

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

ESCUELA DE POSGRADO



DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

**LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LAS SENTENCIAS
CONTRADICTORIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL
PERÍODO 2,014 – 2,017**

PRESENTADO POR:

ALBERTO VELARDE RAMIREZ

PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

ASESOR: DR. JULIO CESAR GUZMÁN GALINDO

2019

INDICE

AGRADECIMIENTO	6
RESUMEN.....	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I:	10
FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.1 Marco Histórico.....	10
1.1.1 HISTORIA DE LA CAPACIDAD JURIDICA.....	10
1.1.1.1 Código de Ur Nammu (5000 a.C. – 4574 a.C.)	10
1.1.1.2 Código de Hammurabi (1792 a.C. -1750 a.C.).....	11
1.1.1.3 Código Hitita (1350 a.C. – 1200 a.C.).....	12
1.1.1.4 Código Lipit Ishtar (1934 a.C. – 1924 a.C.).....	12
1.1.1.5 Ley de las XII Tablas (Siglo VI a.C. – Siglo V a.C.).....	13
1.1.1.6 Corpus Iuris Civilis (527 d.C. – 565 d.C.).....	14
1.1.2. LA SENTENCIA MAS ANTIGUA.....	16
1.2 Marco Filosófico.....	18
1.3 Marco Teórico.....	20
1.3.1. CAPACIDAD JURIDICA	20
1.3.2. IDONEIDAD PARA EL CARGO.....	22
1.3.2.1. CAPACIDAD PROFECIONAL.....	22
1.3.3. CAPACIDAD INTELECTUAL.....	23
1.3.4. CRITERIO FILOSÓFICO.....	24
1.3.5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	25
1.3.6. CRITERIOS JURÍDICOS.....	26
1.3.7. JURISPRUDENCIA	28
1.3.8. SENTENCIA.....	28
1.4 Marco Legal.....	32
1.5 Investigaciones.....	34
1.6 Marco Conceptual.....	34
CAPÍTULO II:	36
EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES	36
2.1 Planteamiento del Problema	36
2.1.1 Descripción de la realidad problemática.....	36

2.1.2 Definición del problema.....	37
2.2 Finalidad y Objetivos de la Investigación.....	37
2.2.1 Finalidad.....	37
2.2.2 Objetivo general y específico.....	38
2.2.3 Delimitación del estudio.....	38
2.2.4 Justificación e importancia del estudio.....	39
2.3 Variables.....	39
2.3.1 Variables y Categorías.....	39
CAPÍTULO III:.....	41
MÉTODO, TÉCNICA E INSTRUMENTOS.....	41
3.1 Población y muestra.....	41
3.2 Diseño utilizado en el estudio.....	41
3.3 Técnica e Instrumentos de recolección de datos.....	41
3.4 Procesamiento de datos.....	41
CAPÍTULO IV:.....	42
PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	42
4.1 Presentación de resultados.....	42
4.1.1. Análisis de la Capacidad Jurídica según la Doctrina.....	42
4.1.1.1. La Capacidad Jurídica según la Doctrina Alemana.....	42
4.1.1.2. La Capacidad Jurídica según la Doctrina Italiana.....	45
4.1.1.3. La Capacidad Jurídica según la doctrina Española.....	47
4.1.1.4. La Capacidad Jurídica según la Doctrina Francesa.....	49
4.1.1.5. Capacidad Jurídica según la Doctrina Portuguesa.....	51
4.1.1.6. Capacidad Jurídica según la Doctrina Peruana.....	53
4.1.2. Capacidad Jurídica dictada por la Ley.....	55
4.1.2.1. Constitución Política del Perú. (Congreso Constituyente, 1993).....	55
4.1.2.2. Capacidad Jurídica dictada por Códigos Legales.....	61
4.1.2.2.1. Capacidad en el Código Civil. Decreto Legislativo N° 295 25/07/1984 (Republica, 1984).....	61
4.1.2.2.2. Capacidad en el Código Tributario. Decreto Supremo 133-2013 (Republica, Codigo Tributario, 2013).....	63
4.1.2.2.3. Capacidad en el Código de los Niños y Adolescentes. Ley 27337 07/08/2000 (Republica, Codigo de los Niños y Adolescentes Ley27337, 2000).....	64
4.1.2.3. Capacidad Jurídica dictada por Leyes Orgánicas.....	65

4.1.2.3.1. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LEY N° 28301)	65
4.1.2.3.2. Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S.017-93-JUS).....	66
4.1.2.4. Capacidad Jurídica según el Derecho Comparado.	67
4.1.2.4.1. Evolución de la supremacía de la Corte Suprema de Estados Unidos	68
4.2 Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional.....	68
4.2.1. Análisis de los miembros del tribunal constitucional.....	69
4.2.1.1. Miembros del Tribunal Constitucional Periodo 2010 – 2014	69
4.2.1.2. Miembros del Tribunal Constitucional Periodo 2015 – 201... ..	71
4.2.2. Análisis de las Sentencias Contradictorias del Tribunal Constitucional. 74	
4.2.2.1. Sentencia 00139-2013-PA/TC.	74
4.2.2.2. Sentencia 06040-2015-AA.....	79
4.3 Discusión de resultados.	85
4.3.1 Discusión de resultados de las doctrinas analizadas	85
4.3.2 Discusión de resultados de la Capacidad Jurídica dictada por la Constitución.	89
4.3.3 Discusión de resultados de la Capacidad Jurídica dictada por la Ley. .91	
4.3.4 Discusión de resultados Capacidad Jurídica dictada por Leyes Orgánicas.	92
CAPITULO V:.....	94
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	94
5.1 Conclusiones.....	94
5.1.1. Conclusión Final de las doctrinas analizadas.....	94
5.1.2. Conclusión Final de la Capacidad Jurídica dictada por la Constitución..94	
5.1.3. Conclusión Final de la de la Capacidad Jurídica dictada por la Ley.94	
5.1.4. Conclusión Final de la de la Capacidad Jurídica dictada por Leyes Orgánicas.....	95
5.2 Conclusión final.	95
6. Recomendaciones.....	97
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98
ANEXOS.....	100

A Dios,

Mi Familia,

Y Amigos.

AGRADECIMIENTO

A DIOS, A LA VIDA.....

RESUMEN

En la actualidad podemos ver, apreciar como algunos funcionarios públicos no cumplen a cabalidad sus funciones, porque tienen actitudes poco profesionales, y nos preguntamos ¿porqué son tan deficientes en el desarrollo de las funciones que les confía el estado?

La respuesta a esta problemática tratamos de encontrarla en esta investigación, en el Objetivo específico se ha podido Determinar la influencia que existe entre la Capacidad Jurídica con las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional

El presente trabajo tiene un enfoque cualitativo no probabilístico, por razón que es por análisis de leyes, normativa, etc.

Es un trabajo de tipo jurídico, doctrinario. La técnica utilizada es el análisis documentario, el instrumento utilizado, son las fichas de análisis documentario, con una población y muestra de dos sentencias contradictorias para poder demostrar las variables independientes de la capacidad jurídica y las sentencias contradictorias del tribunal constitucional

El resultado que se ha obtenido es que para ocupar un cargo sea dentro del aparato estatal como en el privado, es importante tener la especialidad que se requiere para el puesto, de esta manera se obtendrá un resultado más eficiente, logrando de esta manera una evolución favorable del aparato estatal, sin generar pérdidas económicas para el fisco.

Palabras Clave: Sentencias contradictorias, Capacidad Jurídica, Capacidad moral, Capacidad profesional, incapacidad temporal.

ABSTRACT

At present we can see, appreciate how some public officials do not fully fulfill their functions, because they have unprofessional attitudes, and we wonder why they are so deficient in the development of the functions entrusted to them by the state?

The answer to this problem we try to find in this research, in the specific objective it has been possible to determine the influence that exists between the Legal Capacity with the contradictory judgments of the Constitutional Court

The present work has a non-probabilistic qualitative approach, for the reason that it is by analysis of laws, regulations, etc.

It is a legal, doctrinal type of work. The technique used is the documentary analysis, the instrument used are the documentary analysis files, with a population and sample of two contradictory judgments to be able to demonstrate the independent variables of legal capacity and the contradictory judgments of the constitutional court

The result that has been obtained is that to hold a position within the state apparatus as well as in the private one, it is important to have the specialty that is required for the position, in this way a more efficient result will be obtained, thus achieving an evolution favor of the state apparatus, without generating economic losses for the treasury.

Key Words: Contradictory sentences, Legal capacity, Moral capacity, Professional capacity, Temporary disability.

INTRODUCCIÓN

Desde el comienzo de las civilizaciones la especialización de la mano de obra ha sido un presupuesto muy importante para lograr el desarrollo, por ejemplo cuando el hombre descubrió que es más fácil domesticar a los animales en vez de salir a cazarlo es cuando se formó la primera casta social, los pastores, esta fue la primera diferencia que se dio en la sociedad, luego el hombre descubre que puede domesticar las plantas, puede sembrarlas cuidarlas y obtener una producción agrícola crea la segunda especialización social, pero con el descubrimiento del hierro es que permite a los herreros dominar la técnica de crear el hacha, el arado, y permite el asentamiento de los primeros pueblos, de esta manera dio paso a otras formas de tecnificación, más aun dentro de la revolución industrial, la demanda de mano de obra calificada dio paso a la creación de las escuelas técnicas, y la necesidad de oficios más científicos o más estructurados dio paso a la creación de las primeras universidades.

Con el paso del tiempo y el desarrollo de nuevas tecnologías estas necesidades se han ido perfeccionando y socialmente tenemos más exigencias de estas carreras profesionales y técnicas, dando lugar a la creación de exigencias de ciertas capacidades profesionales, las cuales son otorgadas por el estado y supervisadas y reguladas por los colegios profesionales y la Ley.

Lastimosamente en nuestro sistema jurídico el problema de las capacidades no han tenido el desarrollo que deberían tener, dentro del ámbito civil solo se vio la capacidad jurídica como capacidad de goce y capacidad de ejercicio, dejando de lado las otras capacidades.

Como veremos en el presente trabajo desde la antigüedad se tomó en cuenta la capacidad profesional.

CAPÍTULO I:

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Marco Histórico.

1.1.1 HISTORIA DE LA CAPACIDAD JURIDICA

Usualmente hemos estudiado que la ley más antigua es el código de Hammurabi, el cual se encuentra fechado según la cronología breve entre los años 1722-1686 a. C. y según la cronología media entre los años 1792-1750 a. C., pero los últimos descubrimientos arqueológicos realizados en el territorio de Uruk actual Irak, realizados por el Dr. Adam Falkenstein, descubrió una civilización, la cual es la antecesora de la Cultura Sumeria, de la cual se desprende la ley más antigua datada mediante la prueba del Carbono 14 entre los años 5000 a.C. y el 4574 a.C.

Por los hechos narrados en el párrafo anterior, en el presente trabajo consideraremos como la ley más antigua el Código de “Ur Nammu” por ser aceptado como un descubrimiento científico de la arqueología moderna.

1.1.1.1 Código de Ur Nammu (5000 a.C. – 4574 a.C.)

El presente código ha sido recopilado por las placas de arcilla encontradas y se encuentran en diversos museos del mundo. Para el presente trabajo hemos tomado la recopilación efectuada por la Universidad de Cantabria (Cantabria, 12/02/2010) tanto la traducción como la recopilación.

Nos dice en el prólogo 31 al 74 que, los dioses An y Enlil deciden otorgan al Dios Nanna que es de la realeza de Ur, Ur Nanna por su Justicia y su ecuanimidad redactar el código de conducta de los pobladores, en el prólogo 169-164 dice que estableció a sus Gobernadores, a sus madres, hermanos y a sus familiares que no obedecerá sus órdenes o pedidos, y en el prólogo 175-180 nos dice que no impuso ningún tipo de trabajo obligatorio, erradico de la sociedad la enemistad, la violencia y las exclamaciones de dolor y sufrimiento dirigidos por

el pueblo al Dios Utu, estableciendo la Justicia y la equidad en el país, Lo importante es que en el presente código reconoce la Capacidad Jurídica a toda la población que habitaba en Sumer, como detallaremos a continuación:

- Reconoce Capacidad Jurídica a los esclavos: En los artículos 4, 5, 8, 26.
- Reconoce Capacidad Jurídica a la Mujer: En los artículos 6, 7,15.

Se tiene que considerar que los delitos que eran sancionados con pena de muerte son: el Homicidio, el Robo y la Violación el resto de delitos se resarcían con la libertad (en caso de esclavos), el pago de compensaciones y castigos físicos.

1.1.1.2 Código de Hammurabi (1792 a.C. -1750 a.C.)

El código de Hammurabi fue considerado como la compilación de leyes más antiguo, pero los últimos descubrimientos arqueológicos lo han posicionado en el segundo lugar, pero esto no le desmerece por la importancia que tiene, según el código de Hammurabi (Anonimo), el cual consta de 200 artículos.

- Vemos que da capacidad jurídica absoluta al Rey y a los altos dignatarios.
- Los Awilu llamados así a los hombres propietarios libres poseían capacidad Jurídica absoluta.
- Los Mushkenu (mezquinos) se denominaba así a los que no tenían propiedades, no poseían capacidad jurídica completa, tenían derecho a voz en las asambleas, pero no ejercía influencia en las decisiones.
- Los Wardu denominados así a los esclavos que obtenían esta condición por condena judicial, por nacimiento, por producto de la guerra o por causa de la venta de niños, pero tenían capacidad jurídica limitada ya que había la posibilidad de recobrar su libertad, poseer peculio propio y tenían derecho al matrimonio.
- Las mujeres poseían capacidad jurídica absoluta, podían administrar el patrimonio del esposo si él lo permitía, tenían derecho al divorcio, a tener posesión y propiedad de su dote el cual será destinado para sus hijos,

podiendo perder esta propiedad en los casos de maltrato, divorcio, adulterio en este caso podía perder hasta la vida.

1.1.1.3 Código Hitita (1350 a.C. – 1200 a.C.)

El Imperio Hitita fue uno de los más importantes Estados en Oriente próximo, siendo la tercera potencia después de Babilonia y Egipto, tras su declive paso al olvido hasta el siglo XIX donde fue redescubierto por la arqueología moderna. Según (Faitas, 2018) el Código Hitita está conformado por dos series de 100 disposiciones cada una.

- El Rey llamado “labama”, la Reina llamada “tawananna” tenían Capacidad Jurídica total y absoluta.
- Los grandes Nobles guerreros, los altos Funcionarios y el Clero llamados “mariannu” tenían Capacidad Jurídica.
- Los Hombres libres, llamados Ellu, no tenían ningún tipo de obligaciones con el Templo ni con el Palacio, gozaban de Capacidad Jurídica.
- La mujer tenía Capacidad Jurídica absoluta.
- Los Hombres no Libres llamados “Ir”, tenían esta condición por distintas causas y estas eran los dependientes, inquilinos (ya que se podía alquilar personas) y los esclavos (debían esta condición por nacimiento, pena o venta), tenían ciertas Capacidades Jurídicas, ya que podían ser multados.
- La población que procedía de los prisioneros de guerra eran llamados “namra”, eran empleados en los grandes trabajos Públicos y no tenían ningún tipo de Capacidad Jurídica.

1.1.1.4 Código Lipit Ishtar (1934 a.C. – 1924 a.C.)

Lipit Ishtar fue el quinto gobernante de la dinastía real de Isin de las ciudades de Akkad y Summer, fue considerado el segundo Rey –Legislador que se conoció en la época, su código fue redactado en lengua Sumeria aunque tenía

algunas partes en lengua acadia, el código fue redactado en una estela de piedra, el prólogo se encuentra en el Museo de Louvre, en la muestra asignada con el código AO-5473, el articulado se encuentra dividido en doce tablillas, consta de unos 43 artículos y se encuentran en el Museo de Filadelfia; la importancia que tiene este código es que fue el eslabón que unía el Código Sumerio con la Legislación Babilónica.

Otro hecho relevante que tiene el Código de Lipit Shtar es que el mismo, en algunas de sus inscripciones se considera como el hijo de Enlil, quien era un Dios principal, Lipit Ishtar puso como parte importante para un gobernante es el tener como oficio principal el ser pastor y cultivador (agricultor), siendo de gran influencia su código para la filosofía de la época como lo asevera en su prólogo: “En aquellos días, yo, Lipit Ishtar, el pastor justo y piadoso de Nippur, el cultivador esforzado de Ur Establecí la justicia y la equidad en Akkad y Summer”, fue la inspiración para que en la monarquía del pueblo de Israel el nombre con el que se identificaba a Dios era el de “El Pastor de Israel” y por ende a su elegido como Rey.

Concede Capacidad Jurídica:

- A los hombres Capacidad Jurídica total y absoluta.
- A las mujeres Capacidad Jurídica total.
- A la familia Capacidad Jurídica y responsabilidad con el Estado.

Es un código que la mayoría de sus sanciones son compensatorias e indemnizatorias.

1.1.1.5 Ley de las XII Tablas (Siglo VI a.C. – Siglo V a.C.)

Tras la caída de la monarquía Etrusca que dominaba en Roma, como escribe (Homo, 1958) que fue a principio de la Republica, dos facciones se encontraron, los ricos que reclamaban una igualdad civil y los pobres que exigían una mejora de su situación material, el patriarca al encontrar una resistencia que causo un retraso en el desarrollo casi por cien años y lograr el triunfo de una causa común, lo que lo lleva a la promulgación de una ley justa y equitativa que se denominó la Ley de las XII Tablas.

Como escribió Jacques Ellul (Ellul, 1970) es algo que no se puede concebir que los plebeyos no tuvieran un sistema jurídico, que respalde su derecho, pero a esta necesidad responde la ley de las XII Tablas, armonizando de esta manera dos sistemas Jurídicos encontrados, el de los Patricios y el de los Plebeyos. La Ley de las XII Tablas otorga Capacidad Jurídica tanto a los Patricios como a los Plebeyos.

1.1.1.6 Corpus Iuris Civilis (527 d.C. – 565 d.C.)

La traducción en castellano sería Cuerpo (en este caso se refiere como cuerpo al ordenamiento) del Derecho Civil, viene a ser la recopilación más relevante del Derecho Romano y el texto jurídico que ha tenido más influencia e importancia en la historia del derecho moderno.

En el año 527 el Emperador Bizantino Justiniano ordeno se realice una compilación de las Leyes para que se pueda aplicar en su Vasto Imperio y exista una misma ley en todo su territorio.

Se procedió a realizar una recolección de las constituciones Imperiales proclamadas y de toda la Jurisprudencia producida en Roma, de este trabajo se desprendieron cuatro obras principales y estas fueron, el Nuevo Código, el Digesto o conocido también como pandectas, las Institutas o Instituciones y las Novelas. Gracias a estos textos se ha podido tener conocimiento de todo el contenido y la aplicación del Derecho Romano.

- **El Codex o Nuevo Código:** La redacción de este Codex se empezó a trabajar en el año 528 de nuestra era, fue culminada después de catorce meses y fue publicada en el año 529, la obra compilaba todas las constituciones (leyes) Imperiales (también llamadas Leges) contenidas en los Códigos de Teodosiano, Hermogeniano y Gregoriano, incluyendo también todas las leyes o constituciones anteriores, la obra constaba de doce libros.

- **El Digesto o Pandectas:** El 15 de diciembre del año 530 el Emperador Justiniano I por el edicto denominado, "Deo Auctore", convocó y creó una junta de juristas, la cual la presidía por el *quæstor sacri palatii* Triboniano, cuya tarea era el ordenar y sistematizar los criterios de los Jurisconsultos (Juras) que gozaban del *ius respondendi* y realizar una unidad de Doctrina Legal.

Digesto que quiere decir libros que contienen todo, era el orden cronológico de las juras, comentadas por los principales Legalistas Romanos como Arcadio Carisio, Mucio Scaevola y Heroniano y con la predominancia de los criterios de Ulpiano y Paulo.

Se publicó durante el mandato de Justiniano I, Emperador Romano de Oriente, siendo nombradas como el Digesto, en tributo a la anterior ley de Juliano denominada *Digesta*.

El Digesto estaba conformado por 50 libros, los cuales fueron divididos en siete partes, cada libro está dividido en títulos con sus respectivos comentarios indicando las materias que tratan.

- **Las Instituciones o Institutas:** Justiniano decidió mientras se recopilaba las juras para la elaboración del Digesto, que para la práctica de los Escolares (se llamaba así a los estudiantes de leyes), conforme quedó establecido en la constitución *Deo Auctore*, se tenía que redactar un tratado básico de Derecho, dando la misión de redactar dicho texto a Doroteo y a Teófilo, usando como modelo una variedad de libros hechos por jurisconsultos clásicos que eran los utilizados para la instrucción del derecho como las instituciones de Ulpiano, Marciano, Florentino y Paulo, pero de manera especial las institutas del Jurista Gayo, que era el texto de mayor relevancia que usaban los estudiantes de leyes.

Toda la obra era la síntesis de doctrinas y preceptos que constaba de cuatro libros con los siguientes temas:

- El primero, con la denominación "de las personas",
- El segundo referido a derecho sucesorio, titulado "de la división de las cosas, de la propiedad, de los derechos reales y del testamento".
- El tercer libro titulado "de la sucesión intestada y de las obligaciones que proceden del contrato".

- El cuarto libro recibió el título “de las obligaciones ex delicto de las acciones, con apéndice de publicis iudiciis”.

Fue promulgada por la “majestad de la Ley Imperial” (Contitucion Imperatoriam Maiestatem) el 21 de noviembre del año 529.

- **Las Novelas:** Esta obra se clasifico en tres y fueron:

Epidome Luliani. - Es una agrupación de 124 novelas jurídicas, las cuales se encuentran en un Orden cronológico, redactadas en lengua Latina, escritas por Juliano de Constantinopla aproximadamente en el año 529.

Auténticas. - Es una agrupación de 134 novelas jurídicas, realizadas entre los años 529 y 534, el nombre de auténticas proviene porque se las consideraba falsas pero los juristas de Bolonia les otorgaron la autenticidad a mediados del siglo XI.

Colección Anónima. - Está compuesta por 168 novelas jurídicas, escritas en idioma griego, redactadas por Tiberio II. Algunas obras pertenecen a Tiberio II. Otras obras al Emperador Justiniano y otras al Emperador Justiniano II.

1.1.2. LA SENTENCIA MAS ANTIGUA.

En el siglo pasado los arqueólogos en trabajos de excavaciones realizados en la zona de Irak donde fue la cuna de la cultura Sumeria, grande fue su sorpresa cuando se dieron cuenta de la existencia de una cultura anterior a la sumeria. En dichas excavaciones fueron recabando miles de tablillas de arcilla de distintos tamaños, las cuales tenían escritos un gran número de documentos de índole jurídico tales como: actas, contratos, pagares, recibos, testamentos, y sentencias judiciales.

En el libro titulado “la historia empieza en Sumer”, escrita por Samuel Noah Kramer nos dice (Kramer, 1985), la Justicia y la Ley, eran los dos pilares fundamentales en la convivencia en Sumer, tanto en la teoría como en la vida práctica, social y económica, estos criterios y conceptos eran los predominantes en la sociedad.

En el año de 1950 se publicó el texto completo de una de estas sentencias la cual la denominaron “el caso de la mujer que no habló”, por la importancia de dicha sentencia procederé a detallar los hechos tal cual fueron publicados.

"He aquí, pues, que se cometió un asesinato en el país de Sumer, cierto día de un año que hay que situar allá por el 1850 a. de J. C. Tres hombres (un barbero, un jardinero y otro individuo cuya profesión ignoramos) asesinaron a un dignatario del Templo, llamado Lu-Inanna. Los asesinos, por una razón no especificada, informaron entonces del hecho a la viuda de la víctima, llamada Nindada. Por curioso que parezca, lo cierto es que ella guardó el secreto y se abstuvo de informar a las autoridades del asesinato de su marido.

Pero la justicia tenía el brazo muy largo, aun en esos remotos tiempos, al menos en el país altamente civilizado que era Sumer. El crimen fue denunciado al rey Ur-Ninurta, en su capital de Isin, y el rey llevó el asunto ante la Asamblea de ciudadanos que hacía las funciones de tribunal, en Nippur.

En esta asamblea se levantaron nueve individuos para pedir la condena de los acusados, alegando que, en su opinión, no solamente los tres asesinos, sino también la mujer de la víctima, debían ser ejecutados. Sin duda consideraban que, puesto que la mujer había guardado silencio, a pesar de estar enterada de haberse cometido el crimen, había que considerarla como encubridora.

Pero dos hombres de la asamblea se levantaron para defender a la mujer, insistiendo en que, como ella no había tomado parte en el asesinato, no debía ser castigada por un crimen que no había cometido.

Los miembros del tribunal admitieron como válidas las razones de la defensa y declararon que la mujer tenía sus motivos para permanecer silenciosa, puesto que, al parecer, su marido había faltado a su deber de subvenir a sus necesidades, y terminaron por afirmar, en la sentencia dictada, que «el castigo de aquellos que efectivamente habían matado debía ser suficiente». Y únicamente los tres hombres fueron condenados.

El informe de este proceso criminal fue descubierto en una tablilla de arcilla redactada en idioma sumerio en el curso de una campaña de excavaciones organizada conjuntamente por el Instituto Oriental de la Universidad de Chicago y por el Museo de la Universidad de Filadelfia. Thorkild Jacobsen y yo lo estudiamos y traducimos. El significado de ciertas palabras y de ciertas expresiones permanece aún algo dudoso, pero el sentido general del texto tiene grandes probabilidades de ser exacto. Un ángulo de la tablilla estaba roto, pero se han podido restaurar las líneas que faltaban gracias a un pequeño fragmento, procedente de otra copia, descubierto en Nippur por una expedición anterior del Museo de la Universidad de Filadelfia. El hecho de haberse encontrado dos copias del mismo informe demuestra que la sentencia de la Asamblea de Nippur sobre el caso de «la mujer silenciosa» era conocida en todos los medios jurídicos de Sumer y había sentado jurisprudencia, igual que si fuera una de las actuales sentencias de nuestro Tribunal Supremo.

Una vez terminada esta traducción, nos pareció interesante comparar el veredicto sumerio con la sentencia que hubiera podido dictar un tribunal moderno en una contingencia similar. En consecuencia, enviamos esta traducción al malogrado Owen J. Roberts, que entonces era decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania (había sido juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica desde 1930 hasta 1945) para pedirle su opinión. Su respuesta fue interesantísima. En un caso análogo, nos aseguró Roberts, los jueces modernos estarían completamente de acuerdo con los antiguos jueces sumerios, y el veredicto habría sido el mismo. He aquí sus propias palabras: «Según nuestra ley, la mujer no sería condenada como culpable de encubrimiento. Un encubridor debe no solamente saber que se ha cometido el crimen, sino que, para ser acusado de tal, debe recibir, aliviar, reconfortar o asistir al criminal.»

Como podemos apreciar en esta transcripción el sistema judicial se encontraba muy desarrollado, demostrando un gran adelanto en la aplicación de la justicia y sus magistrados tenían capacidad jurídica.

1.2 Marco Filosófico.

Luego de un exhaustivo estudio de las corrientes filosóficas, se llegó a la conclusión que la investigación encaja en el iusnaturalismo, pues esta doctrina afirma que la legitimidad o autenticidad de las leyes positivas, y que dichas normas en totalidad, son las normas o leyes vigentes de un estado, y estas leyes

en último término, tienen una concordancia con derecho natural. Para el pensamiento del filósofo o Johannes Messner “el derecho natural es orden de la existencia”, para este filósofo el derecho natural enmarca o contiene por si solo principios específicos y el negar estos principios nos conlleva a entrar en contradicción con la conciencia humana propiamente dicha.

Otro punto importante que debemos que tener en cuenta es que, para el iusnaturalismo la vigencia y validez de la ley depende también de su propia justicia, por este motivo podemos resumir la tesis principal del iusnaturalismo en el pensamiento, expresión de otro filósofo Gustav Radbruch la cual dice “la ley que es extremadamente in justa no es verdad que la ley”.

Experimentos recientemente realizados a grupos humanos han concluido que la ley es innata del ser humano, inclusive cuando este ser tiene quince meses de edad ya tiene un criterio de la ley y de las normas.

Antecedente histórico

Desde la antigua Grecia tenemos antecedentes de la existencia de un derecho inherente, cómo podemos apreciar en la obra Antígona de Sófocles que había una gran diferencia entre autoridad o ley humana y las leyes no escritas, a estas últimas las consideraba como la voluntad divina, en esta obra se puede apreciar que se tenía la creencia de un derecho superior al que muchos juristas hacen una invocación a el derecho natural. Este tema sirvió a los juristas Norte Americanos del siglo XVIII como inspiración para proclamar y validar la independencia de su país respecto al yugo de Gran Bretaña, alegando que tenían derecho a la resistencia y a la libertad.

1.3 Marco Teórico.

1.3.1. CAPACIDAD JURIDICA

Concepto:

Según (Osorio, 2012), la capacidad Jurídica es la aptitud que tiene tanto el hombre como la mujer para ser sujeto y parte, por sí mismo o por medio de un representante legal, en las relaciones que comprende el derecho, ya sea como titular de derechos o de facultades, ya como obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber contemplado en la ley.

Clasificación:

Con respecto a la clasificación de la capacidad existen tres teorías, la tradicional, la francesa y la germana.

Tradicional. - esta teoría de la Capacidad se sub-divide en dos:

- Capacidad Jurídica, capacidad legal o capacidad de Goce. - Es la aptitud que tiene la persona para poder exigir la tenencia de derechos y para poder adquirir derechos frente a terceros.
- Capacidad de ejercicio, capacidad de disfrute o capacidad de Obrar. - Es la aptitud que tiene el ciudadano (persona) para ejercer en persona los derechos que le asisten y que se tienen, esta teoría le da mayor valor y privilegio a esta capacidad, considerándola como la capacidad por excelencia o antonomasia.

Esta teoría recibe muchas críticas porque pone como antagónicos los términos “capacidad de disfrute” y “capacidad de goce “, cuando estos términos son sinónimos o semejantes y además solo habla de derechos mas no de deberes que pueden producir plenos efectos jurídicos.

La doctrina francesa. - Esta doctrina que tiene siempre una inclinación por lo tradicional, agregando una tercera capacidad, nos dice que:

- La capacidad de ejercicio o capacidad de obrar. - es la aptitud que tiene la persona para poder realizar actos jurídicos validos

- La capacidad de goce. - es la aptitud que tiene la persona para poder ser el poseedor de derechos y deberes jurídicos.
- La capacidad delictual. - Es la aptitud que tiene la persona para quedar obligado por los propios hechos ilícitos que pueda cometer.

La doctrina Germana. - Esta doctrina divide la capacidad de la siguiente manera:

- Capacidad Jurídica o capacidad Legal. - Es la aptitud que posee la persona para ser poseedor de derechos y deberes.
- Capacidad de obrar. - Es la aptitud que tiene la persona para producir en uso pleno de sus facultades mentales e intelectuales, efectos jurídicos por voluntad propia, y esta se sub-divide en:
 - Capacidad Negocial. - Es la aptitud que tiene la persona para poder celebrar en nombre propio negociaciones o tratos jurídicos válidos.
 - Capacidad delictual. - es la aptitud que tiene la persona para quedar obligado por los hechos ilícitos que pueda generar.

Principios que rigen la capacidad.

a.- La capacidad de ejercicio o la capacidad de obrar, da tácitamente por entendido que la persona tiene per se capacidad de goce.

b.- Si la persona humana o el ciudadano por el hecho mismo de su existencia, tienen inherentemente la capacidad de goce, es imposible que las personas jurídicas, que son creación de la persona misma, carezcan de capacidad jurídica, capacidad legal o capacidad de goce.

c.- La capacidad de goce no implica que la persona tenga capacidad de obrar plena, ya que la persona pueda ser poseedor de derechos y deberes, pero bien no puede ejercerlos por voluntad propia, el ejemplo claro es la sucesión hereditaria.

d.- Las normas jurídicas que rigen las capacidades son diferentes, como veremos:

- Si bien no puede existir la incapacidad de goce, existen personas con incapacidad para obrar.
- El número de personas que tienen incapacidad para obrar, es mayor al número de personas que tienen capacidad de goce.
- Mientras que la incapacidad de goce no es subsanable, la capacidad de obrar puede ser subsanable.

e.- La capacidad es la regla general, la incapacidad es una excepción por mandato legal.

f.- Quien alega la incapacidad, para demostrar dicho alegato tiene la carga de la prueba.

1.3.2. IDONEIDAD PARA EL CARGO.

Se denomina idoneidad para el cargo a la capacidad que tiene el ciudadano para poder ocupar un cargo o puesto sea en el aparato estatal o en la empresa privada, o el poder realizar cualquier tarea. Esta Idoneidad es adquirida por los grados obtenidos y reconocidos por la Nación.

1.3.2.1. CAPACIDAD PROFECIONAL.

Esta capacidad profesional se encuentra reconocida por el sistema jurídico peruano en la Ley N° 27843 que es la Ley que faculta a los colegios profesionales a participar como consultores en el desarrollo de las entidades del Estado, así mismo con la aplicación de la Ley N° 28948 que es la norma que da la institucionalización del Consejo Nacional de Decanos de los Colegios Profesionales en el Perú.

Por otro lado tenemos que en la sentencia 5057-2013-PA/TC, fundamento 14 emitida por el Tribunal Constitucional en materia de los concursos públicos, nos resalta que lo que se tiene que tomar en cuenta que, en estos procesos para la contratación de servidores públicos son los siguientes; en el punto uno se refiere a la capacidad y en el punto cuarto se refiere a la idoneidad para el

puesto que postula, con estos criterios queda claro que se refieren a una capacidad profesional en específico.

Esta capacidad se obtiene por medio de los estudios realizados en forma satisfactoria en un centro de educación superior conforme lo manda la Ley 30220, quien en su artículo 44 titulado grados y títulos, nos dice que las universidades otorgan el grado que corresponda a nombre de la Nación y en el artículo 45 nos manifiesta cuales son los requisitos que exige la ley para poder obtener este reconocimiento por parte del Estado de esta capacidad Profesional.

Con lo expuesto queda claro que se requiere tener una capacidad profesional para poder ejercer como tal, también trae a colación que existen cierto tipo de especialización más profunda y que dota de un carácter de dominio de la materia del grado obtenido.

1.3.3. CAPACIDAD INTELECTUAL.

Esta es una capacidad muy importante, porque nos define el grado o nivel de inteligencia práctica que puede poseer o tener una persona en particular, la cual puede variar según las distintas cualidades y dones que pueda tener el sujeto de estudio o persona.

Es importante que la capacidad intelectual se puede mejorar o aumentar con la ayuda de suplementos alimenticios cerebrales, ejercicios mentales y una alimentación adecuada.

Clasificación de las capacidades mentales o intelectuales:

- **El Lenguaje.** - Consta por el dominio que se tenga del vocabulario, conocimiento y uso de sinónimos en el hablar cotidiano y la inclusión constante de nuevas palabras sean sinónimos o antónimos al mismo. Este desarrollo del lenguaje generalmente puede ser de una manera incidental y es una demostración sólida de la capacidad intelectual y verbal de cada persona.
- **La Memoria.** - existen dos tipos de memoria principales, una a largo plazo y otra de corto plazo, esta es una capacidad intelectual muy apreciada y valorada, pero existen también dos tipos de memoria que podríamos

llamarlas secundarias y son la memoria visual, no verbal y la memoria laboral.

No todas las personas tienen una buena capacidad de mantener el recuerdo de las cosas, pero con la práctica de ejercicios mentales y de memorización pueden obtener mejorar su estado.

- **La Atención, Concentración.** - La falta de concentración es un problema muy común y recurrente de las personas, esta falta de concentración resta mucho para poder tener una excelente capacidad mental.
La concentración es un requisito muy importante para poder desarrollar otras capacidades mentales.

- **La creatividad.** - La creatividad es una de las actividades que se encuentra estrechamente vinculada con la capacidad intelectual de cada persona, el pensamiento creativo es la facilidad que tienen las personas de crear, modelar y generar ideas y pensamientos nuevos, a muchas personas les suele causar mucha frustración el tener una creatividad limitada, pero esta se puede generar o estimular con ejercicios de improvisación, lecturas creativas y con clases de teatro.

- **Capacidad de liderazgo.** - Esta capacidad es sumamente importante para poder realizar el desarrollo total, personal y profesional de cada persona, esta capacidad consiste en poder clasificar, organizar y liderar distintos grupos humanos y asignarles tareas determinadas.

1.3.4. CRITERIO FILOSÓFICO

El Criterio filosófico también conocido como Criterio de la Verdad, veremos el significado de tres autores.

Según (Ivan T. Frolov, 1984), en su diccionario filosófico nos dice que es un medio para lograr la verificación de la veracidad o la falsedad de una u otra

hipótesis, afirmación o construcción teórica. Dentro de la teoría y práctica, tenemos el criterio de la verdad que se aplica en la práctica social, todas las teorías científicas se comprueban de modo definitivo con la ayuda de la práctica, si la teoría se emplea satisfactoriamente esto implica que es verídica. Sin embargo, la verificación en la práctica de las teorías científicas no significa la transformación de estas en algo absoluto. Por eso es que la práctica social dentro de su desarrollo puede refutar o confirmar una u otra noción humana.

Según (M. Rosental y P. Judin, 1959), el criterio de la verdad prueba la validez de nuestros conocimientos, es un indicativo que confirma la exactitud de nuestras ideas y nos muestra en qué medida nuestros conceptos, representaciones y sensaciones corresponden a realidad objetiva.

Según (M. Rosental y P. Judin Traducido del Ruso por M.B. Dalmacio, 1946), el criterio de la verdad es la regla para estabilizar la veracidad, la afirmación de nuestro conocimiento práctico. Es el testimonio el cual atestigua y reafirma la certeza de nuestros pensamientos e ideas, también es el punto de concordancia entre nuestras sensaciones, conceptos y la realidad objetiva de las cosas.

1.3.5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

La valoración de la prueba es el juicio particular que se realiza a los indicios presentados por una de las partes del proceso, y al ser aceptados estos indicios en el proceso se convierten en prueba, esta prueba pasa por un proceso de juicio particular de aceptabilidad con el fin de constatar su veracidad contrastándolo con la hipótesis del caso, en este caso si da positivo esta prueba pasa a ser parte de la comunidad de la prueba del caso.

La valoración es el razonamiento que se aplica por todas las informaciones aportadas al proceso, para dilucidar los hechos controvertidos, el único llamado a aplicar la valoración de la prueba y darle la categoría de esta corresponde al Juez.

Este principio de la valoración de la prueba tiene su soporte en la Constitución Política del Perú en el artículo N° 139° inciso 3, donde se reconoce dentro del debido proceso la valoración de la prueba.

En el Código Civil El artículo 197° del Código Procesal Civil establece que todos los medios probatorios tienen que ser valorados por el Juez en forma conjunta, haciendo uso de su apreciación razonada.

1.3.6. CRITERIOS JURÍDICOS.

Se denomina criterio jurídico a la interpretación jurídica, los criterios interpretativos o de interpretación, se encuentran establecidos por la ley.

Las clases de interpretación se dividen en tres, la interpretación según el sujeto y la interpretación según los resultados y la interpretación según los Medios.

- Interpretación según los sujetos. - se dividen en:
 - a.- Interpretación Doctrinal o Interpretación Privada. - Se denomina a la que realizan los estudiosos del derecho o los especialistas esto quiere decir los juristas, pero estas interpretaciones no son trascendentes si no son invocados en los fallos de los tribunales.
 - b.- Interpretación Auténtica. – Es la interpretación que, dentro de su texto, realiza la propia ley o a través de una norma que tenga naturaleza interpretativa exclusiva o mediante leyes promulgadas posteriormente con este fin, por este motivo es que se dice la interpretación auténtica puede ser contextual (dentro del mismo texto) o posterior. A diferencia de otras formas de interpretación, la interpretación auténtica tiene la fuerza de aceptación obligatoria y general.
 - c.- Judicial. –Son las interpretaciones realizadas por los órganos jurisdiccionales mediante las sentencias, en las cuales se

resuelven todos los problemas planteados, en este caso el Juez se constituye como el órgano autorizado para la interpretación de la ley.

- La Interpretación según los resultados. – se dividen en:
 - a.- Extensiva. – La voluntad de esta interpretación tiene más amplitud que el significado que le da el legislador, de tal modo que al aplicar la ley el legislador, extiende la aplicación del texto a la voluntad de esta, con la extensión del texto de la ley, supuestamente se encuentra dentro del caso concreto.

 - b.- Declarativa. – Esta clase de interpretación, como bien lo dice el nombre, es cuando existe una concordancia perfecta entre en contenido de la ley y la expresión de esta, también podríamos decir es cuando concuerda el espíritu de la norma y el texto de esta, muchos autores se encuentran reacios a esta forma de interpretación, ya que afirman que toda interpretación tiene que ser declarativa del propio sentido que la ley manda.

- Interpretación según los medios. – Esta se divide en:
 - a.- Gramatical. – Es aquella interpretación que toma de manera literal el texto de la norma, recurriendo a la interpretación gramatical para encontrar el sentido de la norma, cuando la redacción de la misma no es clara o equívoca.

 - b.- Lógica o Teleológica. – Es la interpretación que busca la voluntad de la norma, esto quiere decir el contexto real, sirviéndose de un proceso lógico que se constituya elementos de interpretación como: el elemento sistemático, el elemento histórico, el derecho comparado. O también pueden valerse de elementos extrajurídicos como: los políticos, sociológicos, éticos, criminológicos y psicológicos, con el aporte de los conocimientos

del Juez le permitiría llegar al entendimiento de la intención real de la norma.

1.3.7. JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia viene a ser el estudio y ciencia del derecho que se encarga de analizar todos los fallos, sentencias y decisiones dictados por los tribunales o cortes de Justicia o por las autoridades competentes en los plenos jurisdiccionales.

Esta jurisprudencia servirá como ayuda para la resolución de otros casos que sean semejantes o soliciten el mismo derecho.

1.3.8. SENTENCIA

La sentencia es la resolución definitiva dictada por el Juez competente que reconoce y restituye el derecho vulnerado o da la razón del petitorio a una de las partes, obligando a la otra a resarcir el daño causado en el derecho civil, o al cumplimiento de una pena en el código penal suele ser privativa de la libertad correspondiente.

Según (Orgaz, 1952), Una vez queda firme la sentencia definitiva, se produce inmediatamente la situación de Cosa Juzgada aplicando el principio del “non bis in ídem” que significa que ninguna persona puede ser juzgado por lo mismo dos veces.

Es importante tener en cuenta que una sentencia dictaminada por el Juez no es definitiva, no queda firme o también denominada ejecutoriada, hasta que esta, sea confirmada al concluir todas las instancias de apelación y de revisión, al resolver todos los recursos de apelación o casación establecidos por la ley, en aplicación a la doble instancia contemplada en la constitución.

Clasificación de las sentencias

- **Sentencias constitutivas.** - Solo en procesos civiles, son las sentencias que crean relaciones, modifican relaciones o extinguen relaciones jurídicas.

- **Por la presencia o ausencia del demandado.** -

Sentencia Contradictoria. – Recibe esta denominación cuando el demandado se presenta al proceso.

Sentencia en rebeldía. – Recibe esta denominación cuando el acusado no se presenta al proceso.

- **Por la posibilidad a ser impugnada.**

Sentencia Recurrible o no firme. – Se denomina así a las sentencias que aún se les puede interponer algún tipo de Recurso.

Sentencia Firme. – Se denomina así a las sentencias que contra ellas no caben la posibilidad de interponer ningún recurso sea ordinario o extraordinario, o cuando ha transcurrido el tiempo de plazo que manda la ley para que cualquiera de las partes interponga un recurso impugnatorio y no han hecho uso de este derecho. Una vez la sentencia es firme, es amparada por el principio “non bis in ídem” o cosa juzgada.

- **Por el grado de Jurisdicción.**

Sentencia en Primera Instancia. – Son las sentencias otorgadas por los juzgados de primera instancia, conforme lo manda el Código Procesal, por competencia y jurisdicción.

Sentencia en Segunda Instancia. – Esta se da cuando una de las partes del proceso, no conforme con el veredicto del Juez, haciendo uso de su derecho constitucional recurre al uso del

recurso de apelación, está la ve el Órgano superior en jerarquía, el cual revisa todo el proceso incluido el medio probatorio.

Sentencia en Casación. – esta sentencia se da como producto del recurso de Casación, este se puede interponer cuando durante el proceso ha ocurrido una vulneración al debido proceso, esto es, que en la casación solo se procede a la revisión del caso meramente en lo procesal.

El órgano encargado de ver la causa y emitir la sentencia es el Tribunal Supremo, cuya pretensión es poner fin al proceso.

- **Por la Forma.**

Sentencia Escrita. – Se denomina de esta manera a la sentencia que es redactada por escrito y por este medio se da a conocer a las partes el veredicto del proceso.

Sentencia Oral. – Se denomina de esta manera a la sentencia que es expuesta oralmente a las partes intervinientes o actuantes en el proceso, en audiencia que se denomina de lectura de sentencia, en ese momento quedan notificadas las partes de la resolución del Juez.

Requisitos de la sentencia.

La sentencia tiene que contener tres requisitos:

1. el tiempo,
2. el lugar y
3. La forma.

- Respecto de la Forma. - toda sentencia mayormente está conformada d tres partes y son:

- Parte expositiva o Expositiva.- Se señala la fecha y ciudad donde se realiza el proceso donde se va a dictar la sentencia, las partes que intervienen, los Procuradores por parte del estado, los abogados debidamente habilitados sin omitir sus nombres, número de registro de colegio de abogados para no afectar la debida integridad y publicidad de la Sentencia, también deben de contar las peticiones de las partes, conjuntamente con los presupuestos o antecedentes de los hechos, en los cuales se fundamentan las pretensiones.

- Parte considerativa. - En esta parte se tienen que expresar los fundamentos o criterios de hecho y de derecho, que contienen la argumentación de las partes y los razonamientos y criterios que utiliza el tribunal para resolver la Litis, el objeto del proceso con relación de las normas o leyes que sean aplicables al caso.

- Parte resolutive. - En esta tercera parte es donde contiene la decisión o fallo que llego el juez, dando la absolución o condena del acusado o demandado. También se debe incluir el nombre del Magistrado que la redactó y la firma de todos los miembros que han participado en el veredicto.

Cabe mencionar que toda sentencia tiene contener la motivación necesaria que respalde su decisión.

Sentencias congruentes.

- Es importante que todas las sentencias tienen y deben de ser congruentes, esto quiere decir que se deben de resolver todas las cuestiones y cuestionamientos que hayan sido objeto de debate durante el proceso, y el fallo o resolución no debe contener más ni tampoco menos de lo solicitado.

Incongruencia de la Sentencia. –

Se consideran tres las incongruencias.

1.- Falta de Exhaustividad. - Se denomina así cuando en la sentencia se omite el pronunciamiento de un tema debido.

2.- Incongruencia Ultrapetita. - Es cuando en la sentencia se concede más sobre un tema solicitado.

3.- Incongruencia Extrapetita. - Es cuando en la sentencia se concede otra cosa y no lo solicitado.

1.4 Marco Legal

- Constitución política del Perú de 1993

En El artículo 201 titulado Tribunal Constitucional, nombra los requisitos para ser miembro del tribunal constitucional y en ningún momento impone que estos candidatos deben de tener la especialidad de constitucionalista.

- Ley 28301 “Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”

Artículo 11, veremos cómo dentro de los requisitos para ser miembro titular del tribunal constitucional en ninguno de los cuatro incisos que conforman dicho articulado pide como requisito fundamental tener la especialidad de constitucionalista.

Artículo 16, en este articulado nos indica cuales son las causas por las cuales genera la vacancia del cargo, en el inciso 3 nombra la incapacidad moral, pero vemos que nunca se ha aplicado.

En el párrafo final del articulado, nos dice que en caso de vacancia por el inciso 3 quien decide dicha vacancia es el propio pleno del tribunal con una votación de no menos de cuatro votos, analicemos, si son siete miembros y se requiere voto mínimo de cuatro votos, más uno el que está siendo juzgado solo queda el voto discordante de dos considerando que pueda estar uno con licencia o permiso entonces sería un voto discordante, lo cual pone en duda o tela de juicio que se pueda realizar dicha votación, debería de ser la mitad más un voto de los miembros hábiles, esto es sin el voto del miembro que está siendo procesado.

- Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC, es el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

En el artículo 15 de este Reglamento Normativo trata de los requisitos para ser miembro del tribunal constitucional en ningún lugar contempla el requisito de tener la especialidad de constitucionalista.

En el presente reglamento en ningún lugar especifica que el magistrado debe de tener capacidad moral y capacidad ética.

- Decreto Supremo N° 017-93-JUS, 02-06-1993 (Texto, 02-06-1993 (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial)

En el artículo 17 manda que la especialidad de los Magistrados se debe mantener durante todo el ejercicio de su cargo, como observamos existe una exigencia de especialidad para ser magistrado del poder judicial, con mayor razón se debería exigir especialidad para el Tribunal constitucional.

1.5 Investigaciones.

No se han encontrado investigaciones relacionadas con el tema de estudio.

1.6 Marco Conceptual.

- **Capacidad.-** (Osorio, 2012), Aptitud que tiene la persona en relaciones jurídicas determinadas por la ley, para ser sujeto activo o pasivo de este derecho.
- **Capacidad de obrar.-** (Osorio, 2012), La capacidad de hecho, también se dice que es el poder de la persona de realizar actos con eficacia jurídica.
- **Deliberación.-** (www.definicion.de, 2018), El concepto de deliberación, que proviene del latín *deliberatio*, se refiere al acto y al resultado de deliberar: analizar y ponderar los beneficios y las desventajas de una decisión antes de aceptarla o de descartarla según los resultados analizados.
- **Funcionario Público.-** (www.definicion.de, 2018) Un funcionario es una persona que ocupa un empleo público. Se trata de un trabajador que cumple funciones laborales en un organismo del Estado.
- **Idoneidad.-** (www.encyclopedia-juridica.biz14.com, 2017). Calidad de adecuado. Que tiene buena disposición, capacidad y suficientes condiciones para un cargo.
- **Idoneidad profesional.-** (Significados.com, 2017). Se llama idoneidad profesional a aquella persona que cuenta con la suficiente competencia, tanto a nivel de conocimientos como de experiencia, para ejercer una profesión o cargo determinado.

- **Jurídico.** - Que pertenece al derecho o se ajusta a él, de ahí que se dice que un hecho es jurídico cuando es ejercida con arreglo al derecho.
- **Poder Moral.**- (www.definicion.de, 2018), Poder es una noción que hace mención a una capacidad o una facultad. También puede tratarse del imperio o la autoridad que tiene una persona o una entidad para ejercer su voluntad. La moral, por su parte, está formada por los valores, las creencias y las tradiciones de un individuo o de una comunidad.
- **Sentencia.**- (Osorio, 2012), Declaración final del juicio y resolución del juez, según Alsina, es el modo normal de extinción de la relación procesal.

CAPÍTULO II:

EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.1 Planteamiento del Problema

2.1.1 Descripción de la realidad problemática.

En la actualidad podemos apreciar que el poder judicial emite sentencias las cuales no se encuentran acorde a la condena que corresponde o no se encuentra la relación sentencia – pena o no se encuentra dentro del pago social que se espera, estos hechos son porque existe una In-Capacidad Jurídica por parte de los administradores de la justicia, a falta de la debida capacitación o especialización que se requiere para ocupar un puesto.

Este hecho no solo se da dentro de la administración de justicia, sino en todo el entorno del sistema de funcionarios públicos ya que no se cumple con los parámetros que la Ley manda dentro de las contrataciones de servidores públicos.

Como por ejemplo podemos citar que para efectuar una cirugía ahora se requiere de una especialización tenemos que para realizar una cirugía plástica se requiere la especialización de cirujano plástico e igual condición en las especialidades médicas, y este hecho se da dentro del ámbito privado, con mayor razón se debería de dar en las contrataciones del aparato estatal, nos referimos a los funcionarios públicos.

Últimamente encontramos con este impase en la selección de Ministros, asesores y demás miembros del sistema estatal, lo que nos conlleva a una deficiente función pública generando pérdidas económicas al fisco y un retraso en el desarrollo del estado, ocasionando de esta manera un retraso al estado y desconformidad Social.

2.1.2 Definición del problema.

Problema General

¿Cómo la Capacidad Jurídica influye en las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional?

Problemas específicos

¿Cómo la Idoneidad para el Cargo Influye en las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional?

¿Cómo la capacidad para obrar influye en las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional?

¿Cómo la capacidad Intelectual influye en las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional?

2.2 Finalidad y Objetivos de la Investigación

2.2.1 Finalidad.

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad presentar una propuesta novísima a demostrar que, la capacidad jurídica no solo compete a las personas naturales o personas jurídicas, sino que la capacidad jurídica también se debe de aplicar a todos los funcionarios públicos, los jueces según la ley orgánica del poder judicial dice las capacidades de los magistrados pero esto no se aplica, tan igual que la ley orgánica del tribunal constitucional también habla de la capacidad del miembro del tribunal pero no se considera la capacidad de conocimiento del juez y este defecto conlleva a las sentencias contradictorias.

El aporte del presente trabajo es demostrar la importancia que tiene el poder exigir para el cargo de Miembro del Tribunal Constitucional que tengan la especialidad de constitucionalista, por los motivos que para dar un veredicto sea en lo Civil, Penal, laboral, Tributario, etc. La resolución se toma según la especificación que norma el código respectivo, pero para poder dar una sentencia constitucional, los razonamientos que se deben de aplicar corresponden a la filosofía Jurídica, puesto que lo que está en juego son derechos inminentes y su afectación es personalísima.

2.2.2 Objetivo general y específico.

Objetivo General

Determinar la influencia que existe entre la Capacidad Jurídica con las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional.

Objetivos Específicos

Establecer la influencia entre la Idoneidad para el Cargo y las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional.

Establecer la influencia entre la capacidad para obrar y las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional.

Establecer la influencia entre la capacidad Intelectual y las Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional.

2.2.3 Delimitación del estudio.

Delimitación temporal

En la investigación se tomarán los datos de las sentencias emitidas entre los años 2014 y 2017

Delimitación espacial

Tribunal Constitucional del Perú

Delimitación social

Comprenderá al estudio la conducta de los miembros del tribunal constitucional

2.2.4 Justificación e importancia del estudio.

La presente investigación se pretende demostrar la importancia que tiene, que los miembros del tribunal constitucional deberían de ser personas probas, y deben de ser constitucionalistas, puesto que los miembros del tribunal constitucional al no ser constitucionalista toman resoluciones sin aplicar filosofía jurídica que es la forma de resolver un conflicto constitucional y no solo aplicando la teoría de la ponderación del Dr. Alexi.

2.3 Variables

2.3.1 Variables y Categorías.

VARIABLES	CATEGORIAS
Variable I LA CAPACIDAD JURIDICA	- Idoneidad para el Cargo. - - Capacidad para Obrar - - Capacidad Intelectual. - - Criterio Filosófico

Variable II LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	<ul style="list-style-type: none">- Valoración de la Prueba.- Criterios Jurídicos.- Jurisprudencia
---	--

CAPÍTULO III:

MÉTODO, TÉCNICA E INSTRUMENTOS

3.1 Población y muestra.

Población

Magistrados del Tribunal Constitucional y

Sentencias contradictorias

3.2 Diseño utilizado en el estudio.

La presente investigación será de enfoque cualitativo, porque es producto de la investigación de la dogmática jurídica, el análisis de la normativa vigente y frente al derecho internacional el análisis de sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos y dos sentencias contradictorias del tribunal constitucional.

Realizando una triangulación entre lo que nos dice la dogmática jurídica, la normatividad vigente y las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos y con el producto de esta triangulación, realizaremos el análisis del porqué de las dos sentencias contradictorias del tribunal Constitucional.

3.3 Técnica e Instrumentos de recolección de datos.

En la presente investigación se empleará como técnica de recolección de datos el análisis documentario.

El instrumento que se empleará será el cuadro de análisis de datos

3.4 Procesamiento de datos.

El procedimiento de datos será, el análisis de documentos y una triangulación de las Normas y las sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO IV:

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.1 Presentación de resultados.

4.1.1. Análisis de la Capacidad Jurídica según la Doctrina.

Para poder comprender a profundidad el motivo de discusión de la presente Tesis, en este capítulo procederemos a realizar un análisis más profundo y exhaustivo de la capacidad Jurídica, analizaremos la opinión de los principales juristas de las doctrinas que conforman nuestro sistema jurídico y son: la doctrina alemana, la Doctrina italiana, la doctrina francesa, la doctrina española.

4.1.1.1. La Capacidad Jurídica según la Doctrina Alemana.

4.1.1.1.1. Capacidad Jurídica de Hans Kelsen. (1,881 -1973)

Para el Jurista Hans Kelsen la capacidad Jurídica se divide en dos y estas son:

A.- Capacidad Jurídica (a la cual el denomino como Capacidad Pasiva).

Esta Capacidad se basa en la competencia general que el ordenamiento jurídico otorga a las personas físicas o Naturales y Jurídicas con la condición de sujetos de hecho y de derecho, a los cuales se les atribuye la titularidad de derechos y obligaciones.

B.- Capacidad de Obrar (a la cual el denomino como capacidad jurídica Activa).

Se deduce por el ordenamiento a las personas físicas o naturales y a las personas jurídicas, de la capacidad de actuar jurídicamente con todas las acciones jurídicas que las personas pueden realizar con apego a ley.

En conclusión, para Hans Kelsen, cuando se refiere a la capacidad jurídica esta direccionada a la titularidad del derecho, y la capacidad de obrar esta direccionada a el ejercicio de derechos y deberes, por lo que se puede dar el caso que, una persona sea natural o jurídica pueda ser titular de un derecho, pero puede ser incapaz para el ejercicio de este derecho, con apego a la ley.

4.1.1.1.2. Capacidad Jurídica de Paul Oertmann (Oertmann, 1933)

La capacidad Jurídica o Capacidad de derecho, es la aptitud que tiene la persona para ser titular de un derecho subjetivo.

Se debe de diferenciar exclusivamente la capacidad de hecho de la capacidad Jurídica.

En conclusión, Paul Oertmann nos dice que la capacidad jurídica o capacidad de derecho, es el derecho inherente que posee la persona por naturaleza propia o por acción de la ley.

4.1.1.1.3. Capacidad Jurídica de Henrich Lehemann (Lehemann, 1956)

Así como el Ordenamiento jurídico tiene el poder de conceder la capacidad jurídica, este ordenamiento jurídico también tiene la facultad de poder negarla, pero para Lehemann, no admite bajo ningún motivo la supresión de la Capacidad jurídica, sin embargo acepta únicamente la incapacidad para adquirir determinados derechos y deberes.

En conclusión, para el pensamiento de Henrich Leherman el ordenamiento Jurídico, o dicho de otra manera, el propio marco legal es el encargado de dotar a la persona la capacidad Jurídica, pero acepta que esta capacidad puede tener ciertas limitaciones, según el ordenamiento jurídico.

4.1.1.1.4. Capacidad Jurídica de Karl Larenz (Larenz, 1978)

La persona es jurídicamente capaz cuando ha desarrollado plenamente su naturaleza y ser responsable por las acciones que realice, de esta manera adquiere la capacidad de obrar.

Los niños de poca edad, los adolescentes o la persona que por un trastorno Psicológico o patológico que afectan sus facultades mentales, les falta desarrollar o carecen de autodecisión y de responsabilidad, requisitos que forman parte del “ser persona” en sentido jurídico, tienen derecho a la vida, a una “dignidad de persona”, para la ley, todos estos individuos son considerados como personas porque son “jurídicamente Capaces”.

En conclusión para el pensamiento de Karl Larenz la capacidad jurídica es una capacidad inherente y propia de la persona por el simple hecho de serlo, sobre las limitaciones de la capacidad no han sido desarrollada en el pensamiento de Larenz a profundidad, tomando en cuenta que todos son iguales para la ley.

Cuadro N°1 Resumen Conclusiones Doctrina Alemana

Hans Kelsen	Se puede dar el caso que, una persona sea natural o jurídica pueda ser titular de un derecho, pero puede ser incapaz para el ejercicio de este derecho, <u>con apego a la ley.</u>
Paul Oertmann	Nos dice que la capacidad jurídica o capacidad de derecho, es el derecho inherente que posee la persona por naturaleza propia <u>o por acción de la ley.</u>
Henrich Lehemann	El propio marco legal es el encargado de dotar a la persona la capacidad Jurídica, pero acepta que esta capacidad puede tener ciertas limitaciones, <u>según el ordenamiento jurídico.</u>
Karl Larenz	La capacidad jurídica es una capacidad inherente y propia de la persona por el simple hecho de serlo, sobre las limitaciones de la capacidad no han sido desarrollada en el pensamiento de Larenz a profundidad, tomando en cuenta que <u>todos son iguales para la ley.</u>

4.1.1.2. La Capacidad Jurídica según la Doctrina Italiana.

4.1.1.2.1. Capacidad Jurídica Pietro Trimarchi (Trimarchi, 1983).

Para Pietro Trimarchi la capacidad jurídica es inherente de la persona humana desde su gestación, pero el uso de esta capacidad se dará siempre y cuando nazca vivo, será representado por sus progenitores hasta que tenga la mayoría de edad en ese momento tendrá el ser sujeto de obligaciones, en caso de enfermedad mental podrá solicitarse un tutor para que pueda tomar las decisiones por este.

Nos propone que si la persona se encuentra en un impedimento temporal de sus facultades sea por un químico o por acción de inconciencia temporal por accidente la ley faculta al profesional competente tomar las resoluciones para salvaguardar la integridad de este, ejemplo en el caso de un accidente una persona resulta inconsciente no es necesario pedir autorización para proceder a operar, o en una campaña de salubridad o vacunación, en este caso no se requiere la autorización de los padres o tutores por ser un programa del gobierno y la ley lo autoriza.

En conclusión, para Pietro Trimarchi la capacidad jurídica es propia de la persona pero esta capacidad puede ser normada por la ley, en caso de la búsqueda del bien común y la integridad de la persona.

4.1.1.2.2. Capacidad jurídica Angelo Falzea (Falzea, 1985)

Para Angelo Falzea nos dice que la capacidad jurídica tan igual como la subjetividad jurídica del individuo, es parte del carácter propio, innato de la persona o sujeto, y esta es una cualidad que deviene del hecho de ser titular potencial de los intereses tutelados por el derecho y potencialmente es titular de las situaciones jurídicas, predispuestas por las normas jurídicas para poder actuar sobre dichas tutelas. Por esta

naturaleza que es esencialmente potencial, es que la capacidad jurídica consiste en una cualidad abstracta y a priori.

En conclusión, para Angelo Falzea la capacidad jurídica al parte innata del ejercicio de sus derechos y deberes de la persona, los cuales serán predispuestas o tratadas por las normas jurídicas y esta condición le da la cualidad de ser abstracta y a priori, esto es de gran prioridad.

4.1.1.2.3. Capacidad Jurídica Francesco D. Busnelli (Busnelli, 1986)

Para Francesco Busnelli, bajo ningún punto de vista la capacidad Jurídica puede operar como instrumento de discriminación por ser inherente de la persona, que él denomina como el aspecto estático y puro del sujeto, una posibilidad abstracta.

La capacidad de ejercicio, pertenece a la realización de los actos jurídicos correspondientes a la valoración de la condición de la persona.

En conclusión, para el pensamiento de Francesco Busnelli, la capacidad jurídica es inherente a la persona, pero el ejercicio del derecho estará dado por la norma jurídica.

Cuadro Nº 2 Resumen Conclusiones Doctrina Italiana

Pietro Trimarchi	La capacidad jurídica es propia de la persona pero <u>esta capacidad puede ser normada por la ley</u> , en caso de la búsqueda del bien común y la integridad de la persona.
Angelo Falzea	La capacidad jurídica al parte innata del ejercicio de sus derechos y deberes de la persona, los cuales <u>serán predispuestas o tratadas por las normas jurídicas</u> y esta condición le da la cualidad de ser abstracta y a priori, esto es de gran prioridad.
Francesco Busnelli	La capacidad jurídica es inherente a la persona, pero el <u>ejercicio del derecho estará dado por la norma jurídica.</u>

4.1.1.3. La Capacidad Jurídica según la doctrina Española.

4.1.1.3.1. Capacidad Jurídica José Castán Tobeñas (Tobeñas, 1942)

Para José Castán Tobeñas, nos dice que la capacidad de derecho debe de ser:

- Indivisible, esto quiere decir que no se puede Dividir ni fraccionar,
- Irreductible, bajo ningún motivo se puede reducir o disminuir,
- Igualitario, este principio es el más esencial, esto es igual siempre y para todos los hombres.

Sin embargo la capacidad de obrar es eventual y puede ser variable, ya que no es aplicable a todos los hombres y no se da en el mismo grado a estos.

La capacidad de derecho corresponde a una situación estática del sujeto, esto es la aptitud para poder ser titular de derechos y obligaciones, la posibilidad de poder recibir los efectos del orden jurídico

Mientras que la capacidad de ejercicio corresponde a una situación dinámica del sujeto, esto es la capacidad de dar vida a los actos jurídicos, realizar acciones que tengan efectos jurídicos.

En conclusión para José Castan Tobeñas, la capacidad Jurídica de divide en dos, una es la capacidad de derecho la cual es inherente de la persona, es estática, esto es fija y la otra es la capacidad de ejercicio la cual es dinámica, está en movimiento puede actuar jurídicamente.

4.1.1.3.2. Capacidad Jurídica Felipe Clemente de Diego (Diego, 1959)

Para Felipe Clemente de Diego la Capacidad Jurídica es la Cualidad, aptitud o idoneidad que posee la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Esta capacidad se desdobra en dos Manifestaciones y son:

a.- La tenencia del derecho (capacidad de derecho) este es un fundamento sine qua non, esto quiere decir que esta manifestación es el requisito indispensable para que se pueda desligar el resto.

b.- Ejercicio de los Mismos (Capacidad de obrar) esta es la aptitud para poder realizar actos con efectos y valides jurídica.

En conclusión para Felipe Clemente de Diego la tenencia del derecho es fundamental para poder ejercer cualquier tipo de acto que puedan tener validez o pueda generar efectos jurídicos.

4.1.1.3.3. Capacidad Jurídica Manuel García Amigo

(García-Amigo, 1979).

Para Manuel García Amigo, nos dice que “hay unos derechos de la personalidad y no de la Capacidad”, puesto que tales derechos lo que protegen no es la capacidad de la persona, sino a la persona misma, esto quiere decir la propia personalidad del sujeto, lo que se obtiene como resultado es que “el ordenamiento jurídico no es quien concede la personalidad, pero si la capacidad.”

En conclusión, lo que nos dice García Amigo es que la persona posee derechos inherentes, que por su condición propia de persona le asisten derechos, no obstante, el ordenamiento jurídico no es quien le concede el derecho de persona, pero si su capacidad.

4.1.1.3.4. Capacidad Jurídica Mariano Barbero. (Barbero, 1967)

Para Mariano Barbero, la capacidad jurídica es la idoneidad que tiene el sujeto para poder ser titular de relaciones jurídicas, llamamos capacidad al contenido o límite de la personalidad, de tal forma que esta personalidad sería un simple quid mientras la capacidad es un quantum que se puede medir en grados, según Barbero, la persona puede ser más o menos capaz, pero podríamos decir que es menos persona.

En conclusión, para Mariano Barbero, al decir que la personalidad es “quid” nos dice que es clave o el porqué del ser, y al decir que la capacidad es un “quantum” se refiere que es una cantidad, una cuantía.

Cuadro Nº 3 Resumen Conclusiones Doctrina Española.

José Castán Tobeñas	La capacidad Jurídica se divide en dos, una es la capacidad de derecho la cual es inherente de la persona, es estática, esto es fija y la otra es la capacidad de ejercicio la cual es dinámica, está en movimiento puede actuar jurídicamente.
Felipe Clemente de Diego	La tenencia del derecho es fundamental para poder ejercer cualquier tipo de acto que puedan tener validez o pueda generar efectos jurídicos.
Manuel García Amigo	La persona posee derechos inherentes, que por su condición propia de persona le asisten derechos, no obstante, el ordenamiento jurídico no es quien le concede el derecho de persona, pero sí su capacidad.
Mariano Barbero	La personalidad es “quid” nos dice que es clave o el porqué del ser, y al decir que la capacidad es un “quantum” se refiere que es una cantidad, una cuantía.

4.1.1.4. La Capacidad Jurídica según la Doctrina Francesa

4.1.1.4.1. Capacidad Jurídica Louis Josserand (Josserand, 1950)

Para Louis Josserand no tiene discrepancias sobre el pensamiento casi general entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce, pero para él, la capacidad de goce es la más importante ya que contiene en sí a la capacidad de ejercicio, mas no es de manera recíproca.

La incapacidad de ejercicio, tiene por sí remedios, paliativos o soluciones ejemplo: una persona cuando es menor de edad no puede hacer uso de sus derechos que le corresponden, por ser aun incapaz, pero ello no tiene mucha importancia puesto que alguien lo ejercerá por él, usualmente es por los padres o a carencia de estos lo hará un tutor, lo importante es ser poseedor de los derechos, la discusión de su ejercicio es secundaria, puesto que es susceptible a ser solucionado de una manera u otra.

En conclusión, para Louis Josserand la capacidad de goce incluye a la capacidad de ejercicio.

4.1.1.4.2. Capacidad Jurídica Christian Larroumet (Larroumet, 2008)

Para Christian Larroumet la finalidad de declarar la incapacidad de goce es prohibir de manera radical a un individuo el cumplimiento de un acto jurídico, para lograr este objetivo se procede de privar al incapaz del derecho de poder cumplir por sí mismo o por intermediación de un tercero.

Dicho de otra forma, no se puede realizar ningún acto de derecho que nazca en beneficio del incapaz, puesto que él no puede disfrutar de ese derecho, esto quiere decir que no puede adquirir este derecho, y esa es la razón por la que se dice que el incapaz no tiene capacidad de disfrute.

En conclusión para Cristian Larroumet el sujeto que pierde la capacidad de goce pierde todo derecho menos los inherentes. Sin embargo, todos los motivos de ser de una incapacidad de disfrute son variados y estas son las mismas que nos permiten comprender que la incapacidad es de goce y no solamente de ejercicio.

4.1.1.4.3. Capacidad Jurídica Julien Bonnecase (Bonnecase, 1945)

Para Julien Bonnecase, nos dice que la Capacidad de goce es la competencia que tiene la persona para poder actuar en la vida jurídica por si misma o por intermedio de un representante, figurar en una situación jurídica o en cualquier relación de derecho, para poder beneficiarse con las ventajas o soportar, afrontar las cargas inherentes que genere dicha relación o situación jurídica.

Tenemos claro, que una persona con capacidad de goce, dicha capacidad nunca puede ser suprimida, también está claro que tampoco se le puede aplicar restricciones, para mayor claridad, no pueden existir incapacidades de goce en general, pero por lo contrario, existen incapacidades de goce especiales.

En conclusión, para Julien Bonnecase, bajo ningún extremo, se le puede suprimir a ninguna persona la capacidad de goce, pero si acepta que existe una capacidad de goce especial.

Cuadro Nº 4 Resumen Conclusiones Doctrina Francesa

Louis Jossierand	La capacidad de goce incluye a la capacidad de ejercicio.
Cristian Larroumet	El sujeto que pierde la capacidad de goce pierde todo derecho menos los inherentes. Sin embargo, todos los motivos de ser de una incapacidad de disfrute son variados y estas son las mismas que nos permiten comprender que la incapacidad es de goce y no solamente de ejercicio.
Julien Bonnecase	Bajo ningún extremo, se le puede suprimir a ninguna persona la capacidad de goce, pero si acepta que existe una capacidad de goce especial.

4.1.1.5. Capacidad Jurídica según la Doctrina Portuguesa.

4.1.1.5.1. Capacidad Jurídica Luís Carvalho (Carvalho, 2005)

Para Luís Carvalho, dentro de las capacidades, la capacidad de goce es la única que nos ofrece una medida de derechos y vinculaciones de ellas se desprende si una persona es o puede ser titular o puede estar adscrita, este es el motivo por el cual que se podría hablar de incapacidad de goce o de incapacidad de ejercicio.

En conclusión Para Luís Carvalho que la única manera de poder ver si la persona tiene pleno uso de sus capacidades es por la capacidad de goce, si esta capacidad esta disminuida también lo hará su capacidad de ejercicio.

4.1.1.5.2. Capacidad Jurídica Manuel Domínguez de Andrade

(Domingues de Andrade, 1953)

Para Manuel Domínguez de Andrade, nos dice que la capacidad de goce es una capacidad que por ningún motivo se puede suplir o reemplazar, dando que la prohibición que recibe la persona al ser declarado incapaz es genérica, negativa e indirecta y no tiene un sentido o modo positivo, directo y específico, vemos que la ley no indica hasta donde abarca esta capacidad, mas solo apenas cuales son los límites que ella sufre. Estas incapacidades de goce, como excepciones que son, solo pueden ser declaradas por la ley.

En conclusión, para Manuel Domínguez de Andrade nos dice que la persona que recibe la declaración de incapacidad, al ser genérica esta declaración, y ser una excepción solo puede ser declarada por la ley.

4.1.1.5.3. Capacidad Jurídica Pedro País Vasconcelos (País, 2007)

Para Pedro País Vasconcelos la capacidad de ejercicio o también llamada capacidad de actuar, que es la aptitud que tiene la persona de ejercer libre y personalmente los derechos y cumplir con las obligaciones

que están en su titularidad, sin intermediación de representante legal o el consentimiento de un asistente.

La capacidad de goce es la susceptibilidad de ser titular de derechos, de situaciones jurídicas, tiene que ver con la titularidad.

En conclusión, para Pedro País Vasconcelos, se tratan de dos situaciones o realidades distintas, por un lado está la capacidad de ejercicio y en el otro extremo está la capacidad de ser titular.

Cuadro Nº 5 Resumen Conclusiones Doctrina Portuguesa

Luís Carvalho	La única manera de poder ver si la persona tiene pleno uso de sus capacidades es por la capacidad de goce, si esta capacidad esta disminuida también lo hará su capacidad de ejercicio.
Manuel Domínguez de Andrade	La persona que recibe la declaración de incapacidad, al ser genérica esta declaración, y ser una excepción <u>solo puede ser declarada por la ley.</u>
Pedro País Vasconcelos	Se tratan de dos situaciones o realidades distintas, por un lado está la capacidad de ejercicio y en el otro extremo está la capacidad de ser titular.

4.1.1.6. Capacidad Jurídica según la Doctrina Peruana.

4.1.1.6.1. Capacidad Jurídica José León Barandiaran

(Leon-Barandiaran, 1991)

Para José León Barandiaran el concepto de la capacidad jurídica se desprende o tiene dos significados:

- 1.- Como la aptitud de disfrute de un derecho,
- 2.- Como aptitud de ejecutar ese derecho,

La capacidad jurídica califica al ser humano como persona, por este motivo es inseparable del ser humano. Siendo su existencia superior a la decisión del legislador.

En conclusión para José León Barandiaran la capacidad jurídica es inseparable de la persona, puesto que esta capacidad es la que califica al ser humano como persona, y este es un fin superior al del legislador.

4.1.1.6.2. Capacidad Jurídica Juan Espinoza (Espinoza, 1998)

Para Juan Espinoza, la capacidad jurídica no está sujeta a las limitaciones legales, puesto que no existe una sinonimia entre los criterios de capacidad y personalidad.

En conclusión Para Juan Espinoza la capacidad es una cosa diferente de la personalidad y no se pueden considerar una relación entre ambas.

4.1.1.6.3 Capacidad Jurídica Marcial Rubio (Rubio, 1995)

Para Marcial Rubio, dentro de los derechos de atribución que tiene la persona, la capacidad de goce se encuentra inmersa en estos derechos, en el sentido de ser titular de los derechos jurídicamente establecidos por la norma.

La negación de la capacidad de goce necesariamente tiene que ser expresada por la ley.

En conclusión para Marcial Rubio la única manera que se pueda negar la capacidad de goce es que se encuentre expresada en el ordenamiento jurídico.

Cuadro Nº 6 Resumen Conclusiones Doctrina Peruana

José León Barandiaran	La capacidad jurídica es inseparable de la persona, puesto que esta capacidad es la que califica al ser humano como persona, y este es un fin superior al del legislador.
Juan Espinoza	La capacidad es una cosa diferente de la personalidad y no se pueden considerar una relación entre ambas.
Marcial Rubio	La única manera que se pueda negar la capacidad de goce es que se encuentre expresada en el ordenamiento jurídico.

4.1.2. Capacidad Jurídica dictada por la Ley.

4.1.2.1. Constitución Política del Perú. (Congreso Constituyente, 1993)

En la Constitución Política del Estado encontramos diez y seis artículos que norma o deriva a la ley, donde indica que cualidades o requisitos se requieren para ocupar un cargo o función dentro del estado, los cuales analizaremos a continuación.

1.- En el artículo 15º titulado “Profesorado. Derecho del Educando, promotor educativo.” En la cual nos dice:” la ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo,.....”

2.- En el artículo 30º titulado “Ciudadanía”. Nos manda que son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años, y para gozar del ejercicio de la ciudadanía es requisito indispensable la inscripción electoral.

3.- En el artículo 39º titulado “Funcionarios y trabajadores públicos”, Manda que todos los funcionarios y trabajadores públicos, están al servicio de la Nación.....,.....de acuerdo a ley.

4.- En el artículo 47º titulado “Procurador público”, manda que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores Públicos conforme a Ley,....

5.- En el artículo 52º titulado “Nacionalidad”, nos determina quienes o de qué manera se adquiere la Nacionalidad peruana, y estas son:

a.- Por Nacimiento: Los nacidos dentro del territorio de la Republica.

b.- Los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

c.- Por naturalización o por opción, siempre y cuando tengan residencia en el Perú.

6.- En el artículo 90° titulado “El Poder Legislativo reside en el Congreso de la Republica, el cual consta de cámara única.”, empieza el articulo mandando que el número de congresistas es de ciento treinta, y en el párrafo final norma los requisitos para ser congresista y son los siguientes:

a.- Ser peruano de nacimiento.

b.- Tener veinticinco años cumplidos.

c.- Gozar del derecho de sufragio.

7.- En el artículo 110° titulado “Presidente es el Jefe del Estado”, en el segundo párrafo nos dice: “Para ser elegido Presidente de la Republica se requiere:

a.- Ser peruano por Nacimiento.

b.- Tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación.

c.- Gozar del derecho de sufragio.

8.- En el artículo 113° titulado “Vacancia Presidencial”, nos dice que la Presidencia de la Republica vaca por los siguientes motivos:

a.- Muerte del Presidente de la Republica.

b.- Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.

c.- Aceptación de su renuncia por el Congreso.

d.- Salir del territorio Nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado.

e.- Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117° de la Constitución.

9.- En el artículo 114º titulado “Suspensión del Ejercicio Presidencial” nos norma por qué motivos son los que se suspende al Presidente de la República, y estos son:

a.- Incapacidad temporal declarada por el Congreso.

b.- Hallarse o éste sometido a proceso judicial, conforme el artículo 117º de la Constitución.

10.- En el artículo 118º titulado “Atribuciones y Obligaciones del Presidente.” En este artículo manda cuales son las responsabilidades y limitaciones del Presidente, y estas son:

a.- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, tratados Internacionales, leyes, y demás disposiciones Legales.

b.- Representar al Estado, dentro y fuera de la Republica.

c.- Dirigir la Política general de la Republica.

d.- Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la Republica.

e.- Convocar a elecciones para Presidente de la Republica y para representantes al congreso, así como para alcaldes y Regidores y demás funcionarios que señala la ley.

f.- Convocar al Congreso a legislatura extraordinaria; y firmar, en este caso, el decreto de convocatoria.

g.-Dirigir mensajes al Congreso en cualquier momento, de forma obligatoria, por escrito al instalarse la primera legislatura ordinaria. Los mensajes anuales deben de contener detalladamente la situación de la Republica y las mejoras y reformas que el presidente considera necesarias y convenientes y serán puestas a consideración del Congreso, todos los mensajes del presidente menos el primero tienen que ser aprobados por el Consejo de Ministros.

- h.- El Presidente tiene la potestad de reglamentar las Leyes sin desnaturalizarlas o transgredirlas, dictar decretos y resoluciones.
- i.- Cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos Jurisdiccionales.
- j.- Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.
- k.- Dirigir la Política exterior y las relaciones exteriores, celebrar y ratificar tratados.
- l.- Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con la aprobación del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso.
- m.- Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones.
- n.- Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- o.- Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado.
- p.- Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.
- q.- Administrar la hacienda Pública.
- r.- Negociar los Empréstitos.
- s.- Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley,.....
- t.- Regular las tarifas Arancelarias.
- u.- Conceder indultos y conmutar penas.....

v.-Conferir condecoraciones en nombre de la Nación, con acuerdo del Consejo de Ministros.

w.- Autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero.

x.- Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.

11.- En el artículo 124^o titulado “Requisitos para ser Ministros”, nos norma cuales son los requisitos para poder ser Ministro de Estado y estos son:

a.- Ser Peruano de Nacimiento

b.- Ciudadano en ejercicio.

c.- Haber cumplido veinticinco años de Edad.

d.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser Ministros.

12.- En el artículo 143^o titulado “Órganos Jurisdiccionales” norma que los Órganos jurisdiccionales encargados de administrar Justicia en nombre de la Nación.....,Los órganos jurisdiccionales son: La Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y Juzgados que determine su ley orgánica.

13.- En el artículo 147^o titulado “Requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema”, Norma que para ser magistrado de la corte Suprema se requiere:

a.-Ser peruano de nacimiento.

b.- Ser ciudadano en ejercicio.

c.- Ser mayor de cuarenta y cinco años.

d.- Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior por un periodo de diez años, haber ejercido la abogacía o cátedra universitaria en materia jurídica por un periodo de quince años.

14.- En el artículo 161º titulado “Autonomía de la Defensoría del Pueblo”, en el párrafo final nos determina cuales son los requisitos para ocupar el puesto de Defensor del Pueblo,Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere:

- a.- Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
- b.- Ser abogado.

15.- En el artículo 180º titulado “Requisitos para ser miembros del pleno del Jurado Nacional de Elecciones”, nos norma cuales son los requisitos y también quienes están impedidos para el cargo, los requisitos son:

- a.- No pueden ser menores de cuarenta y cinco ni mayores de setenta años.

La ley establece la forma de renovación alternada cada dos años.

16.- en el artículo 201º titulado “Tribunal constitucional”, en el segundo párrafo nos norma que se requieren los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema

Cuadro Nº 7 Resumen Capacidad Jurídica en la Constitución

Artículo	Título	Conclusión
15º	Profesorado	La ley establece los requisitos...
30º	Ciudadanía	Norma los Requisitos y dota de capacidad
39º	Funcionarios y Trabajadores	Requisitos de acuerdo a ley.
47º	Procurador Publico	Conforme a Ley
52º	Nacionalidad	Norman los requisitos y dota de capacidad.
90º	El Poder Legislativo	Norman los requisitos y dota de capacidad.
110º	El Poder Ejecutivo	Norman los requisitos y dota de capacidad.
113º	Vacancia	Nombra los motivos y da los requisitos para declarar incapacidad física y moral

114º	Suspensión	Nombra los motivos. Y la incapacidad temporal
118º	Atribuciones	Nombra las atribuciones.
124º	Requisitos para ser Ministro	Nombra los requisitos y dota de capacidad.
143º	Órganos Jurisdiccionales	Determinará la Ley Orgánica.
147º	Requisitos para ser Magistrado	Nombra los requisitos y dota de capacidad.
161º	Defensoría del Pueblo	Nombra los requisitos y dota de capacidad.
180º	Requisitos para ser Miembro JNE	Norman los requisitos. La ley establece la reelección.
201º	Tribunal Constitucional	Norman los requisitos y dota de capacidad.

Conclusión del cuadro N° 7.

Como podemos observar la Constitución Política del Estado en diez y seis artículos trata de la capacidad profesional que se requiere para ocupar un puesto o ser Funcionario Público, de los cuales en once artículos determina esta capacidad, y en cinco artículos nos dice que la ley es la encargada de determinar la capacidad que se requiere para ocupar el cargo.

Es importante tener en cuenta que los artículos 110º, 113º, 114º, 118º tratan exclusivamente al presidente de la República.

4.1.2.2. Capacidad Jurídica dictada por Códigos Legales.

4.1.2.2.1. Capacidad en el Código Civil. Decreto Legislativo N° 295 25/07/1984 (República, 1984)

a.- En el artículo 42º titulado “Capacidad de Ejercicio”, el cual nos dice: Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad....

b.- En el artículo 43º titulado “incapacidad absoluta”, nos dice que son absolutamente incapaces:

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

- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

c.- En el artículo 44° titulado “Incapacidad relativa”, nos dice que son relativamente incapaces:

- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- Los retardados mentales.
- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- Los Pródigos.
- Los que incurren en mala gestión.
- Los ebrios habituales.
- Los toxicómanos.
- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

d.- En el artículo 46° titulado “Capacidad adquirida por matrimonio o título Oficial”, nos dice que la incapacidad de los mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

También nos manda que la capacidad adquirida por matrimonio no se pierda por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce años, cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

- Reconocer a sus hijos.
- Demandar por gastos de embarazo y parto.
- Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
- Demandar y ser parte de los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

Cuadro Nº 8 Resumen Capacidad Jurídica en el Código Civil

Artículo	Título	Conclusión
42°	Capacidad de Ejercicio	Norman los requisitos y dota de capacidad.

43º	Incapacidad Absoluta	Nombra los motivos para declarar incapacidad
44	Incapacidad Relativa	Nombra los motivos y da los requisitos para declarar incapacidad
46º	Capacidad adquirida por matrimonio o título Oficial	Norman los requisitos y dota de capacidad.

4.1.2.2.2. Capacidad en el Código Tributario. Decreto Supremo 133-2013 (Republica, Código Tributario, 2013)

a.- En el artículo 4º titulado “Acreedor Tributario”, norma que el acreedor tributario es aquel en favor del cual debe realizarse la prestación tributaria.

Designa que el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, son acreedores de la obligación tributaria.

También designa que las entidades de derecho público con personería jurídica propia, cuando la ley les asigne esa calidad expresamente.

b.- En el artículo 7º titulado “Deudor Tributario”, norma que deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable.

c.- En el artículo 8º titulado “Contribuyente”, norma que contribuyente es aquel que realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria.

d.- En el artículo 9º titulado “Responsable”, Norma que es responsable el que sin tener la condición de contribuyente, debe cumplir la obligación atribuida a este.

e.- En el artículo 16º titulado “Órganos Competentes”, Norma que reconocerán en primera instancia:

a.- La SUNAT respecto a los tributos que administre.

b.- Los Gobiernos locales.

c.- Otros que la Ley señale.

Cuadro Nº 9 Resumen Capacidad Jurídica en el Código Tributario

Artículo	Título	Conclusión
4º	Acreedor Tributario	Norman los requisitos y dota de capacidad.
7º	Deudor Tributario	Norman los requisitos y dota de capacidad.
8º	Contribuyente	Norman los requisitos y dota de capacidad.
9º	Responsable	Norman los requisitos y dota de capacidad.
16º	Órganos Competentes	Norman la capacidad.

4.1.2.2.3. Capacidad en el Código de los Niños y Adolescentes. Ley 27337 07/08/2000 (Republica, Código de los Niños y Adolescentes Ley 27337, 2000)

En el capítulo III se refiere a la Defensoría del niño y del adolescente.

a.- En el artículo 42º Titulado “Definición” y norma que la finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los niños y adolescentes, y además detalla que este servicio es íntegramente gratuito.

b.-En el artículo 44º titulado “Integrantes”, manda que la defensoría debe de estar integrada por:

- Profesionales de diversas disciplinas.
- Con reconocida solvencia Moral.
- El apoyo de personas capacitadas para desempeñar las funciones propias del servicio, los cuales actuaran como promotores Defensores.
- Las Defensorías que no cuenten con Profesionales, estas podrían estar integradas por personas de la comunidad, debidamente capacitadas y acreditadas para el ejercicio de su función.

c.- En el artículo 45º titulado “Funciones Específicas” nos detalla cuales son las funciones de la defensoría, en conclusión estas funciones se resumen en los siguientes enunciados de capacidad:

- Conocer.

- Intervenir.
- Promover.
- Fomentar.
- Coordinar.
- Brindar información.
- Denunciar.

d.- En el artículo 51° titulado “Edades requeridas para trabajar en determinadas actividades” nos determina en el inciso 1 que el trabajo a cuenta de terceros o con relación de dependencia son las siguientes:

- 15 años para actividades que no sean agrícolas o industriales.
- 16 años incluye actividades comerciales, industriales o mineras.
- 17 años incluye la pesca industrial.

En el inciso 2 detalla que para todas las demás actividades la edad mínima es de 14 años, con excepción y con permiso de los padres a partir de los 12 años siempre y cuando no peligre su salud, sus estudios o desarrollo.

Cuadro Nº 10 Resumen Capacidad Jurídica en el Código del Niño y Adolescente.

Artículo	Título	Conclusión
42°	Definición	Norma que finalidad se persigue
44°	Integrantes	Norma que requisitos se requiere
45°	Funciones Específicas	Norma cuáles son las funciones de la defensoría del niño y adolescente
51°	Edades requeridas para trabajar	Norma las edades mínimas para poder trabajar

4.1.2.3. Capacidad Jurídica dictada por Leyes Orgánicas.

4.1.2.3.1. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LEY Nº 28301)

a.- En el Artículo 1.- Titulado “Definición”, manda que sea el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, y que sea autónomo e independiente y que su sede sea en la ciudad de Arequipa.

b.- En el Artículo 8.- Titulado “Conformación”, manda el número de integrantes que serán de siete miembros.

c.- en el Artículo 11.- Titulado “Requisitos”, manda se requiere para ser Magistrado del Tribunal, y los requisitos son:

1. Ser peruano de nacimiento.
2. Ser ciudadano en ejercicio.
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años.
4. Haber sido Magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

Cuadro N° 11 Resumen Capacidad Jurídica en Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LEY N° 28301)

Artículo	Título	Conclusión
1º	Definición	Manda sus funciones y su sede
8º	Conformación	Manda que serán 7 miembros
11º	Requisitos	Manda los requisitos que se requiere para ser miembro

4.1.2.3.2. Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S.017-93-JUS)

a.- En el artículo 2º titulado “Autonomía e independencia del Poder Judicial”, norma que el Poder Judicial en el ejercicio de sus

funciones es autónomo referente a lo político, administrativo, económico y disciplinario, con respecto a lo jurisdiccional son completamente independientes, se debe guardar sujeción a la presente Ley y a la Constitución.

b.- En el artículo 3º titulado “Objeto de la Ley”, determina que estructura debe de tener el Poder Judicial y define cuales son los derechos y los deberes de los Magistrados, los justiciables y los auxiliare de justicia, para garantizar el cumplimiento y respeto de las garantías constitucionales.

Cuadro Nº 12 Resumen Capacidad Jurídica en Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S.017-93-JUS)

Articulo	Titulo	Conclusión
2º	Autonomía e independencia	Norma la Autonomía e Independencia que tiene el Poder Judicial y la sujeción a la Ley y a la Constitución
3º	Objeto de la Ley	Determina cual debe de ser la estructura y define cuales son los derechos y deberes dentro del Poder Judicial
NOTA	Respecto a los requisitos para el cargo	Como se puede apreciar los requisitos para ocupar el cargo se ciñe exclusivamente al mandato que norma la Constitución Política del Estado en el artículo 147º.

4.1.2.4. Capacidad Jurídica según el Derecho Comparado.

Para poder tener idea de esta capacidad jurídica en el derecho comparado tomaremos en cuenta el nombramiento de Jueces en la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

4.1.2.4.1. Evolución de la supremacía de la Corte Suprema de Estados Unidos

El prestigio que tiene la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América como última instancia jurídica en la resolución de conflictos relevantes que puedan afectar a la sociedad Norte Americana, es producto de una evolución que al principio fue considerada algo controvertida pero al final el resultado es exitoso, como bien sabemos gran parte de las causas de la revolución Estadounidense de 1776 fueron los reclamos que efectuaban los colonos “que los jueces nombrados por la corona inglesa” tenían un trato extraordinario y arbitrario como lo confirma (Wood, 1997) Gordon S Wood, que los Jueces no eran nombrados por su idoneidad y dominio del derecho, sino por sus contactos y relaciones con la Corona Inglesa, de esta manera era dudosa su participación en la administración de justicia.

Después de la revolución Norte Americana en muchas de las colonias inglesas en el nuevo continente intentaron reducir al máximo la intervención del sistema judicial para poder obviar su influencia esto generó un gran caos el cual conllevó a la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, con un sistema de “pesos y contrapesos” y la famosa separación tripartita de los poderes del Estado que vienen a ser Ejecutivo, Legislativo y Judicial. De esta manera se reconoce al poder Judicial un sitio igualitario que el poder Ejecutivo y el Poder judicial dentro de la estructura gubernamental.

En el artículo III de la nueva Constitución establece que los Magistrados de la Corte Suprema tenían que ser Nombrados por el Presidente de la Republica con el asesoramiento y anuencia del Senado de la Republica, y estos Jueces tienen una permanencia Vitalicia en el cargo, siempre y cuando mantengan una buena e intachable conducta.

4.2 Sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional

Para poder analizar las sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional, en primer lugar realizaremos un análisis del currículum vitae de los miembros del periodo anterior y del periodo actual, cabe mencionar que no tenemos ninguna mala intención, ni ningún interés en perjudicar ni injuriar a ninguno de los miembros del tribunal constitucional, simplemente es realizar un análisis e investigación con un carácter puramente académico, científico y de esta manera demostrar la importancia que tiene la especialización y la capacidad profesional en el desarrollo de sus funciones de manera óptima de los funcionarios Públicos.

4.2.1. Análisis de los miembros del tribunal constitucional.

Para el siguiente análisis tomaremos en cuenta los miembros que estuvieron en la sentencia que consideramos es la más pegada a una resolución Constitucional y esta es:

- Sentencia 00139-2013-PA/TC

Y la sentencia que es contradictoria:

- Sentencia 06040-2015-PA / TC

4.2.1.1. Miembros del Tribunal Constitucional Periodo 2010 – 2014

A.- Dr. Oscar Marco Antonio Urviola Hani:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2010-2016

- Licenciado en derecho por la Universidad Católica Santa María.
- Maestría en derecho de empresas por la Universidad Católica Santa María.
- Diplomado de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional organizado por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional,

B.- Juan Vergara Gotelli:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2004 – 2014

- Egresado de la Facultad de Derecho y la Escuela de Periodismo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, así como de Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú

C.- Carlos Fernando Mesia Ramírez:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2006 – 2014

- Universidad de san Martín de Porres bachiller en derecho abogado - 1987 1989
- Magister pontificia universidad católica mención en derecho constitucional - 1997

-Doctor universidad nacional mayor de san marcos doctor en derecho - 2016

D.- Fernando Calle Hayen:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2007 – 2014

-Egresado y titulado en la Universidad Federico Villareal como Abogado – 1978

-Maestría en derecho constitucional Universidad Federico Villareal

-Doctorado en Derecho Universidad Inca Garcilaso de la Vega

E.- Gerardo Eto Cruz:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2007 – 2014

- Bachiller y abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (1986)

- Es Doctor por la Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España) 2010.

- Diplomatura en Defensa Nacional por el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional de España.

- Ha efectuado estudios en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

F.- Ernesto Alvares Miranda:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2007 – 2014

- Abogado de la Universidad de San Martín de Porres (1988).

- Especialidad en Derecho Político por la Universidad de Navarra (1987-1988).

- Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres (1999)

- Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres (2003)

G.- Este miembro no estaba porque el Congreso de la Republica no nombro Representante para el Tribunal Constitucional

**Cuadro Nº 13 Resumen Miembros del Tribunal Constitucional Periodo
2010 – 2014**

Miembro del Tribunal Constitucional	Especialidad
1.- Dr. Oscar Marco Antonio Urviola Hani	Diplomado de Derecho <u>Constitucional y Procesal Constitucional</u>
2.- Dr. Juan Vergara Gotelli	Derecho y la Escuela de Periodismo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Letras PUC
3.- Dr. Carlos Fernando Mesia Ramírez	Magister pontificia universidad católica mención en <u>derecho constitucional</u>
4.-Dr. Fernando Calle Hayen	Maestría en <u>derecho constitucional</u> Universidad Federico Villareal
5.- Gerardo Eto Cruz	Ha efectuado estudios en el Centro de <u>Estudios Políticos y Constitucionales</u> de Madrid
6.- Ernesto Alvares Miranda	Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres
7.- El Congreso de la Republica no Nombro Miembro	

Conclusión Cuadro 13:

Como se puede observar de seis Miembros Nombrados cuatro tienen especialidad o estudios de Derecho Constitucional, por este motivo tenían Capacidad Profesional para el Cargo (Conocimientos Constitucionales.)

4.2.1.2. Miembros del Tribunal Constitucional Periodo 2015 – 201...

A.- Dr. Manuel Jesús Miranda Canales:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2014 – 201...

- Bachiller en derecho Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Noviembre de 1964)
- Bachiller en educación Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Marzo de 1979)
- Magister en derecho Mención: Política Jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú (Enero del 2003)

- Doctor en educación Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Enero de 1984)
- Doctor en derecho Universidad de San Martín de Porres (Agosto del 2003)

B.- Dra. Marianella Ledesma Narváez

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2014 – 20....

- Bachiller en derecho universidad nacional mayor de san marcos 1987
- Abogada Universidad Nacional Mayor de San Marcos 1987
- Maestría en Derecho Civil y Comercial Universidad privada de San Martín de Porres 1996
- Doctor en Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional Mayor de San Marcos

C.- Dr. Oscar Marco Antonio Urviola Hani:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2010-20....

- Licenciado en derecho por la Universidad Católica Santa María.
- Maestría en derecho de empresas por la Universidad Católica Santa María.
- Diplomado de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional organizado por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional,

D.- Dr. Ernesto Blume Fortini:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2014-20....

- Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1975
- Maestría en Derecho Constitucional Universidad Católica del Perú
- Doctorado en Derecho Universidad Católica del Perú

E.- Dr. Carlos Ramos Nuñez:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2014-20....

- Estudio Literatura en la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa)

-Estudio derecho en la Universidad Católica Santa María 1984 (Arequipa)

- Maestría en Derecho Civil Universidad Católica del Perú 1987

- Doctorado en Derecho Universidad Católica del Perú 1999.

F.- José Luis Sardón De Taboada:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2014-20....

-Abogado por la Universidad Católica Santa María, Arequipa 1986

- Maestría en Ciencia Política The American University, Washington DC, EEUU. 1990

- Doctor en Economía en ESADE, Buenos Aires Argentina 2009.

G.- Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera:

Miembro del Tribunal Constitucional Periodo 2014-20....

- Bachiller en Derecho Universidad Católica del Perú

- Abogado Universidad Católica del Perú.

Cuadro Nº 14 Resumen Miembros del Tribunal Constitucional Periodo 2015 – 20....

Miembro del Tribunal Constitucional	Especialidad
1.- Dr. Manuel Jesús Miranda Canales	Magister en derecho Mención: Política Jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú
2.- Dra. Marianella Ledesma Narváez	Maestría en Derecho Civil y Comercial Universidad privada de San Martín de Porres
3.- Dr. Oscar Marco Antonio Urviola Hani	<u>Diplomado de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional</u>
4.- Dr. Ernesto Blume Fortini	<u>Maestría en Derecho Constitucional</u> Universidad Católica del Perú
5.- Dr. Carlos Ramos Nuñez	Maestría en Derecho Civil Universidad Católica del Perú
6.- José Luis Sardón De Taboada	Maestría en Ciencia Política The American University
7.- Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera	No precisan estudios de Maestría

Conclusión cuadro 14

Como se puede observar de siete Miembros Nombrados solo dos tienen especialidad o estudios de Derecho Constitucional, y cinco de sus miembros no tienen estudios o especialidad de Derecho Constitucional, por este motivo no tienen Capacidad Profesional para el Cargo (Conocimientos Constitucionales.),

4.2.2. Análisis de las Sentencias Contradictorias del Tribunal Constitucional.

4.2.2.1. Sentencia 00139-2013-PA/TC.

El siguiente proceso fue interpuesto por Rafael Alonso Ynga Zevallos en representación de P.E.M.M. contra la resolución dada por la Sala Mixta descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, declarada improcedente la demanda de cambio de sexo (de Masculino a Femenino).

Con fecha 23 de Agosto de 2010 el recurrente interpone una acción de Amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su documento de identidad Nacional DNI y por consiguiente en su partida de nacimiento, Asimismo solicita que se ponga en conocimiento a la Municipalidad Distrital de Miraflores (en Lima).

Antecedentes:

Alega en su pedido que su patrocinado obtuvo por medio de un proceso judicial ante el juzgado civil de San Martín (Exp. 104-20089) el cambio de prenombre masculino (J.L.) a uno Femenino (P.E.). Anotación que fue realizada como anotación marginal en su partida de Nacimiento en la Municipal Distrital de Miraflores (en Lima).

Posteriormente solicitó a la RENIEC que le expida un DNI con sus nuevos nombres (P.E), Adjuntando a su solicitud la partida de nacimiento con la anotación marginal, la RENIEC cumplió con lo solicitado cambiando el Nombre a P.E.M.M. pero indicando que su sexo es "masculino", este hecho P.E.M.M. considera que afecta su derecho fundamental a la identidad Pues este hecho le causa un estado de depresión e incomodidad.

I.-Delimitación del petitorio

En el caso de autos el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M,M, Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de J.L. a P.E.), y así consta en su partida de

nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino

En cuanto al supuesto derecho fundamental afectado, el tribunal considera que es el derecho a la identidad.....

II.- Sobre la vulneración al derecho a la identidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución).

En esta sentencia el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta 42 fundamentos o considerandos, los más importantes y tomar consideración son:

- En el fundamento 5 nos dicen que para el Derecho el sexo es el sexo biológico, esto quiere decir el sexo cromosómico o genético, que se da con la fecundación del ovulo con el espermatozoide, esto es cromosomas XX para femenino y cromosomas XY para masculino, que la diferencia de sexo responde a una realidad extrajurídica y biológica y esta tiene que ser constitucionalmente respetada por fundamentarse en el principio “la naturaleza de las cosas” nombrado en el artículo 103 de la constitución, y en tanto que la ciencia sostiene que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indispensable para el individuo.
- En el fundamento 6 expresa que el sexo tanto femenino como masculino asignados a la persona desde su nacimiento es un rasgo de carácter distintivo de carácter objetivo, como consta en la sentencia del Tribunal Constitucional 2273-2005-PHC/TC en el fundamento 21 sobre la “herencia genética”, siendo esta característica de una realidad biológica, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad, así mismo esta realidad genética es determinante para las consecuencias que se derivan de su condición de mujer y de hombre para el ordenamiento jurídico, y nos da como ejemplo el derecho o capacidad para contraer matrimonio o ius connubii.
- En el fundamento 7 nos resalta que ya se encuentra resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 2273-1005-PHC/TC sobre la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, donde se autorizó el cambio de prenombre de masculino a femenino, pero manteniéndose la intangibilidad de los demás elementos identitarios, como edad, Sexo o lugar de nacimiento, de manera coherente con ello la Ley Orgánica de RENIEC no prevé el cambio de sexo, pero contempla la inscripción o adiciones al nombre (artículo 44, inciso “m”, de la Ley Orgánica de RENIEC).

- En el fundamento 9 que el error en la inscripción del sexo de la persona sería cuando existe un desajuste en el propio sexo cromosómico, esto es en la propia biología como serían los casos de intersexualidad o hermafroditismo, esto es el cambio de sexo en el registro se puede justificar si se alega error de apreciación del sexo en el momento que se realiza la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestran que ha habido una apreciación equivocada del sexo aparente o genital refiriéndose al sexo anatómico o errores biológicos que el individuo registrado no los haya causado voluntariamente. (esto es que haya sido de forma natural y no forzada.)
- En el fundamento 10 recalcan que el recurrente en ningún momento dice que su patrocinado P.E.M.M. sea cromosómica, hormonal gonádica o morfológicamente corresponda al sexo femenino. Sino que aduce y sustenta su reclamo de cambio de sexo de P.E.M.M. corresponden exclusivamente a razones de orden psicológico, al señalar que no se identifica con el sexo masculino sino con el femenino.
- En el fundamento 11 nos dice que el informe médico emitido en España que obra en el expediente en ningún caso refiere que el paciente P.E.M.M. sea intersexual o hermafrodita sino que padece de trastorno de orden psicológico. Así, el cirujano plástico reconstructivo y estético deja constancia que la paciente P.E.M.M. ha sido diagnosticada de “transexualismo o disforia de género, confirmando el diagnóstico de trastorno de la identidad sexual, e indica que se ha realizado tratamiento hormonal desde los 16 años, manteniendo tratamiento hormonal feminizante.
- En el fundamento 12 nos dice que P.E.M.M. no presenta un caso de intersexualidad ni hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo, que debe de ser modificado. Más bien se trata de una persona que muestra incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico.
- En el fundamento 13 nos dice que para la Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento.....
- En el fundamento 17 nos dice que el propio médico cirujano plástico y estético que opero en España a P.E.M.M. después de describir la operación que se le practico concluye diciendo “Ello significa que la cirugía solo ha permitido una cierta aproximación en apariencia al sexo femenino en cuanto a su morfología externa, pero en ningún caso a la interna o en el componente cromosómico o genético.

- En el fundamento 18 nos dice el parecer de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos: I. vs. The United Kingdom, del 11 julio 2002, Nº 62; y Christine Goodwin Vs. The United Kingdom, del 11 julio 2002, Nº 82. Las denominadas Operaciones de cambio de sexo sólo transforman la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos hormonales. Y pese que se permita el cambio de sexo en el registro civil.
- En el fundamento 23 nos advierte que el tratamiento quirúrgico para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente por el campo científico y nos da como ejemplo lo ocurrido en la legislación Alemana en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 12 de septiembre del 2003, - caso Van Kück vs. Germany, nºs 12 a 28 - , existiendo posiciones científicas las que sostienen que el transexualismo es una causa psíquica y que se debe de actuar sobre la mente y lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-Psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él.
- En el fundamento 24 nos asevera que según estas escuelas se advierte que técnicamente y científicamente un cambio de sexo no es realizable, incluso con la cirugía más perfecta, de tal manera que no se puede sostener que el sexo haya cambiado desde el punto de vista anatómico, puesto que existen muchas razones que dichas cirugías no pueden revertir lo natural.
- En el fundamento 25 nos presentan el caso que por más operaciones que se pueda realizar y aunque se haya realizado el cambio de sexo legal en su documentación, el transexual en muchos casos continua experimentando una escisión no solo entre su cuerpo y su psique, sino en su propio cuerpo puesto que conjugan elementos completamente artificiales y una realidad cromosomática y hormonal interna, que nunca podrá deshacerse. Nos pone el caso publicado en el diario “El Comercio” Lima 1-X-2013 “Transexual Belga decidió morir por eutanasia tras insatisfacción con Operaciones”.
- En el fundamento 26 nos exponen que se han presentado casos de personas transexuales inscritos en el estado civil según su nuevo sexo, se han presentado solicitando volver a su sexo anterior, tomando en cuenta que la cirugía de cambio de sexo no se puede revertir, pone en conflicto y

plantea un nuevo problema al Derecho. Pone como ejemplo una publicación realizada en el diario “El Comercio” Lima 20-VI-2013, “Un transexual pide al RENIEC que le devuelva su identidad de Varon”

- En el fundamento 30 nos enfatiza que mientras no exista la certeza científica que el tratamiento de la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz. El Derecho no puede abandonar la realidad científica que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosomático, - criterio que también lo comparte la ciencia – y que es importante tener en cuenta que el ordenamiento Constitucional distingue los sexos en función de “la naturaleza de las cosas” esto es lo biológico (artículo 103 de la Constitución).
- En el fundamento 33 analiza que acarrearía el aceptar el pedido del recurrente, generando los siguientes impactos en el ordenamiento jurídico:
 - 1) Que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil.
 - 2) Admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo sigue siendo el mismo sexo cromosómico.
- En el fundamento 34 deduce que al adquirir el pronunciamiento estimatorio, el recurrente exigirá todos los derechos y facultades pudieran asistirle y este nuevo estatus se le reconocería la capacidad de contraer matrimonio, y como ya se ha visto el sexo se define jurídicamente por el sexo cromosómico, y el aceptar este matrimonio traería consigo aceptar el matrimonio homosexual lo cual traería consigo la adopción de menores por esta nueva pareja.
- En el fundamento 36 razona que de declarar procedente la demanda el tribunal “estaría introduciendo en el ordenamiento jurídico el matrimonio de personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial” el cual tendría controversias con el principio de separación de poderes consagrado en la constitución en el artículo 43, también el principio de corrección funcional (sentencia Tribunal Constitucional 5854-2005-PA/TC, fundamento 12, puesto que dicho matrimonio compromete toda la acción del Derecho de familia que configura el Derecho civil.
- En el fundamento 41 nos dicen que el aceptar el modificar el cambio de sexo en los registros civiles traería como consecuencia inevitable la defraudación a terceros y nos pone como ejemplo que si la persona al cambiarse de sexo y este decide casarse y no le notifica a la otra parte que se cambió de sexo, el registro civil sería cómplice de un engaño, pudiendo el cónyuge perjudicado pedir la anulabilidad por **“error sobre la**

identidad física del otro contrayente”, fundamentado en el código civil, artículo 277 inciso 5.

- En el fundamento 42 nos recalca que, el tribunal ha respetado el derecho a la identidad del ciudadano al proceder con el cambio del prenombre masculino J.L. al prenombre femenino de P.E. tanto en su partida de nacimiento como en su DNI. Conforme se encuentra ya sostenido en la sentencia del Tribunal Constitucional 2273-2005-PHC/TC (punto resolutive 2), donde nos dice que en la tutela del derecho a la identidad, se puede admitir el cambio de prenombre, pero se debe de mantener intangible el elemento de identidad como es el sexo de la persona.

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda. al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.

2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La presente resolución ha sido firmada por los siguientes Miembros del Tribunal Constitucional:

- Urviola Hani
- Vergara Gotelli
- Calle Hayen
- Álvarez Miranda.

Con voto singular fue hecho por los Magistrados:

- Eto Cruz
- Mesía Ramírez

Por declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el recurrente.

4.2.2.2. Sentencia 06040-2015-AA

El siguiente proceso fue interpuesto por Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga, quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga, contra la resolución de fojas 313, con fecha 7 de agosto de 2015, la cual fue expedida por la sala mixta Descentralizada de la ciudad de Tarapoto, quien en primera instancia declaró fundada la pretensión sobre el cambio de nombre, y declaró improcedente con respecto al cambio de sexo, revoco la sentencia apelada que había declarado fundada la pretensión, reformándola, se declaró infundada.

Antecedentes

Con fecha 15 de junio de 2012 Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga, interpone una acción de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y Al Ministerio Público, solicitando el cambio de nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación, esto quiere decir en su partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad (DNI), el recurrente sostiene que desde su infancia y siempre se ha identificado como mujer y que por la imposibilidad de realizar dichas modificaciones en sus documentos de identidad en los registros civiles afecta sus derechos de libre desarrollo de su personalidad, derecho a la igualdad y su derecho a la salud.

Asimismo alega que toda su vida se ha identificado con el nombre del sexo biológico que es Rodolfo Enrique, hecho que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino, menciona que su vida siempre ha estado marcada por la discriminación y burla por parte de la sociedad e inclusive por parte de sus padres lo obligaban a comportarse como varón ocasionándole maltrato físico y psicológico, hechos que lo llevaron a una gran depresión e incluso llegó a considerar la posibilidad del suicidio. Según narra al terminar el colegio tomó la determinación de dejarse crecer el cabello, comenzó a maquillarse y optó por tomar el nombre de Ana, años después se fue a España y se sometió a una cirugía de cambio de sexo, el cual consta de ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia, proceso que fue acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional. Afirma también que al regresar a Lima a pesar de tener una apariencia femenina, el nombre y sexo consignado en sus documentos de identidad le han ocasionado problemas de discriminación, dando como ejemplo que una vez cuando hizo una denuncia policial por el robo de su celular y cuando la policía se dio cuenta de los datos consignados en su DNI fue sometida a investigación y a la revisión de sus antecedentes penales.

También da como ejemplo que cuando solicitó un crédito a una entidad bancaria y notaron la diferencia entre su DNI y su apariencia física le exigieron realizarse un examen ginecológico.

Con fecha 24 de julio de 2012, la Segunda Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Tarapoto, devuelve los actuados porque sostiene que no se ha incluido al Ministerio Público en la relación jurídico-procesal. El 23 de agosto de 2012 el juez del 2º juzgado Especializado en lo Civil resolvió convalidar el acto procesal de Notificación.

Independientemente RENIEC, con fecha 2 de agosto del 2012, mediante escrito, solicita al juzgado especializado en lo civil de la Provincia de San Martín, que con la finalidad que se integre la Procuraduría Pública de dicha entidad se proceda a sobrecartear el auto admisorio y que se declare la nulidad de los actuados, con fecha 23 de agosto del 2012 mediante la resolución Nº 02,

resolvió sobrecartear al Procurador Publico de RENIEC otorgándole un plazo de 05 días para contestarla.

El 03 de enero del 2010, sin contestar la demanda interpone nulidad del acto procesal de notificación y solicito que se le emplace, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martin, mediante resolución N° 04 j, declaro improcedente la nulidad deducida por el Procurador Publico de RENIEC, por haber sido notificado debidamente.

Mediante sentencia, con fecha 12 de agosto de 2014, El Juzgado en lo Civil de la Provincia de San Martin, declaro fundada la demanda, por considerar que se han vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que el nombre y el sexo que se registran en los documentos de identidad tienen una relación directa con la identidad de las personas y por lo tanto pueden variar, Preciso que al no existir vías previamente establecidas, el proceso de Amparo es el idóneo y adecuado para dilucidar la pretensión.

El RENIEC, con fecha 25 de septiembre del 2014, interpone recurso de apelación frente a la decisión emitida en primera instancia....., en cuanto al fondo de la pretensión sostiene que el Tribunal Constitucional cuenta con Doctrina Jurisprudencial en la que ha precisado que no es viable solicitar el cambio de sexo de conformidad con la legislación nacional.

Con fecha 07 de agosto, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martin, revocó la sentencia apelada y reformándola declaro la improcedencia de la pretensión de cambio de nombre, basándose en que existen otras vías igualmente satisfactorias donde la parte recurrente puede hacer valer el referido derecho, pues el proceso de amparo es eminente subsidiario y residual. En lo que respecta a la pretensión del pedido de cambio de sexo, precisó que el Juez de Paz Letrado es competente para autorizar dicha modificación.

Fundamentos.

Con respecto a la jurisprudencia fijada por la sentencia 0139-2013-PA y el derecho a la tutela procesal efectiva:

- En el fundamento 1 se reconoce que en la sentencia 0139-2013-PA establece que el sexo es un elemento inmutable, y que por ello no era viable solicitar su modificación y además nos dice erróneamente que se asoció que cualquier alteración de la identidad en función de este criterio debe de ser entendido como un trastorno o una patología.
- En el fundamento 2 nos dice que ellos estiman que es pertinente el analizar si la postura jurisprudencial dicha anteriormente debe de ser

proseguida, atribuyendo que el derecho se encuentra en constante evolución.

- En el fundamento 7 nos dice textualmente:
“En relación con el primer punto, en la STC 0139-2013-PA el Tribunal asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Sin embargo, en la actualidad existen evidencias científicas de que no es así. En efecto, como enfatiza American Psychological Association (APA), entidad de prestigio mundial en este campo de la ciencia, este enfoque ya se encuentra superado [Cfr. APA. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-5 de 2013]. Es también importante resaltar que la propia Organización Mundial de la Salud está en camino a superar su tipificación como una enfermedad o trastorno. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-11, a publicarse por dicha entidad en el año 2018. Es más, una versión beta del CIE-11 (en la que se van introduciendo los cambios a las categorías revisadas) lo ubica como una disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología.”

Escogimos copiar este fundamento íntegramente porque existen muchos puntos por refutar y estos son: en primer lugar para efectuar una sentencia Constitucional no se puede alegar una suposición cuando nos dice que, “Es también importante resaltar que la propia Organización Mundial de la Salud está en camino a superar su tipificación como una enfermedad o trastorno”, al decir está en camino a superar, se está haciendo aplicación de una suposición y no de una realidad, situación que en el derecho se aplican realidades no suposiciones.

Al aceptar el término “disforia de sexo” tenemos que explicar que es disforia, es lo contrario a euforia lo que quiere decir que no está de acuerdo y este no es fundamento que pueda ser válido para tomar una resolución constitucional.

- En el fundamento 8 nos dice que el transexualismo ha sido ratificado por diversos tribunales internacionales y proceden a nombrar distintas sentencias internacionales en las cuales el punto coincidente es que el género encuentra un espacio particular de protección dentro del ámbito del Derecho Internacional de Derechos Humanos.
- En el considerando 9 nos da como resultado y consecuencia que el transexualismo tiene y debe de ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología, aduciendo que en consonancia con las evidencias mostradas y respaldadas por la jurisdicción Supranacional y por los criterios asumidos por organismos Internacionales, es que corresponde dejar sin efecto el extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0139-2013-PA.

- En el considerando 10 nos dicen que la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal vinculaba a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, inamovible, motivo por el cual les restaba discrecionalidad para analizar y resolver los casos en los que se les solicitaba la modificación de sexo en los documentos de identidad Nacional.
- En el considerando 15 nos dice que el Tribunal Constitucional estima en conclusión, que los Jueces deben de tener un espacial margen de decisión en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad personal, por tal motivo es que corresponde dejar sin efecto los lineamientos aprobados en la STC 0139-2013-PA, con la finalidad que los Jueces en la vía Ordinaria puedan tomar en cuenta los recientes alcances con relación a este derecho.

Consecuencias de la variación de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA/TC

En el fundamento 16 y 17 nos dice que el apartamiento de la doctrina constitucional que fijo la sentencia STC0139-2013-PA/TC, garantiza el acceso a la justicia de las personas que recurran a la modificación de sus datos en el documento de identidad y que los jueces tienen la posibilidad de conocer las solicitudes de cambio de sexo.

- En el fundamento 18 realiza un análisis de la controversia.
- En el fundamento 19 realizan un análisis del petitorio.
- En el fundamento 20 realizan un análisis de los argumentos de la parte demandante.
- En el fundamento 21 realizan un análisis de los argumentos de la parte demandada.
- En el fundamento 26 dicen que frente a la solicitud de cambio de sexo: *“este Tribunal advierte que, a tenor del artículo 546.6 del Código Procesal Civil, se tramitarán ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que "no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo", por lo que es posible concluir -con la superación de la doctrina jurisprudencial que hasta antes de la publicación de esta sentencia se*

encontraba vigente-, que sí existe una vía judicial en la que es posible solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad.”
Como se puede Observar toman la resolución en aplicación al Código Civil.

- En el fundamento 27 advierten que antes de la promulgación de esta sentencia no se encontraba garantizado el respectivo derecho a la tutela procesal efectiva, puesto que la doctrina que se encontraba vigente con la sentencia STC0139-2013- PA/TC, en muchos casos los distintos órganos Jurisdiccionales interpretaron, que el derecho a la identidad de género y la posibilidad del cambio de sexo, no encontrando sustento alguno en la constitución.
- En el fundamento 28 deja claro que con la superación de los criterios otorgados en esta sentencia, el Tribunal Constitucional deja sentado que no existen ningún obstáculo Jurisprudencial ni legal que pueda admitir esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria.
- En el fundamento 31 nos dice (para evitar malos entendidos, prefiero copiar el texto completo) lo siguiente: *“De hecho, en los pronunciamientos que este Tribunal ha emitido en casos similares al que ahora se presenta, se ha dejado en claro que las personas transexuales pueden realizar esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria. Así, en jurisprudencia atinente se ha autorizado el cambio del nombre en casos análogos, y se ha reconocido que, en esta clase de situaciones, la vía judicial ordinaria también puede aceptar estos pedidos (STC 02273-2005-HC y STC 0139-2013-PA). Ello permite concluir que, en relación con este extremo del petitorio, también existe una vía judicial igualmente satisfactoria en la que la parte recurrente puede hacer valer el derecho que ahora invoca, por lo que corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo.”*

Como se puede apreciar todo fue direccionado a que se puedan realizar los cambios de género sin tener en cuenta el reglamento de RENIEC en el cual es imposible realizar dicho cambio, poniendo en contraparte a dos instituciones del Estado (Poder Judicial y RENIEC), (artículo 44, inciso “m”, de la Ley Orgánica de RENIEC).

Llegando a la siguiente resolución:

- 1.- Declarar FUNDADA en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente.
- 2.- DEJAR SIN EFECTO la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC.

3.- Declarar IMPROCEDENTE la demanda respecto al pedido de cambio de nombre y de sexo, y dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda.

La presente resolución ha sido firmada por los siguientes Miembros del Tribunal Constitucional:

- Dr. Manuel Jesús Miranda Canales
- Dra. Marianella Ledesma Narváez
- Dr. Carlos Ramos Nuñez
- Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera

Voto singular, de los magistrados:

- Dr. Oscar Marco Antonio Urviola Hani
- Dr. Ernesto Blume Fortini
- José Luis Sardón De Taboada

Pronunciándose en el sentido que debe declararse improcedente la demanda en todos sus extremos y mantenerse la sólida doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia 0139-2013-PA/TC.

Como podemos observar los miembros que tienen voto favorable son magistrados que no tienen estudios sobre derecho constitucional, y los magistrados que tienen voto singular en que debe de declararse Improcedente son magistrados con estudios de derecho Constitucional.

4.3 Discusión de resultados.

Con la finalidad de poder demostrar nuestra teoría de que se requiere tener o estar dotado de una “Capacidad Jurídica Profesional” para poder desempeñar un cargo sea Público o Privado o actuar dentro de una profesión u oficio procederemos a realizar un condensado de cada uno de los cuadros resumen de las distintas Doctrinas analizadas con anterioridad.

4.3.1 Discusión de resultados de las doctrinas analizadas

Cuadro N°1 Resumen Conclusiones Doctrina Alemana

Hans Kelsen	Se puede dar el caso que, una persona sea natural o jurídica pueda ser titular de un derecho, pero puede ser
-------------	--

	incapaz para el ejercicio de este derecho, <u>con apego a la ley.</u>
Paul Oertmann	Nos dice que la capacidad jurídica o capacidad de derecho, es el derecho inherente que posee la persona por naturaleza propia <u>o por acción de la ley.</u>
Henrich Lehmann	El propio marco legal es el encargado de dotar a la persona la capacidad Jurídica, pero acepta que esta capacidad puede tener ciertas limitaciones, <u>según el ordenamiento jurídico.</u>
Karl Larenz	La capacidad jurídica es una capacidad inherente y propia de la persona por el simple hecho de serlo, sobre las limitaciones de la capacidad no han sido desarrollada en el pensamiento de Larenz a profundidad, tomando en cuenta que <u>todos son iguales para la ley.</u>

Del análisis del cuadro N° 1 titulado Conclusiones de la Doctrina Alemana, luego de realizar un análisis de los cuatro Juristas Representativos de esta escuela Doctrinal, se desprende lo siguiente:

La capacidad jurídica es un derecho inherente que posee la persona, sea esta Natural o Jurídica, pero es el propio marco legal el encargado de dotar o limitar a dicha persona de esta Capacidad, con la salvedad que todos son iguales ante la Ley.

Cuadro N° 2 Resumen Conclusiones Doctrina Italiana

Pietro Trimarchi	La capacidad jurídica es propia de la persona pero <u>esta capacidad puede ser normada por la ley</u> , en caso de la búsqueda del bien común y la integridad de la persona.
Angelo Falzea	La capacidad jurídica al parte innata del ejercicio de sus derechos y deberes de la persona, los cuales <u>serán predispuestas o tratadas por las normas jurídicas</u> y esta condición le da la cualidad de ser abstracta y a priori, esto es de gran prioridad.
Francesco Busnelli	La capacidad jurídica es inherente a la persona, pero el <u>ejercicio del derecho estará dado por la norma jurídica.</u>

Del análisis del cuadro N° 2 titulado Conclusiones de la Doctrina Italiana, luego de realizar un análisis de los Tres Juristas Representativos de esta escuela Doctrinal, se desprende lo siguiente:

La Capacidad Jurídica es propia e innata de la persona, pero esta Capacidad debe ser Normada o tratada por las Normas jurídicas vigentes, en búsqueda de la integridad de las personas y el bien común.

Cuadro N° 3 Resumen Conclusiones Doctrina Española.

José Castán Tobeñas	La capacidad Jurídica se divide en dos, una es la capacidad de derecho la cual es inherente de la persona, es estática, esto es fija y la otra es la capacidad de ejercicio la cual es dinámica, está en movimiento puede actuar jurídicamente.
Felipe Clemente de Diego	La tenencia del derecho es fundamental para poder ejercer cualquier tipo de acto que puedan tener validez o pueda generar efectos jurídicos.
Manuel García Amigo	La persona posee derechos inherentes, que por su condición propia de persona le asisten derechos, no obstante, el ordenamiento jurídico no es quien le concede el derecho de persona, pero sí su capacidad.
Mariano Barbero	La personalidad es "quid" nos dice que es clave o el porqué del ser, y al decir que la capacidad es un "quantum" se refiere que es una cantidad, una cuantía.

Del análisis del cuadro N° 3 titulado Conclusiones de la Doctrina Española, luego de realizar un análisis de los cuatro Juristas Representativos de esta escuela Doctrinal se desprende lo siguiente:

La Capacidad Jurídica es un derecho inherente de la persona, pero este derecho se encuentra dividido en dos, el primero es un derecho estático, fundamental, clave, el cual lo dota de condiciones de asistencia de derechos de la persona, el segundo es la capacidad, la cual es un valor, una cuantía, es algo que está en movimiento, no es estático y esta sí puede ser dado por el ordenamiento jurídico vigente.

Cuadro Nº 4 Resumen Conclusiones Doctrina Francesa

Louis Josserand	La capacidad de goce incluye a la capacidad de ejercicio.
Cristian Larroumet	El sujeto que pierde la capacidad de goce pierde todo derecho menos los inherentes. Sin embargo, todos los motivos de ser de una incapacidad de disfrute son variados y estas son las mismas que nos permiten comprender que la incapacidad es de goce y no solamente de ejercicio.
Julien Bonnetcase	Bajo ningún extremo, se le puede suprimir a ninguna persona la capacidad de goce, pero si acepta que existe una capacidad de goce especial.

Del análisis del cuadro Nº 4 titulado Conclusiones de la Doctrina Francesa, luego de realizar un análisis de los tres Juristas Representativos de esta escuela Doctrinal se desprende lo siguiente:

La capacidad de goce es una capacidad que no se le puede quitar a ninguna persona porque estos son inherentes, pero si se acepta que existe otra categoría de capacidad de goce especial esta es la capacidad de ejercicio y la cual si puede ser declarada incapaz.

Cuadro Nº 5 Resumen Conclusiones Doctrina Portuguesa

Luís Carvalho	La única manera de poder ver si la persona tiene pleno uso de sus capacidades es por la capacidad de goce, si esta capacidad esta disminuida también lo hará su capacidad de ejercicio.
Manuel Domínguez de Andrade	La persona que recibe la declaración de incapacidad, al ser genérica esta declaración, y ser una excepción <u>solo puede ser declarada por la ley.</u>
Pedro País Vasconcelos	Se tratan de dos situaciones o realidades distintas, por un lado está la capacidad de ejercicio y en el otro extremo está la capacidad de ser titular.

Del análisis del cuadro N° 5 titulado Conclusiones de la Doctrina Portuguesa, luego de realizar un análisis de los tres Juristas Representativos de esta escuela Doctrinal se desprende lo siguiente:

La Capacidad de goce es única, pero se tiene dos situaciones o son dos realidades distintas una es la capacidad de goce (ser titular de la capacidad) y la otra es la capacidad de Ejercicio, pero la declaración de incapacidad es una excepción que tiene que ser declarada por la ley.

Cuadro N° 6 Resumen Conclusiones Doctrina Peruana

José León Barandiaran	La capacidad jurídica es inseparable de la persona, puesto que esta capacidad es la que califica al ser humano como persona, y este es un fin superior al del legislador.
Juan Espinoza	La capacidad es una cosa diferente de la personalidad y no se pueden considerar una relación entre ambas.
Marcial Rubio	La única manera que se pueda negar la capacidad de goce es que se encuentre expresada en el ordenamiento jurídico.

Del análisis del cuadro N° 6 titulado Conclusiones de la Doctrina Peruana, luego de realizar un análisis de los tres Juristas Representativos de esta escuela Doctrinal se desprende lo siguiente:

La Capacidad es inseparable de la persona y la personalidad es otra cosa y no se pueden relacionar ambas, pero la única manera de negar la capacidad d goce es por el ordenamiento jurídico.

4.3.2 Discusión de resultados de la Capacidad Jurídica dictada por la Constitución.

Cuadro N° 7 Resumen Capacidad Jurídica en la Constitución

Artículo	Título	Conclusión
15°	Profesorado	La ley establece los requisitos...
30°	Ciudadanía	Norma los Requisitos y dota de capacidad

39º	Funcionarios y Trabajadores	Requisitos de acuerdo a ley.
47º	Procurador Publico	Conforme a Ley
52º	Nacionalidad	Norman los requisitos y dota de capacidad.
90º	El Poder Legislativo	Norman los requisitos y dota de capacidad.
110º	El Poder Ejecutivo	Norman los requisitos y dota de capacidad.
113º	Vacancia	Nombra los motivos y da los requisitos para declarar incapacidad física o moral
114º	Suspensión	Nombra los motivos para declarar incapacidad temporal
118º	Atribuciones	Nombra las atribuciones.
124º	Requisitos para ser Ministro	Nombra los requisitos y dota de capacidad.
143º	Órganos Jurisdiccionales	Determinará la Ley Orgánica.
147º	Requisitos para ser Magistrado	Nombra los requisitos y dota de capacidad.
161º	Defensoría del Pueblo	Nombra los requisitos y dota de capacidad.
180º	Requisitos para ser Miembro JNE	Norman los requisitos. La ley establece la reelección.
201º	Tribunal Constitucional	Norman los requisitos y dota de capacidad.

Discusión de resultados del cuadro N° 7.

Es importante tener en cuenta que los artículos 110º, 113º, 114º, 118º tratan exclusivamente al presidente de la Republica, de los cuales se desprende que la Ley puede exigir una capacidad determinada para poder ocupar un cargo Público, en el artículo 113º nos habla de la declaración de una incapacidad física o moral esto quiere decir que existe una capacidad física y una capacidad moral, en el artículo 114º nos habla de una incapacidad temporal, por ende o por analogía la Ley puede determinar la capacidad que puede o debe de tener un ciudadano para poder ocupar un cargo en la colectividad y por condición se desprende y puede entenderse que, si tiene la facultad para reconocer una capacidad profesional determinada, también puede declarar la incapacidad profesional del ciudadano

4.3.3 Discusión de resultados de la Capacidad Jurídica dictada por la Ley.

Cuadro Nº 8 Resumen Capacidad Jurídica en el Código Civil

Artículo	Título	Conclusión
42º	Capacidad de Ejercicio	Norman los requisitos y dota de capacidad.
43º	Incapacidad Absoluta	Nombra los motivos para declarar incapacidad
44º	Incapacidad Relativa	Nombra los motivos y da los requisitos para declarar incapacidad
46º	Capacidad adquirida por matrimonio o título Oficial	Norman los requisitos y dota de capacidad.

Discusión de resultados del cuadro Nº 8

Como se aprecia en el Código Civil en el artículo 42º y 46º norma los requisitos necesarios para dotar de capacidad Jurídica al ciudadano. En los artículos 43º y 44º nombra los motivos y nos da los motivos o requisitos para declarar la incapacidad jurídica al ciudadano.

Debemos de tener en cuenta que dentro del código Civil solo se refiere a la incapacidad jurídica única y exclusivamente en el campo de derechos de responsabilidad Civil, más no hace ninguna referencia a la “capacidad profesional” que nos referimos en el presente trabajo.

Cuadro Nº 9 Resumen Capacidad Jurídica en el Código Tributario

Artículo	Título	Conclusión
4º	Acreedor Tributario	Norman los requisitos y dota de capacidad.
7º	Deudor Tributario	Norman los requisitos y dota de capacidad.
8º	Contribuyente	Norman los requisitos y dota de capacidad.
9º	Responsable	Norman los requisitos y dota de capacidad.
16º	Órganos Competentes	Norman la capacidad.

Discusión de resultados del cuadro Nº 9

En el Código tributario en los artículos 4º, 7º, 8º y 9º norma los requisitos y dota de Capacidad a los ciudadanos como Acreedor tributario, deudor tributario, contribuyente y responsable a los ciudadanos y en el artículo 16º norma la capacidad jurídica y la competencia que tienen los órganos tributarios para el desenvolvimiento de sus funciones como parte del Estado.

Cuadro N° 10 Resumen Capacidad Jurídica en el Código del Niño y Adolescente.

Artículo	Título	Conclusión
42°	Definición	Norma que finalidad se persigue
44°	Integrantes	Norma que requisitos se requiere
45°	Funciones Específicas	Norma cuáles son las funciones de la defensoría del niño y adolescente
51°	Edades requeridas para trabajar	Norma las edades mínimas para poder trabajar

Discusión de resultados del Cuadro N° 10

En el Código del niño y adolescente se puede apreciar en el artículo 42° norma cual es la finalidad que persigue dicho código, en el artículo 44° nos da que capacidad profesional se requiere y cuáles son los requisitos para ser integrante de la defensoría del niño y adolescente, en el artículo 45° nos detalla que capacidad deben de tener los integrantes de dicha defensoría, en el artículo 51° nos detalla las edades mínimas que deben de tener los menores para poder desempeñar ciertos trabajos que requieren cierto tipo de capacidad tanto intelectual como física.

4.3.4 Discusión de resultados Capacidad Jurídica dictada por Leyes Orgánicas.

Cuadro N° 11 Resumen Capacidad Jurídica en Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LEY N° 28301)

Artículo	Título	Conclusión
1°	Definición	Manda sus funciones y su cede
8°	Conformación	Manda que serán 7 miembros
11°	Requisitos	Manda los requisitos que se requiere para ser miembro

Discusión de resultados del Cuadro N° 11

Como se puede apreciar en el artículo 1º manda cuáles son sus funciones y cuál sería su sede del Tribunal Constitucional, en el artículo 8º determina que el número de sus miembros tiene que ser de 7, en el artículo 11º manda y determina los requisitos que se requieren para ser Miembro del Tribunal Constitucional pero en ningún momento señala que deben de tener la capacidad jurídica Profesional de tener la especialidad de constitucionalista, requisito que si se solicita para ser asesor del Tribunal Constitucional.

Cuadro N° 12 Resumen Capacidad Jurídica en Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S.017-93-JUS)

Artículo	Título	Conclusión
2º	Autonomía e independencia	Norma la Autonomía e Independencia que tiene el Poder Judicial y la sujeción a la Ley y a la Constitución
3º	Objeto de la Ley	Determina cual debe de ser la estructura y define cuales son los derechos y deberes dentro del Poder Judicial
NOTA	Respecto a los requisitos para el cargo	Como se puede apreciar los requisitos para ocupar el cargo se ciñe exclusivamente al mandato que norma la Constitución Política del Estado en el artículo 147º.

Discusión de resultados del Cuadro N° 12

Como se puede apreciar en el artículo 2º norma la autonomía e independencia del poder Judicial y la sujeción que este le debe a la Constitución y a la ley, en el artículo 3º determina cual estructura debe tener y define cuales son los derechos y deberes dentro del órgano del Poder Judicial, como quedo claro que los requisitos que se requieren para ocupar cargos dentro del Poder Judicial se encuentran en el artículo 147º de la constitución política del Perú.

CAPÍTULO V:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones.

5.1.1. Conclusión Final de las doctrinas analizadas

Como se puede apreciar la capacidad jurídica es inherente, propia de la persona, pero se acepta que de esta capacidad se puede desprender en varias partes, una fija que es propia del ser humano, esto es del ciudadano, nos referimos a sus derechos inherentes, y la otra que es una capacidad para el ejercicio de estos derechos, una capacidad dada, otorgada por las autoridades u organismos del estado y aceptada por la sociedad.

5.1.2. Conclusión Final de la Capacidad Jurídica dictada por la Constitución.

Como podemos observar la Constitución Política del Estado en diez y seis artículos trata de la capacidad profesional que se requiere para ocupar un puesto o ser Funcionario Público, de los cuales en once artículos determina esta capacidad, y en cinco artículos nos dice que la ley es la encargada de determinar la capacidad que se requiere para ocupar el cargo, nos habla de la declaración de una incapacidad física o moral esto quiere decir que existe una capacidad física y una capacidad moral, también nos habla de una incapacidad temporal, por ende o por analogía la Ley puede determinar la capacidad que puede o debe de tener un ciudadano para poder ocupar un cargo en la colectividad y por condición se desprende y puede entenderse que, si tiene la facultad para reconocer una capacidad profesional determinada, también se puede declarar la incapacidad profesional del ciudadano

5.1.3. Conclusión Final de la de la Capacidad Jurídica dictada por la Ley.

Como se puede apreciar tanto en el código Civil, el Código Tributario y el Código del Niño y Adolescente podemos sacar la conclusión, que norma, se refiere a una capacidad Profesional para poder actuar frente a algunas responsabilidades sociales.

5.1.4. Conclusión Final de la de la Capacidad Jurídica dictada por Leyes Orgánicas.

Como se ha podido apreciar, ambas Leyes orgánicas analizadas determinan y norman ciertas capacidades profesionales que se requieren para ocupar ciertos cargos Públicos, pero no lo hacen en su totalidad, dando lugar a encontrarse o producir ciertos vacíos al respecto generando una producción profesional deficiente.

5.2 Conclusión final.

Para poder llegar a una conclusión final debemos tener en cuenta y considerar lo siguiente:

Tenemos que considerar que la capacidad jurídica se desprende en dos vertientes, la primera es una capacidad inherente, propia de la persona y esta nos otorga derechos y deberes, dentro de los derechos se encuentran a la condición de ser un ser vivo, como bien dice la Constitución en el artículo 2º inciso 1º “A la vida, a su identidad, etc. Y dentro de los deberes el respeto de las leyes y la constitución, etc.

Y la otra que es una capacidad para el ejercicio de estos derechos, entonces consideramos que con el desarrollo de la sociedad y el avance de la tecnología y las ciencias, de este segundo derecho se desprenden otros, tales como:

La Capacidad Física: En esta capacidad se refiere exclusivamente a la capacidad orgánica, referida en exclusividad a lo concerniente a todo lo que se desprende del funcionamiento orgánico, tanto físico como psicológico, puesto que la ciencia ya demostró que los problemas mentales se desprenden de un mal funcionamiento cerebral, causados por descompensación de sustancias orgánicas o deficiencia de conexiones neurológicas. La declaración de esta incapacidad y todo el proceso que se tiene que llevar a cabo para la declaración de incapacidad, la cual tiene que ser dada por un Juez, se encuentra normado en el código civil.

La Capacidad Moral: En esta capacidad se refiere exclusivamente al actuar de la persona frente a la Urbanidad y buenas costumbres, a los valores tanto éticos como sociales, estando esta persona en uso total de

sus facultades mentales y con la capacidad de discernimiento, esto es la facultad de distinguir lo correcto de lo incorrecto, de lo bueno y lo malo, de no ser así tendría un mal funcionamiento de su cerebro y pasaría a tener la calidad de inimputable, esto quiere decir tendría una incapacidad física, correspondiéndole la calificación de incapacidad permanente.

La Incapacidad Temporal: Se refiere a la pérdida temporal de la capacidad física, esto quiere decir que no es permanente, la cual puede ser producto de sufrir una enfermedad o accidente, que luego de una rehabilitación o tratamiento se recupera la capacidad física, esto quiere decir la se recupera la facultad perdida, recuperando de esta manera todas sus facultades civiles.

La Capacidad Profesional: Esta capacidad es dada y reconocida por el Estado al culminar los estudios profesionales o preparación técnica, se refiere a los grados académicos alcanzados, dotando al profesional de un conocimiento y dominio del tema. Este grado otorgado por el estado se encuentra sujeto a las pautas o protocolos fijados por cada colegio profesional, como el código de ética profesional, las normatividades de actualización profesional, etc. Que la ley manda.

Esta capacidad puede ser suspendida por la mala práctica de la profesión, realizada por un proceso administrativo sancionador por parte de cada Colegio Profesional, similar a la sanción impuesta de la muerte civil o incapacidad para ocupar puestos públicos, sanción dada por el congreso de la república.

Esta capacidad no ha sido descuida y no se han realizado análisis ni tratado con más profundidad por el sistema jurídico, logrando un vacío legal para la declaración de incapacidad profesional por mala práctica profesional o por abuso de esta condición.

6. Recomendaciones.

- 1.- Se debe de incluir en la Constitución Política del Perú, que, para poder ocupar las Plazas dentro del Estado, se debe solicitar una capacidad jurídica profesional para el cargo.
- 2.- Se debe de incluir en la constitución una definición clara sobre la incapacidad moral.
- 3.- Se debe de incluir en la constitución una definición clara sobre la incapacidad física.
- 4.- Se debe de incluir en la constitución una definición clara sobre la incapacidad temporal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- www.encyclopedia-juridica.biz14.com. (05 de Febrero de 2017). Obtenido de www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/idoneidad/idoneidad.html.
- www.definicion.de. (29 de Noviembre de 2018). Obtenido de <https://definicion.de/funcionario/>
- Anonimo. (s.f.). *Codigo de Hammurabi*. En Anonimo, *Codigo de Hammurabi* (págs. 1-75). España: luarna. Obtenido de www.luarna.com
- Barbero, M. (1967). *Sistema de Derecho Privado*. Buenos Aires : Europa America.
- Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil*. Puebla: José M. Cajica.
- Busnelli, F. (1986). *Il diritto Civile*. Milano: Giuffré.
- Cantabria, O. U. (12 de Febrero de 12/02/2010). ocw.unican.es. Obtenido de <http://ocw.unican.es/humanidades/historia-del-proximo-orient/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu>
- Carvalho, L. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Congreso Constituyente, D. (1993). *Constitucion Politica Del Perú 1993*. Lima: Juristas Editores E.I.R.L.
- Diego, F. C. (1959). *Instituciones de Derecho Civil Español*. Madrid: Reus.
- Domingues de Andrade, M. (1953). *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Coimbra.
- Ellul, J. (1970). *Historia de las Instituciones en la Antigüedad*. Madrid España: Aguilar.
- Espinoza, J. (1998). *La Capacidad de las Personas Naturales*. Lima: Grijley.
- Faitas, P. G. (15 de 12 de 2018). *Historia Antigua - Universidad de Zaragoza*. Obtenido de <http://FyL.unizar.es/HAnt/index.htm> l
- Falzea, A. (1985). *Voci di Teoria generale del diritto*. Milano: Giuffre.
- García-Amigo, M. (1979). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Edersa.
- Homo, L. (1958). *Las instituciones politicas romanas. De la ciudad al Estado*. Mexico: Uteha.
- Ivan T. Frolov, t. d. (1984). *Diccionario de Filosofia*. Moscú: Editirial Progreso.
- Josserand, L. (1950). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas America-Europa.
- Kramer, S. N. (1985). *La Historia Empieza en Sumer*. Barcelona: Ediciones Orbis S.A.
- Larenz, K. (1978). *Derecho Civil, Parte General*. Jaen : Edersa.
- Larroumet, C. (2008). *Derecho Civil, Introduccion al Derecho Privado (trad.Esp.)*. Bogota: Legis.

- Lehemann, H. (1956). Derecho Civil. Parte General. *Revista de Derecho Privado Vol I*, 123.
- Leon-Barandiaran, J. (1991). *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG Editor.
- M. Rosental y P Judin Traducido del Ruso por M.B. Dalmacio. (1946). *Diccionario Filosófico Marxista*. Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos.
- M. Rosental y P. Judin. (1959). *Diccionario Filosófico Abreviado*. Montevideo - Uruguay: Ediciones Pueblos Unidos.
- Oertmann, P. (1933). *Introduccion al derecho civil*. Barcelona: Labor.
- Orgaz, A. (1952). *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*. Cordoba: Assandri.
- Osorio, M. (2012). *diccionario de Ciencias Juridicas, Politicas y Sociales*. Buenos Aires Argentina: Heliasta.
- Pais, V. P. (2007). *Teoria Geral de Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- Republica, C. d. (1984). *Codigo Civil Decreto Legislativo 295*. Lima: Juristas Editores.
- Republica, C. d. (2000). *Codigo de los Niños y Adolescentes Ley 27337*. Lima: diario Oficial el Peruano.
- Republica, C. d. (2013). *Codigo Tributario*. Lima: EDIGRABER.
- Rubio, M. (1995). *El Ser Humano como Persona Natural*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Significados.com. (05 de febrero de 2017). *www.significados.com*. Obtenido de <https://www.significados.com/idoneidad/>
- Tobeñas, J. C. (1942). *Derecho Civil Español. Comun y Floral*. Madrid: Reus.
- Trimarchi, P. (1983). *Instituzioni di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè.

ANEXOS

