

## URGENTE REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ *URGENT REVIEW OF FAMILY LAW IN PERU*



**Carmen Meza Ingar<sup>1</sup>**

Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ciudad Universitaria Av. Venezuela s/n. Lima-Perú.

cmezai@unmsm.edu.pe

Aceptado: 01-03-016

Aprobado: 31-05-016

### SUMARIO

Resumen. Abstract. Palabras clave. Key words. I.- Introducción.- II.-La familia en el mundo.- II.-I.-Derecho de familia en el Perú prehispánico.- IV.-Naturaleza jurídica del matrimonio.- V.- Importantes enmiendas legales sobre los hijos menores de edad.- VI.-Recomendaciones.- VII.-Conclusiones. VIII. Notas de pie de página.- IX. Referencias bibliográficas.

### RESUMEN

El estudio ha verificado la falta de concordancias entre la legislación que regula los derechos de la familia y del menor en el Perú, con las normas constitucionales y tratados internacionales, que forman parte de la legislación nacional.

Durante 22 años, el Perú, por el mérito del art. 21 del Código Civil de 1984, impidió el registro de niños nacidos fuera de matrimonio. Si bien dicho numeral fue modificado por la Ley 28720 modificando los artículos 20 y 21 del Libro I del Código Civil, y otros del Libro III, referidos a que todos los niños deben tener los apellidos de sus padres, se derogó, asimismo, el art. 392

que prohibía que el hijo no reconocido llevara el apellido de su presunto padre, con la nueva ley el Registrador debe poner en conocimiento del presunto progenitor, el hecho de la inscripción. Dicha obligación administrativa, resulta imposible, si muchas veces no se puede ubicar a los mencionados en los registros precitados.

Además, en la fecha, tienen vigor los artículos 423 y 415 del código pre citado manteniendo normas de discriminación hacia parte de la población<sup>2</sup>. Mediante el art. 423 en mérito de la patria potestad, algunos padres podrían solicitar al juez que internen a sus hijos en locales inadecuados para su educación integral, y, mediante el art. 415, del mismo cuerpo de

1 MEZA INGAR, Carmen. Doctora en Derecho, UNMSM. Docente en Pre y Postgrado.,

2 Ver el Código Civil, de Aníbal Torres Vásquez. El 30 de diciembre del 2015, cuando se había culminado el trabajo de investigación, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley Nº 30403 derogando el numeral 3 del artículo 423 referido a la corrección moderada de los padres, pero cuando no obedeciere el hijo podrían pedir al juez su internamiento en un establecimiento, lo que quería decir internarlo a Maranga o uno similar, donde los niños no se educan.



leyes, el Perú tiene una clasificación de hijos única en el mundo, la de los “hijos probables”, pese al avance la ciencia, con métodos de gran certeza, como el de ADN, que no se aplican en todo el territorio. La inaplicación del ADN impide la correcta investigación de la paternidad y el ejercicio pleno de los derechos de todos los niños, al ser imposible el conocimiento de su verdadera identidad.

Igualmente se ha comprobado que la Ley General de Salud, mediante su art. 7, ha suplido, en parte, el silencio del Código Civil Peruano de 1984, en vigor, el que no menciona, solo ignora los nacimientos resultados del Método de “Reproducción Asistida”, que revolucionó el mundo en 1970.

En cuanto a la regulación del matrimonio de menores, la edad señalada en el Código Civil, no incluye los casos de menores que pertenecen a algunas comunidades nativas.

## ABSTRACT

The study has verified the lack of concordance between the legislation governing the rights of the family and the child in Peru, with constitutional norms and international treaties, which are part of national legislation.

For 22 years, Peru, by the merit of art. 21 of the Civil Code of 1984 prevented the registration of children born out of wedlock. Although this clause was amended by Law 28720 amending Articles 20 and 21 of Book I of the Civil Code and other Book III, referring to that all children should have the surnames of his parents, also he repealed section 392 prohibiting the unacknowledged son take the surname of his alleged father, with the new law the Registrar must give notice to the alleged parent, the fact of registration. Such administrative obligation is impossible, if often can not locate the records mentioned in the pre cited.

In addition, at the time, have force Articles 423 and 415 of the pre code referred maintaining

standards of discrimination against part of the population (1). By art. 423 in recognition of parental authority, some parents may ask the judge who intern their children in local unsuitable for comprehensive education, and through art. 415, the same body of laws, the Peru is rated only children in the world, the “probable children” despite the progress of science, methods of great certainty, such as DNA, which do not apply throughout the territory. Deviations of DNA, prevents proper investigation of paternity and the full exercise of the rights of all children, being impossible to know their true identity.

It has also been found that the General Health Law, through its art. 7 ha supplied, in part, the silence of the Peruvian Civil Code of 1984, in force, which does not mention, only ignores births results Method “Assisted Reproduction”, which revolutionized the world in 1970.

As to the regulation of marriage of minors age, set forth in the Civil Code does not include cases of minors who belong to native communities.

## PALABRAS CLAVE

Familia. Ley. Realidad Nacional.

## KEYWORDS

Family. Law. National Reality.

## INTRODUCCIÓN

El estudio: “Urgente revisión de la legislación familiar en el Perú” ha ubicado normas expresas que contradicen la Constitución, como el art. 392 del Código Civil Peruano, en vigor, que prohíbe a los hijos nacidos fuera de matrimonio, ostentar el apellido de su progenitor. Además, mediante el art. 396 del mismo cuerpo de leyes se justifica que solo el padre de familia casado pueda impugnar la paternidad, en su caso, y no admite los derechos de la madre, ni



del hijo, ni de sus representantes legales, o los derechos de su posible padre, ni en casos de comprobado abandono de hogar, tan frecuentes en la realidad social cotidiana<sup>3</sup>.

En efecto, no se considera en la norma legal en vigor, art. 396 del Código Civil Peruano, los derechos del “padre biológico” en el derecho a registrar el nacimiento de su hijo, si la madre se encuentra casada con otro ciudadano, aunque estuviere ausente.

También está cuestionado el trato dado a las “mujeres casadas, abandonadas por su cónyuge”. Muchas mujeres casadas, abandonadas por sus cónyuges, están impedidas legalmente de registrar a sus hijos nacidos de posteriores uniones, como consecuencia de ese estatus no pueden solicitar las pruebas de paternidad modernas, que la verdad biológica, en mérito del pre citado art. 396 del C. C. que solo faculta a impugnarla paternidad matrimonial al casado con la madre, mas no a ella, ni al padre biológico, originando postergación de sus derechos al recién nacido y dificultando la aplicación del principio del “interés superior del niño”.

La casuística no es simple, pues en casos de abandono, el marido, es decir, el casado que abandonó su hogar, puede ignorar el nacimiento de otro niño y por tanto será imposible que demande o impugne su paternidad. Según el art. 396 solo ese sujeto, el marido de la madre es el padre, y es el único titular para contestar la paternidad, originando este precepto 396 varios problemas de orden social y civil.

El estudio completo del art. 396 del C. C. comprueba que existen graves casos de discriminación y exclusión como consecuencia de dicho precepto de orden legal vigente.

Asimismo existe un vacío de la ley sobre las consecuencias de los conflictos de interés económico que se dan, frecuentemente, en casos de padres viudos y sus hijos, a los que adminis-

tran su patrimonio, en mérito del art. 606 del Código Civil Peruano<sup>4</sup>.

Igualmente se ha comprobado que no existe regulación precisa que ampare los derechos de los discapacitados o de los menores, niños y niñas, abandonados a lo ancho del territorio de la República. Solo se encuentran algunas obras de pequeño alcance asistencialista.

Y, más aún, la situación de los nacimientos mediante “reproducción asistida” no están amparados legalmente en el Perú. Dichos nacimientos se producen y tardíamente la Ley General de Salud N° 26842, en su art. 7, es la única norma que le da sustento legal.

## 2. LA FAMILIA EN EL MUNDO:

### 2.1. *Origen de la Familia*

Uno de los códigos más antiguos del mundo, el de Hamurabi, distingue la ley de la religión. En un histórico grabado se ve al rey Hamurabi recibiendo las leyes del dios Shanash, era dios babilónico del sol y de la luna, 1,730 años antes de Cristo. En ese código se diferencia la moral, lo religioso y lo jurídico.

Pero es necesario considerar que en anteriores épocas, como explica Fustel de Coulanges la religión influía en las familias.

Cuando se habla de religión, muchos creemos que siempre fueron como nosotros las conocemos o las vivimos, pero los estudiosos de la antigüedad recomiendan no representar la religión antigua como las que se han fundado más adelante en la humanidad, es decir, en las etapas civilizadas.

Hace miles de años había cerámica cocida, como símbolo de desarrollo, en algunas culturas peruanas; igualmente como etapa de progreso, el género humano solo admite una doctrina religiosa mediante dos condiciones: una, que le anuncie un dios único, y, la otra que se dirija a todos los hombres y sea accesible a todos, sin rechazar sistemáticamente ninguna clase ni raza. Pero la religión de los primeros

3 Léase el artículo 396 del Código civil del mismo Aníbal Torres. El artículo mencionado tiene varios ángulos de discriminación mediante el derecho a las personas de la madre, del hijo y, si fuera el caso, del padre biológico en relación a los derechos de educar a su hijo y responsabilizarse, en la amplia casuística de dicho precepto legal.

4 Torres Vásquez Aníbal. Código Civil, Art. 606. Tomo I, pág. 649.



tiempos no llenaba ninguna de estas dos condiciones. No solamente no ofrecía a la adoración de los hombres un dios único, sino que sus dioses no aceptaban la adoración de todos los hombres.

No se ofrecían como dioses del género humano. Ni siquiera se parecían a Brahma, que al menos era el dios de una gran casta, ni a Zeus Panhelénico, que era el de una nación entera. En esta religión primitiva, cada dios solo podía ser adorado por una familia.

Esta noción es muy importante para comprender la estrechísima relación que se estableció entre esas antiguas creencias y la constitución de la familia griega y romana.

El culto de los muertos se rendía solo a los que pertenecían por la sangre. En cambio ahora veneramos a los santos, personas de vida extraordinaria que son ejemplo para pobladores de todo el mundo y para las distintas generaciones.

Igualmente había comidas o ágapes fúnebres a los que asistían solo los familiares y eran excluidos los extraños. Se creía que el muerto solo aceptaba la ofrenda de mano de sus descendientes. Nótese que los musulmanes, hasta ahora tienen el derecho sucesorio *ius sanguinis*, por eso no aceptan el instituto de la adopción. En el Derecho Islámico solo heredan los hijos, los nietos, la familia consanguínea. A los niños de otras familias solo pueden darle educación, regalos, etc., donaciones, mas no herencia. Son los rezagos de épocas ancestrales.

En la antigüedad la presencia de un hombre que no perteneciera a la familia turbaba el reposo de los manes. Por eso la ley prohibía que el extranjero se acercara a una tumba. La religión no residía en los templos, sino en las casas, como escribe Fustel de Coulanges, en "La Ciudad Antigua".

Tanta importancia tenía la vida doméstica que se prohibía el celibato, como si fuera delito. En el Tratado de las Leyes de Cicerón, contiene una que prohíbe el celibato. En Esparta, la legislación de Licurgo castigaba con una pena severa al hombre que no se casaba.

Se sabe por el avance de la historia que cuando el celibato dejó de ser prohibido por las leyes, continuó siéndolo por las costumbres. Es que el hombre no se pertenecía a si mismo, sino que pertenecía a la familia.

Es que la familia es la institución que en todas las épocas es reconocida como una formación social diferente del Estado.

### 2.2. *La Familia en el Derecho Romano*

Modestino definió al matrimonio romano, basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas como *conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divine atque humani iuris communicatio* (unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del Derecho Humano y del divino)<sup>5</sup>.

## 3. DERECHO DE FAMILIA EN EL PERÚ PREHISPÁNICO

### 2.3. *Antigua Familia Peruana*

El Estado Inca le dio suma importancia a la institución familiar y el ciclo vital del pueblo estuvo planificado.

Dentro del ayllu las autoridades del incanato organizaron a la familia y en base a las agrupaciones de familias se fundaban las aldeas, se distribuían los tupus que les daban a los purics (Jefes de familia). También se pagaba tributos.

El "tupu" o topo era una unidad económica que representaba la extensión de terreno necesaria para alimentarse a lo largo de un año a un hombre casado y sin hijos, porque al advenimiento de cada hijo varón recibía un tupu más y si la nacida era hija solo recibía medio tupu.

El tupu significaba una uniformidad de las necesidades en cada comunidad, era una medida elástica, variable según las regiones. La mayoría de los cronistas e historiadores fijan su extensión en 2700 metros cuadrados, más o menos una fanegada y media.

5 Meza Ingar, Carmen. Ideas para un Código de Familia, pág. 20



La familia biológica compuesta por el padre, la madre e hijo que vivían en casas o celdas denominadas “kupki”, fue objeto de gran atención por el Estado y prueba de ello es su intervención en la clasificación por edades, la fijación de la edad matrimonial, el establecimiento del matrimonio monogámico y endogámico, los principios de obediencia imperativos en la niñez.

El Imperio Incaico tuvo una política demográfica porque se preocupó del aumento de la población y para ello impuso el matrimonio obligatorio dentro del límite de edad prefijado, y, dictó leyes contra el infanticidio.

Guaman Poma de Ayala recoge el precepto que atribuye al Inca Túpac Inca Yupanqui:

“Quien tuviera un hijo fuera honrado Yapay Clasca y a los de dos hijos hecho merced y a los de tres les dieran sementeras, pasto y tierras; a los de cinco hijos mandó que fuesen “mandocillos” de sus hijos; y a los de 30, 40 y 50 hijos que se poblasen donde pidiesen en el pueblo y tierra baldía y fuesen señor de ellos”<sup>6</sup>.

Toda la colectividad intervenía en las ceremonias de iniciación, de las cuales la primera consistía en dar nombre a los vástagos y cortarles el pelo entre los 1 y 2 años, bautismo, o, corte de pelo, en la sierra “rutuchicuy” y en la costa “píchate”, que consistía en cortarles las trencitas hechas especialmente para esta fiesta, iniciando en primer lugar los parientes más cercanos, el corte de cada trencita que equivalía a un regalo. La fiesta era una presentación del niño a los parientes, fue instituida por el Inca Manco Capac al darle nombre a su hijo Sinchi Roca. La ceremonia tenía fondo musical, había danzas, comida y chicha.

Según Tschudi, en el Collao existía la costumbre de que a los niños nacidos durante el año se les vestía con ropa de colores especiales y se les pintaba la cara con sangre de vicuñas cazadas ex profeso, jugando un papel el Lari o tío materno. El niño estaba sujeto a la más rígida disciplina.

En versión de Garcilaso al niño se le bañaba en agua fría y solo se le amamantaba tres veces al día, “para no habituarlo a la glotonería”<sup>7</sup>.

La madre no cargaba al niño ni siquiera para alimentarlo y apenas empezaba a andar, éste tenía pequeñas obligaciones tales como desgranar el maíz o espantar a los pájaros. Usualmente hacían un hoyo en el suelo para colocarlo durante sus ocupaciones.

En palabras de Bartolomé de las Casas, a los 8 años tenía lugar “otra ceremonia en que se le volvía a cambiar el nombre, y a los 18 años, se repetía el cambio”. Esta modalidad de cambiar los nombres subsiste hasta el presente en algunas comunidades, como los machiguengas de Madre de Dios. Ellos colocan diminutivos a los recién nacidos, a los 8 años les cambian otros diminutivos y a los 18 años le reconocen su nombre de adulto. Esta costumbre crea algunas preocupaciones y problemas a los habitantes porque los registros de nacimiento no admiten modificaciones, salvo por orden judicial. No les han explicado que se deben inscribir con sus nombres de adultos, aún cuando tengan diminutivos en el ambiente familiar o de la comunidad, de acuerdo a sus costumbres.

La educación de esa época se basaba en la disciplina y la obediencia era una ley imperativa para niños y jóvenes, y la falta a este precepto se sancionaba con excepcional dureza.

Guaman Poma de Ayala dice que otras de las leyes de Túpac Inca Yupanqui fue la siguiente: “Que los mozos y los niños fuesen obedientes a sus padres y madres y los demás viejos, ancianos y señores grandes y a los mayorazgos de todo este reino. Y que no cumpliendo por la primera vez fuese azotado y por la segunda fuese desterrado a las minas de plata y oro”<sup>8</sup>.

Además agregó Guaman Poma de Ayala: “cuando muchachos no comían cosa de cebo, no cosa de miel, ni ají, ni sal, ni vinagre, ni chicha”<sup>9</sup>. Este testimonio es prueba del conocimiento de las dietas balanceadas para los jóvenes en crecimiento.

Para los muchachos era importante la edad, porque en la adolescencia o la pubertad, recibían la Huara o calzón, en señal que eran hombres. Ese día se celebraba la fiesta del Huara-

6 Geng Delgado Federico. Historia del Derecho Peruano, pág. 47

7 Geng Delgado, Federico, Historia del Derecho Peruano, pág. 51

8 Geng Delgado, Federico, Historia del Derecho Peruano, pág. 52

9 Geng Delgado, Federico, Historia del Derecho Peruano, pág. 53



chicu. Si se trataba de un joven noble, el Inca le horadaba las orejas con alfileres de oro como distinción real, con lo cual quedaba incorporado a la nobleza, convirtiéndose posteriormente en "orejón" debido al peso de los pendientes o aretes que usaban.

Si se trataba de mujeres, a los ocho años de edad podía ser escogida por el Apupanaca que tenía la misión de seleccionar a las doncellas para el Acllahuasi.

Luis E. Valcárcel informó que cuando las jóvenes llegan a los 15 y 16 años pasan por el rito del Quicuchicuy, que se caracteriza por cierto aislamiento de la joven durante un tiempo, para después ser presentada en público con un peinado nuevo, el cual usaría de por vida; también se le alargaban sus vestidos, a fin de demostrar su paso de niña a mujer.

El Huarachicu se caracteriza por pruebas de fortaleza y virilidad. De este modo se inicia el período en el que el hombre es cabal, así como la mujer, y ya están aptos para el matrimonio.

El hombre casado es un hombre a plenitud, no solamente en sus facultades físicas, sino también mentales, y de su capacidad para el mando, es el hombre con derechos políticos, que es elegido y es elector. Los nobles conformaban la clase dirigente del Imperio.

La masa de los Llacta Runa o Hatun Runa, que vivían dentro del régimen del Ayllu o Comunidad, tenía obligaciones de tipo comunal y estatal (Llacta = aldea, Runa = Hombre, Hatun = Grande), por ser tributarios, los cronistas como el Padre Cobo decían que era los vasallos del Rey, refiriéndose al Inca, con sujeción y sometimientos ilimitados.

En el pueblo, o como señalan algunos estudiosos como Trimborn, en la masa había igualdad absoluta porque la igualdad de derechos de los comuneros, tenía como consecuencia la igualdad económica y efectiva, y como el pueblo era carente de derechos políticos, de todo orden, solo disfrutaban de los derechos económicos derivados del régimen comunal, como el derecho al usufructo del tupu y de los pastos comunales, la propiedad de las cosechas del huerto de su casa, lana, objetos de uso personal.

No se sabe si había libertad para escoger profesión aunque han destacado algunos militares célebres, como Ollanta. Lo que sí ocurría era que los artesanos instruían a sus hijos en sus conocimientos.

La familia vivía dependiente del Estado. Es importante constatar que la senectud o vejez era apreciada por la sociedad incaica. Los viejos eran los consejeros, por ser depositarios de la tradición.

Es algo notorio que los llamados hoy de la tercera edad, eran considerados, con respeto y siempre se les ayudó hasta el último día de su vida.

El hecho de la muerte estuvo lleno de significado, tiene trascendencia no solo personal o familiar, sino social.

Todo lo relativo a los ritos funerarios, el proceso de momificación, la conservación de tumbras fue vasto y complejo en las prácticas mágico religiosas del antiguo Perú.

Hubo gran variedad de manifestaciones en los pueblos peruanos, según las épocas y de acuerdo a las regiones o zonas geográficas. El Pacarico era la ceremonia del velorio. La noche que seguía a la muerte de la persona se pasaba enteramente en vela con cantos fúnebres, danzas y juegos que solo ejecutaban en esa oportunidad, como el juego de la Pisca, que se realizaba con un dado de cinco lados marcados y uno en blanco. Se comía ciertos potajes, como una clase de quinua amarga.

Se realizaba el entierro haciendo recorrer al muerto por los lugares que él había frecuentado en vida y después de ocho días se practicaba el rito del lavado de sus ropas, haciendo con ellas un bulto, se les arrojaba en un cruce de caminos, o, en las aguas de un río. El rito final se cumplía al año, en que la viuda cumplía el año de luto. Se hacía el postrer homenaje al muerto, seguido de un banquete y libaciones, y desde entonces ya no había más obligaciones con el difunto.



#### 2.4. *El Matrimonio en el Incanato*

Los Incas impusieron la monogamia y la endogamia para los hatun runa, es decir, el pueblo. La Nobleza tenía distinto trato, existió la llamada poligamia señorial, a la cual cooperaba el Acllahuasi. En realidad el Inca practicaba la más amplia poligamia.

Los Incas practicaron el incesto por buscar la pureza del linaje (Ayllu linaje).

La imposición de la poligamia y de la endogamia para los Hatunrunas obedecía a las necesidades de orden administrativo y de estabilidad económica. Nótese que en quechua no existe la palabra “pobre”. Ante desastres o sequías de esas épocas, el Estado almacenaba granos, es decir, había prevención para evitar la hambruna.

De la existencia de la monogamia y de la endogamia hay fuentes en casi todos los cronistas, por lo que sería difícil dudar de la familia monogámica, base del Imperio Incaico.

La elección del cónyuge estaba limitada por razones de edad, casta y lugar. Como estaba dispuesta la endogamia, no podía haber matrimonios fuera de la comunidad.

En Los Comentarios Reales, Garcilaso de la Vega dice que en los casamientos de la gente común eran obligados los consejos de cada pueblo a labrar las casas de sus novios, y el ajuar lo proveía la parentela. No les era lícito casarse los de una provincia en otra, sino en sus pueblos y dentro de sus parentelas para no confundir los linajes y naciones. Mezclándose los unos con los otros.

Tampoco les era lícito irse a vivir de una provincia a otra, ni de un pueblo a otro, ni de un barrio a otro.

En el Incanato estaba prohibido el adulterio y el matrimonio era indisoluble.

Los pocos casos de adulterio de mujeres dieron lugar al repudio y en algunos lugares fueron penados con la muerte.

Garcilaso menciona a las Pampay Runa, o, gente de plaza, es decir, mujeres que habitaban en

los campos, no podían entrar a la población, les decían mujeres públicas, diríamos, casos de prostitución. Las admitían para evitar males mayores.

La poligamia de la nobleza obedecía además de las razones expuestas a necesidades de orden político, a la necesidad de mantener una clase dirigente lo suficientemente numerosa como para que de sus filas se pudiesen reclutar los miembros de la administración, ejército, clero, etc.

El tener varias mujeres fue entre los Incas expresión de poder. Los Incas alentaban este concepto porque una de las donaciones por el soberano era la de las acllas o mujeres seleccionadas por él.

Los Incas tenían una ordenanza sobre los soldados de guerra, que debían tener tantas mujeres como servicio lo merecieran, citando por ejemplo que un mitimae corriente debía contentarse con dos, etc.

En relación con la edad matrimonial no existe unanimidad entre los cronistas, de su confrontación resulta una oscilación de datos entre los 16 y los 18 años de edad las mujeres, y los hombres entre los 20 y los 22 años de edad.

Sipas significa moza, durante el incario era la muchacha adolescente que al contraer matrimonio se le llamaba Hurmi. Y Sipa Coya durante el Incario era la concubina del Inca.

En los matrimonios del incanato influían las costumbres regionales, aun cuando se imponía muchas veces la voluntad del Inca, particularmente en cuanto a las jóvenes reservadas para el Inca o también para el culto.

También puede aceptarse la hipótesis, que se basa en algunas crónicas, que aún en los matrimonios oficiales, los funcionarios se limitaban a legitimar las uniones espontáneas, a ratificar el matrimonio celebrado según las tradiciones locales.

Morúa describe gráficamente las ceremonias del matrimonio del Inca, donde se nota cierto boato y lucidez de la ceremonia.



El Padre Cobo destaca que en los matrimonios de la nobleza cuzqueña, destaca en las ceremonias, las “consejas” dadas por los parientes de los novios.

Como rezago de las costumbres del pre incanato subsistían en el interior del Incanato “el matrimonio por compra”, institución que fue reconocida por los Incas con modificaciones.

Las prácticas eran más en la costa y el precio consistía en llamas, especies o metales preciosos, según el rango de las familias. El precio se llamaba “toma”, era una especie de arras y lo recibía en parte el curaca y el resto, los padres y parientes, de manera que el que tomaba mujer dando las arras la tenía por más propia que los demás.

Actualmente existen los presentes del novio a la familia de la novia y se llama Rimayucuy.

### 2.5. *El Servinacuy*

Es una costumbre pre Inca, que subsistió en el Incanato y que se encuentra aún actualmente, en algunas comunidades aisladas alto andinas, se denomina “el matrimonio a prueba”.

Es una institución ancestral, que se practica en comunidades andinas de Perú y de Bolivia, tiene diecinueve denominaciones en quechua, aymara y varios idiomas que hablan los nativos contemporáneos.

Las palabras más difundidas son “servinacuy”, “tincunakuspa”, en regiones de Cuzco, “manacuy” o también “rimayucuy. Esta costumbre consiste en que el hombre se lleva a su casa a la mujer después de tener el consentimiento de los padres de ella, sin formalizar la unión y con el propósito de vivir juntos un tiempo, antes de la celebración del matrimonio. Por eso se dice que es el matrimonio a prueba.

Si la prueba no fuere satisfactoria se devuelve la mujer a sus padres, con sus hijos, si los tuviere, basados en la creencia que el Estado es el dueño de los súbditos.

Esta unión convivencial en el Incanato estaba rodeada de garantías, de respeto social y de

moralidad. Los que la practicaban no abusaban de su derecho de devolver a la pareja, sino que contraían matrimonio la gran mayoría de ellos.

Hoy, con la influencia de la modernidad, algunos ingresan al servinacuy y después abandonan el trato, sin razones válidas para ello, pues la prueba está superada si hay hijos y se encuentran saludables y bien tratados.

Con la influencia española, la mayoría de matrimonios del servinacuy era de orden religioso. Y hasta la fecha lo más usual es que los párrocos, que llegan a las alturas a las fiestas patronales, cada año, celebren los matrimonios religiosos, consagrando la institución estable.

## 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Hay dos corrientes de juristas que han estudiado la naturaleza del matrimonio, unos que dicen que se trata de un contrato, otros que prueban que es una institución.

Quienes defienden la teoría del “matrimonio - contrato” analizan la libertad de los cónyuges para contraer matrimonio y para afirmar la validez de su teoría, exponen todos los requisitos del contrato, las posibilidades que se da en cuanto a los vicios del consentimiento y los casos de nulidad que se pueden presentar tanto en los diversos contratos y en la celebración del matrimonio.

Sería importante señalar que en el casamiento o en el matrimonio interesa también el orden público, sin embargo, los defensores de la teoría del matrimonio como contrato alegan que hay algunos contratos en los que interesa también el orden público, por ejemplo en el derecho de posesión o en el derecho de propiedad.

El Derecho Romano, que respetaba la voluntad de las partes, el derecho germánico y aún el Derecho Canónico tienen tendencia hacia la concepción del matrimonio -contrato, aun cuando la idea de sacramento del matrimonio eclesiástico, y sobre todo la indisolubilidad del mismo, hace pensar en el matrimonio institución.





Los juristas que analizan el matrimonio como “institución” nos invitan a un estudio más profundo del matrimonio con las normas y regulaciones, presentadas como conjunto orgánico, señalando deberes y derechos de las partes, las relaciones internas y externas de la sociedad conyugal, a la que se deben someter libremente los novios, prometidos o contratantes, sabiendo que después de celebrado el matrimonio su propia voluntad tendrá límites muy fuertes, pues los efectos jurídicos, sociales, económicos y culturales de la institución matrimonial se producen automáticamente. Se dice que los prometidos son libres de aceptar el matrimonio, pero los casados ya tienen limitada la autonomía de su voluntad, precisamente, porque han ingresado a una institución con muchos requisitos, deberes, obligaciones y responsabilidades, particularmente, si llegan a tener hijos.

La relación matrimonial no puede ser variada, ni interrumpida, ni concluida por la voluntad de las partes, pues hay deberes recíprocos y muchas veces, con terceros, y, particularmente, con sus propios hijos. Esta realidad nos ilustra debidamente cómo hay gran diferencia entre los contratos y la naturaleza de la institución matrimonial.

Asimismo, debe reflexionarse que en los contratos tiene primacía el aspecto patrimonial de los acuerdos, hecho muy diferente al que viven quienes deseen contraer matrimonio, ya que un proyecto matrimonial contiene aspectos de gran fuerza espiritual, ilusiones, planes futuros, realizaciones que esperan cumplir en un futuro próximo y lejano, casi siempre “para toda la vida”. También debe tenerse presente que en los contratos se debe calcular el interés o las ventajas materiales en base a la razón, mientras que los que proyectan un matrimonio tendrían que dar prioridad a motivaciones románticas nacidas del acercamiento y mutuo conocimiento de las personas con sus ilusiones e ideales para fundar una familia y hacerla feliz.

Solo si se acepta que todo negocio jurídico bilateral es contrato, podría en forma genérica aceptarse tal concepto, pero siendo el matrimonio protagonizado por personas pensantes,

emotivas, inteligentes, que eligen el compañero o la compañera para toda su vida, el matrimonio es una institución civil, que tiene algunos requisitos de los contratos, como la validez de los que libremente aceptan contraer matrimonio, pero en el que se encuentra presente: El interés personal, el interés social, el orden público, y la Protección constitucional al matrimonio, como instituto jurídico, económico, social y cultural.

## 5 IMPORTANTES ENMIENDAS LEGALES SOBRE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

Gracias al desarrollo de los Talleres de San Marcos el 25 de abril de 2006 se modificó el Código Civil Peruano en varios artículos, principalmente el número 21 que limitaba la inscripción del nacimiento de muchos niños, nacidos fuera de matrimonio. Aún cuando no era perfecta la enmienda, se avanzó después de 22 años de postergación de los derechos civiles de los recién nacidos (FUERA DE MATRIMONIO): el reconocimiento de su nombre, de su identidad.

Los Talleres han tenido resultados para el país y la sociedad, el último logro tuvo lugar el 30 de diciembre de 2015, cuando el Diario Oficial “El Peruano” publicó la Ley número 30403, cuyo texto comentamos:

### 5.1. *Prohibido los castigos físicos a los niños*

Con la ley N° 30403 de 30 de diciembre 2015, el Congreso ha cumplido con legislar a favor del buen trato a los niños, al modificar dos preceptos del Código Civil de 1984 y del Código del Niño y del Adolescente, sobre el tratamiento correctivo de menores de edad, en la patria potestad.

Los preceptos derogados fueron objetados por muchos expertos, particularmente en los Talleres de Investigación de la UNMSM. En efecto, hay varios trabajos de investigación que fundamentaron la necesaria enmienda de dichos numerales por constituir erróneas consideraciones en el sagrado vínculo paterno filial.



La Ley 30403 deroga el inciso 3 del art. 423 del Código Civil que preceptuaba que los padres pueden corregir moderadamente a sus hijos, sin definir qué es “moderadamente”. Los medios de comunicación informaban, frecuentemente de golpes hasta quemaduras de padres a hijos en su afán de corregirlos, porque tomó dos soles, o porque mojó su cama, sin detenerse a brindarles una atención médica o a darles explicaciones necesarias en la conducta diaria de todo hogar.

Lo más grave era el texto del inciso 3, in fine, que recomendaba a los padres de hijos desobedientes solicitar al juez el internamiento del menor “en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores”. Nos preguntamos frecuentemente ¿en qué establecimiento? Según la edad a los adolescentes los llevarían a Maranga. Creemos que ningún padre o madre que se respete va a desear ese local para su hijo. El Código de 1984 tuvo varias Comisiones Revisoras, posiblemente, algún experto en negocios, corrigió los textos de los Ante Proyectos. La falta de actas originales de las sesiones de estudio del Código de 1984, impiden conocer a los autores de dicho numeral.

El Código de Niños y Adolescentes de 1992 fue revisado varias veces, el texto de 7 de agosto de 2000 se aprobó por Ley 27337. Tal vez por respeto al Código Civil se mantuvo el art. 74 referido a la Patria Potestad, con el literal d) que a la letra decía: “darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente”. El inciso d) referido fue derogado por la ley que comentamos, y que prohíbe el castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes.

Para la ley pre citada castigo es el uso de la fuerza en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor, para corregir, siempre que no constituya hecho punible. Castigo humillante es cualquier trato ofensivo, denigrante o ridiculizador en ejercicio de las potestades de crianza o educación con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento.

La ley consagra el derecho de los menores al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización en ambiente armonioso, solidario y afectivo de parte de sus padres, tutores, representantes legales y autoridades y de todas las personas.

## 5.2. *Modificaciones legales urgentes*

En la legislación de “Derecho de Familia” existe un derecho referido, es decir, la conducta de los padres, la de los hijos, generalmente, con amor. No obstante ello, existen problemas en la sociedad que influyen en los adultos, o en los padres, alejándolos muchas veces de sus deberes principales en el hogar, dulce hogar

De ahí que sería necesario recoger la iniciativa de ampliar las “Escuelas para Padres” a todo el territorio nacional.

Además, debería estudiarse con mayor profundidad la incorporación del “servinacuy” andino a las formas de uniones estables que regula el art. 326 del Código Civil.

Igualmente debe proponerse la incorporación del matrimonio religioso, como forma de unión estable, de modo que se facilite la prueba escrita, con los documentos parroquiales. En el Derecho Comparado, España y Brasil tienen matrimonio religioso, con efectos civiles. En el Perú podría ser una de las formas del art. 326.

Debería derogarse el art. 415 del Código Civil, en armonía con el avance científico de las pruebas de paternidad del ADN. No hay justificación que el PERÚ sea el único país del mundo que tiene “hijos probables”, cuando en los procesos de filiación el juez sabe que el niño es hijo del demandado, pero al no cumplirse la formalidad de presentar la prueba que acredite el principio del “paterist” no puede sentenciar la filiación y solo señala alimentos hasta los 18 años de edad.

También es urgente estudiar los derechos o la prohibición del sistema de nacimientos in vitro, denominado de reproducción humana asistida. Es un asunto jurídico silenciado por el Código Civil de 1984.



En consecuencia los desafíos que se presentan a los juristas son:

1. Instituir la Escuela para Padres
2. Modificar o perfeccionar el art. 326 del Código Civil, sobre UNIÓN de HECHO, incorporando como tal el Servinacuy de las zonas Alto Andinas. Igualmente considerar a los casados por matrimonio Canónico, ya que la Partida Parroquial es prueba escrita de la Unión de Hecho.
3. Derogar el art. 415 del Código Civil, pues deviene obsoleto ante la vigencia de la prueba científica de paternidad del ADN.
4. Estudiar la prohibición o, en su caso la regulación del sistema de “Reproducción Humana Asistida”, para evitar los servicios de las clínicas clandestinas.
5. Analizar profundamente el conflicto de intereses económicos que se da entre padres e hijos, en casos de administración de los bienes, o, también en los procesos y juicios de alimentos.
6. Estudiar las edades de los matrimonios o de las uniones de hecho en las comunidades nativas, pues el Código Civil en vigor solo se refiere a los habitantes de ciudades urbanas regulando matrimonios de mayores de edad, con excepción de los matrimonios de jóvenes de 16 años si cuentan con el consentimiento de sus padres, o, en su caso, con dispensa judicial (arts. 241, 244 y 245).

### 5.3. Aplicación práctica

1. La aplicación práctica será que todo niño se sentirá con iguales derechos que los demás. Tenga o no padres conocidos, el niño debe tener los nombres de acuerdo a ley, los apellidos son universales y nadie puede impedir que los niños ostenten los apellidos con los que se han registrado, aunque fueran huérfanos o niños en estado de abandono, es decir, cuando no se pudo identificar a sus padres, pese a los esfuerzos de la Policía y de la Justicia.
2. En casos de investigación de la paternidad, en “todo el Perú” debe aplicarse el método científico del ADN, con el fin de garantizar que los niños conozcan su origen y a sus padres, no puede continuar en vigor el art. 415 del Código Civil que admite la existencia de “hijos probables”, que quiere decir, que no son hijos ciertos. La civilización no puede continuar renunciando al derecho de aplicar los avances de la ciencia.
3. La enmienda o derogatoria del art. 396 tendría como objetivo el respeto a los derechos de la madre en todos los casos de filiación. Dado que en el siglo XXI nadie puede alegar el avance de las ciencias. Se debe investigar en igualdad de condiciones la paternidad y la maternidad, según los casos. No se puede admitir que en la modernidad se siga aplicando el principio romanista del jurista Paulo que decía hace dos mil años: “mater Semper certa est”
4. Los procesos de alimentos son variados, depende el status económico de los que dan los alimentos, generalmente, progenitores, y también de la necesidad de los alimentistas, en la mayoría de casos, los hijos del demandado o demandada.
5. Los casos en los que el alimentante incumple la sentencia de alimentos, se penaliza el Derecho Civil, ya que está tipificado como delito la Omisión de ASISTENCIA FAMILIAR, el que se denuncia cuando el padre o el obligado a prestar alimentos, incumple su deber propiciando un anormal desarrollo psico-biológico de su prole.
6. Según el Código Civil Peruano (art. 472<sup>o</sup>) establece que: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. No obstante ello, el Código de los Niños y Adolescentes amplía dicho concepto a la “recreación”.



7. Se entiende como “delito de Omisión de Asistencia Familiar” lo siguiente: «el que voluntariamente, sin justificación ni motivo legítimo alguno, dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio, siempre y cuando concurra cualquiera de estos dos casos: que el marido o la mujer abandonen maliciosamente el domicilio conyugal, o que se reconozca como motivo del abandono de los deberes la conducta desordenada de alguno de ellos».
8. Los incumplidos en casos de alimentos son denunciados por delito de Omisión de Asistencia Familiar, pueden sufrir privación de la libertad.

En caso de incumplimiento, el deudor de Alimentos, ingresa –EN CALIDAD DE MOROSO– a un registro que se publica y envía a la Superintendencia de la Banca y Seguro.

Nuestro ordenamiento civil regula el deber de los padres de mantener a sus hijos, el mismo que supone que los padres deben proveer de todo lo necesario a los hijos. Este deber comienza desde el momento de la concepción y termina con la mayoría de edad, en la que se presume que se ha alcanzado el desarrollo completo de la personalidad y que se está en condiciones de proveer a la propia subsistencia. Sin embargo, subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de edad que sigan con éxito estudios superiores, y de hijas e hijos solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. En ese sentido, consideramos que para el caso de los mayores de edad, se entiende que siguen estudios superiores con éxito cuando forman parte del tercio superior, por ejemplo. Y, de conformidad con la Ley de la Juventud, se da el límite de gozar de derecho de alimentos solo hasta cumplir 29 años de edad.

Es aconsejable que mientras dure el proceso judicial y se fije una pensión de alimentos en forma definitiva, el demandante solicite una “asignación alimenticia provisional”, siempre que se presente con documentos que acrediten su vínculo de alimentista.

Por sentencia del Tribunal Constitucional, su fecha 7 de noviembre de 2011 se consagró el antiguo principio de considerar entre las remuneraciones del alimentante, todos sus ingresos, inclusive su participación en las utilidades de la empresa donde labora.

## 7. CONCLUSIONES

1. Como resultados se debe perfeccionar la Ley 28720, referida a los problemas de identidad de los niños nacidos con filiación extra matrimonial, definiéndose la diferencia entre nombre y filiación, que son institutos de distinta naturaleza jurídica.
2. En la sistemática jurídica debe distinguirse el derecho al nombre de la filiación, pues el primero es un derecho universal y el segundo solo corresponde a los que tienen familia o pertenecen a una familia.
3. Los derechos de la mujer casada deben ser los mismos de toda ciudadana, y, por tanto debe tener voz en asuntos de su familia y de sus hijos. Los padres, él y ella, deben tener iguales derechos con respecto a sus hijos. Debe modificarse el art. 396 del Código Civil, por ser paternalista, por ignorar la realidad social, y, por discriminar expresamente los derechos de la cónyuge, de la madre y del hijo mismo.
4. Debe respetarse el principio constitucional que “todos los hijos son iguales” y no puede quedar ningún niño(aún los que no tienen padres), sin registro de su nombre; y los que tienen progenitores no pueden quedar sin filiación, cualquiera sea su origen, matrimonial o extra matrimonial.
5. Finalizada la investigación de 2015, el 30 de diciembre de 2015 se publicó en el Dia-



rio Oficial "El Peruano" la Ley N° 30403 que deroga el art. 423 del Código Civil, referido a los deberes de los padres, entre los que se consideraba corregir moderadamente a los hijos y si no obedecieren, podría el progenitor llevarlo al juez pidiendo el internamiento en establecimiento de corrección. Hecho grave si se constata que los institutos y albergues de menores, como el de Maranga, por ejemplo, están completamente desacreditados.

6. En cuanto al matrimonio y la unión de hecho, en el Código Civil se advierte un vacío notable al no haber incorporado como forma de unión estable el "servinacuy" que tiene vigor en las comunidades alto andinas.
7. La legislación de las uniones de hecho, derivadas del art. 326 del Código Civil, han tenido varias modificaciones en los últimos años, pero faltaría incorporar con tal categoría a quienes contraen solamente matrimonio religioso, pues la Partida Parroquial es prueba escrita de un acto solemne.
8. Los juicios por ALIMENTOS son clave en la protección de derechos de los miembros de la familia. Se trata de procesos en constante cambio, con el fin de perfeccionar las modalidades del acceso a la justicia.
9. Debe ampliarse el estudio del "matrimonio de menores de las comunidades nativas".

## 8. RECOMENDACIONES

1. Urge redactar las enmiendas de los textos estudiados, para tramitar las modificaciones legales.
2. Los resultados del estudio serán puestos a disposición del Vicerrectorado de Investigación, para que se pueda canalizar las respectivas modificaciones legales desde el Rectorado hacia el Congreso de la República.

## 9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bermúdez, Violeta 2008. "Avances hacia la igualdad en materia familiar: el derecho a la pensión de viudez de las parejas de hecho", Jus Constitucional,
- Cabello Matamala, Carmen Julia. 1999. "Divorcio y Jurisprudencia en el Perú, Fondo Editorial PUCP, Lima.
- Campana Valderrama, Manuel. 2008. "Derecho de Familia", Lima
- Código Civil Peruano de 1984. 2015. Edición actualizada, Lima
- Código de Menores y Adolescentes, 2015, edición actualizada, Lima
- Cornejo Chávez, Héctor. 2009. "Derecho Familiar Peruano", Ediciones Studium, Lima.
- Corsi, Jorge. 2015 "Violencia Familiar, una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social", Paidós, Buenos Aires, Constitución Peruana de 1993, edición actualizada, Lima
- Coulanges, Fustel de 2006, "La Ciudad Antigua", Editorial Plus Ultra, Valladolid
- Cuello Calón, Eugenio. 2006. "Código Penal", editora Universitaria, Madrid, Di Pietro, A. y Lapieza, E. "Manual de Derecho Romano", LexisNexis, Buenos Aires.
- Donna A., Edgardo Alberto. 2005. "Comentarios al Derecho de Familia", Arequipa.
- Douglas, Emily. 2006. "Mending broken families: social policies for divorced families", Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Maryland.
- Espinoza, Juan. 2006. "La Ley 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor", en Revista Actualidad Jurídica N° 150.
- Fernández Revoredo, Marisol. 2013. "Manual de Derecho de Familia. Constitucionalización y diversidad familiar", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.



- Garcé García y Santos, Alvaro. 2014. "El juspu- niendi en el hogar romano: la humaniza- ción de las relaciones familiares", en Revis- ta de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay, N° 36, Montevi- deo.
- Geng Delgado, Federico. 2005. "Historia del Dere- cho Peruano", Editorial San Marcos, Lima.
- Grosman, Cecilia. 2006. "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separa- ción de los padres: ¿utopía o realidad po- sible?", en Kemelmajer & Pérez editores, Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.
- Lathrop, Fabiola. 2008. "Custodia compartida de los Hijos", La Ley, Madrid.
- Ledesma Narváez, Marianella. 2014. "Comenta- rios al Código Procesal Civil", Tomo II, Edi- torial Gaceta, Lima.
- Meza, Carmen, Hampe, Teodoro. 2007. "La Mu- jer en la Historia del Perú", compiladores y coautores, Ediciones Congreso de la Repú- blica, Lima.
- Meza Ingar, Carmen. 1988. "Casos de Discrimi- nación mediante el Derecho", CONCYTEC, Lima
- Meza Ingar, Carmen. 2002. "Más allá de la igua- dad", Amaru Editores, Lima.
- Peralta Andía, Javier Orlando: "Derecho de Fami- lia", Studium, Lima.
- Pinedo Ob, Nelson Martín. 2013. "El derecho del padre biológico a impugnar la paternidad matrimonial presunta", en Perspectiva, Revista de Innovación Jurídica, año I, N° 3, Lima
- Plácido V., Alex. 2007. "Ensayo sobre Derecho de Familia", Editorial Rodhas, Lima.
- Sen, Amartya. "Nuevo examen de la desigual- dad", Alianza Editorial, Madrid.
- Varsi, Enrique. 2010. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial", edi- ciones Jurista, Lima.