

## NECESIDAD DE ELABORAR UN CÓDIGO DE FAMILIA

Por: **Carmen Meza Ingar (\*)**

**SUMARIO.-** 1 Introducción. 2 Familia moderna. 3. El niño en nuestros días. 4. El Interés Superior de Niño. 5. Matrimonio. 6 Recomendaciones. 7. Conclusiones. Bibliografía.

### I.- 1. 1. INTRODUCCIÓN.-

Una seria reflexión sobre las normas que regulan la institución familiar, célula básica de la sociedad, nos motiva a pensar en dos extremos teóricos: quienes rechazan toda intromisión del Estado; y, las corrientes que condenan el privatismo excesivo que atribuía a la familia el derecho clásico, pues, en el hogar, dulce hogar, no siempre reinan la paz y la tranquilidad.

Se puede estudiar la naturaleza y esencia jurídica de la familia pero también su importancia social. Los tratadistas franceses como Mazeaud<sup>1</sup>, declaran que es "célula social por excelencia".

Interesa también saber si la institución familiar cumple o no requisitos legales. Hay, evidentemente, una autonomía privada de la

familia. Pero la vida familiar supone respeto a un orden social y el hecho de formar parte de una comunidad que tiene sus leyes, exige en consecuencia, que se respete un orden público en el cual todos debemos vivir. Por ejemplo, la monogamia es un deber, lo mismo que enviar a los niños al colegio o el hecho mismo de no incurrir en el ilícito de la violencia familiar.

Las dos tendencias generaron la formación de seguidores del derecho público y otros prefirieron el derecho social, aún cuando la familia, como institución primigenia, exige una tutela del Estado y ello dio como consecuencia una legislación tutelar; es decir, más protectora de la institución o de los miembros débiles de la familia, como los niños y los ancianos.

---

(\*) Profesora Principal de la Facultad.

<sup>(1)</sup> Mazeaud, Henry León y Jean: "Lecciones de Derecho Civil" Parte I, Tomo IV, Buenos Aires, Europa-América, 1959. Hoy, tenemos, aparte del Código Civil, Libro III, dedicado a la Familia, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley de Política Poblacional, la Ley de Violencia contra la Mujer, la Ley del Vaso de Leche, la Ley de la Mujer Rural....etcétera. Falta exponer, en un gran debate, con diversos estratos de la población, argumentos sobre la conveniencia de contar con un código propio, que responda a las auténticas aspiraciones de la familia peruana.



Sobre este tema, vale la pena recordar que Su Santidad León XIII afirmó en el siglo XIX, año 1891: "...si alguna familia se hallase en extrema necesidad y no pudiese valerse sin salir de ella por sí en materia alguna, justo sería que la autoridad pública remediase esta necesidad extrema, por ser cada una de las familias parte de la sociedad. Y, del mismo modo, si dentro del hogar doméstico surgiese alguna perturbación grave de los deberes mutuos, interpóngase la autoridad pública para dar a cada uno lo suyo, pues no es esto usurpar los derechos de los ciudadanos, sino protegerlos y asegurarlos con una justa y debida tutela..."

Las constituciones políticas ofrecen una protección de la familia, de la maternidad, del niño, del anciano. No hablan de los jóvenes, aunque tenemos ahora una Ley del Consejo Nacional de la Juventud, que cubre una porción de ese silencio constitucional frente a gran parte de la población peruana, los que se encuentran entre los 15 y los 29 años de edad.

Al hablar de la familia, propiamente, se carece de un sistema que ordene la normatividad dispersa en un cuerpo de leyes, en forma orgánica, con objetivos precisos.

Para algunos estudiosos, lo primero sería formular una compilación de normas referidas a la legislación sobre familia; para otros, el esfuerzo debe ser más profundo y dirigirse hacia la elaboración de un código de familia. Hay, actualmente temas del derecho de familia que no han sido debidamente desarrollados y también hay concordancias y contradicciones con el derecho de las personas que permanecen irresueltos todavía.

## 2.- FAMILIA MODERNA.-

Para llegar a la institución de nuestros días

tendríamos que leer los Códigos de Hamurabi y de Manu y seguir toda la historia del Derecho Romano, de los pueblos bárbaros y germanos y la legislación de los fueros en la Península Ibérica.

También hace falta un estudio del Derecho Pre Incaico y del Incanato y de varias instituciones familiares que subsisten hasta hoy, como el servinacuy.

Sin embargo, debemos reconocer que el fortalecimiento de la familia surge del debilitamiento de la primogenitura por ejemplo.

Las monarquías se vuelven domésticas, pues crece la autoridad del marido. No obstante ello, cambia el lugar del niño anónimo de la Edad Medieval para tener protagonismo. Se impone la cultura del "ternurismo", el niño es primero en todo. Los padres ceden sus derechos y prioridades. Se impone el principio del "interés superior del niño" en unos casos y "del menor" en otros.

Hoy, la clasificación de la familia es más amplia que la gregaria y la nuclear. Existe la familia incompleta, la familia dirigida por mujeres debido al abandono paterno.

También se puede decir que los sociólogos han estudiado a la familia rural y a la familia urbana. Pero en esencia debemos dedicar nuestros estudios a las relaciones paterno filiales, a los deberes y obligaciones entre los cónyuges y al aspecto patrimonial de los miembros de la familia.

## 3.-EL NIÑO EN NUESTROS DIAS.-

La familia moderna se organiza en torno al niño, quien se convierte en un factor indispensable, concentra en él todas sus energías



y –por ende– lo retira de la comunidad de los adultos.

Con ese propósito, la familia entera se aísla de la sociedad y le opone a ella el grupo de padres e hijos, con lo que queda entablado el canal para fomentar relaciones más afectivas entre unos y otros. A la antigua indiferencia con el niño, le siguió un afecto obsesivo, y con ello el nacimiento de otras situaciones y nuevos desafíos para el futuro en la educación de la infancia.

En este campo se advierte que la aparición de la escuela, tal como la conocemos hoy, hizo posible la clasificación de edades y con ello la prioridad a los infantes y pequeños. En verdad, fue en el siglo XVII que la escuela reemplaza a la formación práctica de aprendizaje por una instrucción más especializada y teórica, que constituye una dedicación de los padres a interesarse por la educación de sus hijos.

Se sabe que la educación de las niñas no fue en forma paralela a la de los niños, pero se desarrolló un sentimiento de los significados de “familia” y de “infancia”

El modelo de “niño rey” propicia surgir ese principio hoy estudiado sobre “el interés superior del menor”. Es una fórmula, a veces de gran ambigüedad y no sería más beneficioso a los niños si es que los padres no entienden a cabalidad el contenido de dicho principio.

De todos modos hubo sobre protección de la familia y del niño, aún cuando no siempre los jueces han entendido los matices de los conflictos de intereses de los niños y de los adultos.

Hay, esfuerzos notables que se reflejan en las Declaraciones y Convenciones Internacionales sobre los Derechos de los niños.

#### **4.- EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.-**

Este principio estuvo presente en la historia del Derecho de Menores porque siempre los jueces han procurado decidir a favor de los derechos de los menores, considerando que no siempre los niños tienen abogado en los procesos que sus padres siguen en los tribunales y en los que se ve situaciones que marcan su destino.

Uno de los hitos en este estudio fue la Convención Internacional para eliminar todas las formas de discriminación de la mujer, adoptada por la ONU en 1979. En su numeral 16 inciso f se refiere al probable conflicto de interés sobre los derechos de las mujeres frente a los de sus hijos, y claramente preceptúa que se dará prioridad a los derechos de los hijos, consagrando internacionalmente el principio que ya estaba inscrito en las conciencias de los ciudadanos y sobre todo de quienes trabajamos por el bienestar de la población infanto juvenil.

Refiriéndonos a las Convenciones es muy importante reconocer el trabajo de diez años de expertos de Naciones Unidas, desde que se proclamara el “Año Internacional del Niño” en 1979 hasta que se adoptara el 20 de noviembre de 1989 por la ONU la Convención de los Derechos del Niño, puesta en vigor en 1990 y que en su numeral 20 contiene una palabra árabe, la kafala, referida a una institución del Derecho Islámico, que no acepta la Adopción de niños, pero si el compromiso de adultos frente a los huérfanos.



La puesta en marcha de dicha Convención llamó la atención de los entendidos y muy pronto se habló de las Reglas de Pekín, debido a un esfuerzo por uniformar las normas de distintos sistemas jurídicos a favor de los menores. También se estudió la necesidad de elaborar los Protocolos para que procesalmente se hagan viables otras formas de protección de la infancia abandonada.

Nótese que la Convención estudia y protege a los niños que se encuentran bajo la patria potestad, a los niños abandonados, a los niños institucionalizados y a los menores que se encuentran en los conflictos armados.

Se estudió y elaboró dos protocolos complementarios de la Convención, que han sido puestos en vigor en el año 2002. El primero de ellos, rige desde el 18 de enero de 2002 y se refiere a la prohibición de enrolar niños en los conflictos armados, con concordancia con la Convención 182 de la OIT, sobre erradicación del trabajo infantil

El otro protocolo entró en vigor el 12 de febrero de 2002 y se refiere a la prohibición de la venta de niños, a la prohibición de la pornografía y de la prostitución infantil y a la prohibición del tráfico de niños.

Con la vigencia de los protocolos mencionados se afirma la posibilidad de proteger, efectivamente, los derechos del niños, si los Estados dedican personal capacitado y moralmente comprometido con la defensa de los derechos de nuestros futuros ciudadanos, que hoy son hombres y mujeres en miniatura.

En esta área dedicada a los niños debe tenerse presente que en el campo nacional e internacional se habla de "políticas" que

debe seguirse sobre algunos problemas, y, entre ellos el referido a la infancia abandonada o a la niñez de los ambientes de "pobreza". Sin embargo, sobre el status de los niños, mejor dicho sobre el elemental derecho a la "identidad" de todos los niños, sin discriminación, no se ha profundizado en cuanto a la legislación vigente referida al derecho al nombre y al estudio de la "filia-ción".

En efecto, una lectura rápida de los artículos 19 y 21 del Código Civil, así como los preceptos números y del Código de los Niños y Adolescentes, nos dice que es propósito de los legisladores peruanos dar "su" nombre a los recién nacidos y a toda persona en general.

La lectura más detenida y comparada, especialmente si complementamos dichos textos con el Reglamento del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC), art. 37 nos lleva a constatar que el legislador peruano se aleja de ese principio o máxima: "el interés superior del niño". Así es, por dicha norma de orden legal quedan excluidos de la inscripción del nacimiento muchos niños, cuyos padres no concurren personalmente al Registro. El art. 37 referido dice que solamente se inscribirá con sus respectivos apellidos a los niños cuyos padres (extra matrimoniales) concurren personalmente a dicho registro.

Hay madres que se ven impedidas de inscribir a sus hijos, esperando la voluntad del padre, porque es su deseo que su vástago cuente con los apellidos que señalen su verdadera "identidad".

Nótese que el hecho de tener un nombre o apellido, sin que lo declare el progenitor no obliga ni vincula al supuesto padre, pues el



régimen o sistema jurídico latino, formal, que sigue el Perú requiere que el padre o madre declare voluntariamente, si no está casado con el otro progenitor. En el caso de padres matrimoniales no hay problema. Solo para quienes no han contraído matrimonio, pero en esta situación, la legislación ha omitido “diferenciar “identidad” o “nombre” frente al derecho a la filiación.

Si se considera en puridad el derecho a tener identidad, a nadie se le puede privar del efectivo ejercicio de ese derecho y a ostentar el nombre correspondiente. Pero la legislación peruana ha confundido los casos de “nombre” o “identidad” con “filiación”. La filiación es voluntaria si los progenitores inscriben a sus hijos. Es judicial si luego de un proceso, el juez declara la paternidad o la maternidad respectiva<sup>(2)</sup>.

Como vemos los legisladores están bien lejos de conocer el principio del “interés superior del niño”. Si se lee los preceptos mencionados, la exclusión de los derechos de los pequeños a ejercer efectivamente el derecho a la identidad, sólo protege mentalidades muy atrasadas, que ignoran el significado de nombre de cada persona, frente a la comunidad entera. Filiación significa entroncamiento en una familia y si se podría decir que vincula y garantiza transmisión de valores, tradiciones, todo lo que da la pertenencia a una familia dada.

Para garantizar los derechos del niño tendría que derogarse los artículos 37 del Reglamento de RENIEC y 21 del Código Ci-

vil. Y, para mayor abundamiento debe autorizarse que los registradores anoten los apellidos de los progenitores, bajo responsabilidad civil del declarante. Solo así se estaría cumpliendo con el principio que reconoce el “interés superior del niño”.

**5.-MATRIMONIO.-** La historia del matrimonio es muy antigua, sin embargo quisiéramos incidir en que el Derecho Canónico trajo el concepto de libertad para contraer matrimonio y con ello la opinión de ajenos que reforzaban la idea del matrimonio - contrato. No obstante ello, y aún cuando la institución matrimonial tiene varias connotaciones similares a las de un contrato, no es tal. El matrimonio va más allá si constatamos que, gracias a la unión matrimonial se instituyen familias, nacen los niños y no se sabe si nacen uno o varios hijos, pese al deseo de los padres de tener un número señalado. Se da también la institución del parentesco consanguíneo y por afinidad. Quiere decir que el matrimonio es una institución permanente, que puede tener problemas y que muchas veces no está al alcance de todos una solución a sus varias preocupaciones, como institución humana no cuantificable ni predecible.

El Derecho Canónico, y sus antecedentes, nos invitan a una reflexión sobre los valores de la familia y también sobre grandes influencias en la legislación moderna<sup>(3)</sup>.

No se puede guardar silencio sobre la importancia del Concilio de Trento celebrado de 1543 a 1563 y que facilitó se instalaran

<sup>(2)</sup>De la ponencia de la autora sustentada en el Congreso de la Unión Internacional de Abogados, UIA, Nueva Delhi, India, noviembre, 1999

<sup>(3)</sup> Código Canónico de 1983, Ediciones de la Biblioteca Cristiana, Salamanca, 1985



los famosos REGISTROS de matrimonios, después Registros de Bautizos, Matrimonios y Defunciones. Cuando se celebró el Concilio de Trento era la época de los grandes viajes, en los que los europeos podían sorprender a familias diciendo que eran solteros, pero esos “registros” garantizaban en todos los continentes la calidad de soltero o de casado de cada cristiano o católico, pues, los párrocos tenían que anotar si se casaba el bautizado en el margen de la partida...y con la partida de matrimonio ocurría igual anotación si había o no viudez por ejemplo.

Después de varios siglos, el Derecho Civil del siglo XIX ha generalizado en el mundo de todos los credos tales registros, iniciados en las Parroquias de todo el mundo como garantía de la “monogamia”.

Tendríamos que estudiar también el principio de la indisolubilidad, que estuvo presente durante siglos en la legislación peruana si advertimos que los peruanos han contraído matrimonio religioso desde la llegada de los españoles hasta el año de 1930, ya que en dicho año, en el mes de octubre se aprobó la Ley del Divorcio vincular y se separó claramente los matrimonios canónicos y los de carácter sacramental o religioso. Anteriormente todos los peruanos, con excepción de algunos que se declararon ateos, contraían matrimonio eclesiástico con calidez legal. Los párrocos enviaban circulares a los Municipios con las listas de los casados en su parroquia en cada mes calendario.

Los ateos podían contraer solo matrimonio civil en los Municipios, a su solicitud, pero el gran porcentaje de peruanos contraía matrimonio religioso y estaba inscrito en las parroquias y en los municipios.

Las edades de los contrayentes ha variado,

la última enmienda igualitaria de 14 de noviembre de 1999 no permite matrimonio de menores, si no han cumplido por lo menos 16 años de edad tanto varones como mujeres.

El estudio de los deberes y derechos de los cónyuges incluye un principio valioso: el de la “fidelidad”.

No obstante ello hay pocos estudios dedicados a lo que en esencia es el principal deber de los que contraen matrimonio. Fidelidad viene de “FIDES”, fe, quiere decir, tener fe en el otro, confiar. Los casados serían siempre felices si vivieran en esa confianza y fe recíproca que supone el matrimonio.

Como quiera que la humanidad es difícil, desde 1930 el Perú admite la institución del “divorcio” vincular, para dar fin o término a un matrimonio en el que uno o los dos cónyuges haya incurrido en causal debidamente comprobada. También existe el divorcio, basado en el consenso, es decir, el acuerdo de ambos.

El Código de 1936 con su enmienda, recogió ese instituto. Igualmente el cuerpo de leyes de 1984. Sin embargo existía una corriente singular que buscaba “facilitar” el divorcio a los casados que vivían separados de hecho, sin conocimiento del juez.

Los que nos opusimos a tal introducción legal alegábamos en primer lugar la situación de injusticia del que es abandonado y luego divorciado, o también el hecho de no contar con la “fecha cierta” que es un elemento sine qua non para iniciar las demandas de separación o de divorcio.

El 7 de julio de 2001 se incorporó esa cau-



sal a nuestra legislación, pero se dejó a salvo el derecho de los hijos menores, si los hubiere; y, también el de los terceros, pues se obliga a los demandantes y demandados a registrar en el libro de personas la fecha de la separación, requisito que garantiza los intereses de terceros frente a los que formaban la pareja matrimonial.

Con las modificaciones al proyecto inicial de incluir en la legislación peruana la separación de hecho como causal de divorcio, se acoge propuestas que alejan el ante proyecto que deseaba un “divorcio automático” primero y luego buscaba solucionar problemas de una parte de ciudadanos no respetuosos de la formalidad y –en puridad– del estado de derecho.

La incorporación de esa nueva legislación al art. 333 como causales 11 y 12 ha significado clarificar el verdadero número de casos que pugnaba por el cambio, que no pasa del centenar de demandas, frente a la propaganda que algunos interesados en el tema mencionaban y aseveraban que había un millón de posibles nuevos demandantes beneficiarios de la reforma referida.

Con las referencias al “matrimonio” y al “divorcio” estudiamos temas medulares del Derecho de Familia. Quisiéramos referirnos al Derecho de Alimentos o también a instituciones como la “patria potestad”, la “tutela” o el “consejo de familia”, pero son instituciones en constante revisión y que nos obligaría a mayores comentarios.

#### **6.-RECOMENDACIONES:**

1.-La Universidad Peruana y especialmente San Marcos, tiene el deber de difundir entre la ciudadanía el capítulo de deberes y derechos, conteniendo prioridad la sección de-

dicada al “matrimonio” y a la “familia”

2.-Los abogados y profesores tenemos el deber moral de enseñar con metodología y pedagogía especializada el significado de las instituciones familiares a los miembros de la comunidad, para fortalecer – entre todos– la célula básica de la sociedad.

3.-Una de las tareas más importantes de la Biblioteca sanmarquina debe ser la difusión de cartillas sobre Deberes y Derecho y sobre Familia y Sociedad.

4.-Las Unidades de Investigación de las Facultades de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos tienen un compromiso moral con la comunidad nacional y uno de los pilares de ese vínculo es la difusión de los valores espirituales y de la necesidad de respetar los derechos de cada persona y de cada familia.

#### **7.- CONCLUSIONES:**

1.-Los estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos tenemos el deber y el derecho de profundizar el estudio e investigación sobre las formas de familia peruanas.

2.- Los integrantes de las Facultades de Derecho y Ciencia Política estamos comprometidos con poner nuestros conocimientos al servicio de la comunidad local, nacional e internacional en lo referido a la protección de los niños y de las familias que viven en la pobreza.

3.-Consideramos de utilidad se promueva y amplíe las actividades de los Talleres, especialmente del que trabaja por la Defensa del



Niño y de la Familia.

4.-Se debe –además–auspiciar y propiciar la coordinación de los Talleres de estudio e investigación vinculados a los temas de Derecho de Familia, Derecho del Trabajo, Derecho de Menores y Derecho Internacional.

### 8.- BIBLIOGRAFIA:

Bazán, Víctor: “El Interés Superior del Niño como criterio de atribución de la tenencia de los hijos”, Buenos Aires, 1997

Cabello, Carmen Julia: “Divorcio y Jurisprudencia”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999

Código Civil Peruano de 1984, Lima, Edición Oficial

Colin, Ambroise y Capitant Henry: “Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo I, Instituto Editorial Reus, 1941

Constitución Política del Perú, Edición oficial, Lima, 2000

Cornejo Chávez, Héctor: “Derecho Familiar Peruano” Editorial Studium, Lima, 1988

Mazeaud, Henry León y Jean: “Lecciones de Derecho Civil”, Parte I, Tomo IV, Buenos Aires, Europa-América, 1959

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

Meza Ingar, Carmen: “Reflexiones de Fin de Siglo”, Ediciones Exigráfica, Lima, 1999

Mizrahi, Mauricio Luis: “Familia, matrimonio y divorcio”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998

Revista Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República

Vidal Ramírez, Fernando: “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año II, N° 2, Diciembre, 1995