edad predecibles que permitan a los niños ejercer sus derechos y demostrar su preparación antes de alcanzar la mayoría establecida. Este modelo combina los elementos mencionados y tiene la ventaja de ofrecer directrices generales que proporcionan tranquilidad a los adultos y cuidado a los niños, al mismo tiempo flexibilidad al tener en cuenta la individualidad de cada niño. Demostrar competencia antes de alcanzar la edad adulta requiere que el niño supere las barreras de acceso a la justicia que existen para este grupo vulnerable, especialmente en los sectores sociales y económicos con más desventaja.

d) Establece restricciones de edad fija sólo para derechos que podrían ser vulnerados por los adultos e introduce la presunción de la capacidad del niño. Este modelo, también mixto, establece límites de edad para proteger ciertas situaciones, como daños causados por sí mismo, por factores sociales o económicos perjudiciales, por explotación o abuso. Y considera la presunción de la capacidad en términos de competencia, sin límites de edad fijos cuando el ejercicio de un derecho tiene sólo repercusiones para el niño, pero si conlleva riesgo de daño para el niño, será responsabilidad de los adultos demostrar que el niño no está en la facultad de tomar determinadas decisiones.

Cuando toma vigencia el Código Civil de 1984, en nuestro sistema jurídico regía la Doctrina de la Situación Irregular, que estimaba a los menores como objetos de tutela. Este modelo ayudó a la estigmatización y la discriminación de los niños, que fueron separados de sus familias, los infractores de la norma penal y los menores con discapacidad. La ratificación por nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño ha provocado un cambio significativo en la forma de ver a los niños, pasando de ser objetos de protección a ser considerados sujetos de derecho con autonomía gradual.

El Código Peruano de Niños y Adolescentes dentro del marco de la Doctrina de Protección Integral reconoce que el niño tiene derecho a ser escuchado y libertad para opinar, considerando su edad y madurez, en esa línea, de las clasificación expuesta, se propone que el Código Civil adopte un sistema mixto de capacidad del menor, en el que normas flexibles de edad se combinen con normas fijas de edad, en función de los derechos implicados; es decir, debemos empezar por presumir la capacidad y el derecho del menor a tomar decisiones, según el grado de madurez, capacidad de discernimiento y autonomía en desarrollo.

La definición legal de la madurez del menor que el juez debe utilizar para la evaluación del niño es la capacidad de comprender y ser consciente de los efectos de un proceso judicial concreto, sin limitar la capacidad del niño para expresar su opinión de forma razonable e independiente. Por último, pero no menos importante, el juez debe evaluar las habilidades del niño en el contexto de factores cronológicos, psicológicos, culturales, sociales, económicos y, si es necesario, recurrir a la ayuda especializada para una evaluación multidisciplinar, según el caso y el acto jurídico a valorar (Resolución Administrativa N°090-2016-CE-PJ).

1.3.3. Marco Conceptual

Persona: El concepto de persona en el derecho es un concepto metajurídico esto es que ha sido tomado desde fuera del derecho, únicamente es persona a quien le es reconocida personalidad en el derecho positivizado siempre que cumpla algunos presupuestos dentro de un tiempo histórico y un contexto geográfico.

Personalidad: es el cúmulo de particularidades que hacen diferente a un sujeto de otra y es producto de la naturaleza y de otros factores que son sociales.

Personalidad Jurídica: es la atribución conferida por la ley objetiva al sujeto de la norma para que sea el titular de las relaciones legales, esto es, los derechos, así como las obligaciones jurídicas subjetivas, que es necesaria para el ser humano pero libre para otras entidades. Es responsabilidad del sistema legal.

Subjetividad Jurídica: es la capacidad abstracta de poseer derechos y responsabilidades. Se atribuye por el sistema legal a una variedad de entidades, como personas naturales, colectividades de personas constituidas o no en entidades legales, masas patrimoniales privadas transitoriamente sin titular, etc.

Sujeto de Derecho: Es la categoría jurídica que le corresponde finalmente al ser humano en su condición de titular de situaciones jurídicas, derechos, deberes, responsabilidades (Espinoza, 2012).

Objeto de Derecho: El objeto del derecho es cualquier bien, material o inmaterial, sobre el que se basa el poder legal del sujeto del derecho.

Capacidad Jurídica: es la capacidad atribuida o reconocida por el sistema legal a los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones o la capacidad de disfrutar y ejercer esos derechos y obligaciones.

Capacidad de Goce: es la capacidad del sujeto adecuado para ser titular de derechos y responsabilidades. Se basa en la existencia del tema.

Capacidad de Ejercicio: (de obrar o de actuar) es la capacidad de ejercer derechos y obligaciones jurídicas subjetivas. Tiene la capacidad de disfrutar como su presupuesto.

Discernimiento, es la capacidad natural de querer y de entender, de determinar si desea o no realizar algo y de entender si ese algo que desea realizar es bueno, lícito, beneficioso o malo, ilícito, perjudicial.

Principio de Autonomía Progresiva: Es un principio que establece que la edad no es el único elemento a tener en cuenta en el momento de determinar el nivel de madurez de los menores.

Interés Superior de Niño: Los menores deben recibir una protección especial para que puedan desarrollarse holísticamente en todos los aspectos de sus vidas y mantenerse libres y dignos.

Incapacidad Absoluta: El logro de cualquier acto legal está prohibido por esta institución legal, que obliga a representar a un sujeto capaz.

1.3.4. Marco Normativo

1.3.4.1. Constitución Política del Perú (1993). Con fundamento en el principio de protección prescribe que la comunidad y el Estado deben proporcionar protección particular al niño, adolescente, a la progenitora y a la persona mayor en una situación de negligencia, según el mismo mandamiento constitucional. Así como, al núcleo familiar e incentivar el matrimonio (art. 4°). También presta particular atención al derecho de una persona que no puede cuidar de sí misma debido a una discapacidad física o mental a ser tratada con dignidad y a ser protegida por un sistema legal de protección, cuidado, readaptación y seguridad (art. 7).

1.3.4.2. Código Civil (1984). El apartado 1 del artículo 43 establece que los menores de edad inferior a ochenta años son absolutamente incapaces, y el apartado 1 del artículo 44 establece que los mayores de ochenta años y los menores de dieciocho años son maso menos incapaces, pero pueden realizar aquellos actos que la ley considere necesarios. Como hemos visto, el Código Civil mantiene la imagen del niño o niña y del adolescente como incapaz, con una capacidad limitada para realizar determinados actos, y los considera objetos de protección en lugar de sujetos de derechos, debido a su edad temprana; disposiciones que, aunque fueron anuladas tácitamente por el CNA (2000), siguen siendo mantenidas expresamente en ese código, violando el principio de autonomía progresiva del niño y causando daño.

1.3.4.3. Convención sobre los Derechos del Niño (1989). En este sentido, el niño tendrá la facilidad de ser escuchado en cualquier proceso legal, ya sea directamente o a través de un órgano representativo o adecuado, de acuerdo con los procedimientos del derecho nacional. También establece que las Partes deben asegurar el derecho del niño a manifestar libremente su parecer en todas las cuestiones que le atañen. Esto se refiere al estatus del niño como sujeto de derechos y a un ser humano poseedor de dignidad y autonomía en progreso a medida que se desarrollan sus habilidades.

1.3.4.4. Comité de los Derechos del Niño (2016). El mayor organismo de interpretación del Convenio sobre los Derechos del Niño, la Observación General 12 (2009), establece que los Estados que forman parte deben garantizar el derecho a ser escuchados a cada niño que es capaz de tomar sus propias decisiones. Estos términos no deben interpretarse como una restricción, sino como un requisito de que las Partes evalúen la capacidad del niño para formar una opinión independiente en los límites de lo posible. Esto significa que no pueden empezar con la suposición de que un niño menor de edad es incapaz de manifestar sus propios puntos de vista. Por otro lado, deben asumir que el niño es capaz de formar sus propias opiniones y que tiene todo el derecho a manifestarlas (párr. 20).

1.3.4.5. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). De una revisión del panorama internacional, con la adopción del Modelo Social de Discapacidad, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD, 2006) promueve, protege y asegura el ejercicio pleno de las libertades fundamentales y derechos humanos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y contra cualquier forma de discriminación, y con ello abole la vigencia del binomio capacidad – incapacidad que por mucho tiempo guió la normativa de diferentes naciones de manera discriminatoria y peyorativa.

1.3.4.6. Decreto Legislativo 1384 Reconocimiento de la Capacidad Jurídica de Personas con Discapacidad. En el plano nacional, en el Derecho Civil Peruano, como afirma Reátegui (2019) han sido 67 los artículos del Código Civil modificados en el año 2018 a raíz del Decreto Legislativo N°1384 que busca alinearse al marco normativo de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y por el cual se cambiaron, reformaron o derogaron diversos preceptos referidos al tema de la capacidad jurídica (Cárdenas & Rossa, 2018). Modificaciones que en el análisis de connotados juristas nacionales evidencian contradicciones e incoherencias sistémicas, como las relacionadas a la capacidad de ejercicio y de discernimiento de los menores de edad.

1.3.4.7. Código de Niños y Adolescentes (CNA) Ley 27337. Prescribe en el artículo 9.º que los niños y adolescentes que están desarrollando sus propias normas tienen derecho a manifestar libremente sus pareceres sobre cualquier tema que les afecte y a que esas opiniones y normas se tomen en cuenta de acuerdo con el desarrollo de su edad y nivel de madurez. El artículo 85.º también establece la obligación del juez de escuchar la manera de ver del niño y considerar el parecer del adolescente.

1.3.4.8. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar - Ley N° 30466. Cuyo propósito está dentro del marco de lo determinado en la Convención de los Derechos del Niño y en la Observación General 14 del Comité determinar parámetros y garantizar el proceso para la consideración primaria de su interés superior en los procesos y asuntos en los que se inmerjan los derechos de los niños, niñas y adolescentes (2013). En este sentido, el artículo 4º de la ley mencionada reconoce que el niño tiene derecho a manifestar su propio parecer para los fines que la ley le concede, que es una seguridad procesal, para la consideración primaria de su interés superior.

1.3.4.9. Decreto Legislativo 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (2016). Que se norma en el párrafo f) del artículo 5.º que las acciones del estado deben dar garantías para el ejercicio de sus derechos del niño, a hablar, a ser oído, y que todas las decisiones se toman teniendo en cuenta este punto de vista; y el artículo 7.º que previo de proceder a tomar una decisión sobre la cuestión de riesgo o privación de la familia, incluso provisionalmente, la autoridad competente está en obligación de oír, en su natural lenguaje, la opinión del niño o del adolescente en un procedimiento especial, teniendo en cuenta. Antes de ejercer este derecho, los menores necesitan obtener la orientación e información que necesitan en un lenguaje que puedan entender, en formatos que sean usables para ellos y adaptados a sus necesidades.

1.3.4.10. Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, a través de la Res. Administrativa 228-2016-CE-PJ. Su propósito es asegurar que los menores de edad puedan ser escuchados en los procesos jurisdiccionales en que son afectados estableciendo preceptos para dichas audiencias, evaluar su capacidad en relación con su edad y madurez, y establecer directrices de representación. También trata el derecho del niño a la información, que es necesario para que ejercite su derecho a ser escuchado; el derecho a la privacidad e intimidad de la participación de cualquier niño; y las obligaciones y acciones del juez, los miembros del Equipo Multidisciplinar y los funcionarios judiciales (Considerando tercero de la Resolución Administrativa 228-2016-CE-PJ).

1.3.4.11. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 (PNAIA 2021). Marco de las políticas que son públicas del Estado Peruano para coordinar y relacionar políticas que asume el país sobre los niños y adolescentes en el crecimiento integral de los niños y adolescentes nacionales. Asimismo, tiene por Objetivo implementar mecanismos para garantizar que las niñas, los chicos y los adolescentes tengan derecho a ser escuchados en los procesos y juicios, incluida la Axis 1 del Plan Nacional para el acceso a la justicia para las personas con vulnerabilidad: Las niñas, los chicos y los adolescentes. Autoridad Judicial 2016-2021 (PNAJPCV 2021)5, Las cien Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana son el primer mecanismo de gestión de este Poder Estatal para terminar con las barreras para acceder a la justicia y aplicar las reglas de esta importante cumbre de Brasilia Iberoamericana de justicia.

1.3.5. Legislación Comparada

¿A partir de qué edad la persona tiene discernimiento?

El Código civil y comercial argentino en su Art. 26. Precisa que el menor con edad y madurez suficiente puede hacer ejercicio de los actos que le permite la ley y en caso de conflicto con sus representantes respecto de sus intereses recibir asistencia letrada; asimismo, tiene derecho a ser escuchado en todo proceso que le concierne y participar en las decisiones que afectan su persona. En cuanto tratamientos que no le sean invasivos u ocasionen riesgos graves a su vida o integridad, están aptos a decidir por sí mismos a partir de los trece años. Y si son tratamientos invasivos que afecten su salud, integridad o su vida debe prestar su consentimiento, en caso de conflicto con sus

progenitores prima su interés y la opinión; sobre los dieciséis años el menor es considerado adulto respecto decisiones atinentes al bienestar de su propio cuerpo.

El Proyecto de el Código Civil y Comercial argentino indica en su Art.25 que a partir de los catorce (14) años el menor tiene capacidad para otorgar los actos o contratos concernientes al trabajo, y para estar en juicio relativo a él y en su Art.260 precisa que un acto es voluntario cuando la persona actúa con total libertad, con capacidad de discernir y plena intención y en su siguiente artículo 261 especifica que el acto realizado por persona que actuó privado de razón o de los menores de 13 y 10 años son involuntarios por carecer de discernimiento (Varsi-Rospigliosi, 2014, p.837).

Chile, estado adscrito a la Convención, ha modificado su marco legal para incorporar la idea de autonomía progresiva, es así que el Art.222 del C.C. establece que el rol de los padres es guiar al hijo en el ejercicio de los derechos conforme a la evolución de sus facultades. El Art.242 regula como deber de los jueces de escuchar a los niños y tener debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad, madurez y discernimiento; El Art.85 de la ley que rige el matrimonio civil consagra el principio del interés superior del hijo y el derecho del hijo a ser oído, indicando que sus opiniones serán tenidas en cuenta, de acuerdo con su edad y madurez, para resolver todos los asuntos relacionados con su persona o su propiedad; y el Art.16 de la Ley de Tribunales de Familia establece que su objetivo principal es asegurar que todo niño, niña, adolescente y menor tenga el acceso pleno y efectivo a sus derechos y garantías.

El código alemán es su Art.104 considera incapaz de obrar a quien no tiene los siete años de edad; quien tiene una alteración patológica de su función intelectual que no le permita la libre determinación de su voluntad, siempre que no sea un estado transitorio debido a su naturaleza, actos que considera realizados por personas sin discernimiento y que sanciona de manera drástica con la nulidad; asimismo, tiene normas abiertas sobre contratación considerando que si no tiene limitada su facultad para iniciar negocios jurídicos, su propia aprobación equivale a la ratificación del representante (Art.108 Inc.3) y el contrato será válido si tiene las facultades correspondientes (Art.110).

En su Art.428 la normativa civil italiana nos habla que los actos ejecutados por sujetos sin capacidad de entender o querer pueden ser anulados, aunque estos no estén bajo interdicción al momento de realizado el acto que les resulta desfavorable o perjudicial a sus intereses, sea esta desventaja consecuencia de la incapacidad de

discernir, la mala fe de la contraparte u otra razón. Resultandos anulables los actos realizados por personas que carecen de discernimiento al momento de celebrado el mismo.

En la legislación española no fue hasta 1996 que se promulga la ley orgánica de protección del menor, que incluye muchos de los derechos listados en la Convención, así como muchas de las medidas para su aplicación, sustituye el término juicio por el término madurez, dándole significado y un carácter interpretativo mayor. Afirma expresamente que no puede haber discriminación en el ejercicio del derecho, y que los órganos judiciales están llamados a facilitar la intervención de los menores, a evaluar su nivel de madurez, y a dar eficacia, facilitar y canalizar las declaraciones de los menores sin ser juzgados a priori.

En los asuntos judiciales o cuestiones administrativas en los que intervienen, se le da un procedimiento preferido, es decir, un procedimiento acelerado o avanzado que debe llevarse a cabo de acuerdo con las circunstancias personales y particulares de cada niño y cuando este es víctima de un delito o sujeto activo de un delito, la ley requiere que se evalúe el grado de madurez, y establece la presunción de madurez del menor a partir de la edad de 12 años, y por lo tanto, no sería necesaria la evaluación personal, sino proceder a una audiencia inmediatamente y dentro del alcance del proceso.

Por último, el Código de Quintana Roo de México en su Art.533 no sanciona con nulidad los actos jurídicos realizados por el menor si este entiende dichos actos.

En cuanto al Código Civil nacional en el Art.42 establece que un sujeto tiene completa capacidad a los 18 años, sobre los 16 años capacidad restringida, quedando los menores de 16 años como incapaces absolutos; sin embargo, regula normas sobre *discernimiento* de menores para validar determinados actos, como el Art.455 para aceptar herencias, legados y donaciones sin recurrir a los padres; el Art.457 para dedicarse a algún oficio o trabajo, administrar bienes y actos relacionados con tal actividad; el Art.458 para responder por los perjuicios o daños que pudiera ocasionar y otros artículos que hacen referencia al *discernimiento* del menor de edad como el Art.512, 513, 516, 520, 523, 748, 2030; y aunque no establece una edad para su inicio, apreciamos del Art.378 inc.4 sobre adopción, que esta capacidad de *discernimiento*, puede observarse a partir de los 10 años de edad aproximadamente.

1.3.6. Análisis Jurisprudencial

La jurisprudencia nacional e internacional presentada a continuación tiene por objeto poner en evidencia la trascendencia de la capacidad natural de discernimiento o madurez del menor de edad, que sostiene la doctrina nacional y convencional, al momento de aplicar el derecho a las relaciones sociales, en la práctica jurisdiccional.

Casación N°4555-2011-Tacna. Se trata de una casación presentada a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República sobre la persona de un *Menor de edad* varón de aproximadamente 4 años cuya madre pretende la tenencia a su favor. El padre pretende lo mismo y ambos procesos se acumularon. La Casación nos permite ver en la práctica las decisiones jurisdiccionales en cuanto a la escucha del menor que es uno de los principios conexos al de autonomía, madurez y discernimiento en progreso que desarrolla la CDN respecto al niño. En este caso la Corte Suprema resuelve favorable en favor del padre la tenencia de su menor hijo de 4 años, como previamente habían acordado los padres en conciliación, pues considera que la sala de mérito no evaluó la declaración del niño sobre su deseo de seguir viviendo con su padre y su tía, a pesar de su corta edad considera que era menester de la sala tomar en cuenta su opinión, por lo que ordena un nuevo análisis del caso en primera instancia sobre la base de lo que establece el CNA, una aplicación nacional de los estatutos de la CDN.

Casación N°2079-2017-Lima. Tenencia y Custodia de Menor. Es otra casación presentada a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República sobre custodia de menor de 4 años de edad que involucra la libertad de credo, relata a una madre que ostenta la tenencia del menor, que pide se revoque la sentencia que autoriza la custodia con extromisión del menor los días feriados y religiosos alternativamente en favor del padre, aduciendo que altera su libertad religiosa pues su hijo es católico. La Corte Suprema considerando la Autonomía del menor sostiene que la decisión de la sala de mérito no estaría atentando contra la libertad religiosa, pues según la CDN es deber de los padres direccionar u orientar las creencias del niño en la medida inversamente proporcional en que ellos, según su grado de madurez y discernimiento, pueden tomar la decisión por sí mismos. Lo que para el caso significa que tanto la madre católica como el padre judío pueden orientar al menor sobre lo que consideran correcto para su desarrollo, sin que ello signifique imponer ni hacer prevalecer ninguna convicción hasta

que el menor, en pleno uso de sus facultades y derechos, esté en condiciones de hacerlo por se conforme su madurez.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. En el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile la Corte Interamericana de Derechos Humanos muestra con peculiaridad la importancia de considerar en la motivación de las resoluciones jurisdiccionales respecto de la autonomía ligada al interés del menor y la escucha de su opinión, para casos en que se afecten sus derechos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos determina responsabilidad al estado chileno en la sentencia apelada considerando que resolvió discriminando la tenencia de la madre sobre la base de su preferencia sexual diferente, sin considerar que la niña en ejercicio de sus facultades, libertad y de sus derechos reconocidos, había manifestado estar a gusto viviendo con la madre y la pareja de esta y su voluntad de seguir así, vulnerándose de esta manera su derecho como menor de edad a ser escuchada y que su deseo sea tomado en cuenta para las decisiones jurisdiccionales que le afecten, ya que lo que está en disputa no es la preferencia o afinidad sexual de los padres sino la tenencia y finalmente el futuro de la menor y de existir afeción sobre los derechos de la menor por la condición sexual de la madre, la Comisión no encuentra fundamento válido en la exposición de motivos como para que se niegue la tenencia a la madre, tan solo observa la perspectiva particular del juzgador que no justifica lo resuelto.

Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Lo central de este caso para la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la supuesta violación por parte del estado del derecho de protección de la familia del Sr. Forner y de su hija biológica. La indicación del Tribunal es que el Estado tenía que adherirse a normas específicas para identificar los intereses más importantes de la niña, primeramente, debió hacer un análisis del caso, de las necesidades y los intereses actuales de la afectada a través del análisis multidisciplinario de expertos especializados que tengan en cuenta factores de desarrollo individuales como su madurez, su discernimiento o sus experiencias previas. En segundo lugar, establece el Tribunal Interamericano, el Estado debe proteger eficazmente el derecho de la menor a ser oída, con un procedimiento adecuado, después de adecuar el método y la mejor manera para que exprese sus opiniones libremente según su edad, su madurez y discernimiento. En tercer lugar, el Estado debiera realizar el procedimiento para establecer el régimen de relaciones más adecuado entre el Sr.

Forner y la menor con el fin de garantizar eficazmente diversas condiciones y garantías del debido proceso.

1.4. Formulación del Problema

¿Es relevante la Capacidad Natural de Discernimiento para determinar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años en el Art.43 del Código Civil?

1.5. Justificación e importancia del estudio

El estudio del *discernimiento* como condición sine qua non para determinar la capacidad jurídica de ejercicio de los menores de edad se justifica teóricamente y toma relevancia en el contexto de los cambios realizados por el D.L.1384 al Código Civil vigente, en materia de capacidad de las personas. Modificatorias que, si bien ha contribuido en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, contradictoriamente vulneran en su Art.43 derechos fundamentales y la capacidad jurídica de ejercicio de los menores de 16 años de edad, generado con ello un corpus normativo mixto, contradictorio, asistemático, con vacíos e incongruencias, y como se observa altamente criticado por la doctrina nacional.

La trascendencia social de la investigación se revela del informe estadístico sobre el estado de la niñez y la adolescencia ofrecido por el Instituto Nacional de Estadística Informática (INEI, 2021) en el que se determina que el 54.0% de hogares del país está conformado por al menos una persona menor de edad, que de estar directa o indirectamente inmersos en procesos judiciales o administrativos estarían siendo afectados por alguna decisión o resolución jurisdiccional o administrativa tomada sobre la base legal de una norma que no se ajustada a derecho y contraviene, doctrina, principios, y acuerdos convencionales a los que el país está adscrito.

Metodológicamente la investigación asume una postura epistemológica positivista de naturaleza aplicada, alcance descriptivo, corte transversal y diseño no experimental; con el empleo de la encuesta como técnica de recolección de datos de información y un cuestionario Likert como herramienta, instrumento que ha sido construido para el desarrollo del presente estudio bajo los estándares de validez y confiabilidad que exige el método científico cuantitativo y que además podrán servir en el desarrollo de otras investigaciones o para ampliar el alcance en misma la línea investigativa.

Desde la perspectiva práctica, la investigación plantea la necesidad del estado de modificar la norma bajo análisis e implementar los mecanismos legales necesarios, que permitan el ejercicio gradual de los derechos y garantías del menor de edad, acorde a su desarrollo, autonomía, madurez, discernimiento, su calidad como sujetos de derecho y conforme los estándares, doctrina y principios convencionales; para lo cual presenta como aporte práctico una propuesta legislativa de modificación que incorpore a la capacidad natural de discernimiento en la regulación del Art.43 del código civil.

1.6. Hipótesis

Se estima que la Capacidad Natural de Discernimiento es relevante para determinar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años en el Art.43 del Código Civil.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo General

Determinar la relevancia de la Capacidad Natural de Discernimiento para la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años en el Art.43 del Código Civil.

1.7.2. Objetivos Específicos

1. Analizar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de los menores de 16 años en el derecho nacional y comparado.
2. Fundamentar la Capacidad Natural de Discernimiento de menores de 16 años en el derecho nacional y comparado.
3. Caracterizar mediante la aplicación de técnicas e instrumentos la relevancia del Discernimiento en la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años.
4. Elaborar una propuesta modificatoria que incorpore la capacidad natural de discernimiento en el Art.43 del Código Civil.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo y Diseño de Investigación.

2.1.1. Tipo de investigación:

La presente investigación considerando los paradigmas científicos epistemológicos, según su enfoque es una investigación cuantitativa, porque permite medir y evaluar las variables de manera independiente y neutral bajo un esquema teórico y a través de un tratamiento estadístico, sin determinar la influencia de una variable sobre otra ni manipular las variables materia de estudio (Hernández-Sampieri et al., 2018, p.40)

Según su alcance es una investigación de tipo descriptiva, que para el caso del presente estudio está elaborado para describir y analizar hechos, las cualidades o características que se relacionan con las variables jurídicas del objeto de estudio a la luz del marco legal y doctrinario del derecho con la mayor precisión posible. Así mismo podemos considerar que según su temporalidad es prospectiva por cuanto los datos fueron recogidos durante el desarrollo de la misma y serán realizados una sola vez de manera transversal (Vara, 2012, p.209).

De acuerdo a su finalidad se trata de una investigación aplicada porque el estudio está orientado a utilizar conocimientos adquiridos para procurar soluciones a problemas prácticos, a este tipo de estudios también se le denomina “investigación práctica o empírica”, que se caracteriza puesto que aplica conocimientos adquiridos, al mismo tiempo que se adquieren otros, después de implementar y sistematizar la práctica basada en investigación. La aplicación del conocimiento y de la investigación da lugar a un método de conocimiento de la realidad que es riguroso, organizado y sistemático (Murillo 2008, p.5).

2.1.2. Diseño de investigación:

Según Hernández (2018) el diseño en la investigación es la manera cómo el investigador va a recoger la información, su procesamiento y análisis para llegar a la conclusión sobre los resultados (p.276). En ese sentido la presente investigación tiene un diseño no experimental, porque para su desarrollo no se requiere la modificación o la manipulación deliberada de las variables existentes para ver sus efectos o su causalidad de una sobre la otra, por lo tanto, no se construyen situaciones específicas, sino que solamente se observan las que ya están dadas por lo que en ningún momento se va a influenciar de manera deliberada sobre las mismas, por otro lado tampoco se cumple la

exigencia de aleatoriedad en la recopilación de la información. Así mismo es de corte transaccional puesto que la recolección de los datos de información se realizará en un solo tiempo

2.2. Población y muestra.

2.2.1 Población

Según Hernández (2018), la población se determina mediante una serie de presupuestos para un determinado conjunto de casos concordantes (p.198). De manera similar Vara (2012), sostiene que la población es el conjuntos de personas o cosas que conservan algunas propiedades en común dentro de un determinado territorio y temporalidad, de tal manera que en toda investigación siempre se requiere de fuentes de información directa o primaria para poder llevar a cabo el estudio de los objetivos establecidos en un trabajo de investigación (p. 221).

Bajo el concepto expuesto, la población del presente estudio de investigación para obtener la información requerida se ha considerado a los abogados especialistas en derecho civil de familia que laboran en el departamento de Lambayeque.

2.2.2 Muestra

En cuanto a la muestra, el arte de muestrear es una técnica que significa tomar un sub conjunto de una población de tal manera que éste tenga básicamente las mismas características de la población y se muestrea por razones de costo. Según Hernández (2018) “*La muestra lo constituye el sub conjunto de elementos extraídos de la población del cual se obtiene la información a efectos de ser analizada*” (p.198). Por su parte, Vara (2012), refiere que la muestra constituye el sub conjunto de elementos extraídos de la población a efectos de ser analizados

La muestra para el presente estudio está constituida por 50 abogados litigantes de derecho civil, bajo el criterio racional no estadístico de inclusión por especialidad, esto es que solamente se considerará para la muestra abogados con experticia laboral o especialistas en el derecho civil y bajo el criterio de exclusión de aquellos abogados que no radiquen en el departamento de Lambayeque, la misma que para efectos de la investigación dentro del contexto de pandemia que estamos atravesando ha sido determinada bajo el tipo de muestreo no probabilístico simple de selección directa, por la conveniencia de acceso a la misma.

2.3. Variables, Operalización

• Capacidad Natural de Discernimiento

Definición Conceptual. - Es la capacidad natural de la persona de *querer* y de *entender*, de determinar si desea o no realizar algo y de entender si ese algo que desea realizar es bueno, lícito, beneficioso o malo, ilícito, perjudicial; es la *madurez* intelectual del sujeto para razonar, comprender, valorar el acto y sus consecuencias.

Definición Operacional. - Autonomía del sujeto para distinguir (conoce, comprende, determina) si sus actos son buenos o malos, lícitos o ilícitos, beneficiosos o perjudiciales y autonomía del sujeto para decidir (desea, planea, procura) sus actos, efectos y consecuencias.

• Capacidad Jurídica de Ejercicio

Definición Conceptual. - Capacidad de obrar o de actuar, es la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos, esto es, ser capaz de poder generar efectos jurídicos; tiene como presupuesto a la capacidad de goce y está indisociablemente relacionada a la capacidad natural de discernimiento, como presupuesto para la validez de sus actos y la manifestación de su voluntad.

Definición Operacional. - La capacidad de obrar en el código civil operacionalmente se aplica en función de la edad del sujeto, incapacidad absoluta para menores de 16 años, Capacidad restringida para mayores de 16 y menores de 18 años, capacidad plena para mayores de 18 años.

(Detalles de la Matriz ver Anexos)

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

2.4.1 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

Arias (2020) sostiene que la técnica de la investigación es aquel proceso científico mediante el cual el investigador obtiene la información de la población o muestra (p.278) para tal efecto la presente investigación ha desarrollado:

La Encuesta.- Por tratarse de una investigación Mixta con enfoque cuantitativo de alcance Descriptivo la técnica que se ha de utilizar es la encuesta y para su aplicación se empleará como instrumento de la misma un cuestionario estructurado basado en la

escala de Likert que será aplicado vía virtual haciendo uso de las herramientas virtuales que facilita de Google drive para tal fin. (Vara, 2012).

La Observación.- Es otra de las técnicas aplicada en el desarrollo del presente estudio, según Hernández (2018) se trata de un registro confiable de las categorías que se estudia (p.290). Otro concepto nos lo da Arístides Vara quien sostiene que la observación es la técnica por la que se realiza un análisis al objeto de investigación tomando notas detalladas las cuales han quedado registradas y plasmadas en el mismo desarrollo de la tesis; la misma se realizó de forma indirecta no participativa al no tener el investigador una interacción directa con el problema de estudio. (Vara 2012, p. 250)

El Análisis Documental.- El análisis documental es una técnica de orden cualitativa pero que se emplea para todo tipo de investigación jurídica, empleando como instrumento la ficha o guía de revisión documental en el análisis de la información normativa, doctrinaria, jurisprudencial y teórica proveniente de las fuentes bibliográficas, hemerográficas y de paráfrasis de información jurídica, con situaciones relacionadas a la necesidad del menor de edad de tener acceso y participación directa en el ejercicio de su derecho a demandar sus alimentos y participar en los procesos que afectan sus intereses según el nivel de madurez que presenta independientemente de su edad cronológica. Y en este aspecto se complementó con la siguiente metodología:

- Método Histórico Jurídico, mediante el cual se realiza un estudio de la norma y la doctrina relacionadas al tema de investigación en su desarrollo a través de la historia
- Método Jurídico Comparativo, mediante el cual se contrasta la legislación internacional y la legislación nacional específica relacionada al tema de investigación aplicada.
- Método Jurídico Descriptivo, mediante el cual se realizará un análisis normativo y jurisprudencial a profundidad descomponiendo el todo en sus partes para una mejor comprensión de los mismos.
- Método Jurídico Propositivo, pues el trabajo de investigación busca darle una posible solución a la problemática de estudio mediante una propuesta legislativa viable que contribuya a la sociedad.

2.4.2 Validez y Confiabilidad

La Validez.- La validez de un instrumento se define según Kerlinger (1979) como aquel instrumento que mide lo que se cree que está midiendo (p. 138). De manera similar Hernández (2018) sostiene que un instrumento es válido si mide exactamente la variable que pretende medir (p.229) y Vara (2012) sostiene que la validez hace referencia a la evidencia de que el instrumento está midiendo aquello para lo que fue diseñado (p.301). Dentro de los diferentes tipos de validez que nos da la literatura se eligió para el presente estudio la validez de contenido realizada mediante el juicio de experto especialista en la materia aplicando una ficha de validación usada en el medio para la investigación científica.

La Confiabilidad.- Hernández (2018) precisa que la fiabilidad de un instrumento se relaciona a la medida en que aplicado repetidamente produce resultados similares (p.228) La confiabilidad de un instrumento se define con el nivel de congruencia o coherencia que tiene el instrumento, esto es que un instrumento ideal debe tener resultados aproximados o similares si se aplica repetidamente en circunstancias parecidas; sin embargo, esto en la realidad es dificultoso por ello se han establecido determinados grados de error o margen mínimo que hagan posible calcular la fiabilidad dentro de estos parámetros. (Vara 2012, p.297).

El método estadístico para determinar la confiabilidad de un instrumento denominado Alfa de Cronbach usualmente usado para medir escalas y es el que se ha considerado para medir la confiabilidad del cuestionario aplicado por tratarse de una escala de Likert.

Cuya fórmula es:

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

α : Coeficiente alfa de Cronbach

K: número de ítems

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

S_t^2 : Varianza de la suma de ítems

El instrumento se aplicó a una muestra piloto de 20 abogados especialistas en derecho civil, los resultados se presentan a continuación:

(Detalles ver Informe en Anexo 4)

2.5. Procedimientos de análisis de datos.

Los datos que se recopilamos mediante las técnicas de recolección de datos y su instrumento, esto es las encuestas, fueron seleccionados analizados y procesados aplicando el método estadístico y mediante el empleo del software estadístico SPSS22 y del Excel Office 2019, cuyos datos, promedios, porcentajes y resultados se han plasmado en tablas de frecuencia, gráfico de barras, histogramas, los cuales serán interpretados según las reglas de interpretación de la estadística para su posterior presentación en el documento Word de la tesis.

2.6. Criterios éticos

Este aspecto está en relación directa con valores y principios que deben orientar a todo investigador en el desarrollo de la investigación Ñaupas et al., (2018), que según los principios éticos del reporte Belmont tenemos:

El principio de respeto a las personas: Por lo menos dos convicciones éticas sustentan el respeto por las personas: en primer lugar, que las personas deben ser tratadas como entes autónomos, y en segundo lugar, que los individuos con autonomía deficiente tienen todo el derecho a ser protegidos. En consecuencia, el principio del respeto a los individuos se divide en dos preceptos morales: el reconocimiento de la autonomía y la protección de los que carecen de ella (Informe Belmont, 1979, p.4). Aquí en el caso de nuestra tesis este principio garantizara el respeto de la autonomía del menor de 18 años, el cual ya está en la potestad de brindar una opinión o decisión para su interés personal.

El principio de beneficencia: Se trata de la idea de dar un trato a las personas de forma ética, lo que involucre no sólo el respeto de sus decisiones y protección de los daños, sino también mirar por sus intereses más básicos. El principio de beneficencia rige este tratamiento. El término "benevolencia" se utiliza con frecuencia para referirse a actos de bondad o beneficencia que van más allá de la llamada del deber. Para los fines de este documento, la beneficencia se ve en un sentido más amplio, como una responsabilidad (Informe Belmont, 1979, p.5). Este principio de beneficencia en el sentido de la capacidad progresiva de un menor de edad nos da a establecer que debemos tratar a los menores con respecto, que debemos respetar sus decisiones para proteger su bienestar personal.

El principio de la justicia: Determina quién se beneficiará de la investigación y quién será responsable de ella. Es una cuestión de justicia, en el sentido de lo que merece en términos de distribución. Cuando a una persona se le niega un beneficio al que tiene derecho sin buena razón, o cuando se exige una responsabilidad de forma injusta, se considera una injusticia (Informe Belmont, 1979, p.6). Este principio establece que el investigador debe utilizar un juicio razonable, ponderado y tomar precauciones razonables para garantizar el bienestar del menor, y que las habilidades y conocimientos del investigador no conducen a o fomentan prácticas de injusticia.

Amor a la Verdad. – Que en un sentido práctico en la investigación resulta de la correspondencia de los hechos con la realidad, esto implica que el conocimiento científico que se desarrolle sea siempre verificable para lo cual no cabe la falsificación de resultados.

Responsabilidad. – Que en una investigación implica varios aspectos de importancia como respetar los protocolos establecidos para su desarrollo, el empleo de los métodos adecuados que permitan arribar a conclusiones confiables, asegurar la utilidad de la investigación para un impacto positivo en beneficio de la sociedad y asumir los compromisos establecidos con la universidad.

Dominio. – En referencia a una posición analítica y transparente en el desarrollo de la investigación que refleje la capacidad del investigador sobre la materia de estudio y el desarrollo del método científico de manera sistemática y metódica

Disciplina. – Para poder asumir la investigación con todo el rigor científico que la ciencia exige y que permita seguir la secuencia del método científico de manera adecuada y responsable, respetando las normas propias y ajenas dadas por la unidad de estudio, todo ello acompañado de una férrea voluntad.

2.6. Criterios de Rigor científico.

El presente estudio se adhiere a todos los procesos metodológicos de acreditación que se siguieron de acuerdo con el plan de investigación de la universidad.

La calidad de un trabajo de investigación depende de la exigencia con el que realiza que le da condición su credibilidad, para el caso de investigaciones cuantitativas los criterios preponderantes son:

Validez de resultados. – El concepto de validez en la investigación científica lo define en términos generales Hernández et al. (2018) cuando dice que “*se refiere al grado en que un instrumento mide la variable que pretende medir*” para ello es necesario tener en cuenta la evidencia relacionada al contenido que no es otra cosa que la medición exprese el concepto medido, al constructo que consiste en medir la variable de estudio dentro de un esquema específico y al criterio que juzga la validez y es medido mediante criterios estándar, todo ello bajo una correcta interpretación.

Confiabilidad o credibilidad. – Que asegura que los resultados de la investigación representan algo verdadero y consiste en darle fiabilidad a la información tomada mediante los instrumentos de recolección de datos, de la certeza del investigador sobre la consistencia de los mismos de manera razonable para lo cual se aplicaran los métodos necesarios de medición de confiabilidad como el coeficiente de Cronbach.

Objetividad o neutralidad. – Relacionada básicamente con el sentido de neutralidad que debe mantener el investigador durante el proceso de investigación que le permiten minimizar los sesgos que podrían alterar la precisión de los resultados con el fin de obtener con certeza un resultado científicamente válido.

Relevancia.- Este criterio hace referencia a la necesidad del investigador de ajustarse fielmente al propósito de la investigación para presentar de manera clara y comprensible los aspectos más resaltantes de la misma concordantemente con su objetivo final. En este sentido la investigación tiene relevancia por cuanto se busca que los menores de edad no queden desamparados en la obtención de su derecho a los alimentos, por alguna mala o arbitraria decisión de sus padres o tutores y puedan conforme a su grado de madurez y comprensión ejercer este derecho por sí mismos y participar en los procesos que les afecten.

Originalidad.- Este criterio básico está enfocado al producto o resultado de la investigación, esto es a su originalidad para lo cual se requiere cumplir con las normas científicas y de redacción establecidas para cada línea de investigación que contribuyen a evitar el plagio y la copia de otras investigaciones realizadas con anterioridad por otros autores.

Generalización.- Este criterio implica que los resultados de la investigación o estudio puedan ser aplicados de manera amplia y general a las situaciones a las que se

avoca, en ese sentido tratándose de una investigación jurídica sobre normas de aplicación nacional los resultados de la misma deberán ser aplicables para evitar los diversos casos en los que se vulneran los derechos de alimentos del menor y permite el ejercicio del mismo de manera directa por el titular evitando así los posibles abusos que se generan con la representación.

La credibilidad. - La presente investigación cuenta con la involucración del investigador en la investigación para la búsqueda de la verdad por lo que la misma será realizada respetando el procedimiento científico con auténtica transparencia y originalidad.

La transferibilidad.- La posición del investigador es promover la investigación no solo a nivel personal, sino transmitir los frutos de la misma a través de un estudio cuyas conclusiones sean aplicables a futuros estudios que amplíen el conocimiento de la materia.

Dependencia: Lo que se intenta evitar con este considerando es que, al momento de establecer la relevancia de la variable de estudio sobre la capacidad de los menores, este sea únicamente a beneficio del menor y con trascendencia social.

Conformabilidad: Con este criterio se entiende que, para desarrollar el tema de investigación, el investigador debe demostrar objetividad y neutralidad, sin causar ningún daño al resultado deseado

III. RESULTADOS

3.1. Resultados en Tablas y Figuras

El instrumento, una escala de Likert se aplicó a 50 Abogados de Chiclayo especialistas en Derecho Civil para conocer su percepción sobre el Art.43 referente a la capacidad jurídica de ejercicio de los menores de 16 años de edad. La misma constó de 20 preguntas separadas en dos parámetros (Capacidad Jurídica de Ejercicio y Capacidad Natural de Discernimiento), con cinco criterios de respuesta que van desde Totalmente en desacuerdo a Totalmente de acuerdo. La información fue procesada y analizada estadísticamente en el software SPSS con los siguientes gráficos:

Tabla 1

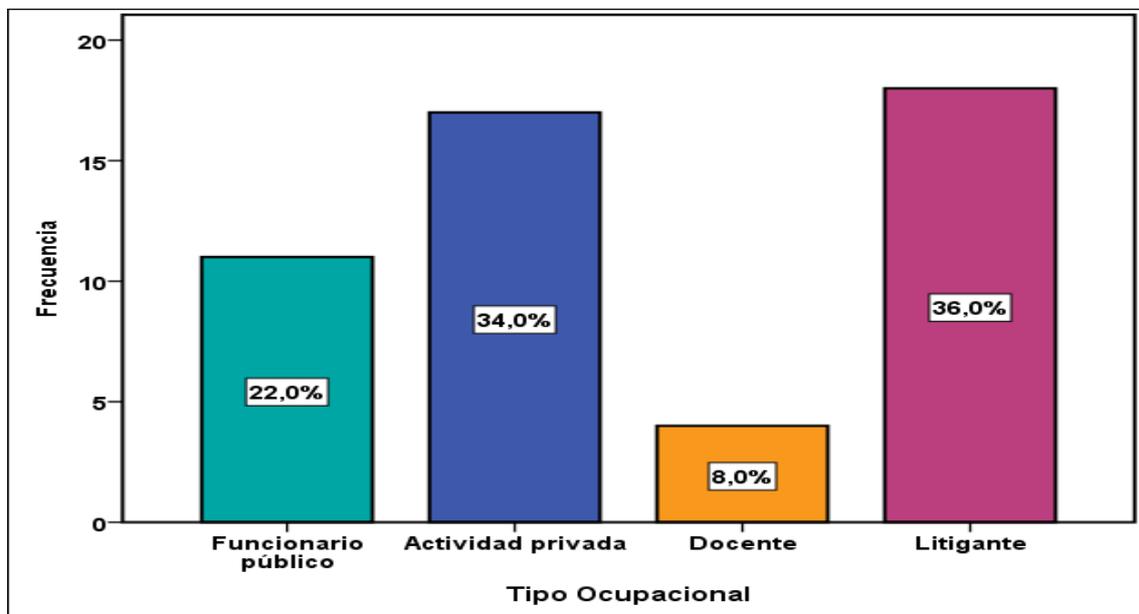
Tipo ocupacional de los participantes encuestados

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 1

Tipo ocupacional de los participantes encuestados



Interpretación: De la figura 1, en referencia al tipo de ocupación de los especialistas encuestados se observa que el 36% son abogados litigantes, el 34% desarrolla la actividad privada, el 22% son funcionarios públicos y el 8% ejercen la docencia

Tabla 2

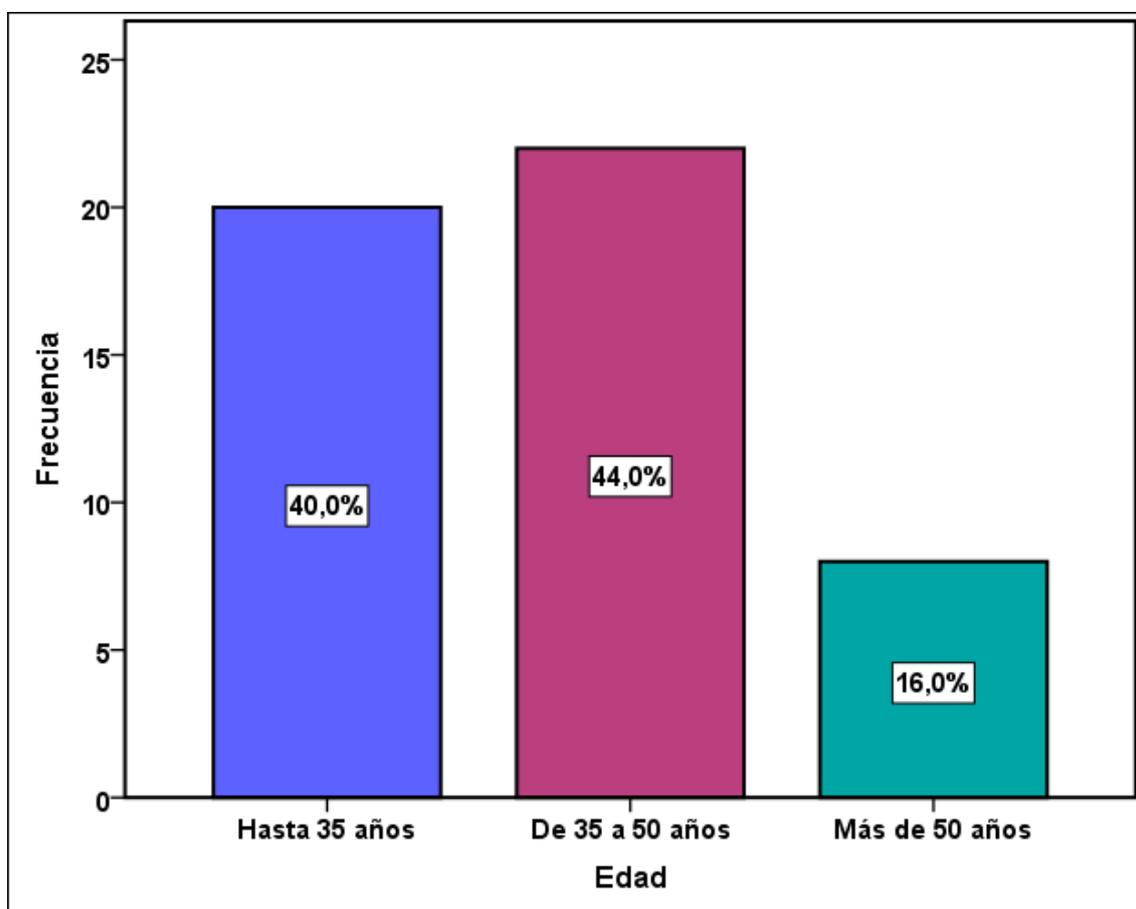
Edad de los participantes encuestados

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 2

Edad de los participantes encuestados



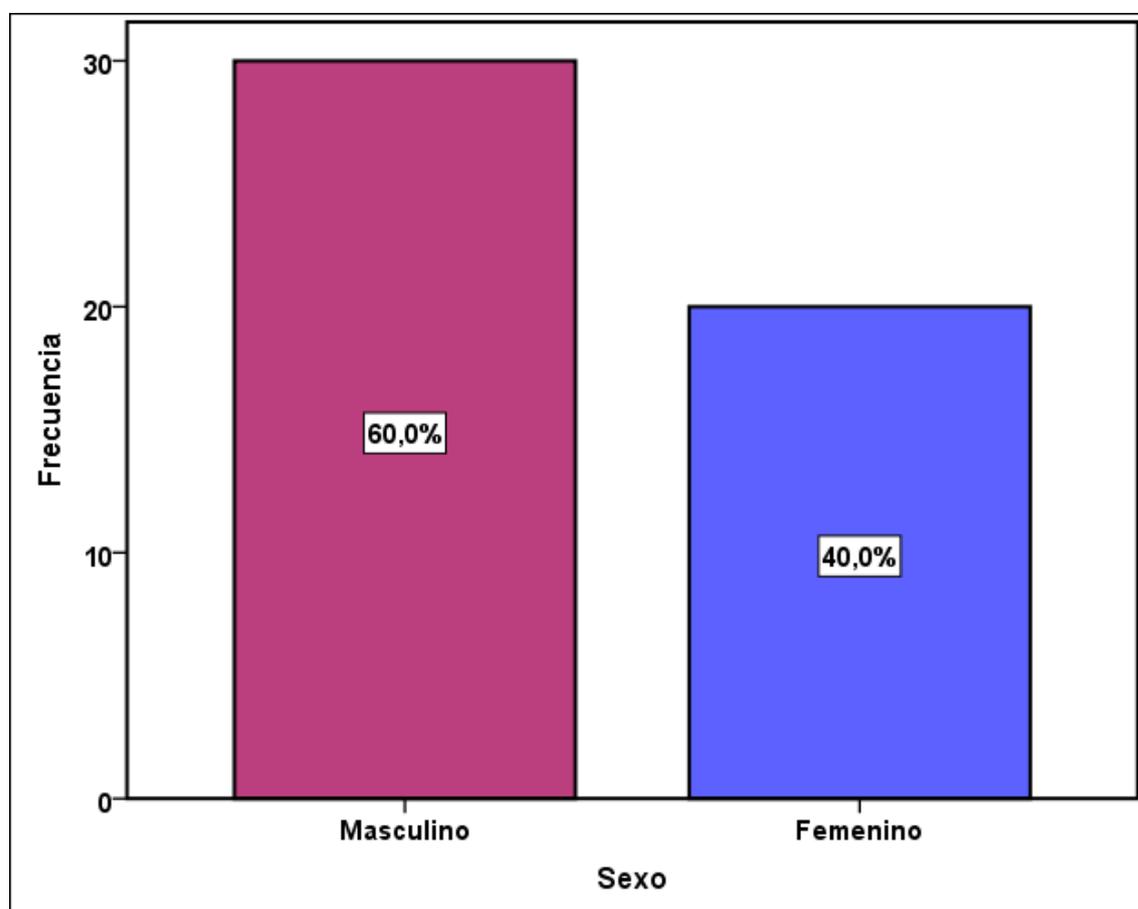
Interpretación: De la figura 2, en referencia a la edad de los especialistas encuestados se observa que en su mayoría el 44% tienen de 35 a 50 años, el 40% son menores de 35 años y el 16% tienen más de 50 años de edad.

Tabla 3
Sexo de los participantes encuestados

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022

Figura 3
Sexo de los participantes encuestados

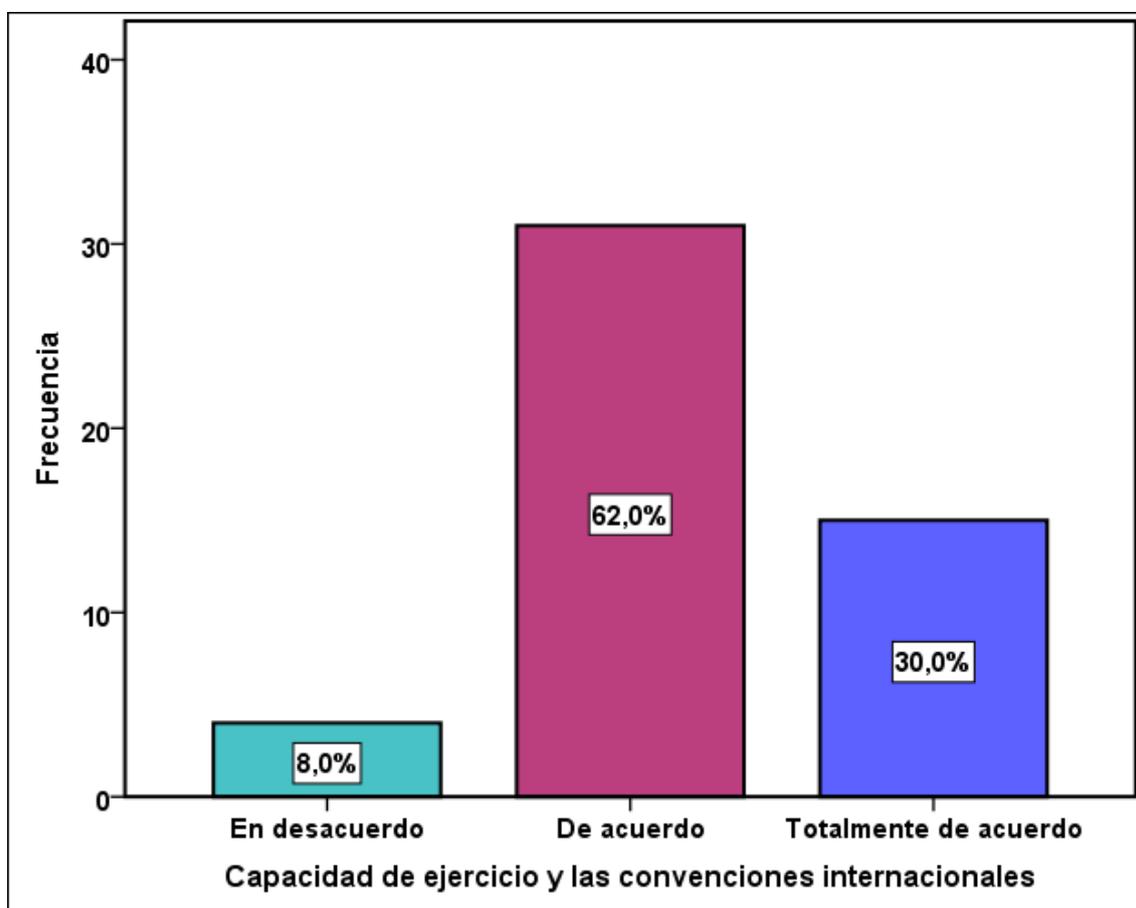


Interpretación: De la figura 3, referente al sexo de los especialistas encuestados se observa que el 60% son del sexo masculino y el 40% pertenecen al sexo femenino.

Tabla 4*Capacidad de Ejercicio del menor de edad y las Convenciones Internacionales*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 4*Capacidad de Ejercicio del menor de edad y las Convenciones Internacionales*

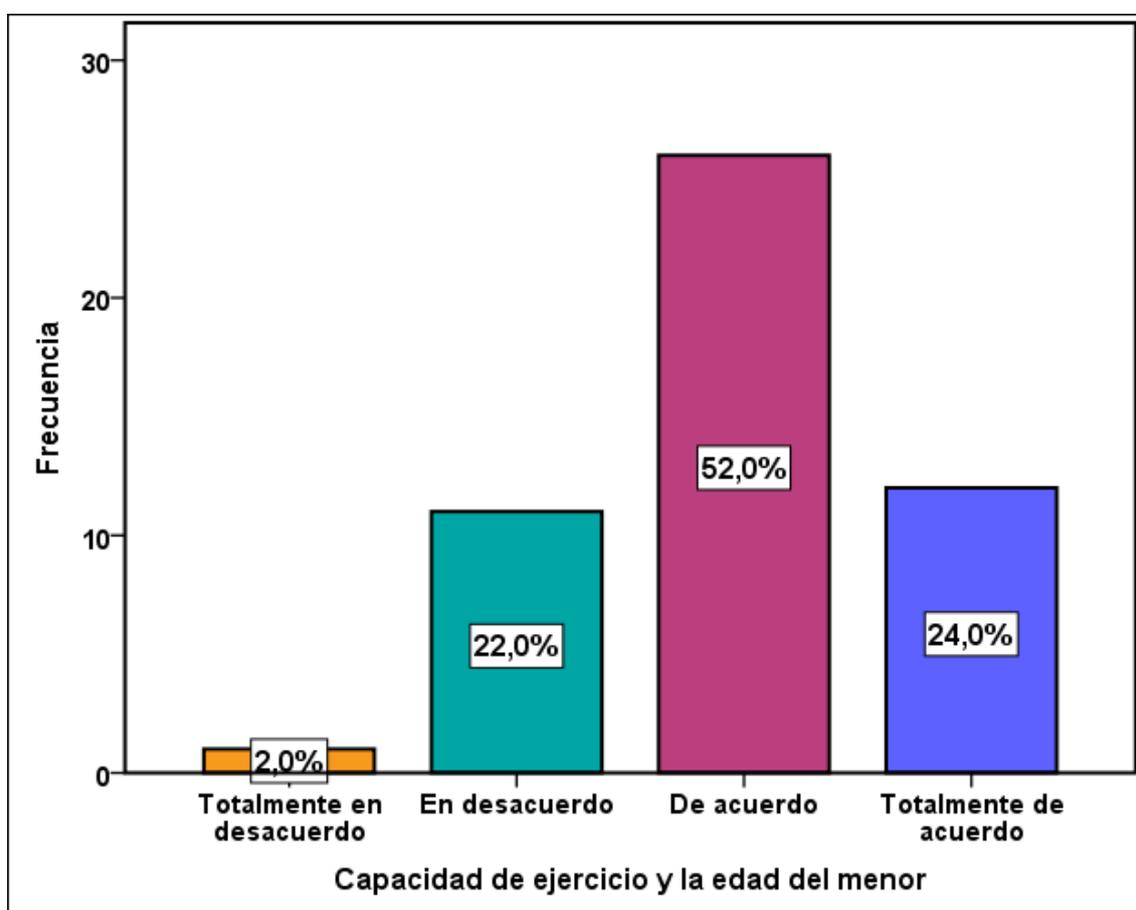
Interpretación: De la figura 4, en referencia a si considera que el Código Civil debe regular la Capacidad de Ejercicio conforme las Convenciones Internacionales, se observa que un **62%** (31) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **30%** (15) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **8,0%** (4) reporta estar en desacuerdo.

Tabla 5
Capacidad de ejercicio y la edad del menor

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 5
Capacidad de ejercicio y la edad del menor

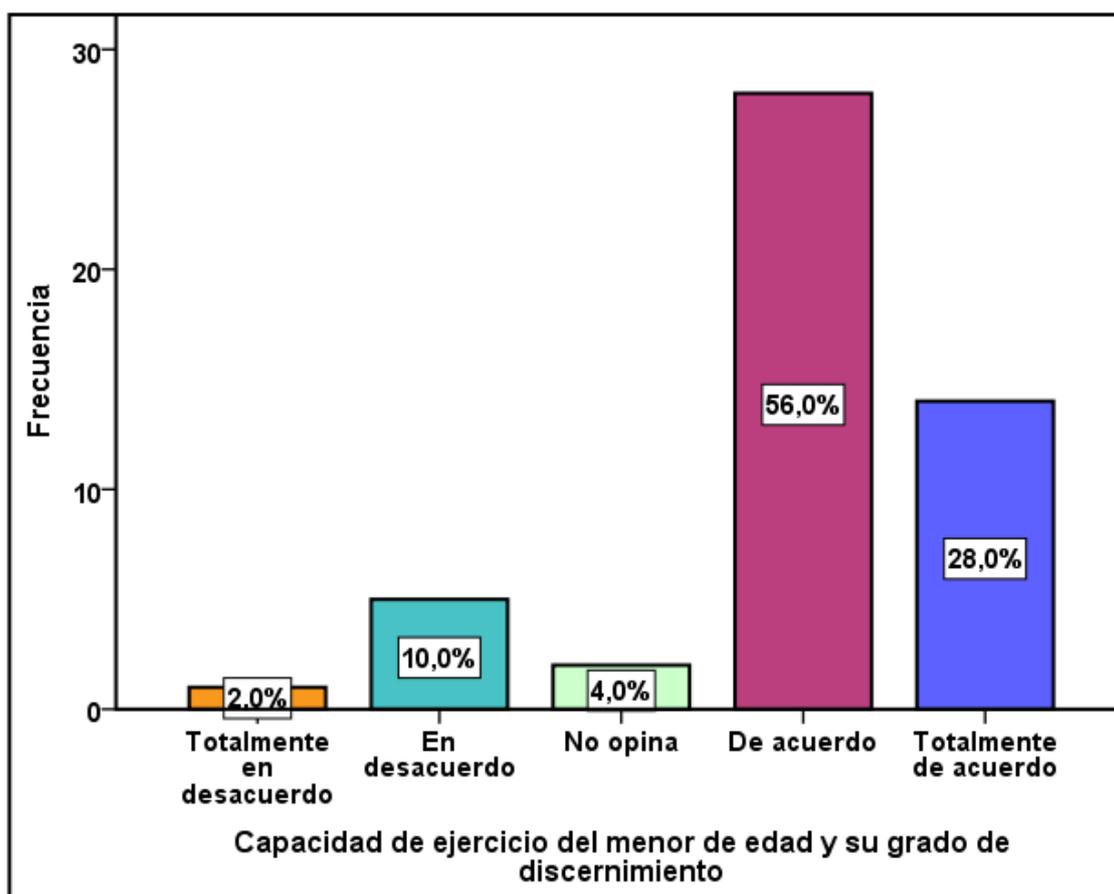


Interpretación: De la figura 5, referente a si considera que la Capacidad de Ejercicio del menor no depende únicamente de su edad, se observa que un **52%** (26) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **24%** (12) totalmente de acuerdo en tanto solo un **24%** (12) manifiesta estar en desacuerdo o completamente en desacuerdo.

Tabla 6*Capacidad de ejercicio del menor de edad y su grado de discernimiento*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

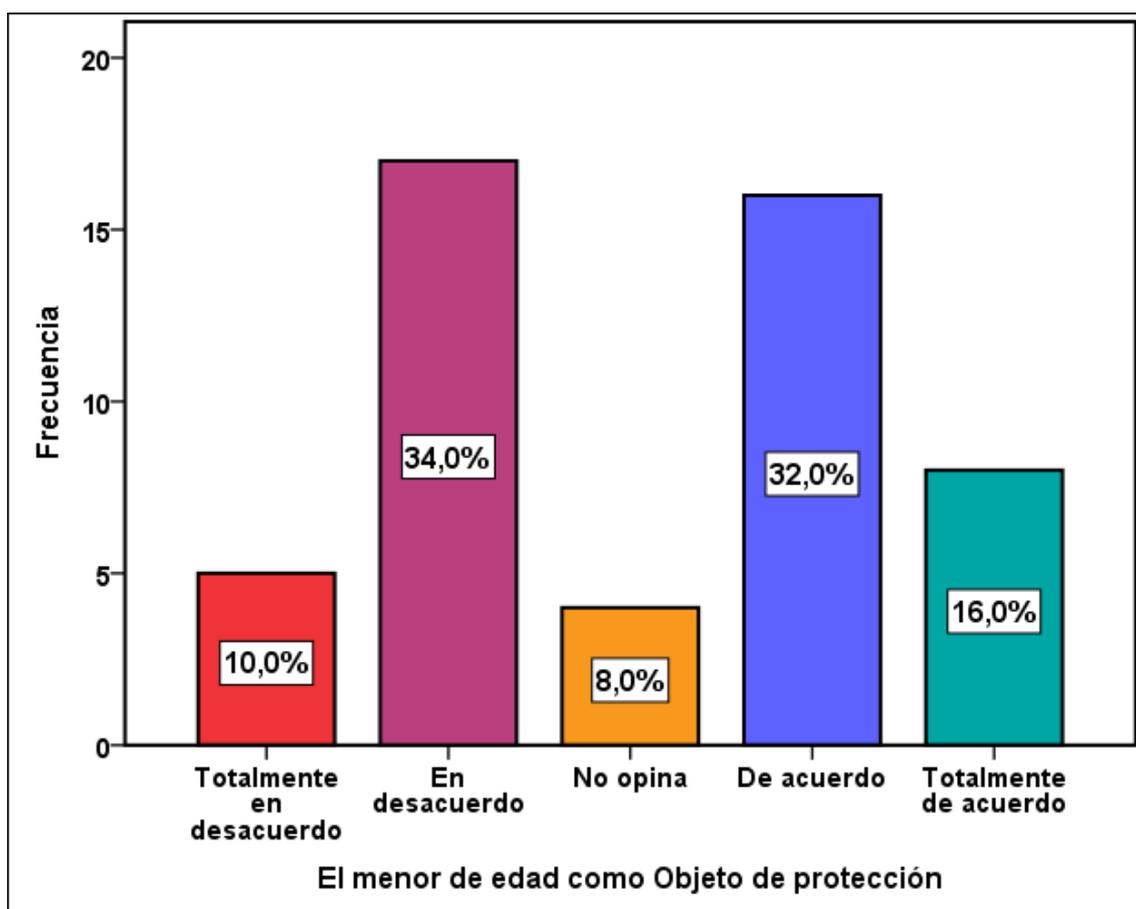
Figura 6*Capacidad de ejercicio del menor de edad y su grado de discernimiento*

Interpretación: De la figura 6, en referencia a si considera que la Capacidad de Ejercicio del menor de edad depende de su grado de discernimiento, se observa que un **56%** (28) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **28%** (14) manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **12%** (6) de los abogados está en desacuerdo o totalmente en desacuerdo

Tabla 7*El menor de edad como Objeto de protección*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

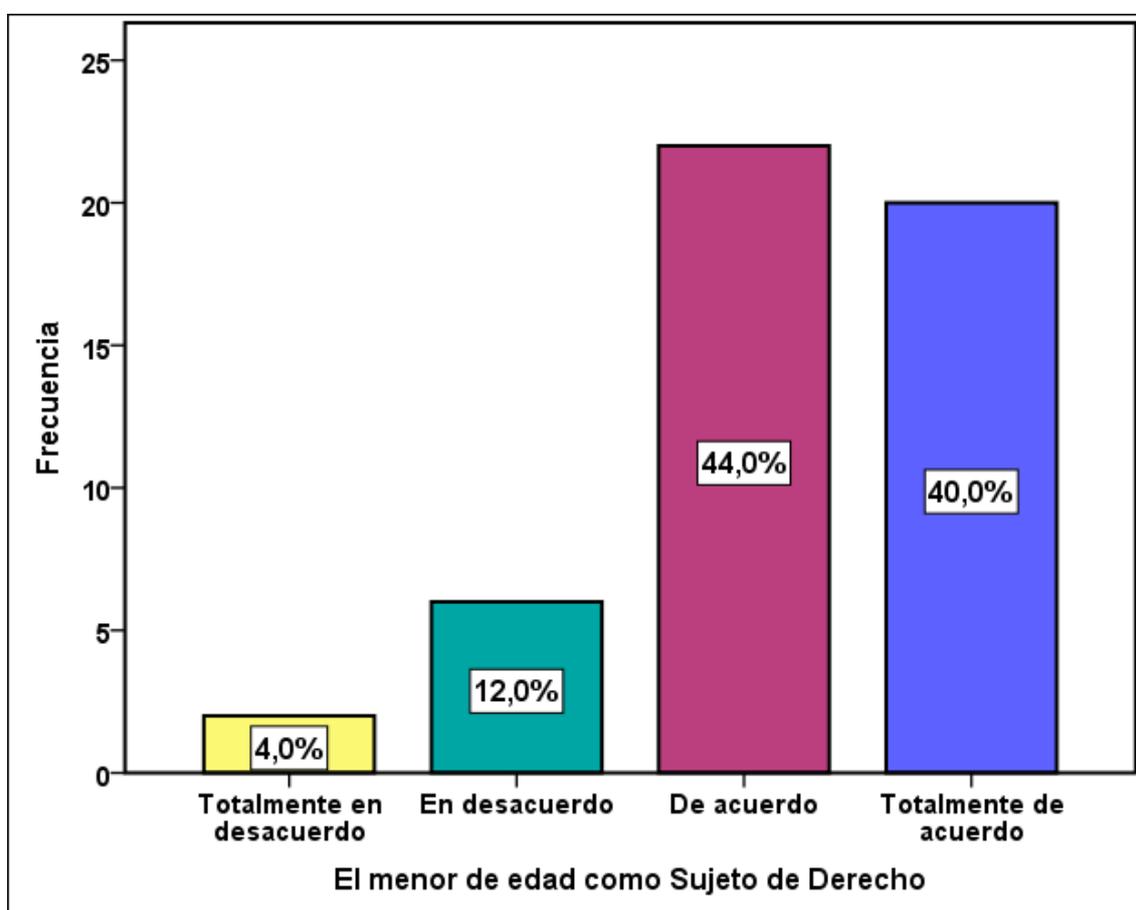
Figura 7*El menor de edad como Objeto de protección*

Interpretación: De la figura 7, en referencia a si considera que el menor de edad debe ser tratado como un Objeto de protección del derecho, se observa que un total del **48,0%** (24) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo o totalmente de acuerdo y un **44,0%** (22) de los abogados manifiesta estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo, en tanto un **8%** (4) abogados no se pronuncia al respecto.

Tabla 8*El menor de edad como Sujeto de Derecho*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 8*El menor de edad como Sujeto de Derecho*

Interpretación: De la figura 8, en referencia a si considera que el menor de edad debe ser tratado como Sujeto de Derecho, se observa que un **44%** (22) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **40%** (20) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **16%** (8) abogados dice estar en desacuerdo o completamente en desacuerdo.

Tabla 9

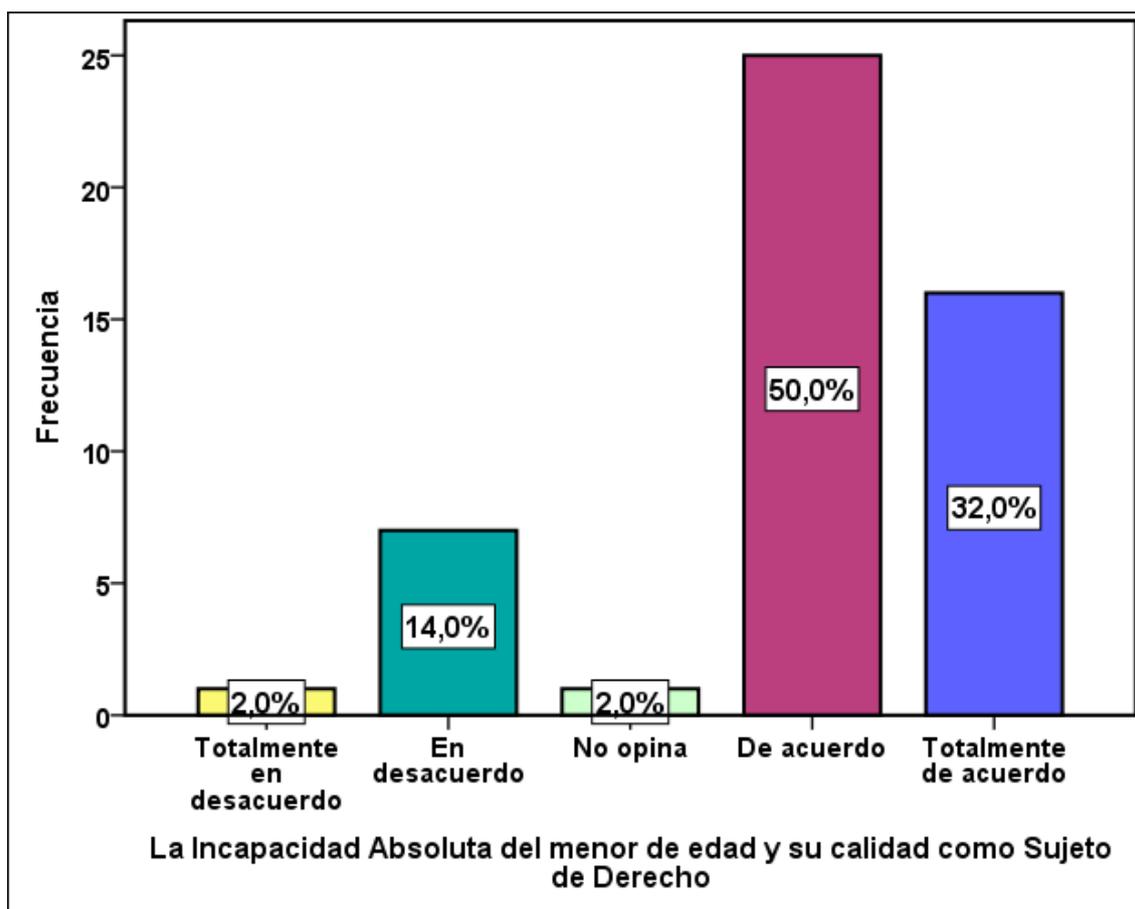
La Incapacidad Absoluta del menor de edad y su calidad como Sujeto de Derecho

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022

Figura 9

La Incapacidad Absoluta del menor de edad y su calidad como Sujeto de Derecho

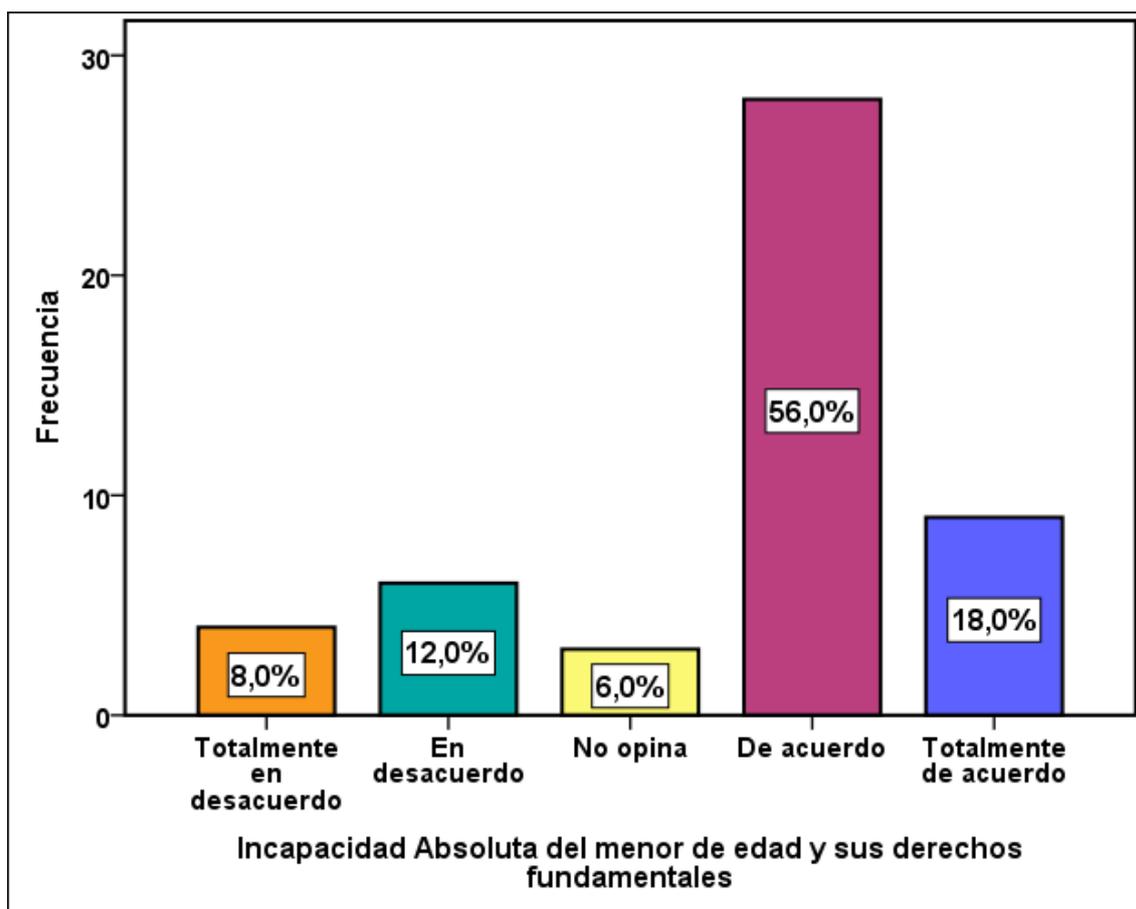


Interpretación: De la figura 9, en referencia a si Considera que Incapacidad Absoluta del menor de edad colisiona con su calidad de Sujeto de Derecho, se observa que un **50%** (25) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **32,0%** (16) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **16%** (8) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 10*Incapacidad Absoluta del menor de edad y sus derechos fundamentales*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

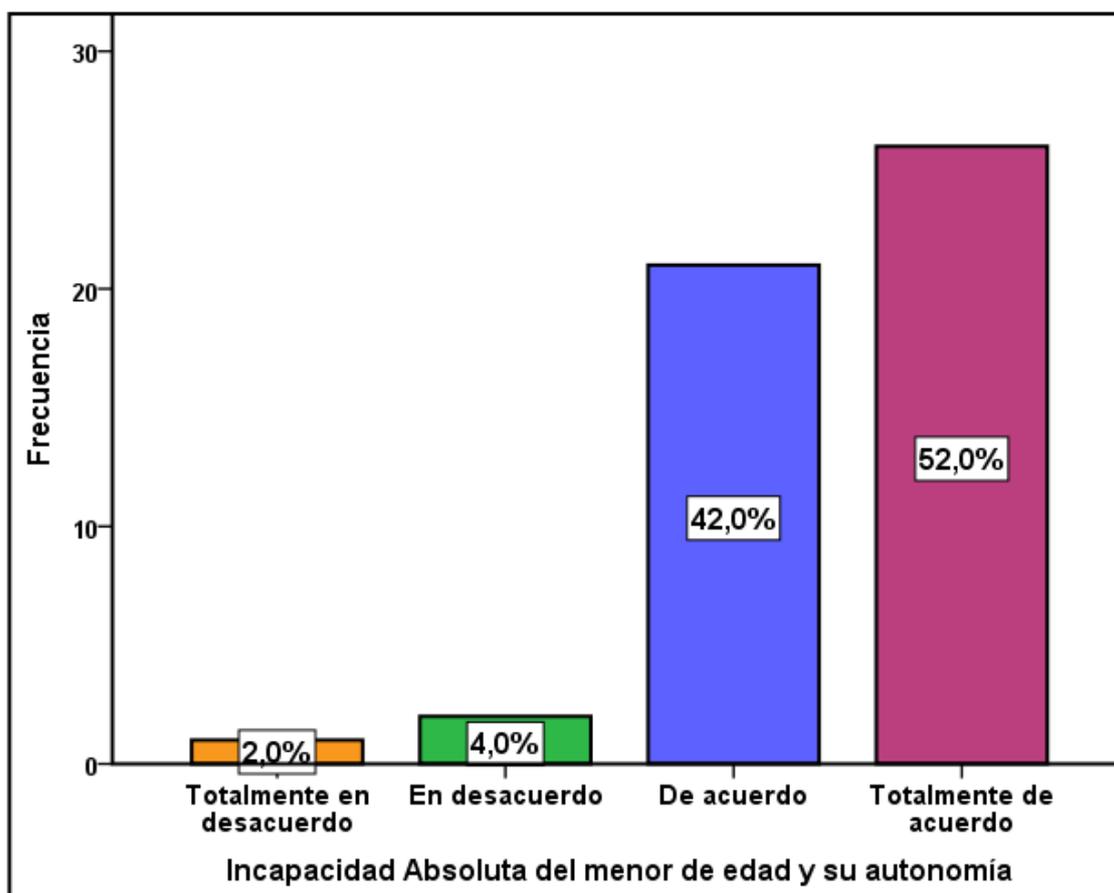
Figura 10*Incapacidad Absoluta del menor de edad y sus derechos fundamentales*

Interpretación: De la figura 10, en referencia a si considera que la Incapacidad Absoluta del menor de edad vulnera sus derechos fundamentales, se observa que un **56%** (28) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **18%** (9) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **20%** (10) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 11*Incapacidad Absoluta del menor de edad y su autonomía*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

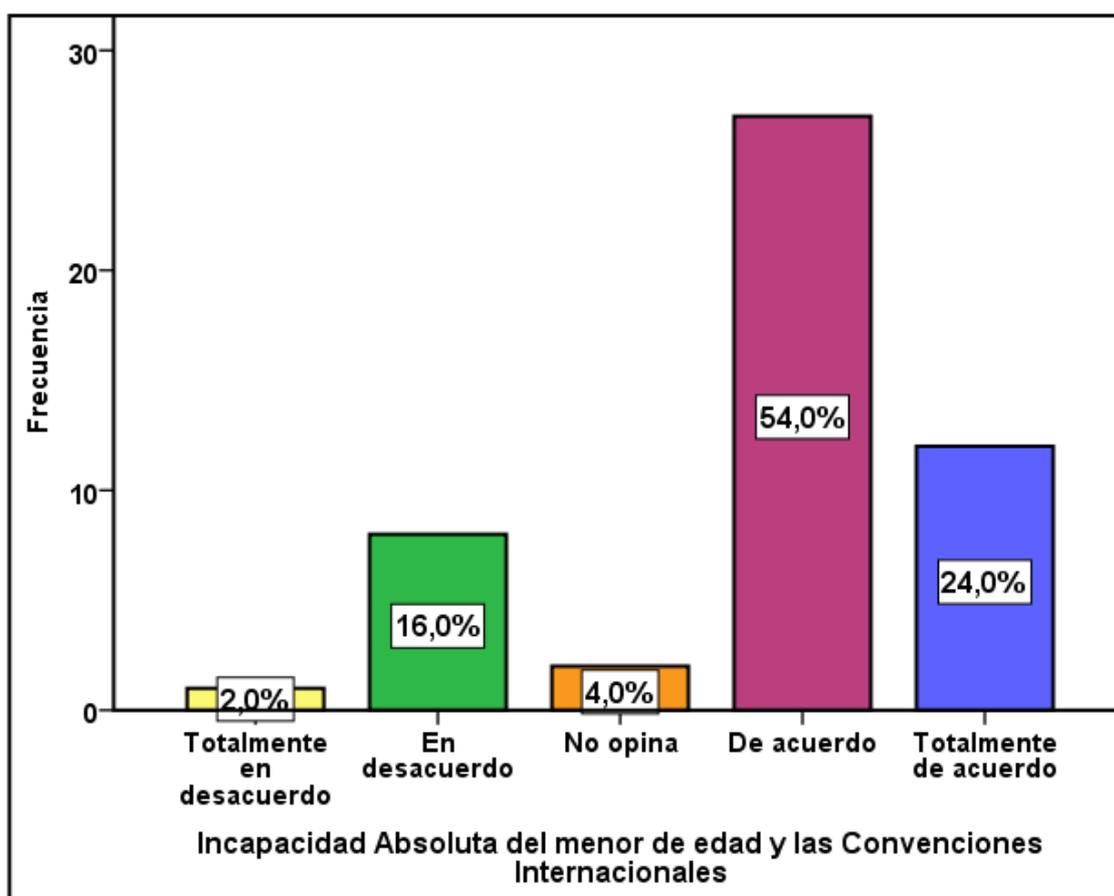
Figura 11*Incapacidad Absoluta del menor de edad y su autonomía*

Interpretación: De la figura 11, en referencia a si considera Incapacidad Absoluta del menor de edad colisiona con su autonomía, se observa que un **52%** (26) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **42%** (21) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **6%** (3) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 12*Incapacidad Absoluta del menor de edad y las Convenciones Internacionales*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

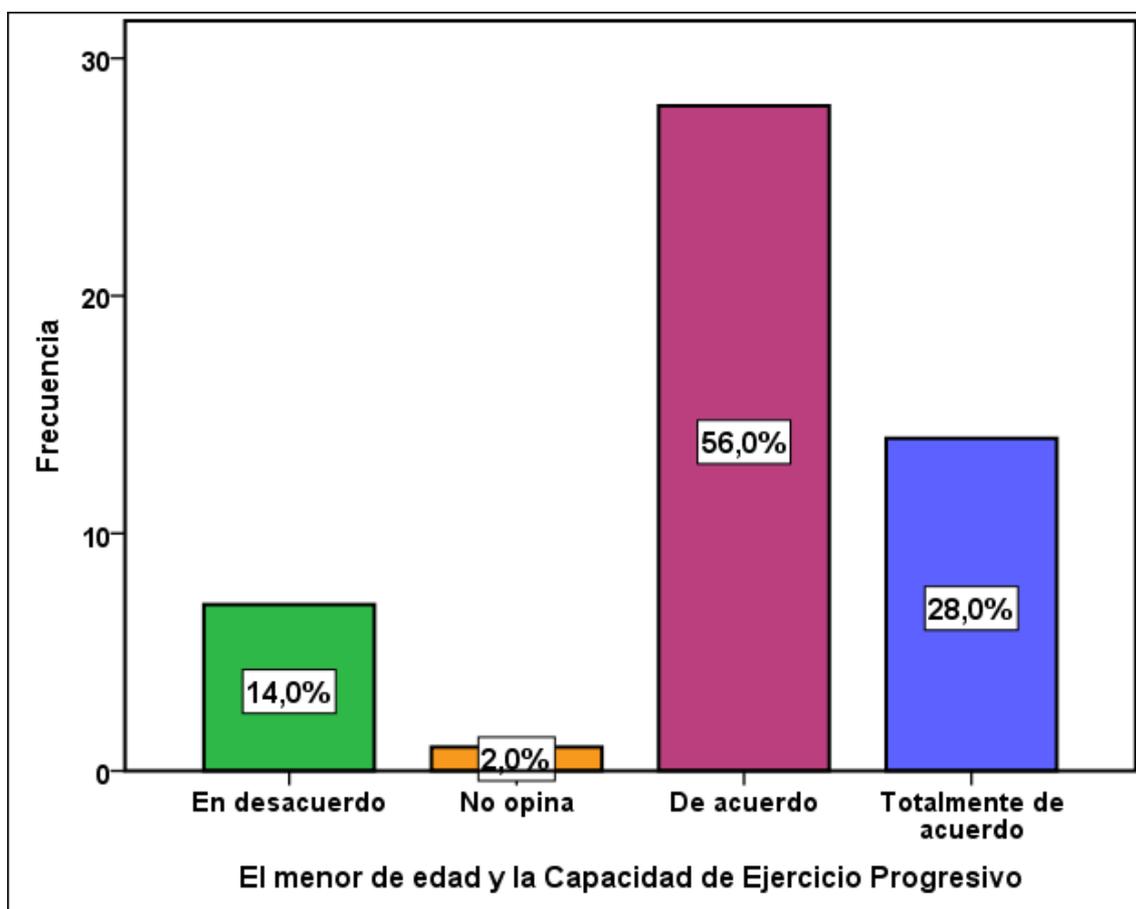
Figura 12*Incapacidad Absoluta del menor de edad y las Convenciones Internacionales*

Interpretación: De la figura 12, en referencia a si considera que la Incapacidad Absoluta del menor de edad colisiona con las Convenciones Internacionales, se observa que un **54%** (27) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **24%** (12) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **18%** (9) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 13*El menor de edad y la Capacidad de Ejercicio Progresivo*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

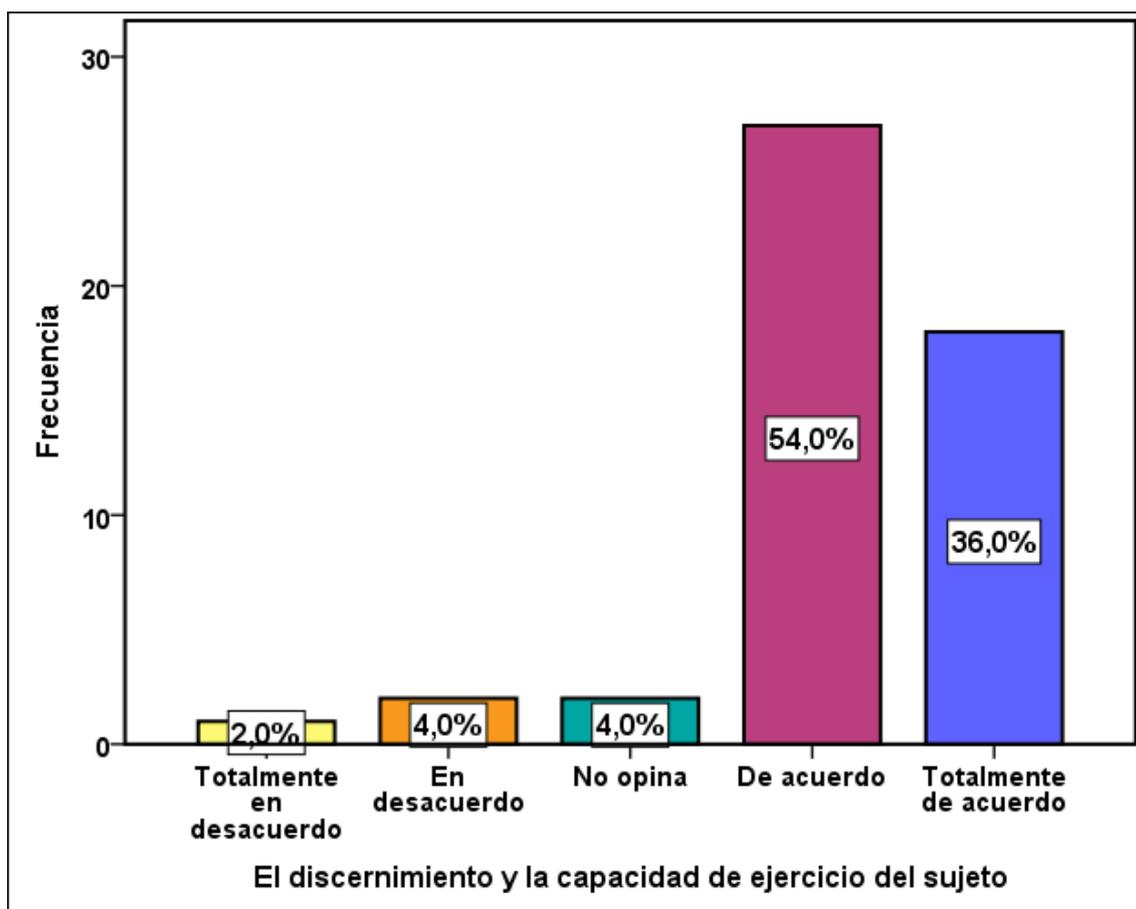
Figura 13*El menor de edad y la Capacidad de Ejercicio Progresivo*

Interpretación: De la figura 13, en referencia a si considera que el menor de edad tiene Capacidad de Ejercicio Progresivo, se observa que un **56%** (28) de los abogados especialistas en derecho civil encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **28%** (14) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **14%** (7) dice estar en desacuerdo.

Tabla 14*El discernimiento y la capacidad de ejercicio del sujeto*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

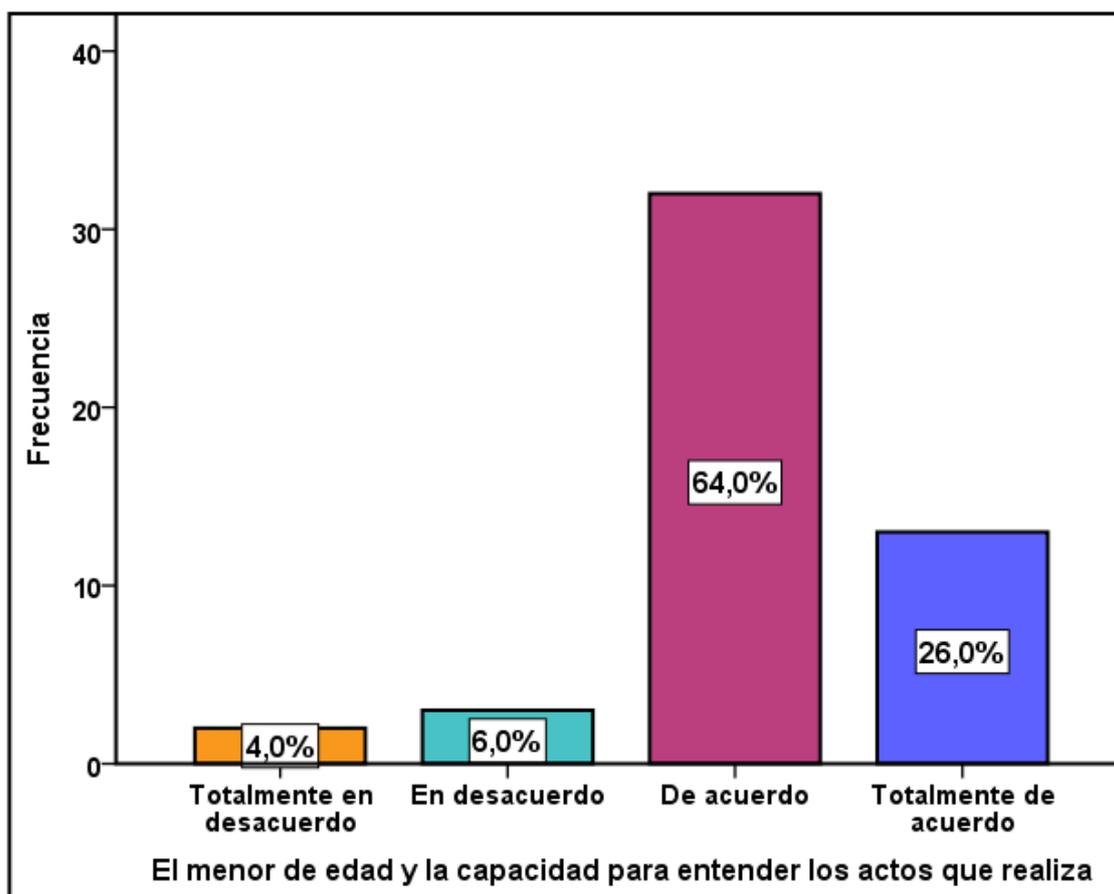
Figura 14*El discernimiento y la capacidad de ejercicio del sujeto*

Interpretación: De la figura 14, en referencia a si considera que el discernimiento es una condición natural para determinar la capacidad de ejercicio del sujeto, se observa que un **54%** (27) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **36%** (18) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **6%** (3) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 15*El menor de edad y la capacidad para entender los actos que realiza*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 15*El menor de edad y la capacidad para entender los actos que realiza*

Interpretación: De la figura 15, en referencia a si considera que el menor de edad tiene capacidad para *entender* los actos que realiza, se observa que un **62%** (31) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **16%** (8) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **18%** (9) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 16

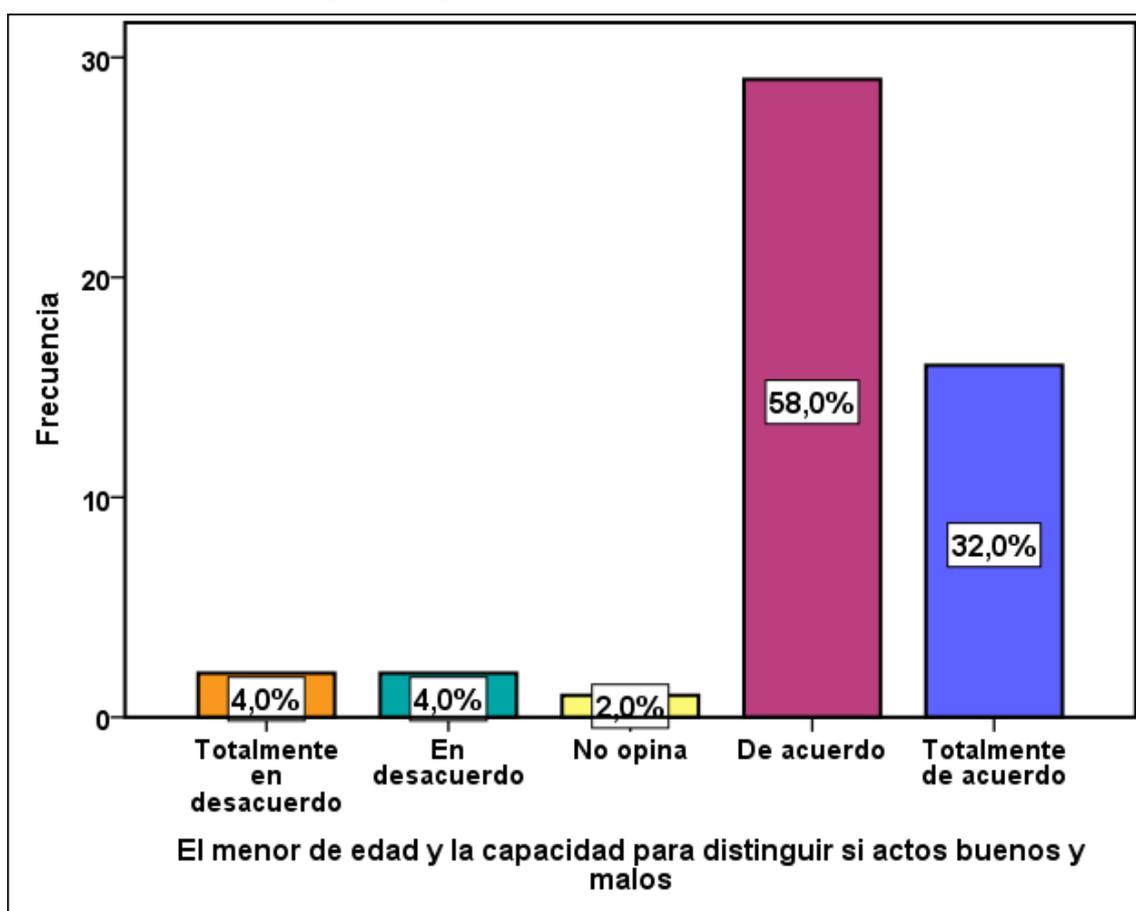
El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos buenos y malos

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 16

El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos buenos y malos



Interpretación: De la figura 16, en referencia a si las considera que el menor de edad tiene capacidad para distinguir si sus actos son buenos o malos, se observa que un **58%** (29) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **32%** (16) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **8%** (4) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 17

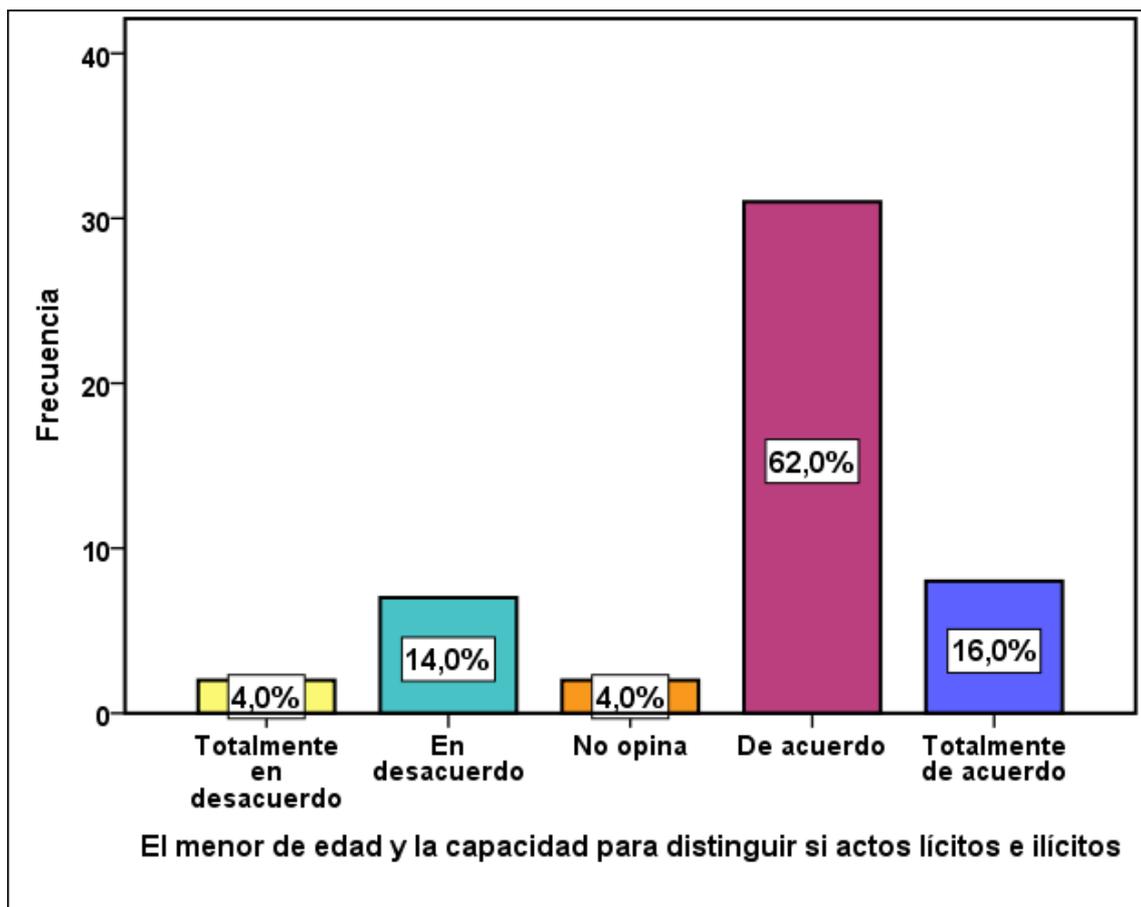
El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos lícitos e ilícitos

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 17

El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos lícitos e ilícitos

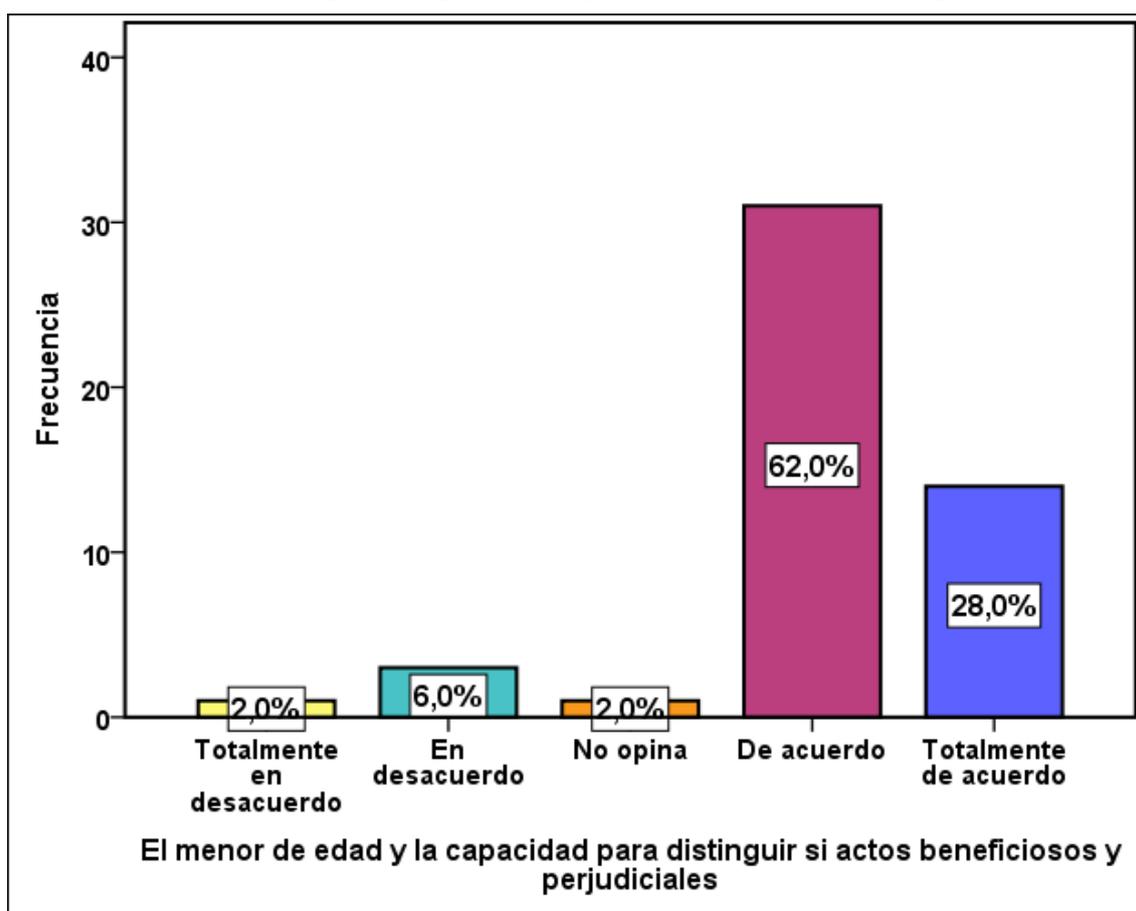


Interpretación: De la figura 17, en referencia a si considera el menor de edad tiene capacidad para distinguir si sus actos son lícitos o ilícitos, se observa que un **62%** (31) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **28%** (14) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **8%** (4) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 18*El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos beneficiosos y perjudiciales*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 18*El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos beneficiosos y perjudiciales*

Interpretación: De la figura 18, en referencia a si las considera que el menor de edad tiene capacidad para distinguir si sus actos son beneficiosos o perjudiciales, se observa que un **52%** (26) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **18%** (9) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **26%** (13) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 19

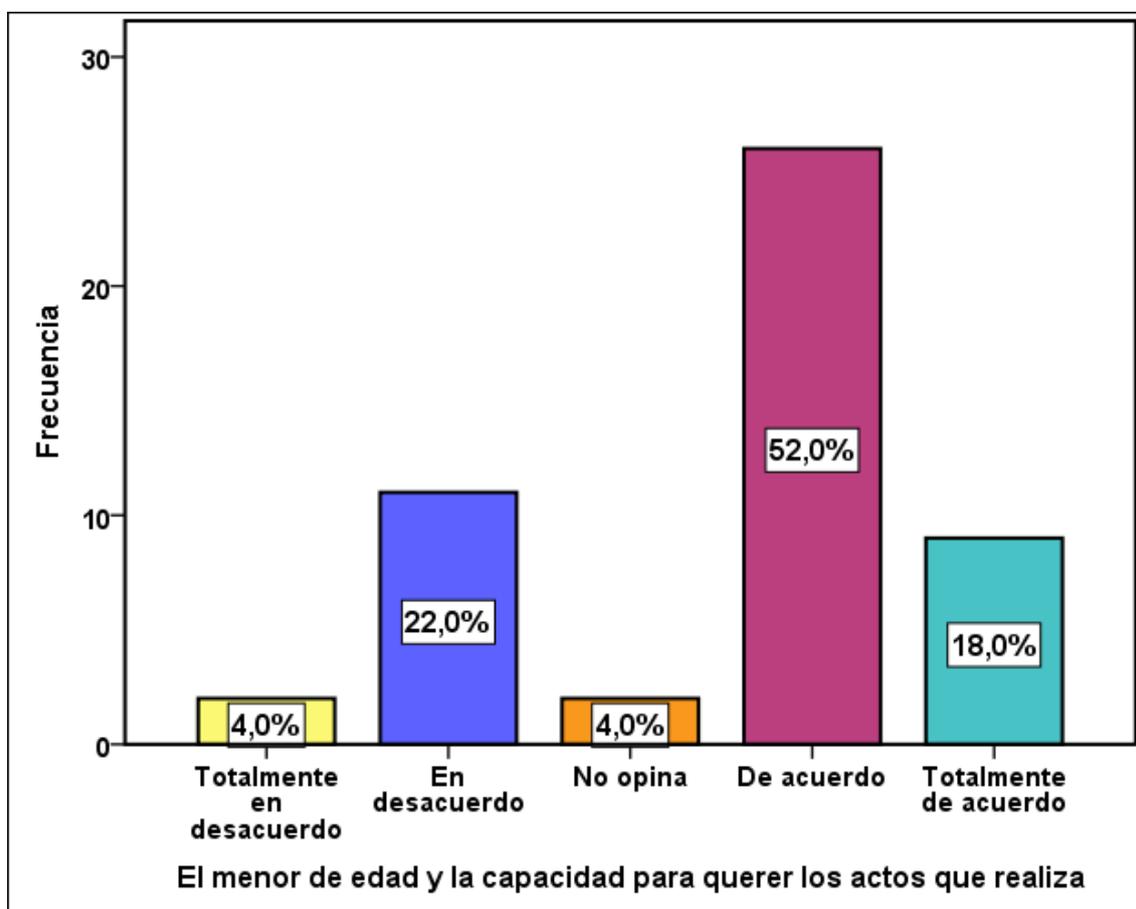
El menor de edad y la capacidad para querer los actos que realiza

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 19

El menor de edad y la capacidad para querer los actos que realiza

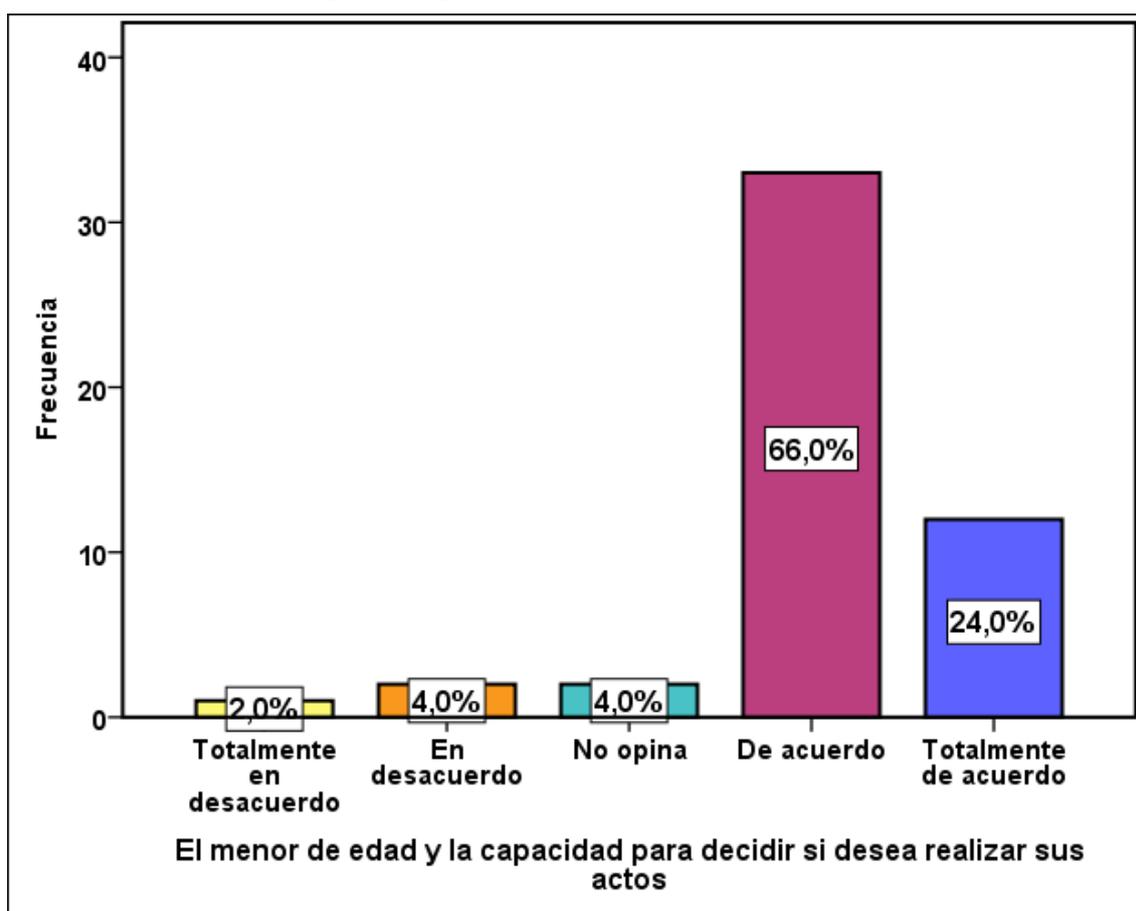


Interpretación: De la figura 19, en referencia a si las considera que el menor de edad tiene capacidad para *querer* los actos que realiza, se observa que un **64%** (32) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **26%** (13) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **10%** (5) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 20*El menor de edad y la capacidad para decidir si desea realizar sus actos*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 20*El menor de edad y la capacidad para decidir si desea realizar sus actos*

Interpretación: De la figura 20, en referencia a si las considera que el menor de edad tiene capacidad para decidir si desea realizar sus actos, se observa que un **66%** (33) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **24%** (12) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **6%** (3) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 21

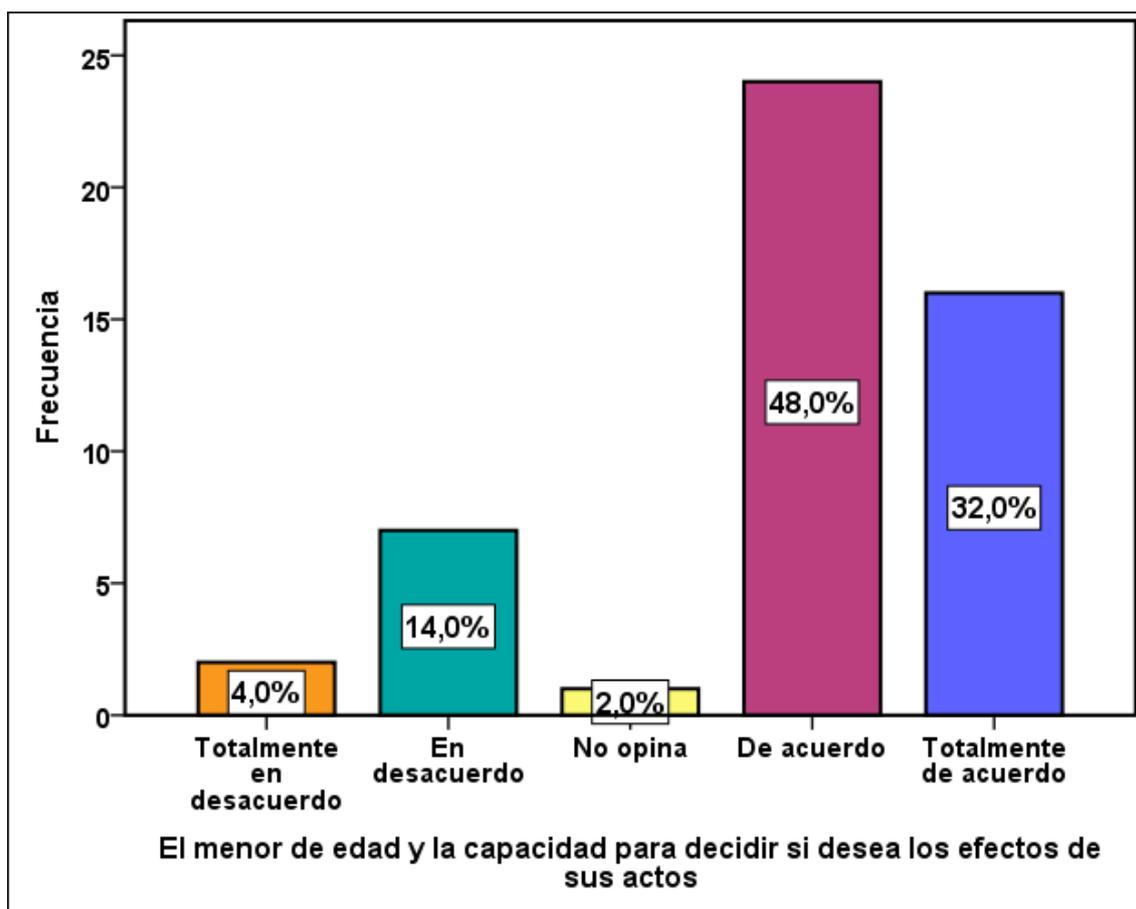
El menor de edad y la capacidad para decidir si desea los efectos de sus actos

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 21

El menor de edad y la capacidad para decidir si desea los efectos de sus actos



Interpretación: De la figura 21, en referencia a si las considera que el menor de edad tiene capacidad para decidir si desea los efectos de sus actos, se observa que un **48%** (24) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **32%** (16) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **18%** (9) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 22

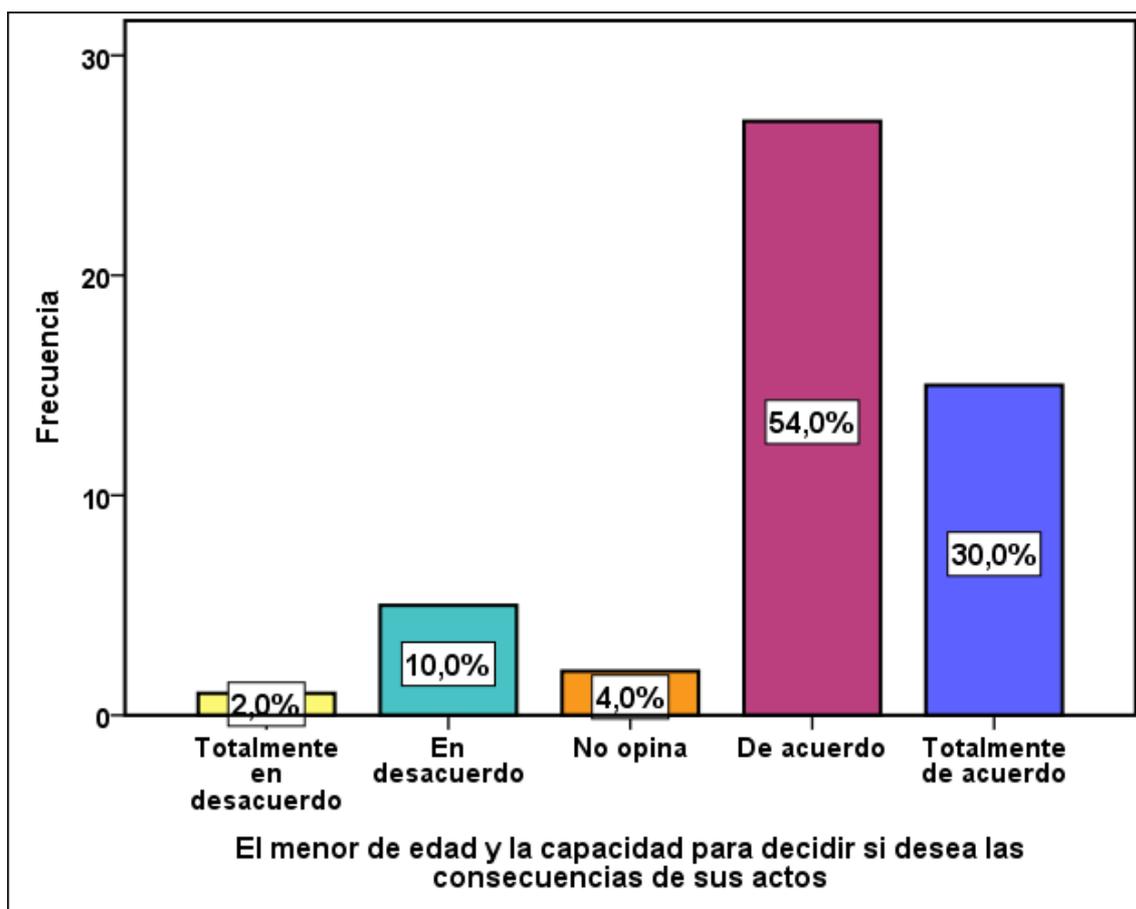
El menor de edad y la capacidad para decidir si desea las consecuencias de sus actos

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 22

El menor de edad y la capacidad para decidir si desea las consecuencias de sus actos

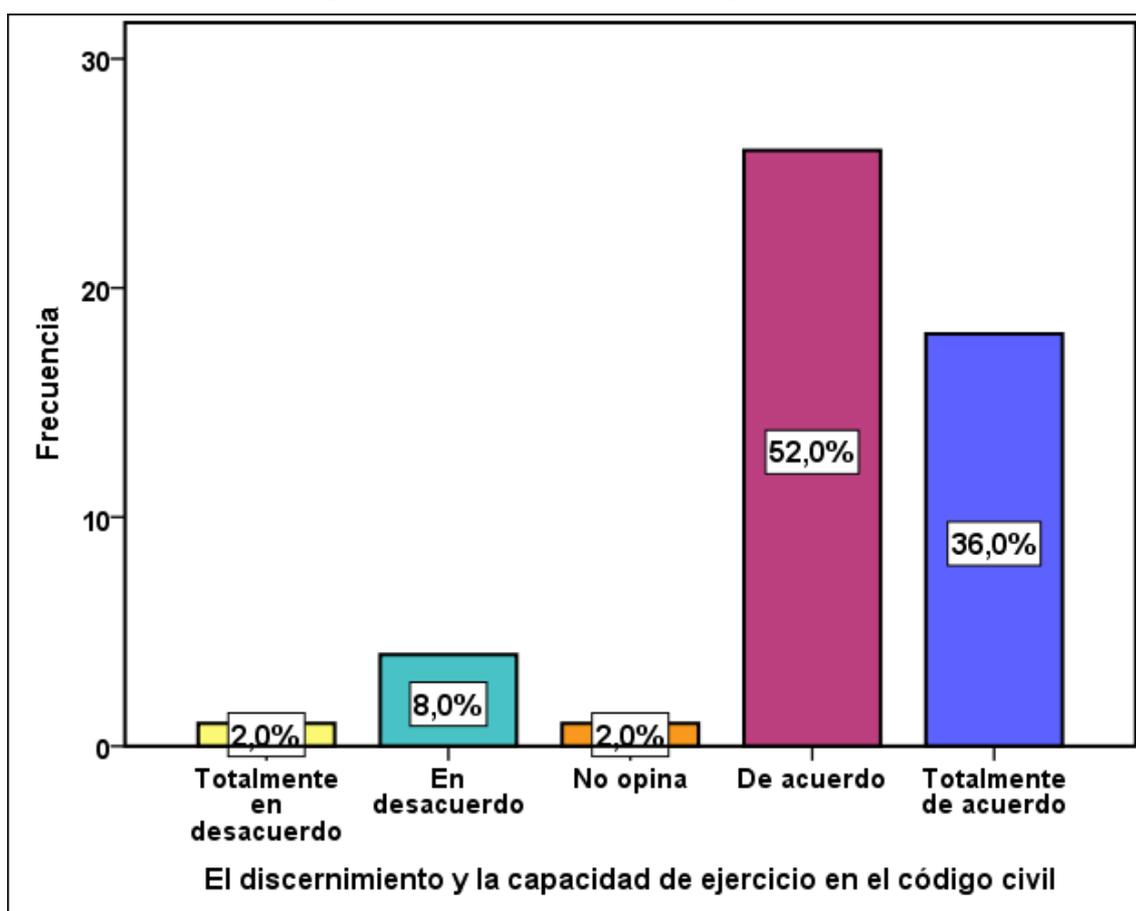


Interpretación: De la figura 22, en referencia a si las considera que el menor de edad tiene capacidad para decidir si desea las consecuencias de sus actos, se observa que un **54%** (27) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **30%** (15) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **12%** (6) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

Tabla 23*El discernimiento y la capacidad de ejercicio en el código civil*

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

Nota: Encuesta aplicada a abogados de especialidad en derecho civil del distrito judicial de Lambayeque 2022.

Figura 23*El discernimiento y la capacidad de ejercicio en el código civil*

Interpretación: De la figura 23, en referencia a si las considera que se debe regular el discernimiento para determinar la capacidad de ejercicio en el código civil, se observa que un **52%** (26) de los abogados encuestados manifiesta estar de acuerdo, un **36%** (18) de los abogados manifiesta estar totalmente de acuerdo y tan solo un **10%** (5) dice estar en desacuerdo o totalmente en desacuerdo.

3.2. Discusión de resultados

De acuerdo a la interpretación realizada a los resultados de las tabulaciones estadísticas de las encuestas formuladas a los abogados en materia civil se ha podido verificar que:

1. De los resultados obtenidos a la pregunta N°1 (tabla y figura N°4), se observa que un total del 92% de los abogados encuestados considera que Código Civil debe regular la Capacidad de Ejercicio conforme las Convenciones Internacionales, en ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en el marco del Modelo de Protección Integral del menor de edad, paradigma por el cual el niño deja de ser un Objeto de Protección para ser considerado como un Sujeto de Derechos, ha desarrollado principios fundamentales como el principio de autodeterminación, que promueve el ejercicio gradual de sus derechos conforme desarrollo, madurez y discernimiento y la participación en asuntos administrativos o judiciales que le afecten y la protección especial del estado, por su condición vulnerable. Según Rajmil y Llorens (2015) el concepto de capacidad de autodeterminación progresiva para actuar derechos contiene lo más relevante de la Convención, pues concede a los menores ejercer sus derechos de acuerdo a patrones más moldeables o flexibles, no únicamente la edad, que se relacionan con su madurez, discernimiento y desarrollo. Y lo confirma Del Mazo (2014) cuando sostiene que la autodeterminación progresiva establece para los menores asumir gradualmente de acuerdo a su madurez, discernimiento y desarrollo mental los roles y funciones que les competen, algo que es opuesto al cerrado y rígido sistema hasta ahora imperante en la norma civil. Debemos comprender que el modelo integral de protección sostiene que la mejor manera de lograr la consolidación y el respeto de todos los derechos de los niños es que estén directamente implicados en el ejercicio de esos derechos de acuerdo con su desarrollo y evolución de aptitudes, y que, a su vez, otros operadores del niño, la familia, la sociedad y el estado se convierten en promotores de esos derechos (Piconto, 2016). Se promueve de esta manera por las convenciones y el derecho internacional moderno el reconocimiento y protección universal de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, en condiciones de igualdad, libertad y dignidad. En un afán continuado por cerrar brechas históricas de abuso, vulneración y discriminación de los derechos de las personas más débiles, y se insta a los países adscritos a alinear su normativa y mecanismos de proceso y protección jurisdiccional para estas personas.

2. De los resultados obtenidos a la pregunta N°2 (tabla y figura N°5), respecto a si considera que la Capacidad de Ejercicio del menor no depende únicamente de su edad, un total del 76% de los abogados encuestados opina afirmativamente, como se ha visto, son dos enfoques teóricos opuestos al desarrollo del niño que inciden en la interpretación del concepto de madurez y evolución de las facultades; las teorías tradicionales explican que llegar a la edad adulta engloba un proceso en el que el niño pasa por varias etapas de evolución física (cuerpo), mental (intelecto y psiquis) y espiritual y por la que el niño empieza a tener un grado formal de operación a partir de la adolescencia, que le permite accionar no solo a nivel de lo concreto e inmediato del mundo sino a nivel de lo abstracto, de lo posible, de las ideas, hipótesis y supuestos, que le dan la capacidad de autonomía de juicio, razón, discernimiento, madurez, etc., característica de la inteligencia reflexiva completa (Piaget 1999). Así para esta teoría la infancia se presenta como una secuencia universal, lineal, secuencial, e ignora la importancia de los contextos sociales, culturales y económicos, así como del entorno familiar, en el desarrollo de las facultades del niño (Qvortrup 1995). Por otro lado, están las teorías culturales que cuestionan a las tradicionales pues consideran que no refleja la complejidad de los elementos que inciden en la capacidad de los niños para adquirir competencias, y soslayan la importancia del entorno y del desarrollo como resultado de procesos económicos, sociales, culturales, familiares y ambientales, específicamente relacionados con las prácticas de formación en las que evoluciona su existencia (Harkness 1982). A ello agrega Espinoza (2020) que cualquier escrito tradicional sobre la ley familiar mostrará que la idea de la subyugación total del menor al poder de los padres domina la relación entre estos. Sin embargo, este dogma debe ser reconsiderado dentro de los márgenes de autodeterminación de los menores. Por ello está de acuerdo con los que creen que la edad no es y no puede ser un elemento que divide a las personas en dos tipos en el diseño y la aplicación de los principios fundamentales; por encima de la mayoría de edad, usted es una persona completa; por debajo de eso, usted es una persona inferior, ello no puede ser menos que inconsecuente con la misma naturaleza .
3. De los resultados obtenidos a la pregunta N°3 (tabla y figura N°6), respecto a si considera que la Capacidad de Ejercicio del menor de edad depende de su grado de discernimiento, una mayoría del 84% de los abogados encuestados considera que efectivamente es así, posición que se confirma con los sostenido por la Corte de los

Lores que establece el principio de la Mayoría de Edad Anticipada para cuestiones médicas según el grado de madurez y discernimiento del menor de edad y se fundamenta en que las personas toman conciencia de su propio cuerpo aún antes de alcanzar a la edad de mayoría regulada por las leyes y por tanto adquieren competencia y capacidad para permitir o rechazar un tratamiento médico Brahams (1985). Asimismo, Nunes y da Guía (2016) sostienen que lo que se debe analizar es el grado de discernimiento del sujeto y eliminar como categoría jurídica la incapacidad; si para determinados actos el sujeto, aun siendo menor de edad, posee un claro discernimiento pues obviamente está apto para celebrarlos; no es comprensible que sujetos que carecen de total discernimiento, puedan celebrar contratos de rutina diaria y no los menores de edad con discernimiento. Y Chipana (2018) agrega que el discernimiento en materia de capacidad es un eslabón que permite definir si se tiene enfrente a una persona que puede contratar o no; un presupuesto básico de construcción de la voluntad, en qué se sustenta la manifestación de la misma.

4. De los resultados obtenidos a la pregunta N°5 (tabla y figura N°8), respecto a si considera que el menor de edad debe ser tratado como Sujeto de Derecho, una gran mayoría del 84% de los abogados encuestados considera que si debe ser tratado como sujeto de derecho, posición que se condice con lo manifestado por Alessandri (1990) que refiere o bien se es sujeto o bien se es objeto de derecho, pero no se puede ser ambos a la vez y Orgaz (1961) agrega que si bien ambos conceptos se integran y estructuran la relación jurídica como presupuestos de esta, sujeto y objeto son ontológicamente distintos, cada cual ocupa un aspecto de la dimensión jurídica, son elementos que se contraponen, en consecuencia, la persona no debe ser tomada como un objeto de la relación. El sujeto de derecho, como punto de referencia normativa, es titular del conjunto de atribuciones y responsabilidades reconocidas por el derecho y goza de los mismos. Ser humano hace que uno sea sujeto de derecho y receptor de los derechos y responsabilidades que conlleva (Espinoza, 2012), siendo así, todo ser humano tiene potencial para ser titular de derechos y de las correspondientes obligaciones jurídicas desde la concepción hasta la muerte, por un principio de respeto a su dignidad y libertad como tal (Torres, 2018).
5. De los resultados obtenidos a la pregunta N°7 (tabla y figura N°10), respecto a si considera que la Incapacidad Absoluta vulnera derechos fundamentales del menor de edad, una mayoría del 74% de los abogados respondió afirmativamente, posición

que confirma el trabajo de investigación realizado el 2020 por Mbaku respecto al matrimonio infantil en algunos lugares de África donde se evidencia que las niñas menores de edad son tratadas como objetos y obligadas por sus mismos padres a casarse con personas adultas, lo que además de constituir una inminente violación de derechos fundamentales, trunca su proyecto de vida, sus expectativas de estudio, trabajo, y la posibilidad de desarrollarse dignamente, sin opción alguna a manifestar su voluntad, ni que esta sea considerada para las situaciones que afectan tan gravemente sus vidas y su futuro como seres humanos. Y es por ello que, la aplicación del binomio capacidad e incapacidad en el Art.43 del Código Civil, respecto del ejercicio de los menores en razón de su edad, estaría vulnerando, derechos autónomos, garantías fundamentales y su condición de sujetos de derecho, estatus por el que, conforme los nuevos paradigmas, la moderna doctrina y principios convencionales vigentes, se les confiere el ejercicio gradual de sus derechos conforme a su madurez, discernimiento y autonomía en desarrollo. Por otro lado, el modelo moderno de la Convención sobre los Derechos del Niño implica un cambio radical en cuanto al enfoque y reconocimiento los derechos fundamentales buscando transformar una realidad bastante vulnerada (García, 1998).

6. De los resultados obtenidos a la pregunta N°8 (tabla y figura N°11), respecto a si considera que la Incapacidad Absoluta de menores de edad colisiona con su autodeterminación progresiva, una mayoría del 78% de los abogados respondió afirmativamente, posición que es obvia por cuanto ambas instituciones provienen de modelos diferentes y antagónicos en el tiempo, por un lado el modelo tradicional que ha generado una visión del menor de edad presentándolo como una persona carente de condiciones para velar por sus más básicos intereses, modelo que si bien desde la óptica patrimonial tiene cierto sustento, ha traído una consecuente disminución de sus derechos en otros aspectos, haciendo aparecer al menor de edad como una persona carente de madurez y discernimiento, lo que ha permitido bajo un supuesto manto de protección, abusos y lesiones a través de la historia de sus derechos más fundamentales (Aguilar, 1985). Según lo establecido en instancias internacionales, esta Autonomía Progresiva se sustenta en el Art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño que determina que el menor de edad adquiere la capacidad de ejercitar sus derechos en la medida que desarrolla conocimientos, competencias, discernimiento y comprensión, para lo cual no hay una edad fija sino

una evaluación constante de su desarrollo por parte de los padres y tutores, que en el caso de menores fungen de representantes, para entender hasta qué punto el menor requiere de orientación y apoyo para que tome decisiones autónomas basadas en su propio interés y dominio, es así que un menor de edad que tenga mayor autonomía requerirá menor ayuda y soporte para ejercer su voluntad basada en su propio interés, la comprensión de sus derechos y obligaciones. Si bien es cierto definir mediante reglas generales la capacidad de ejercicio de los menores de edad resulta algo complicado, por tratarse de un grupo que por sus variadas edades resulta muy diverso, la Convención gira alrededor de dos puntos principales, uno es el de Protección y el otro de Autodeterminación, que a simple vista parecieran ser contradictorias pero que aplicadas a cada caso específico convergen en una fórmula terminada que encaja con lo propuesto por la doctrina de protección integral que promueve la misma (Aranguren, 1998).

7. De los resultados obtenidos a la pregunta N°10 (tabla y figura N°13), respecto a si considera que el menor de edad tiene Capacidad de Ejercicio en progreso, una contundente mayoría del 84% de los abogados respondió afirmativamente, así tenemos que la interacción del sujeto en la sociedad para su subsistencia y beneficio es una realidad de la vida de relación social, limitar ello es como negarle su derecho a existir y a la satisfacción de sus necesidades elementales, necesidades que no son exclusivas del mundo de los adultos, menos en un mundo como el actual donde los menores de edad con progresiva capacidad de discernimiento son una masa humana de fuerte de consumo comercial y flujo económico en la sociedad, sin un precepto como el en comento todas estas transacciones serían nulas, algo que no se condice con las exigencias de la realidad (Arias, 1987). La adquisición de la capacidad de obrar es gradual y progresiva conforme se aproxima a los perímetros de la mayoría de edad, es por ello la necesidad de reconocer gradualmente según el sujeto y el acto jurídico a desarrollar su capacidad de actuación de sus derechos, conforme lo regula la normativa civil cuando excepcionalmente dota al menor de diez años a dar su consentimiento para su adopción (art. 378.4); o cuando establece que el menor de edad con capacidad natural puede recibir donaciones, legados y herencias voluntarias, cuando estas sean puras (art. 455), etc. casos en los que la capacidad de discernir progresiva del sujeto es considerada para la realización el acto (Torres, 2018, p.303).

8. De los resultados obtenidos a las preguntas N°11 (tabla y figura N°14) respecto a si considera que el discernimiento es una condición natural para determinar la capacidad de ejercicio del sujeto, una mayoría del 90% de los abogados respondió afirmativamente y es importante tener en cuenta que la capacidad natural, también conocida como la capacidad de comprender y querer o de discernir, es uno de los elementos conceptuales utilizados por el código civil italiano para establecer la legalidad de los actos llevados a cabo por las personas de derecho. La capacidad natural se estima una figura dentro de la capacidad del género para actuar, que debe ser verificada por el juez caso por caso en referencia con el acto particular llevado a cabo por el sujeto (Bigliuzzi, 1992). En el ordenamiento civil se distingue cuatro tipos de capacidad de ejercicio entre ellos la capacidad de ejercicio natural, que es el fundamento de la capacidad de obrar y cuya base es la aptitud de discernir del sujeto, ese natural desarrollo y madurez mental que le permiten querer con libertad, dirigir su voluntad, comprender sus acciones, distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo que no lo es, lo que beneficia de lo que perjudica sus intereses, de decidir y proteger sobre su bienestar; para la cual no existe una edad determinada pues depende de muchos factores externos e internos de desarrollo del sujeto (Torres, 2018). La calidad del derecho positivo como verdadero derecho se explica y justifica en la calidad de la relación que existe entre éste con el derecho natural, pues todo cuanto hacemos precisa de una capacidad natural, de la misma manera en todos los ámbitos de la sociedad donde lo cultural es inviable sin una base natural (Mulanovich, 2009). La capacidad de obrar es la aptitud para que la persona pueda ejercer per se sus derechos subjetivos y tiene su fundamento en la capacidad de entender y de querer, es decir, en la capacidad natural de discernir; así, mientras la capacidad de goce tiene como único requisito la existencia de la persona, la capacidad de ejercicio tiene como presupuesto, además del goce, la facultad de querer y de entender o discernimiento, su edad, su salud mental y demás elementos particulares que precisa el ordenamiento jurídico (Torres, 2018). Igualmente, Varsi-Rospigliosi (2014) sostiene que la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos por sí mismo y en cabeza propia y entre otras características tiene como presupuesto de hecho la voluntad y la inteligencia y a la capacidad de discernimiento como su fundamento.; en consecuencia, para el acto jurídico la manifestación que revela la voluntad de una persona sin discernimiento carece de valoración subjetiva, por tanto, de validez (Espinoza, 2008).

9. De los resultados obtenidos a las preguntas N°12 (tabla y figura N°15) respecto a si considera que el menor de edad tiene capacidad para entender los actos que realiza, una mayoría del 90% de los abogados respondió afirmativamente y se puede observar que un similar porcentaje alto de aprobación obtuvieron las preguntas 13, 14, 15, de las figuras y tablas respectivas. La intervención de una persona que tenga desarrollo psicológico, físico, madurez y la claridad mental suficientes para discernir el acto que realiza y su alcance, es uno de los presupuestos para considerar válido el acto jurídico, es así que la doctrina coincide en definir al discernimiento como la aptitud o capacidad natural que tiene la persona para querer, entender y diferenciar entre lo que es bueno, lícito y le puede beneficiar al sujeto de aquello que no lo es y le puede perjudicar (Torres, 2015) seguidamente se refiere a que la realidad del día a día los niños y adolescentes con discernimiento realizan actos jurídicos con regular frecuencia por sí solos, sin que alguien dude de su capacidad para comprender el alcance y las consecuencias de los actos que llevan a cabo y la manifestación libre de su voluntad que los vincula, y que dichos actos estaban amparados por el mencionado artículo (Torres (2018)). Una persona que ha llegado a un grado de desarrollo psicológico y físico con el que le es posible hacer una distinción entre bien y mal, lo que es lícito e ilícito, lo que resulta perjudicial y beneficioso para sus intereses es una persona dotada de capacidad natural de discernimiento y cuenta con la aptitud necesaria y suficiente para poder asumir una conducta comprensiva, racional, evaluativa ante un acto en concreto de las relaciones sociales y decidir lo mejor según su querer y entender. No se puede negar que los niños de hoy maduran mentalmente más rápido que en el pasado debido a una variedad de factores, incluyendo la televisión y la tecnología. Ya no podemos decir que las acciones que un niño puede realizar son solo comprar refrescos, dulces o cualquier otra golosina o afirmar que solo esas acciones satisfacen sus necesidades básicas. Así, las partes de un contrato en línea no están físicamente presentes y no hay comunicación verbal entre ellas como resultado, es imposible determinar si la persona que se contrata es mayor o menor, o si se encuentra legalmente capacitada. Sin embargo, es obvio que si este individuo está negociando por estos canales es porque tiene el nivel de discernimiento necesario para hacer un contrato.
10. De los resultados obtenidos a las preguntas N°16 (tabla y figura N°19) respecto a si considera que el menor de edad tiene capacidad para querer los actos que realiza, una mayoría del 80% de los abogados respondió afirmativamente y se puede

observar que un similar porcentaje alto de aprobación obtuvieron las preguntas 17, 18, 19, de las figuras y tablas respectivas, sí apreciamos el Art.378 inc.4 del C.C. se considera que esta capacidad natural, discernimiento, puede observarse a partir de los 10 años de edad aproximadamente, proceso de permanente desarrollo que se va consolidando hacia los 14 años, pero que a su vez es diferente para cada ser humano según la experiencia en el contexto de su evolución y desarrollo, quedando a criterio del juzgador el análisis de cada caso en concreto (Rubio, 1992). También podemos observar en el Art.455 del C.C que, sin determinar edad sino simplemente con la aptitud para discernir entre lo que es beneficioso o perjudicial, los menores pueden aceptar, recibir o renunciar a bienes patrimoniales mediante herencia, legado o donación, así mismo hacer uso del ejercicio de sus derechos estrictamente personales, esto es aquellos derechos innatos relacionados con su calidad de sujeto de derecho, por ejemplo, el Art.393 del C.C. con el reconocimiento por el menor de 14 años del hijo extramatrimonial, sin la intervención de sus tutores (Varsi, 2020). Si un adolescente que con su trabajo se paga por sí mismo sus estudios superiores de inglés o computación desea comprar una computadora portátil multimedia, este acto constituye una decisión y una necesidad ordinaria de la vida diaria de este menor y sin duda el derecho debe regular su situación de manera que se permita desarrollar su proyecto de vida (Torres, 2018).

11. De los resultados obtenidos a la pregunta N°20 (tabla y figura N°23), respecto a si considera que se debe regular el discernimiento para determinar la capacidad de ejercicio en el código civil, una mayoría del 88% de los abogados respondió afirmativamente, posición que se confirma con la doctrina de protección integral, para quien la consideración de los niños y adolescentes como personas impedidas de cualquier racionalidad, que es el similar legal de declararlos incapacitados plenos y absolutos, es inconsecuente e incompatible con las descubrimientos y logros de las ciencias de apoyo del derecho, como psicología, la pedagogía y la psiquiatría, cuyos principales enfoques consisten en sostener que a medida que una persona crece y se desarrolla, adquiere gradualmente la capacidad de tomar sus propias decisiones que es fundamento del Principio que sostiene la Convención sobre los Derechos del Niño (Castillo, 2004). Mantener vigente el modelo de la Doctrina de la Situación Irregular que considera a los menores de edad como personas carentes de madurez, racionalidad y discernimiento, por tanto, incapaces absolutos y objetos de protección legal, se entiende como un contrasentido normativo respecto del avance

de las ciencias auxiliares del derecho, los modernos modelos doctrinarios y principios que desarrollan las convenciones internacionales en materia de Capacidad Jurídica. Esta resistencia al cambio persiste en la práctica hoy en día en algunos sectores, lo que se debe a los esquemas mentales de los operadores legales que, en varios casos, no han podido abandonar por completo la visión de la situación irregular, que no es el resultado de los sistemas legales, ya que casi todos ellos han sido adecuados al paradigma de la protección integral, sino que es el resultado de los esquemas mentales de los operadores legales que, hasta la fecha, no han podido abandonar por completo la visión de la situación irregular. A pesar de que sus países han ratificado la Convención y han adaptado su legislación doméstica, siguen actuando sobre antiguos prejuicios de que los niños que carecen de la capacidad de actuar siempre se han tratado y pensado como objetos en lugar de sujetos de derechos (Ferrajoli, 1999). Un principio que todo operador jurídico debe tener en cuenta es la presencia del discernimiento del sujeto para determinar la validez de los actos jurídicos que realice y su responsabilidad civil (Espinoza, 2012). Se requiere una capacidad jurídico legal para el ejercicio de los derechos fundamentales, la capacidad de actuar, que puede definirse como la capacidad o la voluntad de un sujeto para realizar actos jurídicos eficaces, se determina por las condiciones efectivas de madurez y discernimiento, que varían de persona en persona y se adquieren gradualmente hasta la edad de la mayoría, la minoría de edad no es una razón de incapacidad, sino una situación modificable de la capacidad de actuar basada en las circunstancias subjetivas, el menor no es incompetente, pero tiene una capacidad en desarrollo para actuar Sánchez (2006). Entonces, si hablamos de estados constitucionales donde rigen los principios fundamentales, la edad no es ni debería ser un elemento que divida a las personas en dos tipos: por arriba de la edad de mayoría se es persona completa y por debajo de la edad de mayoría se es menos persona o se es persona incompleta o medio persona (Stanzione, 1975).

3.3. Aporte práctico

Proyecto de Ley N°01

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ART. 43 DEL CÓDIGO CIVIL D.L. N°295 PARA INCORPORAR EL DISCERNIMIENTO EN LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE MENORES DE EDAD.

Toro Cubas Yván Antero, estudiante de la Universidad Señor de Sipán, Facultad de Derecho, en ejercicio del Derecho a proponer una iniciativa Legislativa que prescribe el Artículo N°107 de la Constitución Política del Perú, y de acuerdo a lo regulado por el Art. 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la república, realiza la siguiente propuesta legislativa.

FORMULA LEGAL

LEY DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL D.L. N°295 PARA INCORPORAR EL DISCERNIMIENTO EN LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE MENORES DE 16 AÑOS DE EDAD.

Artículo único. Modificar el artículo 43 del Código Civil, Decreto Legislativo N°295 para el ejercicio de derechos de los menores de 16 años de edad conforme el grado de discernimiento, en los términos que a continuación se expone:

Artículo 43.- Incapaces absolutos

1. Son absolutamente incapaces:

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

Modificación:

Artículo 43.- Capacidad de ejercicio de menores de edad

1. **Tienen capacidad de ejercicio progresivo los menores de dieciséis años de edad, según el grado de discernimiento que emane de su desarrollo y el acto a realizar.**

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Única: La presente norma se adaptará a la ley nacional, en el término no mayor de 60 días calendarios.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

La presente iniciativa legislativa busca implementar y aplicar en la normativa civil el estatus de sujeto de derecho que poseen los niños, niñas y adolescentes menores de edad, conforme los convenios y tratados internacionales con rango constitucional a los que el estado peruano está adscrito. Estatus jurídico desarrollado en el marco del nuevo modelo de Protección Integral de menores de edad, los niños, niñas y adolescentes, por el cual están facultados a participar activamente en los asuntos administrativos y judiciales que afecten directamente sus intereses, conforme al desarrollo de su madurez mental y discernimiento. De esta manera, evitar la desigualdad, discriminación, vulneración de derechos y el abuso del sistema de representación vigente.

Actualmente existe abundante legislación nacional e internacional, como la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de los Derecho Humanos, el Código de Niños y Adolescente, etc., que reconoce la calidad de sujetos de derechos de los menores de edad y promueven el deber y responsabilidad de los padres, de los tutores, del estado y de la sociedad en general, de guiarlos y motivarlos en el desarrollo de sus capacidades y facultades para la integración e incorporación progresiva a las situaciones, relaciones, deberes y obligaciones sociales como futuros ciudadanos. Esto, en un marco de reconocimiento legal y normativo de su autonomía, dignidad, libertad y capacidad en desarrollo, así como su derecho a ser informados adecuadamente, escuchados y que su opinión sea considerada en las decisiones administrativas y jurisdiccionales que afecten sus intereses.

Múltiples estudios de investigación dan cuenta de los beneficios que trae consigo el reconocimiento de las regulaciones establecidas en los tratados internacionales; beneficios que recaen en favor del desarrollo del menor de edad, de la familia y por consiguiente la sociedad en general y del estado.

CONCLUSIONES DE LA PROPUESTA

Se propuso la modificatoria que incorpore la capacidad natural de discernimiento en el Art.43 del Código Civil con la cual se busca el reconocimiento efectivo de los derechos del menor de edad en su calidad de sujetos de derecho y la facultad para el ejercicio per se según el caso en concreto y el grado de su madurez y discernimiento; factores que finalmente tributan a su desarrollo, a su integración progresiva en la vida de relación social y a su gradual inserción a la ciudadanía; tributan a afianzar su madurez y su intelecto respecto de sus derechos, deberes y responsabilidades para consigo mismo y ante la sociedad; así mismo, tributa a la integración y cumplimiento de la normativa convencional internacional en el estado peruano para cerrar gradualmente la brecha de desigualdad, discriminación, abuso y vulneración de sus derechos fundamentales y principalmente tributa al reconocimiento de su calidad como sujeto de derecho y el ejercicio efectivo de los mismos en un marco de legalidad y protección.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La propuesta actual no da lugar a un aumento del gasto estatal, ni representa un gasto para las instituciones involucradas, ya que existe una tendencia en las instituciones públicas encargadas de los procesos administrativos y jurisdiccionales al reconocimiento y la participación activa del menor de edad en los asuntos que le atañen y afectan directamente, a pesar de no contar con una regulación normativa civil adecuada que sustente y fundamente en un marco legal su reconocido estatus jurídico, una normatividad que permita una mejor implementación de los mecanismos adecuados para una participación activa del menor de edad, en el ejercicio efectivo de sus derechos básicos.

Por otro lado, como se expresa, esta propuesta posee muchas ventajas, la protección del interés superior del niño, el desarrollo de una mejor sociedad a través del fortalecimiento de las relaciones paterno y maternofiliales, la interacción familiar para una mejor comprensión de roles y funciones, por ende, la formación de una sociedad con menor tasa de discriminación, autoritarismo y opresión, así mismo, como mecanismo de reducción de los índices de violencia y desigualdad intrafamiliar, etc.

3.4. Valoración y corroboración de los resultados

Para corroborar la presente propuesta práctica se recurrió a la consulta de experto o especialista, quien da validez a la misma, luego de un análisis minucioso y la evaluación de la ficha correspondiente, calificando cada ítem conforme a su criterio, experiencia y experticia profesional a lo largo de los años de estudio y desempeño laboral que lo respalda.

IV. CONCLUSIONES

1. Respondiendo al objetivo general, la presente investigación ha podido determinar la relevancia de la Capacidad Natural de Discernimiento en la Capacidad de Ejercicio de menores de edad para la modificatoria del Art.43 del Código Civil, en base al desarrollo de cada objetivo específico formulado previamente.
2. Respondiendo al primer objetivo especial, del análisis de la Capacidad de Ejercicio de los menores de edad en la legislación nacional, se observa que ésta aún conserva la categoría jurídica de Incapaz Absoluto y determina su capacidad sobre el dato cronológico de la edad. Concepto desarrollado por el superado Modelo de Situación Irregular que consideraba a los menores como objetos de protección, afectándose gravemente con ello sus derechos fundamentales y su dignidad como personas.
3. Respondiendo al segundo objetivo especial, del análisis de la Capacidad Natural de Discernimiento se ha podido concluir que esta capacidad natural de la persona es fundamento para su capacidad de hecho y encuentra sustento en paradigmas de la moderna doctrina y los principios que promueve la Convención de los Derechos del Niño que a la luz del nuevo Modelo de Protección Integral sostiene en su Art.5 que el menor de edad adquiere la capacidad de ejercitar sus derechos en la medida del desarrollo de su madurez y discernimiento, por lo que no existe una edad fija que lo determine sino un contexto condicionado por factores naturales, físicos, psicológicos, mentales y de su entorno cultural, social, familiar, económico, etc.
4. Respondiendo al tercer objetivo especial, de las técnicas e instrumentos aplicados para la caracterización de la Capacidad de Ejercicio de los menores en el marco la Capacidad Natural de Discernimiento se ha podido determinar que el Art.43 de nuestra norma civil contraviene lo dispuesto por la Convención de derechos del menor y discriminándoles vulnera sus derechos más básicos además de su dignidad como personas, deviniendo con ello en su obsolescencia y la necesidad de ser modificado.
5. Respondiendo al cuarto objetivo especial y sobre las bases de las conclusiones previas a las que arriba la investigación, se presenta una propuesta de modificatoria del art.43 bajo estudio, con la que se incorpora la Capacidad Natural de Discernimiento para regular la Capacidad de ejercicio del menor de edad y cuyo inciso primero dispone que, *“Tienen capacidad de ejercicio progresivo los menores de dieciséis años de edad, según el grado de discernimiento que emane de su*

desarrollo y el acto a realizar” el cual se presenta a detalle en el capítulo correspondiente al aporte práctico de la investigación.

6. Con la finalidad de corroborar la propuesta del aporte práctico se recurrió a la validación por experto especialista, la cual se presenta en el capítulo correspondiente a los anexos los documentos firmados y sellados, que valida la idoneidad y pertinencia de propuesta planteada por la presente investigación.

V. RECOMENDACIONES

1. Los cambios realizados al Código Civil por el D.L.1384 se dan como consecuencia de una reforma deficiente que no adecua de manera integral y sistémica al código la doctrina y principios que promueven las convenciones internacionales en materia de capacidad, autonomía y discernimiento, por lo que se recomienda una revisión integral de sus disposiciones.
2. La norma establecida en el segundo inciso del artículo 219 del Código Civil sobre causal de nulidad del acto jurídico ha sido derogada, en consecuencia, los negocios, llámese contratos, efectuados por los menores de edad serían completamente válidos y en ese sentido resultaría útil un estudio sobre el artículo 1358 de la norma.
3. El inciso 2 del artículo 43 sobre incapacidad de las personas sin discernimiento ha sido derogado, y siendo que muchos otros artículos están regulados sobre esta base, sin la cual la persona no podría celebrar contratos y menos ejercer derechos sobre estos, recomendamos su revisión previa en procesos o casos relacionados.
4. La presente investigación ha sido realizada desde una postura epistemológica cuantitativa en un primer nivel o alcance descriptivo, por lo que se recomienda profundizar en la investigación ampliando la ruta de estudio o profundizándola en los siguientes niveles de investigación para un mayor rigor de científicidad.

Referencias

- Abelenda, C. (1980). *Derecho Civil. Parte General* (Vol. I). Editorial Astrea.
- Abreu, M. (2012). As Regras de Obtenção do Consentimento Para Intervenções Médicas em Menores: O Significado da Gillick Competence e a Possível Adoção da Figura em Portugal [Doctoral dissertation, Universidade Católica Portuguesa]. *ProQuest Dissertations Publishing*.
<https://www.proquest.com/openview/a91d9aae2aa6162517988c635364b6cb/1?q-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>
- Acuña, M. (2020). Right-duty personal care of children exential content. *Revista de derecho*, 33(1), 75-95. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100075>
- Aguilar, J. (1985). *Derecho civil. Personas* (8 ed.). (U. C. Bello, Ed.) Editorial Arte.
- Aguilar, J. (2002). *Derecho Civil I - Personas* (15 ed.). Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello.
- Alessandri, A. (1990). *Derecho Civil: parte preliminar y parte general* (Vol. II). Ediar Editores.
- Alfaro, M., & Miranda, A. (2016). *a Capacidad Progresiva de los menores de edad dentro del proyecto del Código Procesal de Familia [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica]*. Repositorio Institucional .
<http://repo.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/10327/1/39855.pdf>
- Arias, J. (2020). *Proyecto de tesis, guía para la elaboración*. Biblioteca Nacional del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12390/2236>
- Barbero, D. (1967). *Sistema del Derecho Privado*. Ejea Editores.
- Barcia, R. (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Ius et Praxis*, 19(2), 03-52.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002>
- Beltrán Pacheco, J. (2010). *Aspectos procesales de la invalidez del negocio jurídico. En: La prueba en el proceso civil*. Dialogo con la jurisprudencia.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico* (2 ed.). Revista de Derecho Privado.
- Bigliuzzi, L., Busnelli, F., Breccia, U., & Natoli, U. (1992). *Diritto Civile*. Utet Editore.
- Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (13 ed., Vol. I). La Ley.
- Bordignon, N. (Diciembre de 2005). El desarrollo psicosocial de Eric Erikson. El diagrama epigenético del adulto. *Revista LASALLISTA de Investigación*, 2(2).
<http://hdl.handle.net/10567/384>
- Brahams, D. (26 de Octubre de 1985). La Cámara de los Lores gobierna la Guía del DHSS sobre anticoncepción legal. *The Lancet*, 326(8461), 959-960.
[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(85\)90898-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(85)90898-0)

- Bruñol, M. (1999). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Justicia y derechos del niño*, 125(9), 1-280.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2017/01/doctrina44779.pdf#page=125>
- Bussani, M., Cendon, P., Ghedini, L., & Venchiarutti, A. (1990). *I diritti della personalita dei minori: titolarita ed esecicizio*. Riv. Crit. Dir. Priv.
- Bussnelli, F. (1993). *Il diritto delle persone, en I cinquanta anni del codice civile*. Giuffré Editore.
- Carboni, B. (1988). *Status e soggettivita giuridica*. Giuffré Editore.
- Cárdenas Krenz, A., & Della Rossa, A. (Noviembre de 2018). Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(65), 101-116. <http://repositorio-anterior.ulima.edu.pe/handle/ulima/7520>
- Cas. N°2079-2017-Lima. (2017, 14 de setiembre). *Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República*. Diario Oficial el Peruano.
<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>
- Cas. N°4555-2011-Tacna. (2012, 4 de setiembre). *Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República*. Diario Oficial El Peruano.
<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>
- Caso Atalaya Riffo y niñas Vs. Chile. (2012, 24 de febrero). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm>
- Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. (2012, 27 de abril). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm>
- Castam, J. (1942). *Derecho Civil Español. Común y Foral* (Vol. I). Reus Editores.
- Castillo Freyre, M., & Chipana Catalán, J. (2018). La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Gaceta civil & procesal civil*, 65, 45-50. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Castillo, M., & Chipana, J. (2018). La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Gaceta civil & procesal civil*(65), 45-50.
- Castillo, Y. (2004). Capacidad jurídica procesal de los niños, niñas y adolescentes. *Academia Accelerating the world's research*, 1-44.
https://www.academia.edu/40092560/CAPACIDAD_JURIDICA_PROCESAL_DE_LOS_NI%C3%91OS_NI%C3%91AS_Y_ADOLESCENTES_ESPECIAL_REFERENCIA_A_LA_PRUEBA_DE_TESTIGOS?auto=citations&from=cover_page
- Ceballos, S. (2018). *Creación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a su derecho a ser escuchado [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma del Estado de Morelos]*. Repositorio Institucional.

<http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/423/CETSRN09T.pdf?sequence=1>

- Cieza, J., & Olivarría, M. (3 de Octubre de 2018). Nosotros, los normales. Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 47-61. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Cieza, J., & Olivarría, M. (2018). Nosotros, los normales. Errores y acierto de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(64), 47-51. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Cifuentes, S. (1988). *Elementos del Derecho Civil, Parte General*. Astrea Editores.
- Cifuentes, S. (1990). *Juicio de insanía y otros procesos sobre la capacidad* (9 ed.). Hammurabi Editores.
- Coca, S. (13 de Marzo de 2020). *La capacidad jurídica en el Código Civil , a la luz de la Convención sobre derechos de personas con discapacidad*. Lp. Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/la-capacidad-juridica-en-el-codigo-civil-a-la-luz-de-la-convencion-sobre-derechos-de-personas-con-discapacidad/>
- Código Civil [CC]. (1984, 25 de Julio). *Decreto Legislativo 295*. Diario Oficial El Peruano. http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil-4.pdf.
- Constantino, C., & Leiva, M. (2015). *La situación jurídica de la protección y defensa de los derechos del niño y adolescente en la ciudad de Chiclayo en el periodo 2014 [Tesis de Grado, Universidad Señor de Sipán]*. Archivo Digital. <https://hdl.handle.net/20.500.12802/3494>
- Constitución Nacional de Argentina [CNA]. (1994, 22 de Agosto). Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Contreras, P. (2015). *Curso de Derecho Civil. Derecho Privado, Derecho de la Persona* (5 ed., Vol. I). Colex Editores.
- Cotrim, H., Granja, C., Carlvalo, A., Cotrim, C., & Martins, R. (2021). Comprensión de los niños de los asentimientos informados en estudios de investigación. *healthcare*, 9(7), 1-16. <https://doi.org/10.3390/healthcare9070871>
- Cuevas, M. (2010). Derecho a la participación del Niño y del Adolescente. *UCAB editores*.
- Cunaique, B. (2019). *Atributo de contratación en el menor de edad, y la modificación al artículo 1358 del Código Civil a propósito del Decreto Legislativo 1384 [Tesis de Grado, Universidad de Piura]*. Repositorio Institucional. <http://repositorio.unp.edu.pe/handle/UNP/2053>
- De Castro, F. (1985). *El negocio jurídico, reimpresión de la 2.a ed. [1971]*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos Civitas.
- De Castro, P., & de Carvalho, B. (2020). El problema de la capacidad jurídica de la persona absolutamente incapaz: la autonomía de la voluntad del menor en las

- relaciones existenciales. *Revista Quasestio Iuris*, 12(3), 629-655.
<https://doi.org/10.12957/rqi.2019.39605>
- De Cossio, A. (1975). *Instituciones de Derecho Civil, I, Parte general. Derecho de las Obligaciones*. Alianza Editorial.
- De Freitas, E. (s.f.). *La noción de la capacidad en la doctrina jurídica venezolana, Estudios Derecho Civil. Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona* (Vol. I). Tribunal Supremo de Justicia.
- De Salas, S. (Noviembre de 2018). *Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención*. Researchgate: <https://www.researchgate.net/profile/Sofia-De-Salas/publication/328688525>
- De Trazegnies, F. (1988). *La Responsabilidad Extracontractual I*. PUCP.
- Decreto Legislativo 1384 [DL.1384]. (2018, 4 Setiembre). *Reconocimiento de la Capacidad Jurídica de Personas con Discapacidad*. Diario Oficial El Peruano. https://www.conadisperu.gob.pe/observatorio/wp-content/uploads/2019/11/Compendio_normativo_2019_vdigital.pdf
- Del Mazo, C. (marzo de 2014). *Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes su intervención en los términos de la Ley 26529*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-de-la-facultad-de-derecho/>
- Díaz, R. (2017). *La aplicación de la Doctrina de la Protección Integral del Menor y del Principio del interés superior del Niño en el Decreto Legislativo 1348 [Tesis de Maestría, Universidad Pedro Ruiz Gallo]*. Archivo Digital. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7428>
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil*. Tecnos Editores.
- Domínguez, M., & Valera, E. (2018). *Los jóvenes adultos y el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia: contraste entre España y Venezuela. Estudio sistemático de la Ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia*. Madrid Imprenta. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6709358>
- Espinoza, J. (2008). *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas- Concebido y Personas Naturales* (6 ed., Vol. I). Editora y Librería jurídica Grijley E.I.R.L.
- Espinoza, J. (2018). Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (o el problema de la “falta de discernimiento” en una reforma legislativa incóluta y apresurada). *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 13-25. *Gaceta Civil & Procesal Civil*: <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Etchebehere, G., & De León, D. (2020). Children’s rights in the field of arly education. *Early Years An International Research Journal*. <https://doi.org/10.1080/09575146.2020.1825340>

- Falsea, A. (1985). *Voci di teoriagenerale del diritto*. Giuffré Editore.
- Famá, M. (20 de Octubre de 2015). Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 1-16.
<https://articulateusercontent.com/rise/courses/XvqPdUT6BWbPrGJsxLi6eUdrk2BmFPpo/a-GqfxTEmyGh2toZ-Doctrina%2520Capacidad%2520progresiva%2520de%2520ni%25C3%25B1as%2520ni%25C3%25B1os%2520y%2520adolescentes%2520en%2520el%2520C%25C3%25B3digo%2520Civil%252>
- Fernández, C. (1968). *La Noción Jurídica de Persona* (2 ed.). Fondo Editorid de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.
- Fernández, C. (1987). *Derecho de las personas* (2 ed.). Studium Editores.
- Fernández, C. (2009). *Derecho de las Personas* (11 ed.). Grijley Editores.
- Fernández, C. (2014). *El Código Civil peruano, treinta años después. En: Varios autores. Estudios críticos sobre el Código Civil*. Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2016). *Derecho de las personas: Análisis artículo por artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*. Instituto Pacífico.
- Fernández, W. (2017). La Autonomía Progresiva del niño y su participación en el Proceso Judicial. *Revista Vox Juris*, 34(2), 171-189.
https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+date:2017-02-01.+content_type:4/%22autonomía+progresiva%22/WW/vid/846600771
- Ferrajoli, L. (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina* (2 ed., Vol. I). Temis Ediciones De palma.
- García, E. (1998). *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. ley y democracia en América Latina* (2 ed., Vol. I). Temis Ediciones Depalma.
https://docs.escri-net.org/usr_doc/infancia_ley_y_democracia.pdf
- García, M. (2021). Réflexions critiques sur les notions d'abolition et d'altération de la faculté à discerner. *Médecine & Droit*, 2021(167), 25-29.
<https://doi.org/10.1016/j.meddro.2020.12.001>.
- Gómez de la Torre, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho UCUDAL*, 18, 1-21.
<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- Gómez, O. (2001). *Introdução ao Direito Civil* (18 ed.). Forense Editores.
- Hernández-Sampieri, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. (Vol. 4). McGraw-Hill Interamericana.
https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/65000949/METODOLOGIA_DE_LA_INVESTIGACION_LAS_RUTA-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1668908599&Signature=OBiErkIBg4uIh-YHD-vNvZn-72czmWhh6v1-

OBz6Tm2r9~1FYsTYoWnkq0USHaU55cB6tGfdwnu8hxnV6VjQd6QML7eTC
oPtzCnjYW3HwdPDKicL3nb

- Hultman, E., Hojer, S., & Larsson, M. (2019). Límites de edad para participar en los procedimientos judiciales de protección de menores en Suecia. *Child & Family Social Work*, 1-9. 10.1111/cfs.12686
- Informe Belmont. (18 de Abril de 1979). *Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación*. Observatori de Bioètica i Dret. Parc Científic de Barcelona:
<http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/InformeBelmont.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística Informática (INEI). (8 de Marzo de 2021). *Estado de la Niñez y Adolescencia: Octubre - Noviembre - Diciembre 2020*. Plataforma digital única del Estado Peruano: <https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/2970729-estado-de-la-ninez-y-adolescencia-octubre-noviembre-diciembre-2020>
- Kelemejer, A. (2001). *El derecho del menor a su propio cuerpo*. Editores La Ley.
- Kelsen, H. (1946). *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (2 ed.). Buenos Aires: Losada.
- Kerlinger, F. (1979). *Investigación del Comportamiento*. McGrawHill.
https://www.academia.edu/6753714/Investigacion_Del_Comportamiento_Kerlinger_Fred_N_PDF
- Korseniak, J. (1988). *Conceptos Fundamentales del Derecho* (1 ed., Vol. I). Fundación de Cultura Universitaria.
- Koslov, V. (1996). *El nuevo código civil ruso de 1994*. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- Lafuente, J. (2020). Análisis teórico y aplicado del principio de autonomía progresiva en la primera infancia. *Revista de Estudios Ius Novum*, 13(2), 1-29.
https://www.academia.edu/44841924/An%C3%A1lisis_te%C3%B3rico_y_aplicado_del_principio_de_autonom%C3%ADa_progresiva_en_la_primera_infancia?auto=citations&from=cover_page
- Lasarte, C. (2010). *Parte general y derecho de la persona* (16 ed., Vol. I). Marcial Pons Editores.
- León Barandiarán, J. (1991). Tratado de Derecho Civil Tomo I. En *Título Preliminar y Derecho de las Personas* (págs. 179-181). WG Editor.
- LLambías, J. (1986). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (12 ed., Vol. I). Editorial Perrot. <https://apunteca.usal.edu.ar/id/eprint/1186/>
- Llorens, L. (14 de Setiembre de 2007). La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad? *La Ley*, 14(9).
<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Flegales.com%2Ftratados%2Ff%2Fllorens.doc&wdOrigin=BROWSELINK>

- Lloveras, N., & Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución*. Universidad Editores.
<https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/DERECHO-DE-FAMILIA.pdf>
- Martínez, E. (1992). La Recognoscibilidad del Error en el Código Civil Peruano. *THEMIS: Revista de Derecho*(24), 101-106.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10985/11497>
- Maymark, S. (1947). *Diccionario jurídico Fórum* (Vol. II). Editorial Jurídica.
- Mendoza, J. (2019). *El interés superior del niño frente al Derecho a la intimidad y la desprotección del adolescente en las redes sociales [Tesis de Grado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]*. Archivo Digital.
<https://hdl.handle.net/20.500.12893/3546>
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho civil y comercial* (Vol. II). Ejea Editore.
- Miranda, C. (2016). *La Culpabilidad del Adolescente Infractor en el Ordenamiento Jurídico Peruano [Tesis de Doctorado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]*. Archivo Digital. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/1575>
- Monge, L. (2010). “El ser humano como sujeto de derecho”. En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego* (Vol. II). Idemsa Editores.
- Monroy, J. (Agosto de 2006). El Código Civil de Napoleón y los derechos humanos. *Revista de Derecho Privado*(13-14), 81-91.
<https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/51220160/1>
- Morales, R. (8 de Mayo de 2019). *Justicia TV: Análisis de las modificaciones del Código Civil*. [Video]. Youtube:
<https://www.youtube.com/watch?v=0f9OwwosZV0>
- Mulánovich, A. (2009). *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Palestra Editores.
https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1
- Naranjo, J. (2018). Construcción de relaciones democráticas desde la autonomía progresiva y el empoderamiento como medios para lograr procesos de participación e interlocución con las personas menores de edad. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 29(1), 109-137.
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.15359/rldh.29-1.5>
- Nunes, E., & da Guía, R. (2016). Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com revista eletrônica de diereito civil*, 5(1), 1-37.
<https://civilistica.com/autonomia-discernimento-e-vulnerabilidade/>
- Nunez de Souza, E., & Da Guía Silva, R. (2016). Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das

- incapacidades. *Civilistica.Com*, 5(1), 1-37.
<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/245>
- Núñez, M. (1979). *Introducción al estudio del Derecho* (Vol. I). Ed. Alhambra.
- Ñaupas, H. (2018). *Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis* (5 ed.). Ediciones de la U.
<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=VzOjDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=+Metodologia+de+la+Investigaci%C3%B3n+Cuantitativa,+Cualitativa+y+Redacci%C3%B3n+de+la+Tesis+&ots=RWLwdP94WX&sig=HAtp6cIdZg-r7zrW3KDIYQsWuA#v=onepage&q=Metodologia%20de%20la%20Inves>
- Ochoa, C. (2017). *Principio del Interés Superior del Niño y conclusión del proceso de alimentos por inasistencia de las partes a la audiencia única, 201* [Tesis de Grado, Univeersidad César Vallejo]. Repositorio Institucional.
<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/24633>
- ONU. (2006,13 de Diciembre). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [CDPD]*.
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Orgaz, A. (1961). *Personas individuales* (2 ed.). Assandri Editores.
- Papalia, D. (20 de Octubre de 2012). Desarrollo Humano. *Editorial McGraw Hill Interamericana*. <http://hdl.handle.net/10637/2315>
- Parra-Aranguren, G. (1998). La tarea complementaria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño realizada por las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privad. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*(106), 51-67.
http://www.juri.ucv.ve/REVISTA_FCJP/index.html
- Perlingieri, P. (1987). *La Personalidad humana en el ordenamiento jurídico*. Jovene Editorial.
- Perlingieri, P. (1991). *II diritto civile nella legalità costituzionale*. ESI Editore.
- Piaget, J. (1991). *Seis Estudios de Psicología*. Editorial Labor, S.A.
<http://www.fodonto.uncuyo.edu.ar/upload/jean-piaget1.pdf>
- Piconto, T. (22 de Junio de 2016). *Fisuras en la protección de los derechos de la infancia*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho:
https://zaguan.unizar.es/record/64536/files/texto_completo.pdf
- Poder Judicial del Perú. (2016, 7 de Abril). *Resolución Administrativa 090-2016-PJ*. Diario Oficial El Peruano.
- Qvortrup, J. (2005). *Variedades de la infancia*. En: *Qvortrup, J. (eds) Studies in Modern Childhood* (Vol. 7). Palgrave Macmillan.
https://doi.org/10.1057/9780230504929_1
- Rabinovich-Berkman, R. (2000). *Derecho Civil, Parte. General. Ira. reimpresión*. Astrea Editores.

- Rajmil, A., & Llorens, L. (2015). Apuntes acerca del régimen de capacidad de las personas humanas en el Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley 26.994). *Revista IUS*, 9(36), 89-117.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200089&lng=es&tlng=es.
- Ravetllat, I. (2015). *Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia*. Universidad Politécnica de Valencia.
- Reátegui, F. (2 de Enero de 2019). *Estos son los 67 artículos del Código Civil que fueron modificados el 2018*. Lp. Pasión por el Derecho:
<https://lpderecho.pe/articulos-codigo-civil-fueron-modificados-2018/>
- Recasens, S. (1981). *Introducción al Estudio del Derecho* (6 ed.). Prrúa Editores.
- Rocha, M. (2015). La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad. *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2(45), 43-86. <https://roderic.uv.es/handle/10550/43183>
- Rubio-Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. PUCP.
- Salazar, L. (2019). *El derecho a opinar del niño, niña y adolescente, y su relevancia en los procesos de tenencia en los juzgados de familia de la provincia de Huaura en el año 2018 [Tesis de grado, Universidad nacional José Faustino Sánchez Carrión]*. Repositorio Institucional.
<http://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/UNJFSC/3720>
- Sánchez, M. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Tecnos Editores.
- Sanojo, L. (1873). *Instituciones de Derecho Civil Venezolano* (Vol. I). Imprenta Nacional.
- Santillán, R. (2014). *La capacidad de ejercicio de los ciegos sordos, sordomudos y ciego mudos. Discapacitados, pero no incapacitados. Estudios Críticos sobre el Código Civil*. Gaceta Jurídica.
- Santillán, R. (2020). *La capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad: un efecto del nuevo concepto de capacidad en "Código Civil Comentado"* (Vol. I). Gaceta Jurídica.
- Savigni, F. (1879). *Sistema de Derecho romano actual* (Vol. II). F. Góngora y Compañía Editores.
- Serrano, R. (Enero de 2007). La capacidad negocial del menor adulto. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 9(1), 66-188.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792007000100006
- Stantione, P. (1975). *Capacita e minore eta nella problemática della persona umana*. ESI Editore.
- Stolfi, G. (1959). *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado.

- Super, C., & Harkness, S. (1982). *Cultural perspectives on child development*. WH Freeman.
- Taboada, L. (2002). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Tantaleán, R. (2019). La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384. *Dialnet Derecho y Cambio Social*, 56, 199-229.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967934>
- Teixeira, A. (1952). *Código Civil, Esbôço. Nota al artículo 16*. Ministerio da Justiça e negócios interiores.
- Tobías, J. (2009). *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general* (1 ed.). La Ley Editores.
- Torres, A. (2015). *Acto Jurídico* (Vol. II). Instituto Pacífico.
- Torres, A. (2018). *Acto Jurídico* (6 ed., Vol. I). Jurista Editores.
- Torres, A. (2019). Capacidad jurídica en el nuevo artículo 3 del Código Civil. *Advocatus* (38), 121-163.
https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content_type:4/Capacidad+de+Ejercicio/WW/vid/852467924
- Unicef. (1989, 20 de Noviembre). *Convención sobre los Derechos del Niño [CDN]*.
<https://doi.org/10.18356/51f8034c-es>
- Valencia, A. (1979). *Derecho Civil* (8 ed., Vol. I). Temis Editores.
- Valera, I. (2016). *El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor*. Boletín del Ministerio de Justicia:
<https://ojs.mjjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/6236>
- Vara, A. (2012). *Desde La Idea hasta la sustentación: Siete pasos para una tesis exitosa*. Instituto de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas y Recursos Humanos.
<http://www.administracion.usmp.edu.pe/investigacion/files/7-PASOS-PARA-UNA-TESIS-EXITOSA-Desde-la-idea-inicial-hasta-la-sustentaci%C3%B3n.pdf>
- Varsi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las personas*. Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi, E. (14 de Setiembre de 2018). *La capacidad de ejercicio plena de los menores: Historia de un legicidio en el Código Civil y los recientes decretos legislativos*. La Ley - El Ángulo Legal de la NoticiaEl ángulo legal de la noticia:
<https://laley.pe/art/6169/la-capacidad-de-ejercicio-plena-de-los-menores-historia-de-un-legicidio-en-el-codigo-civil-y-los-recientes-decretos-legisales%E2%80%A6>
- Varsi-Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica, Universidad de Lima. <http://repositorio-anterior.ulima.edu.pe/handle/ulima/5355>
- Varsi-Rospigliosi, E. (2020). *Código Civil Comentado* (Vol. III). Gaceta Jurídica S.A.

- Varsi-Rospigliosi, E., & Torres-Maldonado, M. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta Bioethica*, 25(2), 199-213. <https://doi.org/10.4067/s1726-569x2019000200199>
- Vega, Y. (2018). La reforma del régimen legal de los sujetos débiles made by Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(64), 42-45. <https://www.gacetajuridica.com.pe/>
- Venosa, S. (2002). *Direito civil* (2 ed., Vol. 1). Atlas Editores.
- Verdera, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch.
- Weithorn, L. (1983). Involucrar a los niños en las decisiones que afectan su propio bienestar. In Children's competence to consent. *SpringerLink*, 235-260. [10.1007/978-1-4684-4289-2_12](https://doi.org/10.1007/978-1-4684-4289-2_12)
- Zamora, F., & Palomino, M. (2016). Criterios que debe tener en cuenta el Juez en los procesos de Derecho de Familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño. *NOUS, Revista de Investigación Jurídica de Estudiantes*, VII(9), 137-159. http://mail.upagu.edu.pe/files_ojs/journals/26/issues/71/public/71-73-PB.pdf#page=138

ANEXOS
ANEXOS N°1
01: Matriz de Consistencia

TITULO	VARIABLES	PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS	METODOLOGÍA	
“Relevancia del Discernimiento en la Capacidad Jurídica de menores de 16 años en el artículo 43 del Código Civil”	INDEPENDIENTE Capacidad Natural de Discernimiento	¿Es relevante la Capacidad Natural de Discernimiento para determinar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años en el Art.43 del Código Civil?	Determinar la relevancia de la Capacidad Natural de Discernimiento para la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años en el Art.43 del Código Civil.	Se estima que la Capacidad Natural de Discernimiento es relevante para determinar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años en el Art.43 del Código Civil.	METODO Cuantitativo	
			OBJETIVOS ESPECÍFICOS			TIPO Aplicado
	DEPENDIENTE Capacidad Jurídica de Ejercicio		1. Analizar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de los menores de 16 años en el derecho nacional y comparado.		ALCANCE Descriptivo	
			2. Fundamentar la Capacidad Natural de Discernimiento de menores de 16 años en el derecho nacional y comparado.		DISEÑO No Experimental	
			3. Caracterizar mediante la aplicación de técnicas e instrumentos la relevancia del Discernimiento en la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años.		POBLACIÓN Abogados Civilistas	
			4. Elaborar una propuesta modificatoria que incorpore la capacidad natural de discernimiento en el Art.43 del Código Civil.		MUESTRA 50 Abogados	

ANEXOS N°2
02: Operacionalización de las variables

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

02: Operacionalización de las variables

Variable II	Definición Conceptual	Definición Operacional	Dimensiones	Indicadores	Técnicas	Instrumentos		
Capacidad Natural de Discernimiento	Es la capacidad natural de la persona de <i>querer</i> y de <i>entender</i> , de determinar si desea o no realizar algo y de entender si ese algo que desea realizar es bueno, lícito, beneficioso o malo, ilícito, perjudicial; es la <i>madurez</i> intelectual del sujeto para razonar, comprender, valorar el acto y sus consecuencias.	Autonomía del sujeto para distinguir (conoce, comprende, determina) si sus actos son buenos o malos, lícitos o ilícitos, beneficiosos o perjudiciales ; autonomía del sujeto para decidir (desea, planea, procura) sus actos, efectos y consecuencias.	Capacidad de Entender	Actos buenos o malos	Observación	Ficha de Observación		
				Actos lícitos o ilícitos				
				Actos beneficiosos o perjudiciales				
			Capacidad de Querer	La realización de sus actos	Análisis de Documentos	Ficha de Análisis de Documentos		
				Los efectos de sus actos			Encuesta	Cuestionario
				Las consecuencias de sus actos				

03: Instrumento elaborado

**“RELEVANCIA DEL DISCERNIMIENTO EN LA CAPACIDAD JURÍDICA DE
MENORES DE 16 AÑOS EN EL ARTÍCULO 43 DEL CODIGO CIVIL”**

Autor: Yván Antero Toro Cubas **Fecha:** 10 de agosto del 2022

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

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

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

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

CUESTIONARIO PARA ABOGADOS			
Nivel ocupacional:	() Funcionario público	Sexo	() Masculino
	() Actividad Privada		() Femenino
	() Docente	Edad	() hasta 35 años
	() Litigante		() de 35 a 50 años
			() mayor de 50 años

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

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

ÍTEM	TD	D	NO	A	TA
Capacidad Jurídica de Ejercicio					
1. ¿Considera que el Código Civil debe regular la Capacidad de Ejercicio del menor de edad acorde a las Convenciones Internacionales?					
2. ¿Considera que la Capacidad de Ejercicio del menor no depende únicamente de su edad?					
3. ¿Considera que la Capacidad de Ejercicio del menor de edad depende de su grado de discernimiento?					
4. ¿Considera que el menor de edad debe ser tratado como un Objeto de protección del derecho?					
5. ¿Considera que el menor de edad debe ser tratado como un Sujeto de Derecho?					
6. ¿Considera que la Incapacidad Absoluta del menor de edad colisiona con su calidad de Sujeto de Derecho?					
7. ¿Considera que la Incapacidad Absoluta del menor de edad vulnera sus derechos fundamentales?					
8. ¿Considera que la Incapacidad Absoluta del menor de edad colisiona con su autonomía?					
9. ¿Considera que la Incapacidad Absoluta del menor de edad colisiona con las Convenciones Internacionales?					
10. ¿Considera que el menor de edad tiene Capacidad de Ejercicio Progresivo?					

ÍTEM	TD	D	NO	A	TA
Capacidad Natural de Discernimiento					
11. ¿Considera que el discernimiento es una condición natural para determinar la capacidad de ejercicio del sujeto?					
12. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para <i>entender</i> los actos que realiza?					
13. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para distinguir si sus actos son buenos o malos?					
14. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para distinguir si sus actos son lícitos o ilícitos?					
15. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para distinguir si sus actos son beneficiosos o perjudiciales?					
16. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para <i>querer</i> los actos que realiza?					
17. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para decidir si desea realizar sus actos?					
18. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para decidir si desea los efectos de sus actos?					
19. ¿Considera que el menor de edad tiene capacidad para decidir si desea las consecuencias de sus actos?					
20. ¿Considera que se debe regular el discernimiento para determinar la capacidad de ejercicio en el código civil?					

Gracias por su colaboración

ANEXOS N°4

04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

GUÍA JUICIO DE EXPERTOS

GUÍA JUICIO DE EXPERTOS

1. Identificación del Experto

Nombre y Apellidos: **Carlo Alonso Torres Luna**.....

Centro laboral: **Universidad Señor de Sipán**.....

Título profesional: **Abogado**.....

Grado:Mención:

Institución donde lo obtuvo: **Universidad Señor de Sipán**

Otros estudios: **Maestrante en Derecho Notarial**.....

2. Instrucciones

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

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

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

3. Juicio de experto

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

12. Calidad en la redacción de los ítems (visión general)				X	
13. Grado de objetividad del instrumento (visión general)					X
14. Grado de relevancia del instrumento (visión general)					X
15. Estructura técnica básica del instrumento (organización)					X
Puntaje parcial				16	65
Puntaje total				71	

Nota: Índice de validación del juicio de experto (IVJE) = [Puntaje obtenido / 75] x 100 = 94

4. Escala de validación

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

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

..... *El instrumento responde a su propósito*

6. Constancia de Juicio de experto

El que suscribe: **Carlo Alonso Torres Luna** Identificado con DNI: N.°16718812....
 certifico que realicé el juicio del experto al instrumento diseñado por el tesista **Yván Antero Toro Cubas**
 alumno de **Pregrado de la Universidad Señor de Sipán**, en la investigación denominada:
 "RELEVANCIA DEL DISCERNIMIENTO EN LA CAPACIDAD JURÍDICA DE MENORES DE 16 AÑOS
 EN EL ARTÍCULO 43 DEL CODIGO CIVIL"

Chiclayo 11 de agosto de 2022


 Carlo Alonso Torres Luna
 ABOGADO
 I.C.A.L. 3008

Firma del Experto

04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

Informe de Confiabilidad del Instrumento de Investigación

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

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

α : Coeficiente alfa de Cronbach

K: número de ítems

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

S_t^2 : Varianza de la suma de ítems

El instrumento se aplicó a una muestra piloto de 20 abogados especialistas en derecho civil, los resultados se presentan a continuación:

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

Resumen de procesamiento de casos			
		N	%
Casos	Válido	20	100,0
	Excluido ^a	0	,0
	Total	20	100,0

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

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

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

Interpretación del coeficiente Alfa de Cronbach

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

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

04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

Estadísticas de total de elemento				
	Media de escala si el elemento se ha suprimido	Varianza de escala si el elemento se ha suprimido	Correlación total de elementos corregida	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
Capacidad de Ejercicio del menor de edad y las Convenciones Internacionales	74,40	121,755	,263	,886
Capacidad de ejercicio y la edad del menor	74,80	119,959	,232	,889
Capacidad de ejercicio del menor de edad y su grado de discernimiento	74,56	120,823	,245	,887
El menor de edad como Objeto de protección	75,44	112,782	,445	,883
El menor de edad como Sujeto de Derecho	74,50	115,398	,424	,882
La Incapacidad Absoluta del menor de edad y su calidad como Sujeto de Derecho	74,58	120,861	,214	,889
Incapacidad Absoluta del menor de edad y sus derechos fundamentales	74,90	117,439	,324	,886
Incapacidad Absoluta del menor de edad y su autonomía	74,16	116,994	,497	,880
Incapacidad Absoluta del menor de edad y las Convenciones Internacionales	74,72	111,349	,657	,874
El menor de edad y la Capacidad de Ejercicio Progresivo	74,56	118,700	,359	,884
El discernimiento y la capacidad de ejercicio del sujeto	74,36	113,133	,722	,874
El menor de edad y la capacidad para entender los actos que realiza	74,82	114,559	,511	,879
El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos buenos y malos	74,44	112,292	,696	,874

04: Ficha de Validación y Confiabilidad del Instrumento Elaborado

El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos lícitos e ilícitos	74,46	113,560	,694	,875
El menor de edad y la capacidad para distinguir si actos beneficiosos y perjudiciales	74,96	113,141	,512	,879
El menor de edad y la capacidad para querer los actos que realiza	74,52	114,091	,597	,877
El menor de edad y la capacidad para decidir si desea realizar sus actos	74,48	114,255	,709	,875
El menor de edad y la capacidad para decidir si desea los efectos de sus actos	74,64	110,358	,644	,875
El menor de edad y la capacidad para decidir si desea las consecuencias de sus actos	74,54	111,151	,725	,873
El discernimiento y la capacidad de ejercicio en el código civil	74,42	111,922	,709	,873

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

ANEXOS N°5

05: Consentimiento Informado

ANEXOS N°5

Consentimiento Informado

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

Título: *"Relevancia del Discernimiento en la Capacidad Jurídica de menores de 16 años en el artículo 43 del Código Civil."*

Yo, Carlo Alfonso Torres Luna

Identificado con DNI: 16718812, DECLARO:

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

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

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

Objetivo General

Determinar la relevancia de la Capacidad Natural de Discernimiento para la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años en el Art.43 del Código Civil

Objetivos Específicos

1. Analizar la Capacidad Jurídica de Ejercicio de los menores de 16 años en el derecho nacional y comparado.
2. Fundamentar la Capacidad Natural de Discernimiento de menores de 16 años en el derecho nacional y comparado.
3. Caracterizar mediante la aplicación de técnicas e instrumentos la relevancia del Discernimiento en la Capacidad Jurídica de Ejercicio de menores de 16 años.
4. Elaborar una propuesta modificatoria que incorpore la capacidad natural de discernimiento en el Art.43 del Código Civil.

Chiclayo, 11 de agosto del 2022

Carlo Alfonso Torres Luna
ABOGADO
ICAL 36409

FIRMA

ANEXOS N°6

06: Validación del Aporte Practico

**ANEXOS N° 5 VALIDACIÓN DEL APORTE PRÁCTICO DE LA
INVESTIGACIÓN**

ESTIMADO ESPECIALISTA:

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

DATOS DEL EXPERTO:

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

DATOS DE LA INVESTIGACIÓN:

TITULO DE LA INVESTIGACION	Relevancia del Discernimiento en la Capacidad Jurídica de menores de 16 años en el artículo 43 del Código Civil
LINEA DE INVESTIGACION	Ciencias Jurídicas
NOMBRE DEL TESISISTA	Toro Cubas Yván Antero
APORTE PRÁCTICO	Modificatoria del Art.43 del Código Civil

(Marcará con una X según lo considere pertinente)

Novedad científica del aporte práctico.

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

Pertinencia de los fundamentos teóricos del aporte práctico.

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

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

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

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

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

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

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

Posibilidades de aplicación del aporte práctico.

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

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

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

Significación práctica del aporte.

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

Observaciones generales: _____



Carlo Alfonso Torres Laura
ABOGADO
ICAL 3698

FIRMA Y SELLO

ANEXOS N°7

07: Jurisprudencia

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



CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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

Lima, catorce de setiembre de dos mil diecisiete.

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

I. MATERIA DEL RECURSO

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

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

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

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

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

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

2. PUNTOS CONTROVERTIDOS

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

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

acuerdo entre los padres para establecer la tenencia y el régimen de visitas del menor Asaf Aramburu Idiáquez, corresponde merituar que la demandante ha permanecido desde el nacimiento hasta la actualidad con su menor hijo cuya tenencia se pretende, lo que fuera corroborado por el demandado al momento de contestar la demanda, al reconocer que por motivos de estudios, viajó a los Estados Unidos de Norteamérica en el año dos mil trece, quedándose su menor hijo al cuidado de la demandante; sin que ello implique que se le niegue su derecho a mantener las relaciones personales que deban existir entre padre e hijo, al estar así previsto por el inciso c) del artículo 84 del Código de los Niños y los Adolescentes. En ese sentido, si bien lo más recomendable para el bienestar y desarrollo físico, psicológico, y emocional del niño Asaf Aramburu Idiáquez, hubiese sido la tenencia ejercida conjuntamente por ambos padres; sin embargo, ante la separación de éstos y a su falta de voluntad e interés de decidir por lo que mejor le convenga, corresponderá emitir pronunciamiento, atendiendo el interés superior del niño.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La sentencia de primera instancia es apelada por el demandado **Abelardo Aramburu Pazos**, mediante escrito obrante a fojas ochocientos cuatro, alegando que en cuanto a la tenencia, en ningún considerando se ha analizado el pedido de la demandante de tenencia y custodia exclusiva, lo que puede a futuro dar cabida a una interpretación errónea por parte de la demandante, pudiendo generar un conflicto. Asimismo, refiere que en cuanto al régimen de visitas, se ha omitido analizar el pedido por el cual solicitaba se establezca un régimen de visitas más amplio y con extemamiento; además no se ha establecido cómo se practicaría durante las vacaciones, cumpleaños y feriados, tomando en consideración la forma cómo se han venido desarrollando las visitas anteriormente, no debiendo restringir la posibilidad de que su hijo se relacione con su padre de forma abierta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

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

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

los años impares la celebración estará a cargo del padre y en los años pares con la madre. En estos casos de celebración por separado, el progenitor a cargo deberá invitar al otro para que participe en la celebración. v) **Feriados religiosos** (jueves santo, 29 de junio, 30 de agosto, 01 de noviembre y 08 de diciembre), por ser días feriados, el progenitor podrá visitar a su menor hijo con externamiento, desde las 10:00 a.m., y retorno al hogar materno a las 7:00 p.m. vi) **Feriados no religiosos** (01 de mayo y 08 de octubre): En los años impares el progenitor podrá visitar a su menor hijo con externamiento, desde las 10:00 a.m., y retorno al hogar materno a las 7:00 p.m.; mientras en años pares el menor los pasará con su madre. vii) **Otras fechas festivas: Cumpleaños del demandado**, en caso de no ser día de visitas, aquél podrá recoger a su hijo desde las 9:00 a.m. (o a la salida de la Institución Educativa, de ser el caso), debiendo retomar al hogar materno a las 8:00 p.m.; en **Navidad** será con externamiento y pernocte en años pares desde las 06:00 p.m., del día 24 de diciembre hasta el mediodía del día 25 de diciembre. Y **Año Nuevo**, será con externamiento y pernocte en años impares desde las 06:00 p.m., del día 31 de diciembre hasta el mediodía del día 01 de enero.

Para ello, argumenta el *ad quem* sostiene que, en cuanto a lo alegado por el apelante respecto a que en ningún considerando ha analizado el pedido de la demandante de tenencia y custodia exclusiva, lo que puede a futuro dar cabida a una interpretación errónea por parte de la demandante, pudiendo a futuro generar un conflicto: se entiende que lo que pretende el apelante es que no sea la madre quien practique un ejercicio exclusivo de la "patria potestad" y que se precise que la decisión materia de impugnación puede ser apelada en el futuro; respecto a la posibilidad de un cambio a futuro de la tenencia otorgada a la demandante, el artículo 86° del Código de los Niños y Adolescentes prevé que la resolución sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

como una nueva acción, y ello es así porque en los procesos de Familia por su carácter tuitivo no recae "la cosa juzgada material", se puede modificar la decisión inicial siempre y cuando se produzcan nuevos hechos comprobados que lo justifiquen. Siendo ello así, lo expuesto en la resolución recurrida se condice con lo actuado en el presente proceso, pues el hecho que la madre tenga la tenencia del hijo no implica "el suspenso o merma" de los demás atributos concernientes al ejercicio de la patria potestad del demandado, cuyos derechos y deberes se mantienen incólumes para las decisiones trascendentales que conciernan al bienestar del menor hijo; máxime, si la *A quo* se ha ceñido a los criterios establecidos en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, al ser la demandante quien ha permanecido todo el tiempo con el niño; asimismo respecto de la madre, ésta se encuentra capacitada de encargarse de la tenencia y cuidado de su menor hijo, conforme es de verse del Protocolo de Pericia Psicológica; e igualmente, de la entrevista llevada a cabo al menor, quien refiere que desea seguir viviendo con su mamá. En cuanto al régimen de visitas, señala que el juzgado fijó un régimen de visitas a favor del padre, a fin que mantenga comunicación con ambos progenitores y que conserve sus vínculos parentales; siendo dicho extremo apelado, solicitando se le otorgue un régimen más amplio, que incluyera las vacaciones, feriados y cumpleaños, solicitud que es atendible, pues el menor hijo en su entrevista, indicó que veía a su papá los días sábados y domingos, además que le gustaría salir con su papá los días miércoles, debiendo ampliarse a los días de vacaciones y feriados, siempre que sean beneficiosas para el menor y no vayan a alterar las actividades académicas, religiosas o de recreación del menor hijo. Refiere que respecto a los días de las *festividades religiosas judías*, el apelante no ha hecho cuestionamiento a lo dispuesto por la *A quo*, el cual debe mantenerse; pero en cuanto a los días feriados que coincidan con festividades religiosas católicas, es dable que por ser "días feriados" el padre pueda visitar y extemar al menor, pero con respeto de las creencias religiosas que el menor profese.

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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

III. RECURSO DE CASACIÓN

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

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

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

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

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

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

pues resulta evidente que de ser estimada alguna de ellas, carecería de objeto pronunciarse sobre la causal restante, al encontrarse perjudicada la validez de los actos procesales.

Denuncias de carácter procesal

2. Las denuncias de carácter procesal contenidas en los literales A) y B) están dirigidas a sustentar la vulneración del debido proceso, en la sentencia de vista, desde su vertiente del derecho a la motivación.

3. En cuanto al derecho a la motivación, es necesario recordar que su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrada expresamente por el artículo 139, inciso 5, de la Carta Política; y a través de él se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógica y razonablemente, en base a los hechos acreditados en el proceso y al derecho aplicable al caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquéllas dentro de la controversia.

4. Ahora bien, a fin de determinar si un pronunciamiento específico ha cumplido con el deber de motivación, en los términos antes reseñados, conviene recordar que, según lo ha sostenido esta Suprema Corte, *“el cumplimiento de este deber no se satisface con la sola expresión escrita de las razones internas o psicológicas que han inclinado al juzgador a decidir la controversia de un modo determinado, sin importar cuáles sean éstas; sino que, por el contrario, exige necesariamente la existencia de una exposición clara y coherente en la sentencia que no solo explique, sino que justifique lógicamente la decisión adoptada, en base a las pruebas y demás hechos acontecidos en el proceso, y en atención a las normas jurídicas aplicables al caso”*¹.

¹ Casación N° 6910-2015, del 18 de agosto de 2015.

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

5. En el presente caso, de la lectura del recurso de casación y de la resolución impugnada, puede desprenderse primero que dicho recurso está dirigido a cuestionar el nuevo régimen de visitas establecido por la Sala Superior, por lo que este Tribunal Supremo debe circunscribir su pronunciamiento a dicho extremo.

6. En ese sentido, se advierte que la decisión adoptada por la Segunda Sala de Familia de Lima Civil ha sido sustentada esencialmente en base a las siguientes razones:

- Acorde con el artículo 84 literal c) del acotado Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es derecho irrenunciable de toda persona menor de edad, a que mantenga comunicación con ambos progenitores y que conserve sus vínculos parentales. Pues, el régimen de visitas tiene como fundamento la natural comunicación del menor de edad con el progenitor que no tiene la custodia, enriquecedor de la esfera psíquica y afectiva del niño en crecimiento, por ello la necesidad de fijarse un régimen de visitas adecuado y razonable estando a la edad del menor hijo.
- En consecuencia, atendiendo a la solicitud del demandado de que se le otorgue un régimen más amplio, que incluye las vacaciones, feriados y cumpleaños, la Sala señala que el mismo es atendible, pues el niño en su entrevista, indicó que veía a su papá los fines de semana, pero además le gustaría salir con su papá los días de semana (miércoles), debiendo ampliarse a los días de vacaciones y feriados, siempre que sean beneficiosas para el menor y no vayan a alterar las actividades académicas, religiosas o de recreación del menor hijo.
- Se incide que con respecto a los días de las festividades religiosas judías, el apelante no ha hecho cuestionamiento a lo dispuesto por el *A quo*, por lo que debe mantenerse; pero en cuanto a los días feriados que coincidan con festividades religiosas católicas, es dable que por ser "días feriados" el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

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

padre pueda visitar y externar al menor, pero con respeto de las creencias religiosas que el menor profese.

En virtud a lo expuesto precedentemente, es posible identificar un hilo argumentativo seguido por la Sala Superior para amparar la apelación de la sentencia de primera instancia, el cual puede resumirse esencialmente en los siguientes términos: Primero. El artículo 84 literal c) del Código de los Niños y Adolescentes establece que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá para el que no obtenga la tenencia del niño niña o adolescente, un régimen de visitas. Segundo. En ese sentido, al haberse otorgado la tenencia a la demandante y no al padre, correspondió señalar un régimen de visitas a favor de éste, el mismo que incluyera las vacaciones, feriados y cumpleaños, mas aun cuando ello ha sido solicitado por el propio niño. Tercero. Por último, la Sala Superior hace hincapié en que dicho régimen de visitas debe ser siempre beneficioso para el menor que no vaya a alterar las actividades académicas, religiosas o de recreación del menor hijo; concluyendo que todo ello debe efectuarse con respeto de las creencias religiosas que el menor profese.

6. En este sentido, se desprende que la decisión contenida en la resolución de vista objeto de análisis, se encuentre fundada en una argumentación que ha sido construida válidamente por el *Ad quem* sobre la base de premisas que no solo se encuentran expuestas y sustentadas en atención a los hechos acreditados en los autos (premisas fácticas) y el derecho aplicable a la controversia (premisas jurídicas), sino que, además, evidencian una secuencia lógica capaz de arribar a la decisión adoptada.

7. Ahora bien, es necesario recordar que el contenido del derecho a la motivación –según los términos explicados precedentemente– no garantiza que la controversia sea resuelta de un modo favorable para alguna de las partes, ello no deja de lado que las razones expuestas por este órgano jurisdiccional hayan cumplido con el estándar de motivación exigido por

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

nuestro ordenamiento jurídico.. Razón por la cual debe desestimarse esta denuncia casatoria.

Denuncias de carácter material

8. En cuanto a la denuncia de carácter material, por infracción al derecho constitucional a la libertad religiosa del menor y por infracción al artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, concordante con el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, debemos mencionar que las mismas se encuentran dirigidas a cuestionar el régimen de visitas establecido por el *A quem*, alegando que el menor es judío y por lo tanto no es conveniente que conviva con dos religiones, siendo estas, la judía (que profesa la madre) y la católica (la cual profesa el padre), ello por cuanto argumenta que se infringe su formación ideológica, así como le generaría gran confusión al tener que compartir festividades religiosas católicas, pese a ser un niño judío.

9. Es pertinente señalar, en cuanto al interés superior del niño, que dicho principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental, el que fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala: *"el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad"*. Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene *"derecho a cuidados y asistencia especiales"*. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que: *"En todas las*

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

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

medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; por su parte el artículo 50 de la Convención establece “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Por consiguiente, estando a tal principio, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño en su condición de ser humano, la plena efectivización de sus derechos y la autonomía progresiva, es que debe emitirse la presente decisión.

10. Así, respecto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los niños y adolescentes, debemos señalar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 18 consagra que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. (...) 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. (...) 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. (...) 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su

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

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

caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". En ese sentido, reconoce que toda persona tiene, partiendo de la premisa de la elección de tener o adoptar alguna religión o creencia y de manifestarla; que en cuanto a los niños, los padres son los que pueden decidir.

Este Colegiado Supremo, considera que atendiendo a que dicha norma no puede ser limitativa de derechos, y que la misma debe ser interpretada de manera amplia y garantista de los derechos humanos, de ella se desprenden dos derechos: el de los hijos como titulares del derecho a la libertad religiosa y el de los padres de formar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y morales.

11. Empero, en la evolución del contenido de ese derecho, dada la progresividad de los Derechos Humanos, con posterioridad, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 14 establece "*1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás*". En ese sentido, reconoce la titularidad de este derecho a niñas y niños, y señala el derecho de los padres o tutores de **guiar su ejercicio**, conforme a la evolución de las facultades de sus hijos. De esta manera hay un cambio en cuanto al derecho de los padres sobre la formación religiosa o moral de los hijos, limitándolo a guiar en el ejercicio de dicho derecho al menor de edad, ello en consonancia con la evolución de las facultades del menor, quien adquirirá paulatinamente

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

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

la capacidad de ejercicio de sus derechos (autonomía progresiva). En esa dirección, nuestro sistema normativo nacional reconoce dicho derecho en el artículo 11 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual estipula que *"el niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Se respetara el derecho de los padres, o de sus responsables, de guiar al niño y al adolescente en el ejercicio de este derecho de acuerdo a su edad y madurez"*.

12.- Dentro de la efectivización del derecho a la religión del menor, pueden existir conflictos entre los intereses del padre y de la madre, ello en cuanto a la adopción de una religión por parte del hijo, y no solo sobre ello sino también sobre las manifestaciones de ésta como son las actividades de culto, celebración de ritos, prácticas y enseñanzas del tema. En este caso se visualiza el conflicto de tres derechos: el derecho del niño a la libertad religiosa, el derecho del padre a guiar el ejercicio de su hijo y en el mismo sentido el derecho de la madre.

13.- Entendiendo que las personas menores de edad carecen de autonomía plena en el ejercicio de sus derechos (en los cuales se encuentra el derecho a la religión), lo cual implica la imposibilidad de prever las consecuencias de sus decisiones, razón por la cual se justifica que el derecho a la libertad religiosa del menor no proteja las conductas tuteladas para los adultos (adoptar una religión o creencias, manifestaciones de culto, celebración de ritos, entre otros); empero, ello no justifica que se les excluya de todas las decisiones sobre su ámbito religioso, ello teniendo en cuenta que las personas menores de edad se encuentran en pleno desarrollo y que sus capacidades evolucionan progresivamente, de manera tal que pueden participar en las decisiones respecto a ello; que dicha evolución se incrementa proporcionalmente conforme a la evolución de sus facultades, por lo que correlativamente a dicho crecimiento, disminuye el ámbito de actuación de los derechos de los padres a guiar en el ejercicio del derecho a la religión.

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

14.- Habiendo esbozado el marco teórico y jurídico del estado de la cuestión, en el presente caso, se debe señalar que, en cuanto a las infracciones denunciadas en el literal D), ellas se encuentran dirigidas a cuestionar el régimen de visitas establecido por el *Ad quem*, toda vez que el menor es judío y por lo tanto no es conveniente que conviva con dos religiones, siendo éstas la judía (que profesa la madre) y la católica (la cual profesa el padre), ello por cuanto argumenta que se infringe su formación ideológica, así como que le generaría gran confusión, al tener que compartir festividades religiosas católicas pese a ser un niño judío. En ese sentido este Supremo Tribunal debe desestimar dichas alegaciones, por cuanto se advierte que mediante la sentencia de vista materia de impugnación, el *Ad quem* ha revocado el régimen de visitas dispuesto por la *A quo* para que el padre visite a su menor hijo de iniciales A.A.I., y reformándolo, ha establecido un régimen más beneficioso para el menor y que no altere las actividades académicas, religiosas o de recreación del mismo, acorde con el artículo 84 literal c) del acotado Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, atendiendo a que es un derecho irrenunciable de toda persona menor de edad, a que mantenga comunicación con ambos progenitores y que conserve sus vínculos parentales. Asimismo, incide que respecto a los días de las festividades religiosas judías, confirma lo dispuesto por la *A quo* en el extremo que debe ponerlos en conocimiento del padre, y que de común acuerdo puedan sustituir los días que le corresponda las visitas al padre; pero en cuanto a los días feriados que coincidan con festividades religiosas católicas, es dable que por ser "días feriados" el padre pueda visitar y extemar al menor, **pero con respeto de las creencias religiosas que el menor profese**. De lo que puede desprenderse que la Sala de mérito atendiendo al interés superior del niño plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

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

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

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

² Artículo 3:

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

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

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

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

CAS. N° 2079 - 2017

LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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

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

V. DECISIÓN:

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

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

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

B) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"; en los seguidos por Gisele Idiáquez Aragonés y otro con Abelardo Aramburu Pazos sobre tenencia y custodia. Interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema del Carpio Rodríguez.

SS.

**TAVARA CORDOVA
HUAMANI LLAMAS
DEL CARPIO RODRÍGUEZ
CALDERÓN PUERTAS
SÁNCHEZ MELGAREJO**

Rc/sg