

SILENCIOS, VACÍOS Y CONTRADICCIONES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

CARMEN MEZA INGAR PH. D.

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

Durante el homenaje a los 25 años del Código Civil Peruano, los profesores de la Facultad de Derecho y Ciencia Política manifestaron sus críticas a dicho cuerpo de leyes.

A continuación la participación DE LA PROFESORA PRINCIPAL, INVESTIGADORA DE Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y de Derecho de los Niños y Adolescentes:

SUMARIO. I.-INTRODUCCIÓN.- II.-ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO.- III.- NOTAS DE PIE DE PÁGINA.- IV.-PROPUESTAS.- V.-BIBLIOGRAFÍA

PALABRAS CLAVES:

Código/ Constitución/ Derecho/ Ley

INTRODUCCIÓN

Hace 25 años, el 24 de julio de 1984, se promulgó el Código Civil Peruano, siendo refrendado en su calidad de Ministro de Justicia, por un señor Profesor que declaraba en privado y ante la prensa que su tío Diómedes había colocado su firma junto al Presidente Benavides en el Código de 1936 y que a él le tocaba en esta oportunidad, figurar para la historia.

No se escuchó -entonces- las voces autorizadas de san marquinos de la talla de José León Barandiarán o de Jorge Eugenio Castañeda, que pedían mayor debate, análisis y enmiendas en el texto primigenio. El apuro en la promulgación, motivó que se produjeran correcciones muy importantes, que figuran como Leyes de la República, que modificaron dicho texto de leyes, durante los días de la *vacatio legis*, en agosto de 1984. Después de puesto en vigor el Código, los problemas

fueron mayores. Se llegó a suprimir el Título de Registros de Estado Civil y las innovaciones fueron tan numerosas e importantes, que hoy, podríamos decir que al leer el texto en actual vigor, pareciera que se trata de otro código, diferente al que leímos -sorprendidos- en el año de 1984.

En efecto, se promulgó el Código Civil sin exposición de motivos y del estudio de su articulado, se podría afirmar, que tenía falta de sistemática. Preceptos de Derecho de Familia aparecieron en Derecho de las Personas y viceversa. En Derecho de las Personas se legisló contraviniendo la Constitución Política Peruana de 1979, que tenía pleno vigor. No solo se colocó "numerus clausus" a lo que define la Constitución como "numerus apertus", sino que se desvirtuó los derechos de los infantes a ser inscritos, como recién nacidos, independientemente de la condición civil de sus padres. La redacción del art. 21 del Código Civil primigenio no guarda concordancia con la Carta Magna.



Nótese que en 1936, al promulgarse el Código Civil derogado, los miembros de la Comisión de entonces, presididos por el eminente jurista Juan José Calle presentaron siete tomos de actas, como exposición de motivos, dando a conocer la naturaleza, esencia y fines de cada numeral.

En 1852 el Código Civil Peruano, primero de Sud América, como nación, sirvió de modelo e inspiración a los juristas venezolanos. Anteriormente, durante la Confederación Peruano-Boliviana, el Código fue bi nacional.

Los legisladores peruanos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX no solo fueron eruditos y académicos, sino que estudiaron con metodología de la investigación científica y presentaron una sistemática ordenada de su trabajo al servicio de la comunidad nacional.

ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONTEMPORANEO:

Entre los principales temas de reflexión y estudio de orden jurídico, merecen anotarse los siguientes:

A) En Derecho de las Personas:

- El principal tema de estudio es el de la **identidad personal**, cuyo concepto no se menciona como derecho de cada ser humano. Es más, el primigenio artículo 21 del Código Civil Peruano de 1984 contraviene la Constitución Política de 1979, vigente en esa fecha y los principios declarados en el artículo 19 del mismo cuerpo de leyes que precisa que toda persona debe tener un nombre, entendiéndose con ello los pre nombres o nombres de pila y los apellidos, paterno y materno, que son usuales en la vida cotidiana, tanto que en caso de niños huérfanos o abandonados, se autoriza que el tutor, es decir, el Director del Albergue donde se encuentre el menor, debe gestionar la inscripción en el Registro de Estado Civil, en forma adecuada.

El numeral 21 del Código Civil, materia del comentario, confunde inscripción con filiación al redactar que “al hijo extra matrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.” Y aclara que “Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial”.

Con esa redacción se impidió la inscripción de muchos niños, cuya madre, o padre, según los casos, podía declarar –según la legislación derogada– los apellidos respectivos, sin vínculo alguno.

No se admitió el valor del nombre que solo corresponde a cada ser humano, frente a la humanidad entera. En el articulado aparece la palabra “filiación” advirtiendo que solo con entroncamiento familiar se puede tener un apellido, situación discriminadora que produjo muchos problemas entre la población poco instruída que tenía niños sin ser debidamente registrados, por la ausencia del padre y el obstáculo de declarar el apellido correspondiente.

Tan importante es la identidad de las Personas, que el Título VIII, Registros del Estado Civil, del Código Civil Peruano de 1984 fue derogado totalmente en 1995, por Ley N° 26497, que es la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC. Dicha Ley Orgánica se amplió con la Resolución Jefatural N° 023-96- JEF de 11 de abril de 1996, que delegó facultades para inscribir hechos y actos relativos a la capacidad y estado civil de las personas naturales, en diversas instituciones.

La Ley Orgánica de RENIEC y sus normas complementarias dieron mucha esperanza entre la ciudadanía, pero el Presupuesto General de la República no ha asignado las partidas necesarias para que RENIEC se instale debidamente en todo el territorio de la República.



-El domicilio es otro instituto que merece reflexión. El Código considera domicilios especiales, los domicilios de los incapaces, de los funcionarios públicos, de los trabajadores en el exterior, pero no ha considerado el domicilio de las poblaciones "nómades" o que se desplazan en distintos territorios del interior, por razones geográficas. Y también por necesidades de la subsistencia, dada su economía primaria.

Es que en puridad, falta el desarrollo del "derecho consuetudinario" al que se refiere la Constitución Política de 1979 y que repite la Constitución de 1993, en actual vigor.

B) En Derecho de Familia:

- **La Unión de Hecho** regulada por el artículo 326 del Código Civil es importante en cuanto reconoce efectos civiles a las situaciones de convivencia, similares al matrimonio, pero que se cumplen entre personas sin impedimento de contraer matrimonio entre sí. No obstante ello los protagonistas de uniones de hecho en comarcas alejadas no se encuentran debidamente informados de los derechos que la legislación civil les reconoce. Entre estos casos podría mencionarse la situación del Servinacuy y las 19 modalidades, en idiomas quechua y aymara, que conservan las comunidades alto andinas desde épocas ancestrales.

- **La Filiación** en la legislación peruana tiene una categoría que llama la atención de la civilización: el caso de los "hijos probables" a los que se refiere el numeral 415. Pese a que se admite la prueba de ADN, en mérito de la Ley N° 27048, en vigor desde el 6 de enero de 1999, como no todos los peruanos tienen suficientes medios económicos para acceder a tal prueba, y, además, en todo el territorio no hay equipos modernos que hagan posible la aplicación de dicha prueba genética, continúa vigente el precepto referido que permite la investigación de la paternidad, en procesos en los que el juez encuentra una verdad pero no una certeza. En

tal virtud solo sentencia que se ampare con alimentos hasta los 18 años al menor, salvo que después de cumplir esa edad no pueda valerse por si mismo.

Los avances científicos han sido incorporados a la legislación en vigor, especialmente la Ley N° 28457 cuyo artículo segundo se refiere a la oposición del emplazado a someterse a dicha prueba. Ante tal situación, el tercer párrafo del art. 2° referido dice literalmente: " Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad".

Pero como es de conocimiento general no habiendo posibilidad de acceder a tal prueba genética en todo el territorio, la norma referida deviene en imposible jurídico.

De todos modos, si los interesados pudieran acceder al ADN y se probara que no existe vínculo se suspende con otra sentencia la protección alimentaria otorgada.

En este acápite es importante recordar que el texto primigenio tenía los preceptos 403 y 416 sobre la conducta de la madre, artículos derogados, pues la prueba del ADN tiene alto porcentaje de validez en todos esos casos.

- **Mujer Casada:** El artículo 396 del Código Civil Peruano de 1984 ha merecido varios estudios por su falta a la "verdad biológica", por su inconstitucionalidad en cuanto a los derechos del recién nacido y también por violentar los derechos del padre biológico, según el caso.¹

Dicho precepto civil a la letra dice:

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



Este numeral promueve varias reflexiones: Puede tratarse de un matrimonio separado por diversas causas, pero cuyo vínculo subsiste. De una unión posterior nace un niño que tiene derecho a la identidad. Pero esta ley vigente impide su inscripción en el registro, dependiendo ésta de un proceso que debe seguir el padre legal, es decir, el cónyuge de la madre. Cuando hay separaciones, como ha ocurrido en algunos expedientes, cuya sentencia se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano, no se encuentra fácilmente al cónyuge que viajó y no volvió o al cónyuge que se casó y nunca fijó hogar conyugal, como se ha presentado un caso con sentencia, originado en Huánuco, exp. N° 1560 - 85

Sobre este precepto el Dr. Cornejo Chávez explicó que él ideó el artículo 396 para casos vinculados al art. 670 del código derogado, que preceptuaba que "al hijo legítimo, reconocido por tercero, se le excluye de la herencia". Esta legislación derogada generó casos en los que cualquiera que deseaba perjudicar a un heredero ponía una declaración al margen de la partida y los procesos se alargaban hasta descubrir si era verdadera firma o inexistente la identidad de la declaración formulada.

Nótese que hace años los libros del Registro de Estado Civil en provincias se encontraban en anaqueles, sin mayor seguridad.

Hubo casos en los que se rompía la página del registro de nacimiento para impedir que se acredite el heredero. Situaciones que se han ventilado en los tribunales del crimen.

Pero el notable jurista dice que originalmente su propuesta decía, "salvo prueba en contrario". Esa aclaración demuestra que las comisiones revisoras o algún corrector, omitió tan importante redacción del artículo 396, desnaturalizando su objetivo principal y creando situaciones de injusticia para hogares en crisis jurídica y social.

- **La Verdad Biológica** era una preocupación constante en casos de hijos adoptivos, sin embargo varias sentencias recientes nos hablan de otros casos de "verdad biológica" cuando los litigantes demandan la paternidad o maternidad de niños inscritos por otros progenitores.

Cuando ocurren casos de violaciones de niñas y no se sabe la verdad biológica, puede hablarse derecho privado y de derecho público, dados los ilícitos y también algunos delitos, según el caso.

La casuística es muy variada. En estos casos mencionados podría inscribir al niño o niña la madre, autorizada por enmienda del Art 1° de la Ley N° 27201 de 14 de noviembre de 1999, que modifica los arts 46 y concordantes del Código, en cuanto a los mayores de 14 años de edad. Pero muchas veces inscriben al niño los padres de la menor y muchas veces el niño aparece con los apellidos de los abuelos, como hermano de la madre.

La Verdad Biológica llegó a los tribunales en un proceso en el que se ventiló los alcances del art. 400 del Código Civil Peruano de 1984. Dicho precepto señala el plazo para impugnar la paternidad. A la letra dice: "Art. 400.- El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquél en que se tuvo conocimiento del acto."

Este plazo limitativo, contraviene lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 7 dispone que el niño tiene derecho de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Entre los silencios del Código que comentamos se encuentra el tema de la "Reproducción asistida" y también de la clonación humana, situaciones que en defensa de la institución familiar se debe prohibir en forma expresa.



Pero el Código Civil de 1984 no dice nada, pese a que en dicha fecha ya tenían los científicos en muchos laboratorios bancos de embriones y los nacimientos de niños probeta.

No estar de acuerdo con esos casos obligaba a un pronunciamiento muy claro sobre el peligro de la posibilidad de la manipulación genética y también al grave peligro de “mercantilizar” el nacimiento de los niños con esa técnica de la inseminación artificial y de los contratos de madres subrogadas, mediante diferentes modalidades que significaban y significan hoy día también un desafío al valor de la “maternidad”.

Estos casos ya están apareciendo en algunas sentencias de los tribunales del Perú, pero en los casos en los que se ha llegado a pronunciar la Corte Suprema, son asuntos de “filiación” que son litigios entre presuntos padres biológicos en casos de niños hijos extra matrimoniales.

Los plazos siempre son breves en la realidad y por ello los jueces permiten ampliarlos, en recientes casos jurisprudenciales, sometidos a prueba de ADN.

En nuestro país, con tantas diferencias geográficas, es difícil cumplir un plazo riguroso, por falta de comunicación. Nótese que se trata de la protección de derechos personales, en este caso, del hijo o hija y de sus progenitores. Se trata de un derecho fundamental de la persona humana. Máxime si la Convención de los Derechos del Niño es ley de la República Peruana, por cuanto ha sido ratificada mediante Resolución Legislativa N°25278.

La sentencia de fecha 6 de agosto de 2002 de la Sala Especializada de Familia de Lima señaló una nueva tendencia jurisprudencial en el exp. N° 860-2002, referida a los alcances jurídicos del artículo 400 del Código Civil Peruano de 1984.

Se trata de un caso de impugnación de reconocimiento, regulado además por el

numeral 399 del Código referido².

El pre citado art. 399 a la letra dice: “El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes, si hubiere muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 395”. El plazo que señala el art. 400 es de noventa días. En el expediente mencionado, la Sala especializada de Familia de Lima declaró nulo el auto de fojas 13 de 21 de enero del año 2000, que declaraba improcedente la demanda de don OECS y renovado el acto procesal al estado que le corresponde, ordenaron que la aquo proceda a calificar nuevamente la demanda, teniendo en cuenta que por los argumentos del interés superior del niño se puede dejar de aplicar el art. 400, referido al plazo señalado.

Tratándose de la inaplicación de una ley, se consultó a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, la que confirmó dicha sentencia que favorecía la investigación de la paternidad de un menor, teniendo presente el interés superior del niño, referido a su derecho de identidad y de conocer a sus padres (Exp. N° 2858-2002).

C) En Derecho de Sucesiones el estudio del artículo 816, limitativo en herederos legales o intestados colaterales, obliga a pensar en una reforma para que los parientes colaterales o descendientes de hermanos o de primos, puedan tener acceso también al derecho hereditario, pues en ese orden, los colaterales solo son considerados si se encuentran en el cuarto grado de consanguinidad. Ahora que ha aumentado la esperanza de vida, se da casos de parentesco colateral más allá del cuarto grado de consanguinidad, los que podrían ser beneficiarios solamente con disposiciones testamentarias.

También hay otras probabilidades que originan la sucesión ab intestato o legal o intestada. Cuando se da de un testamento nulo o cuando el



testador instituye legados pero no herederos, a quienes les correspondería acogerse a la sucesión legal o intestada.

D) En Derecho Comercial: la legislación que regula la Sociedad Anónima Cerrada dispone en su art. que los con socios tienen prioridad de adquirir las acciones del accionista que fallece. Esta situación podría afectar el derecho de sucesiones de los herederos forzosos, por ejemplo.

E) En materia de Derecho de Menores, urge una concordancia con el Código de Niños y Adolescentes³, en los siguientes temas jurídicos:

- **En adopción** se ha desarrollado la modalidad administrativa en casos de "adopción tutelar" cuando la juez declara el abandono del niño o niña por no haber encontrado a los padres o por haber fallecido sus padres y no tener familiares que puedan pedir la guarda del menor.

En tal virtud, las adopciones pueden ser judiciales, notariales y administrativas, aún cuando el Código Civil se refiere únicamente a las adopciones civiles. Además hay juristas que dicen que la adopción es un parentesco civil, pero sabemos que el hijo adoptivo forma parte de la familia y por tanto este instituto forma parte de la filiación.

Por ello, considero que una sistemática adecuada tendría que reformar el Código Civil, teniendo presente que el Código sustantivo es el que regula la adopción; en tal virtud debería completar su articulado con los textos de la legislación notarial y de la legislación especializada del Código de los Niños y Adolescentes, actualizada con sus últimas reformas.

- **Patria Potestad:** El Código Civil regula el cuidado y responsabilidad de los padres con sus hijos menores de 18 años de edad, es decir los que son incapaces relativos y absolutos en lo

civil. Sobre esta responsabilidad paterno y materna, el novísimo Código Civil Brasileño de 2002, en vigor desde 2003, preceptúa la potestad familiar, reconociendo que hombres y mujeres, padres y madres asumen dicho encargo de la sociedad y del Estado. En el Perú también está a cargo de ambos padres este instituto, sin embargo vale la pena tener presente las consideraciones a las madres, a las mujeres.

Además tenemos que clarificar que la "patria potestad" del Código Civil se refiere solamente a los hijos menores de edad, pero no distingue si son o no niños y adolescentes, como sí lo precisa el Código de los Niños y Adolescentes, el que diferencia a los sujetos a la patria potestad, niños menores de 12 años y adolescentes de 12 a 18 años de edad..

- **Los "Alimentos"** como instituto están perfeccionados en el Código de los Niños y Adolescentes. Un ejemplo lo da la clasificación de beneficios, que van más allá de la casa, los estudios, comida y ropa. En el Código de niños y adolescentes se considera derecho de alimentos el derecho de recreación que tienen los menores, pero que en puridad tiene todo ser humano. De ahí la necesidad de incorporar las definiciones completas al Código Civil que es el que señala los derechos de las Personas y los derechos de los miembros de la familia, en los Libros dedicados a Personas y al Derecho de Familia, respectivamente.

NOTAS DE PIE DE PAGINA:

- (1) Código Civil Peruano de 1984
- (2) Meza Ingar, Carmen: "La Verdad Biológica ante la Ley" en Docencia et Investigatio. Volumen 9, N° 2, 2007
- (3) Código de los Niños y Adolescentes actualizado al 1 de julio de 2009

PROPUESTAS:

- 1.- El Código Civil de 1984 fue promulgado sin exposición de motivos, dificultando el estudio de sus institutos y concordancias.



- 2.- Se publicó por el Ministerio de Justicia, en 2005, un Anteproyecto de reforma del Código Civil Peruano, el que no ha sido bien recibido por la comunidad académica, especialmente la corrección a la tutela y curatela con la adición de los asistentes. Se entiende que los redactores han leído el Reglamento francés, derivado de Código civil en lo que regula la atención de los niños y ancianos en albergues, por empleados, denominados asistentes.
- 3.- Urge una revisión profunda de la legislación en cuanto a los derechos civiles.

BIBLIOGRAFIA:

- Alzamora Valdez, Mario: "Derechos Humanos", Lima, 1992
- Barros Errázuriz, Alfredo: "Curso de Derecho Civil" Volumen V, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1961
- Busnelli, Francesco: "Se nace por contrato", Universidad de Pisa, Italia
- Castillo Freyre: "El defectuoso anteproyecto de reforma del Código Civil y las personas naturales" en *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad Derecho, Universidad de Lima, N° 36-37, año 2006
- Código Civil Peruano, Edición Oficial
- Coello Nuño, Ulises: "La Constitución abierta como categoría dogmática", 2006
- Constitución Política del Perú, edición oficial
- Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, 1989
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer, ONU, 1979
- Cornejo Fava, María Teresa: "El Matrimonio", Lima, 2002
- Cornejo Chávez, Héctor: "Derecho Familiar Peruano", 1999
- Duran Abarca, Washington: "Nuestro Derecho Constitucional con naciones históricas aún no oficializadas", Lima, 2008
- Garrido Melero, Martín: "Derecho de Familia", Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992
- Maritain, Jacques: "El Humanismo", Editorial Dédalo. Buenos Aires, 1982
- Meza Ingar, Carmen: "Ideas para un Código de Familia", CONCYTEC, Lima, 1990
- Meza Ingar, Carmen: "Más allá de la Igualdad. Los Derechos de la Mujer al Año 2000", Amaru Editores, Lima, 1986
- Meza Ingar, Carmen: "La Verdad Biológica y la Ley", en *Docentia et Investigatio*, Volumen 9, N° 2, Lima, 2007
- Solari Tudela, Luis: "Derecho Internacional Público", Ediciones Studium, 1988
- Villanueva Merino, Rafael: "La responsabilidad civil a través del articulado del Código Civil" en *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, N° 35, 2004



- 2.- Se publicó por el Ministerio de Justicia, en 2005, un Anteproyecto de reforma del Código Civil Peruano, el que no ha sido bien recibido por la comunidad académica, especialmente la corrección a la tutela y curatela con la adición de los asistentes. Se entiende que los redactores han leído el Reglamento francés, derivado de Código civil en lo que regula la atención de los niños y ancianos en albergues, por empleados, denominados asistentes.
- 3.- Urge una revisión profunda de la legislación en cuanto a los derechos civiles.

BIBLIOGRAFIA:

Alzamora Valdez, Mario: "Derechos Humanos", Lima, 1992

Barros Errázuriz, Alfredo: "Curso de Derecho Civil" Volumen V, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1961

Busnelli, Francesco: "Se nace por contrato", Universidad de Pisa, Italia

Castillo Freyre: "El defectuoso anteproyecto de reforma del Código Civil y las personas naturales" en *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad Derecho, Universidad de Lima, N° 36-37, año 2006

Código Civil Peruano, Edición Oficial

Coello Nuño, Ulises: "La Constitución abierta como categoría dogmática", 2006

Constitución Política del Perú, edición oficial

Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, 1989

Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer, ONU, 1979

Cornejo Fava, María Teresa: "El Matrimonio", Lima, 2002

Cornejo Chávez, Héctor: "Derecho Familiar Peruano", 1999

Duran Abarca, Washington: "Nuestro Derecho Constitucional con naciones históricas aún no oficializadas", Lima, 2008

Garrido Melero, Martín: "Derecho de Familia", Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992

Maritain, Jacques: "El Humanismo", Editorial Dédalo. Buenos Aires, 1982

Meza Ingar, Carmen: "Ideas para un Código de Familia", CONCYTEC, Lima, 1990

Meza Ingar, Carmen: "Más allá de la Igualdad. Los Derechos de la Mujer al Año 2000", Amaru Editores, Lima, 1986

Meza Ingar, Carmen: "La Verdad Biológica y la Ley", en *Docentia et Investigatio*, Volumen 9, N° 2, Lima, 2007

Solari Tudela, Luis: "Derecho Internacional Público", Ediciones Studium, 1988

Villanueva Merino, Rafael: "La responsabilidad civil a través del articulado del Código Civil" en *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, N° 35, 2004