

# LA DISCRIMINACIÓN EN EL CODIGO CIVIL PERUANO



Dra. CARMEN MEZA INGAR Ph. D.

*Representante Titular de la  
Universidad Peruana ante la Comisión Especial Revisora  
del Código de los Niños y Adolescentes*

I.- INTRODUCCION.- II.- LEGISLACION PERUANA.- III.- ¿CASOS INCONSTITUCIONALES?.- IV.-LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984.- V.-CONCLUSIONES.- VI.-PROPUESTAS.- VII.-BIBLIOGRAFIA.

## RESUMEN

El Código Civil Peruano de 1984, elaborado en su parte final por varias Comisiones Revisoras, tiene algunas omisiones y varias contradicciones con la Constitución Peruana de 1979, Carta que regía en la fecha de su promulgación.

## ABSTRACT:

The Peruvian Civil Code published 1984, developed in part by several revising committees. It has some omissions and several contradictions with the Peruvian Constitution from 1979, which that ruled in the date of promulgation the Civil Code..

## PALABRAS CLAVES

Ley Igualdad Discriminación

## KEY WORDS

Law Equality Discrimination

## I.-INTRODUCCION.-

Las legislaciones en general, en la mayoría de Estados respetan los preceptos constitucionales y sus principios normativos, basados en el ejercicio de las libertades de la persona humana y en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Cuando se presentan dificultades legislativas o casos de falta de respeto a los principios de igualdad entre hombres y mujeres, por ejemplo, tratan de estudiar las causas del problema jurídico y legislan sobre el derecho a la igualdad, incluso hay países, como Costa Rica que dieron su "Ley de la Igualdad Real", reconociendo que en muchas latitudes del mundo las leyes son conquistas de los intelectuales, mas no siempre son comprendidas ni ejercidas a cabalidad, por el pueblo, ni por las amas de casa o pobladores rurales.



## II.-LEGISLACION PERUANA.-

Es probable que el artículo o ley más discriminadora del mundo se haya dado en el Perú, mediante el art. 21, primigenio del Código Civil Peruano de 1984, al impedir que se registraran los nacimientos de los niños, hijos no matrimoniales, cuando no concurrían o uno o los dos progenitores.

Por cultura jurídica todos sabemos que el nombre es un derecho natural primario y a nadie se le debe despojar del derecho a tener nombre con el que es individualizado en la comunidad.

Como los antecedentes del Código referido presentan varias Comisiones Revisoras, y además que hubo falta del debate nacional, previo a toda ley sustantiva, se puede entender tal error de conceptos y de respeto al principio universal que reconoce el valor del nombre, diferente de la filiación.

Precisamente, en la redacción del Código de 1984 hubo falta de sistemática al incorporar al Libro de Personas, artículo 21 el concepto de filiación que menciona el reconocimiento de los padres, previo a la inscripción del recién nacido.

Hay allí una confusión sobre el status del niño. En el mundo entero, todo niño o niña tiene nombre y solo los que tienen probado entroncamiento tienen filiación.

Así lo entendieron los legisladores de 2006, al modificar el 25 de abril de dicho año, el criticado artículo 21 del Código Civil, permitiendo –como toda nación civilizada– que se inscriban todos los niños, incluso los que no tienen el entroncamiento con alguna familia.

Este caso nos hace pensar en varias situaciones jurídicas que se podrían estudiar como “casos de discriminación mediante el Derecho”.

En el Código Penal promulgado el 8 de abril de

1991 también hay un problema que se advirtió al promulgarse el texto referido. En su artículo 120, al atenuar la penalización del aborto se señala casos de jóvenes violadas y la situación de quien se encuentra sometida a la inseminación artificial no consentida. Algo imposible de pensar que pueda ocurrir en un centro de salud.

Para mayor gravedad, se corrigió el precepto agregando “fuera de matrimonio”, lo que nos obliga a suponer que si la joven o mujer es casada ¿si puede ser objeto de tal práctica?

Son evidentemente, situaciones de gran injusticia. Y tal vez algo muy grave es el significado del art. 396 del Código Civil, mencionado, que afecta derechos de la madre, del hijo, del padre biológico, si fuera el caso.

## III.-¿CASOS INCONSTITUCIONALES?.-

El estudio del Código Civil, a la luz de la Constitución de 1979, vigente en la fecha de su promulgación, nos invita a pensar en la inconstitucionalidad de varios artículos, como el 335, referido a causales de divorcio, que fue modificado por sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 1997.

El texto del art. 396 del Código Civil de 1984 merece atención especial:

Art. 396.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiere negado y obtenido sentencia favorable.

Este precepto promueve varias reflexiones dada su redacción, considerando únicamente los derechos del marido, mas no los de la mujer ni los del hijo recién nacido, ni los del supuesto padre biológico.

Es verdad que la Constitución Peruana protege el matrimonio y no el adulterio, pero en la realidad social y cultural se aprecia casos de abandono de mujeres casadas, que por razones de ignorancia y falta de recursos no pueden divorciarse de sus cónyuges que las abandonaron. Algunas de ellas inician una



relación posterior con el nacimiento de hijos que pueden sufrir las consecuencias de esta discriminación legal.

En efecto la no discriminación exige el culto a valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo en el caso de credos o confesiones religiosas.

Los nuevos derechos que consagran los Tratados Internacionales se refieren al respeto a los derechos fundamentales desde el punto de vista civil, político, social, económico, y cultural, es decir, todas las formas de la vida moderna.

El caso peruano se repite en varias legislaciones americanas, en Argentina es el art. 259 y está regulado por la Ley 23.264. Ha merecido diversos estudios de los juristas de dicho país.

Se ha sostenido que el precepto aludido es inconstitucional, pues constituye una discriminación contra la mujer, a la que no se le permite alegar su derecho afirmando que se estaría permitiendo que defienda su propio adulterio.

El fondo del problema sería que el artículo referido afecta la verdadera identidad de un niño, y en el siglo XXI se reconoce en todas las latitudes "el interés superior del niño".

Evidentemente, habría que valorar si el padre biológico puede y desea proteger efectivamente la vida y educación del niño. Porque también hay casos en los que es la madre la que asume toda la responsabilidad.

Habría casos en los que se debe salvaguardar la verdad biológica como interés del niño. Y, también existirían casos en los que la madre, ella podría decidir si su hijo es o no matrimonial, pues ella sola será la que eduque y haga posible el pleno desarrollo del niño o niña.

En el tema de la discriminación es necesario tener presente la **CONVENCIÓN PARA**

**ELIMINAR TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER**, adoptada por la ONU en Asamblea General de 18 de diciembre de 1979 y cuyo Artículo 1 dice: A los efectos de la presente Convención, la expresión "**discriminación contra la mujer**" denotará **toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas, política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera**".

Debemos precisar que la discriminación tiene tres dimensiones:

-es considerada una distinción, lo que equivale a decir un tratamiento distinto en relación con el varón;

-también es considerada una exclusión en el sentido que no se autorice o permita a la mujer, lo que sí se permite jurídicamente al varón;

-es considerada una restricción, lo que equivale a decir que la mujer puede compartir con el varón ciertas condiciones, situaciones, atribuciones o derechos, pero de manera menos plena.

El art. 396 del Código Civil Peruano de 1984 es inconstitucional, pues discrimina a la mujer en el pleno ejercicio de sus derechos de madre. Ella no puede opinar ni informar, ni registrar el nacimiento de su hijo, debido a su condición civil de casada.

El numeral referido concede al marido de la madre todo el derecho y preferencia de contestar la paternidad y solo si al impugnar dicha paternidad, obtiene sentencia favorable puede procederse a la inscripción o registro del hijo por sus progenitores biológicos.

Es inconstitucional frente a los derechos de la



mujer y también referido a los derechos del hijo, y podría afectar al padre biológico, si es un hombre de buena fe que se unió a una mujer abandonada por su marido.

En los casos que no aparezca el marido de la mujer ¿el niño quedará inscrito con el apellido que no le pertenece?

El art. 396 puede causar daños económicos a los hijos, como ocurrió en el exp. N° 1560 – 85 de Huánuco.

Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el dictamen fiscal supremo informó del caso de una joven casada y que no hizo vida matrimonial, pues el joven se fue y no volvió varios años. Un ingeniero quería casarse con ella, pero era imposible. Tuvieron una niña que iba al colegio...etc. Fallece el padre y como la niña era la heredera, las hermanas del padre demandaron la nulidad de la partida de nacimiento de la niña. En las dos primeras instancias ellas tuvieron infundada la demanda, pero en la C. Suprema se aplicó el art. 396 y se declaró la nulidad de la partida de nacimiento de la niña, inscrita por su propio padre, fallecido.

Después se habla del "interés superior del niño" gracias a la Convención Internacional del Niño de 1989.

Hay prueba de que causa daño a los menores, seres débiles de la familia.

Lo más grave es que no hay restricción similar cuando el hombre casado tiene hijos extra matrimoniales. El varón si puede registrar a sus hijos sean o no matrimoniales con toda libertad. ¿Se puede permitir tal discriminación?

Además, consta del articulado del Libro III del Código Civil, Derecho de Familia los preceptos que regulan la impugnación de la paternidad (art. 363) y de la maternidad, si fuera el caso. Ya no se afirma eso de la "madre cierta"...con

casos de inseminación artificial, por ejemplo.

También se dan hoy los procesos de filiación amparados, actualmente por las pruebas genéticas y científicas, como el ADN.

En mérito de estos considerandos, podría plantearse la derogatoria del art. 396 del Código Civil vigente.

#### **IV.-LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL DE 1984.-**

El Código sustantivo considera en su clasificación de filiación a los hijos:

Matrimoniales  
Extra matrimoniales  
Adoptivos, y  
Alimentistas

Aun cuando no hay diferencia de trato a los hijos, si hay la clasificación para situar a las familias y a sus niños, siempre que acrediten ser "hijos"

Es verdad que ya no se puede dar valor a ese dicho de Paulo, en el Derecho Romano, que la madre es siempre cierta, pues hoy con los avances de la tecnología médica, se reconoce los nacimientos por inseminación artificial. Varios Estados han legislado sobre la reproducción asistida.

Para los hijos matrimoniales, no había preocupaciones de consideración en cuanto al registro, pero ya se han dado casos que no corresponden a la verdad biológica, y en esa situación los presuntos progenitores, de conformidad con el art. 363 proceden a la contestación, es decir, negación de la paternidad. También ocurre casos de algunos padres de familia, casados, que tienen a hijos que no son biológicamente de ellos y no se someten al proceso de adopción. Se trata de inscripciones de nacimientos irregulares, vinculados al delito, si hay dolo comprobado.



En el siglo XXI la institución de la adopción ha crecido tanto que se tramita en tres modalidades:

Adopción Judicial  
Adopción Notarial, y  
Adopción Administrativa.

Pese a esas facilidades en la tramitación, especialmente de niños en estado de abandono, hay inscripciones irregulares que no corresponden al derecho, pero que se dan en la realidad.

Los hijos extra matrimoniales tenían limitado sus derechos, pero el avance de la medicina y las pruebas científicas de paternidad, hicieron posible que la modernidad acredite con mayor certeza los vínculos paterno filiales.

Por Ley N° 28457 de 8 de enero de 2005 se modificó el art. 402 inc. 6 del Código Civil incorporando a la investigación de la paternidad el ADN, que es una prueba científica con alto grado de certeza.

La filiación en el Perú garantiza los derechos de identidad biológica, jurídica, social y cultural, en tanto favorece la pertenencia a una familia, con sus tradiciones y posibilidades de desarrollo.

Esa garantía está dada por la facultad que el padre de familia tiene de impugnar la paternidad si puede probar que el niño recién nacido no ha sido engendrado por él. Lo confirma, especialmente, el art. 363 y sus concordantes del Código Civil vigente.

Para mayor abundamiento la prueba de la paternidad ha sido perfeccionada, por la ley referida, que admite el ADN, en casos en los que se podría alegar a favor y en contra de la vinculación paterno filial.

Estos progresos en el campo de la medicina han

dado avances en la investigación de la paternidad, en países de nuestra región, donde viven alto número de niños sin padres, por haber sido negado su entroncamiento biológico.

No podemos guardar silencio frente al caso de los hijos "alimentistas", es decir a quienes los tribunales solo les dan derecho a alimentos hasta los 18 años de edad, es decir, hasta llegar a la mayoría de edad, cuando son plenamente capaces para ejercer sus derechos civiles, sociales, económicos y culturales.

Sin embargo es triste constatar que los hijos a los que se refiere, en puridad, el mencionado artículo 415 del Código Civil son en realidad "hijos probables".

En efecto, no pudiéndose establecer la verosimilitud de la filiación, aún cuando haya gran posibilidad de ser ciertamente hijos, los declaran alimentistas, sin darles derecho a usar el apellido del alimentante.

Es que la realidad socio cultural, las diferencias económicas y las carencias de avances en la tecnología médica y biológica en muchos lugares alejados de los principales centros poblados de la República, dan lugar a falta de medios para conseguir las pruebas científicas modernas para acreditar debidamente la filiación.

## V.- CONCLUSIONES.-

- 1.- Dada la falta de información de gran número de madres de escasos recursos económicos, los Hospitales del Ministerio de Salud deberían difundir la bondad de las nuevas pruebas científicas de investigación de la paternidad, como el ADN, para conseguir protección paterna a los recién nacidos.
- 2.- La redacción del art. 396 del Código Civil comentado deviene obsoleto, ante otras



formas de impugnación de la paternidad, situación que amerita la derogatoria del precepto referido.

#### VI.- PROPUESTAS.-

- 1.- Todo estudio del Derecho de Familia obliga a pensar en la elaboración de un Código especializado, dedicado a la institución familiar, para desarrollar la legislación principista y la efectiva protección a los miembros débiles de la familia.
- 2.- Las instituciones tutelares deberían elaborar cartillas de difusión sobre los conceptos vinculados al matrimonio, a la separación, al divorcio, a la patria potestad, a los alimentos, para que todos los ciudadanos conozcan sus derechos.

#### VII.- BIBLIOGRAFIA

- Comisión de Estudio Derechos de la Mujer del Colegio de Abogados de Lima: "Una propuesta de derogatoria", Informe Institucional, 2012
- Cornejo Chávez, Héctor: "Derecho Familiar Peruano". Studium, 1998
- Meza Ingar, Carmen: "Casos de Discriminación mediante el Derecho", CONCYTEC, Lima, 1988
- Meza Ingar, Carmen: "Ideas para un Código de Familia", CONCYTEC, Lima, 1990
- Meza Ingar, Carmen: "Más allá de la Igualdad", Amaru Editores, Lima, 1986