

Aportes al Proyecto del nuevo Código Civil en Derecho de Familia

Max Arias Schreiber Pezet

CON MOTIVO DE haber asumido el dictado del Curso sobre Derecho de Familia, en agosto de 1983, tuvimos oportunidad de investigar con detenimiento las disposiciones que contiene el Proyecto de Nuevo Código Civil sobre esa materia. En este proceso contamos con la cooperación de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, así como con la de la Profesora Auxiliar, doctora Angela Arias Schreiber Montero. El resultado de este análisis fue puesto en conocimiento de la Comisión Revisora del Código Civil, por oficios de 27 de setiembre y 2 de diciembre de 1983.

En las líneas que siguen se explican cuáles han sido las principales observaciones y sugerencias planteadas, con el propósito de que tengan la debida divulgación y que se conozca el aporte hecho por la Universidad de Lima, en una acción coordinada de maestros y alumnos.

- (1) De acuerdo al artículo 294 del Proyecto, contra la resolución judicial denegatoria de la licencia para que los menores de edad puedan contraer matrimonio, no se da recurso alguno.

Se ha considerado que este precepto infringe el inciso 8o. del artículo 233 de la Constitución, sobre doble instancia.

- (2) El artículo 308 permite delegar en el Teniente Alcalde, Oficiales de Estado Civil, Agentes Municipales, Directores o Jefes de Hospitales, la facultad de celebrar la ceremonia del casamiento.

Se ha estimado que la nomenclatura del precepto no responde a la de la Legislación Municipal vigente y que, además, debería referirse a los centros asistenciales de salud o establecimientos análogos y no únicamente a los hospitales.

- (3) Conforme al artículo 344, si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, la cual se inscribirá en el Registro Personal como condición de validez y para que produzca efectos frente a terceros.

Del debate se llegó a la conclusión de que el requisito de la escritura pública es "ad solemnitatem" y, por lo tanto, para ser congruentes con el Proyecto en la parte relativa a la contratación, debería llevar como agregado la expresión "bajo sanción de nulidad". Esto, por lo demás, le confiere mayor seguridad al régimen de separación de patrimonios.

Adicionalmente se piensa que la inscripción a que se refiere el segundo párrafo no debe limitarse al Registro Personal, sino a cualquier otro pertinente.

- (4) El tercer párrafo del mismo artículo 344 establece que, a falta de escritura pública, se presume que los interesados han optado por el Régimen de Comunidad de Gananciales.

Para guardar congruencia con lo expuesto en el punto anterior, debería suprimirse toda referencia a la presunción, pues ella es incompatible con la formalidad "ad solemnitatem" de la escritura pública. De consiguiente, dicho tercer párrafo debería tener la redacción que sigue:

" A falta de escritura pública, se considera que los interesados han optado por el Régimen de Comunidad de Gananciales ".

- (5) Conforme al artículo 363 del Proyecto, "la facultad de gravar y disponer los bienes sociales (comunes) corresponde conjuntamente al marido y a la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede dar poder al otro para que ejerza individualmente dicha facultad.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rigen para los actos de adquisición de bienes, los cuales pueden ser ejercidos por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rigen los casos a que se refieren leyes especiales".

Este artículo es de singular importancia y al evaluarlo se llegó a la conclusión de que no salva los problemas creados por el Decreto Ley No. 17838, modificatorio del artículo 188 del Código Civil, particularmente en lo relativo al giro de cheques bancarios, aceptación de letras, vales y pagarés, ventas de acciones fuera o en Rueda de Bolsa, etc. La práctica demuestra que el problema requiere un tratamiento más adecuado y que tampoco debe quedar remitido a una ley especial, cuya dación podría demorar. Por otro lado, la libertad que el mismo artículo 363 confiere a los actos de adquisición es sumamente riesgosa, pues no tiene límites cuantitativos.

- (6) El artículo 368 se refiere al menaje ordinario del hogar, sin indicar cuáles son los bienes que lo integran, lo que ha sido motivo de severa crítica en la aplicación del artículo 820 del Código Civil vigente, por sus limitaciones y porque no se proyecta adecuadamente sobre diversos bienes muebles de gran valor artístico y económico.
- (7) El artículo 404 autoriza, en su segundo párrafo, la reconciliación de los cónyuges o el desistimiento de cualquiera de ellos mientras el juicio no haya terminado, con lo que se pone fin al proceso.

Se ha estimado indispensable precisar hasta qué momento es posible dicho desistimiento, pues de otro modo podría plantearse en cualquier tiempo y crear gran inseguridad en el proceso de separación por mutuo disenso, por una parte, y ser un instrumento de presión para obtener ventajas por uno de los cónyuges.

Se ha sugerido, de consiguiente, que debería mantenerse la disposición contenida en el artículo 279 del Código Civil actual, que permite que cualquiera de las partes pueda revocar su consentimiento dentro de los treinta días posteriores al comparendo.

- (8) El tercer párrafo del artículo 457 permite que todo aquel que tenga legítimo interés en contradecir la demanda para que se declare la paternidad extrapatrimonial, puede ingresar al proceso en cualquier momento, mientras no esté terminado y está autorizado para ofrecer y controlar pruebas, presentar informes e interponer en su caso, recursos impugnatorios.

Este párrafo crea un desajuste en el sistema procesal y debería ser suprimido.

- (9) El inciso 7o. del artículo 561 establece que no pueden ser tutores los que están sujetos a un procedimiento de quiebra. Se considera que, con igual razón, el impedimento debe operar a quienes hayan sido declarados en quiebra.
- (10) Según el artículo 490, tratándose de los bienes comprendidos en usufructo legal, los padres responden solamente de la propiedad.

En realidad, no existe razón suficiente para que el precepto no esté referido a las obligaciones y responsabilidades del usufructuario en general.

- (11) El artículo 539 del Proyecto dispone que para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es necesario no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por esa constitución.

Del análisis de este precepto resulta la conveniencia de aclararlo en el sentido de que es de carácter imperativo y que la constitución del patrimonio familiar sería nula en la hipótesis de que con posterioridad a ella se establezca la existencia de deudas que podrían de alguna manera perjudicar a los acreedores.

- (12) El artículo 574 establece que el tutor está obligado a administrar los bienes del menor, como lo haría un buen padre de familia.

Se ha sugerido sustituir esta expresión, que es obsoleta, por la que utiliza la doctrina y la legislación contemporánea (diligencia).

- (13) El inciso 5o. del artículo 577 exige que el tutor obtenga autorización judicial para celebrar contratos de locación de servicios. Este tipo de contratos ha sido suprimido, para ser reemplazado por el contrato de trabajo independiente.
- (14) El inciso 6o. del mismo artículo 577 establece que el tutor requiere también autorización judicial para celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia.

Se conceptúa que la disposición carecería de justificación en los casos en que la renta vitalicia sea gratuita.

- (15) Los artículos 614 y 658 están referidos a lo que el Proyecto conoce como deficiencia mental fronteriza, concepto que no está científicamente definido, por lo que debería ser reemplazado por una expre-

sión más precisa.

- (16) El artículo 661 establece que la curatela de los bienes cesa por su extinción, lo que es obvio y no requiere disposición expresa de la ley para que funcione.
- (17) El inciso 5o. del artículo 411 no otorga al marido estéril el derecho de negar la paternidad, cuando haya sufrido una vasectomía o adolezca de lesiones que no determinan impotencia, pero sí impiden la procreación. Como quien alega un hecho debe probarlo, si pericialmente el marido demuestra que en la época de la concepción era estéril, debería estar entonces en condiciones de invocarla. En silencio de la norma, tal como está redactada y dado su carácter taxativo, no podrá hacer valer esta causal, lo que es notoriamente injusto.
- (18) La expresión "hijos alimentistas" que contiene la Sección Tercera, artículo 464 y siguientes, es equívoca. En efecto, en esos preceptos sólo existe una simple presunción hipotética, ya que no se trata de hijos reconocidos ni declarados como tales por los jueces.
- (19) Habiendo tomado conocimiento que la Comisión Revisora introdujo en el texto del artículo 464 un cambio fundamental, al otorgar al alimentista todos los derechos que integran la denominada pensión alimenticia, se estima que se está distorsionando la institución, sin tener en cuenta que el alimentista carece de padres y estrictamente no tendría derecho alguno y que lo que la ley hace y el Proyecto repite es darle lo elemental, esto es, el derecho a subsistir mientras no pueda valerse por sí mismo. Por las consideraciones expuestas, se piensa que la Comisión Revisora debería reconsiderar el acuerdo adoptado y diferenciar entre el derecho de alimentos de los hijos y el de los llamados alimenticios.
- (20) El inciso 2o. del artículo 533 establece que pueden ser objeto del patrimonio familiar inalienable los predios destinados a la agricultura, la artesanía y la industria.

Se piensa que la amplitud de este inciso podrá originar situaciones no queridas por la ley y que no estén dentro del espíritu del párrafo tercero del artículo 5 de la Constitución, que es su antecedente. En efecto y tal como está redactado, una hacienda, una fábrica, etc. podrán constituirse en patrimonio familiar, sin haberse establecido en qué forma no excederá de lo necesario para el sustento, tal como lo

reclama el artículo 533 del Proyecto. Dicho en otras palabras, habría que establecer cómo funciona la limitación prevista en el referido artículo 533.

- (21) El artículo 535 del Proyecto es la repetición textual del párrafo tercero del artículo 5 de la Constitución, por lo que debería suprimirse.
- (22) En el artículo 543 no se ha contemplado la revocabilidad del patrimonio familiar, a diferencia de lo que sucede con el hogar de familia en el Código Civil vigente (artículo 462).

Se estima conveniente mantener esta causal de extinción, pues puede suceder que haya cambiado entre tanto la situación económica de la familia y que la afectación pierda de este modo su razón de ser.

- (23) Los incisos 1o. y 2o. del artículo 565 no indican en poder de quien deben quedar los bienes que tengan que entregarse en depósito y prenda, respectivamente.
- (24) El inventario judicial a que se refiere el inciso 1o. del artículo 565 no es valorizado, lo que no guarda congruencia con la adecuada cautela de los intereses del menor, ni está en armonía con el texto del artículo 157 del Proyecto, relativo a la declaración de ausencia, en el que se exige valorización.
- (25) El artículo 576 no debería limitarse a la alimentación y educación del menor, sino extenderse a su protección y defensa, tal como lo señala el artículo 571.
- (26) El artículo 698 del Proyecto menciona la negligencia culpable, concepto éste que no guarda relación con el Libro de las Obligaciones, en el cual la negligencia o culpa puede ser grave o leve (artículo 1337 y 1338 del Proyecto).

Debemos dejar constancia que las observaciones y sugerencias comentadas en ninguna forma desmerecen la alta calidad del Proyecto elaborado por el distinguido maestro doctor Héctor Cornejo Chávez.