

Reflexión Necesaria a los 30 años del Código Civil de 1984

Necessary Reflection at 30 years of the Civil Code of 1984

Carmen Meza Ingar

*Directora de la Revista de Derecho y Ciencia Política
de la Facultad de Derecho - UNMSM.*

**SUMARIO: I.- Introducción. II.- La Codificación en el Perú. III.- Los
Códigos Civiles Peruanos. IV.- Nuevas tendencias del Siglo XXI.
V.- Recomendaciones. VII.- Bibliografía.**

De conformidad con el D.S. N°95 de 1 de marzo de 1965, se creó la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, designada con facultades de Comisión Reformadora y que inició sus sesiones el 1 de marzo de 1965 para “proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias durante la vigencia del Código Civil de 1936”.

La situación del país en 1968 interrumpió la reunión de las comisiones, salvo la dedicada a la revisión del Código de Procedimientos Civiles, de 1912 y que por fallecimiento del titular, presidía el Dr. Ernesto Perla Velaochaga³, y la referida al Título de Obligaciones que presidía el Dr. Felipe Osterling Parodi, como representante del Poder Judicial, por renuncia del Dr. Andrés León Montalván, en 1970. Dicha Comisión siguió sesionando en la Corte Suprema, y, en la oportunidad que el Dr. Osterling fue designado Ministro de Justicia, en 1980, presentó el Título de Obligaciones del Código Civil. Ese acto motivó que se reunieran las antiguas comisiones, las que presentaron sus respectivos trabajos, situación que originó el nombramiento de la Comisión Revisora presidida por el Dr. Javier Alva Orlandini, Presidente del Congreso de la República. La Segunda Comisión Revisora la presidió el Dr. Edmundo Haya de la Torre, quien dejó el cargo al ser nombrado embajador en la OEA. El Ministerio de Justicia consideró oportuno en 1984 promulgar el Código Civil, tercero de la República, que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, sin exposición de motivos, lo contrario del Código Civil de 1936, que cuenta con siete tomos de exposición de motivos, obra de la comisión presidida por el notable jurista Juan José Calle.

El Código Civil de 1984 era necesario. En 1954 y 1955 se dieron las enmiendas de la Constitución de 1933 reconociendo el voto femenino, y en 1977 se modificó el Código Civil de 1936 en cuanto a la capacidad civil plena a los

-
- 3 La Comisión Revisora del Código de Procedimientos Civiles estaba conformada por eminentes juristas del foro limeño, como Mario Alzamora Valdez, Jorge Mercado Jarrín, Antonio Zárate Polo, Alberto D'Angelo Gereda, pero varios de ellos renunciaron y los trabajos los continuaron los suplentes, notables abogados, a quienes pude oír en todas las sesiones, ya que participé como Secretaria Letrada, por ser muy joven abogada. Por la constancia de los integrantes, la Comisión presentó al Ejecutivo algunas enmiendas, y se aprobó el Nuevo Juicio de Alimentos, simplificado; y, la modificación del juicio ejecutivo prohibiendo que las impugnaciones del auto de pago llegaran hasta la Corte Suprema, desvirtuando la celeridad que tenía la naturaleza de tal acción, en el año de 1971.

18 años, (antes era a los 21 años)⁴. La situación de los ciudadanos con capacidad plena a los 18 años, fue consagrada por la Constitución de 1979, mientras el Código Civil de 1936 -todavía en vigor- contenía normas que reconocían prerrogativas a los varones en el ejercicio de la patria potestad y de la representación del hogar conyugal, por ejemplo.

Así, el tercer Código Civil Peruano actualizaba principios elementales de igualdad jurídica, modernizaba algunas instituciones del Derecho Civil, pero quedaba pendiente el debate sobre la novísima tecnología médica, referida a la denominada reproducción asistida o también a la manipulación genética. Hubo corrientes moralistas contrarias a incluir dicho tema, pero pasó la oportunidad de prohibir toda clase de manipulaciones genéticas, referidas a la vida humana.

Hoy el Código Civil de 1984 ha sufrido muchas modificaciones y correcciones en cuanto a la unión de hecho, a la investigación de la paternidad y también sobre el ejercicio del derecho a la identidad.

En 1995 se derogó todo el Capítulo de "Registros del Estado Civil" dando lugar a la Ley Orgánica N° 26497, que crea el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC.

Como anteriormente, los Registros del Estado Civil estaban situados en los Municipios Provinciales y Distritales de todo el territorio, la implementación de RENIEC comenzó en las principales ciudades con dichos archivos documentales. Sensiblemente, pese al tiempo transcurrido las principales

4 El Dr. César Delgado Barreto, Presidente del Consejo Nacional de Justicia en 1976 me pidió la exposición de motivos de la enmienda del art. 8 del Código Civil en vigor, de 1936, por haber oído mi intervención en el Congreso de Abogados del Callao, fundamentando tal modificación debido a que muchos trabajadores y jóvenes padres de familia no podían retirar sus ahorros de los Bancos, entre otras actividades, por no tener el reconocimiento de la plena capacidad civil, ya que entonces la mayoría de edad en el Perú era a los 21 años de edad.

El expediente de proyecto de enmienda del Código de 1936 fue tramitado a todos los Ministerios y habiendo sido aprobado, se modificó el art. 8 del Código Civil por Decreto Ley N° 21994, el que reconoce plena capacidad de ejercicio de derechos a los que cumplen 18 años de edad.

el que un hombre y una mujer se reúne en sociedad con el objeto de procrear y educar a la prole y de prestarse recíprocos auxilios...para los efectos civiles y políticos la ley considera el matrimonio como un contrato”.

El Proyecto en minoría estaba suscrito por el Presidente de la Comisión de Códigos, Manuel Pérez de Tudela y el Comisionado Manuel López Lissón. Ellos consideraban al matrimonio como un “contrato consensual”, pero no ubicaban al matrimonio en el título relativo a los contratos consensuales, sino en el Libro de las Personas, con un título independiente denominado: “Del Matrimonio”. Insistían que a través del matrimonio un hombre y una mujer se unen “en sociedad indisoluble y de por vida, con el fin de procrear y de prestarse recíprocos auxilios”. Tenían, evidentemente, el propósito de evitar el divorcio vincular.

Los Comisionados de la Mayoría proponían en su articulado que el matrimonio se celebre ante funcionarios del Estado, como los gobernadores, prefectos y sub prefectos. En cambio los comisionados de la Minoría planteaban que seguían siendo los Ministros de la Iglesia Católica, conforme a los ritos del Santo Concilio de Trento, los encargados de celebrar el matrimonio de los peruanos.

Como sabemos el pleno del Congreso aprobó el Proyecto de la Minoría y es el que figura en el texto del Código de 1852.

El siglo XIX dio mucho trabajo a los juristas, incluyendo a los que pertenecían a la denominada República Aristocrática de 1895, que modificaron —por breve tiempo la Constitución de 1860, pero trabajaron varios textos, referidos al Código de Minería de 1901 y al Código de Procedimientos Civiles, del que formularon varios proyectos, recogidos por la Comisión designada en 1904. Dicha Comisión trabajó los proyectos del Código de Procedimientos Civiles, así como el de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Proyecto de la Ley del Notariado. Los tres Proyectos fueron sancionados por el Congreso de 1911, pero entraron en vigor en 1912.

Volviendo al Derecho de Familia, debemos reconocer, que habiéndose suprimido la Santa Inquisición en 1820, la sociedad peruana tenía entre su

población diversidad de credos y religiones, aun cuando la religión católica era mayoritaria. Ya precisamos la redacción del Código Civil de 1852 sobre el matrimonio canónico con consecuencias civiles. Cuando se instalaron los Registros Municipales, con sus Libros respectivos, los Párrocos enviaban cada mes la lista de los matrimonios para que los registradores los inscribieran. Si hubiera alguna omisión se subsanaba presentando la respectiva copia de la partida parroquial.

El 23 de diciembre de 1897 se promulgó la ley que autorizó el matrimonio civil para ateos, libre pensadores y personas de distinta religión.

En el inicio del siglo XX había varios códigos en la República, se sufrió el impacto de la primera guerra mundial y se comentó la Constitución de Weimar, como “perfecta” obra del Derecho. Pero los juristas peruanos, como Matías Manzanilla, tenían la seguridad que el Perú se había adelantado a reconocer las ocho horas de trabajo diario de los obreros y empleados, por haber dado dicha ley en enero de 1919, mientras que recién el 28 de julio de 1919, después de seis meses, con la Paz de Versalles, se crea la Organización Internacional de Trabajo, OIT, que consagra dicha norma⁶.

Llegada la segunda década del siglo XX, se hablaba de la Patria Nueva con el Presidente Augusto B. Leguía y en el Congreso de la República se debatía varios proyectos de Divorcio y de Matrimonio Civil. El Congreso aprobó el 30 de setiembre de 1920 una ley que aprobaba el divorcio y que fue oficiada al Ejecutivo para su promulgación el 9 de noviembre de 1920. Dicha norma fue observada por el Presidente el 18 de noviembre de 1920, y el debate de dichas leyes se postergó hasta el año de 1930.

En efecto, por Decreto Ley N° 6889 del 4 de octubre de 1930, se retiran las observaciones formuladas el 19 de noviembre de 1920 y se ordena cumplir la norma, que dice:

6 El 28 de julio de 1919, fecha en la que se selló la Paz de Versalles, se creó la tripartita Organización Internacional del Trabajo, OIT, dando participación a los gobiernos, a los representantes de la patronal y a los representantes de los sindicatos, tal como lo había propuesto en su Encíclica *Rerum Novarum* el Papa León XIII, en 1891, buscando la paz social.

Art 1° “Para que el matrimonio produzca efectos civiles debe celebrarse en la forma fijada por la Ley de 23 de diciembre de 1897.

Los Párrocos, los Pastores y Sacerdotes que hagan sus veces, exigirán antes de celebrar el matrimonio religioso el certificado de matrimonio civil. Sufrirán pena de prisión de uno a seis meses los sacerdotes o pastores que casen sin ese requisito.

Dado en la Casa de Gobierno el 4 de octubre de 1930

Por tanto se cumpla, etc..... el 8 de octubre de 1930”

El Ministro de Justicia, Dr. José de la Riva Agüero y Osma renunció para no firmar dicha autógrafa.

Por Decreto Ley 6890 de 8 de octubre de 1930 se Reglamenta el Divorcio Absoluto y el Matrimonio Civil.

Nótese que en Argentina, en 1985, por sentencia de la Corte Suprema se conoció el primer caso de Divorcio, jurisprudencial. La institución del “divorcio” ingresa al Código Civil Argentino, por expresa reforma del 12 de junio de 1987⁷.

En Chile la reforma del Código de Andrés Bello, que data del 14 de diciembre de 1855 y que entró en vigor el 1 de enero de 1857, tuvo lugar en 2004 y al legislar sobre el Divorcio, los legisladores chilenos se inspiraron en la ley peruana de 1920, sancionada en 1930, prohibiendo a los sacerdotes celebrar matrimonios religiosos, si los contrayentes no hubieren contraído matrimonio civil previamente, o durante la celebración de la ceremonia religiosa⁸.

7 La reforma del Código Civil de Argentina, su fecha 12 de junio de 1987, incorpora el divorcio vincular por el mérito de la Ley N° 23515. Su Capítulo XII, art. 214, se refiere a las causas del “divorcio vincular”.

8 Chile reformó el 17 de mayo de 2004 por Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, su Código Civil de 1855 y sustituyó la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884 inspirándose en el Decreto Ley 6889 del 4 de octubre de 1930, del Perú, para legislar prohibiendo a los párrocos consagren matrimonios eclesiásticos, sin previo matrimonio civil, ya que explican que los chilenos se casan solo por la Iglesia, y las autoridades deben explicar los alcances de la nueva legislación, en forma coercitiva. La ley 19.947 en su art. 42 declara que el matrimonio termina: inc 4° por sentencia de divorcio. Además en el Capítulo VI “Del Divorcio”, el art. 53 proclama que el divorcio pone término al matrimonio.

III.- LOS CÓDIGOS CIVILES PERUANOS

El Perú nació a la Independencia en 1821 cuando tenía vigor la legislación civil española.

- a) El primer Código Civil de 1836 fue bi nacional, de la Confederación Peruano Boliviana.

Dicho código tuvo breve vigencia desde diciembre de 1836 hasta el 16 de mayo de 1837, fecha en la que el Mariscal Santa Cruz por decreto dejó en suspenso su vigor.

El Presidente Orbegoso por decretos de 31 de julio y 3 de agosto de 1838 los declaró insubsistentes y restableció la legislación civil española.

El Código Civil del Estado Nor Peruano, edición oficial, fue publicado en la imprenta de José Masias (Lima, 1836). Su normatividad se ceñía a las disposiciones del Concilio de Trento. El código santacrucino no era laico, como el francés, sino que seguía al Concilio de Trento, reconocía la validez del matrimonio eclesiástico y confiaba las controversias familiares al fuero de la Iglesia. La tutoría del confesor católico persistía en el hogar.

En cuanto a la edad de aptitud nupcial se había disminuido para los hombres a los 14 años y para las mujeres a los 12 años. Nótese que el código francés señalaba edades de 18 y 15 años para hombres y mujeres, respectivamente, según su art. 144. Bajo la influencia castellana clasificó a los hijos en legítimos e ilegítimos y a estos últimos en incestuosos y adulterinos. Recogió el principio romano para la adopción y clasificó la tutela en legítima y judicial o dativa.

Rechazó la muerte civil que había acogido el Código de Napoleón. En materia de sucesiones incluyó el testamento especial otorgado por indígenas, restringiendo el llamamiento a los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad.

El Código Civil del Estado Nor – Peruano tiene una virtud en el artículo 467, el que estipula que a los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones la ley les concede el privilegio de pronunciar sus testamentos por palabra o por escrito, bastando la presencia de dos testigos vecinos.

Y, nótese que hasta la fecha – pese a que la legislación en vigor, solo regula testamento escrito-, en las comunidades nativas se respeta la voluntad expresada oralmente⁹.

El Código que comentamos al mencionar “el derecho del indio” en este aspecto de la sucesión testamentaria ofrece un aporte, pues en el siglo XIX no se encuentra otras referencias ni menciones del indio en los articulados de los códigos.

- b) El Código Civil Peruano de 1852.-** La lectura inicial muestra huellas del derecho colonial, ya que subsiste la esclavitud, se legisla sobre la manumisión, se regula la situación de los ingenuos, de los siervos y de los libertos.

Para ilustrar sobre la condición de los esclavos, podemos recordar el art. 683 del Código Civil de 1852:

Art. 683: “Se prohíbe que sean testigos testamentarios:

1.-Los menores de 18 años

2.-Las mujeres

.....

7.-Los esclavos.

Se legisló sobre la condición de esclavas y también de los esclavos. Si bien los que nacían después del 28 de julio de 1821 eran libres, había gran número de población esclava. También llegaban del exterior. Du-

9 Se trata del Derecho Consuetudinario, que espera el estudio y desarrollo de sus instituciones.

rante la presidencia de Salaverry se autorizó la compra de esclavos de Colombia¹⁰.

La mujer en el matrimonio, dependía del marido, era *alieni iuris*. El matrimonio civil era indisoluble, si leemos el art. 134: “El matrimonio legalmente contraído es indisoluble, acabase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo y se tiene por no puesto”.

El divorcio era entonces, solo la separación de los cónyuges, la separación de lecho y mesa (separación *quoat thorum et mensam*). Pero si había una institución parecida al divorcio absoluto, si tenemos presente la nulidad del matrimonio canónico que se producía en casos de matrimonios que no se han consumado. En general, el Código de 1852 legisló para que los casados no pudieran contraer otro matrimonio, con persona distinta, mientras el cónyuge viviera.

- c) **El Código Civil Peruano de 1936.**- Este cuerpo de leyes se promulga en el marco de la Constitución de 1933 que reconocía la participación femenina en la votación vecinal o municipal, pero como signo de contradicción las elecciones municipales en el Perú fueron suspendidas en 1917 y solo se restauraron en 1963.

Nótese que en 1936 solo votaban en elecciones generales los hombres mayores de edad que sabían leer y escribir. Tampoco votaban los religiosos, ni los militares¹¹.

10 Meza Ingar, Carmen: “Legislación social y familiar”, en Carmen Meza y Teodoro Hampe (compiladores), *La Mujer en la Historia del Perú, siglos XV al XX*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2007.

11 De conformidad con la Constitución de 1933, art. 84: Son ciudadanos los peruanos varones mayores de edad, los casados mayores de 18 años y los emancipados.

En mérito del art. 85: el ejercicio de la ciudadanía se suspende:

1º Por incapacidad física o mental

2º Por profesión religiosa; y

3º Por ejecución de sentencia que imponga pena privativa de la libertad.

El Art. 86 proclama que: Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y

El Código Civil de 1936 es técnicamente elaborado, teniendo presente varios códigos del exterior, pero es obra de pensadores de otra realidad social, en la que hay menores de edad hasta los 21 años de edad, y, una exclusión de la participación de las mujeres en la vida política.

El Art. 8.- primigenio, del Código Civil de 1936, a la letra decía:

ART.- 8 "Son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años".

El art. 8 pre citado se modificó por Decreto Ley N° 21994 que desde 1977 reconoce capacidad plena a los peruanos, a los 18 años de edad.

Es evidente que se refiere a la capacidad de ejercicio de los derechos, pues la capacidad de goce la tienen todos, incluso los concebidos (ver nota de pie de página cuatro).

Otro tema que fue objeto de modificación del Código de 1936 fue el referido al artículo 188, sobre la administración de los bienes comunes en el matrimonio. Conste que el Código Civil Peruano de 1936 consagraba como institución la dote, que eran bienes propios de la mujer, pero que muchas veces fue objeto de errores o mala administración por el marido. Igual riesgo se advertía en los bienes comunes, es decir, que pertenecía a los dos cónyuges.

Veamos el texto original del art. 188 mencionado:

Art 188.-"El marido es el administrador de los bienes comunes, y además de las facultades que tiene como tal, puede disponer de ellos a título oneroso".

Fue modificado por D. L. N° 17838 de 30 de setiembre de 1969 por el siguiente:

escribir, y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o que hayan llegado a la mayoría.

De conformidad con el art. 87: No pueden votar los que tengan en suspenso el ejercicio de la ciudadanía y los miembros de la fuerza armada, mientras se hallen en servicio. No hay otras inhabilitaciones.

Art. 188.-"El marido es el administrador de los bienes comunes con las facultades que le confiere la ley requiriéndose la intervención de la mujer cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso".

Como se aprecia, la intervención de la mujer se admite en 1969, 15 años después de la enmienda constitucional sobre el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer, es decir, el derecho a voto, como ciudadana del Perú.

También es importante considerar el texto del art. 670 del código que comentamos, porque originó varios expedientes en los Tribunales, que despojaron de sus derechos a hijos legítimos del matrimonio, solo porque terceros – a veces, rúbricas, sin certificación- aparecían al margen de las partidas de nacimiento:

Art. 670.-"Queda excluido de la herencia de un hombre casado, el hijo de su mujer a quien reconoció por suyo persona distinta del marido, sin que éste lo hubiera negado en los casos permitidos por la ley y cuyo hijo no hubiere impugnado judicialmente el reconocimiento hecho a su favor y obtenido éxito en el juicio"¹².

d) El Código Civil Peruano de 1984

d-1) El Libro I "Derecho de las Personas", tiene secciones dedicadas a las "Personas Naturales" y a las "Personas Jurídicas". Este Libro tiene aportes muy valiosos: El estudio y la defensa del concebido, y la validación del Comité no inscrito, por citar dos de los logros que nos obligan a estudiar a la "persona natural" y al "concebido", así como a las empresas y personas sui géneris, como el comité no inscrito, recogido

12 El Dr. Héctor Cornejo Chávez, al comentar el art. 396, original, modificado por la Comisión Revisora, del Código de 1984, informó que la redacción propuesta obedecía al propósito de proteger a los hijos matrimoniales en el nuevo código que se proyectaba para reemplazar el de 1936, dados los casos de injusticia que generó en sucesiones el art. 670 del Código –entonces- en revisión, derogado desde 1984.

de una realidad emergente que mueve capitales o inversiones y que es reconocido por la ley.

Como sabemos el concebido es una figura jurídica estudiada desde el Derecho Romano, del jurista Paulo podemos recordar la frase: “Conceptus pro iam nato habetur”, es decir, que el concebido se tiene por nacido.

El tratamiento jurídico del concebido nos ubica frente al Derecho y al ser humano como tal. Se debe —efectivamente— reconocer que el concebido es un nasciturus, o sea, por nacer, es por tanto un ser humano.

En cuanto a los derechos patrimoniales, el art. 1 del Código Civil Peruano nos obliga a esperar que nazca vivo, obligándonos a preguntar si el código es ¿concepcionista o natalista?

En el Perú se derogó en 1992 el Código de Menores de 1962 para aprobar el nuevo Código de los Niños y Adolescentes de 1992, elaborado en mérito de la vigencia de la Convención de Derechos del Niño. El Código de Niños y Adolescentes, modificado varias veces y con nueva edición de 7 de agosto del año 2000, en su Título Preliminar, art. 1, perfecciona el texto del Código Civil de 1984, definiendo que en el Perú es “niño” desde la concepción hasta los doce años” y desde los doce años a los dieciocho es adolescente”.

d-2) El Código Civil de 1984 ha sufrido muchísimas enmiendas en su texto primigenio. Un ejemplo lo da la derogatoria completa del Título VIII, de Registros de Estado Civil, que fue reemplazado por la Ley N° 26497, que creó el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC, desarrollando el concepto de “identidad” en la legislación, en armonía con la Constitución de 1993.

d-3) Otra enmienda es la referida a la investigación de la paternidad, que en la fecha admite la prueba científica de ADN, que tiene mayor grado de certeza en casos de filiación extra matrimonial (ver arts. 402 y sgts), pese a este avance científico no se ha derogado el

art. 415, que legisla sobre el hijo probable, ya que se trata de casos en los que no hay certeza de la paternidad, existen pruebas de alguna probabilidad, pero no la certeza, con pruebas que solicita el juez

d-4) Asimismo por el mérito de la enmienda del art. 46, inc. 1 se reconoce derechos a los padres de familia adolescentes, mayores de 14 años de edad, sean el padre o la madre, o ambos, para que ellos mismos reconozcan a sus hijos.

d-5) También tiene artículos que deben ser modificados o perfeccionados, como el art. 17 del Código Civil, que se refiere a la limitación a la “violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título”, es decir, limita a los agraviados y a sus herederos para exigir la cesación de los actos lesivos, a los derechos referidos, siendo así un sistema de números clausus, más no de números apertus, como preceptúa la Constitución Peruana.

d-6) Igualmente merece honda preocupación el texto del art. 396:
“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Hay varios supuestos. Por expresa declaración del maestro Héctor Cornejo Chávez se sabe que él tenía la preocupación de las consecuencias del art. 670 derogado sobre la pérdida del derecho de sucesión por el hijo legítimo reconocido por tercero, numeral del Código de 1936, que había motivado casos de injusticia cuando indiscriminadamente, ponían rúbricas ilegibles en las partidas de nacimiento, para negar su legítimo derecho a infantes o hijos de cualquier edad, en épocas en las que las provincias no custodiaban los registros debidamente.

La jurisprudencia ha informado también del despojo de derechos a hijos reconocidos por su progenitor, el que habiendo fallecido, su familia ha impuesto el numeral 396 para declarar nula la inscripción y el reconocimiento del menor, por ser la madre anteriormente casada y no divorciada, situación que no se aplica a los varones, quienes libremente registran y reconocen a hijos extramatrimoniales, siendo ellos casados con otra señora, que no es la madre de todos sus hijos.

Sobre las consecuencias del art. 396 del Código Civil de 1984 se podría hablar varias horas y en varias páginas, pero lo principal es el estudio del “interés superior del niño y de la niña”.

El recién nacido o la recién nacida tiene derecho prioritario en la sociedad moderna. Nuestra redacción del art. 396 sugiere un grave “conflicto de intereses entre un niño o niña y los adultos”.

En el caso de no encontrarse presente el padre que le da la ley, sería fácil una solución, aparentemente, porque si se trata de personas con fortuna, es probable que a la muerte del causante, los familiares impongan el texto del art. 396 y se declare la nulidad del registro y del reconocimiento. Se despoja así los derechos de hijos menores.

Nótese que los padres casados tienen expedito el art. 363 para impugnar la paternidad, si tuvieran interés en hacerlo; y, si no lo hicieran, por imposibles jurídicos, dado que se encuentran lejos, desligados de su hogar primigenio, podría la madre tener hijos matrimoniales, sin serlo en la realidad, o, también si fuere abandonada o separada, podría tener hijos con distinto progenitor, el padre biológico. Si no se modifica el art. 396, se debe derogar.

No invocamos el caso de la prueba científica del ADN, porque hay muchos padres y madres con escasos recursos, y debido a su ignorancia, a veces inscriben dos veces a sus hijos, originando demandas de RENIEC contra los menores.

El art. 396, donde figura con gran poder el padre, dueño de aceptar o impugnar la paternidad, sin que el legislador acepte los supuestos de ausencia o de “abandono” del hogar, o, que ignore el nacimiento de un nuevo ser humano, nos obliga a decir que la madre —en estos casos— es *alieni iuris*, es decir, depende del marido que la abandonó, o del supuesto padre, ideado por la ley, ella no tiene voz, no tiene derechos. Tampoco se respetan los derechos del niño nacido en esas circunstancias. ¿Existe discriminación mediante el derecho?

d-7) El art. 423, sobre Deberes y Derechos de los Padres que ejercen la patria potestad tiene un inciso 3 digno de ser estudiado y meditado, pues su contenido rechaza que con dicho precepto, se pueda alcanzar algún bien a un niño, niña o adolescente, ya que tiene una redacción de dos prerrogativas:

Una: autoriza que se “corrija moderadamente a los hijos”, y,

Dos: cuando no bastare la corrección, “recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores”.

El inciso 3 del art. 423 pareciera redactado en el siglo XIX, cuando se admitía los castigos corporales a los menores, pero la educación de fin del siglo XX y comienzos del siglo XXI dan otro horizonte a los padres de familia a la educación mediante el ejemplo, la persuasión y el diálogo, sabiendo escuchar a sus hijos, interesándose y conociendo sus preocupaciones, referidas a su edad o a las que captan de otros amigos, o también lo que reciben de los medios de comunicación.

Además, causa preocupación entre los juristas pensar que un padre de familia o un profesional haya redactado el inciso 3 –referido- invitando a los padres a gestionar el internamiento de su hijo en un albergue o en un instituto, tal como se encuentran en la triste realidad, con presupuestos diminutos y con personal que atiende a niños sin tener la capacitación debida.

IV.- NUEVAS TENDENCIAS DEL SIGLO XXI

- a) El Concebido aparece como “sujeto de derecho” en el art. 1 del Código Civil de 1984, pero su redacción se refiere al ser humano y a sus derechos patrimoniales, los que se condicionan a que nazca vivo. Es evidente que todo ser humano es titular de derechos y deberes, pero al declarar que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo, invita a una reflexión sobre la tendencia del Código. Felizmente, la duda ha sido superada por el Título Preliminar, art. 1 del Código de los Niños y Adolescentes que declara que los niños son desde la concepción hasta los doce años de edad. Después son los ad-

olescentes de 12 a 18 años de edad y si tenemos presente la Ley de la Juventud, se prorroga la patria potestad, con el instituto de alimentos hasta los 28 años de edad, lo que culmina al cumplir 29 años de edad. A esa prórroga se le denomina “prórroga de la patria potestad”.

- b) En una sociedad igualitaria, preceptos o normas como el art. (396) del Código Civil afectan los derechos de las mujeres y de los hijos, que presentan “conflicto de intereses” con los padres de familia a quienes el legislador supone que se encuentran en su casa y pueden y/o deben impugnar la paternidad referida. La casuista prueba que el 90% de dichos posibles progenitores no se enteran del nacimiento de nuevos seres humanos, pero su nombre es impedimento para la inscripción de niños o niñas recién nacidos.
- c) El concepto de “Patria Potestad”, escrito en latín, es una confirmación del poder del padre de familia, aun cuando el Código Civil Peruano en su art. 419 declara que el padre y la madre, durante el matrimonio, ejercen conjuntamente la patria potestad. En el Código Civil de Brasil, de 2002, se modifica el texto, reconociendo la “potestad familiar”, es decir, para que el padre, la madre, o los abuelos, o tíos, según el caso, cumplan con los deberes para con los niños y adolescentes.

En el fondo del contenido de la patria potestad, es decir, del cumplimiento de los deberes para con los hijos, aparece el artículo 423, inc. 3 del Código Civil vigente, que –sin duda– no ha sido escrito ni por un padre, ni madre, ni un juez que conozca la realidad, dicho numeral a la letra dice:

Son deberes y derechos de los padres, inc. 3:

“corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la re educación de menores”

En primer lugar se debe formular crítica ante la posibilidad de “corregir moderadamente” a los hijos, hecho que daría lugar a una autorización a los castigos corporales, que tanto daño hacen a la humanidad. Los padres educan, acompañan, conversan, escuchan a sus hijos para orientarlos en sus naturales inquietudes.

También debe negarse la opción que se presenta al padre de familia de llevar a su hijo para que lo “internen”....¿a un albergue?...¿a Maranga?. Esa petición no puede responder al deseo de ningún buen padre de familia, pues todos sabemos de las dificultades que tienen dichas instituciones para atender a los menores infractores, no cuentan con buen presupuesto para los alimentos, ni tienen personal debidamente capacitado para el tratamiento a los que llegan por distintas razones, ampliamente conocidas, incluyendo casos de injusticia.

Lo que debe recomendarse para familias pobres, con hijos en peligro, sería los “hogares sustitutos” que dieron importantes logros en la década de los 70 y que en otros países tiene mucho éxito social.

- d) La “alienación paterna” es un problema surgido en casos de separación y divorcio de los padres, cuando uno de los progenitores, o, ambos, tratan de influir en la conducta de sus hijos menores, para que prefieran a un progenitor en relación al otro, guiados únicamente por estímulos artificiales, como regalos o premios que favorezcan una decisión frente a la justicia, prescindiendo del principio que debería regular toda decisión sobre niños y adolescentes, como es el “interés superior del niño”.

Lo grave es que en estos casos el progenitor que influye, denigra al otro padre hasta lograr que el hijo lo desprecie, situación que afecta gravemente la naturaleza de la relación paterno y materno filial.

Este nuevo fenómeno de la sociedad “la alienación paterna” no está presente en el Título III dedicado a la Patria Potestad, del Código Civil de 1984, pero si en el art. 75 inc. g) del Código de los Niños y Adolescentes, sobre Suspensión de la Patria Potestad por Alienación Parental existente.

- e). El Bullying ¿se puede eliminar?

Se trata de un problema de conducta en los colegios, cuando los maestros no cumplen con su deber de educar e impedir que los mayores o muchachos acomplejados, abusen de otros niños por diversas razones. El derecho comparado ha tratado el tema para prevenir, sancionar y eliminar estos casos de violencia infantil y juvenil.

Los padres de familia deben actuar en sus propios hogares y también en forma asociativa, para evitar que ocurran casos que a veces figuran en las páginas policiales y que afectan las relaciones de solidaridad y de amistad que debe primar entre condiscípulos de colegios y escuelas con niños que sufren las consecuencias de este fenómeno social.

Aun cuando las leyes no son una varita mágica se debe regular la conducta de niños y niñas y la supervisión adecuada de maestros y autoridades para evitar situaciones dolorosas, que a veces, resultan irreversibles.

V.- RECOMENDACIONES

- 1.- Considero necesario se organice Comisiones de estudio del articulado del Código Civil en vigor para perfeccionar su redacción teniendo presente los preceptos constitucionales sobre la igualdad de todos los ciudadanos, sin ninguna excepción.
- 2.- En las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana es necesario que los Talleres de investigación estudien temas de la realidad nacional como los casos de la discriminación mediante el derecho, referidos a normas que contienen los códigos, a veces contraviniendo preceptos constitucionales.
- 3.- Urge que la educación —en todos los niveles— de especial importancia al concepto de libertad de información y conocimiento, para que los jóvenes asuman su verdadero papel de ciudadanos.
- 4.- Es necesario que el concepto de “interés superior del niño” sea suficientemente difundido en las escuelas, hogares, centros de estudios superiores y colegios profesionales, para que toda la ciudadanía, especialmente las autoridades conozcan su significado y trabajen en conjunto por su aplicación, sin discriminar a ningún niño o niña de la comunidad local y nacional.

VI.- BIBLIOGRAFIA

- Alzamora Valdez, Mario: "Los Derechos Humanos", Lima, 1988.
- Basadre, Jorge: "Historia de la República", Lima, 1979.
- Código Civil de Argentina, Edición Oficial actualizada, Buenos Aires, 1998.
- Código Civil del Estado Nor Peruano, Imprenta Macías, Lima, 1836.
- Código Civil Peruano de 1852
- Código Civil Peruano de 1936, Librería Mejía Baca, Lima, 1955.
- Código Civil Peruano de 1984, Edición Oficial, Lima, 2010.
- Constitución Política de 1979, Lima, 1979.
- Constitución Política de 1993, Edición Oficial, Lima, 2010.
- Cornejo Chávez, Héctor: "Derecho Familiar Peruano", Lima, 1999.
- Cornejo Fava, María Teresa: "El Matrimonio", Lima, 2002.
- Garrido Melero, Martín: "Derecho de Familia", Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.
- García Maldonado, Ana Lucina, Directora: "La Mujer en la Historia de Venezuela", en Obra Enciclopédica: La Mujer en la Historia de América", Caracas, 1996.
- Loayza Saavedra, Rodolfo: "Pensadores Peruanos del Siglo XX frente a la problemática nacional", Antología, II Tomos, Editorial San Marcos, Lima, 2009.
- López – Rendo Rodríguez, Carmen: "De la vicésima hereditatium al impuesto sucesorio en el derecho español", en Direito Romano, Poder e Direito, XV Congreso Internacional de Direito Romano, Universidade de Lisboa, 2013.
- Maritain, Jacques: "El Humanismo", Editorial Dédalo, Buenos Aires, 1982.
- Meira, Silvio: "Clóvis Bevilacqua: Sua vida. Sua Obra", Ediciones Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1990.
- Mendiburu, Manuel de: "Ojeada sobre la esclavitud, bajo el régimen colonial", en Revista de Lima, tomo V, Lima, s/f
- Meza, Carmen y Hampe, Teodoro, co autores y compiladores: "La Mujer en la Historia del Perú" (siglos XV al XX), Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2007.

- Meza Ingar, Carmen: “Casos de Discriminación mediante el Derecho”, CONCYTEC, Lima, 1988.
- Meza Ingar, Carmen: “Ideas para un Código de Familia”, CONCYTEC, Lima, 1990.
- Meza Ingar, Carmen: “Más allá de la Igualdad. 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.
- Normas Legales, Lima
- Rentería Durand, Margarita: “Historia del Derecho Peruano: Los Derechos Civiles de las Mujeres en el Perú”, Segundo Premio del Concurso de Ensayo Jurídico “Jorge Basadre 2013”, en *Revista del Foro*, N°101, Lima, 2013.
- Vargas Ugarte, Rubén: “Historia General del Perú”, X Tomos, Carlos Milla Batres, Lima, 1971.
- Veloso, Zeno: “Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda”, Editora UNAMA, Universidade da Amazonia, Belem Pará, 2010.
- Villanueva Salvatierra, Susan: “Del registro del matrimonio religioso al registro del matrimonio civil en el Perú”, en *NOMBRES*, Revista Académica del RENIEC, Vol 1, N° 1, Lima, 2013.