MARIO CASTILLO FREYRE

DERECHO DE FAMILIA

TOMO II

El autor agradece la colaboración de
Gisselle Moreno Cavallini y
Gianella Lezama Coaguila

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

DERECHO DE FAMILIA
Tomo II

© Mario Castillo Freyre
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: junio 2023
2600 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2023-03934
ISBN Obra completa: 978-612-333-022-4
ISBN Tomo II: 978-612-333-024-8
Registro de proyecto editorial
31501222300223

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra
Corrección: Carlos de la Vega Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Junio 2023
Publicado: junio 2023

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN TERCERA

SOCIEDAD PATERNO-FILIAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
FILIACIÓN MATRIMONIAL

CAPÍTULO PRIMERO
HIJOS MATRIMONIALES

Antes de comenzar con nuestro análisis de la normativa del Código a este respecto, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*(585) incluso llegamos a señalar que podría modificarse la estructura de los Títulos I (Filiación matrimonial) y II (Filiación extramatrimonial), a fin de no hacer distinción entre hijos de uno y otro origen, principio consagrado por las Constituciones Políticas del Perú de 1979 y 1993. De ahí que planteábamos la posibilidad de derogar el Capítulo relativo a los hijos matrimoniales; unificándolos en un Título I, bajo el nombre genérico de Filiación.

Presunción de paternidad

Artículo 361.- El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

Esta norma es fruto de la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1377, publicado el 24 de agosto de 2018. El texto de 1984 era el siguiente:

***Artículo 361**.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.*

Para comentar el artículo 361, debemos señalar, en primer término, que la norma original establecía la misma presunción, en el sentido de que a este hijo nacido dentro del matrimonio o hasta trescientos días de concluido éste, se le reputaba del marido.

(585) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 414.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La nueva norma tiene cuatro modificaciones, una útil y dos inútiles.

La útil es que se hace la salvedad de que la madre declare expresamente lo contrario.

No vamos a seguir refiriéndonos al tema, pues volveremos sobre él en nuestros comentarios a los artículos 362 y 363.

Por otra parte, debemos decir que la primera modificación inútil operada en el artículo 361 es la relativa a la mala costumbre de colocar en las leyes los números, tanto en letras como también en cifras. Por si acaso las leyes no son cheques que se pueda intentar adulterar. Ello constituye una demasía. Como también lo es la precisión de que los trescientos días son calendario (segunda modificación inútil). Eso es evidente de acuerdo con lo establecido en el artículo 183, inciso 1 del propio Código Civil. No había necesidad de hacerlo. Además, en temas de embarazo y presunción de paternidad o maternidad, ¿acaso se podría imaginar el cómputo en días hábiles? ¡Por favor!

Por lo demás, el tema se desbarata con lo establecido por el artículo 363, que analizaremos más adelante.

Y la tercera modificación inútil es el empleo de la expresión el «hijo o hija nacido/a». Fraseología «políticamente correcta», pero por demás innecesaria. Todos sabemos que en este caso el término masculino comprende a las hijas.

Sobre el precepto bajo análisis, el maestro Arias-Schreiber comenta que: «El fundamento de la norma es incuestionable. Ya hemos señalado que el matrimonio es la base de la familia, y que ésta es, a su vez, pilar fundamental de la sociedad. Estos conceptos, que están vaciados en la Constitución, tienen una importancia excepcional, tal como tuviéramos oportunidad de destacar en Exégesis, tomo VII, actualizado en 1998, (página 60). En ellos se dan, en efecto, los más puros y nobles sentimientos del ser humano, como son el amor, la intimidad, el desprendimiento, la compenetración, el disfrute de los momentos felices de la vida, la comprensión y apoyo en las dificultades que ella conlleva y que se multiplican cuando llegan los hijos, que son la expresión de una voluntad propia de los padres y ajena a ellos, como hemos manifestado.»[586]

Adicionalmente, resulta pertinente señalar que, como menciona Luz Monge, que: «El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (artículo 361). El criterio ordinario de

(586) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 25.

la presunción es el nacimiento o la concepción durante el matrimonio. [...] La aplicación de la presunción de la paternidad supone entonces la reunión de tres condiciones: el establecimiento previo de la filiación materna, el matrimonio de la madre con el presunto padre y la coincidencia entre el periodo del matrimonio y el momento de la concepción o del nacimiento. En suma, para que se aplique la presunción de paternidad es necesario, y es suficiente, que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación.»[587]

Ahora bien, la presunción contenida en este artículo no es *iure et de iure*, tal como lo ha señalado la Corte Superior de Justicia de Junín en el Pleno Jurisdiccional en Materia de Familia, de fechas 13 y 14 de diciembre de 2007, al indicar lo siguiente: «Derecho de identidad y control difuso a favor del interés superior del niño. Derecho de identidad en contradicción a la presunción *iure et de iure* prevista en los artículos 361 concordante con los artículos 396 y 404 del Código Civil. El Pleno acordó por mayoría: El juez puede aplicar el control difuso para determinar en un proceso de esta naturaleza si le corresponde a este menor conocer quién es su padre biológico.»

En esa línea, en la Casación n.º 2657-98-Lima, de fecha 4 de mayo de 1999, se estableció cuándo no es aplicable la presunción de este artículo: «Requisitos para aplicar la presunción de paternidad. Si el menor tiene por padres biológicos a terceros, no resulta de aplicación la presunción. *Cuarto.* Presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio; y b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor; para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento [...]. *Sétimo.* [En consecuencia] cuando las instancias de mérito han establecido que el menor [...] tiene por padres biológicos a terceros, no resulta de aplicación la presunción establecida en el artículo 361 del Código Civil.»[588]

Finalmente debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[589] señalamos que la norma original del Código debería terminar en la frase «salvo prueba en contrario».

(587) Monge Talavera, Luz. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 676.

(588) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 457 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 311.

(589) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 413.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presunción de hijo matrimonial

Artículo 362.- El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.

Esta norma es fruto de la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1377, publicado el 24 de agosto de 2018. El texto de 1984 era el siguiente:

Artículo 362.- *El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.*

Volvemos otra vez con lo mismo.

No es que no estemos de acuerdo con la presunción establecida por el artículo 362, en el sentido de que, si una pareja está casada, el hijo se presuma matrimonial. Por supuesto que sí.

De lo que disentimos es de que la norma señale como salvedad el que la madre declare expresamente que el hijo (ahora se agrega, inútilmente, la expresión «hija») no es del marido.

Por lo demás, este tema se desbarata con lo establecido por el artículo 363, que analizaremos más adelante.

Sobre los motivos del artículo, Luz Monge ha señalado que: «El Código Civil peruano consagra así una antigua y clásica tesis según la cual es necesario, en atención al interés del niño, proteger la legitimidad a cualquier precio. Pero es posible también que esta facultad discrecionaria concedida al marido, pues es libre de no ejercitarla, avale una actitud abusiva de su parte. En efecto, a pesar de estar convencido de su no-paternidad puede abstenerse de ejercer la acción contestatoria con el solo propósito de impedir el reconocimiento del niño por el verdadero padre.»(590)

Finalmente, resulta pertinente recordar que la Casación n.º 2657-98-Lima, de fecha 4 de mayo de 1999, ha señalado que no es de aplicación esta presunción «Si el menor tiene por padres biológicos a terceros.»

(590) Monge Talavera, Luz. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 677.

Negación de la paternidad

Artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Este artículo es fruto de la modificación efectuada por el artículo 2 de la Ley n.º 27084, publicada el 6 de enero de 1999. El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 363**.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:*

1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de comenzar debemos decir que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[591] señalamos que la norma original del artículo 363 debía dejar abierta, en los términos más amplios posibles, la facultad de negar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, utilizando cualquier medio probatorio permitido por la ley procesal. Pero recogíamos, en otro sentido, los cuatro incisos del texto que se encontraba vigente, estableciendo que esos son casos en los que se presume que el hijo no es del marido, naturalmente, permitiendo prueba en contrario.

Debemos recordar que de conformidad con el artículo 1 de la Ley n.º 27048, publicada el 6 de enero de 1999, en los casos de negación de paternidad matrimonial a que se refiere este artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

El artículo 363 del Código Civil se encarga de regular los supuestos de negación de la paternidad. Como se aprecia, la norma es fruto de una adición al Código Civil efectuada en el año 1999, en uno de los extremos del precepto. Estudiemos el artículo en detalle.

a) Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio (inciso 1)

Si el hijo naciera antes de cumplidos los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, será altamente improbable que el mismo hubiese sido concebido dentro del matrimonio, pues, salvo casos excepcionales, el niño tendría escasas posibilidades de sobrevivir si naciera en un lapso más breve.

No obstante, si ello ocurriera y el niño sobreviviese, tal circunstancia tampoco sería definitiva para acreditar que ese niño no es del marido, porque el Código parte de la idea de que la pareja recién empezó a tener relaciones sexuales cuando sus miembros se casaron, siendo lo más común que las haya mantenido desde mucho antes.

En ese sentido, si el padre decide negar la paternidad de ese niño, es porque deberá ten er razones contundentes para tal efecto. Por lo demás, la sola circunstancia del supuesto del inciso bajo comentario no resulta argumento suficiente para que su demanda sea declarada fundada.

(591) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 413.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bustamante, citando a Zannoni, señala que: «Este es el caso en que el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Aquí, el accionante se limita a desconocer mediante una simple negación, acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio.»(592)

Creemos que una simple negación sería insuficiente ante la afirmación de la madre en el sentido de que el hijo es de su marido.

b) Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo (inciso 2)

Esta causal se basa en similares argumentos que la primera.

No obstante, sobre ella también debemos decir que esa sola circunstancia no acredita sino la imposibilidad de convivencia o trato en esos días, como podría derivarse de la permanencia del marido en un país diferente a aquel donde reside su cónyuge.

Pero podría tratarse de un procedimiento de fecundación asistida y el hombre podría haber dejado el material genético antes de su viaje, o cualquier circunstancia similar.

Decimos esto, en la medida en que, si la mujer fuese demandada por esta causal, obviamente, podrá probar que el niño sí es del marido.

Una vez más, nos encontramos frente a una causal que, con los avances de la ciencia, ha devenido en bastante relativa.

Adicionalmente, sobre la misma, Aguilar Llanos comenta que: «Esta causal está referida a los plazos mínimo y máximo de gestación (embarazo), y en particular a la concepción, entonces, cuando el marido acredite que fue imposible tener trato íntimo con su mujer en el periodo de la concepción podrá resultar victorioso, ahora bien, esta imposibilidad podría ser ausencia, privación de libertad, enfermedad, accidente, separación de hecho, pero en cualquiera de estos casos, la prueba recae en el marido, pues en este supuesto la presunción *pater is* tiene plena vigencia.»(593)

(592) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 680.

(593) Aguilar Llanos, Benjamín. *Matrimonio y filiación. Aspectos patrimoniales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 106.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período (inciso 3)

El inciso 3, bajo comentario, se refiere al caso de separación de cuerpos. Se entiende que, si ha sido declarada la separación de cuerpos, resultaría contradictorio que los cónyuges convivan o tengan relaciones sexuales.

Como siempre, se trata de una causal de validez relativa, porque, como ella misma indica, la esposa demandada podría probar que el marido cohabitó con ella en algún momento dentro de ese período en el que ha se encontraban formalmente en separación de cuerpos; o incluso que el marido ha proporcionado material genético para la concepción de ese hijo.

d) Cuando adolezca de impotencia absoluta (inciso 4)

La impotencia absoluta del marido consiste en una disfunción eréctil, lo que equivale a decir, que, por más estímulo sexual al que sea sometido, el miembro viril no se erecta. Esto, como es obvio, determina la imposibilidad de mantener relaciones sexuales.

Pero la Real Academia Española define al impotente como el varón incapaz de realizar el coito; no obstante, también lo define como aquella persona que es incapaz de engendrar o concebir.(594)

Entendemos que debería tomarse esta última acepción para interpretar el inciso 4, bajo comentario. Decimos esto, pues aquí lo importante es que el varón (el marido) se encuentre en la absoluta imposibilidad de engendrar.

Pero, como venimos subrayando, este es otro supuesto que faculta la impugnación de paternidad, que puede ser desbaratado, en la medida en que la esposa demandada pruebe que el hijo sí es de su marido.

Sobre esta causal, Peralta Andía precisa que: «La prueba, en este caso, corresponde al marido, empero la impotencia que alude la ley no se refiere precisamente a que sea anterior a la celebración del matrimonio, sino que bastará que ésta haya existido durante el período de la concepción.»(595)

No es que estas cuatro primeras causales no tengan utilidad, pero ellas pueden ser contestadas y la esposa demandada siempre podrá acreditar

(594) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 4 de diciembre de 2022.
(595) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 288.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la paternidad del hijo sobre el marido. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que ellas son un rezago del tiempo en que no existía la prueba del ADN.

e) Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica, con igual o mayor grado de certeza, que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza (inciso 5)

En realidad, como se puede apreciar, todo el artículo 363 podría reducirse a este inciso.

A entender nuestro, el marido siempre podría negar la paternidad de un hijo y lo debería poder probar a través de una prueba de ADN.

En otras palabas, los supuestos contemplados por el artículo 363 resultan insuficientes para la inmensidad de casos que impone la vida real en que el marido no se considera padre de un hijo nacido dentro del matrimonio y quiere demostrarlo.

Y, para ello, está el inciso 5 del artículo bajo comentario; norma introducida en el año 1999 y que, en buena cuenta, constituye la causal más abierta que pudiere existir, pues ella parte del enunciado de que el marido recurra a la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica, con igual o mayor grado de certeza, para acreditar que no existe vínculo parental.

Nótese cómo este artículo no recurre al establecimiento de algún supuesto en particular. En buena cuenta, el supuesto del inciso 5, bajo comentario, se basará en la duda o, tal vez, en la certeza del marido, de que el hijo nacido dentro del matrimonio no es suyo.

Ahora bien, el inciso bajo análisis concluye con una expresión que va en el sentido de todo lo que habíamos estado señalando con ocasión de nuestros comentarios a los cuatro incisos precedentes e, incluso, a los artículos 361 y 362, cuando establece que el juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Finalmente, conviene mencionar que en materia jurisprudencial, la Casación n.° 1182-04-Junín, de fecha 12 de agosto de 2005, estableció que: «La filiación derivada del simple estado matrimonial se constituye sobre la base de una presunción legal relativa o *juris tantum*, de tal forma que la misma puede ser contestada o impugnada. *Sexto.* filiación derivada del simple estado

ESTUDIO MEJÍA CASTILLO FREYRE

matrimonial se constituye sobre la base de la presunción "*pater is est quem nuptiae demonstran*", según el cual el hijo tenido por mujer casada se reputa como hijo del marido. Esta presunción, sin embargo, no es absoluta o *juris et de jure*, sino que se trata de una presunción legal relativa o *juris tantum*, de tal forma que la misma puede ser contestada o impugnada –entre otros– por el marido a quien se le atribuye la paternidad por imperio de la ley, siempre que acredite con prueba idónea, y dentro de un proceso judicial, que se ha configurado cualquiera de los supuestos normados en el artículo 363 del Código Civil. *Sétimo*. como se advierte en autos, el actor, a quien se le atribuye por imperio de la ley la paternidad de la menor [...] en virtud a la declaratoria judicial de estado de casado civilmente con la madre de la misma –pues antes de ello no le era atribuible la paternidad por ser incierto el estado de casado declarado finalmente en sede judicial– ha interpuesto demanda negando dicha paternidad sobre la base de lo normado en el inciso 5 del artículo 363 reseñado, y con los resultados de la prueba científica del ADN que se señala que el demandante no es el padre biológico de la menor, ha destruido el valor relativo de la presunción establecida en el artículo 361 del Código Civil (*sic*).»[596]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(596) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 458-459 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 314.

matrimonial se constituye sobre la base de la presunción "*pater is est quem nuptiae demonstran*", según el cual el hijo tenido por mujer casada se reputa como hijo del marido. Esta presunción, sin embargo, no es absoluta o *juris et de jure*, sino que se trata de una presunción legal relativa o *juris tantum*, de tal forma que la misma puede ser contestada o impugnada –entre otros– por el marido a quien se le atribuye la paternidad por imperio de la ley, siempre que acredite con prueba idónea, y dentro de un proceso judicial, que se ha configurado cualquiera de los supuestos normados en el artículo 363 del Código Civil. *Sétimo*. como se advierte en autos, el actor, a quien se le atribuye por imperio de la ley la paternidad de la menor [...] en virtud a la declaratoria judicial de estado de casado civilmente con la madre de la misma –pues antes de ello no le era atribuible la paternidad por ser incierto el estado de casado declarado finalmente en sede judicial– ha interpuesto demanda negando dicha paternidad sobre la base de lo normado en el inciso 5 del artículo 363 reseñado, y con los resultados de la prueba científica del ADN que se señala que el demandante no es el padre biológico de la menor, ha destruido el valor relativo de la presunción establecida en el artículo 361 del Código Civil (*sic*).»[596]

(596) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 458-459 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 314.

Plazo de acción contestataria

Artículo 364.- La acción contestatoria *(sic)* debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

El artículo 364 se encarga de establecer el plazo de la que el mismo artículo llama como pretensión o acción contestatoria de paternidad. En primer término, debemos señalar que la palabra «contestatoria» no es propia de la Lengua Española, la misma que recoge la expresión «contestataria», entendiendo por ella, en su primer significado: «Que polemiza, se opone o protesta, a veces brusca o violentamente, contra algo establecido»[597].

Por otra parte, la norma señala que el plazo de la pretensión contestataria es de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

A pesar de que el artículo citado no lo establece de manera expresa, nosotros interpretamos que se trata de un plazo de caducidad, dada su brevedad. No cabe duda de que, dentro del régimen legal del Código de 1984, un plazo de noventa días será uno de caducidad. Es, además, uno de los plazos más breves señalados por este Código, razón por la cual no cabe duda al respecto.

En la misma línea, Peralta Andía menciona que: «El plazo para intentar la acción contestatoria (*sic*) es muy breve, de noventa días contados a partir del día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente, presumiéndose de puro derecho que el marido conoció el hecho del parto el mismo día o aquel día en que regresó. Como se advierte, se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción.»[598]

La distinción del término inicial del plazo, entre si el padre estuvo presente en el lugar de nacimiento del niño o si no lo estuvo, resulta importante, en lo que respecta no sólo al momento en que tomó conocimiento del nacimiento, sino que, además, habrá podido conocer a su hijo, por lo que, tal vez haya estado

(597) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 4 de diciembre de 2022.
(598) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 362.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en aptitud de verificar sus rasgos físicos. No obstante, tales circunstancias podrían no representar algo concreto (algún elemento de duda) para el marido.

Al respecto, Aguilar Llanos señala que: «Este plazo jugaría incluso en el caso del inciso 5 del artículo 363 ya analizado, esto es, cuando se cuenta con una prueba de validez científica, lo que no nos parece correcto, en atención a que el supuesto padre puede tomar conocimiento de la falsedad de esa imputación, vencido el plazo, e incluso teniendo dudas sobre esa paternidad, dudas que le sobreviene vencido el plazo, realiza una prueba científica en la que se descarta su paternidad, y pese a ello según la norma vigente no podría accionar resultando injusto e incluso yendo contra el derecho a la identidad. Es de observar en nuestros legisladores, una preferencia por la verdad legal antes que la verdad biológica, opción que hoy está cambiando en función del derecho a la identidad, como derecho fundamental de la persona, a conocer a sus padres que lo son genéticamente, y no a los padres, que lo son porque la ley lo dice.»(599)

Al respecto, el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materias Civil, Familia, Laboral y Penal, realizado por la Corte Superior de Justicia de Ica, de fechas 3 y 10 de diciembre de 2007 estableció lo siguiente: «Plazo para la acción contestatoria (*sic*) regulada por el artículo 364 del Código Civil. El Pleno acordó por unanimidad: Que, en los casos de las acciones a que se refieren los artículos 400, 372, 385 y 401 del Código Civil también debe aplicarse el control difuso prefiriendo aplicar –respecto de los plazos establecidos– la norma contenida en el artículo 2 del inciso 1 de la Constitución Política del Estado, que consagra el derecho de toda persona a su identidad, así como el de los padres a que se le reconozca y ejerzan su paternidad, concordante con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que prevé el derecho a la identidad que tiene todo menor de edad, lo que incluye el derecho a tener un nombre y de conocer a sus padres y llevar sus apellidos.»(600)

Asimismo, determinando los límites de aplicación del artículo bajo análisis, la Casación n.º 2657-98-Lima, de fecha 4 de mayo de 1999 estableció lo siguiente: «Plazo para interposición de acción contestataria sólo es aplicable a los casos de presunción de paternidad en la filiación matrimonial. *Sexto.* respecto al plazo de caducidad que fija el artículo 364 del Código Civil, es necesario precisar que la mencionada norma sólo es aplicable a los casos de presunción de paternidad en la filiación matrimonial, en consecuencia, la citada norma también ha sido aplicada indebidamente.»(601)

(599) Aguilar Llanos, Benjamín. *Matrimonio y filiación. Aspectos patrimoniales. Op. cit.*, p. 108.
(600) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 460.
(601) *Ibidem*, p. 461.

Además, en fórmula negativa, la Casación n.º 2390-2004-Ica, de fecha 9 de noviembre de 2005 ha señalado que: «El plazo para incoar la pretensión contestatoria (*sic*) de paternidad puede contabilizarse a partir del momento en que el marido toma recién conocimiento de su no paternidad. *Sétimo.* [...] plazo para la caducidad de la pretensión contestatoria (*sic*) de paternidad se computa "(...) desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente"; premisas absolutamente claras que en modo alguno permiten interpretar que el plazo para incoar dicha pretensión puede contabilizarse a partir del momento en que el marido toma recién conocimiento de su no paternidad; debiendo agregarse que situaciones como la descrita por el recurrente deben motivar una reforma de los dispositivos legales vinculados a la contestación de la paternidad en virtud del avance de la ciencia y la tecnología que permiten hoy conocer con un altísimo grado de certeza la paternidad de las personas; empero, la modificación de las normas legales no es función de este Poder del Estado sino su interpretación y aplicación para la solución de los conflictos de intereses y la eliminación de alguna incertidumbre jurídica; de tal modo que la aplicación debida de la ley en ninguna forma puede constituir la afectación del derecho al debido proceso del recurrente; no configurándose esta causal denunciada.»[602]

En lo personal, pensamos que la pretensión de negación de paternidad no sólo no debería caducar. Así lo señalamos en 1998, en *Tentaciones académicas*.[603]

Muchas veces las sospechas sobre la no paternidad en relación al hijo, surgen años o décadas después de su nacimiento.

Debemos señalar, como referencia, que conversando en una ocasión al respecto con médicos ginecólogos amigos, ellos coincidían en que la experiencia vivida les enseñaba que, por el tema de incompatibilidad de los grupos sanguíneos de los padres y del recién nacido, no menos del 10 % de los niños no son hijos de quienes creen ser sus padres. Este cálculo incluía tanto a parejas no casadas, como a las que sí lo estaban. Sorprendente cifra, por cierto.

Por lo demás, el plazo establecido por el artículo bajo comentario resulta muy breve y severo, al ser de caducidad. Por todo lo expuesto, no estamos de acuerdo con el contenido de esta norma.

(602) *Loc. cit.*

(603) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 416.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de negar el hijo por nacer

Artículo 365.- No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer.

Estamos plenamente de acuerdo con el contenido de esta norma.

Pensamos que resultaría inmoral el negar la paternidad de un hijo en camino, dentro del matrimonio. Ello, por más certeza que se pudiese tener de que no es del marido.

Además, la demanda de negación de paternidad interpuesta durante el embarazo traería, sin duda, problemas emocionales y disgustos a la esposa embarazada, lo que podría traducirse en problemas en el embarazo y hasta en problemas con el feto.

Adicionalmente, la doctrina sostiene también que esta acción es inútil. Luz Monge señala lo siguiente: «Podemos preguntarnos: ¿por qué tanta prisa en ejercer una acción que tal vez no tenga ningún interés ni repercusión? Por un lado, ningún interés patrimonial está en juego. El concebido no tiene personalidad jurídica, no es titular efectivo y actual de derechos patrimoniales, no puede adquirir ni transmitir nada (artículo 1). Por otro lado, si el nacimiento no llega a producirse nunca, la comprobación de la verdad acerca del origen biológico del concebido podría tener un interés moral; sin embargo, jurídicamente el ejercicio de la acción contestatoria (*sic*) carece de utilidad.»(604)

Por otro lado, el profesor Arias-Schreiber manifiesta que: «Esta es una norma muy antigua y se basaba en el sentido de que el marido no estaba en condiciones de saber si el hijo por nacer era suyo o no lo era. Además, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y la contestación de la paternidad no es algo que le favorezca en forma alguna. Con el nacimiento, ya se podrá demostrar científicamente (pruebas del ADN u otras similares en su certeza) si el hijo es suyo o no lo es. No descartamos la posibilidad de que con el avance científico de la genética pueda comprobarse esta situación antes del nacimiento, esto es, durante la etapa de la concepción.»(605)

(604) Monge Talavera, Luz. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 693.

(605) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 30.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Por nuestra parte, tenemos entendido que sí se podría realizar esta prueba científica con el feto, pero ella acarrearía riesgos a la salud o integridad física del mismo, razón por la cual no resulta aconsejable llevarla a cabo.

En palabras del profesor Roger Rodríguez Iturri: «No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer, consagra el artículo 365. Ello en vista de que, de acuerdo al artículo 1 del Código Civil, el concebido, según establece nuestra legislación, es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.»(606)

En virtud de tales consideraciones, el marido de esa mujer estará facultado a adoptar las previsiones del caso, si se quiere, a tener lista la demanda de negación de paternidad, pero sólo podrá interponerla luego de que haya nacido el niño, no antes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(606) Rodríguez Iturri, Roger. *Instituciones del Derecho Familiar no patrimonial peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018, p. 113.

Improcedencia de la acción contestataria

Artículo 366.- El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3:

1.- Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo.

2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.

3.- Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial.

El artículo 366 se encarga de regular los supuestos de improcedencia de la pretensión de contestación de la paternidad. Veamos en detalle cada uno de ellos:

a) Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo (inciso 1)

El inciso 1 se refiere a aquellos casos en que, sea de manera tácita o expresa, el marido conocía del embarazo.

El primer caso se refiere a si lo conocía antes de casarse. Y el segundo, si se reconcilió luego de conocer acerca del embarazo de su esposa.

El legislador de 1984, fundamentalmente, lo que entiende es que en estos casos estaría produciéndose un perdón tácito sobre una eventual situación de infidelidad.

Pero nótese que ello no tendrá necesariamente que ser así.

En primer lugar, porque el marido podría haber conocido del embarazo antes de casarse, pero estar tranquilo, porque creía que el hijo era suyo, habida cuenta de que él había mantenido relaciones sexuales con quien luego sería su esposa.

En ese sentido, Rodríguez Iturri señala: «El derecho asume, y asume bien, que la boda o la reconciliación de un hombre que, a sabiendas del embarazo de la mujer, concurre con ella al matrimonio o al reencuentro conyugal implica la aceptación filial.»[607]

(607) *Ibidem*, p. 109.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero, entendemos que el conocimiento del embarazo no tiene por qué ser asumido como que era con respecto al hijo de un tercero. Si éste último fuese el caso, naturalmente se aplicaría la norma comentada. En caso el hombre crea que el hijo era suyo, no.

Y en el segundo supuesto, la norma parte de un supuesto poco claro. Si el marido conocía del embarazo antes de la reconciliación, no dice algo en especial. Ello, dado que el pleito entre los cónyuges pudo haber obedecido a una situación diferente de la imputación de haber quedado embarazada de otro hombre. En ese sentido, la reconciliación habrá perdonado el hecho o la imputación X, pero no la infidelidad, que nunca fue motivo de discusión. Entendemos que el inciso 1 del artículo 366 sólo resulta aplicable si la reconciliación versó sobre el perdón a la infidelidad de la esposa por haber quedado embarazada de un tercero.

b) Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo (inciso 2)

De acuerdo con lo establecido por el artículo 366, inciso 2, el marido no podrá contestar la paternidad si hubiere admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.

Disentimos de lo dispuesto en este inciso, en la medida en que esa admisión, sin duda, obedecería, o a que el marido se encontraba en error o a que lo hacía para no pasar vergüenza en la sociedad, si se conociera la infidelidad de su esposa.

Para nosotros alguna de estas dos situaciones no debería enervar la posible futura negación o contestación de la paternidad. Esa admisión expresa o tácita de paternidad, tal vez se debía a temores que resultaron pasajeros. Entendemos que en estos casos la verdad debe primar sobre cualquier apariencia o declaración coyuntural.

Sobre el particular, Emilia Bustamante señala que: «La norma prevé la posibilidad de un acto manifiesto de reconocimiento del marido al hijo como suyo; entendemos que al utilizar el vocablo "admitido" el legislador deja abierta la actividad probatoria de este supuesto de rechazo de la demanda de contestación de paternidad por improcedente, basado en el artículo 363 incisos 1 y 3.»[608]

(608) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 696.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial (inciso 3)

Si el hijo hubiera muerto, el marido no podrá contestar la paternidad. Ello, fundamentalmente, por respeto a la memoria de ese niño o persona, en general. No obstante, esta norma tiene una excepción, la misma que se basa en la existencia de la necesidad o legítimo interés de esclarecer la relación paterno-filial.

Es evidente que este interés podría ser ajeno al orden patrimonial. Muy simple. Lo que podría ocurrir es que el marido desee divorciarse de su cónyuge, precisamente probando el adulterio; y, la única posibilidad de hacerlo sería probando que el niño no era suyo. Éste sería el caso por excelencia donde esté presente el legítimo interés del marido.

En esa línea, Arias-Schreiber sostiene que: «[...] resulta evidente que no tiene sentido desconocer la paternidad de un ser que por haber muerto no es sujeto de derecho, salvo que exista interés legítimo en establecer su falta de paternidad, lo que podría suceder por razones de orden moral o sentimental.»(609)

Nosotros consideramos que en tiempos modernos no deberían existir normas como el artículo 366 del Código Civil. El Derecho de Familia ha luchado tanto para que en tantos casos la verdad se abra paso por sobre las presunciones, que estos rezagos de formalidad verdaderamente parecerían corresponder, como de hecho corresponden, a otros tiempos.

Por eso, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(610) incluso, llegamos a señalar que la norma podría derogarse.

(609) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 33.
(610) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 416 y 417.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Titularidad de la acción contestataria

Artículo 367.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.

Es evidente que la titularidad de la pretensión contestataria corresponde al marido. Quién más que él se encontrará legitimado para hacerlo.

Ahora bien, lo que podría ocurrir será que él ya hubiere demandado la contestación de la paternidad y muera después de haberlo hecho, pero antes de concluido el proceso. En este caso, será evidente que sus herederos y ascendientes podrán continuar el trámite del proceso.

El texto del artículo 367 también contempla el supuesto de que el marido hubiese muerto antes de haber iniciado el proceso judicial, pero antes del vencimiento del plazo de caducidad contemplado en el artículo 364. En este caso, la ley otorga a sus herederos y a sus ascendientes el derecho de demandar la contestación de la paternidad.

Este último supuesto parte del entendido de que el marido hubiese podido demandar hasta antes del vencimiento del plazo de caducidad. Es obvio que no se tiene la certeza acerca de si el marido iba o no a demandar, lo que nunca se sabrá, por más que hubiere trabajado el caso con un abogado, por ejemplo. La ley, simplemente, faculta a sus herederos y padres a hacerlo. Los padres son mencionados aparte de los herederos, pues los otros hijos también podrían ser niños o menores de edad y, es claro que la mujer adúltera no sólo no tendrá interés alguno en demandar a nombre de ellos, sino que no lo va a hacer. Los padres, en buena cuenta, siempre velarán por lo mejor para sus hijos, incluso después de muertos estos últimos, tiempo en el cual se encargarán de velar por su memoria.

En esa línea, Peralta Andía señala que: «En esta eventualidad, se distinguen dos casos. En primer lugar, que el fallecimiento se haya producido cuando el término legal de contestación haya expirado, en cuya situación es improcedente la acción de negación o de impugnación, de consiguiente, los herederos ni terceras personas podrán intentarlo. Luego, en segundo término, que el marido haya muerto sin reconocer al hijo antes de que expire el plazo de

FERNANDO CASTILLO FREYRE

contestación, caso en el cual, los herederos y ascendientes del marido pueden iniciar el juicio dentro del plazo todavía disponible y naturalmente continuar el mismo si el marido la dejó iniciada.»(611)

Así también, Manuel Muro y Alfonso Rebaza sostienen que: «La facultad otorgada a los herederos y ascendientes encuentra su fundamento, en primer lugar, en que tanto los herederos como los ascendientes podrían tener legítimo interés económico en que la contestación de la paternidad se lleve adelante. Ello obedece a que, de ampararse el pedido, la masa hereditaria a repartirse entre los interesados se vería sustancialmente incrementada. Después de todo, no existe justificación para obligar a los herederos y descendientes a compartir lo que legítimamente les corresponde con una persona que no ha sido engendrada por el causante.»(612)

Adicionalmente, Gallegos y Jara explican que: «La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364 del Código Civil (cual es de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente), y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.»(613)

Para concluir nuestros comentarios sobre el artículo 367 del Código Civil, diremos que el interés que mueva a los herederos o a los padres del marido fallecido podría ser de naturaleza patrimonial, para que no herede ese nuevo hijo, por ejemplo. Pero más allá de estos objetivos, no cabe duda de que podrán estar motivados por un interés moral, para dejar en claro la infidelidad de la viuda y, como correlato, que ese hijo no pertenece al difunto.

Asimismo, debemos recordar que, por eso, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(614) señalamos que la norma podría derogarse en lo relativo al plazo, en la medida en que para nosotros la acción contestataria de paternidad debería ser imprescriptible, tal como lo señalamos al comentar el artículo 368.

(611) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 285.
(612) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 698.
(613) Gallegos Canales, Yolanda y Rebeca Jara Quispe. *Manual de Derecho de Familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*. Jurista Editores, Lima, 2008, p. 261.
(614) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 417.

Acción contestataria por los ascendientes del marido incapaz

Artículo 368.- La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

El Código Civil también se coloca en el caso de que el marido hubiese devenido en incapaz, por alguna razón. Pero esta norma ha permanecido incólume a pesar de la reforma del año 2018 en torno al tema de los derechos de las personas con discapacidad, derivada del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de ese año. Ella debió ser objeto de reforma, en la medida en que su texto no se amolda al régimen actual sobre la materia.

El artículo 368 establece que la acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

Los incisos 2 y 3 del artículo 43 del Código fueron derogados por el referido Decreto Legislativo. La norma derogada señalaba que eran absolutamente incapaces, los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (inciso 2) y los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable (inciso 3). Del artículo 43 sólo quedaron como absolutamente incapaces, los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (inciso 1). De tal manera que las dos primeras referencias para aplicar el artículo 368 han quedado vaciadas de contenido.

En lo que respecta a las referencias sobre el artículo 44, incisos 2 y 3, ellas también han quedado vaciadas de contenido, en la medida en que el Decreto Legislativo n.° 1384 ha derogado estos incisos. El inciso 2 señalaba que eran absolutamente incapaces los retardados mentales, en tanto que el inciso 3 consideraba de la misma condición a los que adolecían de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Para concluir, insistiremos en que este artículo debería adecuarse al Decreto Legislativo n.° 1384. Creemos que el tema no necesariamente pasaría por

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

derogar el artículo 368, sino por reflexionar en torno a sus alcances y ver si es que debería conservarse contemplando algunos otros supuestos en los que resultare de conveniencia que la pretensión pudiere ser ejercida por los ascendientes del marido o por él mismo, con la ayuda de sus apoyos.

Dada nuestra posición en torno a la imprescriptibilidad que debería caracterizar a la acción contestataria de paternidad, es que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(615) señalamos que lo relativo al plazo podría derogarse.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(615) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 417.

Demandados en la acción contestataria

Artículo 369.- La acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 606, inciso 1.

La acción contestataria de paternidad tiene por objeto que los tribunales declaren que el hijo no tiene como padre al marido.

No hay duda, en ese sentido, de que la declaración judicial va a afectar la esfera jurídica de tres personas, a saber, el marido demandante, quien, de triunfar será declarado como que no es el padre de ese niño; el niño demandado, quien será declarado como que no es hijo del marido demandante (con todos los efectos personales y patrimoniales que esto conlleva) y la esposa demandada, quien, como consecuencia de lo anterior, habrá visto configurarse una causal de separación de cuerpos o de divorcio, precisamente la contemplada por el inciso 1 del artículo 333 del Código Civil, ya que si ella ha tenido un hijo de un tercero durante su matrimonio, habrá sido adúltera. Esta causal habilitará al marido a demandar la separación de cuerpos o el divorcio. En este caso, además, la futura sentencia «estaría ya casi redactada». Esto, salvo, naturalmente, que se haya tratado de un caso de fecundación asistida con material genético de un tercero y consentida por el marido.

En razón a ello, es claro que el marido se representará por sí mismo, al igual que su esposa, quien se representará por sí misma. Y, dado que el hijo necesitará ser representado, el artículo hace de aplicación lo dispuesto en el artículo 606, inciso 1, precepto que establece que se nombrará curador especial cuando los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.

En el caso concreto, es obvio que los intereses de ese hijo estarán en conflicto con los de quien formalmente es su padre y, tal vez incluso, hasta con los de su madre.

Para Rodríguez Iturri, este artículo: «Razonable y necesario resulta, por los gravísimos intereses que representa, involucrar a la madre en este proceso.»[616]

(616) Rodríguez Iturri, Roger. *Op. cit.*, p. 112.

ESTUDIO ARIAS CANTUARIAS PEREYRE

Carga de la prueba

Artículo 370.- La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366.

Complejo el tema de la contestación de la paternidad, pero especialmente por tratarse de uno tan espinoso.

La regla general en materia de prueba es que quien alega un hecho, debe probarlo (artículo 196 del Código Procesal Civil).

En ese sentido, el artículo 370, bajo comentario, establece que la carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. Como se recuerda, el inciso 2 señala que la acción contestataria de paternidad corresponde cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que el marido haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores a la fecha de nacimiento del hijo.

Esto podría ser probado por el marido con su pasaporte, en el que conste que se encontraba en otro país durante el período en mención. Éste sería, a nuestro entender, el ejemplo por excelencia para el caso concreto.

En tanto el inciso 4 del artículo 363 establece que el marido puede contestar la paternidad cuando adolezca de impotencia absoluta. En casos como éste las pruebas por excelencia serán los certificados médicos que acrediten tal dolencia.

Luego, el artículo 370 continúa señalando que en el caso del inciso 1, el marido sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento.

Como recordaremos, el inciso 1 del artículo 363 establece que el marido puede contestar la paternidad cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como vemos, aquí las pruebas serán muy concretas, porque se trata de un asunto absolutamente objetivo de probar. Esto, más allá de las consideraciones en cuanto a los descargos de la madre demandada, de los que tratamos al desarrollar esta norma.

El artículo 370 establece también que en el caso del inciso 3 del artículo 363, el marido deberá aportar como medios probatorios, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Aquí también se trata de medios probatorios que acreditarán hechos objetivos. Siempre, dejamos a salvo lo señalado en cuanto a la defensa de la madre demandada.

En resumen, Varsi explica que: «[La carga de la prueba] Recae sobre el marido en los casos de imposibilidad de cohabitación –preso e incomunicado, en sala de cuidados intensivos– (art. 363, inc. 2), impotencia absoluta (art. 363, inc. 4). En el caso de nacimiento prematuro (inc. 1) está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento y por separación judicial (inc. 3) copia certificada de la partida de nacimiento. Recae en la mujer probar que a pesar de existir separación judicial cohabitó con su marido (art. 363, inc. 3 *in fine*), haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o las causales de improcedencia contempladas en el artículo 366. Si partimos de la idea que la acción es libre, la carga de la prueba corresponderá al actor, indistintamente quien sea periodo (*sic*).»[617]

Resulta interesante recordar lo señalado por Arias-Schreiber, cuando expresa que: «La ley tiene sin embargo un vacío importante, pues a nuestro juicio no ha quedado suficientemente claro si la mujer puede igualmente recurrir a la prueba del ADN para probar de manera afirmativa la paternidad del marido, cuando éste la conteste. En otras palabras, si el marido alega no ser el padre por alguna de las causales de los incisos 1 al 4 del artículo 363, ¿podrá la mujer negar la impugnación y solicitar se le practique al presunto padre la prueba del ADN u otra de igual validez científica? Estimamos que, dada la redacción del citado inciso 5, y la de la Ley N° 27048, ello no sería posible. Tratándose de la filiación matrimonial, la ley permite la prueba para demostrar "que no existe vínculo parental" (inciso 5 del artículo 363). A mayor abundamiento, el artículo 3 de la citada Ley N° 27048 alude a la aplicación de la prueba científica solamente en los casos de los artículos 373 y 402 del Código Civil (referidos a las acciones de reclamación iniciadas hijo matrimonial, y extramatrimonial, respectivamente).»

(617) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación. Op. cit.*, tomo IV, pp. 29-30.

Carga de la prueba

Artículo 370.- La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366.

Complejo el tema de la contestación de la paternidad, pero especialmente por tratarse de uno tan espinoso.

La regla general en materia de prueba es que quien alega un hecho, debe probarlo (artículo 196 del Código Procesal Civil).

En ese sentido, el artículo 370, bajo comentario, establece que la carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. Como se recuerda, el inciso 2 señala que la acción contestataria de paternidad corresponde cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que el marido haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores a la fecha de nacimiento del hijo.

Esto podría ser probado por el marido con su pasaporte, en el que conste que se encontraba en otro país durante el período en mención. Éste sería, a nuestro entender, el ejemplo por excelencia para el caso concreto.

En tanto el inciso 4 del artículo 363 establece que el marido puede contestar la paternidad cuando adolezca de impotencia absoluta. En casos como éste las pruebas por excelencia serán los certificados médicos que acrediten tal dolencia.

Luego, el artículo 370 continúa señalando que en el caso del inciso 1, el marido sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento.

Como recordaremos, el inciso 1 del artículo 363 establece que el marido puede contestar la paternidad cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carga de la prueba

Artículo 370.- La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366.

Complejo el tema de la contestación de la paternidad, pero especialmente por tratarse de uno tan espinoso.

La regla general en materia de prueba es que quien alega un hecho, debe probarlo (artículo 196 del Código Procesal Civil).

En ese sentido, el artículo 370, bajo comentario, establece que la carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. Como se recuerda, el inciso 2 señala que la acción contestataria de paternidad corresponde cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que el marido haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores a la fecha de nacimiento del hijo.

Esto podría ser probado por el marido con su pasaporte, en el que conste que se encontraba en otro país durante el período en mención. Éste sería, a nuestro entender, el ejemplo por excelencia para el caso concreto.

En tanto el inciso 4 del artículo 363 establece que el marido puede contestar la paternidad cuando adolezca de impotencia absoluta. En casos como éste las pruebas por excelencia serán los certificados médicos que acrediten tal dolencia.

Luego, el artículo 370 continúa señalando que en el caso del inciso 1, el marido sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento.

Como recordaremos, el inciso 1 del artículo 363 establece que el marido puede contestar la paternidad cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

Como vemos, aquí las pruebas serán muy concretas, porque se trata de un asunto absolutamente objetivo de probar. Esto, más allá de las consideraciones en cuanto a los descargos de la madre demandada, de los que tratamos al desarrollar esta norma.

El artículo 370 establece también que en el caso del inciso 3 del artículo 363, el marido deberá aportar como medios probatorios, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Aquí también se trata de medios probatorios que acreditarán hechos objetivos. Siempre, dejamos a salvo lo señalado en cuanto a la defensa de la madre demandada.

En resumen, Varsi explica que: «[La carga de la prueba] Recae sobre el marido en los casos de imposibilidad de cohabitación –preso e incomunicado, en sala de cuidados intensivos– (art. 363, inc. 2), impotencia absoluta (art. 363, inc. 4). En el caso de nacimiento prematuro (inc. 1) está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento y por separación judicial (inc. 3) copia certificada de la partida de nacimiento. Recae en la mujer probar que a pesar de existir separación judicial cohabitó con su marido (art. 363, inc. 3 *in fine*), haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o las causales de improcedencia contempladas en el artículo 366. Si partimos de la idea que la acción es libre, la carga de la prueba corresponderá al actor, indistintamente quien sea periodo (*sic*).»[617]

Resulta interesante recordar lo señalado por Arias-Schreiber, cuando expresa que: «La ley tiene sin embargo un vacío importante, pues a nuestro juicio no ha quedado suficientemente claro si la mujer puede igualmente recurrir a la prueba del ADN para probar de manera afirmativa la paternidad del marido, cuando éste la conteste. En otras palabras, si el marido alega no ser el padre por alguna de las causales de los incisos 1 al 4 del artículo 363, ¿podrá la mujer negar la impugnación y solicitar se le practique al presunto padre la prueba del ADN u otra de igual validez científica? Estimamos que, dada la redacción del citado inciso 5, y la de la Ley N° 27048, ello no sería posible. Tratándose de la filiación matrimonial, la ley permite la prueba para demostrar "que no existe vínculo parental" (inciso 5 del artículo 363). A mayor abundamiento, el artículo 3 de la citada Ley N° 27048 alude a la aplicación de la prueba científica solamente en los casos de los artículos 373 y 402 del Código Civil (referidos a las acciones de reclamación iniciadas hijo matrimonial, y extramatrimonial, respectivamente).»

(617) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación. Op. cit.*, tomo IV, pp. 29-30.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En lo personal, creemos que la esposa sí podrá ofrecer una prueba de ADN en este proceso. La verdad no puede ser desconocida por determinadas normas que pueden haber quedado desfasadas con respecto a medios probatorios contemporáneos que otorgan certeza científica.

El artículo 370, bajo comentario, establece además que corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366. El artículo 363, inciso 3 se refiere a que la mujer pruebe haber cohabitado con su marido, a pesar de que ellos estaban judicialmente separados en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo.

El artículo 366, como se recuerda, se refiere a los casos de improcedencia de la acción contestataria de paternidad. Hacemos aplicables todos los comentarios que efectuamos al analizar esta norma.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[618] señalamos que este artículo podría ser derogado debido a nuestras concepciones sobre el tema y que la materia debería regirse por los principios generales del Derecho Procesal Civil, en el sentido de que quien alega un hecho, debe probarlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(618) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 413.

Impugnación de la maternidad

Artículo 371.- La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.

Debemos precisar que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley n.° 27048, publicada el 6 de enero de 1999, en los casos de impugnación de maternidad a que se refiere este artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

El supuesto regulado por el artículo 371 del Código Civil es uno de relativa ocurrencia. Cada cierto tiempo observamos en los medios de prensa noticias de este tipo y el drama que se genera alrededor de ellas.

Aguilar Llanos sostiene que: «El caso se presenta cuando una persona ostenta la calidad de hijo matrimonial de una determinada mujer casada, y sin embargo no es realmente hijo de esa mujer. Ello puede ocurrir cuando se ha supuesto un parto respecto de la mujer casada o se ha suplantado al hijo verdaderamente alumbrado.»[619]

Esta pretensión es iniciada por la madre y ella tiene por objeto que los tribunales declaren que ella no es la madre del hijo.

El artículo 371 menciona dos casos concretos en los que procedería esta pretensión; a saber, el parto supuesto y la suplantación de hijo.

El parto supuesto es el caso en el cual la madre no ha dado a luz a niño alguno, pero se le hace creer que sí ha dado a luz y se le presenta un niño como si fuera suyo.

Carola Bustamante, citando a Zannoni, indica que: «[...] la suplantación o sustitución del hijo se presenta cuando habiendo dado a luz la mujer, se anota como propio, no el hijo que ha tenido sino otro. Este autor indica que pueden existir diversos motivos por los cuales se recurre a la suplantación o sustitución del hijo, como por ejemplo cuando el verdadero hijo ha nacido muerto y ha sido sustituido por otra criatura que se ha anotado como hijo propio, o

(619) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 238.

LUIS JOAQUÍN CASTILLO FÉVRE

cuando se produce una confusión en el establecimiento médico donde han nacido las criaturas.»[620]

El supuesto de suplantación es aquel en el cual la madre ha llegado a dar a luz un niño que goza de buena salud y sobrevive al parto, pero sin que se dé cuenta, se suplanta a este niño con otro que, obviamente no es su hijo. O cuando el niño ha nacido muerto y se le sustituye por uno vivo.

Varsi, citando a Famá, menciona que, en este caso: «Se atribuye la maternidad de un hijo a una mujer que no fue quien lo parió. Aparece como madre legal una siendo otra la biológica. Hay dos mujeres que dan a luz y un cambio de los niños recién nacidos, que se da por negligencia del establecimiento médico o por una maniobra dolosa (por muerte o defecto del niño nacido, beneficiándose a la mujer que parió un *non nato* o con discapacidad).»[621]

En ambos casos, procede la acción contestataria de maternidad. Resulta evidente que dicha pretensión podría proceder en cualquier otro caso en el que la madre haya descubierto que aquel que creía era su hijo, en realidad no tenía tal condición.

Para Peralta Andía: «En ambos supuestos se trata de un seudo hijo generalmente para eludir los largos y engorrosos trámites que requieren algunas adopciones y el pago de sumas cuantiosas que se exigen para este fin. Esta acción constituye una innovación en el Código actual, ya que en el anterior no se la incluyó.»[622]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[623] señalamos que la norma no debería restringir la impugnación de la maternidad a determinados supuestos, sino que ella pudiese serlo, en cualquier caso.

(620) Bustamante Rosales, Carola. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 710.
(621) Varsi Rospigliosi, Enrique. «Las acciones filiatorias». En: *Derecho Procesal de Familia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 33.
(622) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 288.
(623) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 417 y 418.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Plazo para impugnar la maternidad

Artículo 372.- La acción se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre. Sus herederos o ascendientes sólo pueden continuar el juicio si aquella lo dejó iniciado. La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre.

El artículo 372 comienza por establecer un plazo de caducidad para la pretensión contestataria de paternidad. El mismo es de noventa días contados desde el día siguiente en que fuera descubierto el fraude. Se trata, evidentemente, de un plazo de caducidad, a cuyo efecto hacemos de aplicación, *mutatis mutandis*, todos nuestros comentarios vertidos con ocasión de los plazos establecidos en el artículo 364, antes estudiado.

El titular de la pretensión será únicamente la presunta madre. Entendemos la opción del legislador de 1984, porque se trata de un asunto que sólo concierne a ella.

No obstante, sus herederos o ascendientes podrán continuar el proceso judicial únicamente en el supuesto en que éste ya hubiese sido iniciado por la madre. Como vemos, en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la acción contestataria de paternidad del padre, sus herederos o sus ascendientes no podrán iniciarlo si la madre hubiera muerto, a pesar de que aún no hubiese vencido el plazo de caducidad establecido en la propia norma.

En el proceso que se entable, como hemos visto, la demandante será necesariamente la madre y el demandado será el hijo, con las salvedades relativas a su defensa señaladas en el artículo 606, inciso 1 del propio Código. También podría ser demandado el padre, en caso de tratarse de un hijo nacido dentro del matrimonio o que, sin estar casados, lo hubiese reconocido como su hijo.

En verdad, nosotros siempre hemos creído que la acción debería ser imprescriptible,[624] en concordancia con lo dispuesto por el artículo 373.

(624) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 413.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Resulta pertinente comentar que esta norma ha sido objeto de control difuso y, por tanto, se ha dispuesto su inaplicación por parte de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, a través de la Consulta n.° 75212-014-Lima Sur, puesto que colisionó con el derecho a la identidad contenido en el artículo 2, numeral 1, de la Constitución Política del Estado: «*Décimo Sétimo*: Por consiguiente, al encontrarnos ante un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad, artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado; y de otro, la norma contenida en el artículo 372 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de las normas invocadas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado; por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada.»[625]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(625) Díaz, Pamela. «Control difuso: inaplican art. 372 del Código Civil (impugnación de la maternidad)» (23 de febrero de 2018). https://lpderecho.pe/control-difuso-inaplican-art-372-del-codigo-civil-impugnacion-maternidad/

Acción de filiación

Artículo 373.- El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.

Debemos precisar que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley n.º 27048, publicada el 6 de enero de 1999, en los casos de impugnación de maternidad a que se refiere este artículo, son admisibles la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

La acción de filiación es una de las pocas que contempla la legislación civil, que tienen carácter imprescriptible. Ella corresponde a quien se considere hijo de alguna mujer o de algún varón, o de ambos.

Para Peralta Andía, esta opción procede en los siguientes casos: «a) Cuando el hijo matrimonial no tiene respecto de sus progenitores el título ni la posesión de estado o cuando falta uno de estos elementos, lo que ocurre si el hijo tiene título pero no la posesión de estado o, en su caso, tiene ésta pero no el título. b) Cuando el hijo matrimonial no tiene el título ni la posesión de estado del padre, mas no respecto de la madre o viceversa, y cuando aparece como hijo extramatrimonial de ambos, en cuyo caso, reclama la maternidad o la paternidad matrimonial.»(626)

El artículo 373 señala que la acción (pretensión) se entablará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos (no olvidemos su carácter imprescriptible). No obstante, la interposición de la pretensión de manera conjunta contra el padre y la madre sólo se producirá en tanto y en cuanto el hijo demandante haya identificado a ambos. Creemos que la redacción del artículo 373 no es la más feliz, dado que, como podemos apreciar, la pretensión no necesariamente se interpondrá de manera conjunta contra el padre y la madre.

Asimismo, Cornejo Chávez señala que: «La ley peruana sólo se ocupa de la acción de filiación dirigida contra ambos padres, esto es, del caso en que el hijo no goza de esa filiación respecto de ninguno de aquéllos (artículos 373), por considerarse que tal será el caso general, o porque las mismas reglas son

(626) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 290.

EDUARDO CASTILLO PEYRE

aplicables, en lo pertinente, a los casos en que el demandante sólo tiene que reclamar la paternidad o la maternidad o la "legitimidad".»[627]

Finalmente, sobre el artículo bajo análisis, Aguilar Llanos explica que: «El hijo no goza de la filiación matrimonial respecto de sus padres, y por lo tanto tiene el derecho de reclamar tal filiación. En este proceso el actor deberá probar que hubo alumbramiento de una mujer, y que hay identidad entre el nacido y el demandante. Así mismo que en el momento del nacimiento la mujer estuvo casada. Entonces, probando estos hechos, podrá tener éxito para emplazarse en el estado de hijo matrimonial de esa sociedad conyugal a la que demandó.»[628]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(627) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1967, p. 45.
(628) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 239.

Transmisibilidad de la acción de filiación

Artículo 374.- La acción pasa a los herederos del hijo:

1.- Si éste murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda.

2.- Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado.

3.- Si el hijo dejó iniciado el juicio.

En el caso de los dos primeros incisos, los herederos tendrán dos años de plazo para interponer la acción.

El artículo 374 se ocupa de la transmisibilidad de la pretensión de filiación. Contiene tres supuestos en que la acción pasa a los herederos del hijo, los mismos que analizaremos en detalle. Veamos:

a) Si el hijo murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda (inciso 1)

Sin duda, la edad de veintitrés años establecida en este inciso es una decisión arbitraria del legislador de 1984. Cualquiera pudo haber sido la edad señalada. Lo que ocurre es que se consideró razonable que, si muriese después de haber cumplido los veintitrés años sin haber interpuesto la demanda de filiación, entonces se estimará que no tuvo interés en interponerla. Por lo demás, no necesariamente ello será así, dado que podría haber cumplido los veintitrés años y no haber tomado conocimiento de quiénes son sus padres o de quién es su madre o su padre y, por tal razón, no haber demandado a persona alguna.

En esa línea, Arias-Schreiber comenta lo siguiente: «En segundo lugar –y teniendo desde luego mayor importancia– consideramos que la edad de 23 años es de fantasía, debiendo bastar, en nuestro concepto, que sea mayor de edad (18 años), teniendo en cuenta la realidad peruana.»(629)

Pero, bueno, se trata de una opción legislativa. Este plazo, como cualquier otro, es arbitrario.

(629) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 41.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas, si el hijo muriese antes de haber cumplido los veintitrés años, la acción de filiación pasará a sus herederos.

Para Cornejo Chávez: «Se infiere de aquí que si el hijo muere después de cumplidos veintitrés años de edad y siendo capaz, nadie podrá ya intentar la acción. Presume la ley, *juris et de jure*, que el silencio del hijo significó una renuncia tácita de su derecho o –mejor aún, puesto que se trata de derechos irrenunciables– que no intentó la acción por estar convencido de no ser hijo matrimonial de los posibles demandados.»(630)

El plazo que tienen los herederos para interponer la pretensión es de dos años, según refiere el último párrafo del artículo bajo comentario. Entendemos que se trata de un plazo de prescripción y no de uno de caducidad. Ello, en la medida en que, en otros casos, cuando el Código Civil establece plazos de dos años, los considera como de prescripción, cual es el caso emblemático del artículo 2001, inciso 4.

b) Si el hijo devino en incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado (inciso 2)

Aquí también la acción pasará a los herederos, si el hijo hubiere devenido en incapaz antes de cumplir veintitrés años y hubiera muerto en el mismo estado.

El problema con la aplicación práctica de este inciso es que la incapacidad, tal como la conocíamos, ha sido derogada de nuestra legislación con la reforma del 2018, producida por el Decreto Legislativo n.º 1384. Habría que explorar la nueva normativa para saber si en ella calzarían los supuestos del artículo 45-B del propio Código Civil.

El plazo que tienen los herederos para interponer la acción también es de dos años, tal como explicamos en el supuesto precedente.

c) Si el hijo dejó iniciado el juicio (inciso 3)

Este supuesto es muy claro. Si el hijo muere, a la edad que sea, habiendo iniciado el juicio, entonces sus herederos lo podrán continuar. Se considera que ellos gozan de legitimidad para hacerlo.

En el caso de los dos primeros incisos, los herederos tendrán dos años de plazo para interponer la acción.

(630) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, pp. 45-46.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pruebas en la filiación matrimonial

Artículo 375.- La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366, inciso 2, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363.

A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.

El artículo 375 se encarga de abordar el tema de la probanza de la filiación matrimonial. Refiere la norma que ella se acredita con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, caso en el cual, si el hijo prueba que, no habiendo sido reconocido por sus padres, ha nacido dentro del matrimonio de éstos, evidentemente podrá acreditar de manera muy fácil su condición de hijo matrimonial.

Si se tratare del caso previsto en el artículo 366, inciso 2, lo podrá probar por cualquier otro instrumento público.

En el caso del artículo 363, podrá probar su condición de hijo con la sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363.

El artículo 375, bajo comentario, agrega en su parte final que, a falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.

No obstante, debemos poner en tela de juicio lo establecido por estas normas, al señalar los medios probatorios que serían pertinentes para acreditar determinados hechos o situaciones jurídicas.

Nos explicamos.

Lo que ocurre es que el Código Civil de 1984 entró en vigencia cuando regía el Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuerpo normativo que contemplaba el régimen de la prueba tasada, dentro de la regulación de la prueba.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero a partir del 28 de julio de 1993, dicho cuerpo normativo fue derogado y sustituido por el Código Procesal Civil, el mismo que reemplazó el régimen de la prueba tasada por el de la libertad en materia probatoria, debiendo los tribunales de justicia apreciar el valor de los medios probatorios.

Entonces, hablar después del 28 de julio de 1993 de regímenes de prueba tasada o de regímenes en los cuales se señala qué medios probatorios son pertinentes para acreditar determinados hechos, no nos parece lo más conveniente. No olvidemos que una corriente de opinión al respecto señala que al entrar en vigencia el Código Procesal Civil de 1993, automática y tácitamente quedó derogada cualquier norma legal civil en el Perú referida al régimen de la prueba tasada. El tema es debatible, pero sí creemos que, más allá de los medios probatorios que el Código Civil estime pertinentes para acreditar determinados hechos, nos queda claro que los litigantes podrán recurrir a cualquier otro que consideren conveniente, así como a sus sucedáneos, es decir, aquellos que, por tener propiedades parecidas a las de los medios probatorios contemplados expresamente en la ley procesal, puedan reemplazarlos.

Sobre el particular, Bustamante Oyague sostiene que: «En todo caso, se deja abierta la probanza a cualquier medio probatorio, siempre y cuando exista un principio de prueba escrita que provenga de alguno de los padres. En este punto, debe dejarse anotado que, entre los medios probatorios a ofrecer y actuar, se encuentran las pruebas científicas, las cuales han sido comprendidas expresamente en el artículo 363, cuando se regula la acción de contestación de paternidad (negación e impugnación de paternidad), así como por el artículo 193 del Código Procesal Civil que considera a las pruebas científicas como medios probatorios atípicos, los cuales se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.»[631]

En ese sentido, en 1998,[632] en *Tentaciones académicas*, planteábamos que la norma pudiera consagrar la libertar de probanza, y sustituir la expresión «matrimonial» por «nacido de un matrimonio», con el objeto –ya anotado reiteradas veces– de no hacer distingos clasificatorios entre los diversos hijos.

(631) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 721; Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 33.

(632) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 418.

Carácter inimpugnable de la filiación matrimonial

Artículo 376.- Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.

En primer término, hay que decir que la sumilla de la norma en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos está equivocada, en la medida en que se dice «Impugnabilidad de la filiación matrimonial», cuando la norma se refiere, precisamente, a todo lo contrario, es decir al carácter no impugnable de dicha filiación. Habría que corregirlo.

El artículo 376 aborda, pues, el caso en el cual no puede ser impugnada la filiación matrimonial. Lo que establece este artículo es un candado para el hijo que quisiera impugnar su filiación matrimonial. Esto se produce por la conjunción de tres elementos:

- Posesión constante de estado sobre el hijo, lo que significa que los padres se comportan como tales con respecto a ese hijo.
- Partida de matrimonio de los padres que tienen a ese hijo en posesión constante de estado.
- Partida de nacimiento de ese hijo, entendiéndose que en ella figuren como padres quienes tienen sobre él posesión constante de estado.

Al respecto, el profesor Borda señala que: «Desde luego, la prueba más fehaciente será la que demuestre inequívocamente el nexo biológico entre el progenitor y el hijo. Pero justamente, ésta es la más difícil de producir sobre todo tratándose del padre, puesto que la concepción ocurre siempre en el misterio. En cambio, hay otra prueba mucho más simple, que es la de la posesión de estado. Cabe preguntarse si ésta es suficiente. La cuestión ha dado lugar a divergencias doctrinarias y a fallos contradictorios. Digamos como aclaración previa que la mayoría de los autores que se ocupan del tema refieren la cuestión a la acción ejercida después de la muerte de los padres, en cuyo caso, según se verá, la prueba de la posesión de estado es inexcusable; pero es evidente que nuestro problema se plantea tanto en esa hipótesis como en la de que la acción

TRILCE MARIO CASTILLO FREYRE

se ejerza en vida de los padres. Pues aquí no se trata de saber si es necesaria la prueba de la posesión de estado –que lo es únicamente en la acción post mortem– sino si ella basta para tener por acreditada la filiación.»(633)

Por otro lado, Peralta Andía comenta que: «Por un lado, se trata de una situación incuestionable, siempre que dicho título no adolezca de nulidad o falsedad que pueda invocarse para enervar su eficacia jurídica y, por otro, significa que los magistrados deben declarar inadmisibles todas las acciones que por cualquier vía pretendan alterar una filiación matrimonial ya establecida a fin de evitar el escándalo que podría lesionar a la persona cuya filiación matrimonial resulta impugnada.»(634)

En lo personal, no estamos de acuerdo, en base al criterio que hemos asumido, no ahora, sino desde hace un cuarto de siglo en lo que respecta al Derecho de Familia. Aquí, siempre nos ha interesado e interesa lograr la búsqueda de la verdad. Ello deberá primar sobre cualquier otra consideración. El hijo no sólo tiene derecho a saber la verdad en torno a su origen, sino también a hacer valer los derechos que emanen de tal situación jurídica. Así lo sosteníamos en 1998 en *Tentaciones académicas*.(635)

No obstante, entendemos perfectamente cuál ha sido la lógica del legislador de 1984, en el sentido de que la conjunción de esos elementos debería generar una situación de gratitud en el hijo con respecto a sus padres y, de esta manera, se considera correcto que la ley le impida impugnar su carácter de hijo matrimonial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(633) Borda, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 283.
(634) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 367.
(635) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 418.

CAPÍTULO SEGUNDO
ADOPCIÓN

Noción de la adopción

Artículo 377.- Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

La adopción es una figura propia del Derecho de Familia, en virtud de la cual una o dos personas, siguiendo el procedimiento que la ley establece para tal efecto, acogen en calidad de hijo a una persona que biológicamente no tiene tal condición.

Para Aguilar Llanos: «La adopción es una institución social que viene a satisfacer, por un lado, el anhelo de paternidad en personas que por diversos motivos la naturaleza les ha negado la posibilidad de procrear, y por otro lado, otorga una familia a aquellas personas que no la tienen, o que teniéndola no encuentran en ella el calor de una filiación digna y solidaria.»(636)

Por su parte, Guillermo A. Borda, refiriéndose al Derecho argentino, define a la adopción como: «[…] una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la sentencia del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la que surge de la filiación matrimonial.»

Adicionalmente, Chunga Lamonja señala que: «La Convención [sobre los Derechos del Niño] reconoce el sistema de adopción y señala de que el interés superior del niño es la consideración primordial, reconoce que la adopción por personas que residen en otro país, puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño en caso de que este no pueda ser colocada en un hogar de guarda o una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, promueve la concertación de

(636) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 249.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales para garantizar la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.»[637]

Así, como lo establece el artículo 377 del Código de 1984, el adoptado adquiere la calidad de hijo del o de los adoptantes, dejando de pertenecer a su familia consanguínea. Lo que debe quedar en evidencia desde el principio es que la adopción no permite mantener el parentesco de la familia consanguínea, pues se trataría de un imposible jurídico el ser familiar, en la misma condición, en dos grupos familiares diferentes. No se puede ser hijo de dos padres; como tampoco de dos madres.

No obstante, el tema trae algunas complicaciones. En 1998, en *Tentaciones académicas*,[638] proponíamos que el artículo 377 se modificara y pasase a decir lo siguiente: «El parentesco proveniente de la adopción se limita al adoptante y al adoptado y a los descendientes de éste». Nos había persuadido el razonamiento de quien fuera mi maestro de prácticas preprofesionales (entre 1985 y 1988), el doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois[639].

(637) Chunga Lamonja, Fermín. «La adopción de menores en el Perú y la Convención sobre los derechos del niño». En: *Vox Juris*, tercera edición, Lima, 1993, p. 118.

(638) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 413.

(639) Conocida desde los pueblos primitivos, sus finalidades principales fueron la perpetuación de la familia y su tradición, así como superar determinadas prohibiciones legales, para permitir al adoptante y al adoptado cumplir preceptos religiosos o asegurar ventajas económicas. Con el fin de darle la mayor firmeza y realidad, se recurría a signos sensibles que evocasen la maternidad natural, tales como simular el parto, o el que el adoptado lactase del pecho o del dedo pulgar del adoptante. En la mayoría de los casos significaba la ruptura de los lazos familiares entre el adoptado y su familia consanguínea.

En Grecia, por el contrario, la relación entre el adoptado y su familia consanguínea se mantenía. Más tarde, en el derecho arcaico romano, esa relación desapareció al igual que en los pueblos antiguos. Quizá se justificaba esa actitud radical en las importantes consecuencias que suponía en el derecho romano, tales como la continuación del culto doméstico, cambio de nacionalidad, evitar penas, etc.

Justiniano en su Novela 118 estableció que la adopción no ponía fin a los derechos y obligaciones del adoptado con su familia natural. Perseguía poner fin a todos los abusos no previstos que la aplicación de las particularidades y complicaciones de la legislación sobre adopción permitían en daño del adoptado.

En los países occidentales la adopción ha sido y es reconocida sin más excepción que la del derecho sajón. En todos se respetan los vínculos consanguíneos.

Como es sabido, el minucioso análisis de los textos legales romanos, condujo a los glosadores a excesos, a bizantinas discusiones. Una de las consecuencias de esa intrincada labor determinó que algunos sostuvieran la necesidad de dar la mayor realidad posible a los actos jurídicos e intentar, por lo menos, su ejecución simbólica. Así en el caso de la posesión, para hacerla real, exigían recorrer los linderos de la propiedad y luego echarse en su suelo gritando repetidas veces 'possessio'.

EDICIÓN ELECTRÓNICA CASTILLO FREYRE

Así, la norma que planteábamos era básicamente el texto del artículo

Otros glosadores que no aceptaban estas actuaciones que consideraban inútiles sainetes, reían de quienes las propiciaban y para burlarse de ello, cuando los campos estaban cubiertos de nieve, se echaban sobre el suelo cubiertos de una sábana blanca y luego del consabido grito de 'possessio', alegaban tener ya la posesión de las propiedades de sus adversarios doctrinales, de aquellos que sostenían la teoría de la imitación, del 'brevis manus' en la tradición de bienes muebles.

Tratándose de la adopción, los partidarios de la imitación de la realidad exigían que el adoptante se pusiese una camisa de once varas y que por el otro extremo ingresase el adoptado. Luego en presencia de los testigos, este último salía de la camisa y todos entonces gritaban 'es su hijo'. de lo cual se dejaba constancia escrita. De aquí surge el refrán Para qué te metiste en camisa de once varas, basado en los problemas que suelen crear los hijos adoptados y que son previsibles, y que se aplica a muchos otros casos de consecuencias negativas también previsibles.

En Francia, al tiempo de la Revolución Francesa, la institución de la adopción había desaparecido. La moda de imitar el Derecho romano planteó su incorporación al Código Civil. Algunos de los codificadores sostenían que la adopción no respondía a una necesidad del pueblo francés y que sería artificial. Napoleón, por su parte, creía que debía crearse una filiación incluso más sólida que la natural, utilizando la expresión del Derecho Romano de imitar a la naturaleza.

Por eso cuando se discutía el Código Rey. Napoleón I insistió mucho en que la institución de la adopción fuese incluida. Quizá motivado por sus propios problemas hereditarios que en esa época de su vida le preocupaban y por eso perseguía darle la mayor fuerza legal, pensando que llegado el caso la que él efectuase no pudiese ser discutida.

En España, sólo a partir de las Partidas se habla de adopción y en el Código de 1889 fue instalada después de fuerte oposición.

Las disposiciones de los Códigos Civiles peruanos de 1852 y de 1936, redactadas según los lineamientos del Código Napoleón, tratan sobre la adopción y declaran expresamente la subsistencia del vínculo familiar del adoptado con su familia natural y la conservación de su apellido. En ambos Códigos existían disposiciones destinadas a proteger a la familia y a los hijos consanguíneos ya nacidos, y a aquellos cuya venida futura al mundo era previsible. La mayor edad del adoptante: la diferencia de edades entre adoptante y adoptado; que el adoptante no tuviera descendientes; eran, entre otros, algunos ejemplos de esas medidas.

¿Por qué el Código de 1984 volvió en materia de adopción a los usos de los pueblos primitivos y al Derecho romano arcaico, sin tomar en cuenta los inconvenientes que llevaron a su modificación, sobre todo en una civilización adelantada?

La respuesta la encontramos en la Exposición de Motivos según la cual los codificadores tomaron como fuente el artículo 68 del Código de Menores peruano, exclusivamente para el caso de los menores de 14 años abandonados (Ley N.º 13968 de 1962), tal como fue modificado por el Decreto Ley 22209.

Esas disposiciones, exclusivamente para el caso de los menores abandonados, habían estatuido una legislación distinta, basándose en que las circunstancias en que se realizaba una adopción conforme al Código Civil eran diversas de aquellas en que se realizaba la adopción de un menor abandonado.

En el segundo caso, la urgencia y la necesidad apremiante del menor en peligro moral, justificaban dispensar o simplificar algunos requisitos que permitieran resolver rápidamente el caso. Esto sucedía en los casos contemplados por el Código Civil.

Para conseguir su propósito, el artículo 68 del Código de Menores promulgado el 1° de febrero de 1962 por la Ley 13968, dispuso que en el caso de menores abandonados o en peligro moral, menores de 14 años, el juez podía dispensar los requisitos de edad y falta de herederos que señalaba el artículo 326 del Código Civil de 1936 manteniendo, sin embargo, el precepto en virtud del cual la inscripción de la adopción se haría conforme al citado Código, al margen de la partida de nacimiento.

333 del Código Civil de 1936. En lo que respecta a las observaciones de Olaechea en torno a la presencia de los vínculos naturales del adoptado con su familia consanguínea, tal modificación era recogida por nosotros,

Con el crecimiento de las poblaciones urbanas y el relajamiento de los vínculos familiares, se multiplicó el número de menores de 14 años en abandono o peligro moral y partiendo de la necesidad de adecuar el instituto de la adopción a los requerimientos de la realidad nacional peruana, también en beneficio exclusivo de dichos menores, se dictó el Decreto Ley 22209 el 13 de junio de 1973.

El Decreto Ley 22209 modificó el Código de Menores para permitir al juez dispensar el trámite del consentimiento del cónyuge, cuando el adoptante fuera casado, sujeto a ciertos requisitos. Luego modificó los artículos 334, 335 y 343 del Código Civil de 1936, agregándole a cada uno una regla especial para los menores de 14 años abandonados o en peligro moral. En lo concerniente al apellido, dispuso que el adoptado sólo llevaría los del adoptante. En lo relativo a la relación del adoptado con su familia natural, eliminó la conservación de los derechos y deberes, y respecto del Registro Civil y de la revocación de la adopción, estatuyó que no habría revocación y que se extendería nueva partida. subsistiendo la anterior sólo para apreciar los impedimentos matrimoniales.

Las adiciones a los referidos artículos del Código Civil de 1936 eran lógicas en la medida que sólo se referían a los menores de 14 años abandonados y en peligro moral. La finalidad era que el adoptante no encontrase después dificultades con los padres naturales del menor que lo hostigaran buscando beneficios económicos y de cualquier otra índole.

Sin embargo, los redactores de la ley no repararon en la evidente contradicción que existía entre el acto de extender una nueva partida y declarar que la otra siguiera teniendo valor para el efecto de los impedimentos matrimoniales. O la nueva era inútil, pues no cumpliría el fin propuesto, que el adoptado y los terceros ignorasen a los parientes consanguíneos, o la segunda primara como expresión de la realidad, de la vida misma, permitiendo la aparición de todos los problemas y dificultades de orden sicológico, social y económico que la nueva partida había pretendido evitar.

Cuando se discutía el proyecto de Código Civil de 1984 sus autores encontraron que existían dos regímenes en materia de adopción. El general del Código Civil, para todos, y el especial para menores de 14 años abandonados o en peligro moral. Frente a esta disyuntiva, dice la Exposición de Motivos: 'se trataba de decidir si este (el segundo) criterio debería ser generalizado. Problema 'arduo' según los autores del Código Civil de 1984.

La vacilación de los codificadores era infundada. Si aceptaban la contradicción insuperable de la nueva partida y la prolongación de la antigua, cuya permanencia era inevitable para evitar el incesto, volvían a la situación existente en el derecho romano anterior a Justiniano y reaparecerían todas sus imprevisibles complicaciones y consecuencias.

Algunos miembros de la comisión codificadora, añade la Exposición de Motivos, razonaban en el sentido que si los padres consanguíneos habían aceptado la adopción era porque se habían desinteresado por la suerte de su hijo: otros, que los padres se sacrificaban por el interés que tenían por el porvenir de su hijo. Finalmente a todos preocupaba el trauma del propio adoptado al enterarse de su doble filiación. No es improbable que ésta última razón fuera al final la predominante a su decisión.

Cabe señalar que después de promulgado el Código Civil de 1984, por Decreto Ley 26102 de 24 de diciembre de 1992, se ha derogado el anterior Código de Menores y dictado uno nuevo que supone toda una organización administrativa y Judicial para proteger a los niños (hasta 12 años) y a los adolescentes (hasta 18 años). Este Código, en materia de adopción, salvo distintas autoridades y procedimientos, mantiene la tesis del Decreto Ley 22209 y del Código Civil de 1984.

Como se observa, el Código de 1984 optó por una posición que lógicamente era insostenible. Su artículo 377 estatuye que el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea y el artículo 379 exige que se extienda nueva partida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en *Tentaciones académicas*, al analizar el artículo 379 del Código Civil de 1984.

LUIS ENRIQUE MARIO CASTILLO FREYRE

Contradiciéndose luego, frente a las posibles consecuencias de su primera decisión, en el mismo artículo 379 añade que la partida anterior conserva su valor para el efecto de los impedimentos matrimoniales. Ya he comentado que las declaraciones contrarias sobre la pérdida del vínculo y la vigencia de la partida anterior no se ajustan a la lógica.

Si los insospechados problemas que podía presentar la pérdida del vínculo consanguíneo determinaron la evolución de la institución, es evidente que subsisten las mismas razones para volver a las reglas modernas clásicas y generales, y evitar casos imprevistos y absurdos. El Código Civil de 1936 como todos los Códigos modernos del mundo, que acogen la institución de la adopción, tuvo presente la finalidad humanitaria de la adopción moderna, pero al mismo tiempo fue respetuoso de los vínculos naturales de familia. El Código Civil de 1984 es la sola excepción.

Los codificadores debieron mantener la dualidad de sistemas que encontraron. El de los menores abandonados y en peligro moral y el del Código.

(Olaechea du Bois, Manuel Pablo. «La profunda crisis de nuestro Derecho Civil». Artículo publicado en el diario *El Comercio*, el 28 de abril de 1995, pp. 55-61.)

Requisitos para la adopción

Artículo 378.- Para la adopción se requiere:

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.

2.- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar.

3.- Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge.

4.- Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concurra el asentimiento del otro conviviente.

5.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.

6.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

7.- Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.

8.- Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.

9.- Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

El artículo 378 no corresponde al texto original del Código Civil de 1984. Él es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley n.º 30311, publicada el 18 de marzo de 2015. El texto original de la norma era el siguiente:

Artículo 378.- *Para la adopción se requiere:*

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.

2.- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar.

3.- Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge.

4.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.- *Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.*

6.- *Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.*

7.- *Que sea aprobada por el juez.*

Este inciso, a su vez, fue modificado por la tercera disposición final de la Ley n.° 26981, publicada el 3 de octubre de 1998, cuyo texto era el siguiente:

7.- *Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.*

8.- *Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.*

El artículo 378 regula los requisitos de la adopción. Pasaremos a analizarlos en detalle:

a) Que el adoptante goce de solvencia moral (inciso 1)

El hecho de convertirse en padre o madre de una persona, que, por lo general va a ser menor de edad, hace que constituya requisito indispensable para adoptar, que el adoptante goce de solvencia moral. No se puede exponer a una persona a que pase a formar parte de otra familia que esté constituida por gente que, incluso, la podría perjudicar.

En esa línea, Cornejo Chávez señala que: «La solvencia moral de que el adoptante debe gozar se explica por razones obvias: la adopción, además de cumplir la finalidad de satisfacer el instinto paternal o maternal de quien adopta, busca principalmente proveer al adoptado, sobre todo si es menor de edad, de un clima familiar propicio a su formación por la existencia de los indispensables factores éticos. Lejos de alcanzarse este objetivo, socialmente fundamental, se pondría en grave riesgo al adoptado si, no exigiendo la ley este requisito, fuera posible el prohijamiento por personas dedicadas a la delincuencia, el vicio o la vagancia.»

b) Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar (inciso 2)

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

La adopción tiene que marcar una diferencia etaria entre el adoptante y el adoptado. Si el adoptado se va a convertir en hijo del adoptante, carecería de sentido que ambos tuvieran la misma edad o que, incluso, el adoptado pudiera ser de mayor edad que el adoptante.

Además, esta diferencia de edades va a ser muy importante para que el adoptante, realmente se comporte como padre o madre del adoptado; la idea no es que sea como su hermano, o que se convierta en su pareja, lo que fácilmente ocurriría si una persona adoptara a otra, del sexo opuesto y la diferencia de edades entre ambos fuese sólo de dos años en favor del adoptante. En este caso, hasta resultaría natural que terminen siendo pareja, teniendo relaciones sexuales y procreando hijos. Esto, como se puede observar, sería un absurdo. Para eso no existe la adopción.

La diferencia de edades contemplada en el inciso 2 del artículo 378, establecida en al menos, dieciocho años (la mayoría de edad en el Perú), es una cifra arbitraria, pero razonable.

Pero la jurisprudencia ha considerado que esta regla puede tener excepciones en base al interés superior del niño y del adolescente.

Así, mediante Consulta n.° 1330-2011-La Libertad, de fecha 2 de junio de 2011, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema señaló que: «Ante la protección y el interés superior del menor se puede inobservar requisito de la edad del adoptante. *Sexto.* resolución consultada declara fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por [la pareja de adoptantes], por considerar que en autos, aun cuando no se cumplía con el requisito [de que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar], se concluye que la decisión que se adopte debe garantizar al adolescente preadoptado [...] que se desenvuelva dentro de un ambiente que le asegure su mayor bienestar y sobre todo reciba el cariño, atenciones y cuidados de quienes siempre le han brindado el trato de hijo, de tal modo que pueda alcanzar un pleno y armonioso desarrollo, privilegiando así su interés superlativo que reconocen los artículos 3, 8 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes.»[640]

En el mismo sentido, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el expediente n.° 2007-2169, en sentencia de fecha 19 de septiembre de 2008, señaló que: «La diferencia entre las edades del

(640) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 465.

adoptante y el adoptado no es trascendental dado que prevalece el interés superior del menor. *Segundo.* [Es] requisito para la adopción [...] que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar. En el caso de autos se advierte que efectivamente este requisito contemplado en la norma citada, no se cumple de manera taxativa, aun cuando se cumpla con los demás requisitos como sostiene el apelante [...]. *Tercero.* Sin embargo, en el caso de autos tratándose de un derecho de menores las normas se relativizan teniendo en cuenta lo estipulado en [los] artículo[s] IX [y X] del Código del Niño y Adolescente [...]. [Si] bien existe una diferencia de 15 años, la norma del Código Civil ha tomado en cuenta los 18 años de edad, como si fuera la edad en que por réplica de un estado de la naturaleza este podría tener hijos sin embargo es evidente que una persona de 15 años sí está biológicamente preparada para poder engendrar, es decir, hipotéticamente el adoptado puede haber sido procreado biológicamente por el adoptante. No se ha tomado en cuenta que el preadoptante es cónyuge de la madre del adoptado [...], que el preadoptado vive en el núcleo familiar de su madre y del preadoptante desde más de 4 años en los Estados Unidos, en donde radica, que el preadoptante paga los estudios del menor, no se ha tomado en cuenta para aplicar las normas citadas la actitud del menor en el momento de la audiencia. Todo ello hace concluir que la aplicación del requisito establecido en el artículo 378 del Código Civil no es trascendente, dado el interés superior del niño en el presente caso [...].»(641)

c) Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge (inciso 3)

La solución del inciso 3 es de justicia. Ello, en la medida en que sería un absurdo el permitir que uno de los cónyuges adopte a una persona sin el asentimiento del otro cónyuge. Esto no significa que necesariamente los dos tengan que adoptar a esa persona. Lo que se pide es, solamente, que si uno lo desea adoptar el otro manifieste su asentimiento con respecto a esa aceptación.

Lo contrario implicaría la posibilidad de que uno de los cónyuges, *motu proprio*, introduzca a la familia al adoptado y que ese acto de constituya en un elemento perturbador de la paz familiar.

(641) *Ibidem.*, pp. 465-466.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FARJAT

En la misma línea, Peralta Andía, citando a los Mazeaud, indica que: «[...] por ser la adopción una institución susceptible de modificar el equilibrio de la familia, si el adoptante estuviera casado, deberá obtener la autorización de su cónyuge; esa autorización no implicará adopción con respecto del cónyuge, porque éste último permanece extraño al hijo. Pero un matrimonio puede adoptar a un mismo hijo por una adopción conjunta, y es el único caso en que una adopción acumulativa resulte posible. Entonces, el legislador se muestra prudente al exigir que los cónyuges obren de común acuerdo aunque sea uno solo de ellos quien adopte.»(642)

Ahora bien, en nuestra realidad, no es extraño que uno de los cónyuges haya tenido una familia previa a la que forma con su actual cónyuge. En ese caso, el otro cónyuge puede adoptar a los hijos de esa familia. En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente n.° 2110-98, de fecha 28 de septiembre de 1998, al señalar que: «Si el adoptante mantiene vínculo matrimonial con la madre del que se pretende sea adoptado y le ha brindado los cuidados respectivos, procede aprobar la adopción. Segundo. [...] [Teniendo un carácter tuitivo, se debe tener presente lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código [de los Niños y Adolescentes], por el cual en toda medida que concierne al niño, se debe velar por su interés superior. Tercero. [Se] advierte que [el adoptante] solicita la adopción de [una] menor [...] de seis años de edad; que, de las pruebas acompañadas a su demanda se advierte [...] que el demandante contrajo matrimonio con la madre de la citada menor [...] y que además ha prodigado a esta los cuidados y atenciones propias de su edad, como se corrobora del informe social y psicológico.»

d) Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concurra el asentimiento del otro conviviente (inciso 4)

Lo propio se exige cuando el adoptante sea uno de los integrantes de una unión de hecho, constituida en los términos y condiciones del artículo 326 del Código Civil, norma a cuyo tratamiento remitimos. La lógica es la misma que explicamos con ocasión de nuestro análisis del inciso inmediato precedente.

e) Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años (inciso 5)

(642) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 308.

EXCLUSIVO PROGRAMA LEGIS.PE

Si se tratara de la adopción de un bebe o de un niño muy pequeño, resulta evidente que o sería imposible (en el primer caso) o carecería de objeto (en el segundo) pedirle que preste su asentimiento. Pero, de acuerdo con los avances de la protección jurídica del niño y del adolescente, recogidos en la Convención de los Derechos del Niño del año 1989, se reconoce el derecho de los niños y adolescentes a brindar su opinión en asuntos de su incumbencia, cuando ello corresponda (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Es así que el Código Civil, norma anterior en cinco años a la referida Convención, reconoce el derecho de los niños mayores de diez años de brindar su opinión antes de que se produzca la adopción. Se entiende, por lo demás, que esa opinión podrá ser favorable o desfavorable. En este último caso, el niño o adolescente, en buena cuenta, tendrá la última palabra, habida cuenta de que resultaría impensable que se continúe con el trámite de adopción si ese niño o adolescente hubiere manifestado que no desea convertirse en hijo de su(s) potencial(es) adoptante(s). Es evidente que, si no hubiere empatía del niño hacia esa o esas personas, no se le podría condenar a vivir en un hogar y a tener una familia que no desea o que, incluso, le incomoda o rechaza. Aquí prevalece el interés superior del niño y del adolescente, principio recogido por la citada Convención y por el Código de los Niños y Adolescentes que se elaboró en el Perú a raíz del referido tratado.

Sobre el particular, Cornejo Chávez comenta que: «La razón de esta exigencia es obvia, pues nadie hay más interesado en la adopción que el propio adoptado y repugnaría el prescindir de su opinión para darle por padre o madre a persona que él rechaza.»[643]

Sobre el inciso 5, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[644] considerábamos necesario establecer una precisión en el inciso 5, luego del texto actual, anotada en el sentido de que, ante la existencia de padres biológicos, la adopción con asentimiento de los mismos debe ser –evidentemente– un supuesto excepcionalísimo.

En tal sentido, pensábamos que se podría adicionar un segundo párrafo que señalara lo siguiente: «En este caso sólo se permite la adopción cuando los padres del adoptado se encuentren en la imposibilidad de atender

(643) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, p. 74.
(644) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 425 y 426.

EXCLUSIVO GACETA CIVIL

a las necesidades básicas del hijo y no existan perspectivas razonables de que la situación mejore de manera inmediata. También se permite en casos análogos de extrema e imperiosa necesidad de los padres».

f) Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela (inciso 6)

Habrá casos en los que la adopción se produzca respecto a un menor abandonado, de cuyos padres no se tenga conocimiento alguno. Pero podría ocurrir que el menor se encuentre bajo la patria potestad de sus padres o bajo la curatela de ellos, en la medida en que se trate de un mayor de edad para quien resulte aplicable la curatela, como es el caso de las personas que se encuentren en alguno de los incisos 4 a 8 del artículo 44 del propio Código.

En cualquiera de estos casos, resulta de plena lógica que para que proceda la adopción se requiera del asentimiento de los padres del futuro adoptado. Si los padres desean seguir siendo padres del menor o del incapaz mayor de edad, pues entonces esa persona no podrá ser adoptada. No existe la adopción «a la fuerza».

Cabe señalar que la sentencia recaída en el Expediente n.° 00012-2013-0-1201-SP-FC-02, de fecha 21 de marzo de 2013, conocido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, ha establecido que: «De no haberse cumplido en el proceso con el asentimiento de los padres biológicos, el juez debe requerirlo de oficio. 6. De la sentencia impugnada se advierte que el *a quo* sustenta su decisión, indicando que los padres biológicos –demandados– no han cumplido con prestar su asentimiento para la adopción solicitada, requisito que no puede entenderse cumplido con la rebeldía incurrida. [Si] bien es cierto, el asentimiento mencionado constituye un requisito para la adopción establecida en el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil [...], también es de advertirse del Acta de Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Pruebas y Sentencia [...] que el demandado concurrió a la citada Audiencia, diligencia donde el Juzgador haciendo uso de su facultad conferida en el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes debió disponer como prueba de oficio, recabar su declaración, para así verificar su conformidad o no con la adopción solicitada [...].»

g) Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz (inciso 7)

EDICIONES MARIO CASTILLO FREYRE

Cabe la posibilidad de que el potencial adoptado sea menor de edad. En ese caso, deberá oírse a su tutor.

Si el potencial adoptado fuese mayor de edad con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44, incisos 4 a 8), entonces tendrá un curador. Éstos eran supuestos que antes se denominaban de incapacidad relativa.

En ambos casos, nos encontramos frente a incapaces o personas con capacidad de ejercicio restringida y en ellos será también necesario escuchar la opinión del consejo de familia.

Si bien es cierto, la opinión de las personas antes mencionadas no resultaría definitiva, ella será de mucha importancia, pues se entiende que se trata de quienes protegen los intereses del potencial adoptado.

h) Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales (inciso 8)

La adopción, tradicionalmente, ha sido un trámite de naturaleza judicial. De ahí que ella deba ser aprobada por los tribunales de justicia. No obstante, por Ley n.º 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, se facultó a los notarios públicos para que conozcan las adopciones.

En síntesis, la referida Ley señala que se podrá tramitar ante notaría la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y ejercicio y para ello se exigirán los siguientes requisitos: i) Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio, si es casado; ii) Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio, si es casado; iii) Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado; iv) Testimonio del inventario de los bienes que tuviera el adoptado. De manera posterior, corresponderá al notario extender una nueva partida de nacimiento del adoptado.

No olvidemos que la adopción es un tema muy delicado, pues implica la incorporación de una persona a otra familia y la pérdida de los lazos familiares consanguíneos; de modo tal que siempre debe estar supervisada y aprobada por una autoridad, sea judicial, sea notarial.

i) Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa

ESTUDIO ALEX CASTILLO PEREZ

de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud (inciso 9)

Este requisito se establece para evitar prácticas relativas al tráfico de menores y a que se emplee la adopción como fachada, a efectos de sacar al menor del país y dedicarlo a actividades ilegales, tales como prostitución, esclavitud o similares.

De ahí que el inciso 9 del artículo 378 exija que, si el adoptante fuese extranjero, tenga que venir al Perú para ratificar personalmente su voluntad de adoptar ante la autoridad judicial. Si bien es cierto que esto no elimina los riesgos, sí hará responsable a una persona, la misma que, por lo demás, se acreditará que, al menos, existe y la adopción no constituiría un acto simulado con fines *non sanctos*.

En ese sentido, Arias-Schreiber comenta que: «Este inciso responde a la necesidad de supervisar con mayor rigor la adopción por extranjeros. De ahí que se requiera su presencia física a fin de que el juez evalúe, en la medida de lo posible, la conveniencia de la adopción.»(645)

Se exceptúa de lo anterior cuando el menor se encuentre en el extranjero por motivos de salud. Todo ello, naturalmente, deberá estar acreditado ante la autoridad judicial.

Como corolario a lo antes señalado, destacamos lo que menciona el profesor Chunga Lamonja respecto a los diferentes casos de adopción: «[...] se parte de la necesidad de dar una familia a un niño en situación especial de irregularidad, variando la tónica predominante que consideraba a la adopción como una forma de permitir que cónyuges que por razones biológicas no podían tener descendencia, obtuviesen remedio a su mal mediante el hijo adoptivo.»(646)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(645) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 53.
(646) Chunga Lamonja, Fermín. *Código de Menores*. Tipografía Sesator, Lima, 1978, p. 113.

Trámite de adopción

Artículo 379.- La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, en la Ley para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos y su reglamento y en Ley de Competencia Notarial *(sic)*, según corresponda.

Terminado el procedimiento, el Juez, el funcionario competente, o el notario que tramitó la adopción, oficiará a los Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, para que extienda la partida de nacimiento correspondiente, sustituyendo la original y anotando la adopción al margen de la misma para proceder a su archivamiento.

En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador.

La partida original conserva vigencia sólo para el efecto *(sic)* de los impedimentos matrimoniales.

El texto de este artículo no es el original. El artículo de 1984 señalaba lo siguiente:

***Artículo 379**.- La adopción se tramita con arreglo al Código de Procedimientos Civiles o al de Menores. Terminado el procedimiento, el juez oficia al registro del estado civil respectivo para que se extienda nueva partida de nacimiento del adoptado, en sustitución de la original.*

La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales.

(Este artículo fue rectificado por la fe de erratas del Código Civil.)

Luego el artículo fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.° 27442, publicada el 2 de abril de 2001, cuyo texto es el siguiente:

***Artículo 379**.- Trámite de adopción*

La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley N° 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono o la Ley N° 26662, Ley

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de Competencia Notarial, según corresponda. Terminado el procedimiento, el juez, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el Notario, que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotará la adopción. En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador. La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales.

Posteriormente, el precepto fue modificado por la segunda disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo n.° 1297, publicado el 30 de diciembre de 2016, el mismo que entró en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de su reglamento, cuyo texto es el que hemos consignado al inicio del tema.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 379, bajo comentario, la adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en una serie de normas legales.

La primera de ellas es el Código Procesal Civil. Como sabemos, este cuerpo normativo regula los procesos no contenciosos en sus artículos 749 y siguientes. En el artículo 749 señala que se tramitan en proceso no contencioso una serie de asuntos, entre ellos, la adopción (inciso 3).

El artículo 379 también menciona el Código de los Niños y Adolescentes. Este cuerpo normativo regula el tema en el Título II, Adopción, Capítulo I, Disposiciones Generales, artículos 115 a 118.

El artículo 115 dispone: «Concepto.- La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paternofilial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea».

Por su parte, el artículo 116, señala lo siguiente: «Subsidiariedad de la adopción por extranjeros.- La Adopción por extranjeros es subsidiaria de la Adopción por nacionales. En caso de concurrir solicitudes de nacionales y extranjeros, se prefiere la solicitud de los nacionales».

El artículo 117 establece los requisitos de la adopción: «Requisitos.- Para la Adopción de niños o de adolescentes se requiere que hayan sido declarados

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

previamente en estado de abandono, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el Artículo 378 del Código Civil».

Y, finalmente, el artículo 118 trata acerca de las situaciones imprevistas: «Situaciones imprevistas.- Si ocurrieren circunstancias imprevistas que impidan culminar el trámite de adopción, la Oficina de Adopciones adoptará las medidas pertinentes teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño y del Adolescente».

Por otro lado, el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Lima, en el año 1997, Acuerdo n.° 2, precisó lo siguiente: «¿Cuál es el juez competente para conocer de las adopciones civiles en los casos de peruanos que tuvieron guarda prolongada? El Pleno acordó: Por mayoría de 38 votos se acordó que la adopción civil, es independiente de la investigación tutelar y, por lo tanto, el Juez de Familia en lo Civil es competente para conocer de las solicitudes de adopción. Una posición en minoría de 4 votos sostuvo que el Juez Tutelar que tuvo a cargo la investigación tutelar es competente para conocer de las adopciones civiles.»

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(647) planteábamos la necesidad de adecuar el artículo 379 a la normativa vigente. También proponíamos una adición al último párrafo del precepto original, en el sentido de que la partida original conserve vigencia sólo para efecto de los impedimentos matrimoniales, «así como a los deberes y derechos de índole no patrimonial respecto de su familia natural».

El artículo 379 del Código Civil también se refiere a la Ley para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, Decreto Legislativo n.° 1297 y su Reglamento.(648)

(647) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 426.

(648) El citado Decreto Legislativo aborda el tema en sus artículos 123 a 147, además de los primeros artículos de ese cuerpo normativo, cuyos textos consignamos a continuación:

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto brindar protección integral a las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos a fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; priorizando su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

Esta Ley se aplica a todas las niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales o en riesgo de perderlos y a sus respectivas familias.

A efectos de la presente Ley, se entiende por niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales a aquellas y aquellos que se encuentran en situación de desprotección familiar; y en riesgo de perderlos, a las niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo de desprotección familiar.

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

Artículo 3.- Definiciones

A efectos de la presente ley se entiende por

a) Familia de origen

Es la conformada por la madre, el padre o uno de ellos, hermanos, hermanas, tutora o tutor. Y además las personas con las que teniendo o no vínculo de parentesco, conviven o hacen vida en común.

b) Familia extensa

A efectos de la presente ley, la familia extensa comprende a los familiares de la niña, niño o adolescente con los que no conviven o hace vida en común.

c) Comunidad como familia

En el caso de niñas, niños o adolescentes procedentes de pueblos indígenas u originarios, comunidades campesinas, comunidades nativas o cualquier otra forma organizativa, donde la niña, niño o adolescente haya desarrollado identidad cultural y sentido de pertenencia, se entiende como familia de origen o extensa a los integrantes de éstas, de acuerdo a sus costumbres y bajo un enfoque intercultural.

d) Cuidado y protección

Es la atención que se brinda a la niña, niño o adolescente, con la finalidad de cubrir sus necesidades y protegerlos en el ejercicio de sus derechos, para lograr su desarrollo integral en función a su interés superior.

e) Competencias parentales o de crianza y cuidado

Es el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes que permiten a la familia afrontar de forma flexible y adaptativa la tarea de cuidar y educar a las niñas, niños o adolescentes, de acuerdo con sus necesidades de desarrollo y aprendizaje.

f) Situación de riesgo de desprotección familiar

Es la situación en la que se encuentra una niña, niño o adolescente donde el ejercicio de sus derechos es amenazado o afectado, ya sea por circunstancias personales, familiares o sociales, que perjudican su desarrollo integral sin revestir gravedad, y no son o no pueden ser atendidos por su familia. Esta situación requiere la actuación estatal adoptando las medidas necesarias para prevenir la desprotección familiar, sin que en ningún caso justifique la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen.

Por vía reglamentaria, se definen las circunstancias y supuestos que pueden ser considerados como situación de riesgo de desprotección familiar.

En adelante, cuando en la presente ley se utilice el término «riesgo» debe entenderse que se hace referencia a riesgo de desprotección familiar.

g) Situación de desprotección familiar

Es la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes y que afecta gravemente el desarrollo integral de una niña, niño o adolescente.

La situación de desprotección familiar tiene carácter provisional e implica la separación temporal de la niña, niño o adolescente de su familia para su protección, así como el apoyo especializado a la familia para la remoción de las circunstancias que la motivaron, aplicando las medidas de protección apropiadas establecidas en esta ley, promoviendo la reintegración familiar. En el caso de hermana o hermano cabeza de familia no implica la separación temporal de su familia.

Los criterios de calificación de la desprotección familiar son siempre restrictivos y objetivos. Por vía reglamentaria, se definen las circunstancias y supuestos de desprotección familiar.

La situación de pobreza, en ningún caso justifica, por sí sola, la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen, ni constituye desprotección familiar. Es responsabilidad del Estado incorporar a estas familias a programas y servicios de protección social.

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

Asimismo, en ningún caso se separa a una niña, niño o adolescente de su familia por la sola razón de su discapacidad o la de cualquiera de sus miembros.

Cuando a pesar del apoyo brindado por el Estado para fortalecer las competencias de cuidado y crianza, no sea posible el retorno de la niña, niño o adolescente a su familia de origen debido a que esta no puede proveerle el debido cuidado a la niña, niño o adolescente, se declara la desprotección familiar.

h) Medidas de protección

Son actuaciones o decisiones que se adoptan a favor de una niña, niño o adolescente en situación de riesgo o desprotección familiar, para garantizar o restituir sus derechos y satisfacer sus necesidades.

Las medidas de protección pueden ser de carácter provisional o permanente. Estas últimas no tienen carácter definitivo, con excepción de la adopción y pueden ser modificadas, en base a su interés superior y el principio de idoneidad.

La declaración de desprotección familiar tiene por finalidad además otorgar una modalidad de cuidado alternativa duradera y estable para la niña, niño o adolescente que garantice su derecho a vivir en una familia o en un entorno familiar.

i) Proceso de reintegración familiar y retorno a la familia

En las medidas de protección que impliquen la separación de la familia, la actuación del Estado se orienta a la reintegración familiar que implica la implementación de medidas y programas de apoyo dirigidos a facilitar el retorno de la niña, niño o adolescente a su familia de origen.

El momento del retorno con la familia de origen supone la evaluación positiva previa y la consecuente preparación de la niña, niño o adolescente con la participación de los miembros de la familia de origen y de aquellos que asumieron su acogimiento provisional.

Asimismo, implica el acompañamiento para continuar brindando orientación y apoyo correspondiente, de acuerdo al plan de trabajo individual.

j) Acogimiento familiar

Es una medida de protección que se aplica de acuerdo con el principio de idoneidad, que se desarrolla en una familia acogedora mientras se trabaja para eliminar las circunstancias que generaron la desprotección familiar.

Puede ser una medida temporal o permanente.

k) Acogimiento Residencial

Es una medida de protección temporal aplicada de acuerdo al principio de idoneidad que se desarrolla en un centro de acogida, en un ambiente similar al familiar.

l) Adoptabilidad

Es la condición que adquiere la niña, niño o adolescente declarado en desprotección familiar, al haberse determinado, mediante una evaluación psicosocial, que la adopción es la medida de protección más idónea para garantizar el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente.

m) Adopción

Es una medida de protección e integración familiar, de carácter definitivo, garantista y excepcional, que tiene por objeto hacer efectivo el derecho a vivir en familia de la niña, niño o adolescente declarado en estado de desprotección familiar y con estado de adoptabilidad.

n) Plan de trabajo individual

Es un instrumento técnico que comprende los objetivos y metodología de la actuación estatal orientada a intervenir sobre los factores de riesgo y desprotección, en base a la evaluación socio familiar del niño, niña o adolescente. Incluye las medidas de protección adoptadas, el seguimiento de las mismas, las estrategias, metas y plazos. Se elabora con la participación del niño, niña y adolescente y su familia.

Artículo 4.- Principios de la actuación protectora

La actuación estatal frente a las situaciones de riesgo o desprotección familiar se rige principalmente por los siguientes principios:

EDUARDO CALLO PEREYRA

a) Diligencia excepcional

La actuación del Estado frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar exige la mayor celeridad, cuidado, eficacia y responsabilidad por parte de los órganos y funcionarios competentes en todas las acciones y decisiones que adopten en garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este principio es especialmente relevante en el análisis de las circunstancias que rodean y afectan a la niña, niño o adolescente, la valoración objetiva del impacto de las mismas en sus derechos, la justificación de las decisiones y su revisión oportuna.

b) Especialidad y profesionalización

La actuación estatal es planificada y se realiza a través de profesionales y técnicos debidamente especializados. La capacitación es periódica.

c) Excepcionalidad y temporalidad

La adopción de una medida de protección que implique la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen es excepcional y por el más breve plazo, que debe sustentarse en la existencia de circunstancias objetivas y en función al Interés Superior del Niño.

d) Igualdad y no discriminación

Todas las niñas, niños o adolescentes que se encuentren dentro del territorio nacional, tienen derecho a la protección del Estado ante situaciones de riesgo o de desprotección familiar, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, género, color de piel, idioma, religión, nacionalidad, origen étnico o social, discapacidad o cualquier otra condición de la niña, niño, adolescente o de su madre, padre, tutora o tutor o familia de origen.

e) Informalismo

Las normas que regulan los procedimientos por riesgo o desprotección familiar, deben ser interpretadas, de modo que los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes, de su madre, padre, familia extensa o de origen, tutora o tutor, no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros.

f) Integración familiar

La actuación del Estado debe promover de manera prioritaria la integración de la niña, niño o adolescente en su familia de origen, realizando las acciones necesarias para este fin.

g) Interés Superior del Niño

Este derecho sustancial, principio de interpretación y norma de procedimiento, asegura la protección y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente en su familia y en caso excepcional, prioriza un entorno familiar alternativo. A fin de determinar el interés superior del niño, se respetan los vínculos familiares y se favorece el apoyo a la familia de origen como medida de protección prioritaria. En ningún caso su aplicación puede disminuir o restringir los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes.

Cuando exista conflicto entre el interés superior de un niño y otros intereses o derechos, la autoridad competente analiza y pondera los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho de la niña, niño y adolescente a que su interés superior es una consideración primordial.

h) Flexibilidad y gradualidad

Las medidas de protección dictadas a favor de una niña, niño o adolescente deben adecuarse a la variación de sus circunstancias personales y familiares, por lo que deben ser periódicamente revisadas.

i) Necesidad e idoneidad

El principio de necesidad implica que la separación de la niña, niño o adolescente de su familia, sea dispuesta únicamente cuando todos los medios posibles para mantenerlo en su familia, no han surtido efecto o han sido descartados.

El principio de idoneidad implica la selección de la medida de protección más adecuada y que mejor satisfaga las necesidades de cada niña, niño o adolescente.

LIBRO DE MARIO CASTILLO FREYRE

j) Subsidiaridad progresiva de la actuación del Estado

Cuando la familia de origen tenga dificultades para cumplir sus obligaciones de cuidado y protección, el alcance y la intensidad de la actuación estatal para garantizar los derechos de la niña, niño o adolescente, es proporcional al grado de riesgo o desprotección familiar en la que se encuentre.

k) Interculturalidad

El Estado y la sociedad valoran e incorporan las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnicos-culturales del país al que pertenecen las niñas, niños y adolescentes, para garantizar el ejercicio de sus derechos.

Artículo 123.- Principios del procedimiento de adopción

El procedimiento de adopción se sustenta además de los principios recogidos en el artículo 4 de la presente ley, en los siguientes principios:

a) Principio de idoneidad de la familia adoptante

La decisión de promover en adopción a una niña, niño o adolescente debe garantizar que la familia elegida sea la más apropiada para satisfacer sus necesidades específicas, circunstancias e interés superior.

b) Preservación de los vínculos fraternos

Cuando se trata de grupos de hermanos en situación de adoptabilidad, se prefiere su adopción conjunta por una misma familia adoptiva.

c) Carácter subsidiario de la adopción internacional

La adopción que implica el traslado de una niña, niño o adolescente fuera del país debe considerarse como un medio subsidiario a la adopción nacional.

Artículo 124.- Personas que pueden solicitar la adopción

Pueden solicitar la adopción de una niña, niño o adolescente:

a) Cónyuges

b) Integrantes de una unión de hecho con declaración notarial vigente.

c) Personas que deseen conformar una familia monoparental.

Artículo 125.- Requisitos para la adopción

Las familias o personas interesadas en adoptar deben:

a) Contar entre veinticinco y sesenta y dos años de edad. La edad máxima puede ampliarse excepcionalmente por razones debidamente justificadas en función del interés superior del niño.

b) Acceder voluntariamente a la adopción, en forma escrita. Los cónyuges o integrantes de unión de hecho, deben presentar la solicitud de adopción en forma conjunta.

c) Contar con declaración de idoneidad.

Artículo 126.- Niña, niño o adolescente susceptible de ser adoptado

Puede ser adoptada o adoptado, la niña, niño o adolescente con declaración judicial de desprotección familiar y adoptabilidad.

Artículo 127.- Efectos de la adopción

Para los efectos de la presente ley, mediante la adopción la niña, niño o adolescente declarado en estado de desprotección familiar y adoptabilidad, conforma una familia con el/la/los adoptante/s, constituyéndose en parte de ésta, con todos sus derechos y obligaciones, en calidad de hija o hijo, extinguiéndose a la vez cualquier efecto legal por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales consanguíneos.

La adopción es de carácter pleno, indivisible y establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre el o la adoptante y la o el adoptado.

Artículo 128.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el procedimiento de adopción

Son derechos de las niñas, niños y adolescentes en el procedimiento de adopción:

a) Derecho de defensa y representación legal de sus intereses en el procedimiento de adopción.

ARNALDO MARCIO CANTILLO FREYRE

b) Derecho a conocer y saber sobre sus orígenes.
c) Derecho a conservar el nombre aun cuando variaran sus apellidos, excepto cuando esto sea contrario a su interés superior.
d) Derecho a conservar su nacionalidad y los derechos inherentes a la misma.
e) Derecho a estar informado, opinar y participar en todo el procedimiento de adopción, de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Artículo 129.- Tipos de Adopción

La adopción puede ser:
a) Nacional
b) Internacional

Artículo 130.- Adopción Nacional

Se considera adopción nacional cuando:
a) El o la adoptante es peruano con residencia habitual en el país y solicita la adopción de un niño, niña o adolescente con residencia habitual en el Perú.
b) La o el adoptante extranjero con residencia habitual en el Perú por más de 2 años continuos solicita la adopción de una niña niño o adolescente con residencia habitual en Perú.

Artículo 131.- Adopción internacional

Se considera adopción internacional cuando:
a) La o el adoptante peruano o extranjero que reside habitualmente fuera del país solicita la adopción de una niña, niño o adolescente con residencia en Perú que va a ser trasladada/o al país de residencia del o la adoptante.
b) La o el adoptante con residencia habitual en el Perú, solicita la adopción de algún niño, niña o adolescente que reside habitualmente en el extranjero.

Las adopciones internacionales requieren de la existencia de convenios internacionales en materia de adopción, de los cuales el Estado peruano sea parte.

Artículo 132.- Preservación de identidad cultural y orígenes en la adopción

En la adopción se tiene en cuenta especialmente la preservación de la identidad cultural y orígenes de las niñas, niños y adolescentes, salvo que se afecte su interés superior.

Artículo 133.- Adopción especial

La autoridad competente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, realiza un trámite especial para la adopción de adolescentes, grupos de hermanos, niñas, niños y adolescentes con discapacidad, con problemas de salud y aquellos casos debidamente fundamentados en el interés superior del niño.

En esta adopción se presentan propuestas de designación directa, según lo previsto en el reglamento.

Artículo 134.- Autoridad central

La autoridad competente en adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, es la autoridad central en materia de adopción internacional de las niñas, niños y adolescentes que cuentan con declaración del estado de desprotección familiar y situación de adoptabilidad judicialmente declarada.

Artículo 135.- Gratuidad y confidencialidad del procedimiento

El procedimiento de adopción es gratuito y de carácter confidencial.

Artículo 136.- Consejo Nacional de Adopciones

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, cuenta con un Consejo Nacional de Adopciones.

El Consejo Nacional de Adopciones es el organismo colegiado que aprueba en sesiones ordinarias o extraordinarias las propuestas de designación de adoptantes para niñas, niños y adolescentes con declaración de desprotección familiar y adoptabilidad, presentadas por la autoridad competente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

TRILCE CASTILLO FREYRE

Por otra parte, el artículo 379 del Código Civil, señala que la adopción se rige también por la Ley de Competencia Notarial, según corresponda. Se trata de la Ley n.º 26662, de septiembre de 1996.

El Consejo Nacional de Adopciones está conformado de la siguiente manera:

a) 03 representantes del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través de sus autoridades competentes en materia de niñez y adolescencia, promoción y fortalecimiento de las familias, y adopción, quien lo preside.

b) 01 representante del Ministerio de Salud.

c) 01 representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

d) 01 representante del Colegio de Psicólogos del Perú.

e) 01 representante del Colegio de Abogados de Lima.

f) 01 representante del Poder Judicial.

La designación de las o los integrantes del Consejo Nacional de Adopciones es ad honórem, tiene una vigencia de dos años y sus funciones se señalan en el reglamento.

Artículo 137.- Etapas del procedimiento de adopción

El procedimiento administrativo de adopción de niñas, niños y adolescentes que cuentan con declaración del estado de desprotección familiar y situación de adoptabilidad, comprende cuatro etapas:

a) Evaluación

b) Designación

c) Integración familiar

d) Post adopción.

Artículo 138.- Opinión de la niña, niño y adolescente en las etapas del procedimiento de adopción

La opinión de la niña, niño y adolescente se debe solicitar en las etapas de evaluación e integración familiar; sin perjuicio, de tenerla en cuenta en todas las etapas.

Artículo 139.- Pronunciamiento sobre la adopción

De ser favorable la evaluación del acogimiento pre adoptivo, la autoridad competente emite la Resolución Administrativa que aprueba la adopción.

La aprobación de la adopción es comunicada a la autoridad que tramitó el procedimiento por desprotección familiar.

La inscripción del acta de nacimiento en mérito de la adopción, es solicitada al Registro Civil del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil correspondiente, quien debe dejar sin efecto la inscripción original y registrar la nueva inscripción.

Si el resultado del acogimiento familiar pre adoptivo fuera desfavorable, se comunica a la autoridad competente a fin que disponga el retorno de la niña, niño o adolescente al Centro de Acogida Residencial o a la familia acogedora.

Artículo 140.- Seguimiento post adoptivo

El seguimiento post adoptivo se realiza con el fin de verificar el desarrollo de la niña, niño o adolescente adoptado y su adaptación a la nueva familia y al entorno social. Asimismo, esta etapa comprende el brindar apoyo profesional a la niña, niño o adolescente y a su familia adoptiva.

En todo procedimiento de adopción nacional, en caso de una presunta desprotección familiar o vulneración de los derechos de la/el adoptada/o, se desarrolla el procedimiento de riesgo o desprotección familiar que corresponda.

En todo procedimiento de adopción internacional, en caso que la niña, niño o adolescente adoptado sea víctima de desprotección familiar, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de sus órganos del servicio exterior, coordina con las autoridades competentes del país de residencia de la niña, niño o adolescente, para resolver la mejor medida de protección integral a su favor.

GUILLERMO MUÑOZ CASTILLO FREYRE

En su artículo 1 se señala que los notarios públicos serán competentes

Artículo 141.- Representación legal de los intereses de la niña, niño o adolescente
En el trámite del procedimiento de adopción se debe garantizar la representación legal de los intereses de la niña, niño o adolescente mediante la designación de un defensor público especializado a fin de que defienda su interés superior.

Artículo 142.- Registro Nacional de Adopciones
El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, inscribe en el Registro Nacional de Adopciones los actos y personas relacionadas al procedimiento de adopción.

La información del registro mencionado es de carácter confidencial, teniendo acceso al mismo únicamente las o los adoptantes o la o el adoptado.

Artículo 143.- Prohibiciones
En el procedimiento de adopción está prohibido, que:

a) El solicitante tenga cualquier tipo de contacto con los padres biológicos de la niña, niño o adolescente o con cualquier persona que pueda influenciar en el consentimiento de estos últimos.

b) Los miembros del Consejo Nacional de Adopciones tomen contacto con cualquier persona, autoridad o institución involucrada en el procedimiento de adopción, a excepción de la autoridad competente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, cualquiera que sea el vínculo contractual o laboral con la entidad.

Artículo 144.- Recursos de impugnación
Contra la resolución administrativa que declara la adopción, procede la interposición de recurso de apelación en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la resolución a las o los adoptantes.

Artículo 145.- Derecho a conocer sus orígenes
La o el adoptado tiene derecho a conocer sus orígenes, en particular la información referida a la identidad de sus padres biológicos, así como su historia médica. En el caso de niñas, niños y adolescentes la denegatoria sólo puede fundamentarse en el perjuicio de su interés superior. La solicitud debe ser presentada y tramitada ante la autoridad competente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en el caso de la adopción administrativa.

La o el adoptado menor de edad, puede solicitar la información referida a su identidad, sin necesidad de representación legal.

Artículo 146.- Potestad sancionadora
La autoridad competente en materia de adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en calidad de primera instancia administrativa, es la autoridad encargada de ejercer con criterio de gradualidad, la potestad sancionadora en el ámbito de su competencia por las infracciones que se tipifiquen en el reglamento de la presente Ley, constituyendo su superior jerárquico la segunda instancia administrativa.

Artículo 147.- Sanciones
Sin perjuicio de las sanciones civiles o penales a que hubiera lugar, los infractores son pasibles de las siguientes sanciones administrativas, según corresponda.

Tratándose de los administrados:

a) Suspensión del trámite de adopción.

b) Cancelación del trámite de adopción.

Tratándose de los organismos acreditados y/o sus representantes:

a) Amonestación escrita.

b) Suspensión de la autorización del organismo acreditado para cooperar y apoyar en materia de adopción internacional en el Perú.

c) Cancelación de la autorización del organismo acreditado para cooperar y apoyar en materia de adopción internacional en el Perú.

LAW DATA CASTILLO FREYRE

para conocer, de manera alternativa al Poder Judicial, entre otros asuntos, los relativos a la adopción de personas capaces (inciso 2). El trámite de la adopción de personas capaces se halla regulado en los artículos 21, 22 y 23 de la citada Ley.(649)

El artículo 379 del Código Civil señala también que, terminado el procedimiento, el juez, el funcionario competente, o el notario que tramitó la adopción, oficiará a los Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, para que extienda la partida de nacimiento correspondiente, sustituyendo la original y anotando la adopción al margen de la misma para proceder a su archivamiento.

Por nuestra parte, pensamos que este proceder va en la línea de lo que significa la adopción. Con la adopción, se puede decir que el adoptado adquiere una nueva identidad, en la medida en que uno o sus dos apellidos van a ser sustituidos por otros. De ahí que se vaya a extender una nueva partida de nacimiento; y ella sustituirá a la original, en cuyo margen se anotará la adopción realizada, para proceder al archivamiento de esta partida.

El artículo 379 agrega que en la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida; quedando prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador. Esto último es muy importante, en la medida en que la

(649) Artículo 21.- Procedencia.- Sólo se tramita ante notario la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio.

Artículo 22.- Solicitud y requisitos.- La solicitud constará en una minuta presentada por el adoptante y el adoptado. Se acompañará: 1. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio, si es casado; 2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio, si es casado; 3. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado; 4. Testimonio del inventario de los bienes que tuviera el adoptado.

El texto original de este artículo no está en vigencia, pues fue modificado por el artículo único de la Ley n.º 26809, publicada el 16 de junio de 1997, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 22.- Requisito de la solicitud.- La solicitud constará en una minuta, presentada por el adoptante y el adoptado, acompañada de los siguientes anexos: 1. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio, si es casado. 2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio, si es casado. 3. Documento que acredite que las cuentas de la administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante del adoptado. 4. Testimonio del inventario de los bienes que tuviere el adoptado. La minuta debe contener la expresión de voluntad del adoptante y del adoptado y el asentimiento de sus respectivos cónyuges, en caso de ser casados, así como la declaración jurada del adoptante en el sentido que goza de solvencia moral. El notario, si encuentra conforme la minuta y la documentación requerida, elevará la minuta a escritura pública.

Artículo 23.- Nueva partida de nacimiento.- El notario oficia al Registro respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original.

revelación al adoptado acerca de su condición será algo que debería depender, en exclusiva, de los padres adoptantes. Ello, en la medida en que serán quienes tengan mayor conocimiento acerca de si conviene o no dar ese paso con respecto a su hijo adoptado, o si darlo, sería contraproducente y afectaría a la persona adoptada de modo irremediable. Se trata, sin duda, de un tema en extremo delicado, pues el conocimiento de la adopción remece la propia identidad de un ser humano y no siempre las reacciones son positivas. En muchas ocasiones, la persona se deprime de modo irreversible, más allá de los reproches que tendrá con respecto a sus padres adoptivos.

Al respecto, Cornejo Chávez señala: «Como ya se expresó oportunamente, esta asimilación es materia de controversia; y contra ella una corriente de pensamiento propugna el derecho del adoptado de saber quiénes son sus verdaderos padres. Si el desconocimiento de este dato ha de pesar en el ánimo del legislador menos o más que la necesidad de evitar al hijo adoptivo, si fue prohijado en tierna edad sobre todo, los traumas del descubrimiento posterior de su verdadera filiación, es, por cierto, asunto de ponderación por la legislación de cada país. El nuevo texto civil no sanciona ni prohíbe que se informe al hijo acerca de quiénes son sus verdaderos padres, pero no lo manda, ni lo propicia.»

El artículo 379 concluye señalando que la partida original conserva vigencia sólo para efecto de los impedimentos matrimoniales. Esto es lógico, pues no se puede negar la realidad del origen genético, por más de que haya habido una adopción; y quienes conozcan de él, deberían hacer presente cualquier impedimento matrimonial que conozcan y responda a la partida original.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Irrevocabilidad de la adopción

Artículo 380.- La adopción es irrevocable.

Al ser la adopción un acto voluntario por parte del o de los adoptantes, y en algunos casos, a partir de cuando el adoptado tiene más de diez años, requiere del asentimiento del adoptado, es que la adopción reviste carácter irrevocable. Ni el adoptante puede dar marcha atrás, ni tampoco el adoptado, cuando sea mayor de edad.

Pero esto no significa que no resulten aplicables a la adopción las normas generales sobre nulidad y anulabilidad del acto jurídico.

Por ejemplo, sería nula, por objeto jurídicamente imposible y por incumplir la forma solemne bajo sanción de nulidad, la adopción que hubiere sido efectuada por contrato.

Por su parte, podría ser anulable una adopción en la que una pareja hubiere adoptado, mediando el vicio de error, a un niño, creyendo que lo hacía con respeto de su hermano gemelo.

Pero los supuestos contemplados en estos ejemplos no son casos de revocación de la adopción (lo que supondría la existencia de arrepentimiento sobre el acto realizado). Son supuestos de nulidad y de anulabilidad, materias totalmente distintas. El Derecho Civil, por lo general, no tolera el arrepentimiento, a diferencia de lo que puede ocurrir en un trato amical, sin consecuencias jurídicas.

En ese orden de ideas, Peralta Andía sostiene que aún con lo indicado en el presente artículo, la adopción puede entenderse revocada en los siguientes supuestos: «1) Nueva adopción. Por cierto que nada obstaculiza que una persona sea adoptada por una segunda vez, en cuyo caso, los lazos derivados de la primera quedarán extinguidos. 2) A pedido del adoptado. Aunque el adoptado sea menor de edad o incapaz, formulada dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que perdió la incapacidad, la adopción se extingue. Debe notarse que la ley no concede este derecho al adoptado mayor de edad y el fundamento se halla en que éste prestó su asentimiento, y si bien lo hace el que tiene más de 10 años su asentimiento no se considera jurídicamente pleno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3) Por último debe anotarse que la muerte no extingue la adopción, ya que producida ésta, deja subsistente el vínculo adoptivo.»(650)

En el caso concreto de la adopción, la ley no acepta el arrepentimiento, en la medida en que la adopción es un acto serio y de humanidad, de modo tal que, en caso se arrepientan el o los adoptantes de la adopción realizada, tal arrepentimiento carecerá de relevancia jurídica.

Al respecto, Varsi, citando a Bossert, indica que: «Admitir la revocabilidad de la adopción introduciría la inquietante y perjudicial perspectiva de que quien hoy es, en su íntima convicción y en la de los demás, auténticamente hijo legítimo, se vea privado en el futuro de tal estado de familia.»(651)

Finalmente, Cornejo Chávez sostiene que: «Si bien este carácter responde a la naturaleza y finalidad de la figura, sobre todo si, como ocurre en el nuevo texto sustantivo, se busca equiparar en lo posible la filiación adoptiva a la consanguínea que, en tesis general, es un hecho que la voluntad de los particulares no puede destruir: se es hijo o no se es, pero si se es, se lo es para siempre, esta norma de la ley suscita algunas reflexiones.»(652)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(650) Peralta Andía, Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil.* Editorial Idemsa, Lima, 2002, p. 394.
(651) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 744.
(652) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, p. 79.

La adopción como acto puro y simple

Artículo 381.- La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

La disposición del artículo 381 se basa en la idea siguiente. Cuando los seres humanos tienen hijos, el adquirir la condición o la calidad de padres sobre tales hijos, en realidad es una situación jurídica que debe asumirse con todo lo bueno y lo malo que ello acarrea. Los hijos serán hijos de quienes los hubieren procreado, con todas las alegrías y sinsabores que trae con respecto a ellos, la vida en familia.

Entonces, lo propio ocurre con respecto a la adopción. Además, así como uno tiene hijos hasta que la muerte haga que los padres o los hijos se vayan de este mundo, lo mismo ocurre con la adopción. No se concebiría, por ejemplo, una adopción a plazo: «será mi hijo hasta el 31 de diciembre de 2030», por ejemplo.

Tampoco sería posible una adopción condicional: «lo adopto con la condición resolutoria de que gane tal candidato a la presidencia de la República».

Inclusive, dados los trámites rígidos que impone la adopción, tanto judicial como notarial, no habría lugar (y ni el juez ni el notario lo aceptarían) para que el adoptante o los adoptantes señalen algo parecido en algún documento propio del trámite de la adopción.

Es obvio que la adopción tampoco admitiría ser celebrada con cargo: «adopto a esta persona si ella se compromete a depositar un ramo de flores en la tumba de mi madre todos los días».

Todos estos ejemplos de adopción tendrían por no puesta la respectiva modalidad (plazo, condición o cargo). Ello, en virtud de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil, en el sentido de que «La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables».

Finalmente, Arias-Schreiber precisa sobre el artículo bajo comentario, que: «Se trata de un principio admitido mayoritariamente por la doctrina, inspirado en la máxima *adoptio imitatur naturam*, y que hemos encontrado de modo explícito en las siguientes legislaciones consultadas: artículo 375

ESTUDIO ALEJANDRO CASTILLO FUENTE

del Código Civil brasileño, artículo 111 del Código de Familia costarricense, artículo 348 del Código Civil ecuatoriano, y artículo 246 del Código Civil venezolano.»(653)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(653) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 62.

Prohibición de pluralidad de adoptantes

Artículo 382.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges o por los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del presente Código.

El texto original de este artículo fue el siguiente:

Artículo 382.- *Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.*

El precepto fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 30311, publicada el 18 de marzo de 2015, cuyo texto es el que consignamos al inicio del tema.

No hay duda de que la modificación operada en el año 2015 sobre el texto original del artículo 382, fue positiva. Ello, en la medida en que el único caso de adopción efectuada por dos personas que se permitía en el texto original del Código Civil de 1984 era el que podían efectuar los cónyuges. La reforma implicó que se diera la posibilidad de que la adopción fuese hecha por los integrantes de las uniones de hecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 326 del Código Civil, vale decir, de las parejas libres de impedimento matrimonial.

Se ha entendido, con acierto, que las parejas de convivientes que mantengan un hogar estable por más de dos años también podrán adoptar. Ello, en la medida en que se trataría de supuestos de hecho muy similares a los del matrimonio. Estamos plenamente de acuerdo.

En esa línea, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, antes de la modificación del artículo 382 del Código Civil, mediante Consulta n.° 901-2012-Del Santa, de fecha 5 de junio de 2012, estableció que los «Convivientes también pueden adoptar a menores de edad. *Octavo*. Al respecto, este Colegiado considera que lo que resulta incompatible con la Constitución no proviene del texto literal del artículo 382 del Código Civil, sino del sentido interpretativo derivado de dicha norma que concluiría en que solo los cónyuges podrían adoptar mas no los que conformen una unión de hecho. Tal conclusión, así formulada, deviene en inconstitucional en el presente caso al haberse acreditado que el adoptante es conviviente de la madre de la adoptada y que forman una vida convivencial de más de catorce años,

FÁBIO MARIO CASTILLO FREYRE

es decir, desde que la niña tenía año y medio de vida, atendiendo además al principio del interés superior del niño previsto en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y las demás normas antes citadas.»(654)

Así también, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, mediante Consulta n.º 1638-2011-Huaura, de fecha 7 de julio de 2011, determinó que: «Resulta inconstitucional impedir que convivientes bajo el régimen de unión de hecho puedan adoptar. *Noveno.* [Este] Colegiado considera que lo que resulta incompatible con la Constitución no proviene del texto literal del artículo 382 del Código Civil, sino del sentido interpretativo derivado de dicha norma que concluiría en que solo los cónyuges podrían adoptar mas no los que conformen una unión de hecho. Tal conclusión, así formulada, deviene en inconstitucional en el presente caso al haberse acreditado que la menor de edad, que ya se encontraba bajo el cuidado de los recurrentes por un periodo mayor a los dos años como consecuencia de la medida de protección de la menor dispuesta en el proceso judicial sobre abandono material y otros, que obra como acompañado, resulta favorable para el desarrollo de la personalidad de la menor, atendiendo al principio del interés superior del niño previsto en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y las demás normas antes citadas. [...] *Décimo primero.* Por tal razón, se concluye que a la luz de la prevalencia de las disposiciones constitucionales contenidas en los [...] artículos 4 y 5 de la Constitución Política del Estado, no existe impedimento legal alguno en el presente caso para que la adopción solicitada por los demandantes, en su calidad de convivientes, pueda ser amparada [...].»(655)

La razón por la cual el artículo bajo comentario prohíbe otros casos de adopción por dos personas, se basa en el hecho de que lo que se quiere promover es que el adoptado se integre a una familia sólidamente constituida y pase a formar parte de ella, no sólo en el terreno de las formalidades, sino para compartir una vida en armonía y felicidad.

Al respecto, Cornejo Chávez comenta que: «Una vez más, el fundamento de la norma radica en la semejanza que el Derecho quiere suscitar entre la filiación biológica y la civil. Nadie puede tener sino un padre y una madre; luego, nadie puede ser adoptado sino por un hombre y una mujer. La ley quiere asimilar al hijo adoptivo al hijo matrimonial, no obstante tener hoy los mismos derechos el matrimonial y el extramatrimonial, no sólo porque siempre o por mucho tiempo se mantendrá un diferente nivel de aprecio entre uno y

(654) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 467.
(655) *Loc. cit.*

otro, sino para evitar que quien es, consanguíneamente, hijo de padres casados, pase a ser, por virtud de la adopción, hijo de un varón o una mujer no casados entre sí. Está en la línea de los hechos naturales la posibilidad de que alguien pierda a uno de sus padres; luego, es legalmente posible la adopción por una sola persona. Pero no entra en la línea de la naturaleza que alguien tenga tres o más padres consanguíneos; luego, la ley no permite que nadie sea adoptado, al menos simultáneamente, por tres o más personas.»(656)

Si bien la ley acepta que una persona soltera adopte a una persona, esa adopción debería ser realizada única y exclusivamente por ese adoptante. No lo podría hacer, por ejemplo, conjuntamente, con otra persona soltera del sexo opuesto, con quien sólo guarda amistad. ¿A qué familia se estaría integrando el adoptado? ¿A una o a dos familias? ¿O, tal vez, a ninguna?

Tampoco se aceptaría que dos personas del mismo sexo adopten a otra, en la medida en que el Código de 1984 no reconoce valor legal a las uniones de esta naturaleza, ni considera que ellas deban ser el ambiente familiar al que se incorpore el adoptado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(656) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, p. 82.

Adopción de pupilo y curado

Artículo 383.- El tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas.

La tutela es una institución supletoria de amparo en virtud de la cual al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará a un tutor que cuide de su persona y bienes (argumento del artículo 502 del Código Civil).

La curatela es otra de las instituciones supletorias de amparo y ella se instituye para la administración de bienes y para otros asuntos determinados (artículo 565 del Código Civil.

No cabe duda de que, durante el ejercicio de la tutela, pueden haberse desarrollado sentimientos paterno o materno filiales entre el tutor y el pupilo; o, en la curatela, entre el curador y el curado; los mismos que conduzcan a que los primeros quieran adoptar a los segundos. No hay nada de malo en eso. Incluso, ello es algo bueno, pues de ser tutor o curador, a pasar a tener la condición de padre o madre, será algo altamente positivo para el futuro adoptado.

Es evidente que en estos casos tiene que cumplirse con todos los requisitos que impone la ley para la adopción, a los que la ley agrega uno: el que ella se haga después de aprobadas las cuentas de administración de la tutela o curatela y que se haya satisfecho el alcance que resulte de ellas.

Pero nótese que esta norma no ha sido adecuada al régimen de apoyos y representación que ha impuesto el Decreto Legislativo n.º 1398 en el año 2018, en sustitución de diversos antiguos supuestos de curatela. Como las restricciones legales no pueden interpretarse por extensión o por analogía, aquí tendríamos un problema.

Por otra parte, debemos recordar que el propósito del legislador con el establecimiento de este requisito es fácilmente perceptible. Lo que se quiere es que el tutor o curador no se aproveche del pupilo o del curado, asumiendo ahora la condición de padre o madre y, en esa nueva calidad, sería él mismo quien tendría que pedir la rendición de cuentas y la eventual satisfacción económica a él mismo, por su desempeño como tutor o curador del adoptado. En

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

otras palabras, para poner al gato de despensero, primero deberá demostrar que la leche de la despensa está completa.

Así también lo ha entendido, Enrique Varsi, al citar a Graciela Medina, quien señala que: «El legislador ha querido evitar que el tutor evada las obligaciones que derivan de su gestión como administrador de los bienes del menor que se encuentra bajo su tutela, ya que, si el tutor ha malversado bienes de su pupilo éste, convertido en hijo adoptivo, difícilmente podría reclamar judicialmente el cobro o la rendición de cuentas del adoptante durante su gestión como tutor.»(657)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(657) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 749.

Inventario de los bienes del adoptado

Artículo 384.- Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez.

En la misma línea de lo dispuesto por el artículo 383, el artículo 384 establece una norma de protección o seguridad con respecto al futuro adoptado. Se refiere al caso en el cual el futuro adoptado tenga bienes.

En tal supuesto, se deberá entender esta norma en el sentido de que tenga bienes de monto o cuantía apreciable. Decimos esto, porque en verdad todas las personas del mundo, por más pobres que sean, tienen bienes. Nótese que un cepillo de dientes ya es un bien y la pasta dental, otro. Entonces, el artículo 384 tiene por objeto dirigirse a aquellos casos en los cuales el futuro adoptado tenga bienes de apreciable valor, como podría ser joyas, acciones de compañías, vehículos, algún o algunos inmuebles, etc., etc., etc.

Para estos casos, se establecen otros requisitos previos a la adopción: que se haga inventario y tasación judicial de tales bienes y que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez.

Lo que se pretende con estos requisitos es que el futuro adoptante no se aproveche del patrimonio del adoptado, disponiendo de tales bienes como si fueran de él. Es por esta razón que debe dejarse en claro que los bienes son del adoptado. De esta forma, lo que se busca es que el adoptado, si fuese el caso, haga una administración idónea (eficiente y honesta) de tales bienes y que, desde antes de que se produzca la adopción, se sepa que los mismos pertenecen al adoptado.

Nótese que, si el adoptado fuese menor de edad, el adoptante será su representante.

Pero no sólo deberá hacerse inventario y tasación judicial de los bienes del futuro adoptado, sino que el futuro adoptante deberá constituir garantía suficiente a juicio del juez. Entendemos que la suficiencia de esta garantía deberá encontrarse en directa relación con la importancia del patrimonio del futuro adoptante y con los riesgos que llevaría implícita la administración del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

patrimonio del primero. La fórmula del artículo 384 del Código no es exacta, pero creo que la variedad de supuestos y particularidades que se pueden presentar en la vida real hacen que resulte en extremo difícil lograr una precisión normativa mayor.

Para Varsi: «Es indispensable y necesario brindar la protección del adoptado en lo referente a su patrimonio (bienes, intereses pecuniarios) frente a alguien que pretenda disimular con la adopción los malos manejos en su gestión. En definitiva la *ratio iuris* del artículo 384, a similitud del anterior es proteger el patrimonio del adoptado.»(658)

Finalmente, sobre el artículo bajo análisis, Arias-Schreiber precisa que: «Al igual que en el artículo anterior, el sentido de esta norma es salvaguardar la institución de la adopción, evitando que la misma sirva para encubrir intereses económicos ajenos a su verdadero sentido.»(659)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(658) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación. Op. cit.*, tomo IV, p. 538.

(659) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 64.

Cese de la adopción a pedido del adoptado

Artículo 385.- El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite.

En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial.

Nótese que la adopción no constituye un acto bilateral, no se trata de un acuerdo o contrato entre el adoptante y el adoptado.

La adopción tiene naturaleza jurídica de acto unilateral. La voluntad manifestada y aprobada por el juez o el notario público es la del adoptante.

Es obvio que el futuro adoptado, si tuviera más de diez años, deberá manifestar su parecer en torno a la adopción que se plantea realizar, pero esa manifestación de voluntad no configurará un acto bilateral. La voluntad relevante es la del adoptante, la misma que servirá para que el juez o el notario declare la adopción. La voluntad del futuro adoptado es una referencia muy importante, pero ella no configura el acto de adopción.

Por ello es que el artículo 380, ya estudiado, establece el carácter irrevocable de la adopción, poniendo la mira, obviamente, en la voluntad del adoptante.

Pero quien sí puede arrepentirse de haber sido adoptado es el propio adoptado; siendo importante precisar que, si el adoptado tenía menos de diez años al momento de la adopción, la ley ni siquiera exige que se consulte su parecer.

En muchos casos, luego de descubierta la adopción, el adoptado se da cuenta de cuál es la razón por la cual su vida con el adoptante y su familia fue realmente un infierno. En tales casos, el adoptado podrá pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la fecha en que desapareció su incapacidad.

En estos casos, el Código Civil señala que el juez la declarará sin efecto, sin más trámite. No se trataría de un proceso contencioso. Solamente se pide el cese de la adopción. Es más, ni siquiera el pedido debería tener una exposición

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de motivos o de razones. El Derecho debe respetar una decisión tan importante, la cual, por lo demás, no perjudica a nadie. Y si perjudicara a sus padres adoptivos en el terreno patrimonial o moral, lo más probable sea que el pedido de cese de la adopción sea el resultado de las malas acciones de esos adoptantes con respecto al adoptado. Es obvio que quien renuncia a la adopción, en realidad no tiene nada que agradecer a sus adoptantes.

Luego de declarado el cese de la adopción, según establece el artículo 385, bajo comentario, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial. Estas son consecuencias naturales del cese de la adopción. Las cosas, en esta materia, deberán regresar a su estado anterior.

Para Cornejo Chávez: «No es este un verdadero caso de revocación, es decir, uno que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio, pues se trata de un menor o un incapaz que no expresó en forma alguna su voluntad; en este caso no está revocando su voluntad sino manifestando, ahora, la que realmente tiene.»(660)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(660) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, p. 80.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

CAPÍTULO PRIMERO
RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Ante todo, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[661] pensábamos en la posibilidad de que se suprima el Título y el Capítulo que se menciona, mas no su contenido. Ello, en razón de los argumentos sostenidos en contra de denominaciones discriminatorias de los hijos.

Hijo extramatrimonial

Artículo 386.- Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

El legislador de 1984 tuvo el propósito de no discriminar a los hijos, según ellos hayan sido concebidos y hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. El Código de 1936 los dividía en legítimos e ilegítimos, denominación, sin duda peyorativa para estos últimos.

Si bien el Código de 1984 no recoge esta nomenclatura, la verdad es que resulta imposible no regular a los hijos concebidos y nacidos dentro y fuera del matrimonio, habida cuenta de que los mismos necesariamente van a tener distinta regulación normativa. De ahí que el Código de 1984 los ha clasificado en matrimoniales y extramatrimoniales. El Título II trata, precisamente, de la Filiación extramatrimonial y el Capítulo primero, del Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales. El artículo 386, el primero en abordar la materia, señala que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

(661) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 427.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nótese que para tener la condición de hijo extramatrimonial el artículo bajo comentario establece dos condiciones que deben reunirse conjuntivamente, a saber, el haber sido concebido fuera del matrimonio y el haber nacido también fuera del matrimonio.

Si el hijo hubiese sido concebido por una pareja de enamorados y éstos se casan a los tres meses de embarazo de la mujer, el hijo nacerá en plena vigencia del matrimonio. El haber contraído matrimonio y el hecho de que el hijo nazca en este estado civil de la pareja, borra el hecho de que no fue concebido dentro de un matrimonio. Por lo tanto, ese hijo será considerado matrimonial.

En caso el hijo hubiese sido concebido dentro del matrimonio, pero hubiera nacido fuera de él, por ejemplo, porque la pareja se divorció antes de que la mujer dé a luz, ese hijo será considerado matrimonial. Será irrelevante, en este caso, el hecho de que ese nacimiento se haya producido fuera del matrimonio. Al haber sido concebido dentro del matrimonio, se le considerará hijo matrimonial.

Además, debemos señalar que el hijo extramatrimonial es el concebido y nacido fuera del matrimonio con respecto a quien sea cónyuge del padre. Decimos esto, pues tendrán esa categoría tanto los concebidos y nacidos fuera del matrimonio y que sean hijos de la pareja que ulteriormente se casó, como también los hijos que hayan sido concebidos y que hayan nacido fuera del matrimonio, si es que el padre estuviere casado, pero los hijos los hubiere procreado con otra mujer.

En todos esos casos, también estaremos en presencia de hijos extramatrimoniales.

Así también, Varsi precisa que: «La calidad filial extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica (el nacimiento) se producen fuera del matrimonio. Esta regla permite determinar qué hijos son extramatrimoniales y cuáles no.»(662)

En esa línea, Cornejo Chávez comenta que: «Para que alguien sea hijo extramatrimonial será preciso que los dos hechos, la concepción y el nacimiento, se produzcan fuera del matrimonio. Mas exacta y precisa habría sido, en

(662) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 757.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

consecuencia, la fórmula legal si expresara, como decimos, que 'son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio'.»[663]

Al respecto, Carlos Cárdenas, citando a Raffo Magnasco, menciona que: «Si el hijo es concebido mediante inseminación artificial o fertilización *in vitro* y posterior implante de embrión utilizando los elementos fecundantes del matrimonio 'antes' del fallecimiento del o de los progenitores, el hijo 'será matrimonial'. Por el contrario, si el hijo es concebido 'posteriormente' al fallecimiento, el hijo será 'extramatrimonial', porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte.»[664]

Adicionalmente, Peralta Andía señala que: «En nuestro criterio y dentro de los alcances del nuevo texto, hijos extramatrimoniales, son aquellos concebidos y nacidos fuera de una unión matrimonial. No interesa que los padres sean solteros, divorciados, viudos o uno de ellos esté ligado a un matrimonio anterior, etc.»[665]

En 1998, en *Tentaciones académicas*, planteábamos la posibilidad de derogar el artículo 386, en razón de evitar hacer cualquier distinción respecto a la calificación de los hijos en razón de su procedencia matrimonial o extramatrimonial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(663) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 90.
(664) De Trazegnies Granda, Fernando. «La familia ¿un espejismo jurídico?» En: *La familia en el Derecho peruano. Op. cit.*, p. 178.
(665) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 408.

Medios probatorios en la filiación extramatrimonial

Artículo 387.- El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas.

El texto original de esta norma señalaba lo siguiente:

***Artículo 387**.- El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.*

El mismo fue modificado por el artículo 5 de la Ley n.º 29032, publicada el 5 de junio de 2007, por el texto consignado al comienzo.

El maestro Max Arias-Schreiber, afirmaba que: «[...] el precepto debe ser interpretado en el sentido siguiente: la filiación extramatrimonial sólo puede ser legalmente establecida mediante el reconocimiento o la sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad.»(666)

El artículo 387 del Código Civil establece un régimen de prueba tasada en relación con la filiación extramatrimonial. En ese sentido, señala que el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Retornamos sobre este tema, habida cuenta de que el Código de 1984, vuelve sobre el régimen de la prueba tasada. Lo que tenemos que preguntarnos es si deberíamos, en el marco del Código Procesal Civil de 1993, admitir como vigente un régimen particular de prueba tasada como el del artículo 387 del Código Civil, bajo comentario.

En lo personal, pensamos que no. Como ya lo hemos expresado en esta obra en reiteradas ocasiones, creemos que la filiación extramatrimonial podría probarse a través de cualquier medio probatorio o sus sucedáneos.

(666) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 102.

La norma también establece, en su segundo párrafo, que ese reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de éstas.

Se trata de un tema meramente procedimental. Es evidente que cualquiera de los dos (reconocimiento de paternidad o sentencia declaratoria de paternidad) va a obligar a la confección o redacción de una nueva partida de nacimiento. Ello, en la medida en que la situación jurídica de esa persona ha cambiado; y su partida de nacimiento tiene que reflejar esa realidad.

Dentro de tal orden de ideas, cabe señalar que, conforme ha sido mencionado en el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fecha 21 de junio de 2005: «El proceso diseñado por la Ley n.° 28457 (Proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial) es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil.»[667]

Finalmente, resulta pertinente recordar lo decidido por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el Expediente n.° 01550-2011-0-Q401-JR-FC-04, de fecha 11 de marzo de 2014, en donde colisionaban el derecho a la verdad biológica y el derecho a la identidad: «La afectación al derecho a la verdad biológica de la menor genera nulidad de reconocimiento por ser contrario al orden público. *Segundo.* [...] d.3. Si bien el acto jurídico de reconocimiento de la menor [...] practicado por el demandado [...] y la modificación de los apellidos de la citada menor no están incursos en la causal de nulidad de acto jurídico por simulación absoluta, se debe tener presente que nuestro ordenamiento constitucional protege el derecho a la identidad, por lo que cualquier acto jurídico que atente contra este derecho carece de validez, ya que estaría afectando al orden público, en este sentido, si el reconocimiento de paternidad extramatrimonial realizado por el demandado [...] sobre la menor [...] es contrario a la verdad biológica de la citada menor [...], este reconocimiento no puede producir efectos jurídicos, porque sostener lo contrario, flexibilizaría los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución a la que todos los ciudadanos estamos obligados a respetar y defender, razón por la cual, se debe declarar la nulidad de estos actos jurídicos pero por la causal de ser contrario a las leyes que interesan al orden público, en especial, a la afectación al derecho a la verdad biológica de la menor [...]. d.4. Esta declaratoria de nulidad por la causal de ser contrario a las leyes que interesan al orden público no afecta el principio de congruencia,

(667) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 469-470.

por cuanto se ha llegado a dicha conclusión base los hechos alegados por las partes y que se desprenden de los medios probatorios actuados durante el proceso, por lo que resulta aplicable el principio de *iura novit curia* (en su función correctiva), más aún si se tiene presente que esta aplicación no afecta el derecho de defensa de las partes, por cuanto tanto la parte demandante como la parte demandada no han cuestionado la nulidad de los actos jurídicos invocados ni la prueba actuada durante el proceso (*sic*).»[668]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(668) *Ibidem.*, pp. 468-469.

Reconocimiento del hijo extramatrimonial

Artículo 388.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Es un supuesto muy raro aquél en el cual el hijo extramatrimonial no sea reconocido ni por el padre ni por la madre. En la inmensa mayoría de casos, la madre reconocerá a ese niño. De ahí el viejo dicho en el sentido de que: «Madre siempre cierta; padre siempre incierto».

No obstante, sí habrá casos en los que ninguno de los dos reconozca al menor.

El momento natural para efectuar el reconocimiento del hijo es el de su nacimiento. Cuando se le vaya a registrar en el Registro Civil (Reniec), los padres reconocerán su condición de tales frente al registrador. En el caso de los hijos matrimoniales, considerando las presunciones existentes, no será necesario el que ambos lo reconozcan. Bastaría que el padre se acerque al registro para declarar el nacimiento, pero incluso ese acto, si bien necesario para que se extienda la partida de nacimiento, no resulta indispensable para que ese nuevo ser sea considerado hijo del marido y de su mujer.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, por el contrario, sí será necesaria la presencia de ambos padres para que se considere la existencia de un reconocimiento en sentido estricto; ello, habida cuenta de que aquí no hay presunción legal de maternidad o paternidad alguna que favorezca al recién nacido.

En caso el menor no sea reconocido por ninguno, no cabe duda de que se tratará de un hijo extramatrimonial, pero su régimen jurídico será estudiado oportunamente.

Sambrizzi citando a Gete, cuando señala que: «El reconocimiento de la filiación consiste en el acto por el cual una persona emplaza a otra en el estado de hijo, tratándose en lo posible que, en el caso del padre, el emplazamiento filial se corresponda con la genética. Y si bien el acto en sí mismo implica voluntariedad, la determinación de la filiación no se produce por la voluntad,

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

sino que deriva de la ley, fundada en la relación biológica existente entre el reconociente y el reconocido.»[669]

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.º 5869-2007-Moquegua, de fecha 15 de abril de 2008, la cual señala lo siguiente: «Características del reconocimiento. *Octavo.* [El] reconocimiento tiene también como características el ser personalísimo, mediante el cual el reconocedor sabiendo del hecho de la cohabitación y de la consecuente procreación y basado en ello procede a declarar su paternidad; siendo una manifestación de voluntad individual que expresa uno de los actos más íntimos de la persona. *Noveno.* [Es] también unilateral y no recepticio, requiriendo solo de la voluntad del reconocedor; no siendo necesaria la conformidad del progenitor ni del reconocido, los que en todo caso tienen expedito su derecho para negar dicho acto filial (*sic*).»[670]

Finalmente, resulta interesante mencionar que, para el caso de Técnicas de Reproducción Asistida o TERAS, la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, con fecha 21 de febrero de 2017, estableció lo siguiente: «Reconocimiento de paternidad a pareja que alquiló vientre. Se debe emitir nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de sus padres, quienes suscribieron un acuerdo de vientre de alquiler con terceros para procrear.»[671]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(669) Sambrizzi, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo IV, p. 612.
(670) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 470 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 317.
(671) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 470.

Reconocimiento por los abuelos o abuelas

Artículo 389.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, puede reconocer a su hijo.

Cuando el padre o la madre se halle comprendido en el artículo 44 inciso 9, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido a través de apoyos designados judicialmente.

Este artículo no responde al texto original de 1984, que era el siguiente:

***Artículo 389**.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, o en el artículo 47.*

El texto en vigencia responde a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley n.° 27201, publicada el 14 de noviembre de 1999, cuyo texto era el siguiente:

***Artículo 389**.- Reconocimiento por los abuelos*

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los Artículos 43 incisos 2 y 3, y 44 incisos 2 y 3, o en el Artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

Finalmente, el artículo fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, cuyo texto es el consignado al comenzar el tema.

El artículo 389 establece que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

o de la madre. Esta solución es lógica, pues ante la muerte del padre o de la madre que no hubiere hecho el reconocimiento, se entenderá que los abuelos (padres del difunto) podrían tener la información suficiente proporcionada por el padre o madre fallecido, para tener la certeza de que ese hijo nacido fuera del matrimonio es, a la vez, hijo de su hijo(a). Por lo demás, el artículo 389 está otorgando a los abuelos una especie de representación *ultra vires*, en virtud de la cual los faculta para hacer ese reconocimiento de paternidad.

Pero no es el único caso para el cual el artículo 389 faculta a los abuelos el hacer ese reconocimiento de paternidad o de maternidad. El otro supuesto es cuando el padre o la madre se encuentren comprendidos en el artículo 47. Se trata del caso en que una persona se halle desaparecida y se le tenga que nombrar un curador. Pero nótese que la facultad de reconocimiento no pasa al curador. Ella pasa a los abuelos del hijo nacido fuera del matrimonio. Así lo ha considerado pertinente el legislador. Nosotros concordamos con este criterio. El problema se presentará, no obstante, si el desaparecido reaparece y quisiera negar la paternidad o maternidad que han reconocido sus padres (abuelos de la persona que ha sido reconocida como hijo extramatrimonial).

Si bien un supuesto de estas características podría presentarse, pensamos que se trataría de un caso en extremo raro. De acuerdo con el Código Civil peruano, el reconocimiento es irrevocable. Pero hemos señalado también que el mismo podría ser atacado por los vicios de la voluntad o por las causales generales de nulidad o anulabilidad contempladas en el Libro de Acto Jurídico. Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el particular.(672) Nótese, que el padre o madre que reaparezca y se encuentre con el hecho de que sus padres han reconocido a su supuesto hijo extramatrimonial, tendrá que invocar las causales de nulidad o de anulabilidad del reconocimiento en que hubieren incurrido sus padres. En otras palabras, actuará a nombre propio en el proceso, pero invocando las causales de nulidad o de anulabilidad del acto jurídico en que hubiesen incurrido terceras personas (sus padres). Supuesto muy extraño, por cierto.

En tercer lugar, el artículo 389 otorga a los abuelos la facultad de reconocer a un hijo extramatrimonial de un hijo o hija suya en caso los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, la ley establece que, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, puede reconocer a su hijo. Esto último, si bien el hijo ya ha sido reconocido por los abuelos. Pero entendemos que se establece esta especie de «doble reconocimiento», pues sería deslucido

(672) Ver: Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico. Op. cit.*, pp. 301-322.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y poco digno que, pudiendo reconocer a su hijo, el verdadero padre no lo haga y que el tema del reconocimiento quede con el que hicieron los abuelos. Por eso la ley brinda esa oportunidad al padre, cuando cumpla los catorce años.

En cuarto y último lugar, el artículo 389 otorga a los abuelos la posibilidad de reconocer al hijo extramatrimonial de su hijo, cuando este último se halle comprendido en el artículo 44 inciso 9, vale decir, cuando se encuentre en estado de coma. Aquí, la norma señala que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido a través de apoyos designados judicialmente. Este es un error. Como hemos señalado reiteradamente en nuestro libro *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas*,[673] constituyó un error del Decreto Legislativo n.º 1384, el otorgar un régimen de apoyos a las personas que se hallen en estado de coma. Pensamos que a ellas debería corresponder un régimen de representación, pues no es que alguien pueda coadyuvar con aquel que se encuentra en estado de coma para que manifieste su voluntad. Lo que ocurre es que alguien la va a tener que manifestar en vez de ella o en lugar de ella, situación totalmente diferente. En virtud de lo señalado, consideramos que la facultad de reconocimiento de paternidad o maternidad extramatrimonial, debería corresponder, como en los casos que acabamos de estudiar, a los abuelos (precisamente, padres de aquella persona que se halla en estado de coma).

Sobre la versión original del artículo materia de análisis, Cornejo Chávez enseña que: «Parecen pensar algunos que sólo la interdicción priva al padre o a la madre de la posibilidad legal de reconocer, pues hasta entonces el sujeto no es, oficialmente un incapaz. Creen otros, en cambio, que, siendo el discernimiento bastante la condición necesaria de la validez del reconocimiento, no puede practicarlo quien realmente no se da cuenta de lo que hace o no sabe expresar indubitablemente lo que quiere, aunque no se haya seguido el trámite formal de la interdicción. Y opinan, en fin, otros que, antes de la interdicción, el enfermo mental puede reconocer en un intervalo lúcido, mas no puede hacerlo después de aquella aun en tales intervalos.»[674]

En materia jurisprudencial, es preciso mencionar la Casación n.º 832-96-Lambayeque, de fecha 30 de enero de 1998, la misma que establece que: «Si los padres han fenecido o estén incapacitados, basta la intervención de uno de los abuelos para realizar el reconocimiento del hijo extramatrimonial. *Tercero.* [El artículo 389 del Código Civil] concede a los abuelos de la respetiva línea

(673) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 111-115.

(674) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 109.

la capacidad de otorgar el reconocimiento al hijo extramatrimonial, en caso de muerte del padre o de la madre o de determinados casos de incapacidad, siendo del caso determinar si tal reconocimiento debe hacerse por ambos, o es suficiente el practicado por uno [...]. *Quinto.* [No] se advierte que el reconocimiento deba hacerse de forma mancomunada por el abuelo y abuela de la misma línea, bastando la intervención de uno solo de ellos, para que surta efecto, siendo ésta la interpretación debida (*sic*).»[675]

Asimismo, la Casación n.º 1154-97-Puno, de fecha 27 de diciembre de 1999, señala lo siguiente: «Reconocimiento por los abuelos del hijo extramatrimonial. Teoría de los hechos cumplidos. Ultractividad de legislación anterior. *Sétimo.* [Si] bien el Código Civil de 1936 establecía que en caso de muerte o incapacidad permanente del padre o de la madre, el hijo ilegítimo podía ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno cuando éstos son padres legítimos del premuerto o del incapaz; dicha norma restringía la facultad de reconocer, en defecto del padre o de la madre, al abuelo paterno o al abuelo materno, excluyendo a las abuelas, no obstante el principio de igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, consagrado en ese mismo texto legal, en diversos casos, como el del consentimiento para el matrimonio de menores; además de la proclamación de dicho Principio en la Constitución Política de 1979, bajo cuyo imperio se produjo el acto de reconocimiento, lo que no alcanza a justificar el que se les negara a las abuelas paterna y materna la facultad que se otorga al abuelo de una y otra rama, máxime si las mismas circunstancias que explican tal atribución a favor del abuelo, existen tratándose de la abuela, como lo son el legítimo interés familiar, la cercanía del parentesco y la carencia de móviles utilitarios [...]. *Octavo.* [Sin] embargo, el Colegiado apelando a la Teoría de los hechos cumplidos contenido en el artículo 2021 del Código Civil vigente ha considerado como base jurídica para su decisión, la aplicación del artículo 389 contenido en dicho texto legal, que establece que el "hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o por las abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre", que esta sola consideración contraviene la prescripción contenida en el artículo 2020 del Código Civil anteriormente citado que permite la ultractividad en la aplicación de la legislación anterior a este caso concreto, quedando en evidencia la aplicación indebida que ha hecho del artículo 389 citado, siendo la norma aplicable la contenida en el artículo 353 del Código Civil de 1936.»[676]

(675) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 471.
(676) *Loc. cit.*

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[677] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 389, en los términos siguientes:

> **Artículo 389**.- Reconocimiento por los abuelos
>
> El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en los artículos 43 (*sic*) incisos (*sic*) 2 o en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

El grupo de trabajo del 2019 modificaba esta norma en razón al nuevo régimen sobre capacidad, instaurado el año 2018 por el Decreto Legislativo n.º 1384.

Consideramos que las adecuaciones eran pertinentes.

En primer lugar, hay que advertir que la comisión proponía modificar el nombre y contenido del Capítulo Tercero, hoy relativo a los hijos alimentistas, por lo referido a la filiación por reproducción asistida, sustituyendo también el actual artículo 415 por los nuevos artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D.

Veamos.

En primer lugar, se proponía derogar lo relativo a los hijos alimentistas, en razón a que «actualmente se puede determinar la paternidad a través de la prueba de ADN».

Estuvimos de acuerdo con lo expuesto por la comisión, en tanto la calificación de hijos alimentistas constituye un rezago de aquellos casos en que no se podía probar la condición de hijo extramatrimonial, a través de la prueba de los grupos sanguíneos, ciñéndose a aquellos hijos provenientes del período en que el padre tuvo relaciones sexuales con la madre.

En verdad, además, el «hijo alimentista» no tiene, en estricto, la calidad de hijo y la calificación es, en sí misma, peyorativa.

(677) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 129.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Formas de reconocimiento

Artículo 390.- El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

No hay duda de que el reconocimiento es un acto formal, no obstante lo cual el artículo 390 del Código Civil, al establecer las formalidades que puede revestir, no señala que el cumplimiento de cualquiera de tales formalidades será «bajo sanción de nulidad». En ese sentido, se tratará de formalidades *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

La primera formalidad establecida en esta norma es que el reconocimiento se haga en el registro de nacimientos, es decir, cuando el padre o la madre, o ambos, vayan a las oficinas del Reniec para registrar a su hijo. Si allí lo reconoce(n) como tal, pues, se habrá producido el reconocimiento de paternidad o maternidad extramatrimonial (o de ambas).

La segunda formalidad es que el reconocimiento se realice por escritura pública. Puede ocurrir, por las más diversas razones, (entre las cuales podría estar la negativa al reconocimiento, la duda sobre la paternidad del hijo, la ausencia del lugar del nacimiento y muchas otras), que el padre no reconozca a su hijo al momento de nacer. Si el obstáculo hubiera sido superado por él, entonces podría ocurrir que esté dispuesto a reconocerlo. En este caso, también podría hacerlo por declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente (artículo 391); pero también podría hacerlo por escritura pública. Esto, naturalmente, en el entendido de que el padre que reconoce a su hijo esté dispuesto a asumir las consecuencias que en todo orden de cosas le acarreará tal reconocimiento.

No obstante, la ley peruana, en el artículo 389 contempla una tercera salida, consistente en el reconocimiento por acto testamentario. Seguramente, el padre que reconozca a un hijo extramatrimonial a través de esta modalidad, lo hará para que recién se sepa de ese reconocimiento luego de su muerte. No olvidemos que el testamento es un acto *mortis causa*, lo que significa que el mismo sólo surtirá efectos luego de fallecido el testador, situación que, fundamentalmente, acarreará beneficios al hijo reconocido de esta manera, en el orden sucesorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, Arias-Schreiber citando a Díez-Picazo y Gullón señala que: «El fundamento de esta exigencia de solemnidad se puede encontrar en la trascendencia que el acto posee y en la conveniencia de que sea meditado, indubitado y fehaciente.»(678)

En materia jurisprudencial, la Casación n.° 614-2013-Huánuco, de fecha 15 de octubre de 2013, señala que: «La inscripción judicial de la partida de nacimiento es suficiente para acreditar el vínculo de consanguinidad y así poder ejercer los derechos sucesorios que, como heredera forzosa, corresponden a los hijos. IV. [...] 4. [...] [La] partida de nacimiento de la demandante fue inscrita por mandato judicial, luego de tramitado un proceso de inscripción extemporánea de partida de nacimiento seguido por el causante [...], quien, de manera voluntaria recurrió ante el órgano jurisdiccional solicitando la inscripción de la partida de la demandante como su hija. [El] inicio de dicho proceso judicial implica una manifestación de voluntad respecto al vínculo de filiación existente entre el causante y la demandante, por lo que, la falta de un acto formal de reconocimiento no es óbice para pretender se desconozca el vínculo de consanguinidad. A esto se debe agregar que si bien es cierto la inscripción inicial de la recurrente contenía diversos errores materiales, pues se le consigna como "varón" [...] y como "hija ilegítima" [...], lo cierto es que todos aquellos errores han sido debidamente rectificados según se consigna en las anotaciones marginales de dicha partida [...]. [Que], luego de las rectificaciones pertinentes, la partida de nacimiento de la actora señala expresamente que los padres de la demandante son los causantes, máxime si fue su propio padre quien solicitó la inscripción de la partida. [...].»(679)

Antes de concluir, debemos señalar que se discute en doctrina(680) el hecho de que, si el testamento en el que el padre reconociese al hijo extramatrimonial llegara (en vida del testador) a manos de este último o de su madre, cualquiera de ellos podría hacerlo valer como reconocimiento. Disentimos de este parecer. Ello, en la medida en que el testamento es un acto de última voluntad, que está

(678) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 104.

(679) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 472.

(680) Louis Josserand, citado por Cornejo Chávez, señala que: «es preciso borrar la regla de la irrevocabilidad cuando el reconocimiento se hace en testamento, acto esencialmente revocable; la revocación del continente lleva consigo la del contenido, es decir del reconocimiento. Es imposible distinguir, como ha querido hacerse, entre el testamento mismo y las cláusulas que en él figuran, o entonces sería preciso decidir, lo que nadie admite, que el reconocimiento por testamento produce efectos inmediatos, durante la vida del testador. Si el reconocimiento no puede ser ejecutado inmediatamente por estar hecho en un testamento, es que participa de la naturaleza de éste, que es un simple proyecto, siempre revocable.»
Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 104.

pensado para surtir efectos a la muerte del testador. No olvidemos que el testamento es, por esencia, un acto revocable, de manera tal que alguien pudo haber reconocido a un hijo por error y, una vez descubierto el error, proceda a revocar ese testamento en lo relativo al reconocimiento del hijo extramatrimonial.

Entonces, es evidente que el texto revocado no podría ser opuesto en vida al testador, incluso ni siquiera en el caso en que no hubiere revocado esa disposición testamentaria. En buena cuenta, aquí no valdría esa disposición en el sentido de que el reconocimiento es irrevocable (artículo 395). Y ello, no sólo por lo expuesto cuando analizamos esta norma, sino también por la naturaleza revocable del acto testamentario y, por tanto, del reconocimiento realizado a través suyo.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(681) considerábamos pertinente efectuar determinadas precisiones, agregando un segundo párrafo al artículo 390, el mismo que dijera: «El reconocimiento testamentario es revocable. Contra él y el reconocimiento por acto entre vivos, cabe pacto en contrario». Ello, pues siempre cabe la posibilidad de que quien reconozca lo haya hecho por error, caso en el cual dicha persona podría demostrar judicialmente que no es el padre de aquél a quien reconoció.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(681) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 428.

Reconocimiento en el registro del nacimiento

Artículo 391.- El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.

De acuerdo con el artículo 391 del Código Civil, se otorga una oportunidad al progenitor que no reconoció al hijo extramatrimonial al momento de inscribir el nacimiento, para que lo haga en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente. Esto disminuye notablemente los costos del reconocimiento posterior, si los comparamos con la escritura pública a la que tendría que recurrir el padre que reconoce a ese hijo.

Varsi, citando a Zannoni, precisa que: «Sobre este punto debe tenerse presente que si el reconocimiento no se realiza a través de alguna de estas formas indicadas por la ley queda sometido a la probanza respectiva (*ad probationem*) no hay sanción de nulidad (...). De allí que, como acto jurídico familiar, con sus correspondientes características, debe distinguirse entre aquel reconocimiento constitutivo de emplazamiento (que otorga un título de estado: partida de nacimiento inscrita en el Registro en el estado civil) de aquel presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (que solo es un medio de prueba que permite requerir al funcionario del Registro de estado civil o, judicialmente en su caso, la constitución de un título de estado: escritura pública y testamento).»[(682)]

Resulta pertinente citar las expresiones de Benjamín Aguilar, en el sentido de que: «[...] no hay otra forma de reconocer, sin embargo incluimos como ya lo hemos anotado, una modalidad del reconocimiento que trae la Ley N° 28439 al modificar el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes; en efecto, tratándose de los extramatrimoniales puramente alimentistas que han demandado alimentos al presunto padre, llegada la etapa de la audiencia, si en la citada diligencia el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo, y para este efecto remitirá a la municipalidad.»[(683)]

(682) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 785.

(683) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 158.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, mediante Casación n.º 1697-2009-La Libertad, de fecha 10 de octubre de 2009, respecto a la declaratoria de herederos realizada en forma posterior al reconocimiento, se ha señalado que: «Para que proceda la declaratoria de herederos y la petición de herencia el acta de nacimiento debe contener el reconocimiento del causante o la declaración de este en forma posterior ante el funcionario respectivo; en el presente caso, dicha acta contiene, en la parte del declarante, la firma de alguien que no es el causante. *Octavo.* [...] En virtud [del artículo 391 del Código Civil], tenemos que este regula dos conductos para el reconocimiento de un nacimiento, esto es, al momento de inscribir el nacimiento o mediante declaración posterior ante el funcionario correspondiente. La interpretación de esta norma es clara, no requiere de más métodos interpretativos de la ley para averiguar lo que el legislador quiso decir. Por tanto, para que proceda la presente pretensión, el demandante [...] debe presentar un acta de nacimiento con las formalidades antes requeridas, esto es, con el respectivo reconocimiento del causante o en todo caso con la declaración de este en forma posterior ante el funcionario respectivo. *Noveno.* Sin embargo, examinada el acta de nacimiento [presentado en un proceso de declaratoria de herederos y petición de herencia], se advierte que [...] dicha acta de nacimiento contiene en la parte del declarante, la firma [de alguien que] no es el causante del actor [...].»(684)

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado mediante sentencia recaída en el Expediente n.º 04296-2009-PA/TC [sobre la demanda de amparo interpuesta por María Elena Zimmermann Mujica], de fecha 27 de abril de 2010, lo siguiente: «Reconocimiento de paternidad o maternidad no puede cuestionarse en la vía de amparo sino en vía ordinaria. 15. En todo caso, si lo que la recurrente cuestiona es [El] reconocimiento [de paternidad], puede recurrir a la vía ordinaria a fin de obtener un pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales competentes, mas lo que no puede es pretender que mediante el proceso de amparo el Tribunal Constitucional deje de reconocer un derecho que legítimamente le corresponde al padre de la menor –independientemente de que este cumpla o no con sus obligaciones [...]– y el propio derecho al nombre que le corresponde a la entonces menor T.M.Z.M. –en su dimensión de conservar el apellido de sus padres–, más aún si este realizó el acto de reconocimiento de filiación ante autoridad competente, en su debida oportunidad y, sobre todo, por propia voluntad y en presencia de la demandante.»(685)

(684) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 473.
(685) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reconocimiento por uno de los progenitores

Artículo 392.- Derogado

El texto original de 1984 era el siguiente:

Artículo 392.- *Cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta. Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido.*

El artículo fue derogado por el artículo 4 de la Ley n.° 28720, publicada el 25 de abril de 2006.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capacidad para reconocer

Artículo 393.-Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el Artículo 389 y que tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial.

El texto de la norma en vigencia no es de 1984. El precepto original era el siguiente:

***Artículo 393**.- Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el artículo 389 y que tenga por lo menos dieciséis años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial.*

El artículo fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 27201, publicada el 14 de noviembre de 1999, cuyo texto es el consignado al principio del tema.

Sobre el artículo 393, sólo queremos decir que, tanto el texto original del artículo 389 como aquel en actual vigencia no se encargan de regular casos en los que una persona no puede efectuar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sino más bien sobre cómo se puede reconocer en determinados supuestos contemplados por la ley. Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el citado artículo.

Finalmente, precisamos, como sostiene Cornejo Chávez, que: «Por lo general, la doctrina muestra acuerdo en cuanto a que la capacidad para reconocer no se rige por las reglas de la capacidad general, pues el único requisito exigible para gozar de aquella es poseer un grado de discernimiento que permita darse cuenta de lo que se hace y la capacidad generadora. De aquí que el menor adulto, la mujer casada –en las leyes que la reputan incapaz– y hasta el enfermo mental no interdicto durante un intervalo lúcido puedan, según un respetable sector de la doctrina, reconocer al hijo extramatrimonial.»[686]

(686) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 90.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reconocimiento de hijo fallecido

Artículo 394.- Puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes.

La lógica del artículo 394 se fundamenta en que el reconocimiento no solamente tiene por objeto asumir que uno es padre de una determinada persona, en calidad de hijo extramatrimonial. Decimos esto, en la medida en que, cuando uno reconoce a un hijo, implícitamente, también está reconociendo como nietos a los hijos de ese hijo.

Es en tal virtud que el artículo 394 establece que puede reconocerse a un hijo que ha muerto dejando descendientes. Además, no olvidemos que el reconocimiento es un acto jurídico de naturaleza unilateral, no requiriéndose, para que el mismo surta efectos, del asentimiento de aquél que es reconocido.

No obstante, sí cabría plantear como tema de debate, el relativo a la posibilidad de que el hijo reconocido se niegue a serlo y plantee una acción judicial para que se deje sin efecto el reconocimiento que se hubiere hecho sobre él, en la medida en que alega y prueba, que aquel que lo reconoce no es su padre.

Pensamos que una situación de esta naturaleza, aunque verdaderamente exótica, sí sería pasible de ocurrir; y, si ocurriese, es obvio que el hijo debería tener el amparo legal para deshacerse de una filiación que no corresponde a la realidad.

Para Arias-Schreiber: «[...] El objetivo de la norma no es otro que impedir reconocimientos movidos por intereses egoístas. En otras palabras, se busca evitar que una persona reconozca al fallecido, pretendiendo de ese modo heredarlo en su calidad de ascendiente. De allí que la ley exija la existencia de descendientes que, al concurrir a la herencia con el padre o madre, lo excluirán, en aplicación de los artículos 817 y 820 del Código Civil. El reconocimiento así practicado no beneficiará en nada al progenitor.»(687)

Asimismo, Varsi sostiene que: «La idea es que el reconocimiento favorezca a alguien, en este caso beneficie a los herederos del difunto reconocido,

(687) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 107.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

además cierra la puerta al reconociente (*sic*) para que herede, evitando los reconocimientos interesados y falsas expectativas patrimoniales.»[688]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[689] considerábamos que debería permitirse el reconocimiento de un hijo que haya muerto, incluso en caso no hubiera dejado descendientes, pues a veces existen razones de índole moral más poderosas que aquellas de orden patrimonial que pueden llevar a que se efectúe un reconocimiento de esta naturaleza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(688) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación. Op. cit.*, tomo IV, p. 248.

(689) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 429.

Irrevocabilidad del reconocimiento

Artículo 395.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

Cuando el Código Civil, en el artículo 395, establece que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no admite modalidad, se refiere a que el acto de reconocimiento no puede estar sujeto ni a plazo, ni a condición, ni a cargo o modo, que son las modalidades de los actos jurídicos. El reconocimiento deberá ser un acto puro y simple. Esto significa que no sólo se debe estar seguro del futuro acto de reconocimiento que se desea realizar, sino que sus efectos se empezarán a producir, en todos los órdenes de la vida, acto seguido de producido ese reconocimiento.

La única excepción a esto último estará configurada por el reconocimiento que se haga por testamento, situación a la cual serán aplicables las consideraciones a que hicimos referencia en su momento. Pero nótese que los efectos se producirán después de la muerte de aquel que realiza el acto de reconocimiento, no porque así lo haya establecido en el testamento, sino que éste es un efecto propio de los actos de tal naturaleza.

En lo que respecta a la irrevocabilidad del reconocimiento, ella debe entenderse en su sentido literal. Él es irrevocable, no se puede dar marcha atrás cuando ya se ha reconocido a una persona, lo que no quita que el reconocimiento pudiera estar viciado de nulidad o de anulabilidad y el interesado en que se declare nulo, en cualquiera de los casos podrá iniciar un proceso judicial con tal propósito. Por eso, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(690) considerábamos que podría señalarse en este artículo que el reconocimiento testamentario podría ser revocable, pero en realidad la revocación del reconocimiento también podría ser pertinente para el practicado por acto *inter vivos*.

En ese orden de ideas, Cornejo Chávez precisa que: «No se trataría de una revocación, pues no se da eficacia a la simple declaración unilateral del reconociente, sino que se le exige que produzca prueba acerca de la alegada falsedad de la relación paterno-filial; por lo que piensan algunos que no existe razón

(690) *Loc. cit.*

EXCLUSIVO PARA CASTILLO LAVRE

para prohibir al reconociente que destruya la falsedad, mientras que otros opinan que la irrevocabilidad del acto impide a quien lo practicó impugnarlo.»[691]

Sambrizzi, citando a Basset, sostiene que: «El reconocimiento constituye un acto irrevocable (...), por cuanto nadie puede ir contra sus propios actos, siendo además la irrevocabilidad una consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia. Esto no implica que el acto de reconocimiento no pueda ser impugnado por el propio reconociente por nulidad, de acuerdo a las disposiciones legales aplicables a los actos jurídicos.»

Sobre el artículo materia de análisis, la Casación n.º 5869-2007-Moquegua, de fecha 15 de abril de 2008 estableció lo siguiente: «Irrevocabilidad del reconocimiento. *Tercero.* [...] [El] reconocimiento es el acto jurídico familiar filial destinado a determinar por medio de la voluntad el vínculo entre padre e hijo; es un acto de estado familiar declarativo de paternidad, típico y nominado, que cuenta con sus propias características. *Cuarto.* [El] artículo 395 del Código Civil, denunciado por la impugnante, determina como sus características que el reconocimiento es un acto jurídico especial, puro e irrevocable. *Quinto.* [El] reconocimiento no admite limitaciones accesorias de la voluntad (condición, plazo o modo) que hagan depender de ellas su alcance, pues ello pondría en peligro la estabilidad y seguridad de la filiación. *Sexto.* [El] ser hijo no depende de hechos futuros, ciertos o inciertos; ser hijo es una situación plena y absoluta. *Sétimo.* [Lo] anteriormente señalado implica, que una vez declarado no es posible que su autor vaya contra sus propios actos y renuncie a todas las consecuencias jurídicas que deriven de su propia actuación.»[692]

Asimismo, sobre los supuestos de irrevocabilidad, la Casación n.º 4611-2006-Piura, de fecha 23 de enero de 2007 establece que: «La irrevocabilidad estaría reservada en los casos en que el verdadero padre pensase negar su nombre al menor, mas no en los casos en que aquel no resulte ser el padre biológico del niño. *Cuarto.* el artículo 399 del Código Civil señala que el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395 del mismo Código, no prohíbe al reconociente la posibilidad de que pueda impugnar su propio reconocimiento, ya que si este es válido asume el carácter de irrevocable; consecuentemente, la norma en comento no le impide para que pueda accionar por

(691) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 90.
(692) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 474 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 323.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

invalidez del reconocimiento, pues, en términos generales, el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera se hace efectiva mediante la aplicación de los principios generales relativos a la invalidez del acto jurídico, y la segunda, se basa en que el reconocimiento realizado puede no ser acorde con la realidad del vínculo biológico. [...] *Sexto.* [...] precisar que si el artículo 395 del Código Civil prevé que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, y tal como han constatado las instancias de mérito en sus respectivas sentencias; con el acta de nacimiento [...], que el reconocimiento de la menor [...] lo ha practicado el propio demandante, como también lo expone en su escrito de demanda [...]; por consiguiente, la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad e indemnización por enriquecimiento indebido devienen en improcedente (*sic*).»[693]

Así también, mediante Casación n.º 4307-2007-Loreto, de fecha 24 de julio de 2008, se determinó que la «Irrevocabilidad no impide demandar la nulidad del reconocimiento. *Séptimo.* [Está acreditado] que el menor no es hijo del demandante y su reconocimiento como hijo es imposible, por lo que hace de aplicación el artículo 219 inciso 3 del Código Civil [...]. *Octavo.* La revocación es un acto unilateral que busca dejar sin efecto uno anterior, puntualmente el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, que es el supuesto previsto en el artículo 395 del Código Civil, caso distinto al de nulidad del reconocimiento como acto jurídico por alguna de las causales señaladas en el artículo 219 del mismo cuerpo de leyes [...]. *Noveno.* [...] [Las] pruebas de identidad genética, particularmente la denominada del ADN, [...] ha modificado fundamentalmente el concepto jurídico de la investigación y reconocimiento de la paternidad lo que inclusive ha afectado la presunción "pater is ...", sustento del artículo 361 del acotado, pues esta prueba, por su rigor científico y alto grado de certeza, permite establecer la relación de paternidad, dejando ya sin vigencia el antiguo aforismo "Mater certus, pater samper incertus", y hoy en día, el padre puede tener certeza absoluta sobre su progenie. Décimo. [Se] concluye que el artículo 219 inciso 3 es pertinente al juicio de hecho establecido en la instancia, esto es, que el reconocimiento de filiación practicado por el demandante adolece de nulidad por tener un objeto imposible, y es infundado el cargo de aplicación indebida.»[694]

(693) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 475.

(694) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 476 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 321.

ESTUDIO MARCIAL PONS

Finalmente, cabe señalar que en tiempos contemporáneos no resulta extraño que un padre reconozca a un niño producto del engaño de la madre. Al respecto se ha pronunciado la Casación n.º 864-2014-Ica, de fecha 1 de septiembre de 2014, en los siguientes términos: «Si el acto de reconocimiento se encontrare viciado por dolo proveniente del engaño de la madre del menor puede ser revocado. El derecho a la identidad es el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres. Prueba de ADN.»(695)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(695) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 476.

Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

Artículo 396.- El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor.

Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Esta norma no es de 1984. El precepto original era el siguiente:

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

El precepto fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1377, publicado el 24 de agosto de 2018, cuyo texto hemos consignado al comienzo de este acápite.

El supuesto contemplado en el artículo 396 original de 1984 sólo permitía que el hijo de una mujer casada fuese reconocido (obviamente como hijo extramatrimonial) por un tercero, después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Este caso ha pasado a convertirse en la norma en vigencia en el supuesto de su segundo párrafo. Sobre este particular, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(696) señalamos que el precepto podría ser derogado, pues podría darse el caso en que el esposo y supuesto padre nunca impugne la paternidad del hijo, consciente o inconsciente de que no es en realidad suyo; pero un tercero, que tiene la certeza de que es padre de ese hijo, podría efectuar tal reconocimiento.

Sobre el texto original de la norma, Arias-Schreiber comentaba que: «Este precepto busca proteger a la institución familiar, de manera que la presunción de paternidad del marido no pueda ser atacada por un tercero. La norma

(696) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 429 - 430.

concuerda con el artículo 376 del Código Civil, que prohíbe contestar la filiación matrimonial de quien tenga a su favor las partidas de nacimiento y matrimonio, y la posesión constante de estado.»(697)

El primer párrafo del artículo actual contempla ahora otro supuesto, y es cuando la madre haya declarado expresamente que el hijo no es de su marido. Agrega el precepto que este reconocimiento se podrá hacer durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada sólo por la madre, cuando ésta haya declarado quién es el progenitor.

Se entiende la lógica de la norma, en el sentido de que si la madre hubiese declarado de manera expresa que el hijo no es de su marido, estaría abriendo la puerta para el reconocimiento del niño por parte de un tercero.

No obstante, creemos necesario puntualizar que el marido perjudicado en esta historia no sólo podrá demandar a la madre, al tercero y a su hijo para que se hagan las pruebas de ADN respectivas y se demuestre fehacientemente su condición de padre. Decimos que deberá demandar a los tres, porque la sentencia deberá surtir efectos para todos ellos.

Por otra parte, gane o pierda el marido el proceso en cuestión, queda claro que tendrá abierto el camino para el divorcio por adulterio, pues su mujer habrá admitido, en público, que un hijo suyo era de un tercero.

Y no sólo eso, sino que también tendrá derecho a demandar a su esposa y a ese tercero, por los daños y perjuicios que le hubieren causado con todo esto.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta que: «En Perú, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre, por la madre con la única excepción del hijo de mujer casada, mientras no haya impugnación victoriosa del marido tal como lo manda el artículo 396 del Código Civil, y ello en atención a la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* (padre es quien las nupcias demuestran). Norma que como ya ha sido comentada, viene siendo inaplicada en aras del derecho a la identidad.»(698)

Para Plácido: «Esta restricción se resume en lo siguiente: solo el marido puede ser juez de su propia paternidad. Desde este punto de vista, es el marido –él y solo él– quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su

(697) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 108.
(698) Aguilar Llanos, Benjamín. *Matrimonio y filiación. Aspectos patrimoniales. Op. cit.*, p. 158.

esposa y podría, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo; con lo cual, se descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas como, por ejemplo, el propio hijo.»[699]

Sobre el artículo bajo análisis, observamos la Casación n.º 2726-2012-de El Santa, de fecha 17 de julio de 2013, la misma que señala lo siguiente: «Padre biológico (pero no legal) puede solicitar el reconocimiento de su hijo(a) concebido con una mujer casada. Inaplicación de lo previsto en los artículos 396 y 404 CC. Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la presunción de paternidad. *Décimo cuarto.* Que, en tal sentido, se verifica que la menor [...] y el demandante N.H.R.M. [padre biológico], vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, [...] [quien] manifiesta que desde abril de 2003, se encuentra conviviendo con N.H.R.M. en compañía de la menor [...], versión que no ha sido desvirtuada por el demandado [padre legal o esposo de la madre], asimismo obra [...] el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor [...] (*sic*), en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal. Por los fundamentos expuestos, declararon: fundado el recurso de casación interpuesto por N.H.R.M. [que, entre otras pretensiones, solicita se declare la paternidad de la menor a favor del recurrente en calidad de padre biológico].»[700]

Asimismo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, estableció mediante respuesta a la Consulta n.º 370-2005-Chimbote, de fecha 8 de abril de 2005, lo siguiente: «Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada: la acción sólo resulta procedente cuando

(699) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 807.
(700) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 478.

el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Prueba de ADN. *Sétimo.* [...] [Tratándose] del reconocimiento del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada, la acción sólo resulta procedente cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable [...]. *Octavo.* [Si] bien no aparece de los presentes actuados que el codemandado [...] haya iniciado la acción contestatoria (*sic*) de paternidad y que hubiera obtenido sentencia favorable, sin embargo, se ha sometido a la prueba de ADN con el objeto de llegar a la verdad de los hechos, habiéndose establecido que no es el padre biológico de la menor habida dentro del matrimonio con su cónyuge la codemandada, sino que resulta ser el actor [el padre biológico]. *Noveno.* [En] mérito del principio del interés superior niño [...] el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños y es sólo a través de los órganos jurisdiccionales establecidos encargados de administrar justicia en el Estado de Derecho es (*sic*) que se puede llegar a resolver la litis en virtud a las pruebas aportadas por las partes y a las que el juzgador estime conveniente para dilucidar la controversia, lo que ya ha sido definido mediante la resolución consultada. [...] *Decimoprimero.* Que, siendo ello así, al haberse establecido la verdadera filiación de la menor con las pruebas actuadas en el proceso: aprobaron la sentencia [...], su fecha 29 de noviembre del 2004 en el extremo de la consulta.»[701]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(701) *Loc. cit.*

Asentimiento para que el hijo extramatrimonial viva en el hogar conyugal

Artículo 397.- El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro.

Grave problema el tratado por el artículo 397 del Código Civil. Los hijos extramatrimoniales siempre ocasionan problemas con la familia formal y, en muchos casos, son repudiados por la esposa y por sus medio hermanos. Esta situación, aunque muy lamentable, es también muy humana, fruto de las pasiones que despierta en la familia la existencia de estos otros hijos y, de seguro, de otra mujer.

Lo normal, si estos niños tienen a su madre, es que vivan con ella. El problema se presentaría en caso la madre hubiera muerto o, por cualquier causa, no pudiera tenerlos consigo. En situaciones como éstas, al padre no le quedará otra salida que llevarlos a su casa, es decir, a la casa donde vive con su esposa y con sus hijos. En casos de esta naturaleza, obviamente él no podrá imponer su presencia permanente en la casa de su familia. Para tales efectos requerirá del asentimiento de su esposa. E, incluso en casos en que existe el asentimiento de la esposa, son frecuentes los supuestos de abuso con los hijos extramatrimoniales, sobre todo si se trata de hijos pequeños.

En esa línea, Arias-Schreiber señala que: «Nos encontramos nuevamente frente a una norma que busca salvaguardar la paz familiar, de manera que no pueda imponerse a un cónyuge la cohabitación con el hijo del otro, sin su asentimiento. El precepto se inspira en el numeral 360 del Código Civil derogado.»[702]

Por su parte, Cornejo Chávez precisa que: «Esta disposición tiene por objeto impedir que el padre reconociente pretenda imponer a su cónyuge la presencia de una persona extraña a éste, so pretexto de ejercitar la facultad a que se refiere el inciso 5 del artículo 423, poniendo en riesgo la armonía doméstica.»[703]

El profesor Enrique Varsi disiente del sentido de la norma, al señalar que «Sin duda la norma bajo comentario vulnera el derecho subjetivo familiar del

(702) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 109.
(703) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 60.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

padre que teniendo un hijo extramatrimonial no pueda convivenciar con él, criarlo a su lado. Es de tenerse presente que la mujer casada puede perfectamente reconocer al hijo que tuvo antes de su matrimonio (así lo indican expresamente algunos códigos, como es el Código de Familia boliviano, artículo 198) por lo que la norma es aplicable a ambos progenitores casados que reconocieron a su hijo extramatrimonial.»(704)

Nosotros creemos en la bondad del precepto bajo comentario, en la medida en que el mismo es fruto del conocimiento de la realidad que puede ocasionar el incorporar al hogar conyugal a un hijo extramatrimonial de alguno de los cónyuges. El tema no es pacífico y, esa inclusión, precisamente, puede terminar destruyendo el matrimonio.

Por lo demás, en la inmensa mayoría de casos estos hijos extramatrimoniales serán una especie de «vicio oculto» con relación al otro cónyuge, a quien la ley no puede, ni debe, imponer acoger en el hogar común a hijos que no son suyos.

Esto no obsta que el padre o madre de esos hijos le tenga que brindar toda la asistencia requerida y permanente cuidado personal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(704) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 812.

Efectos del reconocimiento del hijo mayor de edad

Artículo 398.- El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso de que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

El contenido de esta norma es de toda justicia. Como sabemos, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial podrá ser efectuado en cualquier momento después de su nacimiento. No hay un límite temporal al respecto. En ese sentido, podríamos encontrarnos en un caso en el cual el padre, a sus setenta años, reconozca a su hijo, cuando éste tenga cuarenta años y sea un hombre económica y profesionalmente exitoso.

Lo que quiere evitar el artículo 398 es que el móvil del reconocimiento sea el interés patrimonial sobre el hijo, lo que se traduce en los derechos sucesorios y en el derecho alimenticio. En estos casos de reconocimientos postreros, tardíos, la ley quita estos derechos al padre que efectúa tal reconocimiento. Hay que decir que el reconocimiento podría estar motivado por los sentimientos más nobles, pero el hecho de que el padre se haya demorado tanto en efectuar ese reconocimiento es sancionado por la ley, por temor a que el mismo esté motivado por fines u objetivos protervos.

No obstante, existen dos excepciones que estimamos absolutamente lógicas y coherentes. Las mismas consisten en que el padre que efectúa el reconocimiento no perderá los derechos sucesorios y de alimentos sobre el hijo, si es que el hijo tuviere respecto del padre la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la posesión constante de estado no es otra cosa que el comportarse, en este caso, como padre e hijo. Si esa fuera la situación, entonces el padre no será un advenedizo, un ventajista que quiera sacar provecho económico de un reconocimiento tardío.

En esa línea, Varsi precisa que: «La posesión de estado –reconocida en la doctrina y jurisprudencia francesa como la prueba de carne y hueso (*test de chair et de sang*)– implica para estos efectos una aceptación tácita (*facta*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

concludentia) del reconocimiento de allí que dicho acto jurídico familiar de estado filial genere todos sus efectos.»[705]

Adicionalmente, Arias-Schreiber comenta que: «El sentido del precepto es obvio: evitar reconocimientos interesados, en los cuales el presunto padre o madre pueda actuar movido por un interés patrimonial, cual sería el heredar al hijo o exigirle alimentos.»[706]

Debemos señalar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[707] expresamos que el reconocimiento no debería limitarse al hijo mayor de edad. De esta forma, como dice el profesor Lohmann[708], esta norma guardaría concordancia con el artículo 412 y se evitaría reconocimientos tardíos e interesados. Por ello, podría ponerse una edad tope, como sería el caso de ocho o diez años del menor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(705) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación. Op. cit.*, tomo IV, p. 246.

(706) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 109.

(707) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 430.

(708) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, tomo II, p. 490.

Impugnación del reconocimiento

Artículo 399.- El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.

Como hemos señalado en ocasión anterior, el reconocimiento del hijo extramatrimonial es un acto unilateral, tal como ocurre con el reconocimiento de las obligaciones, en donde para reconocer la existencia de una relación jurídica, bastará con la manifestación de voluntad del deudor.

Es obvio que un deudor podría reconocer una obligación inexistente; y, en tal caso, un acreedor honesto, debería impugnar tal reconocimiento, por lo pronto, no aceptando la declaración de voluntad del supuesto deudor. En Derecho de Obligaciones, nadie podría imponer a un acreedor el reconocimiento de una obligación realizado por un supuesto deudor.

Lo propio ocurre en Derecho de Familia. Aquí, el supuesto padre podría estar haciendo un reconocimiento de la paternidad sobre una persona que, en realidad, no es su hijo. En este caso, todos aquellos que tuvieren legítimo interés podrán negar ese reconocimiento y accionar para tal efecto. El artículo 399 comienza señalando al padre o la madre que no interviene o que no realiza ese reconocimiento. Luego menciona a los descendientes de cualquiera de ellos, si el padre o la madre que no realiza el reconocimiento hubiera muerto. Y, en tercer lugar, estará cualquier persona que tenga legítimo interés. Se hace la salvedad del artículo 395, precepto que ya hemos comentado y que señala que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable. Entendemos que la mención a esta norma es impertinente, pues la impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial nada tiene que ver con la calidad irrevocable del mismo. Se trata de dos conceptos distintos.

Pero, más allá de las personas que se hallan legitimadas por el artículo 399 para impugnar el reconocimiento, entendemos que el primero de ellos es el hijo reconocido, si es que está seguro de que aquella persona que lo está reconociendo no es su progenitor.

Sobre el artículo materia de análisis, Cornejo Chávez precisa que: «La ley peruana no determina, concretamente, las causales en que puede fundarse

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la impugnación, pero sobrentiende todas las que acaba de citar y las somete, en cuanto a la nulidad y la anulabilidad, a las reglas del Título IX del Libro II. Se comprende que estas reglas experimentan las modificaciones sugeridas al estudiar la capacidad para reconocer; y deberá tenerse en cuenta, además, que nuestra ley permite el reconocimiento de toda clase de hijos, incluso de los adulterinos e incestuosos, de modo que no cabe entre nosotros la acción impugnatoria por este concepto.»(709)

Al respecto, el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y de Familia, realizado por la Corte Superior de Justicia de Tumbes, de fecha 10 de junio de 2009, ha señalado lo siguiente: «Impugnación de paternidad. ¿Quién reconoció un hijo extramatrimonial, puede iniciar después una acción de impugnación de paternidad? El Pleno acordó por mayoría: "Sí procede la impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial mediante la acción de anulabilidad de acto jurídico".»(710)

Resulta interesante traer a colación el pronunciamiento contenido en la Casación n.° 5003-2007-Lima, de fecha 6 de mayo de 2008, en la que se establece lo siguiente: «Impugnación de reconocimiento de maternidad porque este no coincide con la realidad biológica. TERA: ovodonación. Inseminación artificial. Fecundación in vitro. Representación de menor de edad. Prueba de ADN. *Séptimo.* [El] menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, O.F.Q.O., es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, [...] del que se colige que el padre de ambos menores es C.O.Q.C., por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica (*sic*), existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. *Octavo.* Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor A.B.A.D., en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. *Noveno.* Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que

(709) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 125.
(710) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 482.

proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca de sus intereses.»(711)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(711) *Ibidem*, pp. 482-483.

Plazo para negar el reconocimiento

Artículo 400.- El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.

El artículo 400 se encarga de regular el plazo para negar el reconocimiento, el mismo que es de caducidad, al ser bastante breve, de noventa días. Si bien la norma no lo dice, en Derecho la doctrina coincide en que, en caso de duda, los plazos así de breves deben ser considerados como de caducidad y no de prescripción.

Así también lo entiende Cornejo Chávez, quien señala que: «En todo caso, el plazo es de caducidad y no de prescripción, por lo que no admite interrupción ni suspensión.»(712)

El referido plazo se empezará a computar a partir del momento en que se haya tenido conocimiento del acto de reconocimiento. Ello implica que el término inicial de ese plazo no empezará a computarse para todos los eventuales legitimados por igual; se empezará a computar para cada uno de ellos en función del momento en que esa persona haya tomado conocimiento del reconocimiento producido.

En esa línea, Peralta Andía señala que: «En el ámbito familiar es conocido que los plazos se fijan en función de los derechos de los hijos. Así, cuando las acciones tienden a favorecer al hijo, los plazos son latos y, en caso contrario, resultan siendo muy breves.»(713)

En materia jurisprudencial, advertimos que los derechos contenidos en estos artículos colisionan muchas veces con el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. En atención a ello, la jurisprudencia ha desarrollado supuestos en los cuales este plazo de noventa días es inaplicable, como el que desarrolla la Casación n.º 4481-2010-La Libertad, de fecha 6 de abril de 2011, en los siguientes términos: «Se debe inaplicar el plazo de noventa días para impugnar el reconocimiento toda vez que lo que se busca es preservar la identidad del menor. Sexto. la resolución recurrida se advierte que en autos se ha establecido

(712) *Ibidem*, 127.
(713) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 273.

que el demandante A.A.R.T. no es el padre biológico del menor L.A.R.V, conforme se acredita con la prueba de ADN [...].- La Sala Superior ha sustentado su decisión en el derecho a la identidad regulado por el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, así como el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño en virtud a los cuales todo niño tiene derecho a conocer a sus padres y a que se preserve su identidad. En tal sentido, el órgano revisor ha señalado en el octavo considerando de la recurrida que: "encontrándose en discusión la filiación biológica de un menor de edad, resulta imperioso establecer su verdadera filiación (...) a fin que este pueda gozar de los derechos y garantías que le otorga la Legislación Supranacional y Nacional, entre ellos, el derecho a su identidad. (...) de ahí, que se considera, que la aplicación del artículo 400 del Código Civil afecta los derechos sustanciales del menor como es el derecho de filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico". Asimismo, ha precisado en el considerando décimo: "(...) teniendo en cuenta la jerarquía de la norma constitucional así como de los instrumentos internacionales mencionados en los considerandos precedentes, se debe preferir las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus verdaderos progenitores y dejar de aplicar la norma de carácter civil que se opone a esa finalidad".»[714]

En esa línea, la Corte Superior de Justicia de Lima, a través del pronunciamiento contenido en el Expediente n.° 860-2002, de fecha 6 de agosto de 2002, se refiere a la colisión del derecho contenido en este artículo con otros derechos del menor: «No se aplica el citado plazo de forma que el verdadero padre pueda impugnar la aparente paternidad, esto en defensa del derecho a la filiación del menor. *Décimo Primero.* [No] resulta de aplicación el plazo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil, por cuanto una interpretación extensiva del mismo, que incorpore este supuesto, importaría la afectación de derechos sustanciales del menor [...], como es el derecho a la filiación, el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia, y gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad. [...].»[715]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[716] considerábamos que un tema de tanta trascendencia no debería tener un plazo de caducidad tan corto como en

(714) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 485.
(715) *Ibidem*, pp. 486-487.
(716) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 430-431.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la actualidad. Además, proponíamos un plazo de prescripción doble, que tenga como máximo lo que dure la vida del hijo reconocido: «El plazo para negar el reconocimiento es de un año, a partir del día en que se toma conocimiento del acto, o, en todo caso, hasta que muera el hijo reconocido».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

NEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO AL CESAR LA INCAPACIDAD

Artículo 401.- El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.

El artículo 401 se refiere al plazo que tiene el menor reconocido como hijo extramatrimonial para intentar judicialmente la negación del reconocimiento.

Empezaremos por decir que el plazo no corre en su contra mientras sea menor de edad. El mismo sólo se empezará a computar a partir del momento en que cumpla los dieciocho años (la mayoridad).

Para estos efectos, el legislador no ha seguido la pauta del artículo precedente, en el sentido de que sólo tendrá noventa días, contados desde que cumpla los dieciocho años. Para el caso concreto, se le otorga el plazo de un año, contado desde el momento en que adquirió la mayoría de edad. No se ha considerado conveniente colocar el plazo de noventa días por el hecho de que se tratará de un tema que merezca adecuado conocimiento y reflexión por parte de ese menor.

Lo mismo se aplicará para el caso en que el hijo reconocido fuere incapaz o tuviere la capacidad de ejercicio restringida, conforme a los artículos 43 y 44 del Código Civil, caso en el cual también tendrá hasta un año después de que recupere la plena capacidad, para impugnar o negar el reconocimiento que se hubiere hecho respecto a él.

Pero nótese que el artículo 401 no deja de lado el plazo del artículo 400, de noventa días; lo que hace es señalar un plazo doble, al decir «en todo caso», lo que equivale a que esa persona tendrá ambos plazos, pero nunca más de un año de haber cumplido la mayoría de edad. No obstante, este artículo plantea un problema y es que puede ocurrir que el plazo de un año venza antes de que esa persona haya tomado conocimiento del reconocimiento efectuado sobre él. Y, como resulta obvio, en este caso se perjudicaría los legítimos intereses de esa persona.

Para Cornejo Chávez: «Se explica esta ampliación del plazo, porque nadie hay más interesado que el propio hijo en el acto de su reconocimiento, de modo que si es él mismo quien lo impugna, afrontando los perjuicios que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

eventualmente pudiera acarrearle esa impugnación, la ley no puede prohibírselo, pues a nadie se le puede imponer que acepte como padre o madre a quien no lo es.»(717)

Sobre el artículo materia de análisis, la Casación n.° 1303-2013-San Martín, de fecha 7 de mayo de 2015, señala lo siguiente: «Plazo para negar paternidad se computa desde el momento en que el (la) hijo (a) tuvo conocimiento de la identidad de su verdadero padre. [Antecedentes: La señorita S.F.G. interpuso demanda de impugnación de paternidad contra T.F.R. al no ser su padre biológico y por inexistencia de vínculo filial y nexo biológico entre el demandado reconociente y la titular de la partida de nacimiento; asimismo que se reconozca como padre de la demandante a R.R.Q.] *Sétimo.* [La] procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial, sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva. El derecho a la identidad, en efecto, conforme lo ha indicado Carlos Fernández Sessarego constituye: "el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad" presentándose bajo dos aspectos "uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarías) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explaya en el mundo de la intersubjetividad" [Fenández Sessarego Carlos, *Derecho a la identidad personal.* Editorial Astrea, Buenos Aires 1992, pp. 113 y 114]. *Octavo.* Que, siendo ello así, a criterio de este Tribunal Supremo, cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. *Noveno.* Que, es en ese contexto, que el pedido [de excepción de caducidad] del [padre biológico] recurrente no puede admitirse teniendo en cuenta que desde la fecha que la demandante tuvo conocimiento (octubre de 2010) a la fecha de interposición de la demanda (enero de 2011) no ha pasado el año que la normatividad exige para impugnar la paternidad [...]. *Décimo Primero.* Que, es de precisarse que, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales, límites que el juez

(717) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 127.

debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.»[718]

Por otra parte, Varsi comenta que: «De acuerdo al estudio del artículo 400 del Código Civil peruano y tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.»[719]

Finalmente, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[720] planteábamos que el plazo para interponer esta pretensión sea imprescriptible; ello, en razón a los mismos fundamentos de nuestra propuesta sobre el artículo 400.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(718) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 487.
(719) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 826.
(720) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 432.

CAPÍTULO SEGUNDO
DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[721] planteábamos que este Capítulo (como tal, mas no sus artículos) fuera derogado, en razón a nuestro parecer en el sentido de no distinguir la calificación de los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales.

PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.

2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.

4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez

(721) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 431.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

La norma trascrita y en vigencia, responde a varias modificaciones legislativas. El texto original de 1984 era el siguiente:

Artículo 402.- *La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:*

1.- *Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.*

2.- *Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.*

3.- *Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.*

4.- *En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.*

5.- *En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.*

Este artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley n.º 27048, publicada el 6 de enero de 1999, cuyo texto es el siguiente:

Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

Artículo 402.- *La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:*

1.- *Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.*

2.- *Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.*

3.- *Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO TEYRE

4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

El inciso 6) fue modificado por la primera disposición complementaria de la Ley n.º 28457, publicada el 8 de enero de 2005, cuyo texto era el siguiente:

6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Este inciso fue nuevamente modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1377, publicado el 24 de agosto de 2018, cuyo texto es el que está consignado en el artículo que citamos al comenzar el tratamiento de esta norma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de ingresar al estudio del precepto, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[722] pensábamos que se podría variar el texto original. En primer término, suprimíamos la expresión «extramatrimonial», por ser discriminatoria. En segundo lugar, dejábamos en claro que la paternidad debería poder ser judicialmente declarada recurriendo a cualquiera de los medios contemplados en la ley procesal civil. Y, en tercer y último lugar, porque los supuestos de entonces en que se facultaba la declaración de paternidad extramatrimonial pasaban a ser en nuestra propuesta, casos en los que se presume *iuris tantum* la paternidad.

El artículo 402 en su texto vigente se ocupa de aquellos casos en que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada. Se trata de los supuestos en que el hijo, o la madre, en representación de ese hijo, va a interponer una demanda para que el padre, renuente al reconocimiento, sea declarado formalmente como tal.

Lo que hace el artículo 402 es establecer seis supuestos en los que, dados los hechos descritos en ellos, debería entenderse que esa pretensión tendría que ser amparada por los tribunales de justicia. Analizaremos cada uno de esos supuestos en detalle:

a) Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita (inciso 1)

La existencia de un escrito de reconocimiento de la paternidad podría ser un medio probatorio definitivo. No obstante, creemos que resulta necesario señalar que lo dispuesto en este inciso, así como en los demás del artículo 402, bajo comentario, siempre va a admitir prueba en contrario. Decimos esto, en la medida en que el padre demandado, por ejemplo, podría señalar que ese reconocimiento lo hizo por error y ofrecer una prueba de ADN para que se demuestre que no se trata de un hijo suyo.

En esa línea se pronunció el Tercer Pleno Casatorio Civil, de fecha 18 de marzo de 2011: «En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales. IV. Fallo: Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, [...] declara que constituye precedente judicial vinculante las siguientes reglas: 1. En los procesos de

(722) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 432.

LUIS ROMERO CASTILLO FREYRE

familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. [...]»(723)

Por otro lado, Peralta Andía comenta que: «Estos instrumentos pueden ser actuados judiciales, cartas amorosas que dirige el padre a la madre en las que admite haber tenido relaciones sexuales o en las que manifieste su preocupación por el embarazo, las cartas dirigidas por el padre al hijo, etc.»(724) No obstante, es evidente que estaos supuestos no constituirán escrito indubitado de admisión de paternidad.

b) Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia (inciso 2)

La posesión constante de estado resulta muy importante en el Derecho de Familia. Como ya hemos señalado, se trata del comportamiento de las personas como si se tratara de una situación determinada. En el caso concreto, que el hijo se hubiese hallado, en el seno familiar en una situación similar a la de cualquier otro hijo, sea por actos del padre o de la familia de este último. Esta situación también será considerada como un medio probatorio de gran importancia para acreditar la paternidad. Pero, como venimos señalando, no será necesariamente definitivo.

En esa línea, Aguilar Llanos señala que: «La posesión de estado está referida a actos de la vida diaria que reflejan que un padre sabe quién es su hijo, y por ello lo trata como tal, y los demás conocen esa situación. Se acepta desde tiempo atrás que la posesión constante tiene 3 elementos característicos, el nombre (nomen), tracto (tractus) y fama.»(725)

(723) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 488.
(724) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 340.
(725) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 280.

c) Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales (inciso 3)

Según la Real Academia Española, el concubinato es la relación marital de dos individuos (un hombre y una mujer, dos mujeres o dos hombres) sin estar unidos en vínculo matrimonial.(726) Pero para el Derecho peruano, se trata de una relación entre hombre y mujer que revista esas características. En buena cuenta el concubinato se asemeja a la unión de hecho, pero en aquél no se tiene la necesidad de que presente el plazo mínimo de dos años, ni tiene por qué encontrarse presente el requisito de que carezcan de impedimento matrimonial.

Naturalmente que, si en la época de la concepción, la pareja hubiera convivido, se entenderá que éste será un medio probatorio importante para que se pueda acreditar la paternidad extramatrimonial.

Sobre ello, la Casación n.º 328-96-Lambayeque, de fecha 30 de enero de 1998, estableció que: «Las relaciones sexuales esporádicas son insuficientes para configurar la unión de hecho y servir de base a una declaración judicial de paternidad. El concubinato es de naturaleza permanente y constante. *Primero.* [El] artículo 402 inciso 3 del Código Civil establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para ese efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. *Segundo.* [La] acepción de concubinato recogida en dicha norma es la amplia, según la cual hay concubinato cuando un varón y una mujer hagan vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad en dicha relación, sin ningún otro requisito adicional. *Tercero.* [En] consecuencia, [...] las relaciones sexuales esporádicas son insuficientes para configurar el concubinato y para servir de base a una declaración judicial de paternidad fundada en dicho dispositivo [...].»(727)

Asimismo, sobre la distinción entre concubinato propio e impropio, para el presente caso la jurisprudencia ha señalado en la Casación n.° 315-96-Junín, de fecha 6 de octubre de 1997, que: «La ley no exige que la

(726) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 17 de diciembre de 2022.

(727) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 468-469.

ESTUDIO MARIO CASTRO PERÚ

convivencia tenga que ser efectuada entre concubinos sin impedimentos matrimoniales, por lo que válidamente podría interpretarse que la declaración de paternidad de un hijo extramatrimonial se aplica tanto para los concubinatos propios e impropios. *Primero.* [La] declaración judicial de filiación extramatrimonial constituye una investigación judicial de paternidad promovida por el hijo para averiguar su filiación en defecto del reconocimiento voluntario. *Segundo.* [...] [De] acuerdo al inciso 3 del artículo 402 del Código Civil, la paternidad extramatrimonial puede ser declarada judicialmente si es que el presunto padre hubiera vivido en concubinato en la época de la concepción. Para este efecto el Código citado exige que concurran los presupuestos del concubinato impropio que a diferencia del propio regulado en el artículo 326 del mismo Código sustantivo, considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.»[728]

Adicionalmente, Peralta Andía anota que: «El demandado puede enervar la acción si se acoge a la *exceptio plurium concubentiun* que para Córdova del Olmo es un medio de oposición a la declaración de paternidad que tiene por fundamento la dualidad o pluralidad de varones que hubieran yacido con la mujer en el período de la concepción. El artículo 403 expresa que la acción es improcedente si durante la época mencionada (concepción) la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre.»[729]

d) <u>En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción (inciso 4)</u>

- En el supuesto contenido en el inciso 4, esta situación de violación podría conducir a pensar que la mujer podría haber quedado embarazada fruto de ese acto ilícito cometido en su contra.

  El rapto o la retención violenta que no haya implicado violación es equiparado en materia probatoria, con las consecuencias de la primera. Eso, en la medida en que la mujer, con o sin su consentimiento, estaba bajo la esfera de control de su raptor o retenedor.

(728) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 491 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 326.

(729) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 341.

Sobre este inciso, resulta interesante traer a colación las enseñanzas de Cornejo Chávez, cuando indica lo siguiente: «Problema de solución difícil y a veces imposible es el que se origina en la violación, retención o rapto perpetrados por varios sujetos en agravio de la misma mujer si ésta resulta embarazada. El Código anterior no previó la solución de tal supuesto. "Se podría sostener, decíamos entonces, la tesis de que todos los autores del delito deben ser declarados padres del fruto del delito; y el texto de la ley podría favorecer esta interpretación, que, sin embargo, repugna a la lógica. También se podría patrocinar y ésta es nuestra posición que si los análisis de los grupos sanguíneos descartan la paternidad de todos menos uno, es éste a quien debe declararse padre; y que, en caso contrario, todos deben ser condenados al sostenimiento del hijo." El nuevo Código ha asumido esta posición del ponente (artículo 413).»[730]

e) En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable (inciso 5)

La seducción cumplida es aquella que concluye con la cópula sexual. Se exige que la misma haya venido acompañada de una promesa de matrimonio. Si la promesa de matrimonio hubiere concluido en el matrimonio y el hijo hubiere nacido ya casada la pareja, entonces estaremos en presencia de un hijo matrimonial y no se aplicará el artículo 402, por razones obvias.

Pero si la promesa de matrimonio se hubiere cumplido luego de nacido el hijo, se aplicará el artículo 402, inciso 5.

Si la promesa de matrimonio nunca se hubiere cumplido, también será de aplicación este inciso.

Cabe señalar que Peralta Andía precisa respecto a este inciso, que «[...] el supuesto de seducción con promesa de matrimonio en época contemporánea a la concepción, se da siempre que exista principio de prueba escrita que acredite dicha promesa, por eso la condena por el delito de seducción sin prueba escrita de la promesa de matrimonio, no es suficiente para declarar fundada la demanda de declaración judicial de paternidad.»[731]

f) Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas

(730) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 140.
(731) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 342.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza (inciso 6)

No hay duda de que, en materia de probanza de la paternidad extramatrimonial, la prueba de ADN revolucionó el tema, habida cuenta de que estamos frente a un medio probatorio que brinda, prácticamente, exactitud o certeza al respecto. Cuando se tiene una fiabilidad de mucho más del 99 %, el tema de la casi certeza se convierte en certeza, por razones prácticas. No hay manera de contradecir este medio probatorio. Esto es lo que marca la diferencia con todo lo anterior en materia de pruebas científicas. Antes del ADN existían las pruebas sanguíneas, las mismas que otorgaban una aproximación y determinados descartes, pero ninguna certeza. Con el ADN sí hay certeza.

Tan es así que el inciso 6 concluye señalando que el juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Esto ya lo habíamos venido señalando desde el comienzo de nuestro análisis del presente artículo. Nótese, además, que el legislador ha hecho muy bien al señalar que podría tratarse de otras pruebas genéticas de igual o mayor grado de certeza que la de ADN. Esto deja abierta la puerta para que la norma comprenda a cualquier otra prueba de esta naturaleza que tenga igual o mayor grado de certeza. Ello permitirá que, si en el futuro, la prueba de ADN fuese superada por otra, no haya necesidad de modificar el inciso 6, dado que el supuesto legal abierto contempla cualquier avance de esta naturaleza.

Al respecto, tenemos que, mediante Consulta del Expediente n.° 1699-2007-Cono Norte (hoy, Lima Norte), de fecha 13 de agosto de 2007 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema señaló lo siguiente: «La ley no obliga al padre demandado a someterse a la prueba de ADN. Sin embargo, si no concurre, el juez valorará su conducta ante un medio probatorio determinante que busca proteger al menor. *Décimo tercero.* A la luz de los principios reseñados, debe analizarse la aludida incompatibilidad de la Ley N.° 28457 con los derechos constitucionales a la libertad y al debido proceso, sostenida en la sentencia consultada. Con relación a lo primero debe señalarse que la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre ni a que se le conduzca de grado o fuerza; por el contrario, la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2 que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

causa injustificada, su oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Significa que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN; más aún, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que (*sic*) no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad. Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la *litis*, y con ello se busca proteger el derecho fundamental a la identidad y al nombre de la persona, en este caso del menor cuyo reconocimiento de paternidad se pide. Si bien es cierto el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, este al igual que todos los derechos puede ser regulado y puede ser materia de restricciones en tanto se opongan o relacionen con otros derechos, más allá que (*sic*), como se ha explicado en el motivo anterior, no existe vulneración alguna a dicho derecho.»[732]

Adicionalmente, la Casación n.º 4585-2007-Ica, de fecha 16 de julio de 2008, estableció que: «El sometimiento a la prueba de ADN es exigible también a los herederos del supuesto padre. *Décimo Primero.* [...] [Es] de advertir que el [artículo 402, inciso 6 del Código Civil] no establece que la prueba del ADN esté referida específicamente a las huellas genéticas del presunto padre para compararlas con las huellas de quien reclama la paternidad; no existiendo dispositivo legal alguno que prohíba la comparación de las huellas genéticas de la actora [hija extramatrimonial] con las demandadas [hijas del supuesto padre], teniendo en cuenta que los restos mortales del presunto padre han sido cremados [...]. *Décimo Segundo.* [Igualmente,] el artículo 406 del Código Civil [...] dispone con claridad que la acción de declaración de paternidad se interpone contra el padre o contra sus herederos si este hubiera muerto, por lo que la causal denunciada resulta inamparable (*sic*). *Décimo Tercero.* [Este] dispositivo señala que en caso de fallecimiento del padre se emplazará a los herederos, ya que la pretensión no se extingue con el fallecimiento del presunto padre. *Décimo Cuarto.* [Existe] reiterada y uniforme jurisprudencia que determina que si el presunto padre ha fallecido, se puede ordenar la exhumación del cadáver para realizar la prueba del ADN, diligencia que de ser imposible actuar por haber sido cremados los restos del padre presunto, podrá llevarse a cabo con sus herederos, tomándose en consideración que

(732) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 491.

el ADN es trasmitido de padres a hijos en los cromosomas del óvulo y del espermatozoide; todo el ADN que tiene una persona proviene de sus padres, la mitad del padre y la otra mitad de la madre.»[733]

De manera general, sobre el artículo bajo análisis, resulta pertinente tener en cuenta lo señalado por la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente n.° 271-92: «El sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido por el artículo 402 CC es uno de tipo abierto. Si bien el artículo 402 del Código Civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró.»[734]

Finalmente, cabe señalar que el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fecha 21 de junio de 2005, estableció que: «El proceso diseñado por la Ley n.° 28457 (Proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial) es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil. El Pleno acuerda por unanimidad: *Primero.* En tanto la Ley n.° 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley n.° 28457 que modifica el artículo 402 del C.C., es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil. Sin embargo, tratándose de un derecho tan importante como es la filiación, que además va a significar la imputación de una paternidad que va a generar obligaciones para el padre y del que van a nacer derechos para el hijo, el proceso adoptado por la norma no parece ser el más adecuado. *Segundo.* Es posible que dentro de este proceso especial se solicite el auxilio judicial y bajo el principio de trascendencia dado el carácter especial del proceso no se formará cuaderno aparte, y en caso de concederse el auxilio, es el Estado el que deberá correr con los gastos de realización de la prueba de ADN. *Tercero.* En el proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial se cumple con el Principio de Pluralidad de Instancias con el pronunciamiento del juez de primera instancia respecto de la resolución pronunciada por el Juzgado de Paz Letrado. *Cuarto.* Este proceso no se equipara a un proceso ejecutivo, ni a ningún proceso de

(733) *Ibidem*, p. 492.
(734) *Ibidem*, p. 489.

los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza especial. *Quinto.* No es necesaria la realización de una audiencia por cuanto se desnaturalizaría el trámite. Debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la prueba científica es irrefutable, por tanto no es necesaria la explicación del dictamen pericial en Audiencia.»[(735)]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(735) *Loc. cit.*

Improcedencia de la acción

Artículo 403.- Derogado. *Este artículo fue derogado por el artículo 6 de la Ley n.° 27048, publicada el 6 de enero de 1999.*

El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 403**.- La acción, en el caso del artículo 402, inciso 3, es improcedente si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre.*

La derogatoria de este artículo se basó en nuestra propuesta formulada en 1998, medio año antes de la supresión de la norma, en *Tentaciones académicas*.(736)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(736) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 432.

Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada

Artículo 404.- Derogado. *Este artículo fue derogado por la Primera disposición complementaria del Decreto Legislativo n.° 1377, publicado el 24 de agosto de 2018. El texto original del precepto era el siguiente:*

***Artículo 404**.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.*

La derogatoria de este artículo se basó en nuestra propuesta formulada en 1998, dos meses antes de la supresión de la norma, en *Tentaciones académicas*,(737) la misma que se sustentaba en preferir la verdad real a la «verdad formal».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(737) *Ibidem*., p. 433.

Inicio de la acción antes del nacimiento

Artículo 405.- La acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo.

No se piense que la acción de paternidad extramatrimonial solamente puede interponerse ya nacido el hijo en cuestión. De acuerdo con lo establecido por el artículo 405, también cabe hacerlo antes del nacimiento del hijo. En estos casos, naturalmente, todas las pruebas de validez científica, como es el caso de la prueba de ADN, podrán actuarse luego de que nazca el niño. Sólo cabría actuarla antes de su nacimiento, si científicamente ello fuese posible, sin que afecte, en lo más mínimo, la salud e integridad física del feto. La prueba se denomina "ADN Paternidad Prenatal" e implica un mínimo riesgo de afectación al feto (aborto espontáneo), recomendándose realizarla mientras más desarrollado esté el feto; aunque conversando con algunos médicos opinaron que es preferible realizar la prueba de ADN una vez nacido.

Visto de otro modo, el maestro Arias-Schreiber señala que este artículo habilita también la posibilidad de exigir el reconocimiento prenatal. «[...] Así como el padre puede reconocer voluntariamente al hijo concebido (en aplicación del artículo 392), nada impide que se conceda a la madre la posibilidad de exigir judicialmente la declaración de paternidad del hijo que está por nacer.»(738)

Finalmente, Patricia Simon comenta que: «Este artículo constituye una innovación con respecto al Código Civil de 1936, que permite al concebido, a través de su madre, investigar judicialmente su paternidad. Se refiere a que el hijo simplemente concebido tendrá derecho a iniciar acción investigatoria de su paternidad, ya que en virtud del artículo 1 del Código Civil el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece. Deberá esperarse al nacimiento del niño para anotarse en su partida de nacimiento la sentencia de declaración judicial de paternidad.»(739)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(738) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 117.
(739) Simon Regalado, Patricia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo III, p. 22.

Demandados en la declaración judicial de paternidad

Artículo 406.- La acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto.

En lo que respecta a quiénes deben ser emplazados con la pretensión de declaración de paternidad extramatrimonial, evidentemente, se trata del padre del menor. Ello es obvio y no requiere de mayor explicación.

Pero si el padre hubiese muerto, deberán ser emplazados sus herederos. Esto, en la medida en que serán tales herederos del padre quienes tengan que hacer frente a las obligaciones alimenticias que corresponda.

Lo expresado, en lo que respecta al lado pasivo de la relación procesal.

Sobre el artículo bajo análisis, Peralta Andía comenta que: «Con relación a las personas contra quienes se dirige la acción, se tiene: 1) Al presunto padre que se negó a reconocerlo voluntariamente. 2) A los herederos del presunto padre, si éste hubiese fallecido. 3) Al administrador o defensor de herencia, cuando fallecido el presunto padre no se conocen a los herederos. Contra el administrador si éste ha sido nombrado y es conocido, contra el defensor de herencia a falta de herederos declarados, aun cuando la jurisprudencia no ha seguido un criterio uniforme. Acerca de las personas que pueden contradecir la demanda, el ponente del libro de familia propuso mantener y ampliar la teoría del legítimo contradictor, lamentablemente la Comisión Revisora la suprimió sin explicar razones, tema importante porque se trata del derecho de terceras personas interesadas para terciar en la controversia y contradecir la demanda del presunto hijo.»[740]

El Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia de Familia, realizado por la Corte Superior de Justicia del Callao, de fecha 21 de octubre de 2011, ha precisado lo siguiente: «Emplazamiento del demandado en los procesos de filiación extramatrimonial. ¿Dónde debería notificársele al demandado cuando en el domicilio que se consigna en la demanda ya no vive o se desconoce su residencia actual? El Pleno acordó: "Existe una notificación formal, por lo tanto,

(740) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 343.

que se emplace al demandado en el domicilio real que se indica en la demanda, además en la que (*sic*) se consigna en la ficha del (*sic*) RENIEC, y que la solicitud de información sobre movimiento migratorio, notificaciones personales y por edicto, sólo sean dispuestas en la medida que (*sic*) las partes lo introduzcan al proceso".»[741]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(741) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 513.

Titulares de la acción

Artículo 407.- La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.

En 1998, en *Tentaciones académicas*(742) pensábamos que el segundo párrafo del artículo 407 podría tener la siguiente redacción: «La acción no pasa a los herederos del hijo, si éste murió siendo mayor de edad. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado». Ello obedecía a que considerábamos que, por lo menos, el hijo debería haber tenido la posibilidad de interponer la acción por sí mismo.

En lo que atañe al lado activo de la relación procesal, ésta corresponderá exclusivamente al hijo.

En materia jurisprudencial, la Consulta n.° 3073-2010-Lima, de fecha 4 de octubre de 2010, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, ha establecido que: «Bajo interpretación constitucional, la acción de declaración de paternidad no solo corresponde al hijo sino también al verdadero progenitor. *Primero*. [Es] materia de consulta la sentencia [...], en el extremo que inaplicando el artículo 407 del Código Civil que prevé que "La acción corresponde solo al hijo. Empero la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste", concluye en que la demanda [...] sobre impugnación de reconocimiento de nacimiento y filiación de [una] menor [...], interpuesta por su verdadero padre [...] debe ser amparada, por cuanto la misma tiene que ver con el derecho fundamental a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, y en ese sentido, destaca que aun cuando exista colisión entre los derechos de los legitimados para demandar filiación extramatrimonial y el derecho a la identidad, debe atenderse al derecho del actor de conocer si es el verdadero progenitor de la menor

(742) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 433.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en comento. [...] *Sétimo.* [En] consecuencia, determinado el contenido esencial de la norma constitucional que consagra el derecho a la identidad, la aplicación de la titularidad de la acción de filiación extramatrimonial establecida en el artículo 407 del Código Civil, no puede representar un obstáculo para que el Estado preserve ese derecho a la identidad, que tiene un rango constitucional y supranacional [...]. Por tanto, debe aprobarse la consulta materia de autos.»(743)

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha determinado en la sentencia recaída en el Expediente n.° 04305-2012-PA/TC, de fecha 1 de septiembre 2010 que: «No es atendible la solicitud de declaración de paternidad solicitada por una madre cuando esta se realiza después de la muerte del hijo. 2. [La] resolución cuestionada se encuentra razonablemente sustentada al señalar que el artículo I [de] la Ley n.° 28457 [Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial], al referirse a "quien tenga legítimo interés", debe ser interpretado y concordado con el artículo 407 del Código Civil, que dispone sobre quiénes recae la titularidad de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, indicando que por regla general la acción no pasa a los herederos, es decir, no es transmisible mortis causa. 3. Ciertamente, establece la excepción de que los herederos del hijo (descendientes) sí podrán continuar la acción si es que esta se hubiera iniciado antes del fallecimiento. Sin embargo, ello no resulta atendible en el presente caso, ya que la acción promovida a favor de la hija menor de edad (para quien se está solicitando la declaración de paternidad) es posterior a su muerte, por lo que la representación legal como madre ha fenecido con la muerte de la menor. En este sentido, no existe legítimo interés en la obtención de una declaración de paternidad extramatrimonial en la demandante, por cuanto la beneficiaria [...] dejó de ser sujeto de derecho al haber fallecido.»

En caso la acción se inicie antes del nacimiento del hijo, ella corresponderá ser ejercida por la madre, y la ley la faculta a proceder en ese sentido, aunque fuere menor de edad, dada la importancia del tema.

Si estuviésemos hablando de casos en los cuales ella estuviese bajo un régimen de tutela o de curatela, entonces procederá que actúen el tutor o el curador, quienes, siempre de acuerdo con la enorme importancia de la futura pretensión, requerirán de la aprobación previa del consejo de familia.

El artículo 407, bajo comentario, concluye señalando que la acción no pasa a los herederos del hijo. Esto es natural, en la medida en que la voluntad

(743) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 494-495.

del hijo de que se declare a alguien como su padre no podrá ser sustituida por terceros, a pesar de que ellos fueren sus herederos.

Distinto será el caso en que el hijo ya hubiere interpuesto la demanda de declaración de paternidad y muera en pleno proceso. En este supuesto, el artículo bajo análisis dispone que sus descendientes podrán continuar el juicio que dejó iniciado. Es de evidencia, también que, así como podrán continuar con el proceso, también podrían no hacerlo, desistiéndose de la pretensión.

Finalmente, de manera acertada, Arias-Schreiber resalta la diferenciación respecto a los derechos para el ejercicio de la acción de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, cuando indica que: «Es preciso señalar que nuestro Código Civil contempla de modo distinto las acciones (procesos) declarativas de filiación matrimonial y extramatrimonial, en esta materia. En efecto, los hijos matrimoniales pueden pedir que se declare su filiación mientras vivan, y además, sus herederos también podrán iniciar la acción en los supuestos previstos por el artículo 374. Tratándose de los hijos extramatrimoniales, sin embargo, vemos que no se permite a los herederos el inicio de la acción; únicamente se les faculta a continuar la que hubiera dejado instaurada el hijo, si éste falleciera. No encontramos razón para mantener esta diferencia que resulta discriminatoria, pues otorga un tratamiento más favorable para los hijos matrimoniales en perjuicio de los extramatrimoniales y, por tanto, atenta contra el principio constitucional de igualdad de todos los hijos.»(744)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(744) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 118.

JUEZ COMPETENTE

Artículo 408.- La acción puede ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante.

La regla general en materia procesal (artículo 14 del Código Procesal Civil), es que la demanda debe interponerse ante el juez del domicilio del demandado. Ello, para facilitar al demandado los mecanismos de defensa dentro de la localidad donde se halle su domicilio.

No obstante, el artículo 408 del Código Civil, establece que la acción de declaración de paternidad extramatrimonial podrá ejercitarse también ante el juez del domicilio del demandado, vale decir del hijo, representado por sí mismo o por su madre. El legislador entiende que los demandantes son personas que la regla de la experiencia enseña no tienen recursos suficientes como para estar asumiendo los costos adicionales que implicaría seguir un proceso en localidad diferente a la de su domicilio. Esta situación hace que el legislador haga una concesión en materia procesal con respecto al demandante.

Al respecto, Lastarria señala que: «La norma bajo comentario establece una excepción a este principio: la demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial puede interponerse ante el juez del domicilio del demandado o ante el juez del domicilio del demandante. Se trata de la llamada "regla de competencia territorial facultativa", según la cual el demandante opta por interponer su demanda ante el juez del domicilio del demandado (regla general de la competencia territorial) o ante el juez de su propio domicilio. De este modo, se facilita al hijo la tramitación de los procesos de filiación, así como el no tener que asumir los gastos que implicaría trasladarse hasta el lugar donde domicilia el presunto padre.»(745)

(745) LASTARRIA RAMOS, Edgar. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 51.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Declaración judicial de maternidad extramatrimonial

Artículo 409.- La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

El artículo 409 se ocupa de un supuesto muchísimo más raro que el de la declaración de paternidad. Nos referimos al de la declaración de maternidad. Decimos que es más raro, en la medida en que será inusual que una madre abandone a su hijo o se desentienda de él una vez que nazca. Ello, como enseña la vida, es muy frecuente entre los hombres, pero no entre las mujeres.

Pero, a pesar de inusuales, no hay duda de que se presentan en la realidad casos en los cuales se deba emplazar a la madre para que se declare el reconocimiento de su maternidad. Ello, evidentemente, por no haberlo querido reconocer y, en efecto, no haberlo reconocido como hijo suyo.

Para tal efecto, el artículo 409, bajo comentario, exige que se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Sobre el hecho del parto, seguramente el mismo se podrá demostrar con los documentos del hospital o de la clínica en la que estuvo internada la madre, aunque no siempre se dará a luz en un establecimiento de salud.

En lo que respecta a la identidad del hijo, entendemos que a lo que se está refiriendo el artículo bajo comentario, es a que se pueda demostrar la identidad del hijo que demanda la declaración judicial de maternidad, con aquella identidad de quien nació de la mujer a quien va a demandar.

No obstante, resulta claro que, en nuestros tiempos, la prueba del ADN será definitiva para acreditar esa identidad a la que se refiere el artículo 409.

Al respecto, Siverino y Varsi indican que: "Por otro lado podríamos entender que el supuesto del artículo es bastante curioso pues alega que el término "también" puede ser interpretado en el sentido de que existen otros casos en los que se puede solicitar la determinación judicial de la maternidad extramatrimonial, fuera de aquellos expresamente establecidos en la norma, como son el hecho del parto y la identidad del hijo. Esta situación que por lo demás es obvia de acuerdo con el criterio de la investigación amplia de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la filiación en la que se admiten otras pruebas, incluso las genéticas (Ley n° 27048), las que, es más, han desplazado la tradicional forma de demostración de la maternidad en la que era indispensable llegar a la comprobación de la misma fuera de los hechos biológicos considerados en la norma.(746)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(746) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y Paula SIVERINO BAVIO. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, pp. 58-59.

No caducidad del derecho

Artículo 410.- No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial.

En primer término, debemos señalar que la sumilla que coloca a este artículo el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, comienza con una palabra inexistente: «inextinguibilidad», lo que debería corregirse, pues, más allá de que la palabra no existe en la Lengua Española, a lo que se está refiriendo es la «no caducidad» del derecho (no de la acción, como mal señala el artículo 410).

El derecho a pretender que se declare la filiación extramatrimonial (con respecto al padre o a la madre) tiene carácter no caducable, vale decir, es de esos escasos derechos a los que el Código de 1984 otorga tal condición. Ello resulta muy especial, pues, como venimos diciendo desde hace años, la regla general en el Derecho peruano, es que toda pretensión prescribe. Que, si no prescribe, el derecho caduca; y que para que no prescriba o no caduque, la ley deberá señalar expresamente su carácter imprescriptible o no caducable.(747)

Entonces, la ley peruana reserva la no caducidad para aquellos derechos que son en extremo importantes. Y, dentro de ellos, considera a la de declaración de filiación extramatrimonial. Estimamos que las razones para tal decisión legislativa son evidentes, por lo que huelga cualquier comentario al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(747) Ver: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En: *Derecho & Sociedad.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 2004, año XV, n.° 23, pp. 267-274.

Normatividad supletoria

Artículo 411.- Son aplicables a la madre y a sus herederos las disposiciones de los artículos 406 a 408.

Los artículos 406 a 408 del Código Civil se refieren a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. El artículo 411 establece que tales preceptos serán aplicables a la madre y a sus herederos.

Nótese que el artículo 411 no establece la expresión «en cuanto fuere pertinente». Y está bien que no se haya hecho salvedad alguna. Ello, en la medida en que, después de analizar estas normas en detalle, llegamos a la misma conclusión que el legislador de 1984, en el sentido de que los tres artículos mencionados son plenamente aplicables a la declaración de maternidad extramatrimonial.

Para Arias-Schreiber: «El Código Civil corrige el error en que incurría el cuerpo legal derogado al precisar que la acción (procedimiento) de filiación extramatrimonial relativo a la maternidad se regirá por las mismas normas establecidas para la filiación paterna. Ello en lo que respecta al sujeto pasivo de la acción (la madre o sus herederos, si hubiese muerto); y al sujeto activo de la misma: el hijo, su padre, tutor o curador, durante la minoría o incapacidad de éste. En aplicación del artículo 408, la acción deberá interponerse en el domicilio del demandante o de la madre demandada.»[748]

(748) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 120.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial

Artículo 412.- La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio.

Ya hemos estudiado los efectos del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sea por la madre, por el padre o por ambos progenitores. En materia familiar, el tema es muy simple, pues se generan con el reconocimiento los vínculos propios de una típica relación paterno-filial.

Y, en lo patrimonial, se producen idénticos efectos que en cualquier caso en que exista un padre y un hijo, de acuerdo a la ley peruana.

El único punto a tomar en consideración es que, conforme hemos visto en el artículo 398, el reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso de que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

En el supuesto de la filiación extramatrimonial, el artículo 412 establece que la sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio. Nótese cómo en este último aspecto (el patrimonial), se distingue del caso del reconocimiento, pues el artículo 412 no hace excepción alguna al tema de la negación de derechos alimentarios y sucesorios. Se trata, sin duda, de un castigo con respecto al padre o la madre a quien se ha tenido que demandar para que se le declare judicialmente padre o madre del hijo. Es evidente que, si el hijo hubiera tenido que llegar a esos extremos, resultaría injusto que ese padre o esa madre se pueda querer beneficiar de alguien a quien, durante un tiempo, repudió.

En esa línea, Cornejo Chávez comenta que: «Finalmente en lo que atañe a los efectos que produce la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad extramatrimoniales, son los mismos que produce el reconocimiento voluntario. El artículo 412 del nuevo Código, salvando una omisión del anterior, preceptúa inequívocamente que el padre y la madre que fueron judicialmente declarados tales no tienen derecho alimentario ni sucesorio. En esta forma, y

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

acogiendo también la posición del ponente, el Código de 1984 aplica a dichos progenitores la misma sanción que establece para los reconocientes tardíos, con igual y aun con mayor razón que a éstos.»(749)

Pero ello no siempre obedecerá a una actitud desleal del padre con respecto a su propio hijo, pues perfectamente podría haber ocurrido que la madre haya llevado una vida licenciosa y el hijo bien podría haber sido de cualquiera de entre varios hombres. En tal caso, si la madre no hubiese querido hacerle la prueba de ADN al menor, de manera voluntaria, pues ese padre tendría tres caminos. El primero, no hacer algo y asumir que, por la negativa de la madre, él no debe ser el padre. El segundo, demandar para que se declare su paternidad extramatrimonial. Y el tercero, esperar a ser demandado para tales efectos. La sanción impuesta por el artículo 412 castiga al padre que no fue diligente en tratar de averiguar la autenticidad de la paternidad sobre el hijo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(749) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 164.

Prueba biológica o genética

Artículo 413.- En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del Artículo 402, inciso 4), cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.

La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas.

El texto transcrito es el resultado de la modificación efectuada por el artículo 2 de la Ley n.º 27048, publicada el 6 de enero de 1999. La norma original de 1984, era la siguiente:

***Artículo 413**.- En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica.*

También es admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso 4, cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.

La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba.

Antes de que existiera la prueba de ADN, era complicado determinar con certeza la paternidad. Existía la denominada prueba negativa de grupos sanguíneos, la misma que servía, más que para asignar paternidad, para descartarla, en la medida en que la misma, precisamente, determinaba si un hombre no podía ser padre de alguien. En buena cuenta, en base a los grupos sanguíneos,

ASTUDILLO CASTILLO ENRIQUE

se llegaba a descartar la paternidad. Y era precisamente de ello de lo que trataba el artículo 413 en el texto original de 1984, cuando hacía referencia a la prueba de los grupos sanguíneos o a otras de validez científica.

En esa línea, la Casación n.º 328-96-Lambayeque, de fecha 30 de enero de 1998 precisa que: «La prueba negativa de los grupos sanguíneos permite descartar la paternidad o la maternidad que se atribuye a una persona, mas no determinar la filiación. *Quinto.* [El] artículo 413 del Código Civil señala que en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otra de validez científica. *Sexto.* [Como] se puede apreciar, a través de la mencionada prueba se permite descartar la paternidad o la maternidad que se atribuye a una persona, mas no determinar la filiación [...].»(750)

A mayor abundamiento, sobre la prueba de los grupos sanguíneos, Cornejo Chávez explica que:

> «En 1900, Karl Landsteiner, estudiando el motivo de las incompatibilidades sanguíneas entre los hombres, descubrió la presencia en los glóbulos rojos y en el plasma sanguíneo de ciertos factores-aglutinógenos y aglutininas, respectivamente que explicarían el fenómeno llamado de aglutinación, que consiste en que las células sanguíneas se reúnen en masas que posteriormente se rompen (hemolisis) dando como resultado los graves accidentes de la trasfusión. Estos aglutinógenos fueron llamados A y B, y de ellos depende la clasificación en los cuatro grupos sanguíneos principales que son:
>
> Grupo A, cuando sólo tiene el aglutinógeno A; Grupo B, cuando sólo tiene el aglutinógeno B; Grupo AB, cuando tiene ambos aglutinógenos; y Grupo O, cuando no tiene ningún aglutinógeno, ni A ni B.
>
> Posteriormente, en 1910, Dungern y Hirszfeld comprobaron la naturaleza hereditaria de estos grupos, que seguían estrictamente las leyes de Mendel, de las que se deduce el siguiente cuadro:

(750) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 498.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Grupo de los Padres	Hijos posibles	Hijos imposibles
O - O	O	A, B, AB
O - A	O, A	B, AB
A - A	O, A	B, AB
O - B	O, B	A, AB
B - B	O, B	A, AB
A - B	Todos	Ninguno
O - AB	A, B	O, AB
A - AB	A, B, AB	O
B - AB	A, B, AB	O
AB - AB	A, B, AB	O

De estos resultados se desprenden tres leyes:

Primera ley: Los grupos sanguíneos A y B no pueden presentarse en un niño si es que no existen en uno o ambos de sus padres (Ley de Dungern y Hirszfeld).

Segunda ley: Si uno de los padres es del grupo AB, debe trasmitir a sus hijos el factor A o el B, y por lo tanto no puede tener un niño del grupo O (ley de Bernstein).

Tercera ley: Si uno de los padres es grupo O, nunca podrán nacer niños del grupo AB, porque forzosamente deberán heredar el factor A de uno de los padres y el B del otro, y en este caso O carece de ambos para trasmitirlos por herencia (Ley de Bernstein).»[751]

Pero el artículo 413 del Código Civil, también se ocupaba en su texto original de regular otro supuesto, el de la mujer que hubiese sido violentada sexualmente por más de un hombre, caso para el cual aplicaba como solución el descarte de paternidad de los sujetos intervinientes, precisamente en base a las pruebas de grupos sanguíneos. Se podía declarar la paternidad únicamente cuando esta prueba descartaba a los demás. Establecía también que la

(751) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, pp. 144-145.

LUIS DAMARIO CASTILLO FREYRE

obligación alimentaria era solidaria con respecto a aquellos que se negaran a someterse a la prueba.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(752) en plena vigencia del texto original de la norma, proponíamos eliminar la nomenclatura «extramatrimonial», por las razones señaladas reiteradas veces. Luego, variábamos la fórmula probatoria entonces vigente, permitiendo que se acredite la paternidad o maternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio con cualquiera de los medios probatorios contemplados por el Código Procesal Civil. Finalmente, eliminábamos el segundo párrafo del texto de la norma, habida cuenta de que, dados los medios que la ciencia ya proporcionaba al Derecho, en 1998 resultaba factible descartar la duda que antes podía llegar a ser insoluble, recogida entonces por dicha norma. Nuestra propuesta fue precursora en esta materia, habida cuenta de que seis meses después se modificó el artículo en el sentido planteado en *Tentaciones académicas*.

El texto en vigencia del artículo 413 señala que en los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Como vemos, la norma en vigencia trata acerca de diversas pruebas de validez científica, mencionando las biológicas, y las genéticas en primer lugar y otras de aquella naturaleza cuando tengan igual o mayor grado de certeza.

Al respecto, Peralta Andía clasifica las pruebas biológicas de la siguiente manera: «a) Pruebas negativas, como la prueba negativa de los grupos sanguíneos, la prueba del sistema de histocompatilidad (HLA) y la prueba de las proteínas séricas. b) Pruebas positivas, tales como la de los marcadores genéticos (ADN), la prueba de los poliformismos cromosómicos, el perfil del ADN y la denominada prueba de impresiones digitales genéticas del ADN. c) Otras pruebas de validez científica, como las heredobiológicas, la dactiloscopia, permatoscopía, odontograma y el examen radiológico de la columna, así como las que puedan existir a futuro.»(753)

El artículo 413 se sigue ocupando de casos complejos, en los que admite estas pruebas. Menciona, en primer lugar, el del artículo 402, inciso 4, supuesto que establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, en los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer,

(752) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 435.
(753) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 440.

cuando la época del delito coincida con la de la concepción, cuando fueren varios los autores del delito.

No obstante, este artículo ha quedado desfasado en el tiempo, pues señala que la paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. Decimos esto, en la medida en que, con la prueba de ADN, hoy en día no hablamos de descarte (prueba negativa), sino de la identificación exacta del padre (prueba positiva).

Lo anterior es concordante con lo que ha determinado la Casación n.º 489-2012-Cajamarca, de fecha 11 de septiembre de 2012, en el sentido de que: «El juez debe practicar de oficio la prueba de ADN aun si las partes se desistan, mediante audiencia conciliatoria, de su presentación. *Sétimo.* [Se] ha incurrido en infracción de las normas denunciadas que afecta la tramitación del proceso y/o los actos procesales que lo componen, toda vez que: i) En el párrafo "VI Medios Probatorios" de la demanda la demandante ofreció el mérito de la prueba científica del ADN que el órgano jurisdiccional debió practicar, ii) Conforme al primer punto controvertido: "Determinar si procede declarar la nulidad de acto jurídico y la partida de nacimiento por la causal de simulación absoluta, fin ilícito y contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres con respecto del reconocimiento de paternidad de la menor E.K. contenido en la partida de nacimiento expedida por la Municipalidad provincial de Cajamarca". iii) Que, sin embargo, mediante el numeral 4 del Acta de Audiencia Conciliatoria [...] y la resolución [...] del 15 de agosto de 2006, se dispuso que se tenga por no ofrecido el referido medio probatorio de ADN. iv) Que, pese a ello se debe tener presente que este medio probatorio es vital para determinar y resolver la controversia planteada ante el órgano jurisdiccional, atendiendo sobre todo que se encuentra en debate la filiación de una menor y con ello su identidad biológica respecto de su padre, la que podrá ser definida únicamente mediante la prueba del ADN, lo cual está gobernado por el interés superior de la menor, su derecho a la identidad que todo ser humano tiene, el derecho a la verdad de la menor a conocer su identidad biológica, v) Por lo tanto, es imprescindible que el juez del proceso practique la prueba del ADN a la brevedad posible y así resolver con solvencia la presente controversia. Por ello se deben declarar nulas las sentencias de primera y segunda instancia, e inmediatamente el juez practique la referida prueba de ADN.»[754]

(754) *Ibidem*, p. 497.

En ese mismo sentido, en estricto no resultaría razonable que la obligación alimentaria sea solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas, en la medida en que ya estará identificado el padre. No obstante, la norma podría conservar lógica, en tanto la solidaridad podrá permitir mayores posibilidades de cobro por parte del hijo, cuya madre fue víctima de un abuso sexual masivo.

Por otro lado, atendiendo a casos particulares, el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Lima, en 1997, determinó lo siguiente: «Prueba del ADN en los procesos de declaración de paternidad. ¿Es procedente ordenar esta prueba para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, pese a que atentaría contra la libertad e integridad personal? El Pleno acordó: "Por consenso se estableció que sí es procedente ordenar la prueba del ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad del llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el artículo 282 del CPC".»(755)

Finalmente, sobre las pruebas genéticas conviene precisar que el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Lima, en 1999, acordó lo siguiente: «Declaración de paternidad y maternidad. ¿El juez debe considerar al ADN como una prueba o como una causal de la filiación? El Pleno acordó por unanimidad: "Que el juez debe considerar al ADN como una prueba".»(756)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(755) *Loc. cit.*
(756) *Loc. cit.*

ALIMENTOS PARA LA MADRE E INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

Artículo 414.- En los casos del artículo 402, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción.

Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos y pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante.

Los artículos 402 y siguientes, como estamos viendo, regulan el tema de la declaración judicial de filiación extramatrimonial. El artículo 414 se ocupa de los derechos alimenticios e indemnizatorios de la madre.

Así, la norma señala que en los casos del artículo 402, como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, y al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. Esta disposición resulta plenamente lógica y justa, pues resguarda la integridad física de la madre, e, indirectamente, de su hijo. Nótese que la madre de un hijo extramatrimonial no es de las personas obligadas a prestar alimentos, contenidas en el artículo 474 del propio Código (cónyuges, ascendientes y descendientes y hermanos), pero se le considera como sujeto pasivo de los mismos en este caso especial. Es obvio que quien deberá prestárselos será el padre del hijo extramatrimonial.

Al respecto, Nelson Reyes comenta que: «Este derecho se justifica toda vez que en dichas etapas la madre se encuentra generalmente imposibilitada de trabajar y requiere de un sustento. Al respecto, consideramos que el límite

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de tiempo es corto y que debe ser ampliado según las circunstancias y la necesidad de atención del hijo.»(757)

Asimismo, Aguilar Llanos señala que: «[...] en tanto dura la gestación, la madre puede encontrarse en estado de necesidad y requerir alimentos, estos como es natural, no solo se dirigen a ella, sino igualmente protegen al concebido, por ello se ordena cubrir estas necesidades [...].»(758)

El artículo 414 del Código Civil establece también que la madre tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción. Como puede apreciarse, los cuatro supuestos señalados por esta norma representan casos que el Derecho considera delicados.

El abuso de autoridad implicaría el haber forzado o inducido a la subordinada a tener relaciones sexuales, precisamente por esta subordinación.

La promesa de matrimonio (que conste de manera indubitable), se debe entender como una promesa frustrada, y que ella haya inducido a la novia a mantener relaciones sexuales con el novio. Se entiende, perfectamente, que si ellos ya mantenían relaciones sexuales con anterioridad a los esponsales, no procedería el reclamo indemnizatorio.

El tercer caso es el de la cohabitación delictuosa, vale decir, la derivada de alguna figura de esta naturaleza por la cual se fuerce a la mujer a permanecer bajo el control, custodia o poder del hombre. Este caso se explica por sí solo y no requiere de mayor detalle.

Y, el cuarto y último es el de la minoridad al tiempo de la concepción. Esto implica que, al momento de tener relaciones sexuales, la mujer era menor de edad. El Derecho Penal sanciona severamente estos casos. El artículo 173 del Código Penal del Perú tipifica el supuesto de hecho a través del cual el agente comete el delito de violación sexual con respecto a una persona menor de edad, delito que es sancionado con cadena perpetua. No obstante, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente

(757) Reyes Ríos, Nelson. «Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso». En: *Derecho PUCP*, n.° 52, Lima, 1999, p. 781.

(758) Aguilar Llanos, Benjamín. *Instituto jurídico de los alimentos*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1998, p. 69.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de tiempo es corto y que debe ser ampliado según las circunstancias y la necesidad de atención del hijo.»[757]

Asimismo, Aguilar Llanos señala que: «[...] en tanto dura la gestación, la madre puede encontrarse en estado de necesidad y requerir alimentos, estos como es natural, no solo se dirigen a ella, sino igualmente protegen al concebido, por ello se ordena cubrir estas necesidades [...].»[758]

El artículo 414 del Código Civil establece también que la madre tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción. Como puede apreciarse, los cuatro supuestos señalados por esta norma representan casos que el Derecho considera delicados.

El abuso de autoridad implicaría el haber forzado o inducido a la subordinada a tener relaciones sexuales, precisamente por esta subordinación.

La promesa de matrimonio (que conste de manera indubitable), se debe entender como una promesa frustrada, y que ella haya inducido a la novia a mantener relaciones sexuales con el novio. Se entiende, perfectamente, que si ellos ya mantenían relaciones sexuales con anterioridad a los esponsales, no procedería el reclamo indemnizatorio.

El tercer caso es el de la cohabitación delictuosa, vale decir, la derivada de alguna figura de esta naturaleza por la cual se fuerce a la mujer a permanecer bajo el control, custodia o poder del hombre. Este caso se explica por sí solo y no requiere de mayor detalle.

Y, el cuarto y último es el de la minoridad al tiempo de la concepción. Esto implica que, al momento de tener relaciones sexuales, la mujer era menor de edad. El Derecho Penal sanciona severamente estos casos. El artículo 173 del Código Penal del Perú tipifica el supuesto de hecho a través del cual el agente comete el delito de violación sexual con respecto a una persona menor de edad, delito que es sancionado con cadena perpetua. No obstante, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente

(757) Reyes Ríos, Nelson. «Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso». En: *Derecho PUCP*, n.º 52, Lima, 1999, p. 781.

(758) Aguilar Llanos, Benjamín. *Instituto jurídico de los alimentos*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1998, p. 69.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

n.° 0008-2012-AI[759], despenalizó las relaciones sexuales consentidas entre y con menores de 14 a 18 años de edad.

El artículo 414, bajo análisis, concluye señalando que estas acciones son personales, lo que implica que sólo podrán ser interpuestas por la madre del hijo extramatrimonial. Además, señala que ellas deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente, situación que se explica en razón a que el Derecho entiende que si se dejaran pasar estos plazos, en los hechos, esa madre estaría demostrando que no necesitaría de esos recursos para solventar sus necesidades alimenticias. Éste es, no cabe duda, un plazo de caducidad, determinado por un término inicial (desde que nazca el hijo) y un término final (hasta un año contado desde el nacimiento del hijo).

El artículo 414 también establece que las acciones alimenticia e indemnizatoria se dirigen contra el padre o sus herederos y pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante. Sobre estos temas no vamos a volver, pues ya nos hemos ocupado de ellos en ocasión anterior.

Finalmente, la Casación n.° 1817-2003-Ayacucho, de fecha 27 de octubre de 2004, establece los supuestos en los cuales es procedente el pago de derechos alimentarios: «*Sexto*. [...] [El] numeral 414 del indicado Código sustantivo prevé dos supuestos en los cuales es procedente el pago de los derechos anotados: 1) Cuando se da alguno de los casos previstos para la declaración de la paternidad extramatrimonial regulado por el numeral 402 del mencionado Código, sin que sea previa y necesariamente declarada la paternidad, pues, dicho precepto legal no exige tal declaración judicial como un requisito previo para la viabilidad de los derechos aludidos, como emerge de la interpretación literal y sistemática de la norma. Si el legislador hubiera tenido la posición contraria simplemente habría consignado como primer supuesto del numeral 414 lo siguiente: "En los casos de paternidad extramatrimonial judicialmente declarada, así como (...)". 2) Cuando el demandado haya reconocido al hijo, se entiende al que está

(759) Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la abogada Ana Victoria Suárez, en representación de 10,609 ciudadanos, solicitando se declare inconstitucional el artículo 1 de la Ley n.° 28704, inciso 3, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra menores de edad entre 14 y 18 años.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por nacer o que incluso haya nacido. Esa es la interpretación correcta del artículo 414 del Código Civil.»[760]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(760) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 329, 498-499.

CAPÍTULO TERCERO
HIJOS ALIMENTISTAS

En lo relativo al tema de los actualmente denominados «hijos alimentistas», regulado en el Capítulo Tercero, en 1998, en *Tentaciones académicas*, señalábamos que el mismo bien podría derogarse en su integridad (artículos 415, 416 y 417). Ello obedecía a que dadas nuestras ideas sobre la legislación en materia de Derecho de Familia y a los avances de la ciencia en lo que respecta a la posibilidad de probar de manera fehaciente la paternidad o maternidad de un hijo, es imposible decir que no resulta factible demostrar tales situaciones o la maternidad, debiendo –en nuestra opinión– ser el Estado quien asuma los costos y realización de dicha prueba.

De ahí que suprimíamos la normativa de los hijos alimentistas que, en realidad, de «hijos» sólo tienen el nombre, pues dada la regulación actual del tema en el Código Civil se trata de personas que únicamente tienen derecho a alimentos y a nada más. Y un hijo tiene muchos otros derechos, además de deberes, para con sus padres.

En esa línea también se han pronunciado Arias-Schreiber, Varsi y Miranda Canales, quienes sostienen que la expresión llama «hijos» a quienes no lo son. Por eso también estos últimos refieren más bien a un acreedor alimenticio.(761)

Por lo demás, y, en segundo término, si eliminábamos la injusta distinción entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, con mayor razón debería suprimirse la denominación de «hijos alimentistas», calificación que es incluso más peyorativa que la de hijo extramatrimonial.

ESTUDIO CARLO CASTILLO VIERA

(761) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 453.

Derechos del hijo alimentista

Artículo 415.-Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo.

Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre.

El texto original del artículo 515, en el Código de 1984, era el siguiente:

***Artículo 415**.- Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.*

Este artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley n.° 27048, publicada el 6 de enero de 1999, cuyo texto era el siguiente:

Derechos del hijo alimentista

***Artículo 415**.- Fuera de los casos del Artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo.*

Posteriormente, el artículo sufrió una segunda modificación en virtud del artículo 5 de la Ley n.° 28439, publicada el 28 de diciembre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de 2004, cuyo texto es el que hemos consignado al inicio del tratamiento del artículo 415.

Como puede apreciarse de la lectura del texto original de 1984 del artículo 415 del Código Civil, queda claro que el supuesto del hijo alimentista estaba destinado a regular una situación distinta de la del hijo extramatrimonial. En este último caso, el hijo llega a tener, precisamente, la condición de hijo, en la medida en que se logra probar el vínculo consanguíneo con quien, finalmente, es declarado como su padre por los tribunales de justicia.

Nótese que la categoría de hijo alimentista coloca al «hijo» en una condición de *capitis diminutio*, en la que de «hijo» prácticamente sólo va a tener el nombre, pues a lo único a que tendrá derecho es a recibir una pensión alimenticia de alguien que no es su padre, sino únicamente su supuesto padre. La categoría de «hijo alimentista» existe por la imposibilidad de probar quién es el padre extramatrimonial de una persona. En ese sentido, debemos recordar que en 1984 no existía la prueba de ADN, por lo menos en el Perú. Entonces, hasta antes de la existencia de la prueba de ADN, la categoría de hijo alimentista tenía sentido. Hoy, no tanto, en la medida en que serán pocos los casos en que no resulte posible llevar adelante la prueba de ADN o, en todo caso, aplicar la presunción de paternidad si es que el demandado se rehusare a someterse a la referida prueba.

Creemos que la categoría de hijo alimentista se podría seguir conservando, por ejemplo, en casos en los cuales el padre demandado hubiere muerto antes de ser demandado o antes de que venzan los plazos para que se someta a la prueba de ADN, en circunstancias que hagan imposible recuperar su cadáver; y, además, que no haya familiares cercanos de quienes se pudiera obtener muestras válidas para el objeto perseguido.

En ese sentido, el artículo 415 sigue manteniendo la categoría de hijo alimentista, a la par que sigue conservándose el Capítulo Tercero referido a esta materia.

La citada norma señala que, fuera de los casos del artículo 402 (supuestos en los que, como hemos estudiado, lo que se busca es lograr una declaración judicial de paternidad extramatrimonial), el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar, del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. Esto, agregaríamos, en la medida en que no hubiere podido probar su condición de hijo y, además, de que se halle comprendido en el supuesto del

LETUJO MARIO CASTAÑEDA SERRANO

artículo 415, bajo análisis. La norma agrega que la pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

La diferencia señalada en el párrafo anterior ha sido desarrollada también en la Casación n.° 3978-2006-Lima, de fecha 26 de junio de 2007, en los siguientes términos: «Dada la excepcionalidad de la pretensión alimenticia regulada en el artículo 415 CC, esta no confiere al demandante la calidad de hijo extramatrimonial del demandado. *Tercero.* [R]esulta claro que única y exclusivamente puede demandar alimentos a su padre aquél que tiene la calidad de hijo de éste, ya sea porque nació dentro del matrimonio o porque ha sido objeto de reconocimiento u obtenido sentencia judicial que así lo declare; que no obstante lo anterior, el legislador advirtió la eventual existencia de hijos extramatrimoniales que por una u otra razón no podrían acreditar, a través de sus representantes legales, encontrarse en alguno de los supuestos de hecho contemplados en el artículo 402 del Código Civil para obtener declaración judicial de paternidad extramatrimonial, de tal modo que atendiendo a la necesidad primerísima de los alimentos, y al hecho incuestionable de que para que haya nacido dicha persona es que ha tenido que existir un padre, el legislador contempló en el artículo la posibilidad de que tal hijo reclame del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años. *Cuarto.* [En] tal sentido, el artículo 415 del Código Sustantivo descansa sobre la presunción *juris tantum* de paternidad de la persona que ha mantenido relaciones sexuales con la madre durante la referida época; de allí que en este tipo de pretensión alimenticia no se requiere la acreditación inequívoca de la relación paterno filial, pero en modo alguno, confiere al demandante, vía representante legal, la calidad de hijo extramatrimonial del demandado, dado que éste solo se puede hacer *(sic)* mediante reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad a que se refiere el citado artículo 387 y siguientes; consecuentemente, dicho derecho de alimentos es excepcional y como tal tiene tratamiento particular al derecho de alimentos de los hijos matrimoniales o extramatrimoniales.»(762)

En esa línea, la Casación n.° 3328-00-Camaná, de fecha 12 de marzo de 2001, estableció los requisitos para que proceda la acción alimentaria del hijo extramatrimonial: «*Primero.* [Para] la procedencia de la pensión de alimentos en caso de hijos alimentistas, según el artículo 415 del Código Civil, se requiere

(762) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 501 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 352.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que el hijo reclame del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años; en tal sentido, según la hipótesis fáctica de la norma se necesitan dos supuestos básicos que acreditar para que opere el reclamo: las relaciones sexuales habidas entre la madre del hijo alimentista y el demandado; y que dichas relaciones hayan tenido lugar en la época de la concepción del hijo.»(763)

El precepto continúa señalando que el demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo. Como se aprecia, volvemos al principio. Hoy en día las pruebas de ADN permiten confirmar o descartar la paternidad o la filiación (como se quiera apreciar el problema), razón por la cual, la categoría de hijo alimentista va quedando en el baúl de los recuerdos.

En el año 2001, Arias-Schreiber señalaba que: «[...] si bien conviene mantener la institución pues es necesaria y de innegable importancia social, paulatinamente tenderá a quedar en desuso, por los continuos avances científicos que permitirán a la mayoría de la población a acceder a las pruebas de paternidad. Mientras esto no sea así, empero, creemos adecuado mantenerla, aunque teniendo presente que su denominación no debe llevar a equívocos acerca de la verdadera naturaleza de la figura, puesto que se trata de una mera obligación de prestar alimentos, sin ninguna consecuencia de filiación.»(764)

El artículo 415 del Código Civil concluye estableciendo que el demandado podrá accionar, ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos, el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica, con igual o mayor grado de certeza, que no es el padre.

Nótese que la ley sólo se refiere al cese de la obligación alimentaria y no a la devolución de los pagos que se hubiesen hecho en consideración a haber sido declarado hijo alimentista, sin ser padre de esa persona. Entendemos que el legislador no ha colocado esta acción en esta norma, pero por supuesto que sí resulta aplicable al caso *la actio in rem verso*, propia de la devolución de lo indebidamente pagado.(765)

(763) *Loc. cit.*
(764) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 125.
(765) Ver: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Thomson Reuters, Lima, 2014, volumen III, pp. 1381-1460.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Adicionalmente, cabe precisar que, según la Casación n.° 3978-2006-Lima, de fecha 26 de junio de 2007, «El hecho que el hijo alimentista (al amparo del art. 415 CC), esté cursando con éxito estudios superiores no es motivo para denegar la exoneración de alimentos. *Sexto.* [Se] interpone demanda de exoneración de alimentos [...] contra [el hijo alimentista] peticionando que se le exonere de los alimentos que viene prestando a favor del demandado en virtud al proceso de pensión de alimentos que se le siguiera al amparo del artículo 415 del Código Civil, bajo el argumento de que el demandado actualmente tiene más de 18 años y que, por tanto, debe exonerársele de continuar prestando alimentos; demanda que es amparada por el *a quo* [...], al considerar que el demandado, [...] a la fecha de interposición de la demanda había cumplido los 18 años; no encontrándose en incapacidad física ni mental; sentencia que es confirmada por la Sala Superior, precisando que la circunstancia que el demandado esté cursando con éxito estudios superiores no es motivo para denegar la exoneración de alimentos, puesto que los obtuvo en calidad de hijo alimentista conforme al artículo 415 del Código Civil.»[766]

Así también, mediante Casación n.° 208-2001-Moquegua, de fecha 2 de junio de 2007, se señaló que «El hecho de que la alimentista esté cursando estudios escolares no constituye incapacidad física o mental. *Quinto.* [El] hecho de que la demandada esté cursando estudios escolares no constituye incapacidad física o mental, porque si adoleciera de alguna de estas incapacidades no podría cursar estudios y la incapacidad física no ha sido alegada. [...] *Sétimo.* [...] [La] interpretación correcta [del artículo 415] es que la pensión alimenticia es a favor de los hijos extramatrimoniales no reconocidos, solo rige hasta los 18 años, salvo que no puedan proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.»[767]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[768] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del Capítulo Tercero, para derogar lo relativo a los hijos alimentistas, propuesta con la que estábamos de acuerdo; y sustituirla por la filiación con reproducción asistida.

En ese orden de ideas, se proponía modificar el artículo 415, en los términos siguientes:

(766) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 331, 501.
(767) *Ibidem*, p. 502.
(768) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 129-132.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida

1.- Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional *(sic)*.

2.- No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.

3.- El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

Se señalaba, en primer lugar, que toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad de procreación.

A ello se agregaba el inciso 3, en el que se establecía que el consentimiento informado debía ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

Estos dos incisos tenían un contenido verdaderamente obvio. Lo contrario sería inimaginable.

Por su parte, en el inciso 2 se proponía que no podrá hacerse referencia alguna acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.

Esta precisión sí era adecuada para la preservación de la integridad de los derechos de la persona procreada a través de estas técnicas y así evitar que sea discriminada.

También se proponía crear un artículo 415-A, de texto siguiente:

Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial

1.- Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.

2.- En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.

El inciso 1 planteaba que los hijos se consideren matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida.

Pero advertimos en su momento que habría que tener mucho cuidado con el hecho de que no se especificaba que tal presunción sólo debía regir cuando ese material genético del marido sea empleado en su esposa. Si el mismo fuese empleado o implantado en otra mujer, el hijo no debería considerarse matrimonial, sino extramatrimonial.

Además, se establecía que la existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hacía presumir su asentimiento.

Entendemos que el material genético al que se hacía referencia podría ser del marido o de la mujer, o de ambos.

En verdad, nos parecía peligroso que aquí se estableciera una presunción. Siempre se debería estar ante el requerimiento de una autorización expresa.

El inciso 2 señalaba que los hijos se consideran matrimoniales cuando exista consentimiento expreso del cónyuge (debemos entender que se trataba del cónyuge que no participa activamente del procedimiento médico), formalizado en documento de fecha cierta, para la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.

Debíamos entender aquí que el material genético de ese tercero se va a implantar en la futura madre, junto con material genético de ella o de su esposo.

En cualquier caso, señalábamos que debería existir asentimiento escrito no de uno, sino de los dos cónyuges, para evitar ulteriores problemas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El inciso 3 de la propuesta también era defectuoso. Se refería a los casos de reproducción médicamente asistida *post mortem* con material genético del marido.

Para que el hijo sea matrimonial, el proyecto de norma requería que: i) exista asentimiento expreso del marido, y ii) se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido.

Pensábamos que aquí sólo se debería exigir que haya habido asentimiento del marido. El plazo, además de ser limitativo, carece de sentido, en la medida en que si el marido autorizó por acto *inter vivos* o por acto *mortis causa*, él sería el padre, con absoluta prescindencia del tiempo que hubiere transcurrido entre su muerte y la fecundación médicamente asistida.

Además, por último, podemos preguntarnos qué pasaría si la viuda se hace fecundar luego de la muerte de su esposo con material genético de este último, pero sin mediar autorización del difunto.

Aquí, ¿acaso el hijo no tendría padre? Por supuesto que sí lo tendría y sería el difunto, no sólo por el principio del interés superior del niño, sino por aplicación de la primacía de la realidad.

El tema de la autorización del marido muerto sería, en buena cuenta, irrelevante.

El proyectado inciso 3 aplicaba la misma regulación a los embriones crioconservados.

Hicimos de aplicación a este tema las mismas críticas, pero con mayor rigor, pues no se trata de un futuro embrión, sino de uno que ya se encuentra crioconservado. A mayor razón, mayor derecho.

Pero la comisión del 2019 también propuso crear un artículo 415-B, de texto siguiente:

> **Artículo 415-B.-** Impugnación de paternidad
>
> Procede la impugnación de paternidad derivada de la reproducción médicamente asistida de la mujer, realizada sin mediar el asentimiento expreso del marido a que se refiere el numeral 2 o fuera de los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 415 *(sic)*-A.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No estábamos de acuerdo con la posibilidad de que el marido impugne la paternidad de un hijo que es suyo, pero cuya fecundación no fue autorizada por él.

Éste será un tema que se podría resolver en un reclamo indemnizatorio del marido contra su mujer (lo que no dejaría de ser vergonzoso frente al hijo reproducido de esta manera) o frente a los médicos o establecimiento de salud que procedieran de este modo, sin requerir de la autorización expresa del marido; pero de ahí a otorgar una acción para impugnar la paternidad de un niño que es de uno mismo hay siete abismos.

Esta norma era, simplemente, amoral.

La comisión del 2019 también propuso un artículo 415-C, de texto siguiente:

> **Artículo 415-C**.- Determinación de la paternidad extramatrimonial
>
> 1.- No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de material genética *(sic)*, equivale al reconocimiento de la filiación.
>
> 2.- La utilización de material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales.
>
> 3.- En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B.

El artículo 415-C, propuesto por la comisión, establecía en su inciso 1, que «No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de material genética *(sic)*, equivale al reconocimiento de la filiación».

Esta norma era defectuosa, en la medida en que pudiera haber habido error en el empleo del material genético, habiéndose empleado el de un tercero o de dos terceros, caso en el cual, por más autorización previa que hubiere habido, el niño tendría otro padre y/o madre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el inciso 2, por su parte, se establecía que: «La utilización de material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales».

Estuvimos parcialmente de acuerdo con esta norma, en tanto la presencia del tercero pudiere alterar los derechos del padre o de la madre que emplearon esta técnica de reproducción. No obstante, en el supuesto en el cual el menor nazca sin el reconocimiento de uno de sus progenitores se le debería permitir conocer a su verdadero padre o madre.

Los niños deben tener –en la medida en que ello resulte posible– un padre y una madre y crecer en compañía de ambos.

El interés superior del niño debe estar por encima de cualquier consideración relativa al anonimato.

Finalmente, el inciso 3 del 415-C establecía que «En la reproducción médicamente asistida *post mortem* con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquél siempre que concurra *(sic)* lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B *(sic)*».

En principio, el artículo 415-B no tenía numerales, razón por la cual entendemos que la comisión se quiso referir al artículo 415-C, que sí los tiene.

En segundo lugar, la norma era inútil, pues entendemos que este supuesto ya se encontraba cubierto por el artículo 415-B (ello, naturalmente en el esquema propuesto por la comisión).

Pero nosotros recusamos este proceder, habida cuenta de que el hijo deberá ser de quien conviva con la madre, incluso en el supuesto en que el procedimiento de reproducción médicamente asistida se haya llevado adelante sin el asentimiento de su padre.

Como hemos señalado oportunamente, tal falta de asentimiento no puede ser opuesta al menor en virtud del interés superior del niño.

Sería algo así como que se permitiera a un hombre –casado o no– impugnar la paternidad ante la falla de un preservativo o porque su pareja, en plena relación sexual, hizo con su esperma algo que él no hubiera deseado. Esos riesgos no pueden ser asumidos por el hijo, sino por el hombre que mantuvo relaciones sexuales con la madre del niño. Esto siempre ha sido así.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La comisión también propuso la creación de un artículo 415-D, con el siguiente texto:

> **Artículo 415-D**.- Determinación de la maternidad
>
> 1.- El parto determina la maternidad.
>
> 2.- La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
>
> 3.- En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional *(sic)* de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.
>
> 4.- Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial *(sic)*

El anteproyecto del año 2006 proponía en su artículo 417-E, inciso 1, que «El parto determina la maternidad. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja».

En el inciso 2 señalaba: «No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro».

Apenas publicado el anteproyecto del 2006, criticamos duramente esta propuesta.

Como se puede apreciar del texto del artículo 415-D del anteproyecto del año 2019, si bien su inciso 1 establece que «El parto determina la maternidad», atenúa notablemente la rigidez del principio, cuando en su inciso 2 señala que «La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros».

Esto significa que la comisión del 2019 atendió las críticas que al respecto formulamos en el año 2006.

No obstante, la propia comisión relativizaba notablemente la bondad del inciso 2, cuando en el inciso 3 señalaba que «En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional *(sic)* de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Queda en evidencia que con el inciso 3, la claridad del inciso 2 se relativizaba tanto que –finalmente– cualquiera podría ser declarada madre del menor.

En un supuesto como el del inciso 2, la solución legal debería ser contundente.

El inciso 3, en opinión nuestra, no debería existir.

Finalmente, el inciso 4 del anteproyecto del 2019 tuvo como antecedente el artículo 417-E (inciso 2 del anteproyecto del 2006), que establecía que «No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro».

La comisión y el anteproyecto del 2019 no solucionaban nada, pues el artículo 415-D, inciso 4, establecía una expresión que no aportaba nada en realidad, al decir que «Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial».

¿Y esto qué significaba? Nos parece que la comisión del 2019 quiso decir, con otras palabras, lo que dijo la comisión del 2006 en el artículo 417-E, inciso 2, en el sentido de que tales acuerdos no son exigibles.

Disentimos de esta solución.

Es obvio que no podrá recurrirse a un cumplimiento forzoso de tales acuerdos, como en cualquier contrato en que se quiera exigir el cumplimiento forzoso por parte del deudor de una obligación cuya ejecución implique el empleo de violencia contra la persona del deudor. Aquí el límite estará demarcado por el empleo de violencia contra su persona, lo que está prohibido.

Aún más, al no ser un contrato, dado lo que proponía la comisión en el artículo 415-D, inciso 4, al decir que estos acuerdos no tendrían contenido patrimonial.

Todo bien, pero una vez que nazca el niño, si la mujer que lo gestó con material genético de terceros se arrepiente y no quiere entregar al menor hijo, ¿se podría exigir el cumplimiento forzoso?

Por supuesto que se debería poder, pues esa mujer no es la madre biológica o genética del menor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FAVRE

Prueba sobre la conducta de la madre

Artículo 416.- Derogado. *Este artículo fue derogado por el artículo 6 de la Ley n.º 27048, publicada el 6 de enero de 1999. El texto original de la norma era el siguiente:*

Artículo 416.- *Es de aplicación al caso a que se refiere el artículo 415, lo dispuesto en el artículo 403.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Titular y destinatario de la acción

Artículo 417.- La acción que corresponde al hijo en el caso del artículo 415 es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos, sin embargo, no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado.

El artículo 417 trata acerca del titular y destinatario de la acción encaminada a la declaración de hijo alimentista. Dado que ella puede ser interpuesta desde la concepción hasta un año contado desde el nacimiento del hijo, es obvio que el hijo en ningún caso actuará por él mismo, sino a través de su madre o de su tutor, si fuera el caso (en ambos supuestos, representante legal del menor).

El demandado será el presunto padre o sus herederos. Sobre esto no existe la menor duda.

Si se demandara a los herederos o al padre, pero éste muriese y los herederos prosiguieran el juicio por sucesión procesal, el artículo 415 establece que éstos no tendrán que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado. Esta es una aplicación concreta del principio *intra vires hereditatis*, acogido por el Código Civil peruano de 1984 en su artículo 661 y la legislación de nuestra tradición jurídica, principio que consiste en que los herederos sólo responderán dentro de los límites de la herencia recibida. El mismo es contrario al *ultra vires hereditatis* (relativo a las excepciones contempladas en el artículo 662 del Código nacional).

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

TÍTULO III
PATRIA POTESTAD

CAPITULO ÚNICO
EJERCICIO, CONTENIDO Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Noción de patria potestad

Artículo 418.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

La patria potestad es, en la relación entre los padres y los hijos, una figura similar a la que existe entre el tutor y el pupilo o a la que existe entre el curador y el sujeto a curatela. Por la patria potestad, los padres asumen el deber de cuidar de sus hijos menores de edad. Pero no sólo se trata de un deber, sino también de un derecho. Para explicar los alcances que tiene la patria potestad, vamos a ver qué es lo que la doctrina y la jurisprudencia dicen sobre ella

Peralta Andía señala que: «[...] la patria potestad es otra institución importante del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos menores, para su protección y formación integral desde la concepción hasta que alcancen la mayoría de edad.»(769)

Por su parte, la jurisprudencia en el Expediente n.° 787-97, de fecha 26 de junio de 1997, señala que la patria potestad es, «[...] una institución jurídica que contempla el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, que en el caso de divorcio, la ejerce el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro suspendido en su ejercicio. *Octavo.* [Debe] tenerse presente que entre los atributos de la patria potestad se

(769) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 462.

USUDO MARIO CASTILLO FREYRE

encuentra la tenencia, conforme lo enuncia el artículo 123 del Código Civil; y en ese sentido también cabe señalar que el régimen de la tenencia que regula el Código de los Niños y Adolescentes está referido al caso de los padres que se encuentran separados de hecho sin que exista acuerdo entre ellos; en cuyo caso, el juez aplica reglas pertinentes que protegen al menor; de modo que, en consecuencia, respecto a este extremo, debe integrarse la Resolución apelada.»(770)

Así también, en el Expediente n° 99-98, de fecha 5 de marzo de 1998, se establece que: «La patria potestad no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres. *Segundo*. [La] patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres, precisamente, porque constituye, fundamentalmente, el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres.»(771)

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(772) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 418, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 418**.- Noción de patria potestad.
>
> Por la responsabilidad parental los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad.

Como se puede apreciar, este artículo proponía sustituir la expresión «patria potestad» por «responsabilidad parental».

La exposición de motivos señalaba lo siguiente respecto a la propuesta modificatoria: «La norma actual establece que la función de los poderes que se atribuyen a los padres en relación con sus hijos, pues como muestra la evolución histórica de la institución, esos poderes se otorgan para el cumplimiento de los deberes que se imponen a los padres y, por tanto, en beneficio del hijo. Aunque la actual regulación legal no expresa esa función en interés del hijo; la Convención sobre los Derechos del Niño completa el vacío. El interés del hijo como fin de la potestad paterna, incorporada por la propuesta normativa,

(770) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 505.
(771) *Loc. cit.*
(772) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 135.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

preside las relaciones personales como las patrimoniales y es el fundamento, en alguna medida, de la propuesta para la supresión del usufructo paterno.»[773]

De lo anterior podemos advertir que la exposición de motivos no indicaba claramente la justificación del cambio de nomenclatura propuesto.

Además, el término «patria potestad» es de amplio y difundido uso y conocimiento en la sociedad peruana.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(773) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil Peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 107.

Ejercicio conjunto de la patria potestad

Artículo 419.- La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo.

El último párrafo de la norma es fruto de la modificación efectuada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS. El segundo párrafo original señalaba lo siguiente:

«En caso de disentimiento, resuelve el juez de menores en la vía incidental».

De conformidad con el artículo 2 de la Ley n.° 26819, publicada el 25 junio 1997, se sustituyó la denominación «Juzgados del Niño y del Adolescente» por la de «Juzgados de Familia», en las Leyes, Decretos Legislativos, Decretos Ley y demás disposiciones legales o administrativas correspondientes.

Como se puede apreciar, el artículo 419 del Código Civil establece que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

En lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, podemos decir que el mismo tiene carácter indivisible, vale decir que ese deber y derecho tiene que ser ejercido conjuntamente por el padre y la madre. En otras palabras, al Derecho no sólo le interesa que el mismo sea ejercido por el padre o por la madre, sino por ambos. Esto, en la medida en que se sabe que la formación y el cuidado de un niño o adolescente debe ser hecho por ambos padres. Esta sería, sin duda, la situación ideal. No obstante, a falta de uno, los cuidados del menor recaerán en el otro padre, a quien el Derecho podrá exigir toda la dedicación que hubiere implicado el que la obligación sea ejercida por ambos.

Respecto a lo último, la Casación n.° 719-97-Lima, de fecha 23 de octubre de 1998, ha precisado que: «Es deber del padre que ejerce la patria potestad tener al hijo en su compañía. *Noveno.* [Si] bien es cierto que el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que en el caso de no existir

acuerdo de los padres, al juez le compete resolver la tenencia, también lo es que este es un aspecto derivado de la patria potestad, ya que es deber del padre que ejerce la patria potestad tener al hijo en su compañía, tal como precisa el artículo 82 literal f) del citado Código en concordancia con el artículo 423 inciso 5 del Código Civil.»[774]

Lo propio podemos decir en lo que respecta a su exigencia, razón por la cual se trata de un deber-derecho de carácter o naturaleza indivisible.

No obstante lo anterior, no es ajeno a la realidad el hecho de que uno de los padres, por diversas razones, se aleje de los hijos, motivo por el cual podría extinguirse el ejercicio conjunto de la patria potestad. Esta situación ha sido desarrollada en el Expediente n.° 709-97, de fecha 30 de mayo de 1997, al señalarse que: «Se extingue el ejercicio conjunto de la patria potestad si el demandado no cumple regularmente con prestar alimentos a sus hijos y viaja constantemente al extranjero. *Primero.* [Conforme] se ha probado en autos, [el padre] no cumple regularmente con prestar alimentos a sus hijos, lo que ha determinado que la madre de los menores, interponga las acciones por delito de omisión de asistencia familiar. [...] Tercero. [En] autos se ha demostrado, que el [padre] viaja constantemente al extranjero, [...] donde permanece por tiempos prolongados, lo que le impide ejercer regularmente la patria potestad, respecto de sus menores hijos, [...] [en consecuencia declárese extinguido] el ejercicio de la patria potestad [del padre] respecto a sus hijos [...].»[775]

Por otra parte, resulta evidente que los padres podrían disentir en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, vale decir en lo que atañe a las decisiones sobre el cuidado de su menor hijo. El Código Civil de 1984, lo hemos señalado reiteradas veces, respeta de manera escrupulosa la igualdad de derechos entre hombre y mujer. En tal virtud, ante un eventual disentimiento, no podría haberse establecido que la decisión de uno de los padres prevalecerá por sobre la del otro. Es así que el artículo bajo comentario señala que en caso de disentimiento resuelve el juez del niño y adolescente, conforme al proceso sumarísimo.

Aguilar Llanos comenta al respecto que: «[...] sobre el particular habría que anotar la igualdad legal de hombre y mujer ante la ley y por ello, la equiparidad de derechos y obligaciones de los padres frente a sus hijos, criterio este que no se empleó en el Código Civil de 1936, por cuanto en dicho cuerpo

(774) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 506-507.
(775) *Ibidem,* p. 506.

legal si bien es cierto que la patria potestad era compartida por ambos padres, se precisaba a continuación que si había disentimiento prevalecía la opinión del padre.»[776]

Por su parte, Cornejo Chávez advierte que: «Esta tesis del ejercicio conjunto de la patria potestad, teóricamente intachable y conforme al principio de igualdad jurídica del varón y la mujer, puede tropezar, sin embargo, en la práctica con dificultades insalvables, pues imposible conseguir plena y permanente conformidad de criterio entre los padres –en toda clase de asuntos, de importancia grande o minúscula–, por mucha que sea la armónica compenetración que exista entre los dos. La solución consistente en que, cuando los padres no estén de acuerdo entre sí, sea el juez quien resuelva la discrepancia, aunque sea sin forma de juicio, como lo establece la ley mejicana, parece inaconsejable *(sic)*: porque recarga la labor judicial, retarda la adopción de decisiones que a veces deben ser inmediatas, puede introducir motivos de distanciamiento entre los padres, y a la postre resulta encargando la solución de los asuntos a quien tal vez los conoce menos y no tiene en el bienestar de los menores el mismo afectuoso interés que los padres.»[777]

Por otro lado, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[778] nos permitimos señalar que debería incluirse en el artículo 419 el tema de la unión de hecho. Así, el artículo podría haber tenido la siguiente redacción: «La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio o unión de hecho, si en este último caso los dos han reconocido al hijo, correspondiendo a ambos su representación legal».

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[779] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 419, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 419**.- Ejercicio conjunto de la patria potestad
>
> El disentimiento respecto al ejercicio de la responsabilidad parental será resuelto por el juez de familia, por la vía del proceso único.

(776) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patria potestad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 20.

(777) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 181.

(778) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 432.

(779) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 135-136.

Pensamos que el artículo 419 se adecuaba al cambio de nomenclatura propuesto («responsabilidad parental»), con lo que no estamos de acuerdo, y con la normativa procesal pertinente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ejercicio unilateral de la patria potestad

Artículo 420.- En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

El artículo 420 trata sobre los casos en que se ha producido la suspensión de la patria potestad de los hijos matrimoniales. Ésta se produce cuando se ha resuelto la separación de cuerpos, el divorcio o la invalidación del matrimonio. En todos estos casos, dada la naturaleza de las pretensiones mencionadas, resultará evidente que los cónyuges (separación de cuerpos) o excónyuges (divorcio o invalidación del matrimonio) ya no harán vida en común, empezando por el hecho de que no seguirán viviendo juntos.

Esa distancia hará imposible que los hijos comunes vivan con ambos progenitores. Esto, lamentablemente, es así. En ese sentido, el artículo 420 se encarga de determinar que, en esta clase de supuestos, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos; en tanto que el otro queda, temporalmente, suspendido en su ejercicio. Este supuesto de suspensión de la patria potestad es entendido como una medida de carácter temporal, el mismo que, dada su naturaleza, deviene en eminentemente variable. Lo que ocurre es que los hijos que van a vivir con uno de los progenitores no podrán estar al permanente cuidado de aquél que no los tiene consigo. Entonces, resulta plenamente lógico que se suspenda la patria potestad para este último y que ella recaiga en exclusiva para el padre que los tiene consigo.

En esa línea, Claudia Canales comenta lo siguiente: «Y es que se entiende que en tales supuestos los cónyuges o excónyuges se encuentran en una situación de separación de hecho o fáctica, por lo que la convivencia ha sido quebrantada, siendo necesario determinar a cuál progenitor le corresponde la custodia de los hijos. Asimismo, el referido desmembramiento de las funciones de la patria potestad se puede producir en virtud del acuerdo entre los cónyuges.»[780]

(780) Canales Torres, Claudia. «Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 103.

Es evidente también que podría ocurrir, lo que pasa a menudo, que algunos hijos se queden bajo la patria potestad de uno de los padres y otros hijos permanezcan en la patria potestad del otro. Lo expresado se aplica a cada uno de los hijos en particular.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(781) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 420 por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 420**.- Ejercicio unilateral de la patria potestad
>
> En caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio, la responsabilidad parental será ejercida por ambos progenitores, independientemente de quien *(sic)* tenga a su cargo la tenencia.

Como hemos visto, el artículo 419 que proponía la comisión del 2019 partía del «pecado» de la propia comisión de proponer la eliminación del divorcio sanción y sus causales, para ser sustituido por el divorcio remedio.

El divorcio remedio es amoral y parte de la idea de que, al no haber cónyuge culpable, las consecuencias del divorcio no podrán asignar sanciones a alguno de los cónyuges.

Es el caso del artículo 420 que proponía la comisión, norma en la que se establece que la responsabilidad parental será ejercida por ambos progenitores, a diferencia del artículo en vigencia, que señala que, en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

(781) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 136.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Patria potestad de hijos extramatrimoniales

Artículo 421.- La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido.

Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad.

El artículo 421 trata acerca de la patria potestad en caso estemos en presencia de hijos extramatrimoniales.

La norma parte de una consideración básica, fundamental, cuando establece que la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Esto no podría ser de otra manera, en la medida en que el progenitor que no lo hubiere reconocido como hijo no podría ejercer la patria potestad, dado que, simplemente, no sería padre del menor. Ahora bien, podríamos encontrarnos en el caso en que el progenitor no lo hubiese reconocido, pero se le haya declarado padre en virtud de un proceso de filiación extramatrimonial en el que, obviamente, hubiese sido demandado.

Entendemos que aquí si bien sería padre, no habría adquirido tal condición jurídica de manera voluntaria. En tal caso, si uno de los padres hubiese reconocido voluntariamente al hijo y el otro hubiese tenido que ser vencido en juicio para ser declarado padre, se entiende que el primero de ellos debería ser preferido para el ejercicio de la patria potestad.

Si ambos padres hubieren reconocido al hijo, el juez de familia (el texto del artículo no ha sido actualizado, y continúa mencionando al antiguo juez de menores) determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. No obstante, debemos señalar que no concordamos con un extremo de esta norma y es el relativo al supuesto en el cual los padres del menor vivan juntos. En este caso, lo lógico sería otorgar

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a ambos la patria potestad del menor, no sólo a uno de ellos. El tema debería seguir la misma lógica que en el caso de la patria potestad de los menores que tengan la condición de hijos matrimoniales.

El artículo 421 indica también que las normas contenidas en él son de aplicación respecto de la madre, aunque sea menor de edad. Entendemos que el precepto señala lo expuesto en la medida de las condiciones particulares que tiene el haber sido madre, en relación con sus hijos. No obstante (se comprende que en estos casos), el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad. Sin duda, se tratará de situaciones de excepción y la norma tiene por objeto lograr la protección de los menores, si tal fuese la situación.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(782) proponíamos sustituir la expresión «hijos extramatrimoniales» por la de «hijos nacidos fuera del matrimonio», en razón a los argumentos que hemos señalado reiteradas veces. Además, proponíamos sustituir la referencia al juez de menores, por la correspondiente al juez de familia.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(783) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 421, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 421**.- Patria potestad de hijos extramatrimoniales
>
> 1.- El ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental implica el ejercicio de la tenencia, la que se ejercerá:
>
> a) En caso de convivencia del hijo con ambos progenitores, le corresponde a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo que medie expresa oposición.
>
> b) En caso de que cese la convivencia del hijo con uno de sus progenitores por: separación de hecho, separación de cuerpos, divorcio o invalidez de matrimonio, la ejercerá quien de común acuerdo o por conciliación extrajudicial se determine, o a quien designe el juez de familia. Se presume que los actos

(782) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 437.

(783) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 136-137.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

realizados por uno cuentan con la conformidad del otro en tanto ambos ejercen la responsabilidad parental.

c) En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, extinción de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, le corresponde la tenencia al otro.

d) En el caso del hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;

e) En el caso del hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno de los progenitores fue declarado como tal judicialmente, el ejercicio de la tenencia le corresponde al otro progenitor.

2.- En interés del hijo, los progenitores que no convivan podrán ejercer la tenencia exclusiva o compartida de común acuerdo, por conciliación extrajudicial o por decisión del juez de familia.

El artículo 421 en vigencia es claro y de aplicación sencilla.

El artículo que se proponía en su lugar era excesivamente reglamentario.

El primer párrafo del inciso 1 señalaba que «El ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental implica el ejercicio de la tenencia, la que se ejercerá:».

El primer problema era que si el anteproyecto del 2019 pretendía emplear la expresión «responsabilidad parental», aquí la estaba utilizando como sinónimo de «patria potestad», expresión que planteaba dejar en desuso. Aquí se empleaba, además los dos términos.

El literal a) señalaba: «a) En caso de convivencia del hijo con ambos progenitores, le corresponde a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo que medie expresa oposición».

Más allá de lo innecesario de la modificación del artículo 421, el contenido del proyecto de 421, inciso 1, literal a), era correcto.

El literal b) señalaba que: «b) En caso de que cese la convivencia del hijo con uno de sus progenitores por: separación de hecho, separación de cuerpos, divorcio o invalidez de matrimonio, la ejercerá quien de común acuerdo o por conciliación extrajudicial se determine, o a quien designe el juez de familia. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro en tanto ambos ejercen la responsabilidad parental».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No tenemos objeciones a este respecto.

Por su parte, el literal c) señalaba lo siguiente: «En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, extinción de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, le corresponde la tenencia al otro».

También era correcto.

El literal d) señalaba que «En el caso del hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor».

También era correcto.

El literal e) indicaba que: «En el caso del hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno de los progenitores fue declarado como tal judicialmente, el ejercicio de la tenencia le corresponde al otro progenitor».

Opinábamos lo mismo del literal e).

En lo que respecta al inciso 2, en él se establecía, correctamente, que: «2. En interés del hijo, los progenitores que no convivan podrán ejercer la tenencia exclusiva o compartida de común acuerdo, por conciliación extrajudicial o por decisión del juez de familia».

No obstante, debemos precisar que disentimos de aquello que se establecía en el segundo párrafo de la exposición de motivos del artículo 421, cuando se señalaba que: «No es adecuado regular el ejercicio de la patria potestad al origen de la filiación, por cuanto se contraviene la disposición constitucional de no discriminación de los hijos por razón del nacimiento. Las normas deben estar dirigidas a regular el ejercicio de la patria potestad de los padres, con prescindencia de si son o no casados».

Más allá de la terminología, que describe una realidad en relación a si los hijos nacieron o no dentro del matrimonio, ella tiene por objeto asignarles determinadas e ineludibles consecuencias jurídicas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad

Artículo 422.- En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

El legislador de 1984 comprendió de manera muy clara que si las circunstancias hicieren que solamente uno de los padres tuviere la patria potestad del menor, tal situación no debería conllevar, de modo alguno, que el padre o madre que no la tuviera se desvincule de su hijo. El tema de la patria potestad salvo raros casos en que se le quite a uno de los cónyuges por temas relativos a su conducta, el hecho de que a uno de los padres se le prive de la patria potestad, obedecerá fundamentalmente a que los padres están separados por alguna de las circunstancias ya explicadas. En tales casos, el otro padre deberá gozar de todas las facilidades a efectos de que se le permita tener contacto con el menor, tanto para visitarlo, como para que pueda pasar algunos días con él. Esta es una situación muy común. El padre o madre que goce de la patria potestad estará prohibido de realizar actos que perturben, limiten o impidan la relación del otro progenitor con su hijo.

En esa línea, Zárate del Pino comenta que: «El anhelo de tener comunicación o trato con los hijos responde a un deseo tan natural que ni la conducta culpable de uno de los padres que hubiera dado lugar al divorcio puede constituir obstáculo para que se reconozca ese derecho.»[(784)]

Al respecto, tenemos la Casación n.º 1426-2003-Lima, de fecha 31 de marzo de 2004, que indica que «Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos. *Tercero.* [...] [Se] advierte que la menor permaneció más tiempo con su padre y la familia de este, afirmación que se corrobora con los informes sociales de fojas 204 y 266 así como de la evaluación psicológica de fojas 139, advirtiéndose que se encuentra integrada al hogar del padre, consecuentemente resulta de aplicación el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, máxime aún si de la entrevista a la menor [...] se desprende que desea vivir al lado de su padre y que su madre la visite, por lo

(784) Zárate Del Pino, Juan. «El problema de los disensos sobre el ejercicio de la patria potestad y la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 381.

que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 422 del Código Civil y los artículos 88 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes debe señalarse un régimen de visitas que permita que la madre conserve las relaciones personales con su hija [...] la Sala de Familia pretende promover en adelante la relación que debe existir entre madre e hija, motivo por el cual es que le otorga un régimen de visitas abierto, que si bien la Ley no lo señala de manera expresa, pero tampoco lo prohíbe.»[785]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[786] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 422, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 422**.- Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad
>
> Todo progenitor tiene derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su tenencia, las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

Ya hemos expresado nuestras reservas sobre este tema con ocasión del análisis de la propuesta de reforma del artículo 345, por lo que hacemos aplicables al 422, *mutatis mutandis*, las críticas vertidas anteriormente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(785) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 508.
(786) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 138.

Deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad

Artículo 423.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.

2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

3.- Inciso derogado. *De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se modifica el presente inciso; sin embargo, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el texto original.*

Pero, luego, el inciso fue derogado por la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley n.° 30403, publicada el 30 de diciembre de 2015.

El inciso 3 original, de 1984, señalaba lo siguiente:

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 reeducación de menores.

4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación *(sic)*.

De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el presente inciso, sin embargo, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el texto original.

5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.

6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.

7.- Administrar los bienes de sus hijos.

8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 423 se encarga de establecer los deberes y derechos correspondientes a los padres que ejercen la patria potestad. Nos encargaremos de estudiarlos en detalle:

a) Proveer al sostenimiento y educación de los hijos (inciso 1)

Los padres que tengan la patria potestad de sus hijos deberán correr con los gastos de alimentos que conlleve su sostenimiento y educación. No obstante, esto no quiere decir que el padre a quien no se le hubiere asignado la patria potestad esté exento de la obligación alimentaria.

Asimismo, Peralta Andía precisa que: «[...] proveer al sostenimiento, significa el deber de alimentar a los hijos para garantizar su supervivencia, entendiéndose por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y también asistencia médica; pero si es menor de edad, comprende asimismo su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. En cambio, proveer a su educación implica no sólo una tarea formativa sino también informativa. Se trata de dos conceptos concurrentes que se refieren tanto a los aspectos materiales cuanto a los intelectuales, morales y sociales.»(787)

b) Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes (inciso 2)

También deberán disponer lo relativo a la educación de los hijos, sea en un colegio, sea en una universidad o en un instituto superior. El tema de la educación se relaciona en el inciso bajo comentario con la vocación y aptitudes. Esto no significa que los padres que ejercen la patria potestad decidan sobre la vocación y aptitudes de los hijos. Sólo significa que, con base en esas aptitudes, y dentro del marco de las posibilidades económicas, les brinden la mejor educación que esté a su alcance.

De manera acertada, Arias-Schreiber comenta al respecto que: «Habría que agregar que se tendrá en cuenta su vocación y aptitudes, pues se dan muchos casos en que los hijos son obligados a seguir determinadas profesiones u oficios contra su voluntad, lo que los conduce a un inevitable fracaso.»(788)

(787) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, pp. 473-474.
(788) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 185.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA FREITE

c) Inciso derogado. Decía: Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores (antiguo inciso 3)

No cabe duda de que constituyó un desacierto la derogatoria del inciso 3 del artículo que venimos comentando. Decimos esto en la medida en que si los hijos tienen un mal comportamiento, es absolutamente natural y necesario que los padres los corrijan de manera moderada, como lo señalaba la norma de 1984. Y esto sigue y seguirá siendo así, pues no se puede permitir que los hijos se comporten de manera indisciplinada y no tengan corrección en casa. Si ello se produjera, no hay duda de que será el camino más directo a la perdición de esos menores.

La norma derogada señalaba también que, cuando esto no bastare, los padres podían recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.

Como lo hemos expresado en diversos foros, creemos que la derogatoria de este inciso se basó en razones demagógicas. La pérdida de disciplina en un hogar sólo favorece a la anarquía y no a la formación de buenos ciudadanos.

d) Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación (inciso 4)

Esta norma se refiere a dos temas distintos. El primero, el relativo a la colaboración que pueden prestar los menores en las labores propias del hogar, como es el caso de cocinar, lavar la ropa, ir a comprar a la bodega o al mercado, etc., etc., etc. Sin duda, la multiplicidad de labores en las que los padres podrían requerir la valiosa ayuda de sus hijos resulta de lo más variada. Esto es normal, siempre y cuando tales labores no pongan en riesgo la integridad física y moral, la salud, ni la educación de esos menores.

Lo propio podría decirse de las labores que puedan desarrollar y que se consideren como trabajo, sea dentro o fuera del hogar. Esto, sobre todo, se presentará en aquellos casos en que la situación económica del hogar no sea óptima y los padres requieran de ingresos adicionales de aquellos que pueden obtener para proveer al sostenimiento del hogar. A tales efectos, habría que concordar esta norma con los dispositivos pertinentes del Código de los Niños y Adolescentes y con otros preceptos que resulten de aplicación al caso concreto. Todo esto, siempre cuidando de preservar la integridad física y moral, la salud y la educación de esos menores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para Cornejo Chávez: «Este precepto se explica por sí mismo: el exigir a los hijos menores la realización de algunos servicios también forma parte de su educación y capacitación para el trabajo; y además es justo que ayuden a sus padres, sobre todo cuando su situación económica no es holgada, siempre que se trate de servicios adecuados a la edad y condiciones del menor –exigencia que ya traía el Código anterior– y que no se perjudique su educación –agrega el nuevo texto–, que es lo más importante.»[789]

e) Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario (inciso 5)

La patria potestad otorga a los padres el derecho de tener a los hijos en compañía de los padres que gocen de ella. Esto significa controlar sus actividades y que los menores desarrollen su vida cerca de sus padres, para que ellos puedan observarlos y dirigir aquello que hacen. Tal situación lleva implícito lo también señalado por la norma, en el sentido de que los padres que gocen de la patria potestad pueden recoger a los menores de donde se encuentren sin permiso, precisamente, de sus padres.

A estos efectos, el inciso 5, bajo comentario, establece que los padres podrán recurrir a la autoridad pertinente, si ello fuere necesario. Es claro que si el menor desapareciere de la casa, los padres podrán recurrir a la Policía Nacional del Perú a efectos de hacer la denuncia respectiva para que se inicie la búsqueda.

En otros términos, los menores bajo la patria potestad de sus padres no pueden tomar decisiones que impliquen el apartamiento del hogar o la realización de actividades dentro o fuera de él, que no cuenten con la autorización de sus padres. En sentido literal, lo podrán hacer a partir del día en que cumplan la mayoría de edad (dieciocho años), momento en el cual cesa la patria potestad y el menor se convierte en ciudadano, libre de decidir en lo que respecta a su vida y a sus actos.

También se ha analizado en materia jurisprudencial qué ocurre cuando se retira del hogar a un hijo adolescente. Así, en el Expediente n.º 00666-2014-0-1618-JM-FC-01, de fecha 16 de febrero de 2015, se señaló que: «El retiro del hogar como castigo a una hija adolescente se configura como detrimento a su estabilidad psicológica. *Décimo quinto.* En primer orden tenemos que ambas partes reconocen que la adolescente se encontraba el

(789) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 191.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

día de los hechos conversando con su amiga a las afueras del inmueble donde habita con su señora madre al promediar las 10:30 pm. Teniendo en cuenta lo afirmado, es claro que en el derecho de corrección que tienen los padres y en específico la ahora demandada, resultaba razonable que requiera y reprima a su menor hija a efectos de que cumpla con reglas de conducta como es el de descansar a una hora prudente por la edad que ostenta; tal como ha ocurrido en el terreno de los hechos, ya que su madre le pidió a través de su hija mayor que ingresara a la casa a descansar, haciendo caso omiso la agraviada; sin embargo, el acto posterior a ello, de agresión física propalada a la menor con su sandalia y luego el de arreglar sus cosas en su maleta para disponer que se vaya a vivir con su padre, sin haber dialogado con ella ni evaluado su opinión, constituye una actitud desproporcionada y excesiva de dicha potestad discrecional, ya que la madre pudo utilizar sanciones menos gravosas para velar por la integridad y la educación de la menor; siendo ello así la actitud realizada por la madre resultaba irrazonable por no tener una justificación lógica del medio (sanción) empleado. Asimismo, se comprueba que las conductas citadas (agresión y la decisión irrazonable de entregarle sus cosas en una maleta) han originado o causado una consecuencia directa en la esfera personal de la adolescente, en específico en el ámbito psicoemocional, tal como lo indica el propio "Protocolo de Pericia Psicológica", concluyendo dicho informe de manera categórica que existe un maltrato psicológico, así indica: "Estado emocional y del comportamiento: Alteración del desarrollo afectivo emocional a maltrato psicológico promovido por su madre".»[790]

f) Representar a los hijos en los actos de la vida civil (inciso 6)

Como sabemos, los menores de edad pueden celebrar todos los actos relacionados con las necesidades de la vida diaria. Para tal efecto, remitimos al lector a nuestro trabajo en relación con el texto en vigencia del artículo 1358 del Código Civil.[791] Es evidente que para aquellos actos que no puedan ser celebrados directamente por los menores de edad, ellos podrán celebrarlos a través de la representación de sus padres.

(790) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 510-511.

(791) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el arbitraje (sexta parte). El artículo 1358 del Código Civil.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020, pp. 63-73.

Al respecto, la Casación n.º 256-2000-Santa, de fecha 22 de agosto de 2000, precisa que: «Cuando los padres tienen la representación legal de sus menores hijos, ellos son los que tendrían que representarlos en este proceso, más aún cuando no tienen interés opuesto a ellos.»[792]

g) Administrar los bienes de sus hijos (inciso 7)

La administración de los bienes de los hijos es una de las principales labores que deben llevar adelante los padres que ejercen la patria potestad. Nótese, por supuesto, que la ley se está refiriendo a los bienes que sean de propiedad de los hijos, los mismos que podrían haber sido adquiridos de las más variadas formas, incluida la sucesoria, con respecto a otros parientes, por ejemplo. Los padres tienen el deber de proteger esos bienes y administrarlos de la mejor manera, en provecho de los hijos y no en provecho propio. No olvidemos que apenas cumplan la mayoría de edad, tales bienes pasarán a ser administrados por los hijos y los padres deberán rendir las cuentas correspondientes.

h) Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004 (inciso 8)

Los hijos viven en poder de sus padres que ejercen la patria potestad sobre ellos. Supongamos que uno de los hijos hereda un automóvil de un pariente fallecido. En este caso, no cabe duda de que el automóvil debe ser utilizado en beneficio del menor, pero eso no impide que sus padres también lo utilicen. Lo mismo ocurriría si no se tratase de un automóvil, sino de una casa, en la que no sólo podría vivir el menor, sino también sus padres, quienes obviamente también tendrían el derecho a hacer uso y disfrute de ese inmueble.

Se entiende que el sentido de la permisión de usufructuar los bienes de los hijos por parte de los padres se da en la medida en que padres e hijos vivirán juntos y, en circunstancias como ésta, resultaría casi imposible que solamente los hijos usufructúen los bienes sin hacerlo también sus padres.

El inciso 8, bajo estudio, termina señalando que, tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004. Como se recuerda, este precepto establece que cuando el usufructo legal recae sobre los productos a que

(792) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 510.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se refiere el artículo 894, los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos.

En esa línea, Arias-Schreiber sostiene que esta disposición tiene como fundamento que: «i) Los padres deben resarcirse de los gastos de educación y mantenimiento de los hijos y. ii) Los hijos deben contribuir con la ganancia de sus bienes a su educación y mantenimiento.»(793)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(793) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 186.

Subsistencia de la obligación alimentaria a favor de los hijos mayores de edad

Artículo 424.- Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

El texto de este artículo no corresponde al Código Civil de 1984. La norma en vigencia es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley n.° 27646, publicada el 23 de enero de 2002. El texto original era el siguiente:

***Artículo 424**.- Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio, y de las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia.*

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(794) propusimos que no sólo se mencione a las hijas solteras, sino también a los hijos solteros, por tratarse de una norma discriminatoria. Tres años y medio después de publicar nuestra propuesta, la misma fue acogida y hecha norma legal por la mencionada Ley n.° 27646. Nuestra propuesta se basó en que el Código Civil, en su texto de 1984, era muy claro al referirse a que estas personas no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia, hipótesis que resultaba pasible de presentarse derivada de múltiples causas, y tanto en hombres como en mujeres. De ahí que no era justo discriminar a nadie si es que tiene necesidad alimentaria y no se encuentra apto para satisfacerla por sus propios medios.

Esta situación ya era advertida en 1985 por el profesor Cornejo Chávez, cuando enseñaba que: «Con referencia al sostenimiento capacitación para el trabajo, el artículo 424 prevé una ampliación importante: subsiste la obligación de los padres en favor de los hijos e hijas llegados ya a la mayoridad, en tanto

(794) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 438.

estén siguiendo con buen éxito una profesión u oficio, y también de las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su propia subsistencia. La ampliación se justifica por su propio enunciado, excepto en cuanto a que la parte final del mencionado artículo sólo beneficia a las hijas y no a los hijos, no obstante el principio de igualdad de los sexos ante la ley: no se trata de una inadvertencia, sino de la necesidad de establecer una cierta transición entre el sistema tradicional –aún vigente en los hechos con frecuencia– que coloca a la mujer en situación menos autónoma y la igualdad –también de oportunidades– que se aspira a lograr paulatinamente: el Derecho es doctrina, pero también debe ser respuesta a la realidad.»(795)

Volviendo al texto vigente de la norma, debemos decir que podría pensarse que la obligación alimentaria de los padres con respecto a los hijos sólo se prolonga hasta que éstos cumplan la mayoría de edad. No obstante, la ley entiende que hay determinados casos en que dicha obligación debe extenderse en el tiempo. Como hemos señalado, el artículo en vigencia no responde al texto original de 1984.

En primer lugar, el texto de 1984 no establecía un límite temporal para la obligación alimentaria respecto a los hijos que estuviesen siguiendo con éxito una profesión u oficio. Esto podía prestarse a abusos, en la medida en que se podía pedir alimentos a pesar de haber excedido una edad razonable para estos efectos, en la que, más bien, además de estudiar, los hijos se encontraban en perfecta aptitud de trabajar para mantenerse a sí mismos.

Esta idea fue desarrollada en el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia, de fecha 24 de noviembre de 2014, en el sentido siguiente: «*¿Cuándo el alimentista ha cumplido 28 años de edad, la declaración de la exoneración de dicha pensión se realiza en el mismo proceso donde se fijó la pensión o en un nuevo proceso?*» El Pleno acordó por unanimidad: «Que no resulta proporcional ni razonablemente aceptable que mayores de 28 años continúen percibiendo una pensión alimenticia, por lo que la exoneración de la misma debe realizarse automáticamente, debiendo, en todo caso dicho alimentista acreditar la vigencia de su estado de necesidad (estado de incapacidad o de ineptitud de atender a su subsistencia por causa de incapacidad física o mental) en dicho proceso primigenio. Ello también porque la ley no permite el ejercicio abusivo del derecho.»(796)

(795) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 190.
(796) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 511.

Nelson Reyes Ríos señala que: «En situación excepcional, subsiste la obligación alimentaria para los hijos mayores de edad, cuando no se encuentren en posibilidades de sufragar su sostenimiento o cuando se encuentren cursando estudios. Aun cuando la ley señala que deben considerarse los estudios superiores y con éxito, consideramos que debe tenerse en cuenta sólo la situación de estudios en general, como se ha establecido en varias resoluciones jurisprudenciales.»(797)

En tal sentido, la norma en actual vigencia establece el límite de veintiocho años, edad que se considera un límite razonable a estos efectos. No obstante, admitimos que cualquier cifra que se hubiere colocado como límite sería, de por sí, arbitraria, a pesar de que la indicada resulta un límite más que razonable.

Cabe precisar que esta norma también se extiende al hijo alimentista, según lo acordado en el II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Constitucional y Familia, de fecha 29 de diciembre de 2008: «*¿Son aplicables los artículos 483 y 424 del Código Civil al "hijo alimentista" para exigir la pensión de alimentos y su exigencia post mayoría de edad?*». El Pleno acordó por mayoría: «Sí es aplicable al hijo alimentista los artículos *(sic)* 483 y 424 del Código Civil incluso tiene derecho a percibir alimentos, incluso después de haber cumplido la mayoría de edad si sigue exitosamente sus estudios.»(798)

Por otra parte, el artículo original extendía la obligación de prestar alimentos a las hijas solteras que no se encontraren en aptitud de atender a su subsistencia. Como hemos señalado, este extremo del precepto era, a todas luces, discriminatorio en perjuicio de los hombres, a quienes no se concedía tal beneficio. Dentro de ese orden de ideas, la norma en vigencia señala que el beneficio de los alimentos se extiende a los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. No cabe duda de que estas circunstancias de excepción terminan de configurar un supuesto acorde a la igualdad de derechos entre hombre y mujer, y a una verdadera necesidad de la prestación alimentaria, de acuerdo con las circunstancias.

(797) Reyes Ríos, Nelson. *Op. cit.*, p. 783.
(798) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 511.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bienes excluidos de la administración legal

Artículo 425.- Están excluidos de la administración legal los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, bajo la condición de que sus padres no los administren; y los adquiridos por los hijos por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres o entregados a ellos para que ejerzan dichas actividades.

En primer lugar, debemos decir que el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) comete un error al tildar la palabra «excluidos», tanto en la sumilla del precepto (texto del propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), como en el propio texto del artículo (segunda palabra), cuando dicha palabra no lleva tilde (ni el Código tampoco la tilda).

El artículo 425, bajo comentario, establece tres supuestos en que los padres que ejerzan la patria potestad de sus hijos estarán excluidos de la administración legal de los bienes de esos hijos. Veamos:

a) De los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, bajo la condición de que sus padres no los administren

Resulta evidente que si tales bienes hubiesen sido adquiridos por los hijos bajo esa condición, ellos deberán cumplir con la condición, bajo riesgo de que se resuelva el contrato de donación o se produzca la reversión de la liberalidad testamentaria. Es, precisamente, para que se pueda cumplir con la condición estipulada que los padres no deberán administrar tales bienes.

Si bien es cierto, el Código no precisa quiénes serán los administradores en defecto de los padres, esta tarea podría ser delegada al juez, considerando lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Niños y Adolescentes.

b) De los bienes adquiridos por los hijos por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres

En este caso, si los hijos han adquirido tales bienes con su propio trabajo, la ley entiende que ellos se encontrarán en plena aptitud de administrarlos. Si pudieron hacer bien lo más (adquirirlos con su propio trabajo), podrán hacer bien lo menos (administrar los bienes así adquiridos). Nótese que debe haberse tratado de bienes adquiridos con la realización

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de un trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres. Entendemos que si tales bienes hubiesen sido adquiridos por el desarrollo de un trabajo, profesión o industria, desarrollado por el hijo sin el asentimiento de sus padres, la administración de tales bienes sí corresponderá a los padres.

c) De los bienes entregados por los padres a los hijos para que ejerzan actividades de trabajo, profesión o industria

En este caso, los bienes que se menciona también estarán excluidos de la administración por parte de los padres. La razón es muy clara. Si tales bienes fueron entregados a los hijos para el desarrollo de esas actividades, entonces se entiende que ellos deben conservar y administrar esos bienes, los mismos que, aunque suene repetitivo decirlo, les son útiles para el desarrollo de esas actividades productivas.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(799) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 425, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 425**.- Bienes excluidos de la administración legal
>
> 1. Los progenitores son los administradores legales de los bienes de sus hijos menores de edad.
> 2. Por la administración, los progenitores tienen el deber de cuidar, rentabilizar, efectuar las mejoras útiles y necesarias diligentemente.

La exposición de motivos no señalaba las razones por las cuales se proponía cambiar en su totalidad el texto del artículo 425, por uno de texto absolutamente contradictorio.

(799) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 138-139.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Garantía para la administración legal

Artículo 426.- Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar:

1.- El importe de los bienes muebles.

2.- Las rentas que durante un año rindieron los bienes.

3.- Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.

Los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados.

Como se aprecia de la lectura del párrafo inicial del artículo 426 del Código Civil, los padres no están obligados a asegurar la responsabilidad de la administración de los bienes de sus hijos.

La excepción está constituida por el caso en que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo.

En este último supuesto, el artículo bajo comentario indica que la garantía debe asegurar tres rubros:

a) El importe de los bienes muebles (inciso 1)

- Es lógico que se tenga que asegurar el importe de los bienes muebles, en la medida en que ellos podrían perderse, precisamente, por la administración de los padres.

b) Las rentas que durante un año rindieron los bienes (inciso 2)

El aseguramiento de las rentas que los bienes rindieron por un año tiene por objeto el asegurar una especie de lucro cesante por el año siguiente, en caso durante la administración de los padres los bienes se hubieren perdido. Se trata, en buena cuenta, de una medida de precaución.

c) Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor (inciso 3)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La finalidad del inciso 3 se asemeja mucho a la del inciso 2, salvo que el inciso bajo comentario tiende a asegurar el lucro cesante de una empresa cuya administración hubiera estado en manos de los padres del menor propietario de dicha empresa, conforme a los alcances del artículo 425, antes comentado.

Sobre la norma bajo análisis, Aguilar Llanos comenta lo siguiente: «[...] ahora bien, el hecho de que los padres no estén obligados a inventariar los bienes, tampoco a ofrecer garantías, ni de rendir cuentas periódicas, puede llevar a desproteger los intereses del menor, y diluir la responsabilidad del administrador, sin embargo pese a ello creemos que ha hecho bien el legislador, y que solo por excepción esté obligado a estas medidas, y ello porque debemos tener en consideración que no se trata de una administración común y corriente, sino de un administrador que tiene tanto o más interés que el titular del bien, en proteger este patrimonio, y no solo porque a ello está obligado por las normas de patria potestad, sino porque hay un interés natural en este administrador, de cuidar el patrimonio del hijo como propio, por lo tanto el legislador ha creído innecesario agregar a la garantía natural que ofrecen los padres en el cuidado del patrimonio de sus hijos, otra garantía de orden civil, además de que si tales medidas fueran obligatorias para los padres, quizás se estaría introduciendo un elemento de recelo entre padres e hijos, que podría llegar a ser disociador.»[800]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[801] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil, propuso la modificación del artículo 426 por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 426**.- Garantía para la administración legal
>
> 1.- Están excluidos de la administración legal los bienes donados o dispuestos vía testamento a los hijos por disposición expresa del donante o testador.
>
> 2.- También lo están los bienes del menor de edad adquiridos por su trabajo, oficio o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres o entregados a ellos para que ejerzan dichas actividades.

Sin expresión de causa, la comisión del 2019 proponía sustituir el texto del artículo 426.

(800) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patria potestad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 36.

(801) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 139.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación de dar cuenta de la administración legal

Artículo 427.- Los padres no están obligados a dar cuenta de su administración sino al terminar ésta, a no ser que el juez, a solicitud del consejo de familia, resuelva otra cosa.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[802] procedíamos a otorgar al menor –por sí mismo– el derecho a solicitar al juez que sus padres rindan cuenta de la administración de sus bienes. Lo hacíamos pues, en la mayoría de casos, los miembros del consejo de familia no tendrán la cercanía o los suficientes conocimientos como para saber o sospechar la existencia de una mala administración; en cambio, el menor, que vive junto con sus padres y cuenta con la suficiente capacidad de discernimiento, podrá saber más sobre el tema y, de esta forma, intentar hacer valer sus derechos.

El sentido del artículo 427 de no obligar a los padres a rendir una administración periódica de los bienes que administren y sean de propiedad de sus menores hijos se basa, a nuestro entender, en que el Derecho entiende que los padres quieren lo mejor para sus hijos y que harán todo lo que esté a su alcance para lograr una óptima administración de tales bienes.

Pero sabemos que eso podría no ser así. En estos casos, el artículo 427 otorga al consejo de familia la prerrogativa de solicitar al juez que pida a los padres la rendición de cuentas respecto a dicha administración.

Naturalmente que el juez podría no acceder a la solicitud del consejo de familia, en caso no existieren elementos de juicio suficientes para proceder en tal sentido.

Asimismo, conviene recordar que Arias-Schreiber, hace más de veinte años, comentaba que: «Sería recomendable que en una futura modificación se aclare la forma en que debe efectuarse la rendición de la cuenta final.»[803]

(802) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 439.

(803) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 190.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esa línea, Varsi comenta que: «Sería recomendable, pues así lo exige la práctica, que en una futura modificación se aclare la forma cómo es que debe extenderse la cuenta final, sea:

- Por escritura pública, o
- Ante el juez.»[804]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[805] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 427, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 427**.- Obligación de dar cuenta de la administración legal
>
> 1. Por la autoridad parental el padre y la madre hacen suyos los frutos que generan los bienes propios de sus hijos.
> 2. Son cargas del usufructo legal los gastos de los hijos comprendidos en el artículo 472.

La comisión del 2019 tampoco explicaba los cambios propuestos para el artículo 427.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(804) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 150.

(805) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 139.

Modificación o suspensión de garantías y cuentas

Artículo 428.- El juez, a pedido del consejo de familia, puede modificar o suspender en cualquier tiempo las medidas que hubiese dictado de conformidad con los artículos 426 y 427.

El artículo 428 deja en claro que las medidas que el juez hubiera podido adoptar en razón a lo dispuesto por los artículos 426 y 427, son fundamentalmente transitorias, variables, sujetas a posterior evaluación. Ello, sea en el sentido de revocar las medidas de aseguramiento o rendición de cuentas que hubiere dictado. O, en el caso contrario, adoptar cualquiera de dichas medidas en tanto hubiesen sido rechazadas en ocasión u ocasiones anteriores.

Para Cornejo Chávez: «Flexibilizando las reglas comentadas, la ley faculta al juez para que en cualquier momento, y a pedido del consejo de familia, modifique o aun suspenda las medidas que hubiese dictado con relación a la garantía y a la eventual rendición de cuentas durante el ejercicio de la administración (artículo 428). Hace bien al asumir esta posición, ya que si, por una parte, es preciso rodear de seguridad el ejercicio de la facultad de administración de los bienes de los hijos menores, de otro lado no puede la ley incurrir en casuismo o en exceso de rigidez que, a la postre, podrían perjudicar a los mismos menores.»[806]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[807] proponíamos que el pedido pudiese ser hecho también por el menor con suficiente capacidad de discernimiento; ello, por el mismo fundamento que señalamos en ocasión del tratamiento que en esa obra dimos al artículo 427.

(806) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 194.
(807) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 439.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de convenio entre padres e hijos

Artículo 429.- El hijo llegado a la mayoría de edad no puede celebrar convenios con sus padres antes de ser aprobada por el juez la cuenta final, salvo dispensa judicial.

Tampoco tiene efecto, sin tal requisito, la herencia voluntaria o el legado que el hijo deje a favor de sus padres con cargo a su tercio de libre disposición.

El artículo 429 es una norma que tiende a preservar los derechos de los hijos, en caso sus padres hubieren ejercido la administración de los bienes del hijo.

Para tal efecto, en el primer párrafo, se establece la prohibición de que el hijo, una vez cumplida la mayoría de edad, celebre convenios con sus padres antes de que fuere aprobada por el juez la cuenta final.

Entendemos que cuando el artículo 429 está haciendo referencia a la celebración de convenios, en realidad está aludiendo a la celebración de contratos, es decir, de actos jurídicos de contenido patrimonial, así como a otros actos en virtud de los cuales constituya derechos reales con sus padres sobre los bienes del hijo que estuvieron bajo la administración de sus padres.

Para ambos casos, el legislador de 1984 ha preferido englobar los supuestos bajo la denominación de la celebración de «convenios», tal vez para no hacerse problemas teóricos.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 429 establece que tampoco tendrá efecto, sin el requisito de aprobación de la cuenta final de la administración de los bienes del hijo por parte de sus padres, la herencia voluntaria o el legado que el hijo deje a favor de sus padres con cargo a su tercio de libre disposición.

Lo que la ley busca, en buena cuenta, es proteger los bienes propios de los hijos con respecto a sus propios padres, quienes podrían realizar actos abusivos respecto a sus hijos, en relación con tales bienes. El segundo párrafo del artículo 429, bajo comentario, lo que busca es evitar que el hijo sea manipulado por sus padres para testar en beneficio de ellos, obviamente en relación con su porcentaje de libre disposición, el mismo que, para las personas que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sólo tengan padres u otros ascendientes vivos, será de la mitad de sus bienes (argumento del artículo 726 del Código Civil).

En ese sentido, estimamos que existe un error en lo consignado en el segundo párrafo del artículo 429 del Código Civil, cuando se hace referencia al tercio de libre disposición, pues ese caso solamente se presentaría si el hijo tuviere, a su vez, hijos u otros descendientes, o cónyuge, caso en el cual podría disponer libremente hasta del tercio de sus bienes (tercio de libre disposición; argumento del artículo 725 del Código Civil de 1984).

Cabe anotar, como señala Arias-Schreiber, que: «Aunque el artículo es claro en su finalidad, no precisa legalmente los efectos de su incumplimiento. Se han utilizado frases poco efectivas, tales como "no puede celebrar...", "tampoco tienen efecto", para indicar que se trata de actos inválidos al no haber respetado los supuestos legales. No obstante, si bien el artículo no sanciona de manera expresa sus efectos, debe aplicarse el criterio general de la nulidad virtual (artículo V del Título Preliminar y 219, inciso 8 del Código Civil) para invalidar los actos contrarios a esta norma que es de orden público.»[808]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[809] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 429, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 429**.- Prohibición de convenio entre padres e hijos
>
> 1. El padre o la madre no pueden gravar ni disponer de los bienes de sus hijos. Tampoco pueden contraer obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial y en venta directa.
> 2. Excepcionalmente, el juez puede disponer que la venta se haga previa tasación y en pública subasta.

Como hemos estudiado, el artículo 429 en vigencia establece que «El hijo llegado a la mayoría de edad no puede celebrar convenios con sus padres antes de ser aprobada por el juez la cuenta final, salvo dispensa judicial.– Tampoco tiene efecto, sin tal requisito, la herencia voluntaria o el legado que el hijo deje a favor de sus padres con cargo a su tercio de libre disposición».

(808) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 191-192.
(809) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 129-130.

La norma propuesta por la comisión del 2019 era mucho más categórica que la vigente, pero hay que distinguir que el precepto de 1984 se refiere a los pactos prohibidos para el hijo llegado a la mayoría de edad; y, el artículo propuesto por el grupo de trabajo se refería a actos celebrados por los padres, pero con terceros.

En ese sentido, la comisión cometía un error al establecer como sumilla de la norma propuesta «Prohibición de convenio entre padres e hijos», cuando ella hubiese correspondido al artículo en vigencia, pero no al propuesto.

Por todo ello, no se debió proponer derogar el contenido actual, sino, en todo caso, que la norma propuesta, con otra sumilla, pasara a ser el artículo 429-A.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Interés legal del saldo en contra de los padres

Artículo 430.- El saldo que resulta en contra de los padres produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta obligación es solidaria.

El artículo 430 parte del valor entendido de que la cuenta final de la administración de los bienes de los hijos por parte de sus padres hubiere arrojado un resultado o saldo en contra de los padres (lo que equivale a que el saldo es a favor del hijo).

En estos casos, ese saldo generará intereses legales a favor del hijo desde que haya vencido un mes de la terminación de la patria potestad. Este precepto reviste plena lógica en la medida en que, si existiera ese saldo, estamos hablando de una obligación que debe ser pagada; y el artículo 430 establece un supuesto de mora automática en virtud del propio texto legal (argumento del artículo 1333, inciso 1).

Por otra parte, hace bien el legislador en establecer que dicha obligación es solidaria, lo que implica que estarán obligados por la misma el padre y la madre del menor que hubieren ejercido la administración de los bienes de este último (argumento del artículo 1183 del Código Civil). Naturalmente, en caso sólo uno de los padres hubiere ejercido la patria potestad, la obligación no podrá ser solidaria, en la medida en que no habría pluralidad de sujetos. Aquí, el progenitor que ejerció la patria potestad será el único responsable por la deuda de capital fruto de la cuenta final deficitaria.

Para Enrique Varsi: «Esta norma funciona como una garantía a favor del patrimonio del hijo (*faavor filii*) a tal punto que la obligación (en este caso de dar suma de dinero) es solidaria, es decir, responden tanto el padre como la madre por el íntegro de la deuda resultante del saldo de la cuenta final por la administración de los bienes de sus hijos.»[810]

(810) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 155.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Interés legal del saldo a favor de los padres

Artículo 431.- Si resulta saldo en favor de los padres, sólo devenga intereses legales desde que el menor recibe sus bienes.

El artículo 431 regula el supuesto inverso del 430, es decir, el caso en el cual la cuenta final arroje un superávit a favor del menor.

El artículo bajo comentario establece que ese capital adeudado devengará intereses legales solamente desde que el menor hubiere recibido sus bienes.

La solución del artículo es lógica, en la medida en que recién en ese momento se producirá la conjunción de dos factores. El primero, que el hijo habrá dejado de ser menor de edad, lo que significa que él mismo ya está en capacidad de velar por su propio patrimonio; el segundo, que esta persona ya hubiese recibido sus bienes. Resulta claro, pues, que hasta antes de haberlos recibido por parte de sus padres, no podría velar por ellos de manera directa, pues tales bienes se encontrarían fuera de su esfera de control.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Acción recíproca sobre pago

Artículo 432.- Las acciones que recíprocamente asistan a los padres y al hijo por razón del ejercicio de la patria potestad se extinguen a los tres años de aprobada la cuenta final.

Este artículo no es aplicable a la acción relativa al pago del saldo que resulte de dicha cuenta, la cual prescribe dentro del plazo señalado para la acción personal.

El artículo 432 establece plazos de prescripción para las pretensiones derivadas de los artículos 430 y 431, antes comentados.

Ese plazo es de tres años, contados desde la aprobación de la cuenta final por el juez.

Decimos que se trata de un plazo de prescripción en la medida en que un plazo de tres años es incluso mayor que los plazos de dos años establecidos para determinadas pretensiones por el artículo 2001 del propio Código Civil. Nos referimos concretamente a las contempladas por el inciso 4 del referido artículo, con el plazo de prescripción de dos años relativo a las acciones de anulabilidad, revocatoria, indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo. Este último extremo de la norma estaría referido a los tutores y curadores. Como vemos, en el caso de los padres, el artículo establece un plazo de tres años de aprobada la cuenta final. En ese sentido, resulta claro que el plazo de tres años señalado en el artículo 432 es de prescripción y no de caducidad.

Max Arias-Schreiber precisa que: «Existe un error en la primera parte de este artículo, pues utiliza la expresión "se extinguen" siendo "prescriben" la palabra adecuada.»(811) Coincidimos con él.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 432 establece que este precepto no es aplicable a la pretensión relativa al pago del saldo que resulte de dicha cuenta, la cual prescribe dentro del plazo señalado para la pretensión

(811) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 194.

personal, el mismo que es de diez años, conforme a lo preceptuado por el inciso 1 del artículo 2001 del propio Código Civil[812].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(812) Artículo 2001.- Plazos de prescripción
Prescriben, salvo disposición diversa de ley:
1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoría y la de nulidad del acto jurídico.
[...]

Administración en caso de nuevo matrimonio

Artículo 433.- El padre o la madre que quiera contraer nuevo matrimonio debe pedir al juez, antes de celebrarlo, que convoque al consejo de familia para que éste decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos del matrimonio anterior.

En los casos de resolución afirmativa, los nuevos cónyuges son solidariamente responsables. En caso negativo, así como cuando el padre o la madre se excusan de administrar los bienes de los hijos, el consejo de familia nombrará un curador.

El artículo 433 se coloca en el supuesto de que alguno de los padres del menor, que administran bienes de este último, deseara contraer matrimonio con tercera persona. Naturalmente nos encontraríamos en el supuesto en que los padres se hubieren divorciado o que, simplemente, no hayan estado casados y se trate de un hijo extramatrimonial.

Consideramos que la norma también resultaría de aplicación cuando el cónyuge anterior hubiere fallecido, pues se observa que se parte del supuesto de un matrimonio disuelto. Es más, la norma se basa en el supuesto del deseo de contraer un nuevo matrimonio, evidentemente considerando que para ello no hay impedimento legal.

Para cualquiera de estos supuestos se impone al progenitor que desee contraer matrimonio la obligación de convocar al consejo de familia para que este órgano decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de los hijos del matrimonio anterior. No obstante, como hemos señalado, podría tratarse de una pareja que no esté casada, caso en el cual hablaríamos de los hijos de la relación anterior o, si fuera el caso, de la unión de hecho anterior, si es que, naturalmente, se cumpliera con los requisitos establecidos por el artículo 326 del Código Civil, precepto que hemos estudiado en su oportunidad.

El segundo párrafo del artículo 433 establece que, en los casos de resolución afirmativa, los nuevos cónyuges son solidariamente responsables. Nótese que la responsabilidad solidaria comprende al nuevo cónyuge, que no es progenitor del menor.

El segundo párrafo de la norma también indica que, en caso negativo, así como cuando el padre o la madre se excusan de administrar los bienes de los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hijos, el consejo de familia nombrará un curador. Se trata, sin duda, de una solución extrema a la que se tiene que recurrir para no dejar en el desamparo la administración de los bienes del menor.

Finalmente, cabe precisar que la sanción civil aplicable en caso de incumplimiento de este artículo y del siguiente, se encuentra en el artículo que determina la pérdida de la administración y usufructo sobre los bienes de los hijos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación supletoria del artículo 433

Artículo 434.- Los padres del hijo extramatrimonial quedan sujetos a lo dispuesto en el artículo 433.

Ya dijimos al analizar el artículo 433 que, a pesar de su redacción, no existe impedimento alguno para que se aplique a los padres de hijos extramatrimoniales. El artículo 434 se encarga de confirmar lo que ya habíamos señalado.

Es interesante mencionar que, como señala Cornejo Chávez respecto al presente artículo y al precedente: «El problema, pues, no existe para estos dos casos singulares; mas puede suscitarse en todos los demás. En suma, se trata de saber si el padre o la madre tiene el derecho de administrar el patrimonio de sus hijos menores, de modo que en cualquier momento, voluntariamente y aun sin expresión de causa puede hacer renuncia de tal derecho; o si, en realidad, se trata de un deber del que, por tanto, no puede exonerarse el obligado motu proprio y ad libitum. A nuestro entender, esta última actitud es la correcta; y ello se infiere, tanto del texto del artículo 423, según el cual "son deberes y derechos de los que ejercen la patria potestad: 7° administrar los bienes de los hijos", cuanto de la propia índole de la figura, ya que la patria potestad persigue velar por la persona y asegurar los bienes de los menores. La dejación de la administración, salvo en los casos previstos y permitidos por la ley, importaría el incumplimiento de este deber de custodia y protección y encerraría, con el nombre de "renuncia de derecho", una verdadera "renuncia de deber" que la ley no puede admitir.»[813]

Por otro lado, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[814] planteábamos cambiar la expresión «hijo extramatrimonial» por la de «hijo nacido fuera del matrimonio». Ya hemos explicado las razones en reiteradas oportunidades.

(813) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 198.
(814) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 434.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Curador para administración de bienes del menor

Artículo 435.- El juez puede confiar a un curador, en todo o en parte, la administración de los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad de uno solo de los padres:

1.- Cuando lo pida el mismo padre indicando la persona del curador.

2.- Cuando el otro padre lo ha nombrado en su testamento y el juez estimare conveniente esta medida. El nombramiento puede recaer en una persona jurídica.

No se piense que siempre que un menor tenga a sus padres con vida, serán ellos quienes administren tales bienes.

Si uno solo viviere, probablemente él ejerza la patria potestad del menor. Pero podría ocurrir que por alguna razón se encuentre impedido de hacerlo. Incluso este impedimento se podría presentar en caso ambos padres vivan.

El artículo 435 se encarga de regular los casos en que sea un curador quien pueda ser nombrado curador de los bienes del menor.

El primer caso (inciso 1) se presentaría cuando lo pida el mismo padre indicando la persona del curador. Se entiende que cuando se hace referencia al padre, también se comprende a la madre.

El padre o la madre podrá pedir que se produzca ese nombramiento de administrador de los bienes de su hijo, en razón a múltiples razones, como podría ser el caso en que se halle imposibilitado de hacerlo o que el encargo de tal administración rebase sus posibilidades y conocimientos.

El segundo caso (inciso 2) se presenta cuando el otro padre lo ha nombrado en su testamento y el juez estimare conveniente esta medida. El nombramiento puede recaer en una persona jurídica.

No cabe duda de que si ya se conociera lo dispuesto por el padre en su testamento, aquél, probablemente, ya haya fallecido. El legislador de 1984 entendió que si se hubiese dispuesto el nombramiento de un curador de los bienes del hijo en el testamento, debería respetarse tal disposición, salvo que el juez estimare tal medida como inconveniente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hace bien el inciso 2 del artículo 435 en señalar que el nombramiento podría recaer en una persona jurídica. El testador podría haber considerado que, si se nombrara administrador de los bienes de su hijo a una persona jurídica, tal situación representaría una estabilidad para la gestión que se va a emprender. Naturalmente, en estos casos, ello no implicaría siempre una garantía. Depende de qué personas naturales y de qué personas jurídicas estemos hablando.

Finalmente, Arias-Schreiber comenta que: «Por otro lado, sería adecuado incluir un supuesto adicional que le permita al juez, según su criterio, nombrar al administrador cuando el interés del hijo así lo exija.»(815)

Consideramos acertada esta precisión, pues existen muchos supuestos en los que la realidad supera la norma y no hay nadie más adecuado que el juez para poder decidir sobre el destino de la administración de los bienes del menor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(815) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo VIII, p. 118.

Bienes exceptuados del usufructo legal

Artículo 436.- Están exceptuados del usufructo legal:

1.- Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres.

2.- Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos para que sus frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado.

3.- La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido éstos desheredados.

4.- Los bienes de los hijos que les sean entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria.

5.- Los que los hijos adquieran por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres.

6.- Las sumas depositadas por terceros en cuentas de ahorros a nombre de los hijos.

Con la administración de los bienes de los hijos por parte de sus padres podría constituirse lo que se conoce como un usufructo legal de los mismos, lo que implica que esos padres tienen el derecho no sólo de administrar, sino también de disfrutar de los bienes de propiedad de sus hijos. Esta es la regla. El artículo 436 se encarga de regular los supuestos de excepción. Analizaremos los casos en detalle. Veamos:

a) Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres (inciso 1)

Si fuera una donación, se trataría de una donación con cargo. Si se tratase de un legado testamentario, también se trataría de un legado con cargo. Como sabemos, el cargo o modo es una modalidad de los actos jurídicos que debe ser cumplida si es que se acepta el beneficio al que ella va relacionada(816). En el caso concreto bajo comentario, si se acepta la donación o el legado testamentario.

(816) Ver: Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto Jurídico. Op. cit.*, pp. 175-224.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si ese cargo o modo fuese la disposición consistente en que tales bienes no sean usufructuados por los padres del menor, resulta evidente que el mismo se deberá cumplir.

b) Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos para que sus frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado (inciso 2)

También estamos ante un supuesto de donación o ante uno de legado testamentario, sólo que en este caso existe la disposición expresa de que los frutos de tales bienes se destinen a inversiones en un fin cierto y determinado. Otra disposición que impedirá que los padres usufructúen estos bienes de sus hijos.

c) La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido éstos desheredados (inciso 3)

Los supuestos de indignidad para suceder o desheredación impiden que la masa hereditaria pase a manos del indigno o desheredado. Pero ello no implica que lo propio ocurra con todos los familiares. Así, si un hijo hubiese sido declarado indigno para suceder o hubiese sido desheredado, ello implicará que él no heredará, pero los bienes que no pasarán a él sí pasarán a sus hijos, lo que supone que ellos heredarán por representación, en sustitución de su padre indigno o desheredado. Ello, conforme a lo dispuesto por el artículo 681 del propio Código Civil, precepto que establece que por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

Al respecto, Arias-Schreiber precisa que: «La restricción para participar de una herencia por indignidad o desheredación es total y absoluta; es decir, existe una limitación integral a participar de la masa hereditaria, de manera tal que mal podría el indigno o desheredado usufructuar los bienes que sus hijos han adquirido de ellos por representación sucesoria.»[817]

d) Los bienes de los hijos que les sean entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria (inciso 4)

(817) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 198.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se entiende que, en este caso, los bienes han pasado a propiedad de los hijos (de ahí la mención a «los bienes de los hijos»). Además, dado que estos bienes han sido entregados a los hijos con la finalidad de que ejerzan un trabajo, profesión o industria, ello supone que son los hijos quienes, con el auxilio de tales bienes, realizan un trabajo productivo. En ese sentido, el usufructo de los mismos deberá corresponder, en justicia, a esos hijos que son quienes los han trabajado.

e) Los que los hijos adquieran por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres (inciso 5)

Este supuesto tiene alguna relación con el anterior, pero se distingue de él, pues aquí el hijo, fruto de los recursos obtenidos por su trabajo, logra adquirir determinados bienes. Debe entenderse que los bienes que adquiere no necesariamente tendrán relación con alguna actividad productiva futura. Para que se aplique el inciso 5, bajo comentario, únicamente se necesita que los bienes que adquiere el hijo sean adquiridos con recursos provenientes de su propio trabajo, que hubiese sido autorizado por sus padres.

Para Cornejo Chávez, este artículo tiene razón «[...] por cuanto el usufructo, en estos casos, resultaría incompatible con la idea de capacidad del hijo que va implícita en la autorización para ejercer una actividad lucrativa autónoma y aun implicaría cierta explotación del hijo por sus padres, que excede los límites del aprovechamiento de sus servicios a que se refiere inciso 4 del artículo 423.»[818]

f) Las sumas depositadas por terceros en cuentas de ahorros a nombre de los hijos (inciso 6)

En este supuesto, nos encontraremos ante dinero que terceras personas han entregado en depósitos bancarios a nombre de los hijos. Nótese que aquí la voluntad de esos terceros ha sido la de beneficiar directamente a esos menores y no la de hacerlo de manera indirecta, entregando el dinero a sus padres con cargo de destinarlo a sus hijos. Además, no se trata de cualquier entrega de dinero, sino de una que, conforme a la norma bajo comentario, debe haber seguido una formalidad, la misma que consiste en el caso concreto en que la entrega haya sido efectuada en cuentas de ahorros a nombre de los hijos. Es evidente que se trata de cuentas de ahorros de alguna institución bancaria o similar, del Perú o del extranjero.

(818) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 202.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, es importante tener en cuenta, como señala Varsi, que se debe tomar en consideración «(...) que el tipo de sumas que constan en cuentas de ahorros a nombre de los hijos son aquellas que han sido depositadas por terceros (hermanos, abuelos, tíos, sobrinos, primos, demás familiares u otras personas) y son las que se encuentran excluidas del usufructo legal. Las sumas depositadas por los padres en dichas cuentas de ahorro, por el contrario, sí forman parte del usufructo legal. El problema se presenta en la determinación de qué sumas son las depositadas por terceros y cuáles por los padres. Situación esta que deben tener en cuenta las instituciones bancarias y financieras cuando efectúen autorizaciones de depósitos o retiros en cuentas de menores de edad.»[819]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(819) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 165.

Cargas del usufructo legal

Artículo 437.- Las cargas del usufructo legal son:

1.- Las obligaciones que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de prestar garantía.

2.- Los gastos de los hijos comprendidos en el artículo 472.

El artículo 437 se encarga de regular las cargas del usufructo legal. Esto significa que quien goza del usufructo legal estará obligado a asumir el pago de tales cargas. El artículo 437 señala que ellas son:

a) Las obligaciones que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de prestar garantía (inciso 1)

Como se recuerda, las obligaciones del usufructuario se hallan reguladas en los artículos 1006 a 1017 del Código Civil bajo el nombre de «Deberes y derechos del usufructuario». A estos efectos, recomendamos al lector la consulta de nuestra obra *Derechos reales. Principales y de garantía.*(820)

Sólo a manera de recuerdo diremos que, al entrar en posesión, el usufructuario hará inventario y tasación de los bienes muebles, salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario que no tenga heredero forzoso. El inventario y la tasación serán judiciales cuando se trata del usufructo legal y del testamentario (artículo 1006).

Según el artículo 1007, el usufructuario está obligado a prestar la garantía señalada en el título constitutivo de su derecho o la que ordene el juez cuando éste encuentre que puede peligrar el derecho del propietario.

El artículo 1008 establece que el usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada.

El artículo 1009 señala que el usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso.

(820) Castillo Freyre, Mario. *Derechos reales. Principales y de garantía. Op. cit.*, pp. 243-254.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En tanto que el artículo 1010 señala que el usufructuario debe pagar los tributos, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes.

Por su parte, el artículo 1011 prescribe que si el usufructuario paga la deuda hipotecaria o el interés que ésta devenga, se subroga en el crédito pagado.

Mientras el artículo 1012 indica que el usufructuario no responde del desgaste por el disfrute ordinario.

El artículo 1013 señala que el usufructuario está obligado a efectuar las reparaciones ordinarias y si por su culpa se necesitan obras extraordinarias, debe hacerlas a su costo.

Por su parte, el artículo 1014 establece que se consideran reparaciones ordinarias las que exijan los desperfectos que procedan del uso normal de los bienes y sean indispensables para su conservación. Indica también que el propietario puede exigir judicialmente la ejecución de las reparaciones. El pedido se tramita como incidente.

El artículo 1015 señala que las reglas sobre mejoras necesarias, útiles y de recreo establecidas para la posesión se aplican al usufructo.

Mientras el artículo 1016 indica que pertenecen al usufructuario los frutos naturales y mixtos pendientes al comenzar el usufructo; y al propietario, los pendientes a su término.

Y, finalmente, el artículo 1017 establece que el propietario puede oponerse a todo acto del usufructuario que importe una infracción de los artículos 1008 y 1009 y pedir al juez que regule el uso o explotación. El pedido se tramita como incidente.

b) Los gastos de los hijos comprendidos en el artículo 472 (inciso 2)

El artículo 472 inciso 2 del Código Civil establece que se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del posparto.

Finalmente, es importante señalar que, como resalta el maestro Arias-Schreiber: «Existe un vacío en este artículo –que el derecho comparado ya

EDMUNDO MARIO CASTILLO FREYRE

ha salvado– en lo referente a que no se consideran como cargas del usufructo legal los gastos de enfermedad, entierro y funerales.»[821]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(821) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 200.

Pérdidas de empresa sujeta a usufructo legal

Artículo 438.- Si una empresa comprendida en el usufructo legal deja pérdida algún año, corresponden al hijo los beneficios de los años siguientes hasta que la pérdida se compense.

No es que siempre sea así, pero el legislador de 1984 ha partido de la idea de que, como los bienes de los hijos sobre los que recae usufructo legal en favor de los padres son administrados por los padres, entonces el resultado, positivo o negativo de la gestión de tales bienes obedece, precisamente, a la buena o mala gestión que los padres hagan de ellos. Lo propio se entenderá en consideración a las empresas de los hijos que estén bajo la administración de sus padres.

De esta forma, el artículo 438 comprende que si en algunos ejercicios el resultado será negativo para esa empresa, tal situación se verá compensada con los ejercicios que tengan resultados positivos, cuyas utilidades corresponderán al hijo hasta que la pérdida se compense.

Nótese que, en el fondo, el legislador de 1984 asume la posibilidad de que los resultados negativos de la empresa del hijo, administrada por sus padres, hayan obedecido a malos manejos, culposos o dolosos en beneficio de los propios padres. Este valor entendido es el que permite arribar a la conclusión establecida en el artículo bajo comentario. Se trata, en buena cuenta, de una especie de compensación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Embargo del usufructo legal

Artículo 439.- El usufructo legal puede embargarse por hechos o por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones señaladas en el artículo 437.

El usufructo legal sobre los bienes de los hijos que administran los padres es un derecho real principal que beneficia a los padres. En ese sentido, ese derecho será susceptible de embargo, como señala el artículo 439, por hechos o por deudas (en realidad, siempre es por deudas, pues si se tratara de hechos, serán hechos que generen deudas, como podría ser el causar un accidente de tránsito) de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones señaladas en el artículo 437. Esto último, tanto para que pueda funcionar el usufructo, como para cubrir los gastos de los hijos.

En esa línea, Álex Plácido comenta que: «Este usufructo legal puede ser embargado por hechos o por deudas de los padres, exceptuándose lo necesario para atender las cargas indicadas (artículo 439). Se trata del embargo de los frutos y productos de los bienes de los hijos por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones señaladas en el artículo 437. De manera que los acreedores del padre solo pueden embargar el remanente del usufructo una vez cumplidas las cargas que lo gravan. En cuanto a los acreedores del hijo, en principio, no tienen derecho de embargar el usufructo que no pertenece a su deudor. Sin embargo, si se trata de acreedores por obligaciones comprendidas en las cargas del usufructo, tienen derecho de embargarlo e inclusive preferencia sobre los acreedores del padre.»[822]

Por otra parte, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[823] planteábamos colocar, al final de la norma, la expresión «pero sólo en el porcentaje dispuesto por el artículo 1004». Ello, para evitar interpretaciones equivocadas al respecto.

(822) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 108.

(823) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.,* tomo I, 1998, p. 440.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Intransmisibilidad del usufructo legal

Artículo 440.- Los padres no pueden transmitir su derecho de usufructo, pero sí renunciar a él.

En primer lugar, la versión del artículo en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos contiene un error, pues la palabra «si» ha sido colocada sin tilde, a diferencia de lo que corresponde al texto de la ley y al sentido del precepto.

El artículo 440 se encarga de establecer el carácter intransmisible del derecho de usufructo de los padres con respecto a los bienes de los hijos que administran. Se trata, pues, de un derecho *intuitu personae* en la medida en que la ley no desea que terceros puedan usufructuar los bienes de esos menores, pues lo que no se quiere es que los bienes de los hijos rindan esos beneficios en favor de terceras personas, en la medida en que les podría generar cierto grado de dependencia y eso no sería deseable con respecto a esos menores de edad.

Cosa distinta es la renuncia del derecho de usufructo. Ello, en la medida en que dicha renuncia sería una situación jurídica ventajosa para los hijos, ya que los recursos que beneficiaban a los padres que gozan del usufructo ahora beneficiarán en exclusiva y directamente a los hijos.

En esa línea, Arias-Schreiber precisa que: «El término transmitir tiene un sentido amplio e implica actos de disposición en general, como serían enajenar, vender, donar, permutar, adjudicar en pago, aportar en sociedad, ceder, legar o gravar. El derecho de usufructo legal sólo puede ser materia de renuncia, en cuyo caso desaparece el beneficio, pues podría no ser necesario o difícil de ejercitarse. Esta hipótesis es, desde luego, poco probable.»[824]

Finalmente, debemos señalar que resulta un valor entendido que la renuncia al usufructo solamente se podrá hacer en beneficio de los hijos, pues ellos son los propietarios del bien o de los bienes administrados por los padres. Luego de la renuncia se unificarán en cabeza de los hijos todos los atributos del derecho de propiedad que tienen sobre esos bienes.

(824) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 202.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inventario judicial de bienes del hijo

Artículo 441.- El cónyuge que ejerza la patria potestad después de disuelto el matrimonio, está obligado a hacer inventario judicial de los bienes de sus hijos, bajo sanción de perder el usufructo legal.

Mientras no cumpla con esta obligación, no puede contraer nuevo matrimonio.

El primer párrafo del artículo 441 del Código Civil se coloca en el supuesto en el cual el matrimonio ya se hubiese extinguido por la causal que fuere (nulidad, divorcio, muerte de uno de los cónyuges, etc.). Como sabemos, en estos casos, la regla es que, en ausencia de uno de los cónyuges sea el otro el que ejerza la patria potestad de los hijos menores. En tales supuestos, si solamente uno de los padres ejerciera la patria potestad, estará obligado a realizar inventario judicial de los bienes de sus hijos, bajo sanción de perder el usufructo legal.

Es más, en el segundo párrafo del referido artículo se establece que en tanto no cumpla con ello, estará impedido de contraer nuevo matrimonio. Nótese que la ley establece una sanción verdaderamente fuerte, impidiendo que esa persona se case de nuevo.

Se trata, sin duda, de un precepto en resguardo de la integridad del patrimonio de los menores hijos.

En esa línea, Aguilar Llanos comenta que, «[...] el legislador no ha impuesto al padre la obligación de hacer inventario, salvo el caso del padre o madre que ejerce en exclusividad la patria potestad y desea contraer matrimonio, figura está contemplada en el artículo 441 del Código Civil, norma previsora a fin de evitar que casándose el padre o madre, su nueva familia tenga o adquiera bienes, que puedan fácilmente confundirse con los bienes de su hijo que está bajo su patria potestad; excepto este caso, el padre no está obligado a inventariar los bienes de sus hijos que caen bajo su administración.»[825]

Finalmente, debemos resaltar el comentario que realiza el maestro Arias-Schreiber respecto al artículo bajo comentario, pues advierte que: «Este precepto

(825) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patria potestad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 35.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

es, a nuestro entender, incompleto, pues no señala plazo alguno para que se efectúe el inventario judicial.»[826]

A nuestro entender, en la mayoría de casos los padres sólo realizarán el inventario si desean contraer nuevo matrimonio, entonces si bien no existe un plazo legalmente establecido, se colige que el inventario deberá realizarse antes de las nuevas nupcias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(826) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 202.

Responsabilidad de los padres sobre los bienes usufructuados

Artículo 442.- Tratándose de los bienes comprendidos en el usufructo, y por el tiempo que éste dure, los padres responden solamente de la propiedad.

La norma contenida en el artículo 442 es bastante escueta. Cuando ella se refiere a que los padres responden solamente de la propiedad, entendemos que a lo que alude es al mantenimiento del mismo derecho de propiedad, por oposición al desgaste que pudiere ocurrir sobre los bienes.

No obstante, debemos subrayar que los padres estarán obligados a conservarlo por el principio de identidad (artículo 1132) y por el deber de conservación del bien (artículo 1134), precisamente hasta que el mismo sea entregado a sus hijos.

Finalmente, sobre la norma en mención, Varsi ha señalado que: «Dado que los padres tienen la facultad de disfrutar de los bienes de sus hijos por el hecho propio de administrarlos, asimismo asumen una responsabilidad en caso de desmedro, deterioro o pérdida de los mismos, pero solo responderán por la propiedad, es decir por el bien en sí, no por los frutos, rentas o intereses ya que éstos operan como beneficio o ganancia de los padres, siendo incoherente responder por los bienes de uno mismo.»[827]

(827) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 175.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Fin de la administración y del usufructo por quiebra

Artículo 443.- La administración y el usufructo legales cesan por la declaración de quiebra.

Según la Real Academia Española, «quiebra» significa «Juicio por el que se incapacita patrimonialmente a alguien por su situación de insolvencia y se procede a ejecutar todos sus bienes en favor de la totalidad de sus acreedores.»[828]

Cabe señalar, que conforme al artículo 2 de la Ley n.º 27809[829], Ley General del Sistema Concursal, sus disposiciones no rigen para las personas naturales que no realicen actividad empresarial. Así las cosas, las personas naturales que no puedan pagar sus deudas pasan a estar inscritas en el Registro de Deudores Judiciales Morosos *(sic)*.

En esa línea, la declaración de quiebra sólo se extiende a personas naturales y sociedades conyugales que realicen actividad empresarial.

En ese orden de ideas, si uno o ambos padres son declarados en quiebra, ello significará que ha quedado en evidencia que esas personas no son capaces de manejar sus propios negocios de manera satisfactoria. Esta será prueba suficiente para que esa persona deje de administrar los bienes de sus hijos y de beneficiarse con el usufructo.

(828) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 14 de enero de 2022.

(829) Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la norma y aplicación preferente 2.1 La Ley se aplica obligatoriamente a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el país, sin admitir pacto en contrario. No son oponibles para efectos concursales los acuerdos privados relativos a la sustracción de ley y jurisdicción peruana.

"2.2 No se encuentran comprendidas en la Ley, como deudores, las entidades que integran la estructura del Estado, tales como los organismos públicos y demás entes de derecho público; las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o del sistema de seguros. Asimismo, tampoco se encuentran comprendidos en la Ley los patrimonios autónomos ni las personas naturales que no realicen actividad empresarial, salvo las sociedades conyugales y sucesiones indivisas cuyo patrimonio derive de dicho tipo de actividad, en los términos establecidos en el numeral 24.4 del artículo 24 de la presente Ley." (*) Numeral modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1189, publicado el 21 de agosto de 2015.

2.3 En la tramitación y resolución de los procedimientos concursales, las disposiciones previstas en la Ley se aplicarán preferentemente a cualquier otra norma que contenga disposiciones distintas.

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

Pérdida de la administración y el usufructo por nuevo matrimonio

Artículo 444.- El padre o la madre que se case sin cumplir la obligación que le imponen los artículos 433 y 434 pierde la administración y el usufructo de los bienes de los hijos del matrimonio anterior, así como los de los hijos extramatrimoniales y los nuevos cónyuges quedan solidariamente responsables como los tutores.

La pérdida de la administración y del usufructo por nuevo matrimonio está regulada en el artículo 444.

Se tiene que cumplir con lo establecido por los artículos 433 y 434. Como se recuerda, el artículo 433 establece que el padre o la madre que quiera contraer nuevo matrimonio debe pedir al juez, antes de celebrarlo, que convoque al consejo de familia para que éste decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos del matrimonio anterior.

En los casos de resolución afirmativa, los nuevos cónyuges son solidariamente responsables. En caso negativo, así como cuando el padre o la madre se excusan de administrar los bienes de los hijos, el consejo de familia nombrará un curador.

El artículo 434 señala, por su parte, que los padres del hijo extramatrimonial quedan sujetos a lo dispuesto en el artículo 433.

La responsabilidad solidaria que establece el artículo 444 entre el excónyuge que incumple esta obligación y su nuevo cónyuge constituye, sin duda, una importante medida disuasiva para evitar que se deje de cumplir con la obligación contenida en los citados artículos 433 y 434.

Al respecto, Varsi comenta que: «La regla es obvia ya que el nuevo matrimonio puede implicar oposición de intereses respecto a los bienes de los hijos del primer matrimonio, siendo la institución de salvaguarda genérica, el consejo de familia, el que decida la conveniencia o no de continuar con la administración. En este caso el consejo de familia evaluará si el padre o madre,

FONDO EDITORIAL PUCP

así como su cónyuge (quienes actúan conjuntamente), velarán eficientemente por los intereses de los bienes del menor.»[830]

Además, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[831] proponíamos cambiar la expresión «hijos extramatrimoniales» por la de «hijos nacidos fuera del matrimonio».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(830) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 177.

(831) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 441.

Restitución de administración y usufructo por disolución del nuevo matrimonio

Artículo 445.- El padre o la madre recobra, en el caso del artículo 444, la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos cuando se disuelve o anula el matrimonio.

El artículo 445 parte del supuesto de pérdida de administración y usufructo de los bienes, contenido en el artículo 444, que acabamos de comentar. Pero si ese padre o madre que contrajo matrimonio violando las especificaciones establecidas por la ley termina el nuevo matrimonio por divorcio o por nulidad, es claro que habrá dejado de tener vigencia la causal que condujo a que perdiera la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos. Dentro de tal orden de ideas, en ese estado de cosas, la consecuencia establecida por el artículo 445, bajo comentario, es que recobrará la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pérdida de la administración y usufructo legal

Artículo 446.- Quien pone en peligro los bienes de los hijos al ejercer la patria potestad pierde la administración y el usufructo legal.

A pesar de no decirlo expresamente, el artículo 446 parte del supuesto de que el padre o madre haga un ejercicio irresponsable de los bienes de los hijos que administra. En estos supuestos, poco importará si ese ejercicio irresponsable obedece a negligencia o dolo del progenitor. Lo importante es que esa negligencia ponga en peligro la existencia o pertenencia de los bienes que administra. Nótese que no tendría por qué ya haberse producido un perjuicio en tales bienes. Lo relevante es que ellos se hayan puesto en peligro. Nada más. Entendemos la lógica del precepto, en la medida en que el legislador de 1984 lo que busca es prevenir los daños y no reaccionar ante hechos consumados.

Finalmente, sobre el sentido de la norma, Arias-Schreiber menciona que: «La cautela y buena gestión en la administración y usufructo de los bienes permite el acrecentamiento o mantenimiento del patrimonio de los hijos, de manera tal que los actos que atentan contra dicha gestión y ponen en peligro el destino patrimonial, determinan la extinción de los derechos de administración y usufructo legal. El sentido y finalidad de este artículo no requiere mayor explicación y constituye un medio defensivo del patrimonio de los hijos sujetos a la patria potestad.»[832]

(832) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 205.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de los padres de enajenar y gravar los bienes del hijo

Artículo 447.- Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo.

El artículo 447 se ocupa de diversos aspectos que vamos a analizar en detalle. Veamos:

a) Enajenación y gravamen de los bienes

Lo primero que establece la norma es que los padres que administran los bienes de los hijos, como regla general, no pueden ni enajenarlos, ni gravarlos.

Esto resulta claro, en la medida en que las facultades de administración no lo permiten.

b) Contraer obligaciones que excedan de los límites de la administración

Se trataría, por ejemplo, del caso en el cual los padres contraigan, con una institución del sistema financiero, un cuantioso préstamo a nombre de los hijos. En este caso, si bien es cierto que no habría venta ni gravamen de tales bienes, la obligación contraída, totalmente ajena a los deberes de administración, haría peligrar el patrimonio del menor. Ello, en la medida en que las personas responden por sus deudas con su patrimonio, de modo tal que si los padres no pagasen la cuantiosa deuda contraída, los acreedores podrían cobrarse con el patrimonio del hijo. De esta manera, se lograría los mismos efectos que con la disposición o gravamen de los bienes, que no es otra cosa que los bienes terminen siendo perdidos del patrimonio del menor. De ahí la cautela del precepto que venimos comentando.

En materia jurisprudencial podemos observar lo señalado en el Expediente n.º 09-2013, de fecha 10 de junio de 2013, donde se indica que: «Si no se acredita estado de necesidad de la menor y si la madre cuenta con

EDITORIAL RODRIGO CASTILLO PALOMINO

ingresos fijos, no procede la autorización solicitada para retirar una suma de dinero depositada a nombre de la indicada menor. De los documentos adjuntos al escrito de demanda, se tiene que la madre actora ha adjuntado como medio probatorio una constancia de estudios; sin embargo, de ello se advierte que la menor viene cursando estudios primarios en una institución educativa pública, hecho que no evidencia de ninguna manera la irrogación de ingentes sumas, a efectos de no poder ser cubiertos *(sic)* con los ingresos mensuales de la actora, y que además no cuenta con otra obligación aparte de su única hija, la referida menor. No se encuentra fehacientemente acreditado, el estado de necesidad apremiante de la menor, alegada *(sic)* por la actora, por lo cual no resulta procedente la autorización solicitada para efectos del retiro de la suma de dinero depositado a nombre de la indicada menor que se encuentra depositado en un banco *(sic)*, por concepto de indemnización por el fallecimiento de quien en vida fuera su padre.»[833]

c) Supuestos de excepción

El artículo 447, bajo comentario, establece excepciones a la regla de los supuestos a) y b) de nuestros comentarios.

Se trata del caso en que, por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta que: «En cuanto a las razones de necesidad, es evidente que el Código alude a razones de emergencia para el hijo, por ejemplo, el tener que atender una operación urgente para recuperar su salud; sin embargo, no resulta muy claro lo referido a razones de utilidad, que como sabemos el término utilidad está asociado al provecho que se saca de una cosa, por lo tanto útil podría ser, por ejemplo, la conveniencia de vender un bien a un precio mucho mayor al que se compró, lo que equivaldría a incrementar el patrimonio del menor; en la práctica, es más usual se autorice la venta de un bien del menor por razones de necesidad que por las de utilidad.»[834]

(833) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 515.
(834) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patria potestad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, pp. 37-38.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente n.° 0016-2013-2501-SP-FC-01, de fecha 1 de abril de 2013, se señala que: «Está acreditado el estado de necesidad de los menores para que el juez autorice la disposición de sus bienes por su madre. Por lo demás, estando a las edades de los menores, se presume que se encuentran en estado de necesidad, por no estar aún en condiciones de desempeñarse en actividades económicas que les permitan obtener ingresos para cubrir sus necesidades básicas como vivienda, salud y educación, y las que sean necesarias a efectos de garantizar su crecimiento y desarrollo físico y psicológico, en mérito a lo expuesto resulta razonable autorizar a la madre recurrente la disposición del dinero depositado en una cuenta bancaria como beneficiarios del seguro luego de la muerte de su padre en un accidente de tránsito en la forma antes acotada.»[835]

Asimismo, un supuesto de excepción se ha desarrollado en la sentencia recaída en el expediente n.° 00001-2012-0-2101-JR-FC-02, de fecha 6 de febrero de 2015, cuando se establece que: «Puede la madre disponer del monto dinerario otorgado por seguro a la menor por motivo de fallecimiento del padre. *Cuarto.* La menor por su edad requiere de vestidos, vivienda y sustento diario para su normal desarrollo, necesidades que deben ser cubiertas por la actora, las que deben ser complementadas con el ingreso de la menor, por consiguiente teniendo en cuenta de que *(sic)* el dinero producto del seguro será utilizado para atender las necesidades fundamentales de la menor resulta justificable autorizar su disposición, siendo obligación del juzgado velar por los intereses superiores de los niños y adolescentes en aplicación del artículo IX del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes.»[836]

Nótese cómo la única excepción estará marcada por los intereses del hijo y con previa autorización judicial. Podría ser el caso en que, por ejemplo, se requiera obtener un préstamo bancario con garantía hipotecaria, para obtener los fondos requeridos para pagar una operación quirúrgica que requiera el hijo, sin cuya realización podría fallecer.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(835) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 516.
(836) *Ibidem*, pp. 515-516.

Autorización judicial para celebrar actos en nombre del menor

Artículo 448.- Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos:

1.- Arrendar sus bienes por más de tres años.

2.- Hacer partición extrajudicial.

3.- Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.

4.- Renunciar herencias, legados o donaciones.

5.- Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida.

6.- Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.

7.- Dar o tomar dinero en préstamo.

8.- Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.

9.- Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.

10.- Convenir en la demanda.

El artículo 448 del Código Civil contiene una larga enumeración de diez incisos a través de los cuales se señalan supuestos en los que los padres también necesitan autorización judicial para practicar, en nombre del menor, determinados actos. Pasaremos a analizarlos:

a) Arrendar sus bienes por más de tres años (inciso 1)

Si bien el arrendamiento puede celebrase a plazo indeterminado (artículo 1687), el plazo máximo de duración que se puede pactar en un contrato de arrendamiento celebrado entre particulares es de diez años (artículo 1688, primer párrafo).

Las razones ya las hemos explicado en detalle en obras anteriores[837] y consisten, fundamentalmente, en no desnaturalizar la transitoriedad del contrato de arrendamiento.

(837) Concretamente, ver: Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 215-232.

FUNDACIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

Pero, como puede observarse, para el caso de los bienes de propiedad de los hijos se establece para los padres que los administran un plazo mucho menor, de tres años. Ello, entendemos, con el objeto de no comprometer tales bienes por períodos más largos que, eventualmente, pudiesen perjudicar los intereses del menor que es propietario de los mismos.

b) Hacer partición extrajudicial (inciso 2)

Cabe la posibilidad de que los bienes de propiedad del menor de que venimos tratando no sean, en estricto, de su plena propiedad, sino de copropiedad con otra u otras personas. Incluso podría presentarse el supuesto en el cual los bienes sean de propiedad de todos los hijos (copropietarios de los mismos) y ellos sean administrados por los padres comunes de todos ellos.

Bueno, pues, en ninguno de esos casos el Código Civil permite que se lleve adelante la división y partición de tales bienes. Entendemos que la prohibición obedece a que el acto de división y partición debe implicar la voluntad real de los copropietarios. Entonces, para tales efectos, se deberá esperar a que el copropietario o todos los copropietarios, si fuera el caso, sean mayores de edad.

c) Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje (inciso 3)

La transacción implica la existencia de concesiones recíprocas (artículo 1302 del Código Civil), en aras de obtener un acuerdo satisfactorio que solucione los problemas o controversias existentes entre las partes que la celebran. El Código Civil prefiere que este medio de solución de controversias y, a la vez, medio extintivo de obligaciones, sea empleado, si fuera el caso, por el titular del bien, cuando sea mayor de edad. Por ello, los padres no podrán transigir sobre los bienes que administran y son de propiedad de los hijos.

Y tampoco se acepta que se someta a arbitraje controversias relativas a los bienes de propiedad de los hijos. Nótese que el inciso 3, bajo comentario, hace referencia a las cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje. La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral eran las figuras que contenía el Código Civil de 1984 en sus artículos 1906 a 1922, para regular el arbitraje. No obstante, ellas fueron derogadas por completo por la primera Ley General de Arbitraje que rigió en nuestro país. Nos referimos al Decreto Ley n.º 25935, publicado el 10 de diciembre de 1992.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En la actualidad, el arbitraje tiene su regulación general en el Decreto Legislativo n.º 1071, que entró en vigencia el 1 de septiembre de 2008.

Como pactar arbitraje es convenir el apartamiento de la jurisdicción ordinaria, el inciso 3 del artículo 448, bajo comentario, no permite que tal apartamiento sea decidido por los padres del menor con respecto a cualquier discrepancia que existe con relación a tales bienes.

En verdad, objetivamente no tendría razón de ser la norma bajo análisis, pues el arbitraje incluso podría otorgar mayores seguridades y garantías que la jurisdicción ordinaria.

No obstante, siempre cabría la posibilidad de que los padres del menor utilicen el arbitraje de modo fraudulento para hacerse de la propiedad de los bienes o de su valor de manera indirecta. De ahí el recelo del legislador de 1984 y la prohibición bajo comentario.

d) Renunciar herencias, legados o donaciones (inciso 4)

Si el menor se viese beneficiado con una herencia, legado o donación, lo lógico sería que sus padres la acepten. Ello, en la medida en que tales actos sólo beneficiarían al menor. En el caso de la donación, lo peor que podría ocurrir sería que las deudas fuesen de monto mayor que los bienes y créditos, caso en el cual el menor únicamente respondería por el límite de aquello que recibió, con lo que tampoco sería perjudicado.

Entonces, al no poder renunciar herencias, legados o donaciones, ello significa que los padres, como representantes del menor, solamente podrán aceptarlos, salvo, claro está, que obtengan autorización judicial que les permita rechazarlos.

e) Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida (inciso 5)

Entendemos que los padres del menor no puedan celebrar contrato de sociedad a nombre del menor, salvo autorización judicial. Ello, en la medida en que iniciar una empresa, un negocio bajo forma societaria, acarreará todo un tema en el que no se debe implicar a un menor.

No obstante, dudamos de la idoneidad de la segunda parte del inciso 5, bajo comentario, precepto que prohíbe a los padres hacer que el hijo continúe en la sociedad ya establecida con anterioridad. En estos casos, entendemos que si la sociedad ya está constituida y, además, en funcionamiento, podría resultar un buen negocio para el menor el continuar formando

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

parte de la misma. Bueno, pero finalmente, el tema puede ser sometido a conocimiento y decisión judicial.

f) Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio (inciso 6)

Este inciso tiene una lógica muy similar a la de la segunda parte del inciso 5 precedente, por lo que hacemos de aplicación al tema, *mutatis mutandis*, lo expresado en esa oportunidad.

g) Dar o tomar dinero en préstamo (inciso 7)

El tema relativo a endeudarse a nombre del menor ya fue estudiado por nosotros al analizar el artículo 447. Remitimos al lector a lo ahí señalado.

En lo que respecta a dar dinero en préstamo, vale decir, a prestar a terceros dinero de propiedad del menor, obviamente ello está prohibido. Dudamos de que pueda el juez autorizar una operación de estas características.

h) Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración (inciso 8)

Los actos de administración podrían implicar la ejecución de determinadas construcciones como, por ejemplo, reparar una pared que se halle en estado ruinoso fruto del súbito colapso de una tubería de agua. Estos actos de construcción serían plenamente lógicos, como también lo serían el adaptar el baño del menor, cuando deje de ser niño.

Lo que no quiere la ley es que se realicen construcciones que no guarden relación con la administración, por tanto, con los intereses del menor propietario de los bienes.

i) Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas (inciso 9)

El inciso 4 prohíbe, salvo autorización judicial, que los padres renuncien herencias, legados o donaciones. El inciso 9 prohíbe, salvo autorización judicial, aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargo.

La lógica de la norma es que el cargo pudiere revestir determinada onerosidad que haga que aceptar esa donación, legado o herencia voluntaria se convierta en un problema para el menor. Naturalmente, en la mayoría de estos casos, los cargos no representarán mayor inconveniente, dada su escasa importancia patrimonial. Pero, de igual manera, el legislador de 1984 es muy cauto con la protección de los intereses del menor, razón

INSTITUTO MEXICANO DEL NOTARIADO FREYRE

por la cual, para los efectos del inciso 9, los padres necesitarán de la autorización judicial correspondiente.

En materia registral, observamos el siguiente precedente de observancia obligatoria contenido en las Resoluciones n.° 329-99-ORLC/TR del 03-12-1999 y n.° 363-2000-ORLC/TR del 30 de octubre de 2000, en el sentido siguiente: «Interpretación del artículo 448 inc. 9 del Código Civil. Para inscribir donaciones, legados o herencias voluntarias a favor de menores se requiere contar con autorización judicial cuando aquellos actos estén sujetos a cargo, como modalidad del acto jurídico, y no cuando los bienes objeto de liberalidad estén gravados.»(838)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(839) planteábamos que en la parte final del inciso 9, bajo comentario, se agregara la expresión «con beneficio de inventario». Como dice Lohmann,(840) el inciso 9 del artículo 448 incurre en los mismos defectos del artículo 155 del propio Código, vale decir que descarta la herencia legitimaria y la legal. Por otro lado, no tiene sentido que al padre o madre o a ambos se les exija autorización judicial para aceptar la herencia voluntaria con carga y se les permita recibir libremente –sin autorización alguna– donaciones o legados que resulten perjudiciales para el menor. Lo más razonable hubiera sido incorporar un artículo por el cual los padres no puedan aceptar herencias para sus hijos salvo que lo hagan bajo beneficio de inventario y previa autorización judicial. En estas consideraciones se basaba nuestra modificatoria del inciso 9 del artículo bajo análisis. No obstante, hoy, veinticinco años después, admitimos que, en la práctica, nuestra fórmula pudiese resultar engorrosa.

j) Convenir en la demanda (inciso 10)

Convenir en la demanda equivale a allanarse a las pretensiones contenidas en ella. Resulta totalmente lógico que para un supuesto de esta naturaleza, que podría violar gravemente los intereses del hijo, los padres requieran de autorización judicial.

Sobre el artículo bajo comentario, Cornejo Chávez indica que: «La exigencia, en todos estos casos, de autorización judicial se debe a que ellos importan o pueden importar o esconder actos de disposición de bienes

(838) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 517.
(839) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 442.
(840) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, tomo I, p. 223.

que, en general, no están comprendidos en las facultades patrimoniales ordinarias de los padres.»[841]

Asimismo, Peralta Andía comenta que: «Aquí la intervención del juez es justificada, pues se trata de una liberalidad, pero con carga que afecta el patrimonio del menor, y por último se requiere autorización para convenir en la demanda planteada contra los intereses del menor, por lo que también es justificada la intervención del juez, pues el allanamiento es un acto de disposición y como tal puede comprometer seriamente el patrimonio del menor.»

Finalmente, conviene agregar que, como señala el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia, realizado por la Corte Superior de Justicia de Puno, de fecha 19 de octubre de 2015, «Que, para efectos de que las transacciones extrajudiciales en los procesos de alimentos tengan mérito ejecutivo debe el padre o madre del representante del menor de edad que lo celebra contar con la autorización judicial correspondiente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 448 inciso 3 del Código Civil concordante con el artículo 1307 del mismo texto legal.»[842]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(841) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 207.
(842) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 517.

Opinión del hijo sobre la disposición de sus bienes

Artículo 449.- En los casos de los incisos 2, 3 y 7 del artículo 448, se aplican también los artículos 987, 1307 y 1651. Además, en los casos a que se refieren los artículos 447 y 448, el juez debe oír, de ser posible, al menor que tuviere dieciséis años cumplidos, antes de prestar su autorización. Esta se concede conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para enajenar u obligar bienes de menores.

La referencia al Código de Procedimientos Civiles debe entenderse efectuada al Código Procesal Civil.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*,(843) planteábamos rebajar la edad en la cual resultaba obligatorio al juez escuchar al menor, de dieciséis, a doce años, pues creemos que una persona de esta edad, por lo general, tiene suficiente criterio al respecto. Pero, además, incluíamos una disposición por la cual un menor, a pesar de no tener los doce años cumplidos, si tiene capacidad de discernimiento suficiente, podría exigir ser oído. Finalmente, variábamos la nomenclatura de «Código de Procedimientos Civiles» a «Código Procesal Civil», pues ésta es la vigente desde 1993.

Reforzamos esta idea ahora en concordancia con el Código de Niños y Adolescentes, que fue publicado el 21 de julio del año 2000, el cual señala:

> **Artículo 9**.- A la libertad de opinión
>
> El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

(843) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 442 y 443.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, el artículo 449 del Código Civil establece que en los casos de los incisos 2, 3 y 7 del artículo 448, se aplican también los artículos 987, 1307 y 1651.

El artículo 987, norma relativa a la partición en los Derechos Reales, señala que si alguno de los copropietarios es una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Puede prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios.(844)

El artículo 1307, propio de la transacción en Derecho de las Obligaciones, establece que los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.(845)

Por su parte, el artículo 1651, referido al contrato de mutuo, indica que los representantes de incapaces o ausentes, para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deben observar lo dispuesto en el artículo 1307.(846)

El artículo 449 también establece que, además, en los casos a que se refieren los artículos 447 y 448, el juez debe oír, de ser posible, al menor que tuviere dieciséis años cumplidos, antes de prestar su autorización.

La idea, en estos casos, es que como el menor de edad ya puede emitir una opinión razonada sobre el tema, pues se recabe esa opinión. La ley ha establecido los dieciséis años. Como todo plazo o toda edad, éste también es arbitrario y ya hemos efectuado las objeciones correspondientes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(844) Para mayor referencia, ver Castillo Freyre, Mario. *Derechos reales. Principales y de garantía. Op. cit.*, pp. 209-211.

(845) Para mayor referencia, ver Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, volumen V, pp. 2013-2015.

(846) Para mayor referencia, ver Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Op. cit.*, tomo II, pp. 145-196.

ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR LOS PADRES

Artículo 450.- Pueden demandar la nulidad de los actos practicados con infracción de los artículos 447, 448 y 449:

1.- El hijo, dentro de los dos años siguientes a su mayoría.

2.- Los herederos del hijo, dentro de los dos años siguientes a su muerte si ocurrió antes de llegar a la mayoridad.

3.- El representante legal del hijo, si durante la minoría cesa uno de los padres o los dos en la patria potestad. En este caso, el plazo comienza a contarse desde que se produce el cese.

El artículo 450 establece los supuestos de quiénes y en qué casos pueden demandar la nulidad de los actos practicados por los padres que hubieren transgredido lo dispuesto por los artículos 447, 448 y 449 del Código Civil. Analizaremos en detalle cada uno de ellos:

a) El hijo, dentro de los dos años siguientes a su mayoría (inciso 1)

Se entiende la lógica de la norma en la medida en que, a partir de cumplir los dieciocho años, el hijo ya va a poder tomar acciones por sí mismo. También se entiende que es muy probable que no las adopte apenas alcanzada la mayoridad, en tanto va a tener que tomar conocimiento de una serie de actos y contratos celebrados por sus padres sobre bienes de propiedad del menor.

Asimismo, tampoco suena lógico que el menor adopte las medidas correctivas apenas lo pueda hacer legalmente, pues deberá rodearse de la debida asesoría para tales efectos. Por ello, la ley le otorga el plazo de dos años siguientes a su mayoridad.

Este plazo, estimamos que es uno de prescripción, al ser de dos años, siendo similar a otros plazos de prescripción contemplados en el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil. Los plazos de caducidad generalmente son más breves.

En ese sentido, resulta ilustrativa la Casación n.º 3808-2013-Lima, de fecha 13 de mayo de 2014, cuando indica lo siguiente: «*Quinto.* La Sala

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Superior se ha pronunciado de oficio por la caducidad del derecho del demandante, alegando *"que la doctrina nacional sostiene uniformemente que el plazo establecido en el inciso 1) del artículo 450 del Código Civil es uno de caducidad"*. Se trata, por lo tanto, de un argumento que invoca a la autoridad, cuya utilización resulta legítima cuando se expresan suficientes razones para ello. *Sétimo.* La Sala Superior debió indicar las premisas por las que los citados profesores de Derecho han sostenido que el plazo del artículo 450, inciso 1, del Código Civil es uno de caducidad, y las razones por las que estima que tal análisis es el adecuado; no habiendo procedido de esa manera ha realizado una motivación aparente y no ha justificado de manera debida las razones de su pronunciamiento, tanto más necesarios cuando no responde: 7.1. ¿Si el tiempo en el que los menores, bajo la tutela de sus padres, no pueden demandar la nulidad de actos jurídicos practicados por estos, supone la suspensión del plazo para demandar? 7.2. ¿Cuál es la relación de los hechos demandados con lo prescrito en el artículo 1994, inciso 4, del Código Civil?»[847]

b) Los herederos del hijo, dentro de los dos años siguientes a su muerte, si ocurrió antes de llegar a la mayoridad (inciso 2)

La lógica de este supuesto es la misma que la del inciso 1, en la medida en que el hijo podría haber muerto antes de cumplirse los dos años a que hace referencia el inciso 1. En este caso, serán los herederos del hijo quienes podrán adoptar las medidas correctivas. Si al fallecer el hijo sólo tuviera por herederos a hijos suyos muy pequeños, se entenderá que la madre o los abuelos de esos niños, que ejerzan su patria potestad, serán quienes podrán representarlos; y serán también quienes tengan la posibilidad de iniciar las acciones correspondientes. En caso el hijo falleciere habiéndose casado, su esposa podrá, como heredera suya, iniciar las acciones del caso, en nombre propio o en el de los hijos comunes a quienes represente.

c) El representante legal del hijo, si durante la minoría cesa uno de los padres o los dos en la patria potestad. En este caso, el plazo comienza a contarse desde que se produce el cese (inciso 3)

Cabe la posibilidad de que se presente el supuesto regulado en el inciso 3, vale decir que durante la minoría de edad cese uno de los padres o incluso los dos en la patria potestad. En este caso, quien podrá ejercer las

(847) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 518.

acciones correspondientes será el representante legal del hijo, vale decir su tutor, y el plazo para interponer las acciones se empezará a contar a partir de la fecha de cese de la patria potestad. Sobre este aspecto debemos tener en cuenta el caso en que cese la patria potestad, pero aún no haya sido nombrado el tutor del menor, supuesto en el cual el mismo se hallará sin representante, razón por la cual el plazo de prescripción debería suspenderse. Ello, en virtud de lo establecido en el artículo 1994, inciso 1 del propio Código, cuando señala que se suspende la prescripción cuando las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 incisos del 1 al 8 no cuentan con sus representantes legales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Depósito bancario del dinero de los hijos

Artículo 451.- El dinero de los hijos, mientras se invierta con sujeción a lo dispuesto en el artículo 453, debe ser colocado en condiciones apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*,[848] creíamos importante señalar que no es sólo que el dinero se coloque en instituciones de crédito a nombre del menor, sino que debe hacerse en las condiciones apropiadas que le sean más favorables.

Todas las normas relativas a la administración de los padres de los bienes de sus hijos, como se puede apreciar, tienden a salvaguardar el patrimonio de los menores.

El artículo 451 no es la excepción, al indicar que el dinero de los hijos debe ser colocado en condiciones apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor. Cuando el Código hace referencia a instituciones de crédito, está aludiendo a bancos, empresas financieras y cajas municipales. Los depósitos deberán estar hechos a nombre del menor, para que no exista duda acerca de la titularidad de tales bienes o problemas de índole hereditario si los mismos fuesen colocados a nombre de los padres, y éstos fallecieran dejando, además del hijo en cuestión, otros herederos.

Así lo establece también la Casación n.º 3866-2012-Lima, de fecha 6 de junio de 2013, al indicar lo siguiente: «Colocar el dinero del menor en instituciones de crédito tiene como finalidad cautelar el patrimonio monetario del menor. *Sétimo.* Habiendo sido desestimada la causal *in procedendo,* corresponde resolver la causal *in indicando,* respecto a la infracción normativa del artículo 451 del Código Civil, al respecto, dicha norma señala: *"El dinero de los hijos, mientras se invierta con sujeción a lo dispuesto en el artículo 453, debe ser colocado en condiciones apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor",* así se aprecia que el texto de dicha norma es claro, pues tiene la finalidad de cautelar el patrimonio monetario del hijo menor de edad, bajo dos supuestos: i) invertirlo en la adquisición de predios o cédulas hipotecarias conforme lo establece el artículo 453 del mismo Código, o ii) depositarlo

(848) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 443.

en instituciones de crédito a nombre del menor, siendo que para cualquiera de los dos casos debe darse en condiciones apropiadas, esto es, que genere una rentabilidad en beneficio del menor.»[849]

Por lo demás, el artículo 451 hace referencia a que el dinero del menor deberá invertirse de la manera señalada por el artículo 453, precepto que establece que el dinero del menor, cualquiera fuere su procedencia, será invertido en predios o en cédulas hipotecarias.

Esta disposición se explica en tanto siempre se ha considerado a los inmuebles como la mejor inversión. Un tío mío, viejo empresario, siempre recuerda una expresión que le dijo un importante inversionista inmobiliario en Nueva York en los años sesenta: «Nosotros compramos terrenos, porque es la única propiedad que Dios no hará dos veces».

Las cédulas hipotecarias eran unos valores muy importantes, representados por propiedades inmuebles, que emitía hasta los años ochenta el hoy liquidado Banco Central Hipotecario del Perú. Tradicionalmente, eran consideradas como una muy buena inversión. Lamentablemente, la inflación desatada en el Perú de fines de los setenta y los años ochenta destruyó el valor de los referidos bonos y durante el primer gobierno del presidente Alan García Pérez (1980-1985) se liquidó el Banco Central Hipotecario del Perú y se redimieron los referidos bonos a valores sumamente devaluados.

El artículo 451 establece, finalmente, que para hacer otras inversiones los padres necesitan autorización judicial. Esta autorización será otorgada cuando lo requieran o aconsejen los intereses del hijo, disposición que resulta de plena lógica en protección de los intereses del menor.

Al respecto, Cornejo Chávez comenta que: «Con el mismo propósito de cautelar el patrimonio del hijo menor, la ley establece que el dinero de su pertenencia y no, por tanto, el que reciben los padres por concepto de frutos, el cual les corresponde en propiedad como consecuencia del usufructo legal, debe ser invertido en la adquisición de predios o de cédulas hipotecarias y que, en tanto, será colocado en instituciones de crédito a nombre del menor; dinero que no puede ser retirado sin autorización judicial (artículo 452). Para cualquiera otra inversión, el padre necesita autorización judicial, que sólo será concedida cuando lo requieran o aconsejen los intereses del hijo.»[850]

(849) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 518-519.
(850) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 208.

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA RETIRO DE DINERO

Artículo 452.- El dinero a que se refiere el artículo 451 no puede ser retirado sino con autorización judicial.

La claridad de esta norma nos releva de cualquier comentario al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inversión del dinero del menor

Artículo 453.- El dinero del menor, cualquiera fuere su procedencia, será invertido en predios o en cédulas hipotecarias. Para hacer otras inversiones, los padres necesitan autorización judicial. Esta autorización será otorgada cuando lo requieran o aconsejen los intereses del hijo.

Ya nos referimos al contenido del artículo 453 al comentar el artículo 451, razón por la cual remitimos al lector a lo ahí señalado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deberes de los hijos

Artículo 454.- Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres.

El artículo 454 es una norma muy importante, pues se refiere a los deberes de los hijos. Veamos:

a) Obedecer a sus padres

De acuerdo con la Real Academia Española, el primer significado de obedecer es: «Cumplir la voluntad de quien manda. Obedecer a los padres».(851)

Obviamente, el Código Civil, al establecer que los hijos deben obedecer a los padres, lo que está diciendo es que los padres mandan sobre los hijos. Se establece entre unos y otros una relación de jerarquía, la misma que resulta indispensable para el adecuado funcionamiento del hogar y para una recta educación y formación de los hijos.

b) Respetar a sus padres

De acuerdo a la Real Academia Española, respetar es:(852)

1. tr. Tener respeto, veneración, acatamiento.
2. tr. Tener miramiento (respeto, atención).

El respeto complementa la obediencia, pues es una actitud que se debe ir formando en los hijos desde muy pequeños. Ese respeto, esa veneración, ese acatamiento, ese miramiento, debe fluir naturalmente de los hijos hacia los padres que les dieron la vida.

c) Honrar a sus padres

La Real Academia Española entiende por honrar:(853)

(851) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 14 de enero de 2023.
(852) *Loc. cit.*
(853) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. tr. Respetar a alguien.
2. tr. Enaltecer o premiar el mérito de alguien.
3. tr. Dar honor o celebridad.
4. tr. U. como fórmula de cortesía para enaltecer la asistencia, adhesión, etc., de otra u otras personas. *Hoy nos honra con su presencia nuestro ilustre amigo. Ningún año ha querido usted honrar nuestra mesa.*
5. prnl. Dicho de una persona: Tener a honra ser o hacer algo.

Consideramos que el Código Civil hace referencia al primero de los significados, el mismo que, como vemos, se relaciona estrechamente con el respeto, pero también alude a los dos siguientes significados, pues los hijos deben enaltecer el mérito de sus padres, precisamente por ser tales; además de darles el honor y la celebridad que les corresponde al ser quienes le dieron la vida.

Para Arias-Schreiber: «Este artículo tiene un alto contenido moral y, por su misma naturaleza, resulta imposible enumerar las diversas obligaciones que emanan de su texto. Su fundamento es obvio: no cabe duda de que los hijos menores deben a sus padres una natural y respetuosa subordinación que implica no sólo la obediencia sino el respeto y la honra. Además, para que los padres puedan cumplir la función formadora y educativa de sus hijos, ella no sería posible si éstos no estuviesen obligados a obedecerlos, respetarlos y honrarlos.»(854)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(854) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 212.

Derecho del menor para aceptar bienes a título gratuito

Artículo 455.- El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También puede ejercer derechos estrictamente personales.

La regla general en torno a los actos que pueden celebrar los menores de edad no privados de discernimiento ha quedado derogada, con la modificatoria que en el año 2018 se hizo al artículo 1358 por el Decreto Legislativo n.° 1384, norma que en la actualidad sólo hace referencia a las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los incisos 4 a 8 del artículo 44 del Código Civil (artículo que antiguamente regulaba el caso de los incapaces relativos).

Nosotros hemos tratado en extenso sobre este particular[855] y, más allá de las actuales carencias del artículo 1358, debemos decir que el tema de los contratos o actos celebrados por menores de edad no privados de discernimiento siempre debería entenderse como que están facultados para celebrar todos los actos relacionados con las necesidades de su vida diaria, apreciados, claro está, desde una perspectiva concreta.

Pero también queda claro que la aceptación de donaciones, legados y herencias voluntarias nunca estuvo comprendida dentro del texto original del artículo 1358, y no lo está dentro del ámbito de aplicación actual del tema. Por ello, resultaba necesario el artículo 455, bajo comentario, en el sentido de que el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres.

La norma tiene sentido en la medida en que tales aceptaciones siempre van a versar sobre actos a título gratuito, es decir, que el menor no asuma la obligación de ejecutar una contraprestación por los mismos. Por ello es que el precepto pone énfasis en que tales actos deben ser puros y simples, vale decir, sin cargo o modo, lo que equivale a que con su aceptación el menor únicamente va a recibir beneficios.

(855) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el arbitraje (quinta parte). Op. cit.*, pp. 63-73.

Pero la norma no termina ahí, dado que el artículo bajo comentario también hace referencia a que el menor capaz no privado de discernimiento puede ejercer derechos estrictamente personales. Ellos podrían versar, por ejemplo, sobre el reconocimiento de un hijo. Se trata de cuestiones personalísimas por las que la norma permite a ese menor actuar directamente, sin necesidad de ser representado por sus padres.

En esa línea, Varsi señala que: «Esta facultad permite al hijo ejercer sus derechos personales, es decir aquellos derechos que le son innatos y concernientes de manera intrínseca a su calidad de sujeto de derecho y a su estado civil de hijo. Es importante rescatar la palabra estrictamente –adverbio de modo– utilizada para calificar los derechos que el hijo puede ejercer, en este sentido debe entenderse que se refiere a aquellos derechos que solo pueden ser realizados por el mismo menor.»(856)

Por otra parte, debemos recordar(857) que la norma se refiere a las «herencias voluntarias»; ¿pero acaso existe herencia involuntaria? A decir del profesor Guillermo Lohmann, en criterio que compartimos, el legislador redactó equivocadamente el precepto, a lo que debió referirse es a la designación de heredero voluntario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(856) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 197.

(857) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 442 y 443.

AUTORIZACIÓN AL MENOR PARA CONTRAER OBLIGACIONES

Artículo 456.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

Cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.

El primer párrafo del artículo 456 establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

Dado que el artículo 1358, como hemos señalado, ya no hace referencia a los actos celebrados por los menores de edad no privados de discernimiento, resulta provechosa la existencia del artículo 456, bajo comentario. Decimos esto en la medida en que si bien nuestra tesis es que los menores de edad no privados de discernimiento, sean de la edad que fueren, están autorizados a celebrar actos que tengan relación con las necesidades de su vida diaria, entendemos que el artículo 456 se refiere a actos de mayor envergadura, es decir a actos que pueden ir más allá o escapar del concepto antes referido; y la norma no se refiere a cualquier menor de edad no privado de discernimiento, sino a aquellos que tengan más de dieciséis años.

Para estos actos, el primer párrafo del artículo bajo análisis señala que el menor deberá tener autorización previa de sus padres, para lo cual entendemos que dicha autorización debería ser puesta en conocimiento de aquella persona que fuera a celebrar el acto con el menor, en caso se tratare de actos celebrados por más de una persona. Y si el menor celebrare tales actos sin autorización previa, pues ellos deberán ser ratificados por sus padres. Se entiende, por tanto, que se trata de actos no relacionados con las necesidades de la vida diaria del menor, dado que si lo fueran, no se requeriría de tal autorización.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El segundo párrafo del artículo 456 establece que cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho.

Esta situación tiene plena lógica, en la medida en que el referido acto habría sido celebrado por una persona incapaz y, por tanto, el acto celebrado sería nulo (si es menor de dieciséis años) o anulable (si tiene dieciséis o más, pero menos de dieciocho, conforme a lo dispuesto por el artículo 221, inciso 1).

En esa línea, Arias-Schreiber comenta que: «La norma resulta por demás obvia, pues considera un hecho claro y predefinido en la estructura de la capacidad de ejercicio (personas, acto jurídico, contratos) y de la patria potestad (familia), esto es, que para que el menor contraiga obligaciones o renuncie derechos requiere la autorización (expresa o tácita) de los padres o, en todo caso, de su ratificación. Lo contrario determinaría la invalidez del acto realizado. En concreto, la autorización previa o ratificación posterior de los padres respecto del acto ejecutado por su menor hijo equivale a que ellos lo hubiesen practicado en nombre del menor, en ejercicio de las facultades conferidas por la patria potestad.»[858]

El segundo párrafo del artículo 456 establece que si el menor hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.

Esto sería lógico, por un tema básico de responsabilidad extracontractual. Lamentablemente, el Decreto Legislativo n.º 1384 derogó los artículos 1975 y 1976, que decían:

> **Artículo 1975**.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.
>
> **Artículo 1976**.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

La norma que sustituyó a ambos preceptos es el artículo 1976-A (numeración inexplicable, por cierto, si ya no existían el 1975 y el 1976), cuyo texto es el siguiente: «La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a

(858) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 214-215.

repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa».

Como puede apreciarse, el tema de la responsabilidad de los daños causados por un menor de edad que hubiese actuado con dolo solamente está regulado por el segundo párrafo del artículo 456, bajo comentario, precepto que lo hace responsable por tales daños y perjuicios que cause a un tercero.

La materia que no estaría regulada sería la de los daños y perjuicios causados por un menor sin discernimiento. Entendemos que, en estos casos, sus padres serían responsables por la indemnización derivada de los mismos.

Finalmente, Arias-Schreiber ha advertido que: «Un problema aparte puede presentarse si se discutiera la correcta ubicación del supuesto considerado en este artículo. Indiscutiblemente, tratándose de una forma de adquirir capacidad, es mejor que el tema sea regulado en una futura reforma por el Libro de Derecho de las Personas.»[859]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(859) *Ibidem*, p. 215.

Autorización al menor para trabajar

Artículo 457.- El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos. La autorización puede ser revocada por razones justificadas.

El artículo 457 aborda el tema del trabajo del menor de edad que tenga discernimiento. La norma establece que el mismo puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio.

Por lo demás, el trabajo de los menores de edad es muy recurrente en los países pobres como el nuestro, donde los ingresos de los padres no son suficientes para solventar los gastos del hogar. De ahí que la ley permita, reconociendo esa realidad, que el mismo deba contar con la autorización de sus padres. Se agrega también que podría tratarse no sólo de un trabajo, sino también del ejercicio de una ocupación, industria u oficio. Estos últimos son situaciones que tal vez describan aquellos casos en los cuales el menor realice estas actividades específicas bajo dependencia de un tercero o, incluso, de manera independiente, al frente de su propio negocio.

En la historia de las sociedades son múltiples los casos en que grandes emprendimientos han sido desarrollados por personas muy jóvenes. La informática es un terreno lleno de estos ejemplos.

Siguiendo con nuestro análisis de la norma, diremos que el artículo 457 indica, además, que en cualquiera de los casos señalados en que hubiere la autorización de los padres para que el menor desarrolle tales labores, el menor puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos.

La lógica de este precepto estriba en que el menor debe tener libertad de acción para desarrollar las labores que va a realizar. Por ejemplo, si se dedicara a la industria del calzado, deberá comprar cuero y otros productos a sus

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

proveedores, y para tales efectos tendría capacidad con la sola autorización de los padres para que ejerza ese oficio.

Lo mismo ocurriría en caso el menor realice desarrollos informáticos, con respecto al *software* que le sea necesario adquirir para el ejercicio de esa actividad. Todos estos contratos tendrían validez para el Derecho.

La norma bajo comentario termina señalando que la autorización para el desarrollo de las labores de las que venimos tratando, puede ser revocada por razones justificadas. Esto podría suceder, por ejemplo, si es que el menor destinara los ingresos obtenidos por su trabajo a drogarse o a alguna otra actividad que, en lugar de hacerlo desarrollar para bien, lo envilezca.

Cabe agregar que este artículo debe aplicarse en concordancia con las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes, que regulan el trabajo de menores de edad (artículos 19, 22, 48 y siguientes).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Responsabilidad del menor

Artículo 458.- El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa.

Este artículo no es el original, de 1984, pues fue modificado por el artículo único de la Ley n.° 27184, publicada el 18 de octubre de 1999. El texto del precepto original era el siguiente:

***Artículo 458**.- El menor capaz de discernimiento responde de los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos.*

Ya hemos señalado que la regla en materia de responsabilidad civil es que el menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa, situación que contempla el artículo 458 del Código Civil.

El texto original se refería a los actos ilícitos, terminología empleada por el Código Civil de 1936, con respecto al ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero alejada de los términos en que la materia está regulada por el Código Civil de 1984.

Entendemos que la modificación provino de esta circunstancia. El problema estriba en que el texto original se refería a la responsabilidad civil extracontractual, en tanto el texto en vigencia no realiza una distinción entre ambos tipos de responsabilidad, por lo que podría entenderse también aplicable a la responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. No obstante, un caso como éste resultaría más complicado, precisamente por tratarse de un menor de edad, quien o tendría que haberse obligado por contrato, o haber heredado la condición de parte de una relación contractual determinada en la que incumpla sus obligaciones.

Debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*,[860] pensábamos que el artículo 458 podía ser derogado. Ello, en razón a que nos parecía impropio regular el tema de la responsabilidad civil del menor en el Libro de Derecho de Familia, más aún cuando la materia se encontraba suficientemente regulada por los artículos 1327 (relativo a inejecución de obligaciones)

(860) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 445.

y 1975 y 1976 (referidos a responsabilidad extracontractual). No obstante, al haber sido derogado el artículo 1975 por el Decreto Legislativo n.º 1384, el 4 de septiembre de 2018, ahora no propondríamos aquello.

En esa línea, antes de la modificación de la norma, Enrique Varsi también consideraba que «Este artículo podría ser derogado pues, como hemos visto, el supuesto ya está considerado y regulado en los artículos 1975 y otros de la responsabilidad extracontractual del Código Civil.»[861] No obstante, como hemos visto, el Decreto Legislativo n.º 1384 derogó, entre muchos otros, el artículo 1975 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(861) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 204.

Asentimiento del menor para actos de administración de sus padres

Artículo 459.- Si es posible, los padres consultarán al menor que tenga más de dieciséis años los actos importantes de la administración. El asentimiento del menor no libera a los padres de responsabilidad.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*,(862) estimábamos importante que la consulta a que se refiere el artículo 459 del Código Civil se efectúe también a los menores que a pesar de no haber cumplido todavía los dieciséis años de edad cuenten con la suficiente capacidad de discernimiento para tales efectos.

El objetivo del artículo 459 es el de comprometer al menor en los actos de administración de sus bienes. Si bien ellos son administrados por sus padres, la realidad es que tal administración es, en buena cuenta, de carácter temporal, ya que ella cesará apenas el menor cumpla dieciocho años. En tal sentido, tiene plena lógica el que los padres consulten al menor sobre las decisiones que van a tomar al respecto, a efectos de que el menor, cuando cumpla la mayoría de edad, no empiece recién a tener conocimiento en relación con el manejo de sus bienes.

Por otra parte, dado que el menor ya tiene dieciséis años cumplidos, el consultarle sobre los actos de administración de su propio patrimonio brinda la oportunidad de tener una opinión adicional de alguien directamente relacionado con la materia. Por lo demás, su opinión no es decisiva, sino meramente consultiva.

Es claro, y hace bien la norma en dejarlo establecido, que el hecho de haber pedido la opinión al menor no libera de responsabilidad a los padres por sus actos de administración, evidentemente si incluso el menor hubiese coincidido con el parecer de sus padres, que condujo, finalmente, a decisiones que causaron perjuicio al patrimonio del menor.

(862) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 445.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, Claudia Canales comenta que: «En el Derecho comparado y en nuestra legislación predomina el sistema de ejercicio conjunto, a pesar que *(sic)* existen fórmulas complementarias que facilitan el funcionamiento del sistema de ejercicio indistinto de la patria potestad. Y nuestro propio Código Civil establece de manera especial, mas no obligatoria, que siempre que sea posible se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración.»(863)

Adicionalmente, el profesor Arias-Schreiber señalaba que: «Este artículo es claro al considerar de manera expresa que el asentimiento del menor no libera de responsabilidad a los padres, ya que éstos son los administradores legales y por tanto quienes asumen las consecuencias en su gestión. En todo caso, lo que se persigue es hacer partícipe al hijo menor de edad en los actos de administración de su patrimonio a efectos de que conozca y esté enterado del destino de los mismos.»(864)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(863) Canales Torres, Claudia. «Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 22.

(864) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo VIII, p. 459.

Nombramiento de curador especial

Artículo 460.- Siempre que el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos, se nombrará a éstos un curador especial.

El juez, a petición del padre o de la madre, del Ministerio Público, de cualquier otra persona o de oficio, conferirá el cargo al pariente a quien corresponda la tutela legítima. A falta de éste, el consejo de familia elegirá a otro pariente o a un extraño.

El artículo 460 del Código Civil trata acerca de un supuesto de curatela especial. Ella se presentará cuando el padre o la madre del menor tengan un interés opuesto al de sus hijos. Para estos casos, el juez nombrará un curador especial.

Esta curatela tendrá por finalidad el representar al menor en determinada o determinadas situaciones específicas, sobre asuntos en los cuales los intereses del menor no necesariamente sean coincidentes con aquellos de sus padres.

Nótese que cuando hablamos de la representación del hijo por parte de sus padres, partimos del valor entendido de que éstos defenderán a plenitud los intereses de su hijo con respecto a terceros. Pero podría ocurrir, perfectamente, que exista conflicto de interés con los padres y en esa situación no sería apropiado que los padres representen al hijo. Ello, habida cuenta de que el Derecho presume que el padre o madre defendería en primer lugar sus intereses, postergando aquellos de sus hijos.

Al respecto, Varsi comenta que: «La oposición de intereses, sean personales o económicos, entre los hijos y sus padres, implica que la patria potestad pierda su verdadero objetivo, cual es otorgar la guarda y protección de la persona y bienes de los hijos, ya que los padres pueden preferir vigilar y cautelar sus pertenencias en lugar de las de sus hijos (incumplimiento de las cargas del usufructo), obtener un beneficio del patrimonio de estos últimos (administración excesiva), desconocer las relaciones personales derivadas de la relación paterno-filial (incumplimiento de obligación alimentaria). Asimismo, se presentan otros casos en los cuales es palpable el interés opuesto: impugnación de la paternidad, nulidad de reconocimiento, entre otros.»[865]

(865) Varsi Rospigliosi, Enrique. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 208.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así también lo señala la Casación n.º 256-2000-El Santa, de fecha 22 de agosto de 2000, al establecer que: «Cuando los padres tienen la representación legal de sus menores hijos, ellos son los que tendrían que representarlos en este proceso, más aún cuando no tienen interés opuesto a ellos. *Primero.* De acuerdo con lo dispuesto en los incisos 6 y 7 del artículo 423 del Código Civil son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad representar a los hijos en los actos de la vida civil y administrar sus bienes. *Segundo.* De acuerdo con el artículo 460 del Código acotado solo cuando el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos se nombrará a estos un curador especial. *Cuarto.* Los demandados han negado y contradicho la demanda en todos sus extremos, lo que importa que no tienen interés opuesto al de sus hijas, porque han sostenido la validez del anticipo de herencia. *Quinto.* Como los padres tienen la representación legal de sus menores hijas, ellos son los que tendrían que representarlos en este proceso, más aún cuando no tienen interés opuestos a ellas. *Sexto.* Si bien en el petitorio de la demanda no se ha mencionado expresamente a las menores hijas como demandadas, ello no implica que la defensa de sus padres no las comprenda.»[866]

Podría ocurrir que ambos progenitores tengan conflicto de interés, caso en el cual ambos, o cualquiera de ellos, debería pedir al juez el nombramiento de un curador especial. Pero también podría ocurrir que el conflicto de interés solamente se suscite con relación a uno de ellos. En este caso, de igual manera, cualquiera de los padres podría pedir al juez el nombramiento de curador interino.

Tal solicitud, por lo demás, también podría provenir del Ministerio Público, de cualquier otra persona o de oficio. La persona a quien se otorgará esa curatela especial será aquel pariente a quien corresponda la tutela legítima. A falta de éste, el consejo de familia elegirá a otro pariente o a un extraño.

Debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*,[867] planteábamos que en el artículo 446 se podría adicionar, dentro de las personas que pueden actuar por sí mismas, al propio hijo, quien estará legitimado con la capacidad de ejercicio en estos casos, ya que se trata de un asunto que atañe directamente a su patrimonio. Considerábamos que debía otorgársele este derecho independientemente de la edad que tenga, siempre que cuente con la necesaria capacidad de discernimiento.

(866) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 520.
(867) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 446 y 447.

Causales de extinción de la patria potestad

Artículo 461.- La patria potestad se acaba:

1.- Por la muerte de los padres o del hijo.

2.- Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46.

3.- Por cumplir el hijo dieciocho años de edad.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*,(868) señalamos que si bien el artículo 461 del Código Civil no fue derogado expresamente por el Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley n.º 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado el 29 de diciembre de 1992), podría entenderse que habría sufrido una derogación tácita a través del artículo 84 de este cuerpo normativo, razón por la cual –para evitar equivocadas interpretaciones– estimábamos conveniente que se restituya su plena vigencia.

La patria potestad es, sin duda, una institución supletoria de amparo con vocación de temporalidad. En ese sentido, el artículo 461 se encarga de establecer aquellos supuestos en que ella se extingue. Se trata de tres causales. Veamos:

a) Por la muerte de los padres o del hijo (inciso 1)

Si muriesen los padres, es obvio que se extingue la patria potestad. Hay que aclarar que, si muriese uno y sobreviviera el otro, la patria potestad sólo la ejercería el sobreviviente. Si fallecen ambos, se extingue la patria potestad.

Para Guillermo A. Borda, «Esta solución cae de su propio peso; estrictamente es innecesario que la ley lo diga, pues los acontecimientos imponen la extinción.»(869)

(868) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 446.

(869) Borda, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo IV, p. 353.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Por la muerte del hijo (inciso 1)

La finalidad de la institución de la patria potestad es la protección de la persona y bienes del hijo. Entonces, queda muy claro que, si el hijo muriese, se extinguiría la patria potestad. Naturalmente que ella subsistirá si es que hubiese otros hijos menores de edad.

c) Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 (inciso 2)

El artículo 46 señala que la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Agrega que la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Y señala también que, tratándose de mayores de catorce años, cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar los actos mencionados en los incisos 1 a 7 del propio artículo 46.

Como vemos, resulta plenamente lógico que se produzca el cese de la patria potestad en estos casos, dado que el menor, por más que lo siga siendo, ha dejado de ser incapaz por haberse configurado alguno de los supuestos antes mencionados.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta lo siguiente: «Pues bien, en estos casos el menor se convierte en capaz, y en plenitud de derechos civiles, por lo tanto la patria potestad no le alcanza, pues esta solo tiene sentido cuando se está al frente de un menor incapaz.»[870]

d) Por cumplir el hijo dieciocho años de edad (inciso 3)

No cabe duda de que el cumplimiento de la mayoría de edad es el supuesto por excelencia en que cesa la patria potestad. La persona mayor de edad es libre para cuidar de sí misma y de su patrimonio y, también, ella se representa a sí misma para los actos jurídicos de cualquier efecto que desee celebrar.

Por otra parte, debemos recordar que en el año 2019[871] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 461, por una norma con el siguiente texto:

(870) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 38.
(871) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 446.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> **Artículo 461**.- Causales de extinción de patria potestad
>
> Las causales de extinción de la responsabilidad parental las establece el Código de los niños y adolescentes.

La comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil del 2019 proponía que el artículo 461 ya no regule las causales de extinción de la patria potestad, sino que la norma remita al Código de los Niños y Adolescentes. No estábamos de acuerdo con ello.

Por lo demás, el 461 es el segundo artículo en el que la comisión siguió empleando el término «patria potestad» (en este caso, en su sumilla), a pesar de recusarlo y preferir –como ella misma lo había manifestado– la expresión «responsabilidad parental».

Por otra parte, la comisión también proponía crear un artículo, el 461-A, el mismo que tenía el texto siguiente:

> **Artículo 461-A**.- Prórroga excepcional de la patria potestad
>
> El ejercicio de los deberes y derechos relativos a la patria potestad se prorroga excepcionalmente, en el caso de menores de edad privados de discernimiento, mientras dure la situación de restricción de capacidad, salvo disposición judicial diferente.

Entendíamos la lógica de la propuesta, en el sentido de prolongar la patria potestad para los menores (error: se entiende que no es para cuando sigan siendo menores, sino para cuando ya cumplan dieciocho años) privados de discernimiento, mientras dure la situación de restricción de capacidad, salvo disposición judicial diferente.

En la lógica de la normativa previa a la reforma operada en el 2018 en el Código Civil por el Decreto Legislativo n.º 1384 respecto a la capacidad de las personas con discapacidad, hubiese correspondido nombrarles un curador.

Era buena la idea del grupo de trabajo del 2019, en el sentido de extender la patria potestad más allá de los dieciocho años. Nadie mejor que sus padres para cuidar de ese menor que se halle privado de discernimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Causales de pérdida de la patria potestad

Artículo 462.- La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.

De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el presente artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el original.

El artículo 462 se encarga de regular los supuestos de pérdida de la patria potestad. Se trata de tres supuestos, a saber:

a) Por condena a pena que la produzca

No cabe duda de que si el padre o la madre fuere condenado a una pena que también lleve anexa la pérdida de la patria potestad, ello se producirá. Sería el caso, por ejemplo, en el cual el padre del menor hubiese sido condenado a pena privativa de la libertad por el delito de violación cometido contra su propia hija menor de edad. Si fuere condenado por sentencia que quede firme cuando su hija todavía fuese menor de edad, lo más probable es que esa sentencia contenga disposiciones acerca de la pérdida de la patria potestad por razones obvias.

b) Por abandonar al hijo durante seis meses continuos

Los menores edad, tengan la edad que tengan, requieren del cuidado y cercanía de sus padres. Si se produjese una situación de abandono por un período de seis meses continuos, estaríamos hablando de un lapso lo suficientemente extenso como para que el Derecho, como lo hace en el artículo 462, bajo comentario, estime pertinente que ese padre pierda la patria potestad.

c) Cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo

El tercer supuesto es muy similar al contenido en el caso precedente. La diferencia estribará en que, en este caso, los seis meses de abandono no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

serán continuos, sino que los períodos de abandono, aunque menores, hayan sumado seis meses.

Lo único que habrá que preguntarse es si estos períodos siempre se deberán contabilizar o sólo debería hacerse con los períodos no prescritos (acción personal, plazo de diez años, artículo 2001 del Código Civil). Al no hacer una distinción la norma bajo comentario, entendemos que podrán sumarse todos ellos, lo que no obsta para que el progenitor demandado pueda deducir excepción de prescripción con respecto a la suma de los períodos que ya hubiesen excedido el plazo de diez años. No obstante, la situación no resulta del todo clara, en la medida en que el progenitor no está deduciendo prescripción de la pretensión de pérdida de la patria potestad, puesto que la suma de los períodos continuos mayor a diez años seguramente no se había configurado antes; y, por tanto, la pretensión no habría prescrito.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha destacado supuestos fácticos distintos a los contemplados en la norma, como señala la Casación n.º 731-2012-Lambayeque, de fecha 12 de noviembre de 2013: «Para sancionar a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad para negarse al cumplimiento de la obligación alimentaria, debe preexistir un requerimiento al cumplimiento de dicha obligación. *Sétimo.* Un supuesto fáctico para la suspensión del ejercicio de la patria potestad de negativa del padre o de la madre a prestar alimentos a sus hijos. La negación del cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de uno de los padres implica la vulneración de uno de los deberes fundamentales del ejercicio de la patria potestad, conforme lo regulado por el inciso 6 de la Constitución y el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes. En efectos, *(sic)* desatender a un hijo en sus necesidades alimentarias evidencias además de desapego efectivo, violación al derecho a la vida y desarrollo integral de un hijo, lo que no resulta congruente con relaciones de parentesco derivadas del vínculo paterno filial, de allí que en el ámbito penal se tipifique y sancione como delito la omisión al cumplimiento de la obligación alimentaria. Para sancionar a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, debe preexistir un requerimiento al cumplimiento de la obligación alimentaria; necesariamente se debe haber instaurado un proceso de alimentos contra aquel, en el que se haya fijado una pensión que se omite o es renuente a cumplir, pues de lo contrario es de suponer que se cumple con dicha obligación.»[872]

(872) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 522.

Causales de privación de la patria potestad

Artículo 463.- Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

1.- Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.

2.- Por tratarlos con dureza excesiva.

3.- Por negarse a prestarles alimentos.

De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el presente artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el texto original.

El artículo 463 trata acerca de las causales de privación de la patria potestad. Ellas son las siguientes:

a) Por dar órdenes corruptas a sus hijos (inciso 1)

Órdenes son mandatos de autoridad que se tienen que cumplir. Entonces, como los padres tienen autoridad sobre sus hijos y éstos tienen el deber de obedecerlos, se entiende que dar órdenes corruptas a los hijos es una situación extremadamente grave, pues se les estaría obligando a seguir una conducta absolutamente impropia, en contra de una sana y adecuada educación y en pro de una formación repudiada por la sociedad. Sería el caso en que los padres ordenen a una hija de quince años a dedicarse a la prostitución o a ejercer de dama de compañía en clubes nocturnos.

b) Por dar consejos corruptos a sus hijos (inciso 1)

Los consejos son mensajes que transmiten los padres a los hijos para que desarrollen determinados actos o conductas, sean éstos de carácter positivo o por omisión (no hacer). Se daría consejos corruptos a un hijo si los padres lo aconsejaran a dedicarse al hurto callejero, por ejemplo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Por dar ejemplos corruptos a sus hijos (inciso 1)

Los hijos, cuando son menores de edad, suelen verse en el espejo de sus padres y suelen, también, imitar procederes y conductas. Es por esto que el artículo 463, bajo comentario, incluye dentro de las causales de privación de la patria potestad el dar ejemplos corruptos a sus hijos. Ello podría ocurrir, por citar un ejemplo, cuando el padre se dedique permanentemente a la ingesta de bebidas alcohólicas, a tal nivel que todos los días se halle en estado de ebriedad. Aquí, obviamente, cabría que el padre sea privado judicialmente de la patria potestad sobre sus hijos.

Sobre los tres supuestos mencionados anteriormente, Álex Plácido comenta que: «Entre ellos, quedará comprendida toda conducta deshonrosa imputable a los padres que afecte directa o indirectamente a los hijos. Así, el que uno de los progenitores se dedique a la micro comercialización de drogas; a la delincuencia; a la trata de blancas, etc. De otro lado, también se abusa del aprovechamiento de los servicios de los hijos, perjudicando su educación.»(873)

d) Por dedicar a la mendicidad a sus hijos (inciso 1)

Es muy conocida la frase de que «El trabajo dignifica al hombre». Trabajar implica el realizar actividades a través de las cuales se van a obtener los recursos o ingresos necesarios para sostenerse y sostener a las personas que dependan de uno.

Es deber de los padres el cuidar la dignidad de los hijos; y quienes se dedican a la mendicidad, lamentablemente, ven afectada su dignidad y, lo que es peor, se acostumbrarán a lograr algo de dinero a través de esta vía y sin trabajar. Además, no olvidemos que la mendicidad expone a los menores a numerosos peligros que podrían concretarse en daños a la persona de ese menor. Por eso, la ley señala que ésta es una causal de privación de la patria potestad.

Al respecto, Cornejo Chávez agrega que: «[...] dedicar a los hijos a la mendicidad puede ser, y de hecho es en muchísimos casos, prueba de una conducta inmoral y expoliatoria de los padres; pero no siempre lo es, sino que –y esto es dramáticamente cierto en las circunstancias actuales del mundo pobre y específicamente del Perú– puede ser prueba y

(873) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 143.

símbolo de un estado de miseria de las familias (producto del desempleo o el subempleo, la insuficiencia o inoperancia de los sistemas de seguridad social, el bajo nivel cultural y otros semejantes) que tienen poco que hacer con la conducta de los padres y sí mucho con la estructura social y la inoperancia del Estado frente a problemas que agobian a inmensos sectores de la población y que no siempre pueden resolver por sí mismos los padres de familia.»[874]

e) Por tratarlos con dureza excesiva (inciso 2)

No hay duda de que los padres ejercen la autoridad en el hogar. Las medidas correctivas que deben imponer los padres a los hijos, en principio, no deberían pasar por el empleo de violencia física ni psicológica, pues ella deteriora la integridad psíquica o física del menor.

Admitimos que se trata de un tema en extremo complicado y sobre el cual resultará muy difícil el establecimiento de reglas, pero queda claro que la tendencia moderna sobre la educación de los hijos pasa por lograr un sano entendimiento con ellos, por persuadirlos de obedecer y tener determinadas conductas, antes que imponerlas por la fuerza, la misma, que si fuere excesiva podría poner en riesgo a los progenitores de ese menor a verse privados de la patria potestad de sus hijos.

Sobre el particular, Claudia Canales comenta que: «Todo abuso es sancionado por la legislación, por lo que el poder de corrección debe ejercerse moderadamente, excluyéndose los actos que lesionen la integridad psicofísica del hijo; su abuso se encuadra dentro de la política de violencia familiar, y la razón es que esta puede dañar al hijo en lo inmediato, como también ponerlo en situación de grave peligro; por lo tanto se constituye en causa de privación de la patria potestad.»[875]

f) Por negarse a prestarles alimentos (inciso 3)

Ya hemos desarrollado en esta obra la importancia que tienen los alimentos en la vida de cualquier persona y también hemos estudiado los supuestos en los cuales existe deuda alimentaria. No hay duda, entonces, de que el negarse a prestar alimentos a sus hijos constituirá un supuesto gravísimo, dado que se les estará negando aquellos recursos básicos para

(874) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 216.
(875) Canales Torres, Claudia. «Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 48.

EXCLUSIVO GACETA JURÍDICA

la vida, alimentación, educación, salud, etc. Y esa gravedad es la que, precisamente, conduce al artículo a establecer que éste es uno de los supuestos de privación de la patria potestad.

Finalmente, Arias-Schreiber comenta respecto al artículo bajo análisis que: «Este artículo puede resumirse en el hecho de que la privación de la patria potestad opera cuando los padres incumplan injustificadamente, en forma grave o reiterada (artículo 77 e) del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley n° 27473 del 06/06/2001) los deberes inherentes a la misma. En una reforma debe considerarse un criterio amplio y no taxativo como el vigente.»[876]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(876) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 459.

Limitación judicial de la patria potestad

Artículo 464.- Derogado. *Este artículo fue derogado por la primera disposición final del Decreto Ley n. 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992.*

El texto original de 1984 era el siguiente:

***Artículo 464**.- Cuando la conducta de los padres no bastare para declarar la privación o producir la pérdida de la patria potestad, el juez puede limitar ésta hasta donde lo exija el interés de los hijos.*

El artículo 464, hoy derogado, establecía una situación de limitación de derechos en la patria potestad, denominada «limitación de la patria potestad», la que también era declarada judicialmente y ella se derivaba de una conducta de los padres que contravenía el Derecho, pero cuando su gravedad no hubiese bastado para producir la pérdida de la patria potestad, sino sólo para que el juez la limite hasta donde lo exigiera el interés de los hijos.

Debemos advertir, no obstante, que por las sucesivas reformas del Código Civil, han quedado en algunas normas rezagos de la figura de la privación de la patria potestad, las mismas que vamos a estudiar oportunamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

AUTORIZACIÓN JUDICIAL A LOS HIJOS PARA VIVIR SEPARADOS DE SUS PADRES

Artículo 465.- El juez puede autorizar a los hijos, por causas graves, para que vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona.

El juez fija las atribuciones que ésta debe ejercer.

El primer párrafo de este artículo fue modificado por fe de erratas.

Cuando una pareja se divorcia y uno de los cónyuges contrae nuevo matrimonio, es muy probable que sobrevengan hijos en esa nueva relación.

En la mayoría de casos los hijos del primer matrimonio quedarán bajo la tenencia del cónyuge que no ha contraído nuevo matrimonio.

Pero podrán presentarse situaciones en las cuales quien contrajo nuevas nupcias tenga que llevar consigo a los hijos de su matrimonio anterior. Podría tratarse del caso en que, por ejemplo, el primer matrimonio se haya disuelto por muerte del otro cónyuge y al padre supérstite que se case de nuevo no le quede otra solución que llevar a sus hijos consigo al nuevo hogar que está formando.

La vida profesional nos ha hecho conocer, lamentablemente, muchos casos en los cuales los hijos del primer matrimonio o, peor aún, los hijos fruto de una relación extramatrimonial paralela, sufren maltratos por parte de la nueva pareja y de los nuevos hijos.

Es para estos casos que la ley contempla el artículo 465 del Código Civil, precepto que establece que el juez puede autorizar a los hijos, por causas graves, para que vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona.

Se trata, qué duda cabe, de una medida excepcional y de *ultima ratio*, lo que equivale a considerar que si ella puede evitarse, habrá que hacerlo; pero si no es posible, otra persona deberá ser puesta al cuidado de esos menores.

El precepto bajo comentario agrega en su segundo párrafo que el juez fija las atribuciones que ésta debe ejercer. Esto dependerá, naturalmente, de las circunstancias de cada caso concreto. Se supone, por lo demás, que el padre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

o madre que hubiera contraído matrimonio podrá no vivir con sus hijos, pero deberá seguir cumpliendo plenamente con sus obligaciones de padre o madre y, naturalmente, continuar teniendo contacto con sus hijos.

En esa línea, Plácido indica que: «Debe apreciarse que el juez solo autoriza a los hijos para vivir separados del padre o de la madre que contrajo matrimonio. Vale decir, que los demás atributos de la patria potestad, diferentes a la custodia y tenencia, seguirán siendo ejercidos por los padres, quienes no sufren ninguna restricción en el ejercicio de la patria potestad. En consecuencia, no se trata de un caso de tutela por el que se encarga el cuidado de la persona y bienes del menor, con mayor amplitud que la sola custodia y tenencia.»(877)

Por otro lado, Arias-Schreiber comenta que: «La autorización judicial que autorice a los hijos a vivir separados de sus padres procede siempre que existan causas graves. Es decir, que se justifique la separación del menor de sus padres por haberse comprobado determinadas situaciones que perjudican su integridad física, psíquica, moral o espiritual. Es claro que estas causas o situaciones no han de ser necesariamente graves, ya que no puede esperarse que ciertos hechos se transformen en dañinos o irreparables, sino que puede solicitarse de manera previa la cesación de compartir el mismo domicilio que los padres cuando existan razones justificadas. Esto tiene como base el principio supremo del interés del menor, de tal manera que deben sustentarse, fundamentarse y motivarse las causas que llevan a requerir tal autorización. Otra causal es que el padre o madre con el cual convive el menor haya contraído matrimonio. En este sentido, el artículo presume que el matrimonio del progenitor es una situación nueva que puede alterar el desarrollo del menor, lo cual no es necesariamente así.»(878)

Finalmente, resulta interesante referirnos al criterio jurisprudencial establecido en el considerando cuarto del Expediente n.º 1351-2009-CS-Lima, en el sentido siguiente: «Que debe tomarse en consideración que por ser la pérdida o en su caso la suspensión de la patria potestad una sanción que restringe o limita el deber derecho de los progenitores, taxativamente se han establecido tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes causales determinadas, pues precisamente por su naturaleza restrictiva o prohibitiva, no pueden extenderse sus alcances, siendo el caso que la causal invocada por la impugnante está referida a una conducta negativa del progenitor vinculada

(877) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 145.
(878) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 462.

EXCLUSIVO USO PRIVADO

a dar órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan, por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad, por maltratarlos física o mentalmente y por negarse a prestarles alimentos, que es por ello y tal como lo ha señalado la a quo, que de conformidad con el artículo 196 del Código Procesal Civil la peticionante debía aportar caudal probatorio suficiente que sustentara la causal bajo comentario para formar convicción en la juzgadora, a efecto de imponer dicha restricción al progenitor que daña la persona o intereses de sus hijos, en salvaguarda de su Interés Superior, es decir, la protección especial que se le debe dispensar como sujeto de derechos tal como establece la Convención sobre los Derechos del Niño.»[879]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(879) Canales Torres, Claudia. «Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, pp. 95-96.

Causales de suspensión de la patria potestad

Artículo 466.- La patria potestad se suspende:

1.- Cuando el padre o la madre tenga capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numeral 9.

Este inciso es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto de la norma original era el siguiente:

1.- Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.

2.- Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.

3.- Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.

4.- En el caso del artículo 340.

Por otra parte es necesario precisar que, de conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado este artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el texto original.

El artículo 466 se encarga de regular los supuestos de suspensión de la patria potestad. Analizaremos en detalle cada uno de ellos:

a) Cuando el padre o la madre tenga capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44, numeral 9 (inciso 1)

Los supuestos de suspensión de la patria potestad son entendidos como casos de naturaleza temporal en los cuales, luego de transcurridos determinados acontecimientos o situaciones, ella se podrá readquirir.

El primero de ellos es el relativo a cuando el padre o madre tuviere la capacidad de ejercicio restringida, conforme a lo dispuesto por el artículo 44 inciso 9, que es el caso de las personas que se hallen en estado de coma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Más allá de nuestra reiterada crítica en el sentido de que las personas que se encuentran en estado de coma no pueden considerarse como de capacidad de ejercicio restringida, en la medida en que, en la práctica, carecen de cualquier capacidad de ejercicio, debemos decir que es claro que en estos casos debe suspenderse el ejercicio de la patria potestad con respecto al progenitor que se encuentra en tal estado. Si recupera la conciencia, entonces reasumirá la patria potestad; si muere, resulta obvio que ella se extinguirá.

Al respecto, Plácido agrega que: «Esta última disposición se refiere a la persona que se encuentra en estado de coma y no hubiera designado un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El estado de coma comprende múltiples deficiencias de naturaleza física, sensorial, intelectual y mental de la persona, que afecta su autodeterminación y discernimiento para realizar los actos de la vida civil. Como la persona en dicho estado pierde su capacidad de pensar y percibir su entorno, aunque conserva la función no cognoscitiva y los patrones normales de sueño, el estado de coma se presenta como un supuesto que impide de hecho ejercer la patria potestad; lo que ya está previsto en el numeral 3 del artículo 466.»[880]

b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre (inciso 2)

Sobre el tema de la ausencia, procedimientos y declaración, remitimos a nuestros lectores a aquello que escribimos cuando tratamos el tema.[881]

Resultará evidente que si uno de los padres que ejerce la patria potestad es declarado ausente, el mismo no podrá ejercer la patria potestad y deberá serle suspendida. Simplemente, se trataría de un imposible físico y jurídico.

c)' Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla (inciso 3)

La imposibilidad de ejercicio de hecho podría derivar de las más variadas razones, como podría ser el caso, por ejemplo, en que los padres del menor se dediquen a la mendicidad y se encuentren, además, en condiciones físicas deplorables.

(880) Plácido Vilcachagua, Álex. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 151.

(881) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 129-150.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

d) En el caso del artículo 340 (inciso 4)

Como se recuerda, el artículo 340 del Código Civil establece que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Agrega el precepto que, si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

Finalmente, la norma señala que el padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

Por otra parte, resulta de interés citar la sentencia recaída en el expediente n.° 727-2011, de fecha 23 de noviembre de 2011, cuando establece que: «La existencia de una presunta deuda respecto a los alimentos, no refleja negativa al cumplimiento. El hecho de que las menores vivan en otro país, no es razón suficiente para la suspensión de la patria potestad, si esta no se ejerce por causa ajena a la voluntad del padre. Respecto a la suspensión a la patria potestad, se tiene que la madre demandante lo ha solicitado en razón de que el padre de los menores, no ha cumplido con acudirlas con la pensión acordada mediante transacción extrajudicial, apreciándose del mismo que no existe aprobación de liquidación, requerimiento o apercibimiento al demandado, por lo que el medio probatorio adjunto al escrito de apelación si bien es cierto da cuenta de una presunta deuda respecto a los alimentos, no refleja negativa al cumplimiento. Además, el hecho de que las menores vivan en otro país por decisión unilateral de uno de los padres, no es razón suficiente para la suspensión de la patria potestad, si esta no se ejerce por causa ajena a la voluntad del padre, pues dicha norma tiene como finalidad la de proteger a los menores cuando existan razones de fuerza mayor que impidan a los padres ejercerla.»[882]

Respecto a la norma bajo análisis, Cornejo Chávez comenta que: «Los casos de terminación temporal de la patria potestad, se refieren a aquellos supuestos en que, siendo aún necesaria la protección del hijo menor, el padre o

(882) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 522-523.

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

la madre está de hecho imposibilitado para proporcionarla en forma adecuada o incurre en falta de tal naturaleza que lo inhabilita para cumplir eficazmente su función, por lo cual ésta debe ser confiada exclusiva, pero no definitivamente, al otro progenitor o a un tercero. En verdad, pues, no se trata de una terminación de la patria potestad misma, sino del cese de uno o de los dos padres en el ejercicio de las atribuciones propias de aquélla. Dichos casos son los de suspensión, pérdida y privación de la patria potestad.»(883)

Finalmente, Arias-Schreiber señala que: «Como está detallado en el Código Civil, la suspensión de la patria potestad, no implica una sanción pues se deriva de causas que no importan la culpa del padre (interdicción, ausencia judicialmente declarada, cuando se compruebe que se hallan impedidos de hecho para ejercerla y por separación de cuerpos o divorcio por causal). Sin embargo, el Código de los Niños y Adolescentes ha refundido las causales en el sentido que algunas implican sanción mientras que otras no.»(884)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(883) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 212.
(884) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 226.

Nombramiento de curador para representación en juicio

Artículo 467.- En los casos de los artículos 446, 463, 464 y 466, inciso 3, el consejo de familia proveerá de un curador al hijo para que represente a éste en el juicio respectivo.

El artículo 446 establece que quien pone en peligro los bienes de los hijos al ejercer la patria potestad pierde la administración y el usufructo legal.

Por su parte, como ya hemos visto, el artículo 463 señala los supuestos de privación de la patria potestad: 1.- Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos; 2.- Por tratarlos con dureza excesiva; y 3.- Por negarse a prestarles alimentos.

El artículo 464 trataba acerca de la limitación de la patria potestad, norma que, como hemos señalado en su momento, está derogada, lo que significa que la alusión a la misma que hace el artículo 467 ha devenido en impertinente.

Recordamos también que el artículo 466 trata acerca de los supuestos de suspensión de la patria potestad; a saber: 1.- Cuando el padre o la madre tenga capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numeral 9; 2.- Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; 3.- Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla; y 4.- En el caso del artículo 340.

Las normas a que hace referencia el artículo 467 del Código Civil tienen el común denominador de tratarse de casos en los cuales el menor requiere de una protección adicional a la que le brindaban (o no) sus propios o padres, en situaciones en las cuales podríamos tener presente, incluso, casos de conflicto de interés. Para tales situaciones, la norma indica que el consejo de familia proveerá de un curador al hijo para que represente a éste en el juicio respectivo. Esto es natural, en la medida en que se debe proteger al menor y su patrimonio sin permitir que cualquier factor perturbe esa defensa.

Finalmente, no es ocioso tener presente que el profesor Arias-Schreiber estimaba que existe un error en el presente artículo al señalar que: «Este artículo es erróneo. En efecto, partimos del concepto que lo que corresponde en estos casos es el nombramiento de un tutor, pues es lo que procede conforme

EDUARDO MARIO CÁCERES FREYRE

al artículo 502 del Código Civil. Por lo tanto, y técnicamente, el nombramiento de un curador no es lo adecuado, ya que la curatela se instituye básicamente para los incapaces mayores de edad (artículo 565, inciso 1 y artículo 576 del Código Civil). Esta situación deberá ser modificada en el futuro.»[885]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(885) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 227.

Nombramiento judicial de curador

Artículo 468.- El juez, a solicitud de parte o de oficio, nombrará curador para los hijos y proveerá a su seguridad y a la de sus bienes conforme a las normas pertinentes del Código de Procedimientos Civiles, en caso de que el consejo de familia no cumpla con lo dispuesto en el artículo 467, o que pueda resultar perjuicio.

Precisamos que la referencia al Código de Procedimientos Civiles debe entenderse efectuada al Código Procesal Civil.

El artículo 468 parte del supuesto de que el consejo de familia no cumpla con la obligación que le impone el artículo 468 en la provisión de un curador al hijo para que represente a éste en el juicio respectivo o que pueda resultar perjuicio. En tal supuesto, el juez, a solicitud de parte o de oficio, nombrará curador para los hijos y proveerá a su seguridad y a la de sus bienes conforme a las normas pertinentes del Código de Procedimientos Civiles. Se entiende, por lo demás, que la mención hecha a este cuerpo normativo, derogado en 1993, hace referencia al vigente Código Procesal Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Consecuencia de la pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad

Artículo 469.- Los efectos de la pérdida, la privación, la limitación y la suspensión de la patria potestad, se extenderán a los hijos nacidos después de que ha sido declarada.

En primer término, habría que mencionar que la referencia hecha en el artículo 469 a la limitación de la patria potestad debe entenderse por no efectuada. Ello, en la medida en que, como ya hemos explicado en su momento, la norma que la regulaba, el artículo 464, se encuentra derogado.

El artículo 469 reviste pleno sentido, habida cuenta de que el padre o madre ya ha perdido, se ha visto privado o se halla suspendido del ejercicio de la patria potestad; y tal situación jurídica debería extenderse a los hijos que nazcan después de que se hubiere declarado tal situación.

El sentido de la norma es muy claro, habida cuenta de que la ley parte de la idea de que el comportamiento de ese padre o madre va a ser el mismo con respecto a sus nuevos hijos (casos de pérdida o privación de la patria potestad) y, en los casos de suspensión de la misma, ninguno de ellos permitiría hacer una distinción entre la patria potestad sobre los hijos ya nacidos al momento en que ella hubiese sido declarada y la patria potestad de los hijos que nacieran con posterioridad a su declaración; esto, naturalmente, salvo que se haya levantado la suspensión por haberse superado la causal en la que el progenitor se encontraba inmerso y que, precisamente, dio lugar a que se declare la suspensión de la patria potestad.

Adicionalmente, agregan Manuel Muro y Alfonso Rebaza, citando a Cillero, que: «La norma bajo análisis está sustentada en el principio del interés superior del niño, recogido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En efecto, "uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia),

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres".»[886]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[887] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 469, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 469**.- Consecuencia de la pérdida, privación, limitación y suspensión de patria potestad
>
> Los efectos de la suspensión de la responsabilidad parental, se extenderán a los hijos nacidos después de que ha sido declarada.

Esta propuesta de la comisión era contradictoria, en tanto daba a entender que sólo podría haber suspensión de la patria potestad cuando el propio artículo 461 que proponía la comisión, hacía referencia a extinción de la misma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(886) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 155.

(887) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 141.

Inalterabilidad de los deberes de los padres

Artículo 470.- La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos.

De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el presente artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el original.

Aquí, también, una cuestión previa consistente en que el artículo 470 sigue mencionando a la limitación de la patria potestad cuando ella se encuentra derogada desde el 29 de diciembre de 1992, en virtud del Decreto Ley n.° 26102.

Por lo demás, al establecer el artículo bajo comentario que la pérdida, privación o suspensión de la patria potestad no altera los deberes de los padres con los hijos, no hace sino aclarar una cuestión de suma importancia. Ello, pues los casos mencionados se establecen con la exclusiva finalidad o propósito de proteger al menor sobre quien recaía la patria potestad. Esto no enerva el que ese progenitor que ha perdido o se ha visto privado o suspendido de ejercer la patria potestad siga teniendo incólumes todos los deberes y obligaciones que conlleva su propia condición de padre o madre. Esto, naturalmente, salvo aquellos casos en los cuales, dada la situación particular en la que se encuentra esa persona, resulte imposible que cumpla con tales deberes y obligaciones, como sería, sólo por citar un ejemplo, si se encontrase en estado de coma (artículo 466, inciso 1, supuesto de suspensión).

En esa línea, Arias-Schreiber menciona que: «Sólo se recorta a los padres el ejercicio de las facultades de autoridad sobre la persona y bienes de los hijos, quedando incólumes las relaciones jurídicas de sostenimiento y cautela del desarrollo del menor. De esta manera, como es obvio, la obligación alimentaria subsiste (artículo 94 del Código de los Niños y Adolescentes) pues sería absurdo que restringido el ejercicio de la patria potestad, sea como sanción por sus actos o como remedio por su incapacidad, se perjudique a los hijos diluyendo

EDILIO MARIO CASTILLO FREYRE

las obligaciones de los padres. Esta es una norma esencial pues protege de manera directa los intereses de los hijos.»(888)

Al respecto, Aguilar Llanos indica que: «El artículo 470 del Código Civil señalaba que la pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteraba los deberes de los padres con los hijos, y con ello nos estaba recordando que el cese temporal, como eran los casos de privación, pérdida, y suspensión, a los que se sumaba la limitación judicial que implicaba el recorte de ciertas facultades, estaban referidas al recorte de todos los atributos, o de alguno de ellos (limitación), pero que de ninguna manera implicaba la exoneración de los deberes propios que imponen la patria potestad, deberes que se mantenían incólumes, y esto resulta lógico, pues la patria potestad existe en función de cubrir intereses de los hijos incapaces, y para ello debemos tender al cumplimiento de estos deberes, y no a dar licencia para el incumplimiento de estos [...].»(889)

Adicionalmente, Claudia Canales precisa que: «Esto ocurre siempre que tales deberes sean compatibles con las causas que hayan conducido a tal situación de restricción.»(890)

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(891) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 470, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 470**.- Inalterabilidad de los deberes de los padres
>
> Los deberes que subsisten declarada la suspensión de la responsabilidad parental, los establece el Código de los niños y adolescentes.

La propuesta de la comisión del 2019 incurría en la misma incongruencia del artículo 469 propuesto por ella y ya comentado por nosotros.

(888) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 229-230.
(889) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patria potestad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 45.
(890) Canales Torres, Claudia. «Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 93.
(891) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 141.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Restitución de la patria potestad

Artículo 471.- Restitución de patria potestad

Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron.

La acción sólo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor.

En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo la declaración de pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece *(sic)* la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

El texto consignado no es el original del Código Civil de 1984.

En una primera ocasión, de conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno al precepto original de 1984, que era el siguiente:

***Artículo 471**.- Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron.*

La acción sólo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor.

En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron.

Pero luego el artículo fue modificado por el artículo 3 de la Ley n.° 29194, publicada el 25 de enero de 2008, cuyo texto era el siguiente:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 471.- *Restitución de patria potestad*

Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron.

La acción sólo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor.

En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron (sic); salvo la declaración de pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo.

Y, con posterioridad, el tercer párrafo del artículo fue modificado por el artículo 3 de la Ley n.° 30323, publicada el 7 de mayo de 2015. El texto en vigencia de la norma es que hemos consignado al comienzo de este acápite.

El artículo 471 del Código Civil trata acerca de la restitución de la patria potestad. En ese sentido, establece que los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron.

Resulta clara que la referencia a la limitación de la patria potestad constituye un rezago fruto de no haber concordado la derogatoria de la norma que la contenía, el artículo 464, con otros preceptos del propio Código.

Concretamente, entonces, la norma bajo comentario se refiere a la restitución de la patria potestad en los supuestos en que el padre o la madre se hubiese visto privado de ella. Tal pedido podrá formularse, naturalmente, cuando hayan cesado las causas que determinaron que se le privara de la patria potestad.

La norma establece también que la acción sólo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. La norma se refiere a la sentencia firme que determinó la privación de la patria potestad. Esto tiene lógica, en la medida en que por más de que haya desaparecido la causal, el legislador ha querido apreciar de qué manera ha cambiado el comportamiento del progenitor que fue privado de la patria potestad. Se trata, sin duda, de un plazo de prescripción, pues siendo de tres años rebasa, con holgura, los plazos de caducidad establecidos por el propio Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El precepto señala que el juez restituirá la patria potestad total o parcialmente según convenga al interés del menor. Esto, no obstante, tiene gran similitud con la figura de la limitación de la patria potestad, la misma que, como hemos mencionado reiteradas veces, se halla derogada. Pero, como para este caso el precepto está vigente, pensamos que deberá entenderse como un supuesto excepcional de limitación de la patria potestad.

Para los casos de pérdida o suspensión, el artículo 471 establece que los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que la motivaron, precepto que resulta de lógica consecuencia. Pero indica diversas excepciones, las mismas que están constituidas por la declaración de pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley n.º 25475, que establece los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

En verdad, lo que ha hecho el legislador es establecer como excepción una serie de delitos que, a su juicio, resultan de suma reprobación y su comisión debería determinar que el progenitor no pueda ser investido nuevamente de la patria potestad.

Cabe señalar que la Casación n.º 1099-2000-Ica, de fecha 7 de junio de 2000, ha establecido que: «La patria potestad no se encuentra atribuida en forma definitiva a uno de los padres, por lo que puede variar indistintamente siempre a beneficio del menor. La patria potestad, como derecho de los padres, no se encuentra atribuida en forma definitiva a uno de los progenitores, razón por la que puede variar indistintamente siempre a beneficio del menor.»

Como toda enumeración, la relación de delitos contemplados en el artículo 471 es arbitraria y, tranquilamente, uno podría pensar en alguna otra serie de delitos susceptibles de merecer igual consecuencia.

Sobre el artículo bajo cometario, Arias-Schreiber precisa que: «La restitución de la patria potestad es aquella situación mediante la cual, desaparecidas las causas que determinaron la privación del ejercicio de la patria potestad, ésta es devuelta cuando se compruebe la desaparición de los hechos y circunstancias que la ocasionaron. Como tal, la restitución no es un premio por la rehabilitación del padre sino una consecuencia propia e inherente de las relaciones

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

familiares a efectos de permitir nuevamente el ejercicio de la patria potestad, sea por derecho propio de los padres, así como por el interés de los hijos.»[892]

Por otro lado, Aguilar Llanos indica que: «Sobre el particular debemos recordar que el cese temporal se manifestaba a través de la privación, pérdida y suspensión, y que la privación era dada a través de sentencia judicial, por lo tanto el legislador concedía el pedido de restitución sólo cuando habían transcurrido años desde la sentencia de privación, período éste en el cual se observaba la conducta del suspendido para comprobar su corrección, y de allí la facultad otorgada al juez para, ante una solicitud de restitución, conceder o no la patria potestad, y si la concedía, podía ser todas las facultades o sólo algunas. En cambio cuando se trataba de pérdida o suspensión no se señaló plazo alguno, y ello en el entendido de que, tratándose de la suspensión, no eran inconductas las que llevaba al cese sino hechos no imputables a los padres, y por ello al cesar estos hechos debía restituirse la potestad, y en cuanto a la pérdida, se entendía que cuando el condenado había cumplido su condena, entonces debía restituírsele la potestad, salvo que el juez decidiera lo contrario.»[893]

Finalmente, Claudia Canales precisa que: «Este artículo hemos de concordarlo con el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes que establece que: "Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente".»[894]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(892) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 230-231.

(893) Zárate Del Pino, Juan. «El problema de los disensos sobre el ejercicio de la patria potestad y la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, pp. 379-380.

(894) Canales Torres, Claudia. «Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 108.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN CUARTA

AMPARO FAMILIAR

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
ALIMENTOS Y BIENES DE FAMILIA

CAPÍTULO PRIMERO
ALIMENTOS

Noción de alimentos

Artículo 472.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

El texto consignado no es el original de 1984. El contenido era el siguiente:

***Artículo 472**.- 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.

En un primer momento, de conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno.

Pero luego, el artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley n.° 30292, publicada el 28 diciembre 2014, cuyo texto es el que consignamos al inicio de este acápite.

El artículo 472 del Código Civil establece que se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación,

ESTUDIO ARIAS CASTILLO FREYRE

según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de posparto.

La Casación n.º 2190-2003-Santa, de fecha 1 de junio de 2004, señala que: «Los alimentos constituyen un derecho humano fundamental de atención prioritaria, que se encuentra estrechamente ligado a la subsistencia y desarrollo de la persona, por lo que goza de protección; existiendo una pensión fijada por el órgano jurisdiccional en proceso específico que ventila los alimentos, esto es, en uno en que se vea las necesidades del alimentista y las posibilidades del obligado, debe mantenerse hasta su modificación en otro proceso en que varíen las condiciones por las que se fijó la pensión.»(895)

Para Rolando Peralta: «Se trata luego de una institución importante del Derecho de Familia que consiste en el deber jurídico impuesto por la ley y que está constituido por un conjunto de prestaciones para la satisfacción de necesidades de personas que no pueden proveer a su propia subsistencia.»(896)

Agrega Arias-Schreiber que: «Derivado del latín *alimentum,* los alimentos presuponen todo aquello distinto al sustento, morada, vestimenta, asistencia física y moral de quien se encuentra por las razones anteriormente explicadas en condiciones de inferioridad. El deber de alimentar, a su vez, está directamente vinculado con la relación personal existente entre el alimentante y el alimentista, y sus alcances se miden en función a la condición social del propio entorno de ambos sujetos.»(897)

Así también, Carmen Chunga indica que: «[...] alimentos implica no solamente la palabra propiamente dicha, sino que abarca más allá del significado; en el sentido más extenso, es todo lo que nos ayuda a protegernos para poder vivir y desarrollarnos en forma digna.»(898)

Ahora bien, como se puede apreciar, todos estos supuestos deberán ser analizados de acuerdo con la situación y posibilidades de la familia, lo que determina que ellos se deban apreciar respecto al caso concreto. Esto es muy importante, dado que en situaciones de conflicto los alimentos siempre terminarán en un tema de cuantificación expresado en unidades monetarias.

(895) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 522.
(896) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 497.
(897) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, pp. 17-18.
(898) Chunga Chávez, Carmen. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.,* tomo III, p. 165.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cabe señalar que, en situaciones de normalidad, las personas obligadas a ello se prestan alimentos de la manera más natural, sin que siquiera los mismos sean contabilizados o estimados patrimonialmente. En el caso de una familia tradicional, los padres harán todo lo posible para lograr el bienestar de sus hijos, sin que siquiera se les ocurra contabilizar cuánto están invirtiendo en ello.

La cuantificación de los alimentos se produce, por lo general, en situaciones de conflicto, cuando el obligado a prestarlos es demandado por el acreedor alimentista para el cumplimiento de esta obligación. Se trata, en todos los casos, de situaciones penosas en las que se ventilarán asuntos íntimos de la familia y se discutirá no sólo el monto o cuantía de los alimentos, sino incluso la pertinencia de su pago en función de los recursos económicos con que cuente el acreedor alimentario.

Continuando con el tema de los alimentos, se puede apreciar que el artículo 472 establece una serie de rubros que están contenidos dentro del concepto de alimentos.

Nos permitiremos analizar en detalle cada uno de los supuestos comprendidos dentro del concepto de alimentos. Veamos:

a) Lo que es indispensable para el sustento de la persona

Cuando la norma se refiere al sustento, está aludiendo a la alimentación propiamente dicha de la persona. Se trata del tema básico, fundamental, sin cuya existencia el acreedor alimentario podría llegar a perecer. Es, qué duda cabe, el componente básico de la prestación alimentaria.

b) Lo que es indispensable para la habitación de la persona

La habitación es la vivienda del acreedor alimentario. Un lugar para poder vivir, con las comodidades que permitan las posibilidades y los recursos de la familia y, concretamente, del deudor alimentario.

Es de notar que ello no implica que se deba tratar de un espacio físico distinto de aquel donde vive el deudor alimentario, quien tal vez no pueda solventar una vivienda aparte, pero sí esté en capacidad de acoger al acreedor alimentario en su propia morada.

c) Lo que es indispensable para el vestido de la persona

El vestido de la persona hace referencia a las prendas, tanto exteriores como interiores, que resulten necesarias para el acreedor alimentario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

d) Lo que es indispensable para la educación de la persona

Cuando el Código hace referencia a la educación de la persona, está aludiendo a aquello que forma parte de la educación obligatoria de toda persona en el Perú, como es el caso de la instrucción inicial, primaria y secundaria. También estaría comprendida la educación superior que pudiera seguir el alimentista (dentro de los límites del artículo 473, cuyos alcances estudiaremos más adelante).

e) Lo que es indispensable para la instrucción de la persona

El término instrucción, generalmente, se emplea poco, salvo para la instrucción en escuelas militares, como sería el caso, en el Perú, de los colegios militares de Lima-Callao (Coronel Alfonso Ugarte), Arequipa (Coronel Francisco Bolognesi) y Trujillo (Mariscal Ramón Castilla).

No obstante, estos centros de estudios también otorgan a los menores una formación escolar (de los últimos tres años de secundaria).

Pero la palabra instrucción también es empleada para un aspecto distinto del de la educación propiamente dicha. Pensamos que está más relacionada con la instrucción que puede conducir al acreedor alimentario a adquirir alguna capacidad para el desempeño de algún oficio, como sería el caso de la instrucción en alguna escuela técnica como el Senati.

f) Lo que es indispensable para la capacitación para el trabajo de la persona

Puede ocurrir que el acreedor alimentista de quien estemos hablando requiera determinado tipo de instrucción especial para el trabajo o los trabajos que desea realizar. Imaginemos, por ejemplo, que se quiere dedicar a la actividad de buceo submarino para pescar especies de profundidad. Pues, en el caso concreto, lo que resultaría necesario es que reciba la instrucción correspondiente.

g) Lo que es indispensable para la asistencia médica de la persona

Cuando el Código hace referencia a la asistencia médica de la persona, está aludiendo a los exámenes preventivos, las vacunas, así como los tratamientos médicos que deba seguir el alimentista. Si bien la asistencia médica cubre tanto el aspecto físico como el psicológico y psiquiátrico de la persona, no tenemos dudas de que este extremo de la norma se está refiriendo al tema físico, dado el contenido del siguiente supuesto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

h) Lo que es indispensable para la asistencia psicológica de la persona

El tema de la asistencia psicológica tiene que ver fundamentalmente con todas las afecciones derivadas de la mente del acreedor alimentario. Estimamos que la idea es clara y no nos corresponde realizar un análisis científico del tema.

i) Lo que es indispensable para la recreación de la persona

Todo ser humano necesita distracción, la misma que podrá disfrutar en casa, por ejemplo, con el uso de un televisor, con un teléfono móvil, etc.; pero también será necesario que salga a la calle, al cine, a tomar un café, a realizar aquello que le guste, por último, a caminar. La recreación del acreedor alimentario también podrá pasar por compartir momentos con el deudor alimentario, dada la cercanía o parentesco que deberá existir entre ellos.

Finalmente, resulta interesante mencionar que el 27 de marzo del año 2023, el juez Frank Paul Flores García del Juzgado Civil Transitorio de San Juan de Miraflores resolvió el Exp. 00052-2022-18-3002-JP-FC-01 que versaba sobre proceso de alimentos con la asistencia de inteligencia artificial, haciendo uso de la aplicación OpenAI-ChatGTP.

A mayor abundamiento, mediante dicha aplicación se aplicó una fórmula aritmética para establecer el importe de la pensión de alimentos teniendo en cuenta los ingresos del padre y la madre, según sus posibilidades económicas, obteniéndose así que el padre debe acudir a su hija con una pensión de aproximadamente el 20 % de sus ingresos.

Cabe señalar que se destaca la importancia de la asistencia de estas aplicaciones en tanto se tiene en cuenta el carácter objetivo de los criterios que se encuentran prestablecidos en la ley, lo cual evidentemente no vulnera, sino coadyuva, al deber de motivación, de manera que se establecen los montos de las pensiones de manera objetiva y se reduce la discrecionalidad que caracteriza a este tipo de procesos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Alimentos a hijos mayores de edad

Artículo 473.- El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.

No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar alimentos.

El texto consignado no es original de 1984. El mismo responde a la modificatoria introducida por el artículo 1 de la Ley n.° 27646, publicada el 23 de enero de 2002.

El texto original del artículo 473, era el siguiente:

***Artículo 473**.- El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia.*

Si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.

No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos.

El artículo 473 aborda el tema de los alimentos a los hijos mayores de edad. La norma señala que el mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

En esa línea, Amalia Gómez, citando a Franca, señala que: «[...] el derecho de alimentos derivado de la patria potestad tiene un límite, que es el acceso a la mayoría de edad del hijo, que hace cesar ipso iure la obligación de los padres de continuar con el pago de la cuota alimentaria. Pero, a pesar de lo mencionado, el hijo mayor de edad tiene derecho a reclamar alimentos, ya que, si bien se extinguió la patria potestad, la ley prevé los casos especiales en los cuales será procedente el pedido del hijo mayor de edad.»[899]

(899) Gómez Guevara, Amalia. «Derecho de alimentos para el mayor de edad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, p. 187.

No cabe duda de que las excepciones para seguir teniendo derecho a recibir alimentos siendo ya mayor de edad resultan sumamente justificadas:

a) No encontrarse en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física debidamente comprobadas

Pensamos en el supuesto de una persona que padezca de una enfermedad que la mantenga postrada desde la niñez. Resulta evidente que cuando cumpla la mayoría de edad su situación no cambiará y no le resultará posible trabajar para atender y solventar sus necesidades. De ahí que la ley le conceda la calidad de acreedor alimenticio después de cumplida la mayoría de edad.

b) No encontrarse en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad mental debidamente comprobadas

Hay enfermedades mentales de todo tipo, incluidas muchas de ellas que incapacitan al enfermo a realizar cualquier actividad de carácter productivo. Ello puede obedecer, por ejemplo, a la imposibilidad de la persona de socializar con los demás, lo que no le permitirá, dependiendo de aquello a lo que se dedique o se quiera dedicar, el poder trabajar en un centro de labores como lo haría cualquier persona sin esa afección.

c) Excepción

La excepción a la regla contenida en los literales a) y b) anteriores, está dada por el supuesto en el cual la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, en donde sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.

Podríamos imaginar, por ejemplo, el caso en que alguien hubiese sido reducido a la situación de imposibilidad de trabajar y valerse por sí mismo, por el incesante consumo de drogas no medicadas o estupefacientes. Si bien en casos como éstos es claro que el propio sujeto se ha colocado en esa situación, la solución otorgada por el Código en esta norma podría ser injusta, habida cuenta de que muchas veces el inicio en las drogas no se realiza de manera consciente sino por negligencia, incluso cuando la persona era menor de edad y hasta cuando era un niño.

Entonces, el no otorgarle el derecho a percibir alimentos podría ser equivalente a condenarlo a la total perdición. Las personas merecen siempre

EDUARDO MARIO CASTILLO PEREZ

la solidaridad de los demás, en especial de aquellos parientes más cercanos o del cónyuge.

No obstante, también es verdad que el acreedor alimenticio, en estos casos, tendría que detraer sumas de dinero y recursos que bien podría destinar a su núcleo familiar más cercano (imaginemos que quien requiere alimentos sea un hermano mayor drogadicto). Pero, al fin y al cabo, debería primar la solidaridad.

Al respecto, Carmen Chunga menciona que: «En cuanto al segundo párrafo del artículo es lógico a la medida que allí se regula; sin embargo, en primer lugar debemos saber qué significa "inmoralidad": es pues lo que se opone a la moralidad o a las buenas costumbres; entonces, si a un hijo que se le ha brindado una gama de oportunidades, cariño, etc. y este no la ha sabido aprovecharlo y al contrario la ha malgastado, no ha valorado todo ello por culpa solamente de él, es bueno que a través de esta norma pues se les proteja también a los progenitores o a los que están obligados a prestar alimentos, claro está, sin dejar abandonado a su suerte al alimentista, dándosele lo estrictamente necesario para su subsistencia, basado, reiteramos, en el fundamento moral y humano, lo cual es acogido en la norma jurídica.»(900)

Adicionalmente, el Pleno Jurisdiccional Distrital de los Jueces de Paz Letrados, Jueces Especializados y Mixtos de Alimentos del Distrito Judicial de Ventanilla, de fecha 9 de abril de 2015, ha determinado: «Que es admisible la demanda del mayor de edad que pretenda que se fije una pensión alimentaria fundándose en que sigue una profesión u oficio exitosamente, pues su pretensión se encuentra amparada por el artículo 483 del Código Civil.»

Finalmente, el artículo bajo comentario establece que no se aplica lo dispuesto en las excepciones que acabamos de comentar, cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar alimentos. Esta disposición reviste plena justicia, en la medida en que el Derecho no podría negar asistencia a quienes nos dieron la vida, por más de que por su propia culpa hayan devenido en personas menesterosas. El deber de gratitud está primero para el Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(900) *Ibidem*, p. 169.

Obligación recíproca de alimentos

Artículo 474.- Se deben alimentos recíprocamente:

1.- Los cónyuges.

2.- Los ascendientes y descendientes.

3.- Los hermanos.

De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el presente artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el texto original. Esta modificación en verdad habría constituido un absurdo, puesto que el artículo que tendía a sustituirlo en el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 102) sólo contemplaba los casos de los menores; ello, cuando la obligación alimentaria tiene alcances más amplios.

El artículo 474 reviste gran importancia, pues establece los supuestos en relación a qué personas se deben recíprocamente alimentos. Son tres los casos que analizaremos a continuación:

a) Los cónyuges (inciso 1)

Como ya ha sido expuesto en esta obra, los cónyuges no son parientes por el hecho del matrimonio. El matrimonio da origen al parentesco por afinidad, pero entre los cónyuges no hay parentesco por el hecho de estar casados. Lo podría haber si es que entre ellos existe parentesco por consanguinidad, pero ese es otro tema.

La ley establece, en primer lugar, que los cónyuges se deben alimentos de manera recíproca. Ello es así en la medida en que el matrimonio genera múltiples deberes de asistencia y solidaridad recíprocos, lo cual hace natural que entre ellos se deban alimentos. En buena cuenta, son el núcleo de una familia.

Nótese que esta situación permanece en tanto y en cuanto la pareja siga casada, lo que podría suponer que si ella se encontrara ya con sentencia de separación de cuerpos, pero aún no divorciada, los cónyuges se seguirían debiendo alimentos recíprocamente.

ESTUDIO MARIO CASTRO REYRE

El Acuerdo 9 del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Cajamarca en 1998, ha señalado también que este derecho debe acodarse previo a su solicitud: «El Juez no puede declarar de oficio los alimentos para la cónyuge, si los cónyuges no lo han acordado. *¿Puede el juez declarar de oficio los alimentos, si los cónyuges no lo han acordado?* En principio, la separación convencional resulta una separación de consuno, en la que uno de los requisitos de la acción consiste en acompañar el convenio correspondiente, siendo este convenio donde se fija el régimen de los alimentos, tenencia de los hijos, régimen de los hijos, etc. Por lo que, estando el acuerdo de voluntades plasmado en él, éste no puede ser afectado por intervención de un tercero (el Estado), por lo que el juez no podría ir más allá de lo que las partes han fijado en dicho convenio, deviniendo en aplicable el principio procesal contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil por el cual "el Juez no puede ir más allá del pedido, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes". Que, de otro lado, debe tenerse en cuenta que la fijación de alimentos de oficio para la cónyuge, en procesos de separación de cuerpos o divorcio, atentaría contra el espíritu de la ley, por cuanto está prescrito es por el divorcio cesa la obligación de prestar alimentos, y en la práctica vemos que, si los cónyuges no han señalado régimen alimenticio entre sí, ello responde a su capacidad económica. Por consiguiente, se exige, por parte del Juez, un estudio prolijo de los casos a fin de establecer si las partes en el convenio adjuntado a la demanda, han fijado el régimen alimenticio que les concierne. El Pleno por mayoría acuerda: El Juez no puede declarar de oficio los alimentos para la cónyuge, si los cónyuges no lo han acordado.»(901)

En la línea con lo anterior, sobre la unión de hecho se ha establecido en el Acuerdo 8 del mismo Pleno lo siguiente: «Ejercicio de los derechos de los convivientes alimentos. *¿Entre los convivientes se requiere declaración judicial previa de unión de hecho para iniciar juicio de alimentos o solicitar indemnización?*» El Pleno acordó: «Que para solicitar alimentos o indemnización entre concubinos no se requiere declaración judicial previa de unión de hecho, pero esta debe acreditarse dentro del proceso con principio de prueba escrita.»

b) Los ascendientes y descendientes (inciso 2)

El deber recíproco entre ascendientes y descendientes tiene carácter ilimitado, tanto de manera ascendente como descendente. Se trata, sin duda,

(901) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 527.

de las personas de quienes uno desciende o de quienes descienden de uno. Hasta el Derecho Natural impondría una obligación de tales características. Hace bien nuestra legislación en recogerla.

Sobre el deber hacia los ascendientes, Peralta menciona que: «Es deber de los hijos mayores de edad alimentar o sostener a sus padres que han devenido en incapacidad de subvenir a sus propias necesidades. Es simultánea o recíprocamente un deber jurídico y moral cuyo origen se encuentra en la consanguinidad cierta, ficta o presunta, debiendo concurrir dos circunstancias: 1) Estado de necesidad, lo que acontece cuando el ascendiente no puede proveer a su subsistencia caso en el cual deberá acreditarlo, porque no existe en este caso presunción alguna de necesidad. 2) Haber el padre prestado alimentos al hijo, que si bien no se exige de manera directa, pero sí indirectamente conforme lo determina el artículo 398.»(902)

c) Los hermanos (inciso 3)

Con los hermanos termina la obligación recíproca de alimentos. La ley considera que esta obligación moral y legal debería concluir legislativamente con los hermanos. Y esto se explica en la medida en que se trata de las personas más cercanas, descendientes de ambos o de uno de los progenitores del obligado a prestar alimentos.

Al respecto, Cornejo Chávez comenta que: «Como en el caso de los padres, ascendientes, etc., en éste no se presume tal estado de necesidad, sino que será preciso, para que la ley consagre el derecho y el Poder Público lo acoja e imponga su satisfacción, que sea debidamente acreditado, cuando se trate de alimentistas mayores de dieciocho años (artículo 473, según la interpretación extensiva varias veces enunciada con anterioridad); pero entendemos que sí se presumirá *juris tantum* si se trata de hermanos menores de dicha edad. En lo tocante a la extensión del derecho, será la de los alimentos congruos en todo caso, salvo el que se señala en el párrafo siguiente; pero comprenderá lo necesario para el sustento, vestido, habitación y asistencia médica, si los alimentistas son mayores, y todo eso más lo preciso para la educación, instrucción y capacitación laboral del alimentista, si éste fuese menor.»(903)

(902) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 511.
(903) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 263.

ESTUDIO MAYO CASTILLO ABOGADOS

La ley no va más allá con la obligación alimentaria en la medida en que entiende que otros núcleos familiares, a pesar del parentesco por consanguinidad o por afinidad que uno tiene con ellos, deberán solucionar estos problemas de manera separada. En otras palabras, que quien requiera de la prestación de alimentos tendrá personas más cercanas que se los puedan proveer. No olvidemos que la obligación alimenticia puede ser una carga gravosa que implique un porcentaje apreciable de los ingresos del obligado a prestarlos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prelación de obligados a pasar alimentos

Artículo 475.- Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1.- Por el cónyuge.

2.- Por los descendientes.

3.- Por los ascendientes.

4.- Por los hermanos.

De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.º 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el presente artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el tenor original de la norma. Esta modificación hubiese constituido un absurdo, puesto que el artículo que tendía a sustituirlo en el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 102) sólo contemplaba los alimentos para casos de menores de edad.

El artículo 475 regula el orden en que se debe prestar los alimentos, colocando en primer lugar al cónyuge, en segundo lugar a los descendientes, en tercer lugar a los ascendientes y, en cuarto lugar, a los hermanos.

La explicación es muy sencilla. El primer lugar de los cónyuges se explica por las consideraciones señaladas por nosotros al comentar el artículo 474, precedente.

El segundo lugar de los descendientes se explica en razón de que si ellos son personas en edad laboral y que generan recursos, serán quienes estén en mayor capacidad para prestar los alimentos; ello, precisamente, en comparación con los ascendientes, quienes, por su mayor edad, la ley entiende que ya contribuyeron en las etapas de su vida en las cuales tenían sus mayores capacidades laborales, al sostenimiento de quien ahora requiere ser asistido con prestaciones alimentarias.

Eso explica, también, que los ascendientes tengan un tercer lugar en el orden de prelación del artículo 475, lo que significa que seguramente en la práctica será difícil llegar ahí.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Al respecto, resulta interesante mencionar lo señalado por Somarriva, quien es citado por Hernández: «El orden de prelación desde el punto de vista de los obligados puede ser considerado como un derecho de excusión por el cual el demandado puede solicitar que previamente se haga lo propio con el anteriormente obligado y se acredite que este no puede cumplir con dicha obligación.»(904)

Adicionalmente, Hernández comenta que: «De este modo, no obstante la ley señala que todos los parientes tienen obligación potencial respecto del solicitante, el alimentista debe respetar el orden de prelación al solicitar los alimentos, debiendo por ello realizar, sin tener resultado, todas las gestiones conducentes a lograr que el primer obligado en el artículo bajo comentario satisfaga su necesidad para solicitárselas al segundo obligado y así sucesivamente.»(905)

Luego, podemos mencionar la Casación n.° 37-2002-Arequipa, de fecha 2 de abril de 2003, en la que se establece lo siguiente: «Prelación alimentaria. *Segundo.* Se aprecia que el obligado principal no ha cumplido con la obligación alimenticia, declarándose renuente al cumplimiento del mandato judicial, circunstancia que precipitó a la accionante a iniciar un proceso sobre aumento de alimentos dirigido contra el abuelo de la alimentista sustentando su teoría en la prelación alimentaria, en consecuencia, las instancias de mérito a su criterio han entendido correctamente la norma en comento y consiguientemente las aplicó al caso materia de autos.»(906)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(904) Hernández Alarcón, Christian. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 179.
(905) *Loc. cit.*
(906) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 529.

Gradación por orden de sucesión legal

Artículo 476.- Entre los descendientes y los ascendientes se regula la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista.

Para poder conocer los alcances de esta norma, en realidad debemos recurrir al Derecho Sucesorio. Los artículos 816 y 817 del Libro de Derecho de Sucesiones del Código Civil explican el tema de modo muy claro.

Como sabemos, el artículo 816 del Código Civil establece los órdenes sucesorios, señalando que son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

La norma agrega que el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Por su parte, el artículo 817 señala que los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente, en tanto que los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación.

Finalmente, Roxana Sotomarino precisa que: «Entre los descendientes y los ascendientes, se regula la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista de acuerdo con el artículo 476 del Código Civil. Sobre el tema, recuerda Cornejo Chávez que, como en casos ya citados, el derecho alimentario tiene su origen en el parentesco consanguíneo. Lógicamente, se requiere que los solicitantes se encuentren en estado de necesidad.»[907]

(907) Sotomarino Cáceres, Roxana. «Los alimentos desde la perspectiva exegética, dogmática, jurisprudencial y social». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 161.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prorrateo de alimentos

Artículo 477.- Cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda.

El artículo 477 se encarga de regular el tema del prorrateo de los alimentos.

Se entiende que si fuese sólo una persona la que fuera condenada al pago de los alimentos, no regiría el artículo que estamos comentando. Él únicamente resulta aplicable cuando estemos en presencia de una obligación con pluralidad de sujetos pasivos.

Evidentemente, el presupuesto para la aplicación de este artículo es el establecimiento de una obligación alimentaria, tal y como lo señala el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia, realizado por la Corte Superior de Justicia del Santa, con fecha 28 de septiembre de 2018: «Establecimiento de una obligación alimentaria como presupuesto para solicitar el prorrateo. *¿Procede amparar el prorrateo de pensiones alimentarias cuando en el proceso existen obligaciones alimentarias que no han sido previamente establecidas judicial o extrajudicialmente?*» El Pleno acordó por unanimidad: «En atención al interés superior del niño y del adolescente, de las facultades tuitivas que tiene el juez en los casos de alimentos, en pro de cautelar y proteger especialmente a estos, a fin de garantizar su derecho, sobrevivencia y bienestar humano, debiendo ser atendidas sus pretensiones de manera prioritaria, inmediata y oportuna; sí corresponde amparar el prorrateo".»(908)

El caso más ilustrativo sería el de tres hijos que estuvieren obligados a prestar alimentos a su padre común. Si se sigue lo establecido por el artículo bajo comentario, se dividiría entre los tres, pero no necesariamente en partes iguales, sino en partes proporcionales a sus respectivas posibilidades. Se trata, sin duda, de una obligación divisible y mancomunada. Divisible, porque se

(908) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 531.

trata del pago de sumas de dinero; y mancomunada, porque la ley no establece a este respecto la solidaridad (argumento del artículo 1182 del propio Código).

Visto de otro modo, podría darse el caso en que no sean varios los deudores, sino los acreedores alimentarios. Al respecto, la Casación n.º 432-01-Huancavelica, de fecha 23 de julio de 2001, establece lo siguiente: «Prorrateo de alimentos se produce también cuando existan varios acreedores alimentarios y el pago de la pensión alimentaria a cargo del obligado resulta inejecutable. *Segundo.* El prorrateo de alimentos se produce también cuando existan varios acreedores alimentarios y el pago de la pensión alimentaria a cargo del obligado resulta inejecutable. *Tercero.* En ese sentido, procederá también el prorrateo de alimentos a favor de varios acreedores alimentarios cuando la obligación a cargo del deudor alimentario devenga en inejecutable porque se excede el sesenta por ciento de sus ingresos embargables a que se refiere el inciso quinto del artículo 648 del Código Procesal Civil. *Cuarto.* La Sala de revisión ha interpretado erróneamente lo dispuesto en el artículo 95 del Código de los Niños y Adolescentes al restringir los efectos del prorrateo de alimentos a los casos en que existen varios obligados a darlos, sin tomar en cuenta que también procede cuando existen varios acreedores alimentarios y la obligación del deudor alimentario deviene en ejecutable porque se excede el monto embargable.»(909)

Lo que ocurre es que las cantidades de dinero a aportar serán establecidas o por acuerdo entre los obligados o por resolución judicial, si fuese el caso.

En esa línea, Peralta Andía precisa lo siguiente: «Pero, cabe advertir, que tal distribución queda librado al prudente arbitrio del juzgador señalar el monto de la pensión, sin atender a otros criterios que a las necesidades de los alimentistas y las posibilidades del obligado; pero cuando se trata de rentas provenientes del trabajo, la ley procesal fija la porción embargable en un 50 % para ciertos alimentistas y en un tercio para otros. No obstante ello cabe aclarar que esa limitación no rige cuando se trata de otras rentas como de inmuebles, de acciones y de bienes de capital.»(910)

Al respecto, Cornejo Chávez agrega que: «Cuando una persona cualquiera se encuentra en estado de necesidad y no tiene ante sí sino a uno de los parientes obligados a la prestación alimentaria, es obvio que es éste a quien debe pedirla; mas cuando tiene frente a sí a más de uno de tales parientes, es

(909) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 530 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, pp. 353-354.

(910) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 519.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO PERÚ

necesario determinar si debe demandar alimentos a todos conjunta y simultáneamente o en qué orden y proporción a cada uno o a varios de ellos. Este sería, por ejemplo, el caso de quien, hallándose en estado de necesidad, tuviese, al mismo tiempo, cónyuge, hijos, nietos, padres, abuelos, hermanos, etc.»(911)

Pero el artículo 477 establece una excepción. Ella está dada por el caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, en los cuales el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir contra los demás por la parte que les corresponda.

Esta excepción legal reviste sólido fundamento, en la medida en que la obligación alimentaria tiene carácter urgente, dado el requerimiento de satisfacer las necesidades básicas del acreedor alimentario. Entonces, si sólo uno de los obligados tuviese recursos para prestar alimentos, pues él deberá prestarlos en su integridad.

Se trata de un caso muy especial, en la medida en que no es el único obligado por ley, pero sí lo sería por sentencia, dadas las carencias económicas de los otros obligados. Entonces, no estaría clara la posibilidad de si el obligado a pagar el íntegro es un deudor o un codeudor.

Si se tratase de un codeudor de prestación indivisible, existiendo otros dos codeudores, pues al pagar se subrogaría (artículo 1260, inciso 1) en el lugar del acreedor alimentario y desde ahí podría reclamar a sus excompañeros de deuda la parte que les correspondería en la relación interna (argumento del artículo 1263 del Código Civil).

Entendemos que es ante la duda teórica de si quien es condenado a pagar el íntegro de los alimentos es un codeudor de prestación indivisible o si no lo es, que el artículo 477, bajo comentario, le concede la acción de repetición para que luego reclame a los demás obligados. Sea por este camino o por el otro, la ley lo protege para intentar recuperar las partes de quienes, al igual que él tenían la calidad de deudores alimentarios.

Finalmente, desde un ámbito procesal, resulta conveniente mencionar que, como advierte Eugenia Ariano, «[...] el "prorrateo" al que se refiere el artículo 570 CPC, no es el "prorrateo" del artículo 477 CC (y del art. 95 CNA), pues no estamos ante el supuesto en el que frente a un alimentista son "dos o más los obligados a prestar alimentos" (en el que el "prorrateo" consiste en dividir entre todos "el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas

(911) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 270.

posibilidades"), sino ante el caso en que hay un solo obligado y más de un alimentista con la respectiva pensión establecida, y la suma de todas excede el máximo de lo embargable de los ingresos del obligado (el 60 % del segundo párrafo del inc. 6 del art. 648 CPC), por lo que objeto de la demanda de prorrateo es la reducción proporcional de las distintas pensiones. Ello se infiere del propio artículo 570 CPC, al establecer en su segundo párrafo que durante el proceso de prorrateo "el juez puede señalar provisionalmente, a pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada"»[912]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(912) Ariano Deho, Eugenia. «La tutela procesal del acreedor por alimentos». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia. Op. cit.*, pp. 16-17.

Obligación alimenticia de los parientes

Artículo 478.- Si teniéndose en cuenta las demás obligaciones del cónyuge deudor de los alimentos, no se halla en condiciones de prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia, según su situación, están obligados los parientes antes que el cónyuge.

Si bien el artículo 475 establece que el cónyuge está primero en el orden de prelación de deudores alimentarios, bien podría ocurrir que el mismo no se halle en la capacidad económica de prestarlos. Es así que el artículo 478, bajo comentario, se coloca en el supuesto en que ese cónyuge tenga, además de esa obligación alimentaria, otras obligaciones (como podría ser la de prestar alimentos a sus propios hijos, a quienes, obviamente no presta alimentos el otro cónyuge), entonces si tuviera que prestar alimentos pondría en riesgo su propia subsistencia.

En este caso, la ley releva a ese cónyuge de la obligación de prestar alimentos y, sin decirlo con estas palabras, pasa al cónyuge al cuarto orden de prelación en materia de alimentos, estando en el primer orden, los descendientes; en el segundo, los ascendientes; y en el tercero, los hermanos. Es por eso que el artículo 478 se refiere a «los parientes». En este caso, todos ellos están obligados antes que el cónyuge, quien, como puede apreciarse fácilmente, habrá pasado al cuarto orden de prelación como deudor alimentario.

Sobre el artículo bajo comentario, Elizabeth Maquilón señala que: «La legislación nacional acentúa el carácter social de las pensiones alimenticias a efectos de que ante la imposibilidad de su cumplimiento por parte del principal acreedor puedan otros parientes estar obligados antes que "el cónyuge" (el obligado) al ser recíprocos los alimentos las mismas personas que están obligadas a alimentarse entre sí (no simultáneamente) pasarán los alimentos en función del momento de quien tenga la necesidad de ellos; es así como, si el "cónyuge obligado" no pudiere pasarlos sin poner en peligro su propia subsistencia deba pasar al otro padre (si lo hay o tiene la capacidad económica) si son menores de edad los acreedores alimentistas, la obligación recae a *(sic)* los hermanos mayores de edad, en su defecto, a *(sic)* los abuelos ya sean de la rama paterna o materna o a *(sic)* ambas, opinamos que equitativamente se podrán otorgar al cincuenta por ciento por cada rama, y a falta o imposibilidad de los anteriores parientes esta obligación recaerá en los tíos de ambas ramas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

paternas y maternas, finalmente a *(sic)* otros responsables del niño, niña o adolescentes, como lo son los tutores o aquellas personas que ostentan la guarda o colocación del niño, niña y adolescente, ante la imposibilidad o inexistencia de parientes consanguíneos, el Estado peruano deberá asistir al niño, niña o adolescente necesitado de alimentos, es de observar que la gradación de la obligación va desde el más próximo al más remoto, a excepción de los hermanos mayores de edad respecto del hermano menor, que en nuestra legislación de la infancia los coloca con antelación a la de los abuelos y por último desde nuestro punto de vista si no existen otros obligados los alimentos deberán recaer en el Estado.»(913)

Esto también es aceptado por la jurisprudencia en la Casación n.º 3839-2013-Lambayeque, de fecha 20 de mayo de 2014, la misma que establece lo siguiente: «El estado de necesidad del cónyuge menos perjudicado (anciano que incluso ha solicitado auxilio judicial) lo exime de prestar pensión alimenticia al otro cónyuge. Véase la jurisprudencia del artículo 481 CC.»(914)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(913) Maquilón Acevedo, Elizabeth. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 188.

(914) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 534.

Obligación alimenticia entre ascendientes y descendientes

Artículo 479.- Entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue.

Como vimos al analizar el artículo 478, inmediato precedente, el orden de prelación de los deudores alimentarios puede variar. El artículo 479 también se refiere al tema, cuando señala que entre los ascendientes y los descendientes la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue. La razón aquí no está dada, como ocurre en el caso del cónyuge, por tener otras obligaciones alimenticias y el riesgo de hacer peligrar su propia subsistencia. Aquí, el Código Civil menciona el argumento de la pobreza, el mismo que, entendemos, tiene alcances más amplios, pero de igual modo hace entender que esa precaria situación económica haría peligrar la satisfacción de las necesidades más básicas del deudor alimentario.

Es en razón de ello que, en solución legislativa inobjetable, el artículo 479 establece que la obligación de prestarse alimentos pasaría al obligado que le sigue.

Sobre el particular, Rosario de la Fuente precisa que: «Se dará el desplazamiento de la obligación alimentaria, artículo 479, del deudor principal hacia el pariente que le sigue en el orden sucesorio. Hay que tener en cuenta que el alimentista debe cubrir sus propias necesidades antes que las de terceros. [...] Así el acreedor alimentario, que tiene en línea recta descendente, hijos, nietos, bisnietos, demandará alimentos en primer lugar, al hijo, y si este estuviera en un estado de pobreza, acudirá a los nietos, y así sucesivamente»(915)

Finalmente, Arias-Schreiber comenta que: «Es de equidad que entre ascendientes y descendientes la obligación de darse alimentos se traslade cuando el obligado se encuentra en condición de pobreza. Como en otras circunstancias, estamos nuevamente frente a una situación de hecho, cual es la demostración

(915) De la Fuente y Hontañón, Rosario. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 194.

JURISPRUDENCIA MARIO CASTILLO FREYRE

de que existe el estado de pobreza. Nosotros entendemos que estará en dicho estado aquél que por su situación económica sólo pueda atender sus necesidades vitales diarias; o sea, lo que en doctrina se conoce como alimentos estrictos o naturales.»[916]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(916) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 39.

Obligación con respecto al hijo alimentista

Artículo 480.- La obligación de alimentarse que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, conforme a lo dispuesto en el artículo 415, no se extiende a los descendientes y ascendientes de la línea paterna.

Como hemos visto en su momento, al analizar la figura del hijo alimentista, la misma que cada vez tiene menor presencia en la realidad, el «hijo alimentista» de hijo sólo tiene esta denominación y el «padre alimentista» sólo estará obligado a prestarle alimentos. Nada más. Es por ello que el artículo 480 bajo comentario, señala que la obligación de alimentarse que tienen un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, conforme a lo dispuesto en el artículo 415, no se extiende a los descendientes y ascendientes de la línea paterna.

Esto es lógico, en la medida en que la condición jurídica de ese «hijo alimentista» es muy precaria, dada la real incertidumbre acerca de su propia condición de hijo. De ahí que el artículo 480 no extienda la obligación alimentaria ni a los descendientes ni a los ascendientes de la línea paterna del «padre alimentista» y, obviamente del «hijo alimentista». Se considera que sería injusto cargarles con una obligación sobre un acreedor cuyos vínculos parentales son verdaderamente inciertos.

Sobre el particular, Peralta Andía señala que: «Por disposición legal los padres están obligados a proveer el sostenimiento, la protección, la educación y formación de los hijos menores, según su situación y posibilidades; por consiguiente, los hijos reconocidos de modo voluntario o declarados judicialmente tienen derechos alimentarios similares al de los hijos matrimoniales en virtud del principio de la igualdad de derechos de los hijos que consagra la Constitución.»(917)

Adicionalmente, Aguilar Llanos indica que: «La situación de éstos es igual a la de los hijos matrimoniales, claro está que muchas veces no vivirán juntos con sus padres, a lo mejor alguno de ellos o los dos no ejercerán patria potestad, sin embargo tales situaciones no alteran el derecho alimentario, pues si viven juntos, los dos padres están obligados a proporcionar lo necesario

(917) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 509.

para su subsistencia, cubriendo los conceptos que integran los alimentos; si no viven juntos y el deudor incumple con su obligación, entonces el hijo, si fuera menor de edad accionará representado por su otro padre o madre, y logrará se le señale una pensión de alimentos. Si el padre o madre no ejercen patria potestad, ello no altera los deberes inherentes a la patria potestad, por lo tanto seguirán obligados a cumplir con los alimentos. Así lo reconoce expresamente el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 94 cuando señala: "La obligación alimentaria de los padres continúa en caso de suspensión o pérdida de la patria potestad".»[918]

En esa línea, la Casación n.º 854-2000-Puno, de fecha 29 de agosto de 2000, señala que: «Si el padre de una hija extramatrimonial no puede cumplir con su obligación alimentaria por causa de pobreza, no se puede obligar al abuelo paterno a prestar estos alimentos. *Tercero.* El artículo 479 del Código Civil permite por causa de la pobreza que, entre los ascendientes y descendientes, la obligación de darse alimentos pase al obligado que le sigue. *Cuarto.* El artículo 480 del mismo Código, dispone que la obligación de alimentarse que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, no se extiende a los descendientes y ascendientes de línea paterna. *Quinto.* Que, este es el caso, porque se trata de una hija extramatrimonial no reconocida ni declarada y que por causa de pobreza del padre se pretende obligar al abuelo paterno a prestar alimentos, cuando tal obligación no se extiende a él, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 480 del Código Civil, por lo que resulta inaplicado este dispositivo.»[919]

Por otra parte, debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas,*[920] pensábamos que este artículo bien podría ser derogado, al considerar nosotros también la supresión de la categoría de hijo alimentista, y los correspondientes artículos 415, 416 y 417 del Código Civil, con lo que carecería de sentido el artículo 480.

(918) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 420.
(919) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 532 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 355.
(920) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 453.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Criterios para fijar alimentos

Artículo 481.- Criterios para fijar alimentos

Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor.

El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente.

No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.

El texto de este artículo no corresponde al Código de 1984. El precepto original fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.° 30550, publicada el 5 de abril de 2017. El texto de la norma original era el siguiente:

***Artículo 481**.- Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor.*

No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.

El artículo 481 regula el tema de los criterios para fijar alimentos. Esta norma establece, en primer lugar, que los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor.

Entonces, se puede apreciar que son tres factores los que van a conducir a la determinación de la cuantía de los alimentos que va a establecer el juez:

a) Las necesidades de quien los pide

Las necesidades de quien pide los alimentos constituyen, qué duda cabe, el primer factor para su ulterior determinación. Podría ocurrir perfectamente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que la madre de un niño extramatrimonial nunca demande al padre por alimentos, en la medida en que no los necesite.

En esa línea, Peralta Andía señala que: «El estado de penuria por la que atraviesa un pariente autoriza a éste para solicitar alimentos, dejando al prudente arbitrio del juez la verificación de las justificativas de su pedido, correspondiéndole a él determinar la existencia de ese estado de verdadera necesidad, pero de ningún modo autoriza para indagar las causas por las cuales el necesitado se encuentra en esa situación.»(921)

En la demanda de alimentos, obviamente, se tendrá que colocar cuál es la pretensión al respecto. Esa será la base sobre la cual se armará la litis sobre alimentos. En otras palabras, el juez no podría resolver para la asignación, una cantidad mayor a la que se pretende, pues su sentencia sería *ultra petita.*

b) Las posibilidades del que debe darlos

Pero estas necesidades del acreedor alimentista podrían verse o no limitadas por los recursos de que disponga el deudor alimentario. Si el deudor fuese una persona con ingentes ingresos, entonces seguramente la pretensión alimentaria será concedida en su integridad, en la medida en que el acreedor haya probado en el juicio la veracidad de sus requerimientos. En cambio, por más que acredite tales necesidades, si el deudor alimentario demuestra no tener buenos ingresos, entonces seguramente el juez asignará como pensión alimenticia una suma bastante reducida con respecto a las pretensiones del demandante.

Al respecto, Cornejo Chávez, citando a Joserand, señala que: «[...] así como el acreedor debe hallarse en estado de necesidad, el deudor debe tener lo superfluo, mas el juez habrá de considerar, no sólo los ingresos del demandado y su situación de familia, sino también sus posibilidades de ganar más de lo que actualmente gane.»(922)

c) Las demás circunstancias personales de ambos, especialmente las obligaciones a que se halle sujeto el deudor

Igual barrera que en el caso anterior podría estar constituida por otras circunstancias personales del obligado, como una precaria salud que requiera

(921) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 516.
(922) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 237.

de costoso tratamiento médico; o la existencia de múltiples obligaciones alimentarias con terceros, todo lo cual le impida satisfacer el monto pretendido en la demanda, a riesgo de poner en peligro su propia subsistencia.

Nótese que el artículo 481, bajo comentario, hace referencia a las circunstancias personales de ambos (acreedor y deudor alimentarios). Eso significa que si la situación del deudor no fuera buena, en tanto que la de la madre del acreedor, por ejemplo, fuera excelente, una situación como ésta podría determinar que el deudor alimenticio (por ejemplo, el padre de un menor) no sea condenado al pago de una suma considerable.

Adicionalmente, sobre el artículo bajo comentario, tenemos la Casación n.º 1371-96-Huánuco, de fecha 11 de noviembre de 1997, la misma que establece lo siguiente: «Condiciones para el otorgamiento de una pensión de alimentos. *Cuarto.* Son condiciones para ejercer el derecho a pedir los alimentos la existencia de un estado de necesidad de quien los pide, la posibilidad económica de quien debe prestarlos y la existencia de una norma legal que establezca dicha obligación. *Quinto.* Atendiendo al carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho alimentario si el juez constata la existencia de las tres condiciones antes mencionadas debe establecer la obligación alimentaria a cargo del emplazado con prescindencia de la existencia de cualquier convenio preexistente.»(923)

Así también, la Casación n.º 2833-99-Arequipa, de fecha 15 de agosto de 2000, señala lo siguiente: «Presupuestos para solicitar alimentos. Cónyuge solicitante no acredita estado de necesidad pues es una profesional y percibe ingresos económicos suficientes para su subsistencia. *Tercero.* El artículo 473 no resulta aplicable al caso del cónyuge sino al de los otros alimentistas, por cuanto él sólo se explica si se parte del supuesto que el derecho de estos últimos, en principio, termina con la mayoría de edad, lo que no ocurre en el caso del cónyuge, ya que ordinariamente se adquiere dicho estado civil a partir de los 18 años de edad, a partir del cual nace su derecho alimentario conforme al artículo 288 del citado cuerpo normativo. *Cuarto.* Para solicitar alimentos (cualquiera sea el caso) tienen que acreditarse, conjuntamente, los siguientes presupuestos: a) estado de necesidad de quien lo solicita; b) posibilidades económicas del obligado; y, c) una norma legal que establezca la mencionada obligación; que en la sentencia recurrida se ha concluido que no se ha acreditado el supuesto previsto en primer lugar (recogido por el artículo 481 del citado dispositivo legal), al señalarse que en autos se ha probado que la

(923) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 533 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 348.

recurrente es una profesional y que percibe ingresos económicos suficientes para su subsistencia.»[924]

Finalmente, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente n.º 03972-2012-PA/TC, ha determinado lo siguiente: «El concepto de "ingresos" en materia de alimentos. Las utilidades percibidas por el trabajador también pueden ser afectadas para el cumplimiento del pago de la pensión de alimentos. Tal como ha expresado este Colegiado en anterior jurisprudencia en materia de alimentos el concepto ingresos incluye todo lo que una persona percibe, sea cual fuere su procedencia". De un modo más específico el ingreso se puede clasificar en dos categorías: ingresos ajenos a las remuneraciones a ingresos laborales. a) Los ingresos ajenos a las remuneraciones son todos aquellos que no se derivan de una relación laboral. b) Los ingresos laborales son aquellos que derivan de una relación de trabajo, entre los cuales cabe mencionar los ingresos remunerativos y los ingresos no remunerativos. En concordancia con el Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se denominan ingresos remunerativos aquellos ingresos en dinero o especie que el trabajador percibe de su empleador como contraprestación por los servicios prestados y que son de libre disponibilidad. Por otro lado, los ingresos no remunerativos son aquellos que el trabajador percibe de su empleador para un fin específico, y que por ley expresa no se consideran remuneración (artículos 19 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios - Decreto Legislativo 650), p. ej., gratificaciones extraordinarias, pagos liberales, pagos derivados de convenios colectivos, participación en utilidades, condiciones de trabajo, canasta de navidad o similares, movilidad, asignación por educación, bonificación por cumpleaños, bonificación por matrimonio, bonificación por nacimiento de hijos, bonificación por fallecimiento, asignaciones por festividades derivadas de convenio colectivo, bienes otorgados para consumo directo, gastos de representación, vestuario, viáticos, vales de alimentos y el valor de la alimentación directa otorgada como condición de trabajo. Cabe concluir que la pensión de alimentos se debería fijar en función de los ingresos del obligado a prestarlos que incluye tanto los ingresos ajenos a las remuneraciones como los laborales, sean estos remunerativos o no, salvo evidentemente aquellas que sean condición de la propia naturaleza del servicio a prestar (como por ejemplo los viáticos y la movilidad), con los respectivos límites legales establecidos para la afectación de los ingresos del obligado a la prestación. Siendo las cosas del modo descrito el cálculo del monto de la pensión alimenticia tiene

(924) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 534.

como objetivo fijar la cantidad que permita el sustento indispensable para que el alimentista satisfaga las necesidades básicas de subsistencia, por ello la base de dicho cálculo debe recaer en principio sobre todos los ingresos, es decir no solo los ingresos que tienen carácter remunerativo, sino también aquellos que no tienen, puesto que toda suma percibida es de por sí un ingreso y como tal debe ser compartida con el alimentista, por lo que la pensión debe incluir no solo la remuneración sino cualquier concepto que se le añada, a menos que se justifique razonablemente su exclusión, según el estado de necesidad evaluado. Se denomina utilidades a toda liberalidad porcentual económica que realiza el empleador, derivada del reparto de las ganancias al cierre de un ejercicio anual siempre y cuando hubiera un superávit o plus, el mismo que se otorga a los trabajadores. Las utilidades son de libre disponibilidad y se constituyen en ingresos no remunerativos y no computables para la compensación por tiempo de servicios (artículo 19 del Decreto Legislativo 650), los cuales tampoco tienen naturaleza pensionable para la jubilación. Por lo tanto, las utilidades sin llegar a ser un concepto remunerativo, son consideradas un beneficio que no tiene aplicación ni para la CTS ni en términos previsionales, sin embargo, no por ello dicho concepto debe excluirse de la afectación de la prestación de alimentos, sobre el cual recae un tratamiento distinto, en donde la ley de la materia no ha establecido exclusión alguna. En el caso de autos el juez revisor del proceso de alimentos sustenta razonablemente su decisión al considerar que las utilidades deben ser incluidas como concepto afectable para la pensión alimenticia otorgada, al estimar que dicho rubro resulta ser un incentivo utilizado como suplemento de las técnicas tradicionales de sueldos y salarios y por lo tanto son un beneficio para el trabajador, consecuentemente también deben ser otorgados proporcionalmente a las alimentistas mediante la pensión de alimentos, toda vez que de acuerdo al artículo 481 del Código Procesal Civil, los alimentos deben darse en proporción a las necesidades de quien los pide y de acuerdo a las posibilidades del obligado, sobre quien recae una compensación (utilidad) susceptible de ser afectada en función del porcentaje otorgado en la sentencia originaria. (Exp. N. ° 03972-2012-PA/TC, del 27-09-2013).»[925]

(925) *Ibidem*, pp. 536-537.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

INCREMENTO O DISMINUCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Artículo 482.- La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones.

No cabe duda de que la pensión alimenticia es variable, en la medida en que resultará posible volver a discutir el tema de los alimentos, considerando los alcances del artículo 482 del Código Civil, bajo comentario.

El artículo señala que la pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla; todo lo cual resulta plenamente lógico, en la medida en que los alimentos tienen por objeto la satisfacción de necesidades reales y no el mantenimiento o preservación a lo largo del tiempo de montos o cantidades que en un determinado momento lleguen a tener un considerable desfase con la realidad, la cual, como sabemos, está constituida tanto por las necesidades del acreedor alimentario, como por las posibilidades del deudor alimentista. Esto significa que cualquiera de los dos podría, en cualquier momento, demandar al otro para el aumento o la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia.

Por ejemplo, en la Casación n.º 1903-2000-La Libertad, de fecha 7 de diciembre de 2000, se determinó lo siguiente: «Reducción de la pensión alimentaria porque la madre registra ingresos de negocio independiente. *Segundo.* Como se advierte la sentencia de vista no solamente ha precisado las normas jurídicas aplicables al caso sino también las razones por las cuales se reduce el monto a pedido del padre demandado de los alimentos de S/. 2000 a S/. 1000 soles, teniéndose en cuenta además que la propia madre demandante no ha desconocido el hecho que es propietaria de un gimnasio, es más, en la audiencia única no solamente ha reconocido este hecho, sino que además ha señalado que percibe ingresos por razón de su trabajo en ese lugar; resultando por ende perfectamente factible que el monto de alimentos se fije tomando en cuenta esta circunstancia, ello por cuanto el artículo 474 inciso 2 del Código

GRIJLEY MATERIAL DE ESTUDIO

Civil establece la obligación de los padres ascendientes *(sic)* de prestar alimentos a favor de sus descendientes.»(926)

Ello en concordancia con lo que señalábamos anteriormente; y es que no existe cosa juzgada en materia de alimentos. Esta posición se ha desarrollado en la Casación n.º 1371-96-Huánuco, de fecha 11 de noviembre de 1997, que señala: «No hay cosa juzgada en materia de alimentos: el juez de la causa está plenamente facultado a establecer, exonerar o aumentar la obligación a cargo del otro obligado. *Sexto.* Atendiendo a la naturaleza del derecho alimentario éste se encuentra sujeto a las variaciones que podrían ocurrir en el tiempo respecto al estado de necesidad de los beneficiados o a las posibilidades del obligado, es por ello que la ley autoriza a solicitar la modificación o la exoneración de la pensión alimenticia. *Sétimo.* Es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de la fijación de pensiones alimentarias, en ese sentido si se reducen las posibilidades de uno de los obligados y subsisten las necesidades del alimentista, el juez de la causa está plenamente facultado a establecer o aumentar la obligación a cargo del otro obligado.»(927)

Pero hay casos en los que la pensión no se fija en cantidades numéricas, sino en porcentajes en relación con los ingresos o la remuneración que perciba el deudor alimentario. Esta manera de establecer los alimentos se consideraría como de monto determinable. Se trata de una cantidad que variará de acuerdo con la variación de los ingresos o remuneración del obligado, aplicando el porcentaje establecido por los tribunales. El artículo 482, bajo comentario, señala, en este sentido, que cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no será necesario nuevo juicio para reajustarla, dado que ese reajuste se producirá de manera automática según las variaciones de dichas remuneraciones.

En ambos casos, sea que se haya determinado el monto en porcentajes o en cantidades numéricas, el Tercer Pleno Casatorio Civil ha determinado que los derechos se encuentran tutelados: «Es tutelado no solo el aumento del monto de la pensión alimenticia, sino además el porcentaje, si así se hubiese dispuesto. *Delimitación del proceso de aumento de alimentos cuando el monto de la pensión alimenticia se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado.* El Pleno acordó por unanimidad: "Nada obstaculiza que el alimentista que considere y acredite que la pensión alimenticia otorgada en su momento (porcentaje) no satisface sus necesidades primarias estará en

(926) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 539.
(927) *Loc. cit.*

todo su derecho de interponer un nuevo proceso para solicitar el aumento de la pensión alimenticia otorgado inicialmente. El artículo 482 Código Civil no prohíbe instar nuevo proceso por aumento de alimentos así se haya dado un porcentaje en proceso primigenio".»

Este sistema de fijación de los alimentos tiene la ventaja de la economía procesal. Ahora bien, es evidente que el mismo no soluciona de manera permanente el problema, pues siempre podría desfasarse el porcentaje, si lo medimos en relación con las necesidades del acreedor alimentista y con los ingresos del deudor alimentario. Ambas partes, por lo demás, siempre tendrían la posibilidad de demandar sobre el particular.

Al respecto, cabe precisar que, como señala Morán: «En efecto, siendo la prestación de alimentos una obligación de tracto sucesivo o cumplimiento periódico, puede estar sujeta a diversas modificaciones durante el tiempo de su vigencia. De otro lado, la deuda alimenticia –salvo el caso del artículo 484– tiene el carácter de una de valor y como tal sujeta a las normas aplicables para este tipo de obligaciones, en especial, lo referido a las cláusulas de estabilización.»(928)

Finalmente, Arias-Schreiber comenta que: «Dado que tanto las necesidades como las posibilidades varían de valor en el tiempo, este precepto se pone en la hipótesis de que sea necesario efectuar un reajuste de la pensión alimenticia. Este reajuste se hace ante el juez de familia, siendo entendido que cuando su monto hubiese sido fijado en un porcentaje de las obligaciones del obligado, no será necesario un nuevo proceso para reajustarlo (economía procesal). Dicho en otras palabras, el reajuste se produce automáticamente según sean las variaciones de tales remuneraciones.»(929)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(928) Morán Morales de Vincenzi, Claudia Cecilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 203.

(929) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 42.

Causales de exoneración de alimentos

Artículo 483.- El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla *(sic)* sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.

Tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, esta deja de regir al llegar aquéllos a la mayoría de edad.

Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.

Este no es el texto original del Código de 1984, el cual tenía la siguiente redacción:

***Artículo 483**.- El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere de seguir prestándolos si disminuyen sus ingresos de modo que no pueda atender a la obligación sin poner en peligro su propia subsistencia o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.*

Tratándose de hijos menores a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, ésta deja de regir al llegar aquéllos a la mayoría de edad.

Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.

Este artículo fue rectificado por fe de erratas, pero luego fue modificado por el artículo 1 de la Ley nº 27646, publicada el 23 de enero de 2002, cuyo texto es el consignado al inicio del análisis de este precepto.

El artículo 483 trata acerca de varios temas, todos ellos relacionados con los supuestos en que el obligado puede solicitar ser exonerado de prestar alimentos. Veamos:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a) El riesgo de la propia subsistencia

El primer supuesto está constituido por cuando disminuyen los ingresos del obligado, de modo que no pueda atender la obligación de prestar alimentos sin poner en peligro su propia subsistencia. Esto resulta absolutamente lógico, pues no es la idea que se preste alimentos a costa del sacrificio de la vida del acreedor alimentario.

b) Si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad

Si el alimentista ya no requiriese que se le proporcione alimentos, en este caso resulta evidente que cesaría la obligación alimentaria. La norma no requiere de mayor explicación, en la medida en que la prestación alimentaria no tiene como destino la satisfacción de cualquier necesidad, sino únicamente de aquellas propias de la naturaleza de la obligación.

c) Cuando los acreedores alimenticios fueren menores y cumplieren la mayoría de edad

La obligación de prestar alimentos a los hijos no es eterna. Ella cesa cuando los descendientes cumplen la mayoría de edad, pues la ley entiende que en este caso ya estarían en aptitud de propender a su propia subsistencia. A pesar de que el artículo 483, bajo comentario, solamente hace referencia a los hijos, la norma resulta perfectamente aplicable cuando los menores alimentistas sean los nietos y éstos hubiesen cumplido la mayoría de edad. Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho.

La excepción del cese del deber alimentario en el caso de los descendientes que hubieren cumplido los dieciocho años estaría constituida por el caso en que subsista el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o cuando el alimentista esté siguiendo una profesión u oficio exitosamente.

En el caso de la enfermedad física o mental que lo tenga incapacitado, se entiende perfectamente que la obligación deba continuar. Las razones son obvias.

En el segundo supuesto de excepción, es decir, cuando el descendiente hubiere cumplido la mayoría de edad, pero estuviere siguiendo una profesión u oficio de manera exitosa, en el que puede pedir que no cese la prestación alimentaria, la lógica también se entiende, en la medida en que esa prestación le es necesaria, precisamente, para que pueda adquirir esa instrucción profesional o técnica que le permita, luego, desempeñarse

TRIBUNAL CASTILLA FREYRE

mejor en la vida y tener una situación económica a la que no podría aspirar sin esas herramientas del conocimiento.

Por último, resulta muy interesante lo acordado en el II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Constitucional y Familia, llevado a cabo por la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, de fecha 29 de diciembre de 2008, ha señalado lo siguiente: «Subsistencia de la obligación alimentaria luego de la mayoría de edad. *¿Son aplicables los artículos 483 y 424 del Código Civil al "hijo alimentista" para exigir la pensión de alimentos y su exigencia post mayoría de edad?* El Pleno acordó por mayoría: "Sí es aplicable al hijo alimentista los artículos 483 y 424 del Código Civil, incluso tiene derecho a percibir alimentos, incluso después de haber cumplido la mayoría de edad si sigue exitosamente sus estudios".»[930]

En este caso, claro está, nos referimos solamente a estudios de pregrado y no de posgrado, en la medida en que, concluido el pregrado, el egresado está en aptitud de optar por el título profesional, que es, precisamente, lo que necesita para trabajar.

Por otro lado, la Casación n.º 1685-2004-Junín, de fecha 9 de septiembre de 2005, menciona cuál es la finalidad del artículo 483, relativo a la solicitud de exoneración del pago de alimentos: «Finalidad de la exoneración de la obligación alimentaria. *Cuarto.* La finalidad del artículo 483 es doble: proteger el derecho a la vida del alimentante y no descuidar los gastos para la manutención de su familia a que pudiese estar afecto aquel, intereses que el legislador considera preferentes al pago de los alimentos, de manera que, solo una vez satisfechas las necesidades personales y las cargas familiares, es posible exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia.»[931]

Para concluir nuestros comentarios, recordaremos a Claudia Morán cuando precisa que: «La finalidad de la norma es doble: proteger el derecho a la vida del alimentante y no descuidar los gastos para manutención de su familia a que pudiese estar afecto aquel, intereses que el legislador considera preferentes al pago de los alimentos, de manera que, solo una vez satisfechas las necesidades personales y las cargas familiares, es posible exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia. Cabe precisar que se trata de una exoneración que afecta solo al alimentante, puesto que, subsistiendo el estado de necesidad del alimentista, este podrá ejercer libremente su derecho frente a los demás obligados

(930) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 541-542.
(931) *Ibidem*, p. 542.

siguiendo el orden de preferencias establecido por el legislador. El aumento de ingresos del alimentante originaría una nueva obligación entre las partes para cuya exigibilidad será necesario iniciar otro proceso judicial en el que se fije el nuevo monto de la pensión, atendiendo a las nuevas circunstancias.»[932]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(932) Morán Morales de Vincenzi, Claudia Cecilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 205.

Formas diversas de prestar alimentos

Artículo 484.- El obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

La manera natural de prestar alimentos entre los obligados, cuando no exista proceso judicial de por medio y lleven una relación de armonía, no es en dinero, sino en productos, servicios o con el pago directo a los proveedores de esos bienes y servicios.

En cambio, lo normal, cuando esa prestación derive de un mandato judicial, es que ella se abone en dinero a favor del acreedor alimentario; y será el acreedor el que destine ese dinero a sufragar los gastos para la adquisición de los bienes y servicios que requiera a efectos de satisfacer sus necesidades.

En esa línea, Rolando Peralta menciona que: «Normalmente, cuando el alimentante y alimentista hacen vida común no existe necesidad de fijar el monto de la pensión porque los alimentos se entregan en especies y también en dinero; pero, cuando se fija la entrega en virtud de una decisión judicial, la entrega periódica de la pensión se regula por el juzgador.»[933]

Pero podría ocurrir, por ejemplo, que el padre obligado a pagar alimentos trabaje en una empresa en la que le proporcionan vales por productos en una determinada cadena de supermercados. Si éste fuese el caso, ese padre podría solicitar al juez que parte de la prestación alimentaria la cumpla entregando productos en especie, pues le resultaría más cómodo hacerlo.

Sobre este tema, sería necesario indicar que en la práctica, muchas veces los tratos entre deudor y acreedor alimenticio e, incluso las sentencias judiciales, pasan por diversas modalidades, en las que el deudor de los alimentos se obliga a hacer determinados pagos directamente (por ejemplo, el seguro de los hijos comunes o la pensión escolar), de manera tal que aquí se combina el disipar la muy común desconfianza de que ese dinero sea destinado a otros fines (distintos a los alimentos del acreedor) y el cumplimiento de la prestación

(933) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 519.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

directamente en manos de los proveedores de los bienes y servicios, lo que, en estricto, debería resultar irrelevante.

Al respecto, Arias-Schreiber enseña que: «Aunque lo usual y normal es que la pensión alimenticia se entregue en dinero, puede suceder que el obligado cambie la forma de prestarla. No es inusual que cuando alimentante y alimentista viven juntos en un hogar común, el deudor cumpla con su deber proporcionando los medios necesarios para el sustento en especie. No sucede lo mismo cuando la obligación alimenticia ha sido declarada por el juez, pues en esos casos lo normal es que se fije una suma de dinero en efectivo, mensualmente y por adelantado.»(934)

Adicionalmente, es importante conocer que, como señala Cornejo Chávez: «Cuando tal ocurre, lo ordinario será que el alimentante lleve al alimentista a su propio hogar o eventualmente que lo interne en un establecimiento especial (casi siempre de instrucción). A este respecto, sin embargo, los tribunales se han mostrado constantemente alertas ante el riesgo de que, so pretexto de prestar los alimentos en la primera de las formas enunciadas, esto es, llevando al alimentista consigo, lo que el obligado pretenda realmente sea presionar a quien lo demanda de alimentos para que abandone la acción; riesgo que se presenta con frecuencia cuando se trata del hijo extramatrimonial para quien su madre reclama alimentos del padre.»(935)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(934) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 44.
(935) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, pp. 279-280.

Restricciones al alimentista indigno o susceptible de desheredación

Artículo 485.- El alimentista que sea indigno de suceder o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, no puede exigir sino lo estrictamente necesario para subsistir.

Como sabemos, la figura de la desheredación se halla regulada entre los artículos 742 y 755 del Código Civil.

La primera de las normas citadas señala que por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.

Y, precisamente, la norma que establece las causales de desheredación, el artículo 744, regula las causales de desheredación de los descendientes; a saber: 1.- Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor; 2.- Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo; 3.- Haberle privado de su libertad injustificadamente; y 4.- Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

El artículo 745, por su parte, regula los supuestos de desheredación de los ascendientes: 1.- Haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes; y 2.- Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

Y, finalmente, el artículo 746 establece las causales de desheredación del cónyuge, que no son otras que las previstas en el artículo 333, incisos 1 a 6.

Como puede apreciarse, todas las causales señaladas son graves, de manera que la ley permite desheredar al potencial heredero en cualquiera de estos casos.

El artículo 485, bajo comentario, señala que el alimentista que sea indigno de suceder o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos no puede exigir sino lo estrictamente necesario para subsistir. Sin duda, se trata de una sanción al acreedor alimentario que hubiese cometido alguno de los actos de indignidad, pero esa sanción no llega al extremo de privarle de los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

alimentos, ya que se le deberá proporcionar aquello que le sea necesario para subsistir, en otras palabras, lo mínimo para que siga viviendo.

Finalmente, Roxana Sotomarino, citando a Borda, comenta que: «Teniendo presente que los alimentos legales entre parientes tienen por objeto la protección del derecho a la vida de la persona, no existe relación lógica con la sucesión mortis causa, que establece las reglas jurídicas de la transmisión de derechos y obligaciones que se produce por el hecho de la muerte a los sucesores del fallecido. Sin embargo, atendiendo a la ofensa que suponen esos hechos respecto del alimentante, el legislador ha considerado que en este caso la pensión de alimentos deberá limitarse al mínimo indispensable para sobrevivir, sin descuidar por ello la protección de la vida del alimentista necesitado.»[936]

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARTEAGA

(936) Sotomarino Cáceres, Roxana. «Los alimentos desde la perspectiva exegética, dogmática, jurisprudencial y social». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia. Op. cit.*, p. 208.

Extinción de la obligación alimentaria

Artículo 486.- La obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728.

En caso de muerte del alimentista, sus herederos están obligados a pagar los gastos funerarios.

El artículo 486 se encarga de regular los supuestos de extinción de la obligación alimentaria; a saber:

a) La muerte del obligado

No existe obligación sin deudor, a menos, naturalmente, que fallecido el deudor la obligación se trasmita a sus herederos. En el caso de los alimentos, la muerte del deudor alimentario (por ejemplo, de un hijo) podría recaer en sus herederos, como sería el caso de su cónyuge o sus padres. Claro que para que ello ocurra, tales personas deberían o prestar los alimentos de manera voluntaria o haber sido emplazados judicialmente, a efectos de que sean declarados obligados al pago de alguna prestación concreta al respecto.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta que «la lectura del artículo 417, podría desprenderse la posibilidad del alimentista de accionar contra los herederos para que se le fije una pensión alimenticia, si no tuvo oportunidad de demandar en vida al presunto padre, sin embargo creemos que sin descartar esta remota posibilidad por lo difícil de la obtención de los medios probatorios, a la par de que no podrían ser controlados por el presunto obligado, la acción debería iniciarse en vida del causante, además los artículos 728 y 874 son claros al respecto. El primero de ellos refiere: "Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415 (...)" y el segundo señala: "La pensión alimenticia a que se refiere el artículo 728 (...)".»[937]

(937) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 461.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) La muerte del alimentista

Si muere el acreedor alimentista, no hay más que decir, porque la obligación se habría extinguido inexorablemente. No olvidemos que las necesidades del alimentista son aquello que da origen al tema de los alimentos. Muerto el alimentista, se acaban tales necesidades y se acaba la obligación alimentaria. Ahora bien, podría ocurrir que el alimentista hubiera dejado hijos que también requieran asistencia alimentaria; pero ya estaremos en una situación distinta, con otros acreedores de los alimentos. La obligación primigenia se extinguió junto con la vida del acreedor alimentario.

Sobre la norma bajo análisis, Aguilar Llanos menciona que: «Significa que la obligación cesa definitivamente, concluye sin posibilidad de reaparecer; en el caso de los alimentos se extingue la obligación alimentaria por muerte del acreedor alimentario o por muerte del deudor alimentario. Agregaremos a ello otros casos de extinción particulares, como puede ser la extinción de la obligación alimentaria del ex cónyuge que alimentó a su ex consorte y contrae nuevo matrimonio, así lo señala el artículo 350 del Código Civil ya comentado y que en su último párrafo refiere "las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias...", figura ésta que la podemos extender a los alimentos de la concubina (concubino) abandonada que contrae nupcias.»(938)

Adicionalmente, Peralta Andía, citando a Espinoza, precisa que: «[...] la exoneración y la extinción de la obligación alimentaria son dos institutos jurídicos parecidos en cuanto a sus efectos, pero diferenciados por diversas causas y motivos que cancelan las obligaciones, derivadas del concierto de voluntades y son refrendadas e impuestas por la ley.»(939)

Finalmente, en el aspecto procesal, cabe mencionar que el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia de Familia, realizado por la Corte Superior de Justicia de Lima Este, de fecha 17 de noviembre de 2017, ha establecido lo siguiente: «La solicitud de extinción de la obligación alimentaria en caso de fallecimiento del beneficiario alimentista. *En caso de fallecimiento del o la alimentista, conforme a lo normado por el artículo 486 del Código Civil, ¿es necesario que, en vía de acción, deba interponerse una nueva demanda de extinción de alimentos o puede ser solicitado en el mismo primigenio proceso*

(938) *Ibidem*, p. 457.
(939) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 522.

de alimentos? El Pleno acordó por unanimidad: "Para la extinción de alimentos por muerte de la alimentista, no es necesario iniciar una nueva demanda; puede ser solicitado en el mismo proceso de alimentos, acreditándose con el Acta de Defunción correspondiente".»[940]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(940) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 543.

Características del derecho alimentario

Artículo 487.- El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable.

Como hemos venido señalando en reiteradas oportunidades a lo largo de este trabajo, la obligación alimentaria reviste características especiales. Las vamos a estudiar seguidamente:

a) Es intrasmisible

Intrasmisible es aquello que no se puede trasmitir. Este rasgo característico comprende cualquier acto *inter vivos*, como actos jurídicos y contratos en general, ya sea a título gratuito o a título oneroso. No se puede trasmitir a alguien el derecho de pedir alimentos (el crédito alimenticio).

Pero el derecho también es intrasmisible por acto testamentario.

En cualquiera de los casos, si se infringiera lo dispuesto en esta norma, el acto trasgresor sería nulo.

Al respecto, Mendoza del Maestro agrega que: «Resalta su carácter personalísimo, toda vez que es *intuito personae*. Esto se determina dado que los derechos a los alimentos se otorgan heterónomamente por la calidad de los sujetos y la relación jurídica que existe entre los mismos, la cual no existe si se otorgan a favor de terceros.»(941)

b) Es irrenunciable

Tampoco es renunciable, se trate de una renuncia acordada con el deudor alimentario o de carácter unilateral, expresa o tácita. Ninguna de ellas tendría valor para el Derecho.

Sobre el particular, Celis Vásquez señala que: «El derecho de los alimentos es irrenunciable. Finalmente puedo renunciar al ejercicio del derecho, ser alimentado. El encargo de alimentar es de orden público impuesto por el legislador por motivo de humanidad y piedad, razón por la cual se

(941) Mendoza del Maestro, Gilberto. «El modelo de Mondigliani y la cuantificación del crédito alimentario en sede judicial». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia. Op. cit.*, p. 39.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FIEYRE

restringe su renuncia. Esta característica se vincula con la prescripción sobre todo en el cobro de las pensiones devengadas.»[942]

c) Es intransigible

Como sabemos, la transacción es un medio extintivo de las obligaciones por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, resuelven un asunto dudoso o litigioso (artículo 1302 del Código Civil). Pero la transacción, en general, también es un medio alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden recurrir para solucionar los problemas existentes entre ellas. Bueno, pues, el derecho de alimentos no es susceptible de transacción, salvo en lo que respecta al acuerdo al que se pueda arribar en lo que respecta a su cuantía, pero no en lo que atañe a su existencia. Resulta evidente que la cuantía de los alimentos también es conciliable. Lo que no se puede hacer es transigir sobre la transacción y renunciar, en la propia transacción, a la condición de acreedor alimenticio.

Daniel Cortez y Alvin Quiroz mencionan lo siguiente: «Está referido al derecho a pedir alimentos. Establece el Dr. Álex Plácido que se trata de un derecho personal con contenido patrimonial. Sobre esta característica el Dr. Peralta Andía refiere que el derecho alimentario no puede ser objeto de concesiones recíprocas, para poner fin a una relación jurídica familiar. Sin embargo, la pensión de alimentos –la manifestación patrimonial concreta del derecho– sí es transigible y, preferentemente, es materia de conciliación por el carácter relativo de la cosa juzgada en este caso.» [943]

d) Es incompensable

La compensación es un medio extintivo de obligaciones por el cual se extinguen las obligaciones recíprocas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra; no operando cuando acreedor y deudor la excluyen de común acuerdo (artículo 1288 del Código Civil).

También puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran los requisitos previstos por el artículo 1288;

(942) Celis Vásquez, Marco Antonio. «Aspectos importantes y jurisprudencia relevante sobre el derecho alimentario en el Perú». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia. Op. cit.*, p. 117.

(943) Cortez Pérez, César y Alvin Quiroz Frías. «Derecho fundamental a los alimentos. En nombre del padre y por derecho del hijo». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos. Op. cit.*, pp. 167-168.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pudiendo establecerse previamente los requisitos para tal compensación (argumento del artículo 1289 del Código Civil).

Queda claro que si el acreedor alimenticio fuese deudor de otra obligación cuyo acreedor le exige cumplir, el acreedor no podría compensar unilateralmente las obligaciones con la primera, habida cuenta de la naturaleza especial de la prestación alimentaria. Entendemos, con base en la misma lógica, que tampoco sería posible celebrar una compensación convencional. Ello, en la medida de la prohibición del artículo 487 del Código Civil.

Sobre el particular, Peralta Andía señala que ello es así: «Porque la subsistencia humana no puede trocarse por ningún otro derecho, ni puede extinguirse recíprocamente las obligaciones alimentarias.»(944)

Sobre el articulo bajo comentario, la Casación n.° 2760-2004-Cajamarca, de fecha 24 de noviembre de 2005, señala lo siguiente: «Naturaleza jurídica de la obligación alimentaria. *Sétimo.* Debe tenerse presente que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que la obligación alimentaria además de ser de naturaleza personal, intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable también presenta la característica de ser revisable, esto es, porque la pensión alimenticia puede sufrir variaciones cuantitativas y cualitativas que requieren reajustarse de acuerdo con las posibilidades del obligado y las necesidades del alimentista para encontrar sentido de justicia y equidad.»(945)

Antes de concluir estos comentarios, debemos señalar que, más allá de la buena intención del artículo bajo tratamiento, queda claro que la prestación alimenticia sí podría ser objeto de otros actos no prohibidos por este artículo; ello, en tanto las normas prohibitivas o restrictivas de derechos no son susceptibles de aplicarse por extensión o por analogía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(944) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 500.
(945) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 544.

CAPÍTULO SEGUNDO
PATRIMONIO FAMILIAR

CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Artículo 488.- El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y trasmisible por herencia.

El patrimonio familiar es lo que en el Código Civil de 1936 se conocía con el nombre de «bien de familia» y tiene por objeto resguardar la propiedad de un bien para favorecer a personas muy cercanas, otorgándole, precisamente, las características señaladas por el artículo 488, vale decir que será:

a) Inembargable

Por deudas que el propietario haya contraído con anterioridad a su constitución o de aquellas que contraiga después de que haya sido constituido el patrimonio familiar.

El carácter inembargable le otorgará, precisamente, la seguridad de que él no podrá ser utilizado por los acreedores del propietario para cobrarse créditos impagos.

Es preciso mencionar que la Casación n.º 2150-98-Lima, de fecha 20 de enero de 1999, señala sobre la inembargabilidad del patrimonio familiar que: «Patrimonio familiar no puede servir para amparar una actitud dolosa de quien, so pretexto de asegurar el sustento de su familia, lo que en realidad persigue es eludir los derechos de sus acreedores. Se puede embargar bienes sociales para garantizar la deuda de uno de los cónyuges. *Duodécimo.* El hecho de que la sociedad conyugal, y más propiamente la sociedad de gananciales, constituye un patrimonio autónomo, no puede entenderse como que se encuentra fuera del comercio de los hombres, o que se ha formado una persona jurídica distinta y que los acreedores de los cónyuges por obligaciones personales no puedan solicitar medidas para cautelar su acreencia sobre los derechos que su deudor tendrá al liquidarse la sociedad de gananciales. *Décimo Cuarto.* Es requisito de

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

la constitución del patrimonio familiar, como señala el artículo 495 del Código Civil, no tener deudas cuyo pago sea perjudicado, lo que a criterio de Cornejo Chávez significa que el instituto no puede servir para amparar una actitud dolosa de quien, so pretexto de asegurar el sustento de su familia, lo que en realidad persigue fuese la burla de los derechos de sus acreedores, por lo que algunas legislaciones han establecido que por la constitución del hogar de familia sólo queda liberado del riesgo de embargo y remate por deudas posteriores a su constitución. *Décimo Quinto.* La constitución del patrimonio familiar es un acto de renuncia de derechos que perjudica el cobro del crédito, por lo que se encuentra en el supuesto legal de la norma y su constitución perjudica el cobro de crédito, por lo que se encuentra en el supuesto legal de la norma y su constitución perjudica el derecho a embargar los derechos expectaticios de uno de los cónyuges sobre el bien, por lo que debe ampararse la acción interpuesta.»[946]

b) Inalienable

Que un bien sea inalienable significa que su dueño no lo puede enajenar, a través de acto alguno, sea éste a título gratuito o a título oneroso.

Para Peralta Andía: «Esta es otra nota distintiva del patrimonio familiar, se refiere a que el bien afectado no puede transmitirse inter vivos, ni siquiera con el consentimiento del otro cónyuge. Precisamente, la norma establece que la constitución del patrimonio no transfiere la propiedad del bien o bienes del que lo constituye a los beneficiarios, puesto que éstos sólo adquieren el derecho para usar y disfrutar del mismo.»[947]

c) Trasmisible por herencia

Dado que el bien sobre el que se constituye patrimonio familiar sigue perteneciendo a su propietario, es lógico que cuando éste muera, el mismo se transmita por herencia. Esto no ofrece problema teórico alguno.

Sobre el particular, cabe señalar que: «Se justifica esta disposición en la medida que el patrimonio de la familia se instituye no tanto en beneficio del constituyente sino de aquellos integrantes de la familia que dependen de él, como es el otro cónyuge y los hijos menores.»[948]

(946) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 545-546.
(947) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 533.
(948) *Ibidem*, p. 534.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Bienes afectados al patrimonio familiar

Artículo 489.- Puede ser objeto del patrimonio familiar:

1.- La casa habitación de la familia.

2.- Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.

La idea con el patrimonio familiar es que éste se constituya sobre bienes inmuebles, urbanos o rurales, que se destinen a casa habitación o a actividades de carácter productivo. El artículo 489 establece dos supuestos concretos, a saber:

a) La casa habitación de la familia (inciso 1)

En este caso, la función que va a cumplir el inmueble sobre el cual se ha constituido patrimonio familiar es la de ser morada de la familia del constituyente.

Evidentemente, usar la casa habitación para fines distintos a la morada configuraría una causal de extinción del patrimonio familiar.

Asimismo, conviene traer a colación la Resolución n.º 028-2000-ORLC-7TR, de fecha 7 de febrero de 2000, que especifica los alcances de la casa habitación: «El concepto de casa-habitación incluye las construcciones que no sean contiguas a la vivienda, siempre que exista una relación de dependencia o complemento entre ambas. La constitución del patrimonio familiar sobre estacionamientos y depósitos constituye un acto inscribible en razón a que estos ambientes guardan conexión con el inmueble principal y se encuentran ubicados en el mismo edificio sujetos al régimen de propiedad horizontal, no obstante se encuentren inscritos en partidas independientes y exista una solución de continuidad entre los predios, por cuanto el concepto de casa-habitación a que se refiere el artículo 489 del Código Civil, incluye además del lugar denominado vivienda a las construcciones que no sean contiguas a ésta, siempre que exista una relación de dependencia o complemento entre ambas.»[(949)]

(949) *Ibidem*, p. 547.

b) Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio (inciso 2)

El supuesto contenido en el inciso 2, en cambio, protege el inmueble sobre el que se constituye patrimonio familiar, no como morada, sino como centro de actividades productivas que van a servir para el sostenimiento de la propia familia.

En ese sentido, la Casación n.º 3418-2015-Lima, de fecha 12 de enero de 2018, ha señalado que: «El arrendamiento sin autorización judicial de la casa habitación de la familia objeto de patrimonio familiar configura causal de extinción del patrimonio familiar. *Sexto.* Cuando el artículo 499 CC refiere que se extingue el patrimonio familiar cuando los beneficiarios dejan de trabajar el predio durante un año continuo, se entiende que se refiere al predio destinado a la agricultura la artesanía, la industria o al comercio, conforme lo prescribe el artículo 489 inciso 2 del Código Civil: "Puede ser objeto de patrimonio familiar: Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio", lo que no fue objeto de patrimonio familiar en el caso que nos ocupa, ya que el inmueble se constituyó sobre la casa habitación de la familia.»[(950)]

Para cualquiera de los casos, la norma bajo comentario establece que el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios. La idea de esta disposición es que el bien objeto del patrimonio familiar no exceda tales necesidades. Primero, porque la familia no requiere mayor protección; y, en segundo lugar, porque los acreedores del propietario del bien tampoco pueden verse perjudicados con una cobertura patrimonial excesiva o abusiva por parte del deudor común.

En esa línea, Plácido comenta que: «Al efecto de la afectación, se establece que el valor del inmueble no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios, sin referir ello a algún valor determinado. No obstante y en el momento actual, se infiere que no se podrá afectar más de un inmueble para los fines a los que responde el patrimonio familiar, sin considerarse su valor. En caso de que se inobservara este requisito, la afectación se reducirá al término señalado. Se trata de una condición de eficacia.»[(951)]

(950) *Loc. cit.*

(951) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 215.

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYNA

CAPÍTULO SEGUNDO
PATRIMONIO FAMILIAR

Características del patrimonio familiar

Artículo 488.- El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y trasmisible por herencia.

El patrimonio familiar es lo que en el Código Civil de 1936 se conocía con el nombre de «bien de familia» y tiene por objeto resguardar la propiedad de un bien para favorecer a personas muy cercanas, otorgándole, precisamente, las características señaladas por el artículo 488, vale decir que será:

a) Inembargable

Por deudas que el propietario haya contraído con anterioridad a su constitución o de aquellas que contraiga después de que haya sido constituido el patrimonio familiar.

El carácter inembargable le otorgará, precisamente, la seguridad de que él no podrá ser utilizado por los acreedores del propietario para cobrarse créditos impagos.

- Es preciso mencionar que la Casación n.º 2150-98-Lima, de fecha 20 de enero de 1999, señala sobre la inembargabilidad del patrimonio familiar que: «Patrimonio familiar no puede servir para amparar una actitud dolosa de quien, so pretexto de asegurar el sustento de su familia, lo que en realidad persigue es eludir los derechos de sus acreedores. Se puede embargar bienes sociales para garantizar la deuda de uno de los cónyuges. *Duodécimo.* El hecho de que la sociedad conyugal, y más propiamente la sociedad de gananciales, constituye un patrimonio autónomo, no puede entenderse como que se encuentra fuera del comercio de los hombres, o que se ha formado una persona jurídica distinta y que los acreedores de los cónyuges por obligaciones personales no puedan solicitar medidas para cautelar su acreencia sobre los derechos que su deudor tendrá al liquidarse la sociedad de gananciales. *Décimo Cuarto.* Es requisito de

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

la constitución del patrimonio familiar, como señala el artículo 495 del Código Civil, no tener deudas cuyo pago sea perjudicado, lo que a criterio de Cornejo Chávez significa que el instituto no puede servir para amparar una actitud dolosa de quien, so pretexto de asegurar el sustento de su familia, lo que en realidad persigue fuese la burla de los derechos de sus acreedores, por lo que algunas legislaciones han establecido que por la constitución del hogar de familia sólo queda liberado del riesgo de embargo y remate por deudas posteriores a su constitución. *Décimo Quinto.* La constitución del patrimonio familiar es un acto de renuncia de derechos que perjudica el cobro del crédito, por lo que se encuentra en el supuesto legal de la norma y su constitución perjudica el cobro de crédito, por lo que se encuentra en el supuesto legal de la norma y su constitución perjudica el derecho a embargar los derechos expectaticios de uno de los cónyuges sobre el bien, por lo que debe ampararse la acción interpuesta.»[946]

b) Inalienable

Que un bien sea inalienable significa que su dueño no lo puede enajenar, a través de acto alguno, sea éste a título gratuito o a título oneroso.

Para Peralta Andía: «Esta es otra nota distintiva del patrimonio familiar, se refiere a que el bien afectado no puede transmitirse inter vivos, ni siquiera con el consentimiento del otro cónyuge. Precisamente, la norma establece que la constitución del patrimonio no transfiere la propiedad del bien o bienes del que lo constituye a los beneficiarios, puesto que éstos sólo adquieren el derecho para usar y disfrutar del mismo.»[947]

c) Trasmisible por herencia

Dado que el bien sobre el que se constituye patrimonio familiar sigue perteneciendo a su propietario, es lógico que cuando éste muera, el mismo se transmita por herencia. Esto no ofrece problema teórico alguno.

Sobre el particular, cabe señalar que: «Se justifica esta disposición en la medida que el patrimonio de la familia se instituye no tanto en beneficio del constituyente sino de aquellos integrantes de la familia que dependen de él, como es el otro cónyuge y los hijos menores.»[948]

(946) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 545-546.
(947) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 533.
(948) *Ibidem*, p. 534.

EDICIÓN GACETA JURÍDICA

Consecuencia de la constitución del patrimonio familiar

Artículo 490.- La constitución del patrimonio familiar no transfiere la propiedad de los bienes del que lo constituye a los beneficiarios. Estos adquieren sólo el derecho de disfrutar de dichos bienes.

Como hemos venido señalando desde el comienzo de este tema, la constitución del patrimonio familiar no transfiere la propiedad de los bienes del que lo constituye a los beneficiarios, quienes adquieren sólo el derecho de disfrutar de tales bienes.

Es preciso mencionar que: «Se denomina constituyentes del patrimonio familiar a los titulares de un derecho real que solicitan la afectación de un bien o que la determinen mediante actos de disposición entre vivos o de última voluntad. También se dice que constituyente es la persona que establece voluntariamente el patrimonio familiar, afectando para tal efecto, un determinado bien con el objeto de asegurar –como se tiene dicho– la habitación y el sustento básico de la familia.»(952)

Esto es lógico, en la medida en que el beneficio que se busca con el patrimonio familiar y la intangibilidad del bien que constituye su objeto sólo se explica por el carácter o naturaleza transitoria del patrimonio familiar, el mismo que, si bien tiene vocación de permanencia en el tiempo, como veremos posteriormente, tampoco presenta carácter perpetuo.

Finalmente, como señala Martha Silvestre: «En suma, dado que la constitución del patrimonio familiar tiene su espíritu en otorgar una infraestructura y base necesaria para proporcionar a los beneficiarios, un espacio digno que cubra las condiciones adecuadas para su desarrollo; debemos entender que el constituyente lo que busca no es deshacerse de su propiedad, ni dar un adelanto de legítima, ni manifestar tempranamente su voluntad testamentaria; lo que impulsa la constitución del patrimonio familiar es la búsqueda de una seguridad de morada, a fin de protegerla de algún despojo patrimonial que dejara sin techo a los nombrados beneficiarios.»(953)

(952) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, pp. 535-536.
(953) Silvestre Casas, Martha. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, 2020, p. 218.

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Artículo 491.- Los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados sólo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez.

También se necesita autorización judicial para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia.

La constitución del patrimonio familiar debe representar una decisión adecuadamente meditada por la familia y, en especial, por el propietario constituyente. Decimos esto, en la medida en que, una vez constituido el patrimonio familiar y revistiendo los caracteres que le otorga la ley peruana, no será nada fácil disponer de él, así como tampoco arrendarlo.

Y es precisamente sobre el tema del arrendamiento de que trata el artículo 491. Como se aprecia, el Derecho peruano sólo acepta el arrendamiento del bien sobre el cual se ha constituido patrimonio familiar, en dos situaciones específicas; a saber:

a) Situaciones de urgente necesidad

En casos como éste, la autorización del juez revestirá carácter transitorio y el pedido deberá obedecer a situaciones de urgente necesidad, como podría ser el caso en que hubiese que alquilar el bien para recibir una serie de mensualidades (rentas) adelantadas, habida cuenta de que el solicitante, propietario y constituyente del patrimonio familiar requiera solventar los gastos de una operación quirúrgica a uno de los miembros de la familia que goza, precisamente, del patrimonio familiar.

En esa línea, Arias-Schreiber comenta que: «Esta excepción a la regla general se justifica y explica por su carácter urgente y transitorio. Requiere, además, por razones de seguridad jurídica, orden del juez.»[954]

(954) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 56.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Asegurar el sustento de la familia

El segundo caso por el que se puede pedir autorización judicial está dado por el supuesto en que se requiera arrendar sólo una parte del predio, cuando ello sea indispensable para asegurar el sustento de la familia. No cabe duda de que aquí también estamos en presencia de otra causal de extrema necesidad, la misma que justifica la vulneración (aunque sólo parcial y transitoria) del patrimonio familiar. La idea aquí también es que cuando desaparezca la situación de emergencia, el bien sobre el que se ha constituido patrimonio familiar pueda regresar a la situación jurídica en la que se encontraba antes de la emergencia.

Finalmente, Aguilar Llanos señala que: «Aquí creemos que el legislador se está refiriendo al predio destinado a casa habitación, y por ello no es posible el arriendo de todo el predio, porque se estaría desnaturalizando la figura, sin embargo sí cabe el arriendo de una parte de ese predio (pensemos en el alquiler de una habitación del inmueble, por ejemplo, para destinarlo a pensión de señoritas). En ambos casos se ha encontrado la salida para amenguar en alguna forma las restricciones que impone el patrimonio familiar, sobre todo cuando el titular del bien se ve en apuros económicos, y no puede agenciarse de recursos vía la disposición ni el gravamen del bien, porque le está prohibido, pero sí podría hacerlo a través del arriendo y con la debida autorización judicial.»(955)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(955) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 495.

Embargo de frutos del patrimonio familiar

Artículo 492.- Los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias.

Cuando el artículo 488 establece, entre otras características, la inembargabilidad del patrimonio familiar, entendemos que lo hace únicamente con respecto al inmueble, pero no con relación a sus frutos. De ahí que resultara necesario lo dispuesto por el artículo 492, precepto que dispone que los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias.

En primer lugar, la embargabilidad de los frutos sólo alcanza a los dos tercios, lo que significa que un tercio de los frutos no es embargable. Nótese que se está refiriendo a los frutos del bien (sean naturales, industriales o civiles) y no a los frutos que rindan las actividades de la familia por el empleo del bien, si es que éste fuera un predio destinado a la artesanía, a la industria o al comercio.

En el caso del bien dedicado a la agricultura, sí se comprende los frutos del trabajo realizado por la familia, pues ellos han sido producidos en el propio terreno, sin el cual dicha producción no hubiese resultado posible.

Entonces, un tercio de los frutos generados por el bien serán inembargables.

Y, por otra parte, así como el artículo 492 limita el porcentaje de los frutos embargables, también lo hace en relación con la naturaleza de las deudas a las que éstos están destinados a cubrir, limitando el tema a las deudas que considera de carácter prioritario. Así, se incluye a las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien (impuesto predial, arbitrios municipales, por ejemplo) y de las pensiones alimenticias. El interés y las necesidades de la sociedad, de los agraviados por la comisión de un acto delictivo y de los acreedores alimenticios.

Para Benjamín Aguilar: «En lo que atañe a las condenas penales, están referidas a los actos delictuosos realizados por el constituyente, el mismo que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

recibe una sanción penal y la obligación de reparar el daño, esta reparación podrá ser cubierta a través del embargo de los frutos del patrimonio familiar, y ello es justificado, porque si bien es cierto se debe garantizar los bienes afectos a esta institución, pero también lo es que se debe garantizar el legítimo interés de las víctimas o agraviados del delito cometido por constituyente, y si no hay otros bienes del infractor, entonces deberá atenderse esta reparación con los frutos del patrimonio familiar.»(956)

Adicionalmente, sobre la embargabilidad por temas tributarios, Manuel Muro y Alfonso Rebaza comentan que: «En efecto, el privilegio del Estado como acreedor, de más está decirlo, se encuentra consagrado a lo largo de toda nuestra legislación. De ahí que esta excepción al principio de inembargabilidad de los frutos se encuentre plenamente justificada. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe analizar el supuesto en que la propia familia se encuentre ocupando el bien (una casa, por ejemplo) sobre el que se ha constituido patrimonio familiar. En este supuesto, el inmueble no genera ningún tipo de fruto que pueda ser embargado; no obstante, los tributos propios del bien se siguen devengando.»(957)

Sobre la embargabilidad por tributos, el Tribunal Registral, en la Resolución n.º 298-2003-SUNARP-TR-L, de fecha 16 de mayo de 2003, ha señalado lo siguiente: «Resulta acto inscribible la anotación de las resoluciones de determinación y multa expedidas por la SUNAT en la partida registral de un inmueble, aun cuando sobre este se haya constituido patrimonio familiar. *Octavo.* La anotación de las resoluciones de determinación, órdenes de pago o resoluciones de multa, no se encuentran dentro de los supuestos de embargabilidad de los bienes constituidos en patrimonio familiar (a que se refiere el artículo 492 del Código Civil). La inscripción solicitada tiene por objeto publicitar la determinación y exigibilidad que efectúa la administración de la deuda tributaria para, en su caso, iniciar el procedimiento de cobranza coactiva y posteriormente, ordenar las medidas cautelares pertinentes, entre las que se encuentra el embargo en forma de inscripción, siendo este un acto que no podrá tener acceso al Registro. Por lo expuesto, atendiendo a que la inscripción de la Resolución de Determinación y Multa no constituye una afectación al inmueble inscrito, debe revocarse la observación.»(958)

(956) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patrimonio familiar». En: *Foro Jurídico*, Lima, 2002, n.º 1, p. 139.
(957) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 223.
(958) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 548.

Finalmente, sobre las pensiones de alimentos, Aguilar Llanos señala que: «En cuanto a los alimentos debidos por el constituyente, es justificable el embargo en atención al carácter vital y de urgencia que tienen los alimentos, por cuanto su incumplimiento puede acarrear graves perjuicios a los acreedores alimentarios.»[959]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(959) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 492.

PERSONAS QUE PUEDEN CONSTITUIR PATRIMONIO FAMILIAR

Artículo 493.- Pueden constituir patrimonio familiar:

1.- Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad.

2.- Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad.

3.- El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios.

4.- El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad.

5.- Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

El artículo 493 se encarga de señalar cuáles son las personas que pueden constituir patrimonio familiar. La lista es taxativa. Veamos:

a) Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad (inciso 1)

Este supuesto comprende el caso en que uno de los cónyuges constituya patrimonio familiar sobre un bien de su propiedad exclusiva, sea que forma parte de un matrimonio casado por sociedad de gananciales o separación de patrimonios. Aquí lo importante es que el bien objeto del futuro patrimonio familiar pertenezca en exclusiva a uno de ellos.

b) Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad (inciso 2)

El inciso 2 nos presenta el supuesto de un bien de la sociedad de gananciales. En un caso como éste resultará obvio que ambos cónyuges deberán constituir el patrimonio familiar; ello, en la medida en que ambos son representantes (conjuntos) de la referida sociedad conyugal, a efectos de la disposición de bienes comunes.

c) El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios (inciso 3)

En el caso del inciso 3, nos encontramos en presencia de un padre o madre que hubiere enviudado. Más allá de cualquier otra consideración, la muerte de uno de los cónyuges extingue la sociedad de gananciales, si éste

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fuera el régimen patrimonial que regía en ese matrimonio. Entonces, ya hablaríamos de bienes propios; de ninguna manera, de bienes sociales.

d) El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad (inciso 4)

Aquí tampoco habrá duda de que los bienes del padre o madre solteros son bienes propios y no comunes; no obstante, hay que hacer la salvedad de la sociedad de gananciales que se constituye en la unión de hecho que cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 326 del Código Civil.

e) Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento (inciso 5)

Esta norma resulta muy importante, en la medida en que se busca que con la constitución del patrimonio familiar no se burlen los límites de aquello que se puede donar o disponer libremente por testamento.

Sobre este supuesto, Aguilar Llanos, citando a Messineo, señala que: «La constitución del patrimonio familiar por un tercero viene a ser un acto de liberalidad igual que la constitución en dote; esta constitución está sujeta a reducción si a la muerte de él resulta que la cantidad misma ha lesionado la legítima.»(960)

Adicionalmente, comenta que: «A la luz de nuestro Código Civil, no es posible que un tercero constituya patrimonio familiar a favor de personas con las que no le une vínculo de parentesco; creemos que los legisladores al consignar el término cualquier persona en el inciso quinto del artículo 493 alude a personas diversas a las mencionadas en los cuatro incisos anteriores, así tenemos que podrían ser: el abuelo respecto de sus nietos; el hermano mayor respecto de sus hermanos menores.»(961)

En el supuesto bajo estudio hablamos de la donación inoficiosa, regulada en el artículo 1629 del Código Civil, norma que establece que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento; siendo inválida la donación en todo lo que exceda de esta medida. El exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Por su parte, las porciones disponibles están reguladas por los artículos 725, 726 y 727, normas que establecen que quien tiene hijos u otros

(960) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patrimonio familiar». *Op. cit.*, p. 137.
(961) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes (725); el que tiene sólo padres u otros ascendientes puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes (726), en tanto que el que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726 tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

En esa línea, Cornejo Chávez precisa que: «Teniendo en cuenta que los beneficiarios del patrimonio familiar no pueden ser sino miembros de la familia del constituyente, es pertinente señalar que en los cuatro primeros casos el patrimonio tiene por finalidad beneficiar principalmente a los cónyuges y/o a los hijos, en tanto que, en virtud del caso previsto en el inciso 5, el constituyente soltero y sin hijos puede beneficiar a sus padres, otros descendientes y/o hermanos.»(962)

Finalmente, cabe agregar que ha quedado excluida la posibilidad de que el concubino pueda constituir patrimonio familiar, pues tal como señala Peralta Andía, «[...] ha quedado definitivamente establecido que el usufructuario, el inquilino o el concubino no poseen facultades para constituir patrimonio familiar, aun cuando tratándose de este último fue considerado en el Proyecto original aprobado por la Comisión Reformadora, pero excluido por la Comisión Revisora a iniciativa del mismo ponente, lo que estimamos un acierto, en razón de que se tergiversaba el espíritu de la ley al favorecer la formación de patrimonios familiares extralegales.»(963)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(962) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 304.
(963) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 536.

Requisito esencial para constituir patrimonio familiar

Artículo 494.- Para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución.

La idea del artículo 494 es que no se utilice la constitución del patrimonio familiar como un mecanismo destinado a proteger un bien que debería afrontar el pago de las obligaciones que el propietario tiene pendiente con sus acreedores. Es por ello que el precepto bajo comentario establece como requisito esencial del patrimonio familiar, el no tener deudas cuyo pago sea perjudicado con la constitución.

Al respecto, la Casación n.º 2150-98-Lima, de fecha 20 de enero de 1999, ha señalado que: «Patrimonio familiar no puede servir para amparar una actitud dolosa de quien, so pretexto de asegurar el sustento de su familia, lo que en realidad persigue es eludir los derechos de sus acreedores. *Décimo Cuarto.* Es requisito de la constitución del patrimonio familiar, como señala el artículo 49 del Código Civil, no tener deudas cuyo pago sea perjudicado (...).»[964]

El tema del perjuicio tiene que ver con la importancia del bien sobre el que se constituye patrimonio familiar en relación con el total de bienes que componen el patrimonio del deudor. Puede ocurrir que el inmueble sobre el que se constituye patrimonio familiar sea el único bien de valor del propietario, deudor de muchas obligaciones impagas; pero también podríamos encontrarnos ante el supuesto en el cual el deudor de esas obligaciones tenga un patrimonio muy considerable con el cual podrá honrar, en exceso, las obligaciones pendientes de pago; y, en ese escenario, nada habría que cuestionar en torno a la constitución del patrimonio familiar sobre uno de los bienes de propiedad de ese deudor.

De ahí también la necesaria publicidad de la futura constitución del patrimonio familiar, con el objeto de que los acreedores del propietario del bien estén debidamente enterados del tema y se puedan oponer a su constitución.

(964) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 537.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, Arias-Schreiber comenta que: «Este artículo es de excepcional importancia, pues está ligado con el derecho de los acreedores. Lamentablemente, en la práctica es burlado constantemente por descuido de los acreedores y también por debilidad del juzgador.»(965)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(965) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 58.

Beneficiarios del patrimonio familiar

Artículo 495.- Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente.

Estaría de más analizar cada una de las personas que pueden ser beneficiarias del patrimonio familiar. Ellas, como menciona el artículo 495, son sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente.

En esa línea, cabe señalar que el Código Civil adopta el criterio mixto sobre la extensión de la familia.

A mayor abundamiento, Peralta Andía sostiene que: «El beneficiario o beneficiarios del patrimonio familiar son los miembros de una familia, por consiguiente, conviene precisar qué se entiende por miembros de una familia. Al respecto se dan los siguientes criterios: a) Amplio, según el cual, son miembros del grupo doméstico todos los que viven bajo un mismo techo y están subordinados al constituyente y que viven de los medios económicos que proporciona éste. b) Restringido, que estima miembros de una familia a todas las personas que tienen derecho alimentario con relación al constituyente. c) Mixto, que faculta al constituyente decidir quiénes de dichos parientes habrán de acogerse a dicha institución. El actual texto civil, aunque no lo diga expresamente adopta el criterio restringido.»[966]

La idea es que el patrimonio familiar constituya una seguridad a personas que la requieren y que el mismo proteja únicamente a quienes integran el núcleo familiar del constituyente. De ahí el contenido del precepto bajo comentario. Debemos subrayar que es obvio que este artículo registra una enumeración taxativa y restrictiva, en la medida en que antes de la enumeración emplea la palabra «sólo».

(966) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 538.

EJEMPLAR DE ESTILO LIBRE

En tal sentido, Benjamín Aguilar comenta que la norma, «[...] utilizando un término excluyente refiere que pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente; ahora bien al utilizarse el término estado de necesidad que como sabemos alude a la insuficiencia y carencia de recursos de una persona para atender a sus necesidades, refiriéndose al derecho alimentario. No se ha contemplado la posibilidad de que personas sin vínculo de parentesco con el constituyente, pero que vivan con él o dependan de él puedan gozar de este derecho, incluso no les alcanza el beneficio a los parientes colaterales del tercero y cuarto grado del propio constituyente.»(967)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(967) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patrimonio familiar». *Op. cit.*, p. 138.

Requisitos para la constitución del patrimonio familiar

Artículo 496.- Para la constitución del patrimonio familiar se requiere:

1.- Que el constituyente formalice solicitud ante el juez, en la que debe precisar su nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio; individualizar el predio que propone afectar; aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; y señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos.

2.- Que se acompañe a la solicitud, la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide.

3.- Que se publique un extracto de la solicitud por dos días interdiarios *(sic: peruanismo no incorporado al diccionario de la RAE)* en el periódico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere.

4.- Que sea aprobada por el Juez, conforme a lo dispuesto para el proceso no contencioso.

El texto de este inciso 4 no responde al texto original de 1984. La norma fue modificada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS. El texto original era el siguiente:

4.- Que en el caso de no deducirse oposición, o resuelta por los trámites del juicio de menor cuantía la que se hubiese formulado, sea aprobada por el juez.

5.- Que la minuta sea elevada a escritura pública.

6.- Que sea inscrita en el registro respectivo.

En los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.

El artículo 496 se encarga de regular los requisitos necesarios para constituir el patrimonio familiar. Vamos a verlos en detalle:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a) Que el constituyente formalice solicitud ante el juez, en la que debe precisar su nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio; individualizar el predio que propone afectar; aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; y señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos (inciso 1)

El trámite de constitución siempre fue de carácter judicial, hasta que, en el año 1996, por Ley n.º 26662, la facultad de constituir patrimonio familiar también fue otorgada a los notarios públicos.

Como puede apreciarse, en la solicitud se debe cumplir con una serie de requisitos.

El primero de ellos consiste en precisar sus nombres y apellidos, los cuales constituyen datos básicos de identificación del constituyente; al igual que los relativos a su edad, estado civil y domicilio.

Por otra parte, dado que el patrimonio familiar debe recaer sobre un inmueble determinado, el artículo bajo comentario establece que se tiene que individualizar el predio. Esto significa que no cabrá constituir patrimonio familiar sobre inmuebles que tuvieren la calidad de determinables o aún no determinados, al momento de su constitución. Esto se explica por razones de seguridad jurídica y por otros requisitos que analizaremos en estos comentarios.

Y es precisamente por lo que acabamos de expresar que el solicitante deberá aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; esto, con el propósito de no afectar derechos de terceros, incluidos los acreedores.

Finalmente, también deberá señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos, dada la relación expresa de personas en cuyo favor se puede constituir el patrimonio familiar, por lo que no se podría solicitar sea constituido en favor de otras personas.

b) Que se acompañe a la solicitud, la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide (inciso 2)

El requisito formal de constitución del patrimonio familiar es que el mismo conste en una minuta, la que, luego de aprobada su constitución por la autoridad (juez o notario público), deberá ser elevada a escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, a efectos de que el mismo pueda ser oponible a terceras personas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Que se publique un extracto de la solicitud por dos días interdiarios en el periódico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere (inciso 3)

El tema de la publicación de un extracto de la solicitud reviste gran importancia. Ello, en la medida en que permitirá que, al menos formalmente, la sociedad en su conjunto conozca del tema y que eventuales acreedores del solicitante o personas que tuvieren algún interés legítimo en la materia puedan oponerse a la constitución del patrimonio familiar.

d) Que sea aprobada por el juez, conforme a lo dispuesto para el proceso no contencioso (inciso 4)

El texto de esta norma, como hemos visto, fue modificado en el año 1993 y reemplazó el trámite del antiguo juicio de menor cuantía por el referido al proceso no contencioso.

e) Que la minuta sea elevada a escritura pública (inciso 5)

f) Que sea inscrita en el registro respectivo (inciso 6)

Como ya hemos señalado, la inscripción del patrimonio familiar resulta fundamental para su constitución; ello, en la medida en que en tanto esto no ocurra, el mismo no podría ser opuesto a terceras personas. En otras palabras, si no llega a ser inscrito en Registros, simplemente dará lo mismo que no se hubiese constituido.

El artículo 496 culmina con un párrafo que establece que, en los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.

Cabe precisar que, como señala Peralta Andía: «La intervención del Ministerio Público se sujeta a lo dispuesto por el artículo 759 del Código adjetivo. Si no hubiera contradicción, el Juez resolverá atendiendo a lo probado, pero si la hay, se seguirá el trámite establecido en los artículos 753 al 757.»[968]

Finalmente, Aguilar Llanos agrega que: «Una nota importante que resaltar para optar por esta vía notarial, es que el constituyente no deba tener ninguna deuda pendiente, mientras que en el trámite judicial la exigencia está referida a que no se tenga deudas que se vean perjudicadas con la constitución del patrimonio

(968) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 544.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

familiar, en consecuencia se trata de dos situaciones diferentes. Si no se demuestra al notario que no se tiene deudas o al publicitarse la solicitud de constitución existe oposición, termina en forma inmediata la participación del notario que deberá de abstenerse de seguir conociendo tal constitución.»[969]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(969) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patrimonio familiar». *Op. cit.*, p. 137.

Administración del patrimonio familiar

Artículo 497.- La administración del patrimonio familiar corresponde al constituyente o a la persona que éste designe.

En primer término, corresponde señalar, como lo hace Sharon Alvis, que: «La administración del patrimonio familiar es la acción encaminada a cuidar de los bienes y buscar su aplicación más conveniente para asegurar la normal productividad del bien y, de esta manera, proveer la habitación y el sustento de la familia.»(970)

No olvidemos que el bien sobre el cual se constituye patrimonio familiar sigue siendo de propiedad del constituyente, con lo cual será él, en tal calidad, quien deberá administrar el bien. También podrá delegar, como en cualquier otro caso, a una tercera persona, para que ésta administre el bien. En la medida en que no se establece restricción alguna al respecto, entendemos que esa tercera persona podría ser también alguno de los beneficiarios del patrimonio familiar o un tercero.

En esa línea, Peralta Andía indica que: «La delimitación de los poderes del administrador viene en consideración especialmente de ser o no propietario del bien constituido en patrimonio familiar. Si lo es, es evidente que se le permitirá mudar el destino económico de los bienes cuando se venza el plazo, mientras tanto, no se le permitirá una administración dilapidadora, caso en el cual se pedirá su sustitución. En cambio, si no es propietario, tiene obligaciones similares a las del usufructuario.»(971)

Finalmente, nótese cómo el artículo 497, bajo análisis, sólo hace referencia a los actos de administración del bien. Ello, habida cuenta de la naturaleza del patrimonio familiar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(970) Alvis Injoque, Sharon. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 234.
(971) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 542.

Pérdida de la calidad de beneficiario

Artículo 498.- Dejan de ser beneficiarios del patrimonio familiar:

1.- Los cónyuges cuando dejan de serlo o mueren.

2.- Los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad.

3.- Los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad.

El artículo 498 establece los supuestos en que se pierde la calidad de beneficiario del patrimonio familiar. Los vamos a ver en detalle:

a) Los cónyuges cuando dejan de serlo o mueren (inciso 1)

Como ya hemos estudiado, la disolución del vínculo matrimonial se produce, entre otras vías, por el divorcio, caso en el cual los exintegrantes de la pareja pasan a tener la condición de divorciados; o por muerte de uno de ellos, y el cónyuge supérstite pasa a tener la condición de viudo. En ambos supuestos, tanto en el caso en que el patrimonio familiar se hubiese constituido exclusivamente en favor del cónyuge o a su favor y el de otros miembros de la familia, el cónyuge divorciado o fallecido dejará de ser titular del patrimonio familiar. Naturalmente, si hubiese otros beneficiarios, el patrimonio familiar continuará existiendo a favor de ellos. De lo contrario, se extinguirá.

b) Los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad (inciso 2)

Resulta claro que en cualquiera de los supuestos mencionados en el inciso 2 del artículo 498, habrá desaparecido la razón de ser del patrimonio familiar, la cual consistía en proteger a personas del entorno familiar que, precisamente, requerían de dicha protección.

c) Los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad (inciso 3)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hacemos aplicables a este caso, *mutatis mutandis*, los comentarios que efectuamos para el supuesto inmediato precedente.

Por último, es preciso señalar, como anota Alvis, que: «El cese de la condición de beneficiario (...) no afecta el derecho de los demás beneficiarios; entendiéndose que el patrimonio familiar subsiste respecto de ellos sin que se requiera algún tipo de procedimiento de ratificación de sus derechos.»[(972)]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(972) Alvis Injoque, Sharon. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 236.

Causales de extinción del patrimonio familiar

Artículo 499.- El patrimonio familiar se extingue:

1.- Cuando todos sus beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498.

2.- Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo.

3.- Cuando, habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido.

4.- Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar. Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados.

Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización.

El artículo 499 se encarga de regular los supuestos en que se extingue el patrimonio familiar. Veamos:

a) Cuando todos sus beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498 (inciso 1)

Queda en evidencia que, si todas las personas en cuyo favor se hubiese constituido el patrimonio familiar hubiesen fallecido, se extinguirá el patrimonio familiar por ausencia de finalidad.

b) Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo (inciso 2)

La idea que subyace al patrimonio familiar es que los beneficiarios del bien, realmente se beneficien de él, ya sea viviendo o destinándolo a alguna

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de las actividades productivas que señala la ley. De ahí que, si los beneficiarios dejaran de habitar o de trabajar en él, entonces ella será prueba de que no lo requieren, de que no lo necesitan.

Pero no se piense que la ley sanciona estas situaciones con carácter inmediato, pues se señala como plazo habilitante para la extinción del patrimonio familiar el que ellas se produzcan durante un año continuo. Nótese que aquí no se prevé el supuesto de la suma de períodos, como ocurre con otras figuras del Derecho Civil, como es el caso de la prescripción adquisitiva.

En esa línea, Aguilar Llanos se pregunta lo siguiente: «Pero qué pasa cuando el abandono se produce por períodos que sumados exceden el año. En esta situación creemos que no se habría producido la extinción. Repárese que cuando estamos frente a una causal como la que comentamos, los mismos beneficiarios habrían desnaturalizado la institución.»(973)

c) Cuando, habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido (inciso 3)

Son innumerables los supuestos en que la familia podría requerir liquidar el bien sobre el cual se ha constituido patrimonio familiar. Una de tantas podría ser, por ejemplo, el que la familia vaya a dejar de vivir en el país o, simplemente en la ciudad donde se halla el bien. En estos casos, naturalmente, la desafectación del bien no será automática, ya que se requerirá de resolución judicial en tal sentido.

Al respecto, Benjamín Aguilar señala que: «Sobre esta causal, los jueces deberían ser muy prudentes para conceder tal extinción, pues podría estar presentándose situaciones de injusticia, en las que levantado el patrimonio, luego se vende el bien, y los beneficiarios, que ordinariamente lo serían la cónyuge e hijos, se verían poco menos que en la calle.»(974)

d) Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado (inciso 4)

Como sabemos, la expropiación tiene su base normativa en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú, norma que establece que: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o

(973) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 496.
(974) Aguilar Llanos, Benjamín. «Patrimonio familiar». *Op. cit.*, p. 140.

necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.»

Considerando que cuando el Estado expropia, lo hace con la finalidad de destinar el bien a una determinada finalidad de seguridad nacional o utilidad pública, tiene absoluto sentido el que si el bien fuere expropiado termine el patrimonio familiar. Ello, en la medida en que no resultarían compatibles ambos usos a la vez sobre el mismo bien.

En este supuesto, el inciso cuatro, bajo comentario, establece que el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar. La idea, como se puede apreciar, es no dejar desprotegidos a los beneficiarios del patrimonio familiar extinto.

Pero esta medida de protección no será de duración indefinida, dado que la norma establece que, durante un año, el justiprecio depositado será inembargable; pudiendo cualquiera de los beneficiarios exigir, dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Esto, naturalmente si alguna de estas personas tuviere interés en la reconstitución del patrimonio familiar. Podría ocurrir, perfectamente que ello no sea así y que nadie, sea por inacción o porque realmente no lo desea, solicite esta reconstitución.

El artículo 499, bajo comentario, también establece que, si al término del año mencionado, no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados, solución legislativa que resulta de plena lógica.

Para Peralta Andía: «El artículo 499, en su última parte, no condice con la realidad y significará todo un abuso para el constituyente, quien tendrá que esperar un año para recibir un dinero absolutamente devaluado. Creemos que es un error que debe enmendarse oportunamente, en primer lugar, obligando a la entidad expropiante para que entregue a los beneficiarios otro bien similar o una cantidad de dinero lo suficiente como para adquirir otro bien de las mismas condiciones y, luego, estableciendo un plazo mínimo de seis meses para dicha entrega.»[975]

(975) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 543.

Ahora bien, como hemos leído, las mismas reglas son aplicables a los casos de destrucción del inmueble, cuando ella genera una indemnización. Esto tiene pleno sentido, en tanto que la lógica que inspira este precepto es idéntica que la del caso expropiatorio del que veníamos tratando.

Finalmente, Alvis señala que: «Considerando que su finalidad es proteger a la familia, lógicamente, la figura llegará a su término cuando haya cumplido íntegramente el objeto de su constitución o cuando hayan desaparecido los requisitos y exigencias en que se sustentaba o sobrevienen hechos o se producen actos ajenos que la hacen imposible.»(976)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(976) Alvis Injoque, Sharon. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 238.

Declaración judicial de extinción del patrimonio familiar

Artículo 500.- La extinción del patrimonio familiar debe ser declarada por el juez y se inscribe en los registros públicos.

Sea cual fuere la causa que haya conllevado a la extinción del patrimonio familiar, ella deberá ser declarada por el juez y ulteriormente inscrita en los Registros Públicos.

La declaración formal de extinción reviste pleno sentido, en la medida en que, si se requirió de autorización judicial para constituirlo, es lógico que también se requiera de ella para extinguirlo. La lógica sería la misma para cuando el patrimonio familiar hubiere sido constituido por vía notarial. Decimos esto, en la medida en que la constitución, al ser un procedimiento no contencioso, bien podría ser de competencia notarial. Pero creemos que también debería pensarse en que el mismo pueda ser extinguido por vía notarial, en tanto no hubiese oposición de alguno de los beneficiarios o de algún tercero interesado, caso en el cual el proceso notarial debería concluir por haberse vuelto contencioso. Ya sería el turno de los tribunales de justicia.

El tema de la inscripción registral de la extinción del patrimonio familiar reviste también notable importancia, en tanto la sociedad en su conjunto deberá conocer el nuevo estado del bien, el cual, si se puede decir así, empleando terminología antigua, habrá reingresado al comercio de los hombres.

En relación con ello, cabe precisar que: «[...] el artículo 91 del Reglamento General de los Registros Públicos precisa que las inscripciones se extinguen respecto de terceros desde que se cancela el asiento respectivo. Asimismo, el artículo 94 en su literal a), establece que opera la cancelación total de las inscripciones cuando se extingue totalmente el bien, la persona jurídica o el derecho inscrito. Para acreditar la extinción del derecho inscrito basta la presentación de título suficiente.»[977]

(977) *Ibidem*, p. 242.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Modificación del patrimonio familiar

Artículo 501.- El patrimonio familiar puede ser modificado según las circunstancias, observándose el mismo procedimiento que para su constitución.

La vida y las necesidades cambiantes de la familia determinan que en algunos casos convenga la modificación del patrimonio familiar, sea, por ejemplo, porque alguno de los beneficiarios ya no desee serlo; sea porque se requiere ampliar el número de beneficiarios; sea porque se requiere vender una parte del inmueble para sostener necesidades urgentes de la familia; sea porque se requiere ampliar el área del bien, en la medida en que se haya adquirido un terreno adyacente que vaya a servir de jardín para los juegos de los hijos; etc. Las razones que pueden conducir a la modificación del patrimonio familiar son de lo más variadas, infinitas, se podría decir. En todos estos casos, se deberá observar el mismo procedimiento que para su constitución. Esto, por un tema de seguridad jurídica.

En ese sentido, Cornejo Chávez comenta que: «Flexibilizando la normación de la figura, dentro de la severidad que signa toda su regulación, el artículo 501 permite que el patrimonio se modifique cuando varíen las circunstancias y siempre dentro del marco de la propia ley; supuesto en el cual el trámite a seguir es el mismo que rige la constitución del patrimonio.»[978]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(978) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 321.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
INSTITUCIONES SUPLETORIAS DE AMPARO

CAPÍTULO PRIMERO
TUTELA

Finalidad de la tutela

Artículo 502.- Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

Como hemos estudiado en su oportunidad, la patria potestad es la institución natural de amparo para los menores de edad que cuentan con ambos padres o con sólo uno de ellos en ejercicio de la patria potestad. Por la patria potestad, los padres deben cuidar de la persona y bienes de sus hijos, dentro de los alcances de la figura estudiada en su momento.

La tutela es una institución supletoria de amparo, la primera que regula el Código Civil peruano y ella tiene por objeto resguardar la persona y bienes de un menor de edad que carezca de, al menos, uno de sus progenitores en ejercicio de la patria potestad.

Debe precisarse, en tal sentido, que si, al menos, uno de los padres del menor estuviera en ejercicio de la patria potestad, no cabría el nombramiento de un tutor. La tutela no está destinada a coexistir con la patria potestad sobre un menor. Está destinada a reemplazarla.

Nuestros comentarios sobre la tutela se van a desarrollar a lo largo de su articulado, razón por la cual somos muy breves en este punto introductorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[979] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 502, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 502**.- Instituciones supletorias de amparo
>
> Son instituciones supletorias de amparo:
>
> 1.- La tutela, como institución de guarda para menores de dieciocho años que no estén bajo patria potestad.
>
> 2.- La asistencia, como institución para los supuestos establecidos en el artículo 44.

Como se puede advertir fácilmente, el artículo 502 se halla dentro del Título II, Instituciones supletorias de amparo, Capítulo primero, Tutela. De esta forma, el mismo sólo debería regular la tutela, como lo hace el artículo 502 del Código en vigencia; y no mezclar el tema de la asistencia para los casos del artículo 44, que es una figura diferente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(979) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 141-142.

Facultades para nombrar tutor

Artículo 503.- Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:

1.- El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad.

2.- El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima.

3.- Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.

De conformidad con la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se habría modificado el presente artículo. No obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, manteniéndose por tal motivo el texto original.

El artículo 503 del Código Civil se encarga de regular las facultades para nombrar tutor. Veamos:

a) El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad (inciso 1)

Si ambos padres del menor vivieran, será evidente que (salvo casos de excepción que estudiaremos posteriormente) ellos ejercerían la patria potestad sobre su menor hijo. Distinto sería el caso en el cual se coloca el inciso 1 del artículo 503, bajo comentario. La norma parte del entendido de que uno de los padres hubiera muerto. Entonces, ella faculta al progenitor supérstite a nombrar tutor, sea por testamento (del tipo que fuere) o por escritura pública. Se trata, sin duda, de una norma muy útil, en la medida en que nadie mejor que uno de los padres para saber qué persona sería idónea para ocupar el cargo de tutor. De ahí que se le faculte nombrarlo.

En esa línea, Aguilar Llanos señala que: «La norma se pone en el caso de que ambos padres hayan usado esta facultad, entonces qué designación es la que se prefiere, en este caso será la de aquel que sobreviva al otro,

PAVLO MARIO CASTILLO FREYRE

y ello por cuanto si ambos designaron tutor por ejemplo por testamento, y fallece la madre, entonces la designación realizada por ella no surtirá efecto, porque a su deceso al sobrevivirle el marido, será él quien ejerza en exclusividad la patria potestad, y por ende no tiene cabida la tutela. Caso diferente es si los dos hubieran designado tutor por testamento y que esta designación recaiga en personas distintas, y ocurre la muerte de los dos en un solo acto, sin conocerse quién sobrevivió al otro. En esa circunstancia, y para efectos hereditarios, no hay sucesión entre ellos. Pero en cuanto a la designación del tutor, creemos que, en este caso, y con la ayuda del consejo de familia, será el juez quien decidirá quién debe ejercer la tutela.»[980]

b) El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima (inciso 2)

Si los padres del menor hubiesen muerto o se vieren, por alguna de las causales que estudiaremos de manera oportuna, impedidos de ejercer la patria potestad, será común el nombrar al menor un tutor legítimo, nombramiento que podría recaer en cualquiera de sus abuelos. Si éste fuese el caso, esta persona se hallará facultada para nombrar tutor, en caso de que falte, sea por muerte, incapacidad o algún otro factor. Aquí también podemos decir que quién mejor que ese abuelo para nombrar un tutor para su nieto.

No obstante, como lo hace Cornejo Chávez, es preciso señalar que: «Los múltiples problemas que podrían surgir en torno a este derecho y que darían lugar a innumerables hipótesis casuísticas teniendo en cuenta que el menor puede tener hasta cuatro abuelos vivos, y que no siempre serán todos de la misma condición, ya que pueden ser unos matrimoniales y otros extramatrimoniales respecto de los padres del menor y éstos, a su vez, hallarse en situación semejante acerca del propio menor han sido obviados con sencillez por el Código, al preceptuar que el abuelo o abuela que tiene derecho a designar tutor testamentario o escriturario para su nieto menor de edad es quien, al fallecer, lo tiene bajo su tutela legítima.»[981]

c) Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la

(980) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 519.
(981) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 351.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor (inciso 3)

El supuesto contemplado en el inciso 3 es uno bastante especial y parte de la idea de que cualquier persona (un tercero) instituya por testamento a un menor, como su heredero o legatario, y el menor careciere de padres que ejerzan la patria potestad, y de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; pero, además, que la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.

Puede apreciarse que este nombramiento de tutor, si bien realizado por alguien de quien no se exige relación de parentesco con el menor, se trata de un tercero que quiere proteger el patrimonio del menor al que beneficia con la herencia o legado de bienes de valor estimable; ello, en la medida en que tales bienes bastarán para los alimentos del menor (se entiende que los frutos que de ellos se devenguen).

En ese sentido, para Peralta Andía, «(...) en esas circunstancias, y atendiendo al sano interés demostrado por el tercero a favor del menor, se le concede esta facultad de designarle tutor. Ahora bien, esta designación está condicionada a que los padres del menor no hayan hecho uso de su facultad de designar tutor por testamento o escritura pública, así como a la ausencia de tutor legítimo del menor, sólo así podrá ser efectiva la designación de tutor por este tercero ajeno al menor [...].»(982)

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el inciso 3, diremos que el nombramiento de tutor del que estamos hablando podría ser impugnado por algún interesado, en la medida en que se considere que el mismo no reviste las características de idoneidad debidas. Además, no debemos perder de vista los casos en que se hubiese instituido como heredero o legatario al menor, con la condición de que se acepte el nombramiento del tutor por parte del testador; pero ese ya es un asunto que requeriría un desarrollo mayor, impertinente para esta parte de nuestra obra.

Sobre el precepto bajo comentario, Arias-Schreiber señala que: «La norma parte de considerar, acertadamente, que la ley debe otorgar preferencia para el ejercicio de la tutela a quienes hayan sido designados por los parientes más cercanos del menor: en primer lugar los padres, luego los abuelos y, por último, cualquier persona que haga testamento a favor del menor.»(983)

(982) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 520.
(983) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 102.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[984] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 503, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 503**.- Tutela y asistencia testamentaria o escrituraria
>
> El tutor o el asistente, según corresponda, pueden ser nombrados en testamento o escritura pública por:
>
> 1.- El cónyuge, respecto del otro, que se encontrara en el caso del numeral 2 del artículo 43.
>
> 2.- El padre o la madre sobrevivientes o ambos, en su caso, para sus hijos.
>
> 3.- El abuelo o la abuela, para sus nietos, si los padres no vivieran o estuvieran suspendidos o imposibilitados de hecho de ejercerla *(sic)* patria potestad.
>
> 4.- Los hijos respecto de sus padres.
>
> 5.- Cualquier persona, previendo la privación o limitación al ejercicio de su plena facultad de discernimiento que podría sobrevenirle.

Más allá de que en este capítulo sólo se debería regular la tutela, debemos decir que el tratamiento que se proponía para el artículo 503 era adecuado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(984) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 143.

Nombramiento de tutor por uno de los padres

Artículo 504.- Si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de tutor que hiciere el otro, aunque éste muera primero.

Para el nombramiento de tutor, esta norma sigue, *mutatis mutandis*, la misma lógica que analizábamos en nuestros comentarios del inciso 1 del artículo 503, precedente. Consideramos innecesario realizar apreciaciones adicionales.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(985) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 504, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 504**.- Nombramiento de tutor o asistente
>
> Si uno de los padres o abuelos estuviera sujeto al régimen de capacidad de ejercicio restringido, valdrá el nombramiento de tutor o asistente que hiciere el otro, aunque éste muera primero.

El artículo que proponía la comisión del 2019 se adecuaba a la normativa en vigencia, por lo que el tratamiento del tema era pertinente.

(985) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pluralidad de tutores

Artículo 505.- Si fueren nombrados dos o más tutores en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la tutela, ésta será mancomunada.

El artículo 505 se encarga de regular los supuestos de nombramiento de pluralidad de tutores. Para ello, los analizaremos por separado:

a) Si fueren nombrados dos o más tutores en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria

Estimamos lógico que, ante el nombramiento de una pluralidad de tutores, la norma no parta de la idea de que se trata del ejercicio de una tutela mancomunada. Se deberá entender que el tutor sólo será uno de los designados y que el ejercicio de la tutela se hará en el orden en que fueron nombrados, solución legislativa que reviste plena lógica y que evidentemente admite disposición contraria, en el sentido de que el orden de desempeño de la tutela será distinto al de nombramiento (por ejemplo, un orden alfabético).

b) Si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la tutela, ésta será mancomunada

Ésta es, naturalmente, una manera de pactar en contra de la disposición general de la que parte el artículo 505, bajo comentario. No hay duda, y eso debe ser señalado, de que los supuestos o disposiciones en contrario de la regla general pueden ser de lo más variados, pero si no se hubiese señalado algo especial, entonces deberá comprenderse que los tutores tendrán que distribuirse las funciones de cuidado del menor y sus bienes. Decimos esto, ya que sólo de dicha manera puede entenderse la expresión en el sentido de que la tutela «será mancomunada», con la que concluye el texto del artículo 505.

Debemos señalar que esta expresión no se está refiriendo a la responsabilidad de los tutores, aunque ésta, claro está, también será mancomunada,

EDMUNDO MARIO CASTILLO FREYRE

en razón a que será lógico que cada uno de los tutores responda por los daños y perjuicios que cause en el ejercicio de la tutela, pero en razón de las actividades a que se hubiese comprometido, claro está.

Adicionalmente, María Sokolich menciona que: «Un aspecto importante de resaltar resulta ser que los tutores para ejercer el cargo, sea en forma independiente o mancomunada, deben cumplir ciertas exigencias, como son: a) Plena capacidad civil (toda vez que resultaría absurdo pensar que un incapaz se encargue del cuidado de otro incapaz). b) No encontrarse en los supuestos a los que alude el artículo 515 del Código Civil. c) Dar cumplimiento a las exigencias del artículo 520 del mismo ordenamiento legal, sin lo cual el nombramiento efectuado por testamento o por escritura pública no tendría validez ni eficacia jurídica.»[986]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[987] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 505, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 505**.- Pluralidad de tutores o asistentes
>
> Si fueren nombrados dos o más tutores o asistentes en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado de manera conjunta, salvo disposición distinta.

Preferimos la solución otorgada al tema por el artículo en vigencia. El cargo de tutor o asistente debería ser desempeñado por una sola persona a la vez. La pluralidad de personas complicaría notablemente el ejercicio de la tutela o asistencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(986) Sokolich Alva, María Isabel. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 252.

(987) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 143-144.

Tutor legítimo

Artículo 506.- A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose:

1.- El más próximo al más remoto.

2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.

El artículo 506 se encarga de regular una figura muy importante: la tutela legítima, cuyo nombre indica que se trata de aquellas personas que, por su estrecho vínculo de parentesco con el menor, deberán ocupar el cargo de tutor de manera preferente. Se trata de los abuelos y demás ascendientes, es decir la línea recta consanguínea ascendente. Ello, porque se considera son las personas que se hallan más comprometidas afectivamente con el menor en situación de abandono. En otras palabras, se trataría de quienes con mayor dedicación ejercerían el cargo de tutor. Si bien es verdad que se trata de un valor entendido, es claro que en la realidad ello no necesariamente será así en todos los casos. Pero si el menor, es hijo de tu hijo o nieto de tu hijo, ¡qué mayor cercanía parental y afectiva!

Podrá ocurrir que existan ascendientes de diverso grado, como sería el caso de los padres y abuelos; e, incluso, más de uno en un mismo grado. Para eso están las siguientes reglas de preferencia del artículo bajo comentario:

a) El más próximo al más remoto (inciso 1)

Esto significa que los abuelos desplazan a los bisabuelos y éstos a los tatarabuelos, si fuere el caso.

b) El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia (inciso 2)

Pudiera existir, por ejemplo, que vivan los cuatro abuelos de un menor que hubiera perdido a sus padres. Este sería el supuesto en que concurran varias personas en igualdad de grado. En tal caso, como señala la norma bajo estudio, la preferencia será decidida por el juez, oyendo al consejo de familia, debiendo preferir al más idóneo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El tema de la idoneidad no necesariamente será de simple solución, pero deberá apreciarse, entre otros aspectos, el tiempo y voluntad que tiene cada uno de los abuelos para dedicar al nieto, la cercanía de su domicilio con el del menor, los recursos económicos que le permitan asumir adecuadamente el desempeño de la tutela legítima, entre otros factores.

En esa línea, Peralta Andía comenta que: «Por excepción se conoce una especie de tutela legal, cuando el menor es encargado además del abuelo, al hermano, al tío y hasta un extraño, lo que ocurre en caso de separación de cuerpos o de divorcio.»(988)

Asimismo, resulta interesante mencionar lo comentado por Arias-Schreiber sobre el precepto bajo comentario, cuando refiere que: «[…] a nuestro entender la norma peca de rigidez, al no permitir que la tutela legítima recaiga en otros parientes igualmente idóneos, como sería el caso de los hermanos mayores del menor o los tíos de éste. Se seguiría así la tendencia encontrada en la mayoría de legislaciones consultadas, pudiendo citar, a título de ejemplo, los Códigos argentino, boliviano, brasileño, colombiano, costarricense, ecuatoriano, español, mexicano, panameño y uruguayo. El artículo es, asimismo, contradictorio con el numeral 340 del Código Civil, que al ocuparse de la separación de cuerpos de los cónyuges, permite que el juez confíe el cuidado de los hijos a los abuelos, hermanos o tíos. Esta contradicción deberá ser superada en el futuro.»(989)

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(990) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 506, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 506**.- Tutela y asistencia legítima
>
> A falta de tutor o asistente nombrado en testamento o por escritura pública corresponde ejercer el cargo a cualquiera de las siguientes personas en orden excluyente:
>
> 1.- Al cónyuge no separado judicialmente o el conviviente.
>
> 2.- A los descendientes, si gozan de capacidad.
>
> 3.- A los padres.

(988) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 554.
(989) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 104.
(990) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 144.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.- A los hermanos.

5.- A los abuelos y demás ascendientes *(sic)*

La comisión proponía un nuevo texto para el artículo 506. Nos parecía positiva la propuesta, en razón a haber explicitado los grados de parentesco (materia de calificación complicada, incluso entre abogados) y de haber colocado en primer lugar al cónyuge no separado judicialmente (quien, en estricto, no es pariente con respecto a su cónyuge) o el conviviente (quien, claro está, con mayor razón carece de cualquier parentesco por ser sólo conviviente).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tutela de los hijos extramatrimoniales

Artículo 507.- La tutela de que trata el artículo 506 no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales si no la confirma el juez.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(991) planteábamos que la expresión «hijos extramatrimoniales» se cambiara por «hijos nacidos fuera del matrimonio», por la razón sostenida reiteradas veces en esta obra.

El artículo 507 establece que la tutela legítima no tendrá lugar con relación a los hijos extramatrimoniales, si es que no la confirmara el juez.

En verdad, no encontramos pleno sentido a la norma, pues, en la medida en que tales hijos se encuentren reconocidos por sus padres, los demás ascendientes no tendrán la menor duda de que son sus nietos o bisnietos, según fuera el caso. No vemos razón alguna para mediatizar los efectos y constitución de tutela legítima frente a los hijos extramatrimoniales. Por el contrario, se trata de personas que generalmente requieren de un mayor cuidado y protección de todo orden y debería facilitarse, cuando ello sea requerido, el nombramiento de un tutor legítimo.

Al respecto, cabe recordar que la Constitución Política del Estado es clara al señalar en el artículo 6 que los hijos tienen iguales derechos y deberes, y que se encuentra prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,(992) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 507, por una norma con el siguiente texto:

(991) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 459.

(992) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 144-145.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 507.- Tutela sobre hijos menores de edad.

La tutela, de ser el caso, se extiende a los hijos menores de edad del sujeto privado de discernimiento, salvo decisión judicial diferente.

La comisión proponía sustituir el texto actual, derogándolo, vale decir que quedaría sin efecto lo allí dispuesto («La tutela de que trata el artículo 506 no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales si no la confirma el juez»), que pasaría a tener el siguiente contenido: «La tutela, de ser el caso, se extiende a los hijos menores de edad del sujeto privado de discernimiento, salvo decisión judicial diferente».

Nos parecía un cambio positivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tutor dativo

Artículo 508.- A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor.

El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

Como hemos visto, lo ideal es que el nombramiento de tutor provenga de testamento o que se instale una tutela legítima. Pero ello no siempre resultará posible. En ese orden de ideas, el artículo 508 contempla la figura del tutor dativo, el cual será nombrado por el consejo de familia.

El requisito que se exige en el artículo 508, bajo comentario, es que se trate de una persona que resida en el lugar del domicilio del menor. Ello, claro está, porque en el caso contrario no resultaría fácil el contacto personal entre tutor y pupilo. Es verdad que hoy en día existe multiplicidad de mecanismos electrónicos de comunicación, que podrían hacer más viable el desempeño de una tutela a distancia. Pero, más allá de la antigüedad de la norma, entendemos que el tema de que ambos vivan cerca debe seguir teniendo relevancia, pues el cuidado y trato directo de la persona y bienes del menor sólo se podrá hacer cabalmente cuando se vean de manera continua y exista una relación de confianza entre ambos.

Al respecto, Benjamín Aguilar, citando a Cabanellas, señala sobre la tutela dativa, que ella «[...] es la discernida por designación judicial o del consejo de familia y no por disposición testamentaria ni por ministerio de la ley. Dativo indica la atribución, la destinación, y en el caso que nos ocupa estaría referido a la concesión o atribución del cargo de tutor a favor de una persona, que para el caso peruano sería la atribución que concede el consejo de familia, a favor de una determinada persona para que cuide la persona y bienes del incapaz que no está bajo patria potestad.»[993]

Finalmente, el artículo 508 establece que el consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de

(993) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 523.

cualquier persona, a efectos del nombramiento del tutor dativo. La ley, en este aspecto, trata de facilitar el mecanismo de designación del tutor.

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,(994) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 508, por una norma con el siguiente texto:

> **Artículo 508**.- Tutela y asistencia dativa
>
> 1.- A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el juez nombrará tutor o asistente dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor de 18 *(sic)* años, del sujeto privado de discernimiento o del sujeto con capacidad restringida, a pedido de los parientes o del Ministerio Público.
>
> 2.- Cualquier persona que tome conocimiento de un caso que requiera tutela o asistencia lo comunicará al Ministerio Público para que formule la pretensión pertinente.

La comisión del 2019 proponía adecuar la norma no sólo a la tutela, sino a la asistencia, como figura supletoria o coadyuvante de amparo, introducida en el Código Civil por la reforma del 2018.

No obstante, el inciso 1, que se proponía al inicio, también debió haber regulado el caso del asistente y no sólo el del tutor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(994) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 145.

Plazo para ratificar al tutor dativo

Artículo 509.- El tutor dativo será ratificado cada dos años por el consejo de familia, dentro del plazo de treinta días contados a partir del vencimiento del período. La falta de pronunciamiento del consejo dentro de dicho plazo equivale a la ratificación.

Siendo el tutor dativo un tercero, que no forma parte de la línea ascendente de parentesco del pupilo, es claro que podrá darse el caso en que ese tutor sea pariente consanguíneo o colateral del menor, pero también podría ocurrir que no tenga grado de parentesco alguno. Es justamente por esta razón que la ley establece que el tutor dativo deberá ser ratificado cada dos años por el consejo de familia.

En esa línea, el profesor Cornejo Chávez comentaba que: «En general, el tutor no está sujeto a la formalidad de ratificación. Excepcionalmente, lo está en un caso: cuando se trata de tutor dativo. Este, conforme al artículo 509, debe ser ratificado cada dos años por el consejo de familia. La razón es que el tutor dativo ni siempre es pariente cercano (como lo es el legítimo), ni tiene el aval que significa la designación hecha por los padres, los abuelos o el testador interesado en la suerte del menor. Requiere, por ello, la reconsideración periódica de la conveniencia o inconveniencia de mantenérselo en el ejercicio del cargo. De ahí la ratificación bienal. Esta debe producirse dentro de los treinta días de vencido el período. La ratificación es automática si el consejo de familia no se pronuncia en ese plazo.»[995]

El plazo se cuenta a partir del vencimiento del período.

El artículo 509 establece uno de los pocos casos de silencio positivo que regula el Código Civil de 1984, cuando señala que la falta de pronunciamiento del consejo dentro de dicho plazo equivale a la ratificación. Estamos plenamente de acuerdo con la solución contenida en esta norma porque ella facilita el ejercicio y continuidad de la tutela. Por lo demás, es muy probable que si hubiese serias objeciones al ejercicio del cargo de tutor, se habría procedido a removerlo rápidamente.

(995) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 399.

Estudio Mario Castillo Freyre

Así también lo señala Sokolich, cuando afirma que: «Es justamente la función de velar por el bienestar e interés económico y moral del tutelado que corresponde al consejo de familia, la que sustenta la necesidad de ratificación del ejercicio del cargo del tutor dativo, que la ley ha establecido en periodos de dos años. [...] El consejo de familia asume el rol de supervisor de las funciones del tutor, de tal forma que si su actuación hubiese resultado negativa para los intereses del tutelado cabe su remoción, la cual también puede ser solicitada por el Ministerio Público.»(996)

Resulta interesante mencionar que, por la misma razón, algunos autores, como es el caso de Peralta Andía, consideran innecesaria la norma: «En cuanto al artículo 509 del Código Civil referido a la ratificación del tutor por el consejo de familia, lo que deberá suceder cada dos años, consideramos innecesaria la norma, y hasta ociosa, por cuanto si el consejo de familia lo nombra, dicho consejo tiene la facultad de removerlo en cualquier tiempo, si considera que no se está cumpliendo el encargo, y para ello no debe esperar los dos años.»(997)

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,(998) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 509.

La comisión, en la exposición de motivos, explicaba cuáles son las facultades del consejo de familia con respecto a los tutores dativos; no obstante, no explicaba el porqué se proponía derogar el artículo 509.

(996) Sokolich Alva, María Isabel. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 259.
(997) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 524.
(998) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 145.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tutela estatal

Artículo 510.- La tutela de los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar se regula por la ley de la materia.

Este artículo no responde al texto original de 1984, pues él fue modificado por la segunda disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo n.° 1297, publicado el 30 de diciembre de 2016, el mismo que entró en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de su reglamento.

El texto original del artículo 510 era el siguiente:

***Artículo 510**.- Los expósitos están bajo la tutela del Estado o de los particulares que los amparen.*

La tutela del Estado se ejerce por los superiores de los respectivos establecimientos.

El artículo 510, en su versión original de 1984, establecía que los expósitos estaban bajo la tutela del Estado o de los particulares que los amparen; agregando que la tutela del Estado se ejercía por los superiores de los respectivos establecimientos.

Este tema ha variado de manera considerable por la modificación legislativa operada en el 2016, que remite el tratamiento del tema a lo dispuesto por la ley de la materia(999).

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1000) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 510, en los siguientes términos:

> **Artículo 510-A**.- Directores como tutores o asistentes
>
> Los directores de las instituciones educativas o de amparo son tutores o asistentes de los sujetos a su cargo, salvo decisión judicial diferente.

(999) Ver el Decreto Legislativo n.° 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.

(1000) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 145 - 146.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aquí la comisión proponía modificar el artículo 510, pero se equivocó y colocó el número 510-A al texto que planteaba.

El artículo 510 en vigencia es mucho más claro que aquel que se proponía, al referirse a que: «Los expósitos están bajo la tutela del Estado o de los particulares que los amparen.- La tutela del Estado se ejerce por los superiores de los respectivos establecimientos».

La norma propuesta empezaba refiriéndose a los directores de las instituciones educativas; y éstos no son tutores de cientos o miles de niños. Se trata de las instituciones educativas que tienen por finalidad brindar amparo a los menores faltos del mismo o a personas con capacidad de ejercicio restringida que carezcan de representante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tutela de menores en situación irregular

Artículo 511.- Derogado. *Este precepto fue derogado por la quinta disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1297, publicado el 30 de diciembre de 2016, la misma que entró en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de su reglamento.*

El texto original de la norma, en 1984, era el siguiente:

Artículo 511.- *La tutela de los menores en situación irregular, moral o materialmente abandonados o en peligro moral, se rige además por las disposiciones pertinentes del Código de Menores y de las leyes y reglamentos especiales.*

Este artículo en un inicio fue modificado por la segunda disposición complementaria final de la Ley n.° 30162, publicada el 29 enero 2014, cuyo texto era el siguiente:

Artículo 511.- *Tutela de menores en desprotección familiar*

La tutela de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar o que se encuentran abandonados o en riesgo o sus padres han sido suspendidos o han perdido la patria potestad, corresponde de manera obligatoria y en este orden de prelación al pariente más próximo al más remoto y de éstos al más idóneo, en igualdad de grado.

Los parientes interesados podrán solicitar la tutela mediante solicitud de acogimiento familiar al juez de familia o el juez mixto y la decisión judicial se fundamentará en base a los informes del equipo multidisciplinario de la Corte Superior.

En caso que (sic) exista en curso un proceso de investigación tutelar y no se encuentren (sic) a los padres biológicos o éstos sean incapaces de asumir las obligaciones de la patria potestad, el juez competente ubicará a los parientes conforme al primer párrafo de este artículo. En el mismo proceso que se declare la suspensión o pérdida de la patria potestad y el otro progenitor no sea idóneo, el juez de familia deberá resolver conforme al primer párrafo de este artículo.

En lo que es aplicable se rige además por las disposiciones pertinentes del Código de los Niños y Adolescentes.

ESTADO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho a discernir el cargo

Artículo 512.- El tutor tiene la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hace, el juez debe ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

Cuando la ley se refiere al discernimiento del cargo de tutor está haciendo referencia a que el mismo deberá prometer que cuidará de manera fiel a la persona y a los bienes del pupilo, así como a declarar si fuere su acreedor y a cuánto asciende su crédito, so pena de perderlo. También deberá declarar si fuese deudor o garante del deudor. De ahí que la ley haga énfasis en la relevancia del discernimiento del cargo de tutor.

Por ello, además, el artículo 512, bajo comentario, establece que, si no lo hiciera, el juez deberá ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

Sobre la norma bajo comentario, Peralta Andía señala que: «Consiste en una diligencia solemne por medio de la cual el tutor queda investido de la potestad para el que ha *(sic)* sido designado, lo que debe ser solicitado; caso contrario, el juez deberá ordenarlo de oficio, a pedido de los parientes, del ministerio público o de cualquier persona. Aquí el tutor está obligado a prometer que cuidará fielmente de la persona y bienes del menor; así mismo, declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es deudor o fiador del derecho.»[1001]

Para Arias-Schreiber: «La razón del precepto no es otra que determinar con claridad el momento a partir del cual surgen derechos y obligaciones que emanan de la tutela. Se trata, pues, de un "acto distinto y complementario del nombramiento de tutor".»[1002]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1003] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 512, en los siguientes términos:

(1001) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 563.
(1002) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 108.
(1003) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 146.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 512.- Derecho a discernir el cargo

El tutor y el asistente tienen la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hace, el juez debe ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

El artículo que se proponía era pertinente, pues no sólo trataba acerca del discernimiento del cargo de tutor, sino también del de asistente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Convalidación por discernimiento posterior

Artículo 513.- El discernimiento posterior al ejercicio del cargo no invalida los actos anteriores del tutor.

No obstante la gran importancia que otorga el Código Civil al discernimiento del cargo de tutor, el no haberlo hecho, a pesar de haber asumido las funciones propias de la tutela, no hace que los actos desempeñados en ejercicio de dicha tutela sean nulos. Se trata, en buena cuenta de un tema de orden práctico, pues si se hubiere dado la solución legislativa contraria, se entorpecería, por una formalidad (por más importante que ella sea) el ejercicio del cargo, lo que podría redundar en perjuicio para los intereses personales y patrimoniales del menor.

Esto no significa que la ley pase por alto tal omisión, pues el deber de hacer discernimiento del cargo está siempre presente y los interesados deberán propender a que se haga lo antes que fuere posible.

Al respecto, Manuel Muro y Alfonso Rebaza comentan que: «Sin perjuicio del carácter obligatorio de esta formalidad, nuestro ordenamiento, con la intención de brindar protección de manera rápida y oportuna al patrimonio del menor, admite la posibilidad de que el tutor formalice las funciones encomendadas en caso de que la tutela sea de oficio, por ejemplo con posterioridad a la asunción efectiva del cargo. En nuestra opinión, el legislador ha sido prudente en este aspecto, pues lejos de proscribir la posibilidad de asumir la tutela sin haber discernido del cargo, situación que inevitablemente se produce en nuestra realidad, ha optado por regularla, a fin de que la ventaja de protección oportuna que representa este hecho, no degenere en la exención de responsabilidad del tutor y eventuales abusos en contra del patrimonio del menor.»(1004)

Finalmente, recordaremos que Arias-Schreiber precisa que: «La norma reproduce el artículo 488 del Código Civil de 1936, de manera que aun cuando el discernimiento es condición sine-qua-non para el ejercicio de la tutela (a tenor de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 520), una vez producido aquél, quedan convalidados los actos anteriores del tutor. Contrario sensu, debemos entender que mientras no se produzca el discernimiento, los actos celebrados por quien se atribuya el cargo de tutor están sujetos a invalidación.»(1005)

(1004)Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 266.
(1005)Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 108.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Medidas cautelares

Artículo 514.- Mientras no se nombre tutor o no se discierna la tutela, el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor.

Un menor sin padres que ejerzan la patria potestad o sin tutor es, jurídicamente hablando, un menor que carece de alguien que lo represente. Es esa falta de representación el elemento que puede conducir a que resulte necesario adoptar medidas urgentes en salvaguarda de ese menor.

En este sentido, el artículo 514 se coloca en dos supuestos de vacío de representación, a saber, que aún no se haya nombrado al tutor y que el tutor, a pesar de ya haber sido nombrado, todavía no haga discernimiento del cargo, lo que, como hemos señalado, equivale a la toma de posesión formal del cargo de tutor.

En esa línea, María Teresa Cornejo Fava señala que: «Cabe preguntarse cuáles serían las situaciones en que pudieran resultar necesarias dichas providencias. En términos genéricos, puede hacerse mención de dos hechos significativos o, diremos mejor, de la ausencia u omisión de dos hechos, los que –a su vez– pueden traducirse en una multiplicidad de situaciones. En efecto, las providencias a que alude la norma en comentario resultarán particularmente necesarias durante el o los periodos en que se encuentren pendientes o el nombramiento de tutor o el discernimiento del cargo por el tutor nombrado.»[1006]

En cualquiera de estos casos, el precepto bajo comentario autoriza al juez para que dicte todas las providencias (incluidas medidas cautelares), sea para el cuidado del menor, sea para el aseguramiento de su patrimonio. La solución de este precepto resulta de plena lógica.

(1006) Cornejo Fava, María Teresa. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 268.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1007] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 514, en los siguientes términos:

> **Artículo 514**.- Medidas cautelares.
>
> Mientras no se nombre tutor o asistente o no se discierna el cargo, el juez de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor.

La propuesta ampliaba el ámbito de aplicación de la norma al asistente (además del tutor), pero en la parte final del artículo propuesto cometía el error de referirse únicamente al menor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1007) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 146.

Impedimentos para ser tutor

Artículo 515.- No pueden ser tutores:

1.- Los menores de edad. Si fueran nombrados en testamento o por escritura pública, ejercerán el cargo cuando lleguen a la mayoría.

2.- Los sujetos a curatela.

3.- Los deudores o acreedores del menor, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros, a no ser que los padres los hubiesen nombrado sabiendo esta circunstancia.

4.- Los que tengan en un pleito propio, o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, interés contrario al del menor, a menos que con conocimiento de ello hubiesen sido nombrados por los padres.

5.- Los enemigos del menor o de sus ascendientes o hermanos.

6.- Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre.

7.- Los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra.

8.- Los condenados por homicidio, lesiones dolosas, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres.

9.- Las personas de mala conducta notoria o que no tuvieren manera de vivir conocida.

10.-Los que fueron destituidos de la patria potestad.

11.-Los que fueron removidos de otra tutela.

El artículo 515 se encarga de establecer la relación de quiénes se hallan impedidos de ser tutores. Veamos:

a) Los menores de edad. Si fueran nombrados en testamento o por escritura pública, ejercerán el cargo cuando lleguen a la mayoría (inciso 1)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La idea de nombrar tutor es, precisamente, entre otros aspectos, para que el pupilo cuente con una persona que lo represente, además, claro está, de asistirlo en el plano personal como en el patrimonial.

Se entiende, en ese sentido, que carecería de utilidad nombrar como tutor a alguien que sea menor de edad y que presente los mismos problemas que el pupilo en materia de representación. Por otra parte, se entiende que un menor de edad no será la mejor guía y orientación personal para otro menor de edad, así como tampoco el mejor consejero en materias de orden patrimonial.

De ahí que se exija que el tutor tenga la mayoría de edad al momento de su nombramiento. No obstante, el inciso 1 bajo comentario establece como excepción los casos en que el tutor fuera nombrado por testamento o por escritura pública, supuesto en el cual el nombramiento sería válido, pero recién ejercerá el cargo cuando llegue a la mayoría. Se entiende, entonces, que mientras tanto será necesario nombrar a otro tutor.

b) Los sujetos a curatela (inciso 2)

Las personas sujetas a curatela son diversas en nuestra legislación, empezando por aquellas contenidas en los supuestos de los incisos 4 a 8 del artículo 44 del Código Civil, caso de las personas con capacidad de ejercicio restringida. La idea es que quien sea nombrado tutor se valga física, mental y jurídicamente por sí mismo, a efectos de que represente una verdadera ayuda para el menor que requiere tutela.

Dentro de tal orden de ideas, por ejemplo, carecería de sentido nombrar tutor a un toxicómano (artículo 44 inciso 7) que hubiese sido declarado interdicto y estuviere sujeto a representación legal (artículo 45-A del Código Civil; vale decir, lo que antes era denominado como curatela). Lo que ocurriría sería que, finalmente, el curador o representante del interdicto terminaría ejerciendo, en los hechos, el cargo de tutor.

Al respecto, Cornejo Chávez enseña que: «A todas estas causales se puede oponer una objeción: para que funcionen como causas de incapacidad para ser tutor, se necesita que quien las sufre sea previamente declarado interdicto y puesto formalmente bajo curatela. La explicación de esta norma reside en que, si no se exige una declaración formal y concreta de que una persona se halla incursa en alguna de tales situaciones, sería difícil y riesgoso afirmar o aceptar la afirmación de que existían. Mas es forzoso reconocer que siendo sólida la explicación por las repercusiones y consecuencias que, aun para terceros, podría tener una situación no declarada

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

formalmente en fecha cierta y por autoridad competente; se mantienen en pie los inconvenientes y peligros de que, por falta de declaración formal, un enfermo mental, ebrio habitual, etc. resulten asumiendo y desempeñando las funciones de guardador del menor.»[1008]

c) Los deudores o acreedores del menor, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros, a no ser que los padres los hubiesen nombrado sabiendo esta circunstancia (inciso 3)

El inciso 3 prohíbe que los deudores o acreedores del menor sean nombrados tutores. Ello, en la medida en que es evidente que se quiere evitar conflictos de interés, habida cuenta de que el patrimonio del menor estará bajo control del tutor. Ello es evidente. Lo que no resulta tan claro es el límite impuesto por el inciso 3, bajo comentario, cuando hace referencia a que el deudor o el acreedor lo deberían ser por cantidades de consideración. Si bien este tema quedará al arbitrio del juez, para nosotros resultaría mejor que no fuese nombrado tutor quien fuere deudor o acreedor, sea por la cantidad que fuere, excluidas cifras insignificantes, naturalmente.

La norma bajo comentario también prohíbe que sean nombrados tutores los fiadores de los deudores del menor. Esto reviste plena lógica y, dado el conflicto de interés existente, no requiere de mayor explicación.

La única excepción estará dada cuando los padres hubieran nombrado al tutor conociendo de esta circunstancia. No es que esto solucione el problema. Lo que pasa es que el legislador considera que puede que los padres consideren irrelevante esta circunstancia y estimen que, a pesar de haber conflicto de interés, las calidades personales del nombrado lo releven de cualquier sospecha. No obstante lo señalado, debemos precisar que el consejo de familia siempre deberá estar vigilante frente al desempeño del tutor y, en caso lo estime conveniente, podría pedir su remoción al juez.

d) Los que tengan en un pleito propio, o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, interés contrario al del menor, a menos que con conocimiento de ello hubiesen sido nombrados por los padres (inciso 4)

Los supuestos contemplados en el inciso 4 también constituyen casos de conflicto de interés, esta vez no por ser deudor, acreedor o fiador del deudor, sino por tener pleito propio, de sus ascendientes, descendientes

(1008) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, pp. 368-369.

o cónyuge con el menor. Se trata de un supuesto muy parecido al del inciso 3, pues el pleito propio podría versar sobre derechos de obligaciones (acreedor-deudor) o sobre derechos reales o de alguna otra naturaleza, si fuere el caso. La extensión de la prohibición a los descendientes, ascendientes y cónyuge es, por lo demás, totalmente razonable.

Aquí también, al igual que en el caso del inciso 3, la excepción está constituida por el caso en el cual, a pesar de tener conocimiento de ello, el tutor hubiese sido nombrado por los padres. Hacemos de aplicación a este caso, *mutatis mutandis*, lo que expresamos sobre la materia en el inciso anterior.

e) Los enemigos del menor o de sus ascendientes o hermanos (inciso 5)

El contenido del inciso 5 se explica por sí solo, en la medida en que no existiría caso más grave que aquel en el cual el tutor sea enemigo del pupilo, sus ascendientes o hermanos. Por ello no requiere de mayor explicación.

Agrega Benjamín Aguilar que: «El impedimento se basa en consideraciones de orden moral, y porque ello igualmente entraña una falta total de garantía de imparcialidad para ejercer el cargo.»(1009)

f) Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre (inciso 6)

Así como hemos visto que resulta posible que el padre o la madre establezcan que determinadas personas sean designadas tutores, también podría ocurrir el supuesto inverso, vale decir que no designen tutor, sino que establezcan los nombres de las personas que no podrán serlo. Para tales efectos la ley no requiere de exposición de motivos alguna (sus razones tendrán). Además, nótese que no resulta necesario que la exclusión la hagan ambos padres. Bastará que la haga uno de ellos.

g) Los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra (inciso 7)

Como hemos señalado innumerables veces, una de las funciones básicas del tutor es la de administrar el patrimonio del pupilo. En ese sentido, resulta de evidencia que, si alguien estuviera sujeto a un procedimiento de

(1009) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 531.

insolvencia, no sería, precisamente, el mejor administrador de los bienes de un tercero.

Por lo demás, resulta necesario mencionar que el inciso 7 bajo comentario conserva todavía la terminología propia de la época de elaboración del Código Civil en la materia (la antigua Ley de Quiebras, Ley n.º 7566). Como sabemos, desde el 5 de agosto de 2002 rige en el Perú la Ley General del Sistema Concursal, Ley n.º 27809, que no emplea la denominación «quiebra», sino «insolvencia».

No obstante, para Cornejo Chávez: «No todo quebrado resulta ser, por ese solo hecho, moralmente inhábil para la tutela, desde que la quiebra puede ser fortuita. De aquí que señalemos que, en nuestro concepto, sólo algunos casos de quiebra –quiebra culpable y, sobre todo, quiebra fraudulenta– entran en este grupo de inhabilidades. El caso de otros quebrados –fortuitos– sólo supone inhabilidad para el manejo de negocio o desventura. Por medida de prudencia, sin embargo, la ley quiere que todo quebrado esté incurso en la inhabilidad para ejercer la tutela.»[1010]

h) Los condenados por homicidio, lesiones dolosas, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres (inciso 8)

El legislador ha estimado conveniente impedir el nombramiento como tutor de la persona que haya sido condenada (por sentencia firme, se entiende) por una serie de delitos mencionados en el inciso 8 del artículo bajo comentario. Se estima que quien los haya cometido no sería, precisamente, una persona sobre quien se aconseje desempeñar el cargo de tutor. La enumeración de los actos ilícitos es arbitraria y bien podrían haberse incluido algunos otros o haber establecido una prohibición general en este sentido. Pero cualquier solución legislativa sería igualmente discutible.

Al respecto, Benjamín Aguilar señala que: «Es indudable que las razones que imperan para impedir el ejercicio de la tutela son de orden moral. No olvidemos que se trata de cuidar a un indefenso, un incapaz, vía la guarda de su persona y patrimonio; entonces, cómo se le encarga de este cuidado a quien no respeta vida ni bienes ajenos, si ha cometido delito contra la vida o contra el patrimonio.»[1011]

(1010) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, 1985, tomo II, p. 370.
(1011) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 532.

i) Las personas de mala conducta notoria o que no tuvieren manera de vivir conocida (inciso 9)

Empezaremos por la segunda parte de la norma, que hace referencia a las personas que no tuvieren manera de vivir conocida. Con esto la norma se refiere a los ingresos conocidos de la persona, es decir de aquellos que le permiten subsistir. Es obvio que no se querrá de tutor a un vividor o vago que viva de dádivas o de la generosidad ajena. Esto es claro.

No lo es tanto el primer caso contemplado por el inciso 9, vale decir el de la persona con mala conducta notoria. Entendemos que aquello a lo que la ley se ha querido referir es a las personas que públicamente viven cometiendo actos reñidos con la moral o con las buenas costumbres. Si bien es cierto esta terminología tampoco termina de aclarar las cosas, por lo menos nos ubica frente a conceptos que tienen un mayor desarrollo teórico y jurisprudencial en el Derecho.

j) Los que fueron destituidos de la patria potestad (inciso 10)

Si estuviéramos frente a personas que hayan sido destituidas de la patria potestad, sin duda se trataría de casos graves que la ley rechaza y, por tanto, los señala como causales de destitución de la patria potestad. La lógica sigue el viejo principio de que «quien no puede lo menos, no puede lo más», dado que si no puede comportarse adecuadamente en el ejercicio de la patria potestad (aunque sea obvio, con respecto a sus propios hijos), pues menos comprometido se sentirá con un tercero para ejercer la tutela. Además, el antecedente de destitución de la patria potestad hace que el Derecho no quiera arriesgarse y permitir que se le confíe la tutela de un menor.

k) Los que fueron removidos de otra tutela (inciso 11)

En el caso del inciso 11, la lógica es similar a la que expusimos con ocasión del tratamiento del inciso inmediato precedente, al cual hacemos de aplicación nuestros comentarios, *mutatis mutandis*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Impugnación de nombramiento de tutor

Artículo 516.- Cualquier interesado y el Ministerio Público pueden impugnar el nombramiento de tutor efectuado con infracción del artículo 515.

Si la impugnación precediera al discernimiento del cargo, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles.

El contenido del artículo bajo comentario es evidente, pues otorga tanto al Ministerio Público como a cualquier interesado la posibilidad de impugnar el nombramiento del tutor cuando se hubiere hecho contravención de lo dispuesto por el artículo 515. Es adecuado que la ley permita que cualquier persona pueda accionar en este sentido. Todo lo que promueva una mayor protección del menor es bienvenido.

Sobre lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma, debemos decir que resulta aplicable al caso, desde 1993, el Código Procesal Civil, cuerpo normativo que ese año derogó y sustituyó al Código de Procedimientos Civiles de 1912, que se encontraba vigente al tiempo de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019, la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 516, en los siguientes términos:

Artículo 516.- Impugnación de nombramiento de tutor

Cualquier interesado o el Ministerio Público pueden formular oposición al discernimiento del cargo o impugnar el nombramiento de tutor o asistente que incurra en las causales enumeradas en el artículo anterior. La oposición y la impugnación se tramita como proceso abreviado.

La norma propuesta no sólo se refería a la impugnación del nombramiento del tutor, sino que extendía sus alcances al del asistente, pero también al discernimiento del cargo.

Se trataba de una norma de contenido fundamentalmente procesal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligatoriedad del cargo de tutor

Artículo 517.- El cargo de tutor es obligatorio.

Lo dispuesto por el artículo 517 es muy importante. Lo que quiere decir la norma es que la regla consiste en que, si alguien es nombrado tutor, pues no podrá dejar de aceptar el cargo, naturalmente, salvo los casos de excepción regulados por el propio Código. El sentido del precepto se basa en la imperiosa necesidad de que no exista desamparo con respecto al menor que requiere de tutela, por lo que la ley torna difícil la excusa para el desempeño del cargo (artículo 518).

En esa línea, Cornejo Chávez enseña que: «Aunque por razón de los vínculos que unen al menor de edad con los miembros mayores de su familia y de la comunidad civil, la asunción y el desempeño de las funciones deberían quedar confiados a un espontáneo impulso del sentimiento filial, del afecto natural entre parientes y de solidaridad social y humana, lo cierto es que, en la práctica, debido a la atenuación de los lazos familiares y sociales, cuando no a la dislocación del núcleo doméstico (a causa del egoísmo de las personas o de los problemas sociales, económicos y culturales propios de la época), pocos serían los que asumieran y ejercieran espontáneamente las funciones de la tutela, que entrañan responsabilidades y preocupaciones que no siempre tienen compensación adecuada.»[1012]

Adicionalmente, Peralta Andía señala que: «El cargo de tutor, por mandato de la ley, es obligatorio para aquél que es designado, con razón Duguit decía: "todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar, por tanto, no puede rehusar el cargo, tiene que aceptarlo".»[1013]

Así también, Arias-Schreiber citando a Sanz Martín señala que: «La tutela (...) constituye un deber ejercido en beneficio del tutelado, de lo que se puede deducir que los cargos tutelares, en general, son obligatorios, no pudiendo ser objeto de renuncia ni de abandono.»[1014]

(1012) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 366.
(1013) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 556.
(1014) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, pp. 89-90.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1015] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 517, en los siguientes términos:

> **Artículo 517**.- Obligatoriedad del cargo de tutor
>
> El cargo de tutor no es obligatorio.

Como hemos estudiado, el artículo 517 en vigencia establece que el cargo de tutor es obligatorio; la norma propuesta por la comisión del 2019 señalaba lo contrario.

En lo personal, consideramos preferible el precepto en vigencia, dado que el ser nombrado tutor implica un alto grado de responsabilidad con respecto de un menor de edad que carece, precisamente, de tutela, de resguardo, de representación en la sociedad. La negativa a aceptar el nombramiento podría repetirse en varias personas y así dilatar, peligrosamente, la desprotección y falta de representación de un menor de edad.

Por esas razones es que el artículo 517 establece, de manera acertada, que el cargo de tutor es obligatorio y debe quedarse así.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1015) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 147.

PERSONAS QUE PUEDEN EXCUSARSE DEL CARGO DE TUTOR

Artículo 518.- Pueden excusarse del cargo de tutor:

1.- Los extraños, si hay en el lugar pariente consanguíneo idóneo.
2.- Los analfabetos.
3.- Los que por enfermedad crónica no pueden cumplir los deberes del cargo.
4.- Los mayores de sesenta años.
5.- Los que no tienen domicilio fijo, por razón de sus actividades.
6.- Los que habitan lejos del lugar donde ha de ejercerse la tutela.
7.- Los que tienen más de cuatro hijos bajo su patria potestad.
8.- Los que sean o hayan sido tutores o curadores de otra persona.
9.- Los que desempeñan función pública que consideren incompatible con el ejercicio de la tutela.

Como hemos señalado, la ley busca que resulte excepcional que aquel que es nombrado tutor se exima del cumplimiento del cargo. Pero se entiende que hay casos en que ello sí resultará posible, en la medida en que no todas las personas estarán en la posibilidad y aptitud de hacerlo. De ahí que el artículo 518, bajo comentario, establezca nueve causales taxativas de excusa del cargo. Ellas son las siguientes:

a) Los extraños, si hay en el lugar pariente consanguíneo idóneo (inciso 1)

La lógica de esta norma es evidente, en la medida en que, si hubiere en el lugar de residencia del menor algún pariente consanguíneo, el tercero designado como tutor podría excusarse, señalando que existe otra persona cuya cercanía de parentesco con el menor hace que se encuentre moralmente obligado al desempeño antes que el tercero, quien no es que no esté moralmente obligado, sino que su obligación o deber moral será el que tenga cualquier ciudadano.

b) Los analfabetos (inciso 2)

Dado que el tutor tiene deberes de cuidado de la persona y bienes del menor, será natural que el ejercicio de prácticamente todos esos deberes

FOLIO MARIO CASTILLO FREYRE

(desde leer la receta médica del pediatra o las calificaciones del colegio, hasta ver temas relativos a la administración del patrimonio del menor, como son estados de cuenta bancarios, balances, etc.), requerirán que el tutor sepa leer y escribir.

c) Los que por enfermedad crónica no pueden cumplir los deberes del cargo (inciso 3)

La idea del nombramiento de un tutor implica el ejercicio de una serie de deberes, todos los cuales van a requerir un esfuerzo físico y mental. Si el tutor padeciera de alguna enfermedad crónica que le impida el ejercicio del cargo, naturalmente podrá excusarse. La ley no puede poner por delante su nombramiento como tutor con respecto a un eventual deterioro de la salud del propio tutor.

Sobre el particular, Arias-Schreiber señala que: «Se trata de una causa que se explica por sí misma y que, en todo caso, corresponderá al juez apreciar. A diferencia de algunas legislaciones como la mexicana, para nosotros la enfermedad, incluso contagiosa, no es impedimento para asumir la tutela. Evidentemente, si llegara a poner en peligro la salud del menor, podríamos entender que nos encontraríamos ante un supuesto de remoción del tutor por perjuicio, de acuerdo con el inciso 5 del artículo 554 del Código Civil.»[1016]

d) Los mayores de sesenta años (inciso 4)

Si bien tener sesenta años no implica una edad considerable, el legislador de 1984 ha considerado pertinente establecer esta edad como causal de excusa del ejercicio del cargo de tutor. Es obvio que cualquier edad que se hubiera puesto podría ser discutible. No obstante, la solución legislativa nos parece adecuada. Por lo demás, la Ley n.º 28803, promulgada con fecha 19 de julio de 2006 y publicada el 21 de julio de ese mismo año, ha establecido, en su artículo 2, que son considerados adultos mayores las personas de sesenta o más años.

e) Los que no tienen domicilio fijo, por razón de sus actividades (inciso 5)

La tutela requiere un contacto cercano entre el tutor y el pupilo. De ello ya nos hemos ocupado oportunamente. Dentro de ese orden de ideas, si la

(1016) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 91.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

persona nombrada como tutor no tuviera domicilio fijo por razón de sus actividades, no se tratará, precisamente, de la mejor designación para el cargo. La ley entiende que en casos como éstos el designado podría comprender que no desempeñaría el cargo de tutor de manera óptima. De ahí que se le permita excusarse del mismo luego de nombrado.

f) Los que habitan lejos del lugar donde ha de ejercerse la tutela (inciso 6)

El fundamento de permitir la excusa en el inciso 6 es muy similar al del inciso 5, por lo que remitimos al lector, *mutatis mutandis*, a los argumentos que acabamos de verter.

g) Los que tienen más de cuatro hijos bajo su patria potestad (inciso 7)

El ejercicio de la tutela no debe representar una carga excesiva para el tutor, quien debería desempeñar el cargo con la mejor buena disposición y tiempo. El legislador de 1984 ha entendido que tales condiciones no necesariamente estarán presentes en quien tenga un número importante de hijos. En el caso concreto, se considera cuatro. Por nuestra parte debemos señalar que el número nos parece excesivo para los tiempos modernos. Hoy, es difícil que una persona tenga (y mantenga) cuatro hijos. Con dos debería ser suficiente para poder excusarse de la tutela.

h) Los que sean o hayan sido tutores o curadores de otra persona (inciso 8)

Si quien es nombrado tutor estuviere ejerciendo la tutela de otra persona, pues claro que podrá excusarse de la nueva, en la medida en que resultará muy probable que no pueda desempeñar ambos cargos con tiempo, dedicación e idoneidad.

Y, si hubiese desempeñado anteriormente el cargo de tutor, la ley entiende que esa persona ya brindó un servicio de esta naturaleza a la comunidad, motivo por el cual le faculta a excusarse de este nuevo nombramiento como tutor.

Sobre el presente inciso y el anterior, Cornejo Chávez comenta lo siguiente: «Con relación a la causal consistente en tener el llamado o designado varios hijos bajo su potestad o en tener o haber tenido un menor bajo su tutela o un mayor bajo su curatela, algunos (...) se extrañan de que un Código tan moderno y bien elaborado como el nuestro haya incluido esa causal. Por nuestra parte, creemos justa la inclusión: en el primer caso, porque la carga que supone la potestad sobre cuatro o más hijos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

es suficiente salvo que el llamado, pese a ello, se sienta en capacidad de asumir otra más; y en el segundo, porque no es equitativo que, en tanto hay muchísimas otras personas que jamás han cumplido su deber de solidaridad social, se recargue a una o a unas pocas con guardas sucesivas e indefinidas sobre distintos incapaces, a menos, naturalmente, que ellos mismos lo acepten.»[1017]

i) Los que desempeñan función pública que consideren incompatible con el ejercicio de la tutela (inciso 9)

El ejercicio de un cargo público, sin lugar a dudas, va a requerir mucha dedicación por parte de quien ocupe ese cargo. Entonces, esa dedicación podría hacer incompatible el ejercicio paralelo del cargo de tutor.

Pero tal incompatibilidad también podría provenir de algún conflicto de intereses. Imaginemos el caso en que el menor que requiera tutela acabe de perder a sus padres, quienes eran dueños de una empresa constructora que tiene contratos con el Estado y aquél a quien se ha designado como tutor sea un funcionario público. Resultaría natural que, para evitar suspicacias, aquél que ha sido nombrado tutor se excuse del cargo.

No obstante, es de importancia tener presente que no necesariamente siempre existirá incompatibilidad, pues, como señala Benjamín Aguilar: «[...] no toda función pública puede resultar incompatible con el cargo de tutor, por ello creemos sano el cambio, y hoy, si el convocado a la tutela es un servidor público, y considera que sus actividades inherentes a ese cargo no le permiten asumir la tutela, lo hará conocer así y solicitará la respectiva excusa; ahora bien, también consideramos que si la respectiva función pública no le impide el ejercicio del cargo, deberá ser rechazada tal excusa, con lo cual estamos señalando que será el juez quien tendrá la última palabra.»[1018]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1019] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 518, planteamiento con el que no estábamos, ni estamos, de acuerdo.

(1017) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 375.
(1018) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 535.
(1019) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 147.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Plazo para excusar el cargo

Artículo 519.- El tutor debe proponer su excusa dentro del plazo de quince días desde que tuvo noticia del nombramiento o desde que sobrevino la causal si está ejerciendo el cargo. No puede proponerla vencido ese plazo.

Como se puede apreciar, la ley otorga un plazo muy breve para formular excusa del cargo de tutor. Se trata de un plazo doble: quince días desde que tuvo noticia del nombramiento o desde que sobrevino la causal, si está ejerciendo el cargo.

La brevedad se explica por la importancia que tiene para el Derecho que el menor cuente con la protección personal y patrimonial que implica el que cuente con un tutor en ejercicio del cargo. Sobre esto no resulta necesario agregar mayores consideraciones.

En lo que respecta al plazo doble, entendemos que el de los quince días desde que conoció del nombramiento, será suficiente como para que analice si es que tiene la voluntad de excusarse y si la ley se lo permite.

El segundo plazo de quince días, contado desde que sobrevino la causal, si ya está ejerciendo el cargo, se entiende en la medida en que dicha causal no existía al momento en que fue nombrado tutor y, sobrevenida la causal, deberá tener igual plazo para considerar si corresponde o no excusarse del cargo.

Adicionalmente, Ricardo Valverde, citando a Mallqui y Momethiano, precisa que: «La excusa y la renuncia se siguen como proceso abreviado; el guardador debe presentar su excusa ante el consejo de familia si el tutor es dativo, o ante el propio juez si es de otra clase. Presentada la excusa, el juez manda que el consejo de familia nombre un defensor. En cuanto a la renuncia el tutor dativo que ejerce el cargo durante seis años puede renunciar al mismo. Los demás tutores pueden renunciar al cargo en cualquier momento por alguna causal que hubiese impedido su nombramiento. La sentencia es factible de ser contradicha en el proceso de conocimiento.»[1020]

(1020) Valverde Morante, Ricardo. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 280.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De igual manera resulta pertinente recordar las enseñanzas de Héctor Cornejo Chávez, en el sentido de que: «También es una cuestión interesante la de determinar si quien se excusa sin causa legítima se hace, por ello, pasible de alguna sanción. Comentando la ley chilena, dice Somarriva que "la no aceptación del cargo no trae consecuencias al guardador, salvo que se trate de un tutor nombrado por testamento, que si se excusa sin causa legítima, se hace indigno de suceder al testador". El Código peruano no contiene norma alguna al respecto, ni en el Libro de la Familia, ni en el de las Sucesiones, pero nos parece que, en tal caso, la excusa le será simplemente rechazada, de modo que el llamado tendrá que asumir el cargo y desempeñarlo. La responsabilidad en que incurra por negligencia o malicia será la que corresponde, en general, en caso de remoción, como se verá más adelante; solución que nos parece preferible a la chilena, que es parcial, porque no se refiere a todos los tutores, y contingente, porque no siempre ni necesariamente el llamado habría de haber sucedido mortis causa al testador.»[1021]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1022] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 519, en los siguientes términos:

> **Artículo 519**.- Plazo para excusar el cargo
>
> 1.- En caso de impedimento, siempre y cuando no hubiera otra persona para asumir la tutela o asistencia legítima, el juez puede nombrar un tutor o asistente dativo o designar un asistente para la administración de determinados bienes del sujeto.
>
> 2.- Podrá igualmente designar un asistente especial:
>
> a) Para negocios que exijan un conocimiento especial o una administración separada *(sic)*
>
> b) Para bienes que se adquieran con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.

Como hemos estudiado, el artículo 519 en vigencia concede un plazo de quince días desde que el nombrado como tutor tuvo noticia del nombramiento o desde que sobrevino la causal, si está ejerciendo el cargo. No puede proponerla vencido ese plazo.

(1021) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 377.

(1022) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 147-148.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El planteamiento de nuevo artículo 519 partía del supuesto de modificar el artículo 517, en el sentido de la no obligatoriedad del cargo de tutor.

El precepto también se refería al asistente, pero no compartimos la base de la que partía, razón por la cual estimábamos que el artículo 519 no debería modificarse en este sentido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Requisitos previos al ejercicio de la tutela

Artículo 520.- Son requisitos previos al ejercicio de la tutela:

1.- La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de éste si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito.

2.- La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426.

3.- El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.

El artículo 520 se refiere a los requisitos previos al ejercicio de la tutela. Veamos:

a) La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de éste, si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito (inciso 1)

La facción de inventario judicial resulta muy importante como requisito para asumir la tutela. Decimos esto en la medida en que debe haber transparencia en cuanto a la realidad y cuantía del patrimonio del pupilo. Esto, porque será la única manera en que el tutor sepa con exactitud qué es lo que va a administrar; y, en segundo lugar, porque de esta forma se le podrá exigir una adecuada rendición de cuentas de su administración.

Es importante también que la ley establezca que la facción de inventario deberá contar con la intervención del menor, si éste tiene dieciséis años cumplidos. Nadie debería estar más interesado en el inventario que el propio menor. Y, si no lo está, el ser convocado a la misma lo comprometerá para estar atento al desarrollo del ejercicio de la labor de su tutor.

En ese sentido tiene plena lógica que la norma disponga que, hasta que se realice la diligencia, los bienes quedarán en depósito.

EDUARDO LAÑO CASTILLO TAMBRE

Sobre el particular, agrega Aguilar Llanos que: «Este inventario no sólo conviene al pupilo, pues así sabremos con exactitud la magnitud y calidad de bienes sobre los que debe responder el guardador, sino que también conviene al tutor, quien tomará conocimiento real del patrimonio por el que va a responder, y que al rendir las cuentas periódicas y final, no se le exija más allá de lo que realmente se le entregó. Resulta obvio que el costo del inventario y la tasación, si se decidiera hacerlos, son cargados al patrimonio del menor.»(1023)

b) La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426 (inciso 2)

La ley es muy estricta con el cumplimiento del cargo de tutor, específicamente en lo que respecta a la responsabilidad de su gestión. Decimos esto, pues cabría la posibilidad de que la gestión fuera mala, sea por culpa o por dolo. Así, podría ocurrir que el tutor haya causado daños y perjuicios al patrimonio del pupilo. Si ese fuese el caso, el Derecho no puede permitir que exista el más mínimo riesgo de que tales daños no sean resarcidos. En tal virtud, el inciso 2 bajo comentario exige la constitución de garantía hipotecaria o prendaria (se debería entender comprendida también a la garantía mobiliaria, al haber reemplazado a la prenda, sin haberla prohibido), o de fianza, si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión.

La idea es buena, pero puede ocurrir que el nombrado como tutor no tenga patrimonio disponible como para proceder a constituir alguna de las garantías mencionadas.

Entonces, qué pasaría en este caso, si es que consideramos también que el tutor no podría hacer excusa del cargo, dada la ausencia de alguna de las causales de ley. Creemos que, en estos casos, habría que proceder a la remoción del tutor. El Derecho no podría hacer que se corra el riesgo de una gestión que perjudique el patrimonio del pupilo y ello quede impune.

La excepción a esta rigidez estará representada por el caso del tutor legítimo (abuelo o bisabuelo del menor), supuesto en el cual se estará a lo dispuesto en el artículo 426 (inciso 2), lo que implica que no estará

(1023) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 536-537.

obligado a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituya, por requerirlo el interés del hijo; caso en el cual la garantía deberá asegurar las rentas que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor. Para alguna consideración al respecto, remitimos al lector a nuestro análisis del artículo 426. Por lo demás, estimamos que el precepto bajo comentario (inciso 2 del artículo 520) no hace sino proteger los intereses del pupilo.

c) El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor (inciso 3)

Resulta muy importante el discernimiento del cargo de tutor. Este acto determina el momento formal en el que el nombrado como tal hará la promesa de que guardará con toda fidelidad de la persona y bienes del menor. Esto es básico.

Pero también se exige que declare o revele si fuere su acreedor y el monto de su crédito. Esto, habida cuenta de que ya hemos estudiado las prohibiciones para ser tutor (artículo 515); y el ser acreedor del menor constituye uno de los supuestos (inciso 3).

Pero podría estar exceptuado de la prohibición de ser tutor si hubiese sido nombrado por los padres del menor, conociendo esta circunstancia. Si este último no fuere el caso, la única posibilidad de que pueda asumir el cargo, es decir, de que no esté impedido de hacerlo, será si se tratase de cantidades de poca consideración (argumento del inciso 3 del artículo 515).

Nótese, además, que si el tutor no revelare que es acreedor del pupilo o falseare la información, la sanción legal será muy severa, pues perderá el crédito.

El tutor nombrado también debe declarar si es deudor o fiador del pupilo. Pero para estos casos la ley no contempla sanción específica. No obstante, si se descubre esta omisión, siempre cabrá la posibilidad de destituir al tutor.

En esa línea, Aguilar señala que: «De la norma bajo comentario, resulta interesante referirnos al ofrecimiento del tutor de cuidar la persona y bienes del menor y declarar si es su acreedor o deudor señalando los montos. Sobre el particular debemos referirnos a los impedimentos para ser tutor, donde encontramos impedido al acreedor o deudor del menor por cantidades de consideración. Pues bien, para hacer compatibles tales normas,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la interpretación del artículo 520 inciso tercero del Código Civil, es que, al referirse al tutor como acreedor del menor, y pese a ello no estar impedido, puede obedecer a dos posibilidades: que la cantidad por la que se es acreedor o deudor sea insignificante en comparación al patrimonio; o, siendo considerable, ha sido convocado a la tutela por el propio padre o madre del menor, supuesto en el cual se deja de lado el impedimento. Y, por último, esta exigencia del discernimiento del cargo es obligatoria para toda clase de tutela, excepto para la tutela estatal.»(1024)

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1025) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 520, en los siguientes términos:

> **Artículo 520**.- Requisitos previos al ejercicio de la tutela
>
> Son requisitos previos al ejercicio de la tutela:
>
> 1.- La facción de inventario de los bienes del menor, con intervención de este si tiene doce años cumplidos y no esté privado de discernimiento. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito.
>
> 2.- La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, no está obligado a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido quien tenga *(sic)* legítimo interés, resuelva que la constituyan *(sic)*, por requerirlo el interés del sujeto a tutela. En este caso, la garantía debe asegurar el importe de los bienes muebles.
>
> 3.- El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del sujeto a tutela, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.

Como hemos estudiado, el artículo en vigencia señala en su inciso l: «1. La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de este si

(1024) *Ibidem*, p. 538.

(1025) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 148-149.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito».

La norma propuesta por la comisión del 2019 ya no exigía que la facción de inventario sea judicial y rebajaba la edad del menor para que intervenga, de dieciséis a doce años, agregando algo que no es necesario, en el sentido de que no esté privado de discernimiento.

El inciso 2 vigente señala que: «2. La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426».

La norma propuesta incurría en error cuando repetía la fórmula del inciso 2, sobre la constitución de garantía hipotecaria o prendaria.

Al haber sido sustituida en 2006 la regulación de la prenda por la garantía mobiliaria, debió hacerse referencia a esta última y no a la prenda.

La norma propuesta variaba también lo relativo al tutor legítimo, quien en la actualidad se rige por el 426: «Artículo 426.- Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar: 1. El importe de los bienes muebles.– 2. Las rentas que durante un año rindieron los bienes.– 3. Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.– Los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados».

La norma que se proponía (inciso 2), restringía la eventual garantía del tutor legítimo al aseguramiento de los bienes muebles. El precepto, por lo demás, tenía errores en su redacción cuando decía «el juez»; omite el «de» antes de «quien tenga legítimo interés» y sobra una «n» en «constituyan».

El actual inciso 3 del artículo 520 señala lo siguiente: «3.- El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor».

La propuesta de inciso 3 cambiaba la expresión «menor» por «bienes del sujeto a tutela», en razón de que –como hemos visto– la tutela podría prolongarse sobre los hijos mayores de edad sin capacidad de discernimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Depósito de los valores del menor en institución financiera

Artículo 521.- Los valores que a juicio del juez no deben estar en poder del tutor, serán depositados en instituciones de crédito a nombre del menor.

Sería irresponsable el que se mantenga en poder del tutor determinados valores cuya sola tenencia podría implicar un riesgo de pérdida (hurto, robo, etc.). En ese orden de ideas es que la norma bajo comentario establece que tales valores deberán ser depositados en instituciones de crédito a nombre del menor. Esto es por seguridad. No obstante, entendemos que podrá tener acceso a ellos el tutor, en la medida en que es su representante. Otra cosa es la disposición, materia que no corresponde abordar en este punto de nuestro análisis.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1026) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 521, por encontrarse regulado en el artículo 526 del anteproyecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1026) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 149 y 150.

Depósito del dinero del pupilo en institución bancaria

Artículo 522.- Es de aplicación al dinero del menor lo dispuesto en el artículo 451.

El artículo 522 del Código Civil hace de aplicación a la tutela lo dispuesto para la patria potestad en el artículo 451, norma que establece que el dinero de los hijos, mientras se invierta con sujeción a lo dispuesto en el artículo 453 (en predios o en cédulas hipotecarias), debe ser colocado en condiciones apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor. Remitimos al lector a lo expuesto con ocasión del análisis de la norma citada (artículo 451). Nuestras palabras se aplican al caso de la tutela, naturalmente, *mutatis mutandis*.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1027] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 522, por encontrarse regulado en el artículo 526 del anteproyecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1027) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 150.

Autorización para retiro de valores y dinero

Artículo 523.- Los valores y el dinero a que se refieren los artículos 521 y 522, no pueden ser retirados de las instituciones de crédito sino mediante orden judicial.

Lo establecido en el artículo 523 guarda plena lógica, en la medida en que la idea de proceder conforme a lo señalado en los artículos 521 y 522 es, precisamente, proteger dichos bienes de cualquier contingencia. Al analizar el artículo 521 mencionamos que era para evitar hurtos, robos o cualquier otra circunstancia similar. Bueno, pues, el artículo 523 también protege esos fondos de las manos del propio tutor, al establecer que los mismos no pueden ser retirados de las instituciones de crédito sino mediante orden judicial.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,(1028) la comisión que elaboró el anteproyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 523, por encontrarse regulado en el artículo 526 del mismo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1028) *Loc. cit.*

Inversión del dinero del menor

Artículo 524.- El dinero del menor, cualquiera sea su procedencia, será invertido conforme a lo dispuesto en el artículo 453.

El artículo 453 del Código Civil establece que el dinero del menor, cualquiera fuese su procedencia, será invertido en predios o en cédulas hipotecarias. Para hacer otras inversiones, los padres necesitan autorización judicial, la misma que será otorgada cuando lo requieran o aconsejen los intereses del hijo. La lógica del artículo 524 se explica por la del 453, a cuyos comentarios remitimos al lector.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1029) la comisión que elaboró el anteproyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 524, por encontrarse regulado en el artículo 526 del anteproyecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1029) *Loc. cit.*

Responsabilidad del tutor por intereses legales

Artículo 525.- El tutor responde de los intereses legales del dinero que esté obligado a colocar, cuando por su negligencia quede improductivo durante más de un mes, sin que esto lo exima de las obligaciones que le imponen los artículos 522 y 524.

Resulta evidente que el hecho de mantener improductivo el dinero del pupilo podrá generar daños y perjuicios en el patrimonio de este último. Es claro también que esos daños y perjuicios podrán ser de monto mayor que el de los intereses legales. No obstante, en materia de daños y perjuicios derivados de obligaciones dinerarias, los mismos se circunscriben al interés legal, conforme a lo dispuesto por el artículo 1324 del propio Código, precepto que establece que las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deberes del tutor

Artículo 526.- El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona.

Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.

Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.

Por medio de la segunda disposición final del Decreto Ley n.º 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se modificó el presente artículo; no obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, motivo por el cual el texto original se mantuvo vigente.

El artículo 525 trata acerca de los deberes del tutor. En él se señala que debe alimentar y educar al menor de acuerdo con la condición de éste y proteger y defender su persona.

Entonces, en primer término, tenemos a la alimentación y educación del menor. Se entiende que tales deberes serán sufragados con recursos propios del menor. Ello se deduce del tercer párrafo del precepto cuando establece que en el supuesto en que el menor careciere de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.

La norma agrega que estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia. En ese sentido, remitimos al lector a lo expresado en aquella ocasión.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1030) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 526, por una norma de texto siguiente:

(1030) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 150 - 151.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 526.- Deberes del tutor

Corresponde al tutor:

1.- Alimentar, educar y, en general, cuidar del sujeto a tutela de acuerdo a la condición de este.

2.- Representar al sujeto a tutela en todos los actos civiles, excepto en aquellos que por disposición legal pueda ejecutar por sí solo.

3.- Administrar los bienes del sujeto a tutela con la diligencia ordinaria.

4.- Internar, si fuera el caso *(sic)* al sujeto a tutela.

El inciso 1 se basaba en el primer párrafo de la norma en vigencia.

El inciso 2 era nuevo, y en él se proponía señalar: «Representar al sujeto a tutela en todos los actos civiles, excepto en aquellos que por disposición legal pueda ejecutar por sí solo».

Esta norma hoy está en el artículo 527.

En el inciso 3 se proponía señalar: «Administrar los bienes del sujeto a tutela con la diligencia ordinaria».

La norma propuesta suprimía la referencia actual relativa a que los deberes del tutor se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.

Creemos que no se evaluó el impacto de esta supresión; más aún cuando esta propuesta concreta careció de mención o sustento alguno en la exposición de motivos del grupo de trabajo.

En la propuesta de inciso 4 se decía que corresponde al tutor «Internar, si fuera el caso (aquí falta una coma) al sujeto de tutela».

Era importante esta inclusión, en la medida en que tal facultad podría facilitar mucho la labor del tutor, en caso fuese necesario proceder en ese sentido.

Para finalizar nuestros comentarios al artículo 526, observamos que en realidad se debería tener mucho cuidado con la derogación de los artículos 521, 522, 523 y 524, porque no todas esas normas se hallan incluidas en el artículo 526 que proponía la comisión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero la comisión del 2019 también propuso la inclusión de un artículo 526-A, con el texto siguiente:

> **Artículo 526-A**.- Tutor testamentario o escriturario
>
> Al nombrarse al tutor testamentario o escriturario y al designarse al tutor dativo, o en cualquier caso que resulte de interés para el sujeto a tutela, el juez puede disponer, a petición de cualquier persona o del Ministerio Público, que algunos bienes sean administrados por determinada entidad y que sólo puedan ser retirados por orden judicial. Esta disposición es particularmente procedente para la custodia de dinero y valores.

Nos parecía interesante esta propuesta de norma para una mejor administración (de carácter profesional) de parte o todo el patrimonio de la persona sujeta a tutela.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Representación del pupilo

Artículo 527.- El tutor representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, éste puede ejecutar por sí solo.

Como sabemos, los menores de edad sólo tienen capacidad para celebrar actos y contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria, en tanto no estén privados de discernimiento. A pesar de que el artículo 1358 del Código Civil ya no trata sobre este supuesto, no existe otra solución coherente al respecto.(1031)

Eso significa que en el caso de los menores no privados de discernimiento para los actos no relacionados con las necesidades de su vida diaria; y para los menores privados de discernimiento, para la integridad de actos jurídicos que deban celebrar, requerirán de alguien que los represente. Si los menores tuvieran por lo menos a uno de sus padres que ejerza la patria potestad, pues serán los padres o uno de ellos quien los represente. En ausencia de éstos, hablaremos de un tutor legítimo o de un tutor dativo, quienes representarán al pupilo para todos los efectos.

Al respecto, el profesor Héctor Cornejo Chávez precisaba que: «[...] la sustitución del pupilo por el tutor no es absoluta, ya que, a medida que la edad va confiriendo madurez al discernimiento del menor, va siendo mayor la participación que la ley peruana le otorga en la realización de diversos actos de su vida civil, en el ejercicio de determinados derechos y aun en la asunción de algunas responsabilidades.»(1032)

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,(1033) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 527, por considerar que se encuentra regulado en el artículo 526 que se proponía.

(1031) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el arbitraje (sexta parte). El artículo 1358 del Código Civil. Op. cit.*, pp. 63-72.

(1032) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 340.

(1033) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 151.

Capacidad del pupilo bajo tutela

Artículo 528.- La capacidad del menor bajo tutela es la misma que la del menor sometido a la patria potestad.

Sobre este tema resulta necesario recordar que la incapacidad absoluta de los menores de dieciséis años está regulada en el artículo 43 inciso 1 del Código, en tanto que la capacidad de ejercicio restringida de los mayores de dieciséis, pero menores de dieciocho años, está regulada por el artículo 44 inciso 1 del mismo cuerpo normativo. Esto es común al menor sujeto a patria potestad y al menor sujeto a tutela; todo ello complementado con lo que hemos explicado con ocasión de nuestros comentarios al artículo 527.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1034) la comisión que elaboró el anteproyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 527, por considerarlo que se encontraba regulado en el proyectado artículo 526.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1034) *Loc. cit.*

Obligación de administrar con diligencia

Artículo 529.- El tutor está obligado a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria.

Este artículo fue rectificado por fe de erratas.

Entendemos que es deber del tutor administrar los bienes con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Por lo demás, queda claro que el tutor responderá por los daños y perjuicios que causare a la persona o al patrimonio del pupilo, debiendo responder conforme a las reglas de inejecución de obligaciones, de acuerdo a las cuales deberá haber actuado con dolo, culpa inexcusable o culpa leve en el ejercicio del cargo.

En esa línea, Olga Castro Pérez-Triveño precisa que: «Las atribuciones que le están permitidas al tutor respecto a la administración de bienes del menor son las que corresponden a una administración ordinaria. En consecuencia, el tutor está facultado para realizar aquellos actos de administración regular y cotidiana que tienen por finalidad proteger, cuidar, velar y evitar el empobrecimiento del patrimonio del menor, sea mediante la conservación por actos materiales o jurídicos de los bienes que lo integran, tales como el mantenimiento de los mismos, el pago de tributos, las reparaciones ordinarias; sea proveyendo a que dichos bienes produzcan económicamente de acuerdo con el rendimiento normal propio a su naturaleza y dentro de los límites de una administración regular. Para este efecto, el tutor podrá arrendar los bienes inmuebles de propiedad del menor por un plazo no mayor de tres años e iniciar las acciones de cobro de arriendos, desalojo, aviso de despedida, rescisión y resolución de contrato, etc.»[1035]

Para concluir, debemos recordar que, en el año 2019,[1036] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 529, por considerar que se encontraba regulado en el proyectado artículo 526.

(1035) Castro Pérez-Triveño, Olga. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 297.

(1036) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 151-152.

Derecho del menor de recurrir al juez

Artículo 530.- El menor que ha cumplido catorce años y cualquier interesado puede recurrir al juez contra los actos del tutor.

Como ha sido mencionado por nosotros en los comentarios a algunos preceptos referidos a la tutela, en realidad la persona que debería estar más interesada en que se maneje bien su patrimonio, debería ser el propio pupilo. En ese sentido, el artículo 530 le otorga, si ya hubiere cumplido catorce años, el derecho de recurrir al juez contra los actos del tutor. En otras palabras, esta norma le otorga capacidad de ejercicio para estos efectos concretos en materia procesal. No requerirá de representación; ello, en la medida en que, precisamente, va a recurrir ante el juez contra los actos de su representante y, si no fuera de esta forma, no tendría cómo hacerlo.

Para Olga Castro: «Específicamente los artículos 9 y 10 del Código de los Niños y Adolescentes que reconocen el derecho a la libertad de opinión y de expresión del niño y del adolescente son pertinentes a propósito del derecho que le asiste al adolescente a recurrir al juez contra los actos de su tutor. Ya se ha señalado que los jueces están obligados a tener en cuenta la opinión de los adolescentes para los efectos de sus resoluciones.»[1037]

La norma también establece que cualquier interesado lo podría hacer, lo que facilita que cualquier persona recurra al juez contra los actos del tutor. Todo sea para beneficio del pupilo y de una recta administración de los bienes y cuidado de la persona del pupilo.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[1038] señalábamos que, si la ley otorga esta facultad incluso a cualquier interesado, no veíamos por qué limitarla al menor que haya cumplido catorce años, en caso de que, no habiéndolos cumplido, tenga la suficiente capacidad de discernimiento y él, por sí mismo, esté interesado en recurrir al juez contra los actos de su tutor.

(1037) *Ibidem*, p. 298.
(1038) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 462 y 463.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1039] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 530, en los siguientes términos:

> **Artículo 530**.- Derecho del adolescente de recurrir al juez
>
> El adolescente y cualquier interesado pueden recurrir al juez contra los actos del tutor.

La comisión del 2019 adecuaba esta norma al Código de los Niños y Adolescentes.

Estábamos de acuerdo con ello.

Por otra parte, es necesario precisar que la comisión proponía la creación de un artículo 530-A, norma de texto siguiente:

> **Artículo 530-A**.- Frutos de los bienes del asistido
>
> Los frutos de los bienes del sujeto a tutela se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario *(sic)* se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

Estábamos de acuerdo con esta propuesta. Pensamos que hubiese resultado útil.

(1039) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 152.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

AUTORIZACIÓN PARA DISPONER DE LOS BIENES DEL PUPILO

Artículo 531.- Los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor.

El artículo 531 trata acerca de la necesidad de autorización para disponer de los bienes del pupilo. Esta norma establece como regla que tales bienes no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial y con audiencia del consejo de familia. Como se puede apreciar, se trata de dos requisitos formales bastante estrictos y necesarios, a entender nuestro, para preservar el patrimonio del pupilo. Nótese que esta medida incluye a los frutos. La única excepción contemplada por el artículo bajo comentario es el caso en que tales frutos fueren necesarios para la alimentación y educación del menor.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1040) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 531, en los siguientes términos:

Artículo 531.- Prohibición de enajenación del sujeto tutelado.

Los bienes del sujeto a tutela no pueden ser enajenados ni gravados salvo por causas justificadas y previa autorización judicial. La venta se realizará a precio de mercado. La resolución autoritativa establece el modo en que se realiza la venta.

En primer lugar, debemos decir que el artículo propuesto erraba al colocar como sumilla "Prohibición de enajenación del sujeto tutelado", cuando lo que se prohíbe enajenar no es, obviamente, al sujeto tutelado, sino a los bienes de la persona sometida a tutela.

La norma propuesta por la comisión adicionaba como causal para enajenar o gravar los bienes del sujeto a tutela, el que existan causas justificadas (además de la previa autorización judicial, naturalmente).

(1040) *Ibidem*, pp. 152 y 153.

No creíamos necesaria la adición que se proponía, por obvia, ya que, si el tutor solicita autorización judicial para tales actos, debe haber alguna razón que exponga y someta a evaluación del propio juez.

Tampoco concordábamos con aquello que se señalaba en torno a que la venta del bien se realizará a precio de mercado. Ello, pues, si un bien se ofrece en venta en el mercado, evidentemente el vendedor escogerá la mejor oferta. Pero lo que tenemos es que, si se aprobara la norma propuesta, sería muy sencillo cuestionar la venta del bien, alegando que la misma no se ha efectuado a precio de mercado.

Debemos dejar constancia de que la comisión, por otro lado, copiaba el texto vigente del artículo 577 y lo comentaba dentro de la exposición de motivos del 531, dando a entender que el 577 debería modificarse. Pero no nos podemos pronunciar sobre el particular, en la medida en que el grupo de trabajo no consignaba la norma que propondría como nuevo 577.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Actos que requieren autorización judicial

Artículo 532.- El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para:

1.- Practicar los actos indicados en el artículo 448.

2.- Hacer gastos extraordinarios en los predios.

3.- Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía.

4.- Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457.

5.- Celebrar contrato de locación de servicios.

6.- Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso.

7.- Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios.

El artículo 532 regula otros supuestos para los cuales el tutor requiere de autorización judicial. Veamos:

a) Practicar los actos indicados en el artículo 448 (inciso 1)

El artículo 448 inciso 1 se refiere a arrendar sus bienes por más de tres años. Es verdad que, en materia del contrato de arrendamiento, el plazo máximo de duración del contrato a plazo determinado a celebrarse entre particulares es de diez años (artículo 1688, primer párrafo). No obstante, cuando se trate de los bienes del pupilo (al igual que en el caso de los bienes propios de los hijos que son administrados por sus padres), el plazo se reduce a tres años, en la medida en que se busca evitar compromisos que puedan extenderse en el tiempo y que, incluso, podrían superar con creces el momento en que el pupilo cumpla la mayoría de edad y tenga pleno derecho a la administración y disposición de su propio patrimonio.

b) Hacer gastos extraordinarios en los predios (inciso 2)

No olvidemos que la labor del tutor es una de administración, razón por la cual se entiende que solamente debería realizar gastos de naturaleza

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

ordinaria en los bienes inmuebles de propiedad del pupilo. Una inversión mayor podría tener algún propósito beneficioso para el menor, pero tal situación tendrá que ser explicada al juez, quien deberá autorizarla. Si no se obtuviese dicha autorización, es claro que el tutor estará prohibido de realizarla.

c) Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía (inciso 3)

El pago de deudas menores, como, por ejemplo, el servicio de energía eléctrica de la casa de propiedad del menor, donde él habita, o el suministro de agua potable, el servicio de telefonía y otros gastos menudos, regulares y hasta cotidianos, se consideran pagos que sí está autorizado a realizar el tutor. Lo contrario ocurre con el pago de obligaciones de montos mayores y que no formen parte de la cotidianeidad.

A lo mejor, el menor ha heredado una deuda de sus padres para pagar la casa en cuotas trimestrales, pero como esos pagos seguramente serán de montos apreciables, el tutor deberá recabar autorización judicial para hacerlos. Lo que se quiere, en buena cuenta, es proteger al menor de un tutor tentado de hacer pagos sin justificación que, finalmente, podrían estar destinados a su beneficio personal, directo o indirecto.

Antes de concluir nuestros comentarios, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(1041) planteábamos que el inciso 3 dijera «Pagar las deudas que el menor tenga respecto al propio tutor». Considerábamos absurdo que el tutor deba pedir autorización judicial, previa audiencia del consejo de familia, para pagar las deudas del menor.

Decíamos que si el menor –o cualquier persona– es sujeto pasivo de una relación obligacional (deudor), pues simple y llanamente debe proceder al cumplimiento de dicha obligación, independientemente del monto de la deuda.

Señalábamos que toda obligación debe ser pagada; entonces, carecería de sentido que el tutor deba seguir todo ese engorroso trámite para simplemente cumplir con pagar una obligación.

Por otra parte, señalábamos que el juez y el consejo de familia, en su caso, incurrirían en responsabilidad, si es que, a pesar de existir una deuda vencida, no autorizaran al tutor para que la pague, pues estarían ingresando

(1041) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 463 y 464.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en el terreno de la ilegalidad; precisamente todo lo contrario de aquello que les impone el ejercicio de sus cargos.

No obstante, pensábamos que se debía mantener el requisito de autorización judicial, previa audiencia del consejo de familia, en caso de que la deuda de que se trate sea una que el menor mantenga respecto de su tutor, supuesto en el cual, independientemente del monto de la misma, sí resultaría necesaria dicha autorización, por existir un evidente conflicto de intereses.

d) Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457 (inciso 4)

El artículo 457 es la norma que regula la autorización que pueden conceder los padres a sus hijos para que se dediquen a un trabajo, ocupación, industria u oficio. Remitimos al lector a los comentarios vertidos con ocasión de esta norma.

e) Celebrar contrato de locación de servicios (inciso 5)

El contrato de locación de servicios es aquel por el cual el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución (artículo 1764 del Código Civil), pero también es susceptible de celebrarse a título gratuito.

Lo que ocurre es que el legislador se coloca en el supuesto de cuál sería la necesidad del tutor para contratar los servicios de un locador. Se tendría que tratar de una situación específica muy especial y, justamente por eso, por no ser común una situación de esta naturaleza en la que el menor requiera de una locación de servicios, es que la ley requiere autorización judicial. No dudamos de que habrá casos en que por el volumen del patrimonio del menor ello podría ser normal, como con respecto a contadores, mayordomos, etc.; u otros casos en que se requiera contratar enfermeras para el menor, si éste sufriera de alguna enfermedad grave y permanente; pero hay que admitir que no se trata de la regla, sino de la excepción.

f) Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso (inciso 6)

¿En qué convendría al pupilo el contratar un seguro de vida? ¿Qué le puede importar al menor el beneficiar a una tercera persona en caso falleciere?

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No dudamos de que las respuestas a estas preguntas serán negativas por regla general. Lo que se quiere aquí con el requisito de autorización judicial es que, siguiendo los viejos (pero tal vez fundados) temores de quienes elaboraron el Código Napoléon (con respecto a la prohibición de los pactos sucesorios), aquí se especule con la vida del menor.

g) Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios (inciso 7)

Es evidente que el tutor no debe celebrar actos o contratos en los que tenga interés propio, pues estaría perfilando el camino directo para que se le destituya del cargo. Pero el legislador de 1984 ha querido ir más allá, al establecer que todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios, también requeriría de autorización judicial previa.

Nótese que la norma no establece grado de parentesco, pero debería entenderse que se trata del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. En lo que respecta a los socios del tutor, entendemos que se trata de aquellas personas con quienes tenga intereses comerciales o de negocios comunes, sea que se trate de una sociedad formal (en cualquiera de sus estructuras) o de una sociedad de hecho.

Sobre la norma bajo comentario, Arias-Schreiber advierte que: «Cabe señalar, finalmente, que en los casos previstos por esta norma será necesaria la audiencia previa del consejo de familia. Se aprecia en ello una nota distintiva respecto a las facultades de los padres que no requieren de dicha intervención.»[1042]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1043] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 532, en los siguientes términos:

> **Artículo 532**.- Actos del tutor que requieren autorización judicial
>
> El tutor necesita también autorización judicial para practicar los siguientes actos:

(1042) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 122.

(1043) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 153-155.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1.- Hacer partición de bienes hereditarios o en copropiedad, en los que el tutor tenga más de una cuarta parte o una cuota igual o superior a la del sujeto a tutela.

2.- Allanarse o convenir en la demanda, transigir o someterse a arbitraje.

3.- Renunciar herencias, legados o donaciones.

4.- Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida.

5.- Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.

6.- Dar o tomar dinero en préstamo.

7.- Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración, así como realizar cualquier gasto extraordinario en los predios.

8.- Aceptar donaciones, legados o herencias con cargo o sin beneficio de inventario.

9.- Pagar deudas del sujeto a tutela, a menos que sean de pequeña cuantía.

10.- Celebrar contrato de locación de servicios.

11.- Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso.

12.- Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios.

En general, realizar cualquier acto que exceda de la administración ordinaria.

El inciso 1 propuesto por la comisión carecía de antecedente en el 532 en vigencia. Se refería a que el tutor necesita también autorización judicial para «Hacer partición de bienes hereditarios o en copropiedad, en los que el tutor tenga más de una cuarta parte o una cuota igual o superior a la del sujeto a tutela».

La exposición de motivos no explicaba esta propuesta, pero ella nos parecería razonable.

En el inciso 2 se hacía referencia a «Allanarse o convenir en la demanda, transigir o someterse a arbitraje». Esta norma se basaba en los actuales incisos 3 y 10 del artículo 448, mejorando y actualizando su contenido.

En el inciso 3 se reproducía el inciso 4 en actual vigencia del 448. En el inciso 4 se reproducía el actual inciso 5 del artículo 448.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el inciso 5 del anteproyecto se reproducía el actual inciso 6 del artículo 448.

Por su parte, en el inciso 6 se reproducía el inciso 7 en vigencia del artículo 448.

El inciso 7 se basaba en el actual inciso 8 del artículo 448, relativo a edificar, excediéndose de las necesidades de la administración; a lo que el grupo de trabajo proponía agregar: «así como realizar cualquier gasto extraordinario en los predios». Por nuestra parte, creemos que la palabra «extraordinario» indica algo fuera de lo ordinario, y, por ejemplo, invertir en una mejora necesaria es algo extraordinario, independientemente de su cuantía, la misma que puede ser baja. Tal vez hubiese sido conveniente que la palabra «extraordinario» se vinculara a la cuantía del gasto. Allí el problema interpretativo hubiese estado zanjado.

En el inciso 8 (basado en el actual inciso 9 del 448), se cambiaba la expresión «cargos» por «cargo». Nos parecía indebido, en tanto la palabra «cargos» tiene un significado y alcances mucho más amplios que la segunda.

En este inciso también se especificaba que, en caso de herencias deberá tratarse de naturaleza voluntaria y sin beneficio de inventario.

El inciso 9 (basado en el inciso 3 del 532), se refería a «Pagar deudas del sujeto a tutela, a menos que sean de pequeña cuantía». Esta norma no nos parecía adecuada, no sólo por la relatividad del término «pequeña cuantía», sino por el hecho de que el pagar una deuda debe ser considerado como un acto ordinario, tanto como el pagar un crédito. Si se trata de obligaciones que debe cumplir el sujeto de tutela, pues ellas deberán ser cumplidas por su tutor.

Si se quiere poner un límite para que se requiera de autorización judicial, creo que el mismo debería establecerse con carácter objetivo, por ejemplo, en relación a un número determinado de Unidades Impositivas Tributarias.

Por otra parte, el inciso 10 establecía el celebrar contrato de locación de servicios (inciso 5 del 532). No entendíamos (ni tampoco era explicado por la comisión) el sentido de la norma, pues habrá ocasiones en que resulte necesario el contratar a alguien bajo esta modalidad.

En el inciso 11 (inciso 6 del 532) se indicaba el celebrar contratos de seguro de vida a título oneroso, con lo cual sí estábamos de acuerdo en que requiera autorización judicial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, en el inciso 12 (inciso 7 del 532) se proponía incluir «Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes (debería especificarse los grados de consanguinidad y afinidad) o alguno de sus socios». Esta norma, más allá de nuestra observación, hubiese resultado adecuada.

Por último, en la parte final del artículo propuesto se decía «En general, realizar cualquier acto que exceda de la administración ordinaria», lo que nos parecía correcto.

Debemos mencionar que el artículo 532 propuesto por la comisión del 2019, no hacía referencia al tema contenido en el inciso 4 del actual artículo 532, relativo a «Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Intervención del menor para actos que requieren autorización judicial

Artículo 533.- En los casos de los artículos 531 y 532, cuando el menor tenga dieciséis años cumplidos, si fuera posible, el juez deberá oírlo *(sic)* antes de prestar su autorización.

Por medio de la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se modificó el presente artículo; no obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, motivo por el cual el texto original se mantuvo vigente.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(1044) señalábamos que tal vez sería conveniente rebajar la edad necesaria para que se deba escuchar al menor, de dieciséis a catorce años, pues la considerábamos más razonable. Además, agregábamos un segundo párrafo al artículo 530 del Código Civil, en el sentido de que, si el menor tuviera menos de catorce años y la suficiente capacidad de discernimiento, podría solicitar ser oído por el juez, antes de que preste la referida autorización.

Lo dispuesto en el artículo 533 se relaciona directamente con aquello que hemos venido señalando con ocasión de otros preceptos, sobre la importancia de la participación del menor en lo relativo a su patrimonio. Si no tiene interés en el tema, al menos se debería fomentar que lo tenga.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1045) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 533, en los siguientes términos:

(1044) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 464 y 445.

(1045) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 155.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> **Artículo 533**.- Intervención del menor para actos que requieren autorización judicial
>
> En los casos de los artículos 531 y 532, el juez deberá tener en cuenta la opinión del sujeto a tutela, si fuera posible, antes de prestar su autorización.

Estábamos, en principio, de acuerdo con la propuesta, pero tal vez debió considerarse una edad mínima objetiva para tales efectos, como es el caso de catorce años, como proponíamos en 1998.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación supletoria del artículo 449

Artículo 534.- Es de aplicación a la autorización judicial lo dispuesto en el artículo 449.

Como se recuerda, el artículo 449 regula lo relativo a la opinión del hijo sobre la disposición de sus bienes. La norma señala que, en los casos de los incisos 2, 3 y 7 del artículo 448, se aplican también los artículos 987, 1307 y 1651. Además, en los casos a que se refieren los artículos 447 y 448, el juez debe oír, de ser posible, al menor que tuviere dieciséis años cumplidos, antes de prestar su autorización. Por nuestra parte, hacemos de aplicación, *mutatis mutandis*, al artículo 534 lo señalado en nuestros comentarios sobre el artículo 449 del Código Civil.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1046) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil planteaba la derogación del artículo 534, por encontrarse el tema regulado en el artículo 531, que ella proponía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1046)*Loc. cit.*

Venta fuera de la subasta

Artículo 535.- La venta puede hacerse, excepcionalmente, fuera de subasta, con aprobación del juez y previa audiencia del Ministerio Público, cuando lo requiera el interés del menor.

Tratándose de la venta de un bien de un menor, ella deberá hacerse en pública subasta.(1047) El artículo 535 regula los casos excepcionales en que se puede realizar la venta de bienes del pupilo fuera de subasta. Para tal efecto deberá contarse con aprobación del juez, previa audiencia del Ministerio Público. La razón que puede motivar que se venda el bien en estas circunstancias se deberá basar en casos en los cuales lo requiera el interés del menor. Podríamos agregar que el sentido de la expresión, en realidad, sería el urgente interés del menor. Por ejemplo, podría tratarse del caso en el cual se requiera vender un inmueble de su propiedad para sufragar los gastos de una operación quirúrgica muy costosa que se deba realizar al menor.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,(1048) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil planteaba la derogación del artículo 534, por encontrarse el tema regulado en el artículo 535, que ella proponía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1047) Artículo 447.- Prohibición de los padres de enajenar y gravar bienes del hijo
Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo.

(1048) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 155.

Actos realizados sin autorización judicial

Artículo 536.- Los actos practicados por el tutor sin la autorización judicial requerida por los artículos 531 y 532, no obligan al menor sino dentro de los límites del segundo párrafo del artículo 456.

Como hemos podido apreciar, la ley establece una serie de actos y contratos para cuya celebración el Código Civil requiere de la existencia de previa autorización judicial. Sobre ellos no vamos a volver. No obstante, el artículo 536, bajo comentario, señala que los actos practicados por el tutor sin la referida autorización no obligan al menor sino dentro de los límites del segundo párrafo del artículo 456.

Esta norma, propia de la patria potestad, indica que cuando el acto (celebrado por un mayor de dieciséis años bajo patria potestad) no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. Agrega el precepto que el menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero. Remitimos al lector, *mutatis mutandis*, a los comentarios que realizamos al estudiar el artículo 456.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Acción de nulidad del pupilo por actos celebrados sin autorización

Artículo 537.- La acción del menor para anular los actos celebrados por el tutor sin las formalidades legales prescribe a los dos años. Este plazo se cuenta a partir del día en que cesó la incapacidad.

Como sabemos, el plazo de prescripción de la acción (pretensión) de anulabilidad es de dos años, conforme a lo establecido por el inciso 4 del artículo 2001 del propio Código. El plazo, por regla general, se cuenta desde la fecha de celebración del acto jurídico.

Si bien es cierto que el artículo 537 se refiere a la acción para anular actos, queda la duda de si también se está refiriendo a casos de nulidad. No encontramos razón alguna para que el legislador recorte un plazo de diez años a dos, para el caso particular; pero, por otro lado, en realidad de lo que trata esta norma es de actos celebrados sin contar con las formalidades legales, lo que equivale a la ausencia de formas solemnes. En este sentido, no olvidemos que el artículo 140 establece como uno de los requisitos de los actos o negocios jurídicos el que ellos observen la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Y, cuando hablamos de estos defectos de forma solemne (como es el caso que venimos analizando), resulta aplicable el artículo 219, inciso 6, que sanciona con nulidad a los actos jurídicos que no revistan la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Es verdad que se trataría, entonces, de un recorte del plazo de diez años de la pretensión de nulidad, por uno de dos; no obstante lo cual este proceder tendría lógica, en la medida en que el legislador busca que, luego de que el pupilo adquiera la mayoría de edad, los actos celebrados por el tutor sin contar con las autorizaciones y formalidades de ley, sólo puedan ser impugnados por el expupilo, en un plazo relativamente breve de dos años. Es verdad que se trata de un plazo especialmente breve para un caso especial de nulidad por ausencia, pero entendemos la lógica de la norma, basada en promover la seguridad jurídica.

En esa línea, Arias-Schreiber precisa que: «En cuanto al plazo establecido en dos años, la norma no hace sino recoger el principio general que regula la prescripción de la acción contra los representantes de incapaces, conforme al inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.»[1049]

(1049) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 124.

Actos prohibidos a los tutores

Artículo 538.- Se prohíbe a los tutores:

1.- Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor.

2.- Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor.

3.- Disponer de los bienes del menor a título gratuito.

4.- Arrendar por más de tres años los bienes del menor.

El artículo 538 del Código Civil se refiere a los actos que están prohibidos a los tutores. Veamos:

a) Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor (inciso 1)

La compra de bienes del menor sitúa claramente en conflicto de interés al tutor con el pupilo. Esto, en la medida en que en toda compraventa el vendedor desea vender su bien al mayor precio posible, en tanto que el comprador quiere comprarlo al menor precio posible. Nótese cómo en este caso en particular quien decidirá el precio de venta del bien será el tutor, salvo para el caso de la compraventa de bienes inmuebles (artículo 1543). De ahí la prohibición señalada por el inciso 1, bajo comentario. Se aprecia que la citada norma sigue la misma lógica para el contrato de arrendamiento.

b) Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor (inciso 2)

Imaginemos el caso de que un acreedor del menor cede su crédito al tutor, en una obligación donde el deudor es el pupilo. Sin duda aquí estaríamos ante un claro supuesto de conflicto de interés, pues quien debe proteger al pupilo, es decir el tutor, será, precisamente, quien ahora tenga las posibilidades de accionar contra él. Es de esperar que el tutor no defienda con ardor los intereses del pupilo.

Lo propio podría ocurrir en el caso de una cesión de posición contractual, si la contraparte contractual del menor cediera su posición contractual a un tercero y ese tercero fuera, precisamente, el tutor. Huelgan explicaciones en este caso.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Disponer de los bienes del menor a título gratuito (inciso 3)

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la labor del tutor, en el terreno patrimonial, consiste en cuidar el patrimonio del pupilo. En ese sentido, resultaría sin justificación alguna el que el tutor disponga de cualquier bien del menor a título gratuito. Nótese que el inciso bajo comentario no se circunscribe a la donación, como el contrato más representativo en el que se dispone a título gratuito de la propiedad de un bien. La norma se extiende a todos los actos de liberalidad, como sería el caso, entre muchos otros, de la condonación, la renuncia de obligaciones, la cesión de derechos a título gratuito, etc.

d) Arrendar por más de tres años los bienes del menor (inciso 4)

El inciso 4 del artículo 538 también prohíbe al tutor el dar en arrendamiento los bienes del menor. Se entiende que, en estos contratos, el menor (representado por el tutor) sería arrendador del bien y un tercero sería el arrendatario.

Aplicamos a este supuesto, *mutatis mutandis*, las consideraciones vertidas con ocasión de nuestro análisis del inciso 1 del artículo bajo comentario, en lo que respecta al contrato de arrendamiento.

Adicionalmente, sobre el precepto bajo comentario, Arias-Schreiber advierte que: «Este artículo contiene prohibiciones absolutas para aquellos actos que el tutor no podrá celebrar ni siquiera con la autorización del juez. Se trata de contratos que por su propia naturaleza podrían dar lugar a abusos u ocasionar perjuicios al menor, y de ahí que la ley haya querido impedir que el tutor pueda celebrarlos.»[(1050)]

En esa línea, Jorge Valencia y Mercedes Chang comentan que: «Otorgarle facultades ilimitadas al tutor implicaría la total disposición del patrimonio del menor, pudiendo ocasionar un detrimento de dicho patrimonio, sin que el menor tenga la posibilidad de solicitar reparación del daño ni indemnización alguna al tutor, por cuanto las acciones del tutor estarían respaldadas por la ley. Ahora, el limitar dichos actos a tal punto de prohibirlos hace que el poder del tutor sea limitado y, en consecuencia, de realizar alguno de ellos generaría

(1050) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 125.

responsabilidad de su parte frente a terceros; la responsabilidad no sería del menor.»[1051]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1052] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 534, en los términos siguientes:

> **Artículo 538**.- Actos prohibidos a los tutores
>
> Se prohíbe a los tutores:
>
> 1. Celebrar cualquier contrato consigo mismo respecto de bienes o derechos del sujeto a tutela.
> 2. Disponer de los bienes del sujeto a tutela a título gratuito.

Estábamos de acuerdo con esta propuesta, pues el inciso 1 que se planteaba, subsanaba el contenido de los actuales incisos 1, 2 y 4, otorgando, incluso, un campo más amplio de protección al sujeto de tutela.

Por otra parte, la comisión del 2019 también propuso un artículo 538-A, norma de texto siguiente:

> **Artículo 538-A**.- Nulidad de los actos realizados sin autorización
>
> Son nulos los actos realizados sin la previa autorización judicial a que se refieren los artículos 531 y 532 y los que se celebren en violación del artículo 538. El tutor que infrinja esta disposición podrá ser removido y responderá por los daños que pudiera haber causado.

A nuestro entender, resultaba pertinente la propuesta de artículo 538-A, la misma que sancionaba con nulidad los actos del tutor que contravengan lo dispuesto en los artículos 531, 532 y 538 del Código Civil.

Y también propuso un artículo 538-B:

(1051) Valencia Coromina, Jorge y Mercedes Chang Key. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 330.

(1052) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 155-156.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 538-B.- Plazo de impugnación

El plazo para impugnar judicialmente los actos celebrados por el tutor se cuenta a partir del día en que cesó la declaración judicial de restricción de capacidad.

El grupo de trabajo proponía una nueva norma que establezca que «El plazo para impugnar judicialmente los actos celebrados por el tutor se cuenta a partir del día en que cesó la declaración judicial de restricción de capacidad».

Interesante la propuesta, pero innecesaria, en la medida en que los plazos de prescripción se suspenden entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o tutela (artículo 1994, inciso 4 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Fijación judicial de la retribución del tutor

Artículo 539.- El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada período.

Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados.

El artículo 539 se encarga de regular el tema de la retribución del tutor. Sobre este particular debemos partir del hecho de que ningún trabajo debe ser considerado gratuito *a priori* y sin contar con la voluntad de quien lo va a prestar. El cargo de tutor se relaciona directamente con el contrato de locación de servicios, con la diferencia de que su desempeño es forzoso, a menos que la ley permita que el tutor haga excusa del cargo y, en efecto, lo haga. Entonces lo que se tiene que ver es el tema de la remuneración o contraprestación que recibirá por su desempeño.

En esa línea, Aguilar Llanos comenta que: «La tutela implica una carga, responsabilidades a asumir, lo que significa distraer tiempo para dedicarlo al menor; por lo tanto, si esto es así, resulta justo que aquel que cuida a un menor, aun cuando se trate de un deber social, deba recibir en parte de pago una remuneración, sobre todo cuando se trata de cuidar un patrimonio, en el que existen intereses económicos que pueden ser muy significativos, y que demandarán del tutor una atención preferencial. Pues bien, este es el sentido de la norma contenida en el artículo 539 del Código Civil, referido al derecho del tutor a recibir una remuneración que fijará el juez, teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor.»(1053)

El artículo 539 se encarga de esto, al precisar que el tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada período. Se trata, entonces, de dos factores (importancia o volumen del patrimonio a administrar, pues no solamente estaremos en presencia de bienes; y el trabajo que demande su administración en cada período). Estimamos que

(1053) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 514.

los factores señalados por el artículo bajo comentario son pertinentes, en la medida en que el volumen del patrimonio y el trabajo requerido para su administración generalmente irán de la mano.

Pero el artículo 539 se encarga de poner un límite a dicha retribución, el mismo que establece en función de un porcentaje. Así, señala que la misma nunca excederá del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados. Esta fórmula no es de extrañar, en la medida en que es usual, por ejemplo, cuando se trata de estatutos de sociedades, en donde se establece que la remuneración que perciba el directorio de la empresa no excederá de un porcentaje determinado, el mismo que obviamente es variable según el caso, pero que gira alrededor de entre el seis y el diez por ciento.

Además, el hecho de que la retribución del tutor se fije en porcentaje de los productos líquidos consumidos y de los capitalizados constituye un incentivo para que el tutor realice una labor eficiente, en la medida en que la misma no sólo beneficiará al pupilo, sino también a él mismo. Es exactamente lo que ocurre con los directores de las sociedades, pues los buenos resultados de la empresa no solamente van a beneficiar a los accionistas, sino también a los propios directores.

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1054] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 539, en los términos siguientes:

> **Artículo 539**.- Fijación judicial de la retribución del tutor
>
> El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del sujeto a tutela y el trabajo que ha demandado su administración en cada período.

La norma propuesta por la comisión suprimía, en lo que respecta a la fijación judicial de la retribución del tutor, el que «Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados».

(1054) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 156.

Llamaba la atención que la exposición de motivos describa el tema de la retribución al tutor, pero no explique la modificación propuesta por el grupo de trabajo.

Los límites impuestos por la norma en vigencia nos parecían adecuados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación del tutor de dar cuenta

Artículo 540.- El tutor está obligado a dar cuenta de su administración:

1.- Anualmente.

2.- Al acabarse la tutela o cesar en el cargo.

El artículo 540 establece los momentos en que el tutor deberá dar cuenta de su administración.

En primer término, se señala que ello deberá ocurrir anualmente, lo que marca una periodicidad razonable para tales efectos. No cabe duda de que, al tratarse de un plazo establecido por el legislador, siempre será un plazo arbitrario. Claro que lo es, pero resulta razonable. El pensar en períodos menores, como seis meses, haría que el tutor tenga que distraer tiempo de su gestión para preparar esa rendición de cuentas. Esto no significa que deba descuidarlas hasta que se esté por cumplir un año, naturalmente.

Pero el artículo 540 también señala que deberá rendir cuentas al acabarse la tutela o cesar en el cargo. No vamos a ingresar al análisis de estos supuestos, dado que ellos ya fueron estudiados en su oportunidad. La solución legal es correcta. Se trata de dos situaciones en las que resulta evidente que el tutor deba hacer rendición de cuentas, independientemente de las cuentas periódicas a las que se refiere el inciso 1.

Finalmente, Arias-Schreiber, citando a Martínez, comenta que: «[...] de los actos que el tutor debe cumplir con relación a los bienes de su pupilo, la rendición de cuentas es el de mayor importancia, pues permite conocer periódicamente o al término de la gestión los resultados de ésta y determinar la buena o deficiente actividad del tutor, el estado del patrimonio del tutelado y los saldos en favor de uno u otro.»[1055]

(1055) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 126.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación del tutor legítimo de dar cuenta

Artículo 541.- Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 427 en lo que concierne a la obligación que impone el inciso 1 del artículo 540.

Como se recuerda, el artículo 427 del Código Civil establece que los padres no están obligados a dar cuenta de su administración sino al terminar ésta, a no ser que el juez, a solicitud del consejo de familia, resuelva otra cosa. En ese sentido, el artículo 541, y sólo para el supuesto en que estemos frente a un tutor legítimo (padres, abuelos, etc.), hace aplicable a la tutela lo dispuesto en patria potestad. Y ello en lo que respecta a eximir al tutor de rendir cuentas anualmente. Esto se explica por el vínculo familiar consanguíneo en línea recta existente entre el pupilo y el tutor.

En el mismo sentido, Muro Rojo señala que: «Como se sabe, los llamados a ejercer la tutela legítima son, por lo general, los abuelos y demás ascendientes, eligiéndose entre ellos a los más próximos e idóneos, por lo que se estima que en función del grado de cercanía que tienen respecto del menor bajo tutela, el tratamiento relacionado con la rendición de cuentas debe ser similar al que corresponde a los padres en el ejercicio de la patria potestad; razón por la que se entiende procedente la exoneración de que trata este artículo.»[1056]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1057] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 541, en los términos siguientes:

> **Artículo 541**.- Obligación del tutor legítimo de dar cuenta
>
> El tutor legítimo sólo rinde cuentas al cesar en el cargo. No obstante, puede ser requerido judicialmente para rendirlas, en los casos que establece el artículo 542.

Nos parecía pertinente la fórmula propuesta para el artículo 541.

(1056) Muro Rojo, Manuel. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 337.
(1057) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 156-157.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Proceso de rendición y desaprobación de cuentas

Artículo 542.- La rendición, a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado. La presentación, en audiencia que el juez señalará al efecto y con presencia del menor si tiene más de catorce años, se hace por escrito, adjuntando copia de los documentos justificantes u ofreciendo otros medios probatorios. En la audiencia, el tutor proporcionará las explicaciones que le sean solicitadas.

La demanda de desaprobación se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento.

El texto señalado no responde al Código Civil de 1984, teniendo en cuenta que el artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicado el 22 abril de 1993.

El texto de la norma original era el siguiente:

***Artículo 542**.- La cuenta será rendida judicialmente, con audiencia del consejo de familia, y si fuera posible del menor, cuando éste tenga más de catorce años.*

El artículo 542 regula el proceso de rendición y desaprobación de cuentas. La norma señala que la rendición, a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado. Como se puede apreciar, este precepto responde a la regulación que al respecto introdujo el Código Procesal Civil en 1993. Se trata de una disposición meramente procedimental.

El artículo agrega que la presentación se hará por escrito, en audiencia que el juez señalará al efecto y con presencia del menor si tiene más de catorce años. Este precepto sigue la línea impuesta por el legislador de 1984 a este respecto, por lo que, si el pupilo ya tiene una edad apreciable (en el caso concreto, catorce años), se le citará para que participe en ella. La idea es que el menor vaya tomando conciencia y se acerque al conocimiento de los temas relativos al manejo de su propio patrimonio. Al fin y al cabo, cuando cumpla la mayoría de edad, él deberá hacerse cargo de ese patrimonio.

LEYSER MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 542 agrega que la presentación de las cuentas se hará por escrito, debiéndose adjuntar copia de los documentos justificantes u ofreciendo otros medios probatorios. En la audiencia, el tutor proporcionará las explicaciones que le sean solicitadas.

En caso la rendición de cuentas efectuada por el tutor no fuese satisfactoria, se podrá interponer demanda de desaprobación, la misma que deberá formularse, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas, tramitándose como proceso de conocimiento. Como puede observarse, el plazo establecido a este efecto es de caducidad y muy breve. La razón de esto es obtener, a la brevedad posible, firmeza sobre las cuentas formuladas por el tutor, a efectos de que pueda continuar desempeñando el referido cargo, con la tranquilidad que deben tener no sólo el menor sino él mismo.

En esa línea, Muro Rojo comenta que: «Aunque la norma no lo precisa, se puede entender que el titular de esta acción es el consejo de familia, ya que no podría ser el menor dada su edad y menos aún el tutor, que es quien ha presentado las cuentas impugnadas. La demanda solo procede luego de la previa rendición a que se refiere el literal anterior, y debe formularse dentro del plazo señalado en la norma. Vencido el plazo es imposible cuestionar el resultado de la gestión por otra vía, debido a que se trata de un plazo de caducidad.»[1058]

Por otra parte, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[1059] proponíamos otorgar al menor de catorce años que tenga la suficiente capacidad de discernimiento, el derecho concedido en el artículo bajo comentario, en razón a idénticas razones por las cuales en numerales precedentes le otorgábamos ese derecho.

Finalmente, en el año 2019,[1060] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 542, en los términos siguientes:

(1058) Muro Rojo, Manuel. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 338.
(1059) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 466.
(1060) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 157.

Artículo 542.- Proceso de rendición y desaprobación de cuentas

1.- Cualquier pariente o el Ministerio Público, pueden *(sic)* solicitar judicialmente que el tutor rinda cuentas. Dicha pretensión se tramita como proceso abreviado.

2.- El juez oirá al sujeto a tutela si tiene más de doce años y fuera posible su asistencia. El juez puede, a petición de parte o de oficio ordenar que se auditen las cuentas.

3.- La demanda de desaprobación se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento.

La norma propuesta por la comisión se basaba en la vigente, pero nos parecía más clara, porque en el inciso 1 se detallaba quiénes podían solicitar la rendición de cuentas.

En el inciso 2 se establecía que el juez deberá oír al sujeto de tutela, si tiene más de diecisiete años y fuera posible su asistencia.

En el inciso 3 se repetía la fórmula del último párrafo del artículo 542 en vigencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Plazo del tutor para rendir cuenta

Artículo 543.- Rendida la cuenta del primer año, el juez podrá resolver que las posteriores se rindan bienal, trienal o quinquenalmente, si la administración no fuera de entidad.

El contenido del artículo 543 es muy positivo, en la medida en que el orden, la pulcritud, el adecuado cumplimiento en la rendición de cuentas por parte del tutor, así como también la escasa existencia o incluso la inexistencia de bienes por parte del pupilo, podrá conllevar a que el juez no considere necesario que la rendición de cuentas se realice tan seguido. Es por ello que luego de rendidas las cuentas del primer año, la periodicidad se podría establecer en dos, tres o cinco años, según resulte conveniente a criterio del juez.

Es verdad que el artículo bajo comentario no hace referencia a que se pueda producir la situación inversa, en la cual la valiosa cuantía de los bienes del pupilo podría aconsejar una rendición de cuentas con una mayor periodicidad. Ello, lamentablemente, no está contemplado por la norma, situación que no daría margen de maniobra al juez para proceder en ese sentido si las circunstancias lo ameritaran.

Para Arias-Schreiber: «Se busca dotar de flexibilidad al ejercicio de la tutela, de manera que si ésta no recae sobre un patrimonio cuya importancia lo justifique, pueda dispensarse el tutor de la rendición de cuentas anual. Ello se deja al arbitrio del juez.»[1061]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1062] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 542, en los términos siguientes:

Artículo 543.- Plazo del tutor para rendir cuenta

Rendida la cuenta del primer año, el juez podrá resolver que las posteriores se rindan en períodos más amplios.

(1061) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 129.
(1062) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 157.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Preferimos la norma en vigencia, en la medida en que, más allá del tema de la diversa periodicidad que decidirá el juez, tal periodicidad mayor a un año, para la rendición de cuentas, debería seguir teniendo el límite establecido por el artículo 543, que es «si la administración no fuera de entidad».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aumento o disminución de la garantía del tutor

Artículo 544.- La garantía que preste el tutor puede aumentarse o disminuirse durante el ejercicio de la tutela.

Como hemos señalado en su momento, la garantía que debe constituir el tutor en beneficio de la tutela tiene por objeto cubrir los eventuales daños y perjuicios que tanto en el orden personal como patrimonial podría causar el tutor al pupilo. Es evidente que la garantía guardará directa relación con la magnitud o cuantía del patrimonio a administrar. Entonces, si, por diversas circunstancias, el patrimonio disminuyere (se entiende sin culpa o dolo del tutor, porque en este caso lo que correspondería sería su destitución), resulta lógico que se proceda en consecuencia con la garantía. Lo contrario sería procedente si la cuantía del patrimonio del menor hubiese aumentado. El tema, en realidad, no requiere de mayor explicación.

Adicionalmente, Aguilar Llanos advierte que: «Lo que no dice el legislador es qué pasa cuando el tutor no otorga la garantía necesaria, pudiendo hacerlo. Sobre el particular, nos parece que al no haberse cumplido tal exigencia legal, deberá convocarse a otra persona a la tutela, y el convocado se hará responsable de cualquier perjuicio económico que haya experimentado el patrimonio del menor, por la renuencia a asumir el cargo, no olvidemos que el cargo de tutor es obligatorio.»[1063]

(1063) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 536-537.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Depósito e inversión del saldo a favor del pupilo

Artículo 545.- Son aplicables los artículos 451 y 453 al saldo que resulte de la cuenta anual en favor del menor.

El artículo 451 establece que el dinero de los hijos, mientras se invierta con sujeción a lo dispuesto en el artículo 453, debe ser colocado en condiciones apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor.

Por su parte, el artículo 453 señala que el dinero del menor, cualquiera fuere su procedencia, será invertido en predios o en cédulas hipotecarias. Para hacer otras inversiones, los padres necesitan autorización judicial, la misma que será otorgada cuando lo requieran o aconsejen los intereses del hijo.

El artículo 545 establece que lo dispuesto en las dos normas transcritas es aplicable al saldo que resulte de la cuenta anual en favor del menor.

El sentido de protección del patrimonio del menor inspira este precepto, por lo que no resulta necesario mayor comentario al respecto. Remitimos al lector a nuestros comentarios formulados con ocasión del tratamiento de los artículos 451 y 453 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Actos del pupilo prohibidos antes de rendición

Artículo 546.- El menor, llegado a la mayoría, no podrá celebrar convenio alguno con su antiguo tutor antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final. Las disposiciones testamentarias del menor en favor del tutor tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referentes a la legítima.

El artículo 546 es una norma de importancia, pues tiene por finalidad el proteger al expupilo de algún eventual aprovechamiento por parte de su extutor. En razón a ello, establece la prohibición de celebrar cualquier convenio (entendemos que el legislador se ha referido a cualquier contrato, pero incluye cualquier otro pacto que no tenga contenido patrimonial) con su tutor, antes de aprobada la cuenta final.

Esto tiene por finalidad que el tutor no se aproveche de la juventud del pupilo y éste, ya mayor de edad y, por tanto, con plenas facultades y capacidad, dé por ciertas determinadas cuentas del tutor en lo que respecta al ejercicio del cargo que acaba de culminar, cuando en realidad ellas no respondan a la verdad. Esto, mientras no se haya aprobado la cuenta final.

La norma también se refiere a las disposiciones testamentarias del menor a favor del tutor, las mismas que tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referentes a la legítima. Esta salvedad se explica en la medida en que el expupilo estaría beneficiando a su extutor dentro de los márgenes permitidos por la ley. No obstante, en lo personal tenemos nuestras dudas sobre este tema, en la medida en que a pesar de que cualquier persona mayor de edad podría testar, en lo que respecta a la legítima hereditaria, no hay que olvidar que el testador acaba de dejar de ser pupilo del extutor y podría verse influenciado por él en lo que respecta a los bienes sobre los cuales sea beneficiado en el testamento, por más de que tales bienes respeten la legítima hereditaria.

Asimismo, Aguilar Llanos comenta que: «Sobre el particular es clara la norma contenida en el artículo 1628 del Código Civil, que refiere que la donación a favor de quien ha sido tutor o curador del donante, está sujeta a la condición suspensiva de ser aprobadas las cuentas, y pagado el saldo resultante de la administración, por lo tanto creemos que este artículo, en lo que se refiere al contrato de donación, termina modificando al 546, en tanto que sí permite,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

al menos, alguna clase de convenio entre el expupilo y el extutor, pero lo sujeta a condición suspensiva.»[1064]

En esa línea, el maestro Héctor Cornejo Chávez precisa que: «Esta salvedad planteada por el ponente, obedece al propósito de mantener la intangibilidad de la herencia legitimaria, cuya integridad sólo debe verse afectada por los casos de indignidad o desheredación (aparte, naturalmente, del de renuncia de la herencia). La norma contenida en el artículo 1628 según la cual la donación hecha al ex-tutor está sujeta a la condición suspensiva de que sean aprobadas sus cuentas y pagado el saldo de la administración, cumple con el mismo objetivo.»[1065]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1066] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 546, en los términos siguientes:

> **Artículo 546**.- Actos prohibidos del pupilo antes de rendición
>
> El sujeto a tutela, al término de ésta, no podrá celebrar convenio alguno con su antiguo tutor antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final. Las disposiciones testamentarias del sujeto a tutela en favor del tutor tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referentes a la legítima.

La comisión únicamente procedía a adecuar el artículo 546 al nuevo ámbito que tendría la tutela. Estábamos de acuerdo con la propuesta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1064) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 546.
(1065) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 396.
(1066) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 157-158.

Interés legal del saldo contra el tutor

Artículo 547.- Son aplicables a los intereses del saldo de la cuenta final las disposiciones contenidas en el artículo 430.

En primer lugar, una cuestión accesoria; y es que el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos consigna la palabra «interés» sin tilde, lo que, obviamente debería ser corregido.

En segundo lugar, la norma hace de aplicación a los intereses del saldo de la cuenta final las disposiciones contenidas en el artículo 430. Como se recuerda, el artículo 430 establece que el saldo que resulta en contra de los padres produce intereses legales desde un mes de la terminación de la patria potestad; obligación de carácter solidario. No vamos a abundar en comentarios a este respecto. Remitimos al lector a los comentarios que hemos formulado con relación al artículo 430, naturalmente y como corresponde en estos casos, *mutatis mutandis*.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1067] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 547, en los términos siguientes:

> **Artículo 547**.- Interés legal del saldo contra el tutor
>
> Si al concluir la tutela la cuenta arroja un saldo favorable, su entrega deberá ser inmediata. Cualquier demora está sujeta al pago de los intereses máximos permitidos por ley.

La norma propuesta por la comisión era defectuosa, en la medida en que todos sabemos que, cuando deba pagarse intereses y no se hubiere fijado la tasa, regirá la del interés legal.

En ese sentido, la propuesta contenida en el artículo 547 no hace referencia a alguna otra tasa específica, cuando alude a que «cualquier demora está sujeta al pago de los intereses máximos permitidos por ley». ¿Cuáles serán?

(1067) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 158.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

¿Acaso el promedio de la tasa activa, que constituye la TAMN? ¿Acaso la tasa activa más alta del mercado bancario? ¿Acaso alguna otra?

Ocurre que, para casos como éste, el régimen legal peruano no establece varias tasas de interés aplicables, sino exclusivamente la del interés legal.

Nada más.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PROHIBICIÓN DE DISPENSA DE OBLIGACIONES DEL TUTOR

Artículo 548.- Las obligaciones que impone este capítulo a los tutores no son susceptibles de dispensa.

Categórico es el artículo 548. Las obligaciones establecidas para los tutores son imperativas o de orden público. No cabe pacto distinto entre el tutor y nadie (consejo de familia, incluido). Se trata de una norma de evidente carácter imperativo sobre cuyas motivaciones no es necesario ahondar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Fin de la tutela

Artículo 549.- La tutela se acaba:

1.- Por la muerte del menor.

2.- Por llegar el menor a los dieciocho años.

3.- Por cesar la incapacidad del menor conforme al artículo 46.

4.- Por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del artículo 580.

5.- Por ingresar el menor bajo la patria potestad.

El artículo 549 establece en detalle los supuestos en que acaba la tutela. Veamos:

a) Por la muerte del menor (inciso 1)

El menor es el objeto central de la tutela, en resguardo de su persona y bienes. Por tanto, es natural que, si fallece el menor, se acabe la tutela.

b) Por llegar el menor a los dieciocho años (inciso 2)

Cuando el pupilo cumple dieciocho años deja de ser menor de edad y, por tanto, ya no requiere de la aplicación de esta institución supletoria de amparo.

c) Por cesar la incapacidad del menor conforme al artículo 46 (inciso 3)

Como se recuerda, el artículo 46 del Código Civil establece que la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Agrega la norma que la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Remitimos al lector, *mutatis mutandis*, a los comentarios que efectuamos sobre esta norma.

d) Por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del artículo 580 (inciso 4)

El artículo 580 del Código Civil fue derogado por el Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. Ello, al haberse reformado integralmente el régimen de las personas con incapacidad de ejercicio

INSTITUTO MARIO CASTILLO FREYRE

(tanto absoluta como relativa). El artículo hoy derogado señalaba que el curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos. En ese orden de ideas, correspondería derogar también el inciso 4 del artículo 549.

e) Por ingresar el menor bajo la patria potestad (inciso 5)

Al ser la tutela una institución supletoria de amparo, hemos visto que ella se aplica en tanto y en cuanto ninguno de los dos progenitores del menor ejerce la patria potestad. En ese sentido, si el menor ingresara (o reingresara) bajo la patria potestad de alguno de sus padres o de ambos, acabaría la tutela.

Asimismo, sobre la norma bajo análisis, Pedro Mejía comenta que: «La tutela es una institución supletoria de la patria potestad. Existe solo en la medida en que la patria potestad no esté presente, por ello no pueden subsistir juntas, debiendo, en dicho caso, extinguirse la tutela. Esta situación también se puede dar en el caso de que por mandato judicial se restituya al menor dentro de la patria potestad de su padre (antes suspendida), que es un supuesto contemplado como quinta causal de extinción de la tutela.»[1068]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1069] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 549, en los términos siguientes:

> **Artículo 549**.- Fin de la tutela
>
> La tutela se acaba: *(sic)*
>
> 1.- Por la muerte del sujeto a tutela.
>
> 2.- Por llegar el menor a los dieciocho años.
>
> 3.- Por ingresar el menor bajo la patria potestad.
>
> 4.- Por rehabilitación del interdicto o por cesar la causa que priva al sujeto de discernimiento.

Para los supuestos en que acaba la tutela, el proyectado inciso 1 contemplaba a la muerte, no sólo del menor, sino del sujeto a tutela.

(1068) Mejía Salas, Pedro. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 350.
(1069) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 158-159.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El inciso 2 se mantenía igual.

El inciso 3 se cambiaba a: «Por ingresar el menor bajo la patria potestad», lo que entendemos sería poco probable, en la medida en que si el menor ha ingresado a tutela o es porque carece de padres o es porque éstos han sido privados de la patria potestad. Dicho sea de paso, el grupo de trabajo empleaba la terminología que él mismo recusaba, vale decir, «patria potestad».

En el inciso 4 se agregaba «Por rehabilitación del interdicto o por cesar la causa que priva al sujeto de discernimiento». Ello era correcto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL CARGO DEL TUTOR

Artículo 550.- El cargo de tutor cesa:

1.- Por muerte del tutor.

2.- Por la aceptación de su renuncia.

3.- Por la declaración de quiebra.

4.- Por la no ratificación.

5.- Por su remoción.

El artículo 550 se encarga de regular los supuestos por los cuales cesa el cargo de tutor. En primer término, debemos señalar que la diferencia entre el fin de la tutela y el cese del cargo de tutor consiste en que en el primero de los casos acaba la tutela, no hay más tutela para el expupilo; en tanto que el cese del cargo de tutor se refiere al supuesto concreto de la persona que ejercía la tutela, cuyo cargo termina, debiéndose nombrar a un nuevo tutor que lo reemplace, porque el pupilo sigue requiriendo de un tutor. El único caso en que coincidirían ambos supuestos sería aquel en el cual el tutor muera el mismo día en que acaba la tutela, por lo demás exótico.

A continuación, nuestro análisis de los supuestos contenidos en el artículo bajo comentario:

a) , Por muerte del tutor (inciso 1)

El cargo de tutor cesa con la muerte de quien viene ejerciendo la tutela. Eso es evidente.

b) Por la aceptación de su renuncia (inciso 2)

Nótese que el inciso 2 del artículo 550 indica que el cargo de tutor cesa con la aceptación de la renuncia y no con la renuncia en sí misma. Ello, en tanto y en cuanto la renuncia podría no ser aceptada, en la medida en que se descubra que ese tutor deba ser destituido del cargo. Además, el cese del cargo de tutor va a implicar la existencia de diversas formalidades que resulta necesario cumplir, empezando por la aprobación de las cuentas de la tutela. De ahí que la sola renuncia no ponga fin al cargo de tutor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, Aguilar Llanos precisa que: «Sobre el particular, pareciera que la norma terminaría siendo incongruente con la obligatoriedad del cargo, sin embargo hay casos en que el tutor está obligado a renunciar cuando le ha sobrevenido un impedimento, que no existía cuando asumió el cargo, o se le permite renunciar cuando le ha sobrevenido una causal de excusa, o el caso específico del artículo 552, que permite renunciar al tutor dativo que haya desempeñado el cargo 6 años, justificándose tal norma, pues entiende el legislador que ha cumplido su deber de solidaridad social, situación en la que habrá que nombrar a otro tutor que haga efectivo su deber social.»(1070)

c) Por la declaración de quiebra (inciso 3)

Quien no sabe o no puede administrar su propio patrimonio, menos lo sabrá hacer con un patrimonio ajeno. En razón a ello, lo dispuesto por el inciso 3. Recordemos que el Código Civil entró en vigencia cuando regía en el Perú la Ley de Quiebras, Ley n.º 7566. Hoy rige la Ley Concursal, Ley n.º 27809, a cuya terminología habría que adecuar el entendimiento del inciso bajo comentario.

Adicionalmente, Peralta Andía señala que: «Existe una aparente duplicidad entre el inciso 7 del artículo 515 y el inciso 3 del artículo 550, lo que debe interpretarse como que la declaratoria de quiebra produce ipso facto la cesación del cargo, mientras que las otras causas de incapacidad producen ese efecto sólo cuando la renuncia es aceptada.»(1071)

d) Por la no ratificación (inciso 4)

La no ratificación en el cargo de tutor implica que habiendo sido nombrado tutor, tal nombramiento no es ratificado por el juez. Ello puede ocurrir por las más diversas razones.

Al respecto, Cornejo Chávez comenta que: «En general, el tutor no está sujeto a la formalidad de ratificación. Excepcionalmente, lo está en un caso: cuando se trata de tutor dativo. Este, conforme al artículo 509, debe ser ratificado cada dos años por el consejo de familia. La razón es que el tutor dativo ni siempre es pariente cercano (como lo es el legítimo), ni tiene el aval que significa la designación hecha por los padres, los

(1070) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 548.
(1071) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 567.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

abuelos o el testador interesado en la suerte del menor. Requiere, por ello, la reconsideración periódica de la conveniencia o inconveniencia de mantenérselo en el ejercicio del cargo. De ahí la ratificación bienal. Esta debe producirse dentro de los treinta días de vencido el período. La ratificación es automática si el consejo de familia no se pronuncia en ese plazo.»[1072]

e) Por su remoción (inciso 5)

La remoción del cargo de tutor implica una pérdida de confianza basada en el incumplimiento de sus deberes. Es natural que conlleve al automático cese del cargo de tutor.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1073] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 550, en los términos siguientes:

> **Artículo 550**.- Causales de extinción del cargo del *(sic)* tutor.
>
> El cargo de tutor cesa:
>
> 1.- Por muerte del tutor.
>
> 2.- Por la aceptación de su renuncia.
>
> 3.- Por la declaración de quiebra.
>
> 4.- Por su remoción.

Este artículo suprimía una causal de extinción del cargo de tutor; y era la relativa a la no ratificación (actual inciso 4). El grupo de trabajo no explicaba el porqué.

(1072) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 398.

(1073) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 159.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efectos de la muerte del tutor

Artículo 551.- Los herederos del tutor, si son capaces, están obligados a continuar la gestión de su causante hasta que se nombre nuevo tutor.

Con lo dispuesto por el artículo 551 se pretende que el menor no quede en desamparo entre la muerte del tutor y el nombramiento de uno nuevo. En tal sentido, los herederos del tutor ejercerán interinamente el cargo hasta que se produzca el nombramiento de un nuevo tutor. Entendemos que, al tratarse de una situación de emergencia y de una tutela interina, tales herederos no deberían excusarse del cargo de tutor. No obstante, las causales de excusa están reguladas en el ya analizado artículo 518 del Código Civil, y no habría inconveniente conceptual para que los herederos del tutor fallecido recurran a formularla.

Adicionalmente, Pedro Mejía precisa que: «En todo caso, tales herederos vienen a ser en el fondo una nueva clase de tutores legítimos temporales o transitorios, que, si no tienen que discernir del cargo –ni aunque dudosamente, ofrecer garantía o levantar inventario– se supone que sí deben rendir cuentas y cumplir todas las obligaciones propias de la tutela.»[1074]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1075] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 551.

En su momento consideramos que esto era absurdo. La comisión señalaba en su exposición de motivos que:

> «Con este artículo se ha deseado prevenir que el menor pueda encontrarse en situación de desprotección, evitando el desamparo del pupilo y ordenando que sean los herederos capaces del tutor fallecido, los obligados a continuar la gestión de su causante hasta que se nombre nuevo tutor. –Cabe precisar que el Código no señala, excepto en el caso de que el nuevo tutor sea

(1074) Mejía Salas, Pedro. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo III, p. 234.

(1075) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 159.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> dativo, hasta cuándo habrán los herederos de continuar con la gestión tutelar–. Se estima necesario derogar este artículo.»[1076]

Entonces, luego de señalar las razones de la existencia de este precepto y sus supuestas bondades, la comisión se limitaba a decir: «Se estima necesario derogar este artículo». Nada más.

No entendíamos tal proceder, el mismo que pudiera obedecer a que la elaboración de la exposición de motivos del anteproyecto del 2019 no corresponde al mismo autor del articulado. Esto ya lo advertimos en *Tentaciones académicas 2*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1076) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil Peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 139.

Renuncia del tutor dativo

> **Artículo 552**.- El tutor dativo que haya desempeñado el cargo seis años puede renunciarlo.

Como hemos estudiado, la tutela dativa está regulada en el artículo 508, precepto que establece que a falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor. El precepto agrega que el consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

La ley estima que, si el tutor ya cumplió seis años en el ejercicio del cargo, puede renunciar a él. El legislador de 1984 ha señalado este plazo por creer que es suficiente cumplimiento con la sociedad el haber desempeñado por seis años una labor en beneficio de un menor que se hallaba en desamparo jurídico.

Adicionalmente, Cornejo Chávez precisa que: «Este caso es exclusivamente aplicable al tutor dativo. Los de las otras clases tienen que seguir ejerciendo el cargo mientras no surjan causales de impedimento o excusas. También en este caso, el renunciante tiene que continuar en la gestión hasta que se le releve.»[1077]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1078] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 552, en los siguientes términos:

> **Artículo 552**.- Facultad de renuncia del tutor dativo.
>
> El tutor dativo que haya desempeñado el cargo tres años puede renunciarlo.

En realidad, las exposiciones de motivos de la comisión del 2019, relativas al Libro de Derecho de Familia, no explicaban el porqué de las reformas.

(1077) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 399.
(1078) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 159-160.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sólo se exponía el tema que regula cada uno de los artículos del Código Civil, que se propone reformar, sin dar razón alguna.

Esta norma no fue la excepción.

Por nuestra parte, debemos entender que el plazo de seis años se consideraba excesivo y que por tal razón se reducía a la mitad, pero se trata sólo de una especulación nuestra. Nada más.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Continuidad de la tutela

Artículo 553.- El tutor que renuncie la tutela, así como aquél cuyo nombramiento sea impugnado, debe ejercer el cargo hasta que se le releve.

Lo dispuesto por el artículo 553 se explica en razón de que la renuncia no pone fin al cargo de tutor, sino su aceptación, tal como lo establece el artículo 550, inciso 2, antes estudiado. Dentro de tal orden de ideas, tiene plena lógica que el tutor que renuncie al cargo debe ejercerlo hasta que se le releve.

Lo mismo ocurre con aquél cuyo nombramiento hubiese sido impugnado. También deberá ejercer el cargo hasta que sea relevado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Causales de remoción del tutor

Artículo 554.- Será removido de la tutela:

1.- El que incurra en alguno de los impedimentos del artículo 515, si no renuncia al cargo.

2.- El que cause perjuicio al menor en su persona o intereses.

El artículo 554 regula los casos de remoción del cargo de tutor. Veamos:

a) El que incurra en alguno de los impedimentos del artículo 515, si no renuncia al cargo (inciso 1)

Como se recuerda, el artículo 515 establece los impedimentos para ejercer la tutela. El tema ha sido estudiado a profundidad y a él remitimos al lector. Tiene plena lógica que, si fue nombrado y aceptó el cargo quien no debió ser nombrado ni aceptar el cargo, precisamente por el impedimento, dicha persona tenga que ser removida del cargo.

b) El que cause perjuicio al menor en su persona o intereses (inciso 2)

Si el tutor causare perjuicio a la persona o patrimonio del pupilo, pues deberá ser removido del cargo. No hay más, pues estaría atentando contra los fines específicos de la tutela.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1079] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 554, en los siguientes términos:

Artículo 554.- Causales de remoción del tutor.

1.- Será removido de la tutela:

a) El que incurra en alguno de los impedimentos del artículo 515, si no renuncia al cargo.

(1079) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 160.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) El que incumpla lo dispuesto en los artículos 531, 532, 533 y 538.

c) El que cause perjuicio al sujeto a tutela en su persona o intereses.

2.- Cualquiera puede denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción.

El grupo de trabajo incluía en esta norma, un inciso que señalaba que será removido del cargo de tutor, el que incumpla lo dispuesto en los artículos 531, 532, 533 y 538.

Además, agregaba un extremo a la norma, que especificaba que cualquiera podía denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción.

La exposición de motivos nada decía sobre el particular, a pesar de lo cual nos parecían adecuadas las propuestas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Suspensión provisional del tutor

Artículo 555.- El juez, después de presentada la demanda de remoción, puede suspender provisionalmente al tutor, si existe peligro en la demora.

El artículo 555 establece una medida cautelar. No es que después de presentada la demanda de remoción, el tutor cese automáticamente en el cargo. Ello resulta evidente. Pero también es claro que mientras se decide la pretensión solicitada, el tutor podría seguir causando perjuicio al menor. En ese sentido, el juez podría decretar su suspensión provisional en el cargo. Resulta natural que, si la demanda no prosperara, el tutor seguiría ejerciendo el cargo y se dejaría sin efecto la suspensión decretada.

Para Arias-Schreiber: «Se busca evitar perjuicios en la persona o el patrimonio del menor, de manera que el juez podrá suspender las funciones del tutor, aun cuando todavía no se haya decidido su remoción. La medida es acertada y se explica por sí misma.»[1080]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1081] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 555, en los siguientes términos:

Artículo 555.- Suspensión provisional del tutor

1.- La pretensión de remoción se sustancia como proceso abreviado. El juez oirá al sujeto a tutela, si fuere factible.

2.- El juez en cualquier estado del proceso, a petición de parte o de oficio y mediante resolución motivada, puede suspender provisionalmente al tutor en el ejercicio de su cargo.

Esta propuesta de reforma la considerábamos intranscendente. Decimos esto porque su inciso 2 no aportaba algo nuevo.

(1080) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 136.

(1081) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 160-161.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La norma actual hace referencia al momento posterior a la presentación de la demanda de remoción. La norma propuesta aludía a «en cualquier estado del proceso». Es claro que el proceso comienza con la interposición de la demanda; no antes.

La norma propuesta aludía a petición de parte o de oficio. El artículo en vigencia no distingue ambos supuestos.

En tercer lugar, la norma en vigencia alude al peligro en la demora, lo que es omitido en la norma propuesta; pero, al fin y al cabo, es lo mismo, ya que debería haber peligro en la demora, pues caso contrario no cabría proceder de esta forma.

La resolución motivada es una exigencia de orden constitucional, razón por la cual constituye una demasía el que la ley la requiera.

Por lo demás, la exposición de motivos no explicaba las razones de la propuesta de reforma legislativa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Protección del menor y de sus bienes en el juicio

Artículo 556.- Contestada la demanda por el tutor testamentario o legítimo, se encargará del menor y de sus bienes, durante el juicio, un tutor legítimo y, a falta de éste, uno dativo.

En el supuesto de que se hubiere demandado la remoción del cargo de tutor, en caso éste fuere testamentario o legítimo, es claro que, si se pusiera en suspenso el ejercicio del cargo de tutor, habrá que nombrar un tutor provisional. Habrá entonces que nombrar, mientras tanto, a un tutor legítimo, si ello fuera posible. En caso no lo fuere, se nombrará a un tutor dativo que ejerza el cargo de manera provisional.

Adicionalmente, Manuel Muro y Alfonso Rebaza precisan sobre la aplicación de este artículo al tutor dativo que: «Ahora bien, del texto de la norma se aprecia la referencia al juicio que se hubiere iniciado contra el tutor testamentario o legítimo, lo cual aparentemente dejaría de lado la posibilidad de aplicar esta norma a un tipo de tutela distinta de la testamentaria o legítima. Al respecto, Cornejo plantea: En primer lugar, se pregunta si esta precaución debió extenderse al caso del tutor dativo nombrado por el juez; a lo que responde que "no era necesario, ya que el juez puede resolver sin más trámite la remoción, como hubiera podido hacerlo el consejo de familia cuyas atribuciones ha asumido el juez". De otro lado, se plantea la cuestión de si el tutor oficioso y el estatal pueden también ser removidos. Al respecto, el autor citado sostiene que "sí puede serlo, cuando se trata de un particular que ha acogido al menor, mas no en los demás casos, para los cuales el Código de los Niños y Adolescentes y las reglas administrativas prevén otro tipo de controles". Queda claro, entonces, que la norma bajo análisis resulta plenamente aplicable al supuesto en que la tutela sea ejercida, ya sea por un tutor oficioso o dativo.»[1082]

(1082) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 364.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1083] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 556, en los siguientes términos:

> **Artículo 556**.- Protección del menor y de sus bienes en el juicio
>
> Ordenada la suspensión, se encargará del sujeto a tutela y de sus bienes un tutor legítimo y, a falta de éste, uno dativo *(sic)*

La comisión proponía cambiar aspectos accesorios de este artículo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1083) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 161.

Remoción del tutor a pedido del pupilo

Artículo 557.- El menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor.

Por medio de la segunda disposición final del Decreto Ley n.° 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, aparentemente se modificó el presente artículo; no obstante, el referido Decreto Ley no propuso texto modificatorio alguno, motivo por el cual el texto original se mantuvo vigente.

Hemos señalado en reiteradas ocasiones que las normas referidas a la tutela brindan en diversos casos la posibilidad de que el pupilo intervenga, cuando haya cumplido determinada edad. En el supuesto del artículo 557 se le otorga, a partir de los catorce años, la facultad de pedir al juez, por sí mismo, la remoción de su tutor. Es evidente que nadie mejor que él podrá conocer de primera mano algunas irregularidades cometidas por ese tutor. Estamos de acuerdo con lo dispuesto por la norma bajo comentario.

Para Arias-Schreiber: «Se ha seguido la regla contenida en el artículo 547 del Código Civil de 1936, en el entendimiento de que el menor de más de catorce años está capacitado para apreciar la idoneidad de su tutor, y de ahí que se le conceda la posibilidad de actuar pidiendo su remoción. Naturalmente, ésta deberá estar fundada en alguna de las causales que señala el artículo 554.»[1084]

El precepto concuerda con la disposición del numeral 530, que confiere al menor de más de catorce años capacidad para recurrir al juez contra los actos del tutor.

Antes de terminar nuestros comentarios, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[1085] también concedíamos el derecho que otorga la norma a los menores de catorce años que tengan la suficiente capacidad de discernimiento.

(1084) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 137.
(1085) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 468.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019, la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 557, en los siguientes términos:

> **Artículo 557**.- Remoción del tutor a pedido del pupilo
>
> El adolescente puede pedir al juez la remoción de su tutor.

La comisión rebajaba la edad del menor para que pueda pedir la remoción de su tutor. Hoy requiere tener catorce años. Con la modificación sólo requeriría ser adolescente (doce años).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligados a solicitar la remoción del tutor

Artículo 558.- Los parientes del menor y el Ministerio Público están obligados a pedir la remoción del tutor.

El artículo 558 establece que los parientes del menor y el Ministerio Público están obligados a pedir la remoción del tutor. Ello, naturalmente, cuando se presentare alguna causal que conllevara a que se pueda configurar un pedido de esta naturaleza. Nótese que la norma tiene carácter imperativo, razón por la cual su ejercicio no es voluntario, sino obligatorio. La omisión dolosa o culposa del mismo podrá acarrear en los obligados el pago al menor de una indemnización de daños y perjuicios (patrimoniales y morales), si fuera el caso.

En esa línea, Cornejo Chávez precisa que, «Acerca de a quiénes compete la iniciativa de la remoción, la ley determina que están obligados a pedirla los parientes del menor y el Ministerio Público; que también puede pedirla el mismo menor, si tiene al menos 14 años; que cualquiera puede denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción; y que si el juez tiene conocimiento de algún perjuicio que el tutor cause al menor, convocará de oficio al consejo de familia para que proceda, según las circunstancias, a usar de sus facultades en beneficio de aquél.»[1086]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1087] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 558, en los siguientes términos:

> **Artículo 558**.- Obligados a solicitar remoción del tutor
>
> Los parientes del sujeto a tutela y el Ministerio Público están obligados a pedir la remoción del tutor.

En este artículo la comisión adecuaba la redacción de la norma al concepto que proponía se maneje en torno al sujeto a tutela.

(1086) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 400.
(1087) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 161.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Denuncia al tutor

Artículo 559.- Cualquiera puede denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción.

La denuncia al tutor no es, en estricto, un pedido de remoción del cargo. Ella consiste en poner en conocimiento de la autoridad judicial hechos que puedan dar lugar a la remoción del tutor, es decir, de aquellos contemplados por el artículo 554 del Código Civil.

En adición, Muro y Rebaza comentan que: «El carácter público y el interés social inherentes a la tutela determinan su atención preferente por parte del Estado. En efecto, se encuentran en juego los intereses de un menor que podría encontrarse desprotegido. Es con la finalidad de evitar esta consecuencia que nuestro ordenamiento ha previsto diversos mecanismos para detectar todos los supuestos en que el tutor incurra en inconductas que ameriten su remoción. Así, por ejemplo, atendiendo a la dificultad que presenta tomar un conocimiento real de la conducta del tutor, nuestro ordenamiento ha legitimado a la colectividad en su conjunto para denunciar las conductas del tutor que incurra en alguna de las causales de remoción tipificadas por ley, conforme se desprende del artículo 559 del Código Civil. Al respecto, debe tenerse en cuenta que se trata de una denuncia que pueda ser ejercitada a criterio del tercero. En efecto, de acuerdo al artículo precitado, la iniciativa de remoción de la tutela del menor es facultativa tratándose de las personas en general. No obstante, nuestro ordenamiento ha establecido que, verificada una causal que dé origen a la remoción del tutor, el ejercicio de la acción deviene en obligatorio tratándose de los parientes del menor y del Ministerio Público.»[1088]

(1088) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 364.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Convocatoria al consejo de familia

Artículo 560.- Si el juez tiene conocimiento de algún perjuicio que el tutor cause al menor, convocará de oficio al consejo de familia para que proceda, según las circunstancias, a usar de sus facultades en beneficio de aquél.

Como veremos oportunamente, el artículo 619 del Código Civil establece que habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. También lo habrá, aunque viva el padre o la madre en los casos que señala el propio Código.

Por su parte, el artículo 647 establece las atribuciones del consejo de familia; a saber: 1.- Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales, conforme a este Código; 2.- Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre; 3.- Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre, y removerlos a su juicio; 4.- Provocar la remoción judicial de los tutores y curadores legítimos, de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el juez; 5.- Decidir, en vista del inventario, la parte de rentas o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del incapaz, en su caso, y en la administración de sus bienes, si los padres no la hubieran fijado; 6.- Aceptar la donación, la herencia o el legado sujeto a cargas, dejado al menor o, en su caso, al incapaz; 6.- Autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad, uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el juez; 7.- Determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador, según el caso, la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del menor o incapaz; 8.- Indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta; 9.- Ejercer las demás atribuciones que le conceden este Código y el de Procedimientos Civiles.

En razón a las facultades del consejo de familia es que se entiende lo dispuesto por el artículo 560, en el sentido de que, si el juez tuviere conocimiento de algún perjuicio que el tutor cause al menor, convocará de oficio al consejo de familia para que proceda, según las circunstancias, a usar de sus facultades en beneficio de aquél. El sentido y claridad del precepto nos releva de mayores comentarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Muro y Rebaza, citando a Planiol y Ripert, indican que: «Entre las facultades y atribuciones del consejo de familia encontramos que es este el que nombra al tutor siempre que no hubiera tutor legal ni testamentario; puede, asimismo, decretar la destitución o exclusión del tutor, entre otros. El consejo de familia, en suma, decide sobre los principales actos que interesen a la persona del pupilo.»[1089]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1090] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 560, no habiendo explicado las razones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1089) *Ibidem*, p. 374.

(1090) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 161.

Acciones recíprocas del pupilo y tutor

Artículo 561.- Es aplicable a las acciones recíprocas del menor y del tutor lo dispuesto en el artículo 432.

El artículo 432 del Código Civil establece que las acciones que recíprocamente asistan a los padres y al hijo por razón del ejercicio de la patria potestad se extinguen a los tres años de aprobada la cuenta final. Agrega la norma que ella no es aplicable a la acción relativa al pago del saldo que resulte de dicha cuenta, la cual prescribe dentro del plazo señalado para la acción personal. Hacemos aplicable a la tutela, *mutatis mutandis*, los comentarios vertidos por nosotros al analizar el artículo 432.

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1091] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 561, en los términos siguientes:

> **Artículo 561**.- Acciones recíprocas del pupilo y tutor
>
> Las pretensiones relativas al ejercicio de la tutela, prescriben a los tres años de aprobada la cuenta. Las relativas al pago del saldo de la cuenta prescriben en el plazo señalado para las acciones personales.

Carece de objeto la modificación del artículo 561. Hoy, por la remisión al artículo 432, la norma dice lo mismo. Sólo habría que variar la expresión «del menor» por «del sujeto a tutela».

(1091) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 161-162.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prescripción de la acción contra el juez

Artículo 562.- Las acciones de responsabilidad subsidiaria contra el juez prescriben a los seis meses contados desde el día en que se hubieran podido interponer.

El tema de la responsabilidad civil de los jueces está regulado, en términos generales, por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la misma que establece que, «Los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causan, con arreglo a las leyes de la materia. Son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Las acciones derivadas de estas responsabilidades se rigen por las normas respectivas»[1092]. Como se aprecia, el plazo de prescripción de las pretensiones indemnizatorias contra los jueces, en este caso, es de seis meses.

El artículo 562 del Código Civil se encarga de regular un supuesto especial de responsabilidad civil de los jueces, que es el derivado de su conocimiento de casos de tutela, en que, por acción u omisión del juez, se hubiere causado daños o perjuicios al pupilo. En este supuesto, las acciones de responsabilidad subsidiaria contra el juez prescriben a los seis meses contados desde el día en que se hubieran podido interponer. Se trata de un plazo de prescripción bastante breve, tanto que perfectamente hubiera podido ser de caducidad. Lo que se busca, en el caso concreto, es que el expupilo que hubiese sido perjudicado accione a la brevedad posible. Si todavía fuese menor de edad, entonces, será su tutor el encargado de interponer las respectivas acciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1092) Artículo 200 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tutor oficioso

Artículo 563.- La persona que se encargue de los negocios de un menor, será responsable como si fuera tutor. Esta responsabilidad puede serle exigida por el Ministerio Público, de oficio o a pedido de cualquier persona.

El juez, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que se regularice la tutela. Si ello no fuera posible, dispondrá que el tutor oficioso asuma el cargo como dativo.

La figura del tutor oficioso es muy parecida a la del gestor de negocios. Como sabemos, de acuerdo con el artículo 1950 del Código Civil, quien, careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste.

En el caso de la tutela existe la figura del tutor oficioso, regulada por el artículo 563, norma que establece que la persona que se encargue de los negocios de un menor será responsable como si fuera tutor. Esta responsabilidad puede serle exigida por el Ministerio Público, de oficio o a pedido de cualquier persona.

Entendemos que, en la práctica, podría tratarse de dos o más personas quienes se encarguen a la vez de esta labor.

En el caso de la gestión de negocios, el artículo 1951 establece la responsabilidad solidaria para ellos. No podríamos concluir lo mismo con respecto al caso de la tutela oficiosa, en la medida en que el artículo 1183 señala que la solidaridad sólo nace cuando la ley o el contrato la establezcan en forma expresa; de modo tal que la solidaridad no podría ser aplicada por extensión o por analogía; y no creemos que el caso sea asimilable a un supuesto de responsabilidad extracontractual.

El artículo 563, bajo comentario, establece que el juez, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que se regularice la tutela, lo que implica que el tutor oficioso sea nombrado formalmente como tutor. Si ello no fuera posible, dispondrá que el tutor oficioso asuma el cargo como dativo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre la tutela oficiosa, recordemos, como señala Aguilar Llanos que: «Razones de índole estrictamente moral y que revelan una gran solidaridad social, pueden llevar a una persona a cuidar a un menor como si fuera hijo propio, dedicarle atención preferente, alimentándolo, educándolo, asistiéndolo y, en fin, proporcionándole un trato paternal o maternal. Sin embargo, nadie lo ha nombrado guardador de este infante, pese a que está asumiendo todas las funciones inherentes al cargo de tutor. En esta situación es indudable que estamos ante un tutor oficioso, pues ejerce el cargo sin título, y merece un tratamiento legal, en particular para regularizar su situación y poder tener al niño o adolescente en forma regular, sin que le ocasione problemas de orden policial o judicial.»[1093]

Adicionalmente, para Arias-Schreiber: «Este numeral se refiere al llamado "tutor oficioso" o tutor "de hecho", que en realidad no constituye verdaderamente un tutor, puesto que no se han reunido los requisitos y formalidades establecidos por la ley. La finalidad de la norma no es otra que la de establecer la responsabilidad en que incurre quien actúa como tal.»[1094]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1095] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 563, en los términos siguientes:

> **Artículo 563**.- Tutor oficioso
>
> 1.- La persona que se encargue de la empresa del sujeto a tutela, será responsable como si fuera tutor. Esta responsabilidad puede serle *(sic)* exigida por el Ministerio Público, de oficio o a pedido de cualquier persona.
>
> 2.- El juez, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que se regularice la tutela. Si ello no fuera posible, dispondrá que el tutor oficioso asuma el cargo como dativo.

El primer párrafo de la norma en vigencia fue tomado como base para el inciso 1, propuesto por la comisión.

La exposición de motivos nada aportaba.

(1093) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 527.
(1094) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 140.
(1095) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 162.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO SEGUNDO
CURATELA

Personas sujetas a curatela

Artículo 564.- Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8.

El artículo citado no corresponde al texto original de 1984. El mismo fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. La norma original era la siguiente:

***Artículo 564**.- Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 8.*

La curatela es la institución del Derecho de Familia que protege a los sujetos con capacidad de ejercicio restringida y a sus bienes.

La Casación n.° 2690-2012-Amazonas, de fecha 12 de julio de 2012, obviamente anterior a la reforma del Decreto Legislativo n.° 1384, Ley de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, definía la curatela de la siguiente manera: «[La] curatela es la institución supletoria de amparo establecida, a favor de los mayores de edad que se encuentran privados de discernimiento, siendo que en el caso de autos, se demanda la interdicción civil por incapacidad absoluta de ejercicio [...]. En tal sentido, cabe señalar que el curador procesal, es un órgano de auxilio judicial, conforme lo señala el artículo 55 del Código Procesal Civil; el curador procesal se designa por el juez en los casos previstos por ley como una garantía para los justiciables a fin de proteger sus derechos al interior de un proceso judicial.»[1096]

Ahora bien, como hemos señalado en reiteradas ocasiones a lo largo de este libro, el Decreto Legislativo n.° 1384, que regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, constituyó la reforma más importante que ha

(1096)Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 561.

tenido el Código Civil de 1984. Ella modificó drásticamente los conceptos de incapaces absolutos y de incapaces relativos, bajo la premisa de que las únicas personas absolutamente incapaces son los menores de dieciséis años (argumento del inciso 1 del artículo 43).

La curatela para las personas naturales ha quedado circunscrita a parte de las que ahora se denominan personas con capacidad de ejercicio restringida, contenidas en los incisos 4,5,6,7 y 8 del artículo 44 del propio Código, vale decir, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Sobre este particular remitimos al lector a los comentarios formulados en nuestra obra Derecho de las personas. Naturales y jurídicas.(1097)

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1098) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 564, en los términos siguientes:

> **Artículo 564**.- Personas sujeta *(sic)* a asistencia
>
> Cuando una persona, debido a una disminución física, psíquica o sensorial, se encuentre en la imposibilidad, incluso temporal, de proveer al cuidado de los propios intereses o de administrar el propio patrimonio, el juez especializado en lo civil de familia de su domicilio, en proceso sumarísimo, procede al nombramiento de un asistente.

La redacción del artículo 564 pretendía ser adecuada al régimen del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. Sólo que la sumilla no debería decir «Personas», sino «Persona».

Con esta norma se desaparecería el régimen de la curatela y sería reemplazado por el régimen de asistencia. Pero dejamos sentado que consideramos que la curatela debe seguir existiendo para algunos casos especiales, como los de los incisos 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 44, ya que estas personas requieren de alguien que las represente (tal como lo dispone el artículo 45-A del Código, ya reformado por el citado Decreto Legislativo n.° 1384, cuando establece que estas personas «contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela»), más que de alguien que las acompañe; al igual que en otros casos, que veremos más

(1097) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 111-115.
(1098) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 162-163.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

adelante (curatela de bienes o de asuntos determinados) y que en nada colisionan con la reforma sobre discapacidad del año 2018.

Es más, la reforma de 2018 mantuvo la curatela en el artículo 564, precepto que ella misma se encargó de reformar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Fines de la curatela

Artículo 565.- La curatela se instituye para:

1.- Inciso derogado.

El inciso 1 fue derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El mismo que señalaba lo siguiente:

1.- Los incapaces mayores de edad.

2.- La administración de bienes.

3.- Asuntos determinados.

La curatela es para las personas mayores que necesitan amparo, lo que la tutela es para los menores sobre quienes ninguno de sus padres ejerce la patria potestad. El artículo 565 se encarga de establecer los casos para los cuales se instituye. Como se aprecia de los diversos supuestos que el Código Civil peruano de 1984 contempla para la curatela, ella aparentemente habría quedado circunscrita a supuestos que no contemplan la clásica curatela de representación de personas, pero, como acabamos de ver con ocasión del estudio del artículo 564, ello no es así.

Es verdad que el inciso 1 del artículo bajo comentario fue derogado por el Decreto Legislativo n.° 1384, de modo tal que los incapaces absolutos y relativos, a quienes en el régimen anterior se les aplicaba la curatela, pareciera que ya no se les aplicaría, pero ello no es así. Digo esto, en la medida en que el artículo 45-A del propio Código, norma también adicionada por el referido Decreto Legislativo n.° 1384, establece que «las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela». ¿Y quiénes son estas personas? Pues los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (inciso 1), quienes son representados por sus padres o tutores, según el caso.

Pero además están los pródigos (inciso 4); los que incurren en mala gestión (inciso 5); los ebrios habituales (inciso 6); los toxicómanos (inciso 7); y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (inciso 8).

EDUARDO CASTILLO FREYRE

En el mismo sentido, Plácido precisa que: «[...] con la modificación al artículo 3 del Código Civil –realizada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384– se reconoce la regla que "toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos" y se precisa que "las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida". No obstante, se admite que "la capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley". De acuerdo con ello, se reconocen como supuestos de restricción de la capacidad de ejercicio, a los desarreglos de la persona con trascendencia patrimonial (incisos 4, 5, 6 y 7 del artículo 44) y a la medida civil derivada de sanción penal (inciso 8 del artículo 44); casos que ahora son supuestos de curatela de bienes.»[1099]

Queda claro que estas personas ahora no tendrán curadores, pero sí representantes. Llama la atención cómo se dice que ahora estas personas no serán sujetos a curatela, pero sí estarán sujetos a la representación por parte de terceros. El actual representante es un curador con otro nombre.

Por otra parte, el artículo 565, señala ahora que la curatela ha quedado restringida a la administración de bienes (por ejemplo, en el caso del ausente) y a otros asuntos determinados (por ejemplo, una persona capaz que esté circunstancialmente impedida de atender un determinado asunto). De estos casos nos ocuparemos oportunamente.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1100] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 565, en los términos siguientes:

> **Artículo 565**.- Fines de la asistencia
>
> 1. El juez, al nombrar al asistente, establece cuales *(sic)* son los actos, incluso de naturaleza procesal, que este asistente tiene el poder de ejecutar en el interés del beneficiario.
> 2. Salvo que el juez disponga lo contrario, los actos distintos a la administración ordinaria no pueden ser ejecutados por el asistente sin autorización judicial. En caso de inobservancia, tales actos pueden ser anulados a pedido del Ministerio Público, del sujeto al régimen de asistencia o de sus herederos.

(1099) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.,* tomo III, p. 395.

(1100) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.,* 2020, p. 142.

En el inciso 1 de la propuesta se señalaba que cuando el juez instituya la asistencia establecerá cuáles son los actos, incluso de naturaleza procesal, que este asistente tiene el poder de ejecutar en el interés del beneficiario.

Entendemos que estas precisiones serían importantes en razón a que el grado de participación del asistente dependerá de las necesidades que presente el sujeto auxiliado por tal asistente.

En el inciso 2 se restringía la asistencia a los actos de administración ordinaria, salvo que el juez autorice lo contrario.

Pero dejamos sentado que sigue existiendo la curatela para los casos mencionados en nuestros comentarios del artículo 565.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Requisito indispensable para la curatela

Artículo 566.- No se puede nombrar curador para las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 en los numerales 4 al 7 sin que preceda declaración judicial de interdicción.

Este artículo no responde al texto original de 1984, ya que el mismo fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto de 1984 era el siguiente:

***Artículo 566**.- No se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44.*

La lógica del nombramiento de un curador se basa en que la persona sujeta a curatela necesita de alguien que lo represente, dada la situación en la que se encuentra. Dentro de tal orden de ideas, se requerirá de un proceso judicial para nombrarle a ese curador o representante. El tema, como es evidente, no es automático; y podría ocurrir que la persona en cuestión no acepte encontrarse dentro de los supuestos mencionados en los incisos 4 al 7 del artículo 44 del Código Civil.

Queda claro que el artículo 566 no menciona al inciso 8 del referido artículo 44, en la medida en que se trata de las personas que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Es, en buena cuenta, un supuesto de carácter objetivo, que no ofrecerá contradicción en los tribunales de justicia.

Por otro lado, el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Lima en 1999, determinó que: «El juez debe disponer de oficio el nombramiento de un curador procesal que representa al incapaz. En los procesos de interdicción y nombramiento de curador. ¿Es pertinente disponer de oficio, en la audiencia, el nombramiento de un curador procesal que represente al incapaz? El Pleno acordó por unanimidad: "Que en los procesos de interdicción y nombramiento de curador, el Juez debe disponer de oficio desde el admisorio el nombramiento de un curador procesal que representa al incapaz".»[1101]

(1101) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 565.

BRUNO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1102] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 566, en los términos siguientes:

> **Artículo 566**.- Actos realizados con la intervención del asistente
>
> El juez puede disponer que determinados actos pueden ser efectuados por el sujeto al régimen de asistencia sólo con la intervención del asistente. Si tales actos son efectuados sin la prescrita asistencia pueden ser anulados a pedido del asistente, del Ministerio Público, del sujeto a tal régimen o de sus herederos.

En principio, el sujeto a asistencia puede realizar actos por sí solo, pero esta norma señalaba que el juez podrá establecer qué actos deberá realizar necesariamente con la intervención del asistente.

Entendemos que el nombramiento del asistente, así como sus facultades y prerrogativas, así como las facultades de la persona sujeta a asistencia, deberán constar en el registro personal de aquella persona sometida al régimen de asistencia.

Entendemos también que todos los actos que esta persona celebre o realice antes de dicha inscripción son válidos (porque no se puede presumir la incapacidad), a menos que quien los haya celebrado adolezca de notoria disminución intelectual o de otro orden, que haga presumir que requiera de un asistente.

Complicado tema, por cierto.

Finalmente, reiteramos nuestros comentarios adversos a la idea de derogar la curatela.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1102) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 142.

Curador provisional

Artículo 567.- El juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional.

En primer término, debo señalar que me voy a tomar la licencia de emplear el término «interdicta», para referirme a la persona a quien se le priva provisionalmente de sus derechos civiles, a efectos de que sea representada por otra. Digo esto en la medida en que la palabra no es aceptada por la Real Academia Española. No obstante, se trata de un término de aplicación en el Derecho no sólo del Perú, sino de muchos países del mundo. Y, lamentablemente, no tiene un sinónimo aceptable. Van las disculpas del caso.

El supuesto jurídico base para que una persona pueda estar sujeta a curatela consiste en que ella sea declarada interdicta judicialmente. La antigua incapacidad relativa (hoy, capacidad de ejercicio restringida), regulada en los incisos 4 a 8 del artículo 44 del Código Civil, no aparece por arte de magia. Esto es evidente, en la medida en que resultaría imposible afectar los derechos que implica la plena capacidad de una persona, sin que ésta tenga la posibilidad de defenderse, si se le quiere declarar interdicta. Se tratará, entonces, de un proceso judicial en el que el juez de la causa tendrá que analizar el acervo probatorio y en el que, de seguro, van a actuar peritos que examinarán a la persona a quien se quiere declarar interdicta.

• Debemos precisar que, con la modificación operada por el Decreto Legislativo n.° 1384, de 2018, Ley de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la interdicción ha sido reemplazada o por los apoyos de los artículos 45 y 45-B y por la representación legal del artículo 45-A. Tema complejo y a veces ininteligible, por cierto. Pero queda claro que, en los casos de esta última norma, habrá que seguir un proceso para nombrar tal representante a la persona que se halle comprendida en alguno de los incisos (4 al 8) del artículo 44 del propio Código (antiguos incapaces relativos)

Lo que pasa es que este proceso judicial, más aún si la persona a quien se quiere declarar con capacidad de ejercicio restringida se defiende negando la existencia de la causal, tendrá una duración estimable en el tiempo. Ello podría conllevar a que la persona y su patrimonio se hallen expuestos y sin control verdadero hasta que acabe el proceso. En ese sentido, es que el artículo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

567, bajo comentario, contempla la posibilidad de que se nombre a un curador provisional (evidentemente, si el juez aprecia que ello resulta necesario), en tanto que, si se esperara contar con una sentencia firme, se podría consumar la vulneración de los derechos de la persona cuya capacidad se halla cuestionada.

Adicionalmente, el maestro Héctor Cornejo Chávez menciona que, «Esta facultad puede ser ejercida por el juez en cualquier estado del procedimiento o juicio de interdicción y no está sujeta, para el efecto de designar o escoger al curador interino, a norma alguna, que no sea, entendemos, el buen criterio del juzgador. Debe suponerse sin embargo, que ordinariamente esa designación recaerá, en lo posible, en la misma persona a quien luego se encomendará la curatela definitiva del incapaz.»(1103)

Resulta interesante mencionar también que un sector de la doctrina está en contra del proceso previo de declaración judicial de interdicción. Como indica Jorge Beltrán: «Siguiendo la línea de análisis realizada en torno al artículo 564 del Código Civil, somos de la opinión de que ya no debería de proceder el proceso de declaración judicial de interdicción, debiendo los jueces en el ejercicio de sus atributos, adecuarlo a los fines de la normativa vigente recurriendo para ello a los fines del proceso y sobre todo considerando las convenciones y tratados internacionales que al tener contenido inherente a los derechos humanos deben ser respetados sin objeción alguna en beneficio de las personas involucradas. Por lo expuesto, consideramos que el proceso de declaración judicial de interdicción puede irse adecuando a uno de régimen de asistencia, en concordancia con las nuevas posturas asumidas tanto en el Derecho comparado, como en la normativa vigente que le permite al juez nombrar a las personas con discapacidad apoyos y salvaguardas, por lo que con mayor razón a las personas con capacidad restringida se les puede nombrar en lugar de un curador propiamente dicho, un asistente, quien coadyuvará en su recuperación y en el ejercicio de sus actos, detentando el poder ejecutar todo aquello que sea a favor del interés del beneficiario.»(1104)

Coincidimos con el profesor Beltrán. El problema se presentará cuando haya oposición de la persona de que se trate, ya sea para que se le nombre apoyos (artículos 45 y 45-B) o para que se le nombre representante (artículo 45-A). Ahí habrá un proceso judicial, sí o sí.

(1103) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 416.
(1104) Beltrán Pacheco, Patricia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 400.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1105] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 567, en los términos siguientes:

> **Artículo 567**.- Cese del régimen de asistencia
>
> 1. Cuando el sujeto al régimen de asistencia, el asistente, los familiares o el Ministerio Público, consideran que ya no se verifican los presupuestos establecidos en el artículo *(sic)* podrán solicitar judicialmente el cese del régimen de asistencia, su sustitución o la modificación.
> 2. El juez amparará la pretensión solicitada cuando se compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, la necesidad del cese o de la sustitución.

En esta norma se regulaba el cese del régimen de asistencia.

En el inciso 1 se trataba acerca de los casos en que se solicita tal cese, por ya no requerirse la asistencia o que el régimen sea sustituido o modificado.

El inciso 2 pecaba por obvio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1105) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 164.

Normas aplicables de manera supletoria a la curatela

Artículo 568.- Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

Como hemos podido apreciar en el estudio de la tutela, el Código Civil de 1984 otorga un tratamiento bastante extenso a este tema. Asimismo, en no pocos casos, se aplica a la tutela preceptos propios de la patria potestad, en la medida en que algunas situaciones jurídicas son muy similares en una y otra figura.

En el caso de la curatela ocurre algo mucho más notorio. Como dijimos al comenzar el estudio de este tema, la curatela (hoy, también llamada representación por el artículo 45-A del Código Civil) es, para los mayores de edad que se hallan comprendidos en alguno de los supuestos de los incisos 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil, declarados como tales luego de un proceso judicial, lo que la tutela es para los menores de edad sobre quienes nadie ejerce la patria potestad. En ambos casos, sin tutor o curador, ambos grupos de personas no podrán ejercer sus derechos, en la medida en que requieren de alguien que los represente. Pero es evidente que la curatela también se contempla para una serie bastante grande de casos especiales, tal como venimos analizando en esta obra.

De esta forma, dada la similitud en las situaciones jurídicas de la tutela y la curatela, es que el artículo 568, bajo comentario, establece que rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo. No cabe duda de que este precepto es una norma de economía legislativa de innegable utilidad.

Para Cornejo Chávez (en comentarios efectuados sobre el artículo bajo análisis, obviamente mucho antes de la existencia del Decreto Legislativo n.º 1384, Ley de la capacidad de las personas con discapacidad): «Las razones en que se sustenta la curatela en general, y especialmente la curatela típica son las mismas en que se asientan la patria potestad y la tutela: el estado de desvalimento *(sic)* en que puede encontrarse una persona para ejercer sus derechos y cuidar sus intereses personales y patrimoniales; la injusticia que entrañaría el aprovechamiento por terceros inescrupulosos de tal situación de desamparo; el germen de disociación que ello implicaría si no se evitara, corrigiera y castigara; y los sentimientos de piedad filial, solidaridad familiar o social,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fraternidad humana o caridad cristiana que impulsan al hombre normal a defender y proteger a quienes se hallan en tal estado, dan sólida base a la figura protectora, en términos semejantes a los que valen para la tutela, aunque sin la primaria perentoriedad que reviste la patria potestad. Pónese así, una vez más, de manifiesto la integración de todas esas figuras en una sola institución amparadora: a la postre, todas persiguen el mismo fin, se apoyan en semejantes razones y se valen de parecidos medios. De aquí, también, que si son aplicables a la tutela diversas normas de la potestad paterna, sean también aplicables a la curatela todas las normas de la tutela que no aparezcan modificadas específicamente por reglas propias.»[1106]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1107] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 568, en los términos siguientes:

> **Artículo 568.-** Resoluciones judiciales y su inscripción en el registro
>
> Las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos precedentes deben ser inscritas en el Registro de personas naturales.

Este artículo establecía que las resoluciones judiciales sobre asistencia debían ser inscritas en el Registro de Personas Naturales, pero no abordaba el tema de los actos que fueron celebrados por la persona que requiera de asistencia antes de tal inscripción o, incluso, antes de que se expida la resolución judicial que da lugar a tal inscripción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1106) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 413.
(1107) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.,* 2020, p. 164.

Facultad para nombrar al propio curador

Artículo 568-A.-Facultad para nombrar su propio curador

Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).

El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez.

Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador.

Este artículo fue incorporado al Código Civil por el artículo 1 de la Ley n.° 29633, publicada el 17 de diciembre de 2010.

Como acabamos de ver, el artículo 568-A es un precepto introducido en el Código Civil en el año 2010. En cierta forma creo haber sido testigo (sólo testigo) de su gestación, al conversar con alguno de los abogados que, intuyo, tuvo que ver con la existencia de la propuesta legislativa.

Uno de los mayores temores de cualquier persona es quedar incapacitado o discapacitado a tal grado de no poder expresar claramente su voluntad. En este caso, como ocurre en no pocos supuestos, esta persona no podrá tener injerencia en nada, ya que no puede expresarse. Seguramente se le declarará interdicta y luego se le nombrará un curador (o, absurdamente, apoyo, en los términos del artículo 45, que no comprende al inciso 9 del artículo 44, es decir, a las personas que se hallen en estado de coma), quien, puede ocurrir que no sea del agrado o simpatía del discapacitado. Incluso podría llegar a presentarse el caso en que se nombre curador (representante) a un enemigo del discapacitado.

Entonces, ante estos temores respecto a la eventual ocurrencia de hipótesis como las descritas, es que el artículo bajo comentario introdujo en el Código Civil la posibilidad de que cualquier persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).

Nótese cómo no sólo se puede designar a un curador o representante, sino a más de uno, entendemos que para que ejerzan la curatela de manera conjunta o sucesiva. También se podría contemplar el supuesto de no aceptación o de previo fallecimiento o incapacidad de la persona o personas designadas, contemplando una relación de eventuales sustitutos.

El requisito formal es hacerlo por escritura pública, debiendo inscribir la designación en el Registro Personal.

Dentro de tal orden de ideas, la propia norma establece que el juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. Pero, adicionalmente se señala que la designación realizada por la propia persona vincula al juez, lo que equivale a decir que éste no podrá desconocerla y sustituirla por otra persona; ello, naturalmente, a menos que la persona designada haya muerto, se encuentre incapacitada para ejercer el cargo o no lo hubiere aceptado.

Y para evitar que el cargo de curador recaiga en enemigos de uno mismo, el artículo bajo comentario contempla, además de la posibilidad de nombrar curador (representante) o curadores (representantes), la de señalar en qué personas no deberá recaer tal designación.

Para Claudia Canales: «El artículo 568-A fue introducido por la Ley N° 29633, Ley que busca fortalecer la tutela del incapaz o adulto mayor a partir de la modificación de varias disposiciones del Código Civil. Con las modificaciones introducidas por la referida ley, se complementó la institución de la curatela, buscando que las personas mayores de edad tengan la posibilidad, cuando aún se encuentren en pleno uso de sus facultades, de nombrar a quien custodie sus intereses, frente a una incapacidad sobreviniente. Es, decir, será la propia persona la que decida quién en el futuro podrá tomar medidas no solo sobre su persona, sino también sobre sus bienes. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, la denominada autotutela, la voluntad anticipada o la penúltima voluntad, como la denomina la notaria Rosalía Mejía Rosasco.»[1108]

(1108) Canales Torres, Claudia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 411.

Finalmente, este artículo indica que la persona adulta también puede establecer el alcance de las facultades de las que gozará quien sea nombrado como curador (representante). Esto implicará que el designado podrá tener mayores o menores facultades de aquellas que normalmente debería tener un curador (representante) cualquiera. No obstante, en caso de que las facultades concedidas fueren menores a las que el Código Civil establece para un curador (o representante) y se requiriese la realización de un acto no permitido, resulta obvio que el curador designado deberá recurrir a la autoridad para recabar autorización judicial.

La introducción del artículo 568-A en el Código Civil constituyó, sin duda, todo un acierto.

Finalmente, debemos señalar que esta figura también sirve para nombrar apoyos a futuro, en previsión de que aquella persona que los nombre se llegara a encontrar en alguno de los supuestos contemplados por los artículos 45 o 45-B e incluso para los casos en que la persona en cuestión se pueda hallar en el futuro en estado de coma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prelación para la curatela legítima

Artículo 569.- Derogado. *Este artículo fue derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 569**.- La curatela de las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, corresponde:*

1.- Al cónyuge no separado judicialmente.

2.- A los padres.

3.- A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo.

La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia.

4.- A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.

5.- A los hermanos.

Este artículo fue modificado en un inicio por el artículo 2 de la Ley n.° 29633, publicada el 17 de diciembre de 2010, cuyo texto era el siguiente:

***Artículo 569**.- Prelación de curatela legítima*

A falta de curador nombrado conforme al artículo 568-A, la curatela de las personas mencionadas en los artículos 43, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde:

1.- Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el artículo 289.

2.- A los padres.

3.- A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al consejo de familia necesariamente.

4.- A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.

5.- A los hermanos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este artículo fue derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

Los artículos 569 a 572 del Código Civil fueron derogados por el Decreto Legislativo n.° 1384, del año 2018. En el caso concreto de la materia que era abordada por el artículo 569, ella pasa a ser regulada supletoriamente por el artículo 506, relativo a la tutela legítima, precepto que señala que a falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: 1.- El más próximo al más remoto; 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.

Debemos recordar que, en el año 2019,(1109) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 569, en los términos siguientes:

Artículo 569.- Aplicación supletoria de las reglas de la tutela

Rigen para el régimen de asistencia supletoriamente las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

La comisión del 2019 proponía que la norma establezca que: «Rigen para el régimen de asistencia supletoriamente las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo».

Esta norma se basaba en el actual artículo 568.

(1109) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 165.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Curadores legítimos interinos

Artículo 570.- Derogado. *La norma fue derogada por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto original del artículo era el siguiente:

***Artículo 570**.- Los directores de los asilos son curadores legítimos interinos de los incapaces asilados.*

Sólo debemos recordar que, en el año 2019,(1110) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 570, sin darse cuenta de que la norma ya se encontraba derogada desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1110) *Loc. cit.*

Criterios para apreciar la incapacidad

Artículo 571.- Derogado. *La norma fue derogada por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto original del artículo era el siguiente:

***Artículo 571**.- Para que estén sujetos a curatela los incapaces a que se refiere el artículo 569, se requiere que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.*

En el año 2019,(1111) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 571, sin darse cuenta de que la norma ya se encontraba derogada desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1111) *Loc. cit.*

Designación de curador por los padres

Artículo 572.- Derogado. *La norma fue derogada por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto del artículo original de 1984 era el siguiente:

***Artículo 572**.- Los padres pueden nombrar curador, por testamento o escritura pública, para sus hijos incapaces comprendidos en el artículo 569, en todos los casos en que puedan darles tutor si fueren menores, salvo que existan las personas llamadas en el artículo mencionado.*

Aquí también, en el año 2019,(1112) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 572, sin darse cuenta de que la norma ya se encontraba derogada desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1112) *Loc. cit.*

Designación de curador por el consejo de familia

Artículo 573.- A falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia.

La solución del artículo 573 tiene plena lógica, en la medida en que la persona comprendida en alguno de los incisos 4 a 8 del artículo 44 del Código Civil, de todas maneras, va a necesitar que se le nombre un curador o representante. Naturalmente que pudo haber tenido un curador legítimo, pero no lo tendrá si es que no hay familiares en línea recta que puedan desempeñar ese cargo.

El curador designado por escritura pública es el regulado en el artículo 568-A. En ese sentido, también podría ocurrir que no se haya designado curador escriturario, caso en el cual volveríamos a lo que ya expresamos en su momento, en el sentido de que de todas maneras habrá que nombrar un curador para esa persona que lo requiere. En estos casos, el órgano encargado de hacerlo será el consejo de familia.(1113)

Esta es, como señala Cornejo Chávez, la llamada curatela dativa a la que tanto se ha referido la doctrina: «A falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, preceptúa el artículo 573, la curatela corresponde a la persona designada por el consejo de familia. Este es el tutor dativo, sujeto también a las obligaciones, previas al ejercicio del cargo, de inventariar los bienes del incapaz, prestar garantía de su gestión y rendir tanto las cuentas periódicas como la final.»(1114)

(1113) El artículo 568-A refiere a un curador designado por escritura pública, pero no menciona que esta designación debe realizarse en el acto jurídico testamentario. Entonces, no estaría refiriéndose al curador testamentario, sólo al escriturario y, por tanto, se entienden diferentes.

Ahora bien, la redacción de este artículo señala escriturario "o" testamentario, es decir, los asimila.

Hasta aquí, creo que no se cuidó la concordancia con la modificación.

Pero también podría entenderse que antes de la modificación se entendía que eran iguales, pero después se entienden diferentes.

No obstante, hace sentido entonces que este artículo, propio del texto original del Código Civil de 1984, no se refiera al curador escriturario (es decir, al nuevo curador introducido recién por una ley del año 2010, que se designa por escritura pública sin testamento), si no al curador testamentario.

(1114) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 421.

ARNALDO ALVAREZ CASTILLO REYNA

Así también indica Peralta Andía se refiere a la curatela dativa, y señala lo siguiente: «Igualmente en el artículo 573 se ordena que a falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia. Luego, el curador dativo está sujeto a las obligaciones previas al ejercicio del cargo, de inventariar los bienes del incapaz, de prestar garantía y de rendir las cuentas periódicas y definitivas.»[1115]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1116] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 573.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1115) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 580.

(1116) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 165.

Exoneración de inventario y rendición de cuentas

Artículo 574.- Si el curador es el cónyuge, está exento de las obligaciones que imponen los artículos 520, inciso 1, y 540, inciso 1.

Como se recuerda, el artículo 520, inciso 1, establece como requisito de cumplimiento previo para el ejercicio de la tutela, la facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de éste, si tiene dieciséis años cumplidos. Agrega la norma que hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito.

Por su parte, el artículo 540, inciso 1, establece que el tutor está obligado a dar cuenta de su administración de manera anual.

El artículo 574, bajo comentario, señala que si el curador fuese el cónyuge de la persona que se encuentra bajo curatela, entonces estará relevado de las obligaciones impuestas por las normas citadas. Esto resulta lógico, dada la cercanía existente entre los cónyuges, o, al menos, la cercanía y afecto que debería existir entre ellos. La idea, por lo demás, se fundamenta en no hacer más gravoso el ejercicio del cargo de curador.

No obstante, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[1117] planteábamos que este artículo podría ser derogado en razón de que no deberían establecerse las excepciones que contempla, ya que creíamos que en ambos casos podrían presentarse abusos respecto de los bienes propios del cónyuge o concubino.

Así también, Beatriz Franciskovic, citando a Monge, Varsi, Plácido y Chunga, comenta que: «La exención de estas obligaciones en beneficio del cónyuge instituido como curador supone que este tendría un justificado interés en la conservación de los bienes del incapaz, pero la vida real nos orienta a la posibilidad que suceda lo contrario; por ello, sostenemos que podría modificarse la norma para exigirse un inventario extrajudicial ante un notario público, con la finalidad de evitar la incertidumbre respecto a los bienes del incapaz. Asimismo, la exención de rendir cuentas durante cierto periodo de tiempo podría

(1117) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 471.

derivar en una falta de control, que consideramos necesario en el desempeño de la función de curador, se trate o no del cónyuge, en función de que la conducta de las personas y los sentimientos de un cónyuge hacia el otro puedan variar por el transcurso del tiempo.»[1118]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1119] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 574.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1118) Franciskovic Ingunza, Beatriz. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 423.

(1119) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 165-166.

Curatela de los padres

Artículo 575.- Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad.

Como hemos analizado en esta obra, la patria potestad se halla regulada entre los artículos 418 y 471 del propio Código Civil. El supuesto abordado por el artículo 575 es el relativo a cuando la curatela recae en los padres de quien está sujeto, precisamente, a esa curatela. Entonces, como se puede apreciar, la similitud del caso es muy grande con el supuesto de la patria potestad, con la diferencia sustancial de que la patria potestad se aplica para los hijos menores (y, por tanto, serán siempre, o incapaces absolutos o incapaces relativos), en tanto la curatela a que se refiere el artículo 575, bajo comentario, alude a los hijos mayores de edad que se hallen contenidos en los incisos 4 a 8 del artículo 44 del Código Civil. Nótese, finalmente, que el artículo 575 no está haciendo referencia a una aplicación de la normativa sobre patria potestad, *mutatis mutandis*, sino a una aplicación completa de las normas. Sobre esto, naturalmente, habría que hacer un estudio que veremos seguidamente.

Recordemos que la patria potestad está dirigida al cuidado de la persona y el patrimonio por parte de sus progenitores, mientras que la curatela es una figura dirigida a cautelar los bienes e intereses de una persona que no puede obrar por sí misma por diferentes circunstancias.

Al respecto, Peralta Andía comenta que: «Sin duda, existen similitudes entre la patria potestad y la curatela en cuanto que ambas figuras están dirigidas a proteger a incapaces (menores y mayores de edad); pero sus diferencias son muy notorias y no requieren mayor profundización, excepto en cuanto a lo más indispensable. En efecto, la patria potestad es una figura que ha sido instituida en favor de menores incapaces que la ejercen los padres de familia, mientras la curatela, en favor de incapaces mayores de edad y especialmente para cuidar de sus bienes. La primera se ejerce sola y exclusivamente por los padres; en tanto que, la segunda, la pueden desempeñar los parientes y también terceras personas.»[1120]

(1120) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 575.

derivar en una falta de control, que consideramos necesario en el desempeño de la función de curador, se trate o no del cónyuge, en función de que la conducta de las personas y los sentimientos de un cónyuge hacia el otro puedan variar por el transcurso del tiempo.»[1118]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1119] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 574.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1118) Franciskovic Ingunza, Beatriz. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 423.

(1119) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 165-166.

Curatela de los padres

Artículo 575.- Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad.

Como hemos analizado en esta obra, la patria potestad se halla regulada entre los artículos 418 y 471 del propio Código Civil. El supuesto abordado por el artículo 575 es el relativo a cuando la curatela recae en los padres de quien está sujeto, precisamente, a esa curatela. Entonces, como se puede apreciar, la similitud del caso es muy grande con el supuesto de la patria potestad, con la diferencia sustancial de que la patria potestad se aplica para los hijos menores (y, por tanto, serán siempre, o incapaces absolutos o incapaces relativos), en tanto la curatela a que se refiere el artículo 575, bajo comentario, alude a los hijos mayores de edad que se hallen contenidos en los incisos 4 a 8 del artículo 44 del Código Civil. Nótese, finalmente, que el artículo 575 no está haciendo referencia a una aplicación de la normativa sobre patria potestad, *mutatis mutandis*, sino a una aplicación completa de las normas. Sobre esto, naturalmente, habría que hacer un estudio que veremos seguidamente.

Recordemos que la patria potestad está dirigida al cuidado de la persona y el patrimonio por parte de sus progenitores, mientras que la curatela es una figura dirigida a cautelar los bienes e intereses de una persona que no puede obrar por sí misma por diferentes circunstancias.

Al respecto, Peralta Andía comenta que: «Sin duda, existen similitudes entre la patria potestad y la curatela en cuanto que ambas figuras están dirigidas a proteger a incapaces (menores y mayores de edad); pero sus diferencias son muy notorias y no requieren mayor profundización, excepto en cuanto a lo más indispensable. En efecto, la patria potestad es una figura que ha sido instituida en favor de menores incapaces que la ejercen los padres de familia, mientras la curatela, en favor de incapaces mayores de edad y especialmente para cuidar de sus bienes. La primera se ejerce sola y exclusivamente por los padres; en tanto que, la segunda, la pueden desempeñar los parientes y también terceras personas.»[1120]

(1120) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 575.

EDICIONES CASTILLO FREYRE

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1121] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 575.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1121) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 166.

Funciones del curador

Artículo 576.- El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios.

El artículo 576 se encarga de regular las funciones que debe desempeñar el curador. Veamos:

a) Proteger al incapaz

La protección del incapaz no sólo se refiere al cuidado físico y moral que debe brindarle, sino también al cuidado de su patrimonio. En realidad, la función del curador es la misma, en este aspecto, que la del tutor y que la de los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos: cuidar de manera integral de ellos, tanto en lo que respecta a su persona como a sus bienes.

b) Proveer en lo posible al restablecimiento del incapaz

Los supuestos mencionados en los incisos 4 a 7 del artículo 44 del Código Civil, plantean casos en los cuales el curador podrá hacer mucho por la persona bajo su cuidado. Por ejemplo, si el incapaz fuese un pródigo, el curador le podrá aconsejar llevar un mejor manejo de su patrimonio; si el incapaz fuere una persona que incurra en la mala gestión, podríamos decir lo mismo; si se tratare de un ebrio habitual, podría conseguirle asesoría y tratamiento especializado para superar el alcoholismo; en tanto que, si fuese un toxicómano, podrá someterlo a tratamiento para superar esta enfermedad.

Distinto sería el supuesto contenido en el inciso 8, habida cuenta de que escapará de los alcances del curador cualquier medida para que el incapaz supere la pena que lleva anexa la interdicción civil, caso en el cual la ayuda podría consistir en conseguirle una buena defensa legal para que pueda superar el problema judicial en el que se encuentra o, si ello ya es irreversible, que cumpla la condena con los mayores beneficios penitenciarios, si es que ello también ayuda a que se levante la interdicción civil anexa a la pena.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, sobre las funciones del curador, Cornejo Chávez menciona que son: «a) Carácter Procesal, que es la representación en juicio del penado. La amplitud de la representación es la que confiere el poder genera para pleitos y además comprende las facultades para las cuales se necesita poder especial en juicio, salvas las prohibiciones expresas de la ley y la observancia de las formalidades que ella establece (artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles); b) La de administrar los bienes del penado, en la misma forma y con semejantes limitaciones a las que tiene cualquier administrador de bienes ajenos y, específicamente, las que consigna la ley acerca de los tutores; y c) Transitoriamente y en determinada circunstancia, el curador del penado tiene la obligación de velar por la persona y los bienes de los menores o incapaces que se hallaban al cuidado del interdicto, ateniéndose al efecto a las normas establecidas para la tutela y la curatela respectiva.»[1122]

c) En caso fuere necesario, proveerá a la colocación del incapaz en un establecimiento adecuado

Resulta evidente que la ayuda o asistencia que el curador podrá brindar al incapaz (persona con capacidad de ejercicio restringida) por medios propios, tendrá sus límites, en relación al grado del problema o incapacidad de los que padezca la persona sobre quien se ha constituido la curatela. Por ejemplo, que el grado de toxicomanía haga que el manejo del problema por parte del curador resulte imposible y sea necesario internarlo en alguna institución especializada en brindar este tipo de tratamientos.

d) Representar o asistir al incapaz, según el grado de la incapacidad, en sus negocios

Podría ser el caso del curador de una persona declarada interdicta por su prodigalidad o por haber incurrido en mala gestión. Nótese que este extremo de la norma deja abierta la posibilidad de que quien se halla sujeto a curatela actúe a nombre propio, pero asistido por el curador, o que el curador sea quien lo represente.

En línea con lo precedente, Paola Callacná y Romina Santillán precisan que: «Así, debe entenderse que el curador queda legalmente facultado para ejercer las siguientes funciones: (i) Proteger a la persona con capacidad

(1122) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, pp. 435-436.

de ejercicio restringida, conforme lo habilita la ley. Según el artículo 564 de este Código, las personas sujetas a curatela son solo aquellas con capacidad de ejercicio restringida a quienes se refiere el artículo 44 en sus numerales 4, 5, 6 ,7 y 8. Esta función se realizará dentro del marco de la extensión y límites fijados por el juez al momento de instituir la curatela. (ii) Proveer en lo posible a la rehabilitación de la persona con capacidad de ejercicio restringida que se encuentre bajo su protección. A la luz de la actual regulación civil, se habla de rehabilitación y ya no de restablecimiento, como sí lo hacía la primigenia redacción del artículo 576 del Código Civil. No obstante, se plantea su uso indistinto. (iii) Pedir judicialmente que se declare la rehabilitación de la persona puesta bajo su cuidado cuando tenga constancia y pueda probar que concurren las circunstancias idóneas para levantar la interdicción (artículo 610 de este Código). (iv) Representar legalmente a la persona destinada a su cuidado en todos los actos para los que tenga esta facultad. (v) Asistir en sus negocios a la persona con capacidad de ejercicio restringida, si hubiere tales, de modo que su patrimonio se vea bien conservado durante el periodo que rija la curatela.»[1123]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1124] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 576.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1123) Callacná Sencio, Paola y Romina Santillán Santa Cruz. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 430.

(1124) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 166.

Destino de los frutos de los bienes del incapaz

Artículo 577.- Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

El artículo 577 se encarga de regular el destino de los frutos de los bienes del incapaz. Concretamente, señala que ellos se emplearán de manera primordial en su sostenimiento y en procurar o intentar su restablecimiento. Esto resulta lógico, dado que la prioridad del empleo de esos frutos debe centrarse en intentar que el incapaz (persona con capacidad de ejercicio restringida) supere su incapacidad. Nótese que el legislador de 1984 ha querido de manera primordial el apuntar a que el incapaz supere, precisamente, esa incapacidad (hoy, capacidad de ejercicio restringida).

En esa línea de pensamiento, Aguilar Llanos comenta lo siguiente: «Atribuciones referentes a la persona del incapaz.- El deber de protección es esencial en esta figura de amparo, por cuanto se trata de una persona que no puede valerse por sí mismo. Dentro de las funciones también destaca, si fuera posible, proveer lo necesario para la curación o el restablecimiento del interdicto, dedicando al efecto, los frutos de los bienes del incapaz, y en caso necesario y con autorización judicial, los capitales. Ahora bien, dependiendo del grado de incapacidad, y de la peligrosidad que pudiera presentar el curado, se faculta al curador, con la autorización judicial respectiva, que se concede, previo dictamen de dos peritos médicos y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia, el internamiento del incapaz en un establecimiento especializado.»[1125]

Pero, de igual manera, el artículo bajo comentario se ocupa del tema de los capitales del incapaz. Sobre ellos señala que los mismos también podrán ser empleados en la misma finalidad, pero para tal efecto se requerirá autorización judicial. Ello, en la medida en que deberá tenerse mucho cuidado, pues los capitales, a diferencia de los intereses, si son empleados en gastos corrientes, se podrían llegar a extinguir.

(1125) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 566.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1126] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 577.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1126) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 166.

Autorización judicial para el internamiento del incapaz

Artículo 578.- Derogado. *Esta norma fue derogada por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto del precepto original era el siguiente:

***Artículo 578**.- Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia.*

Pero, debemos recordar que, en el año 2019,(1127) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 578, sin darse cuenta de que la norma ya estaba derogada desde el 4 de septiembre de 2018.

(1127) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Exoneración de garantías

Artículo 579.- Los curadores legítimos están exentos de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.

El artículo 426 establece que los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo, caso en el cual la garantía debe asegurar: 1.- El importe de los bienes muebles; 2.- Las rentas que durante un año rindieron los bienes; 3.- Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor. La norma agrega que los incisos 2 y 3 solamente son aplicables cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados.

La lógica de la norma se explica por la cercanía de los padres con el hijo, se trate de la patria potestad o de la curatela.

No obstante, Callacná y Santillán resaltan que: «[...] al no estar vigente el artículo 569 del Código Civil, habría operado una derogación tácita respecto del artículo 579, por cuanto la razón de ser de este último precepto se encuentra en uno ya suprimido, lo que lo deja inoperativo. No se puede exonerar a los curadores legítimos de la obligación de garantizar su gestión, cuando no existe ya la figura del curador legítimo. Por esta razón, siguiendo las ideas que sobre derogación tácita desarrolla Rubio Correa, cabe plantear que la norma conexa (artículo 579) debería correr la misma suerte de la norma orgánica matriz u original que ha perdido su vigencia (artículo 569).»[1128]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1129] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 579.

(1128) Callacná Sencio, Paola y Romina Santillán Santa Cruz. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 435.

(1129) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 166.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tutela de los hijos del incapaz

Artículo 580.- Derogado. *Esta norma fue derogada por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto del precepto original era el siguiente:

***Artículo 580**.- El curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos.*

Es bueno recordar que, en el año 2019,(1130) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 580, sin darse cuenta de que el precepto estaba derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1130) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 166-167.

Extensión y límites de la curatela

Artículo 581.- Derogado. *Esta norma fue derogada por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto original del precepto original era el siguiente:

Artículo 581.- *El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél.*

En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción.

Siempre resulta bueno recordar que, aquí también, en el año 2019,(1131) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 580, sin darse cuenta de que el precepto estaba derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

(1131) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 167.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Anulabilidad de actos anteriores a la interdicción

Artículo 582.- Derogado. *Esta norma fue derogada por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto original del precepto era el siguiente:

***Artículo 582**.- Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron*

Debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(1132) señalábamos que este artículo bien podría ser derogado, en la medida en que el tema hallaba solución en virtud de las normas generales de Acto Jurídico y Contratos.

Finalmente, y para variar, en el año 2019,(1133) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 581, sin darse cuenta de que el precepto estaba derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1132) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 472.

(1133) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 167.

Facultados para solicitar la interdicción

Artículo 583.- Facultados a solicitar interdicción

Pueden pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numerales del 4 al 7, su cónyuge, sus parientes o el Ministerio Público.

Este artículo fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 583**.- Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público.*

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que, en el año 1998, en *Tentaciones académicas*,[1134] proponíamos que se agregara, dentro de las personas con legitimidad, a cualquier persona interesada. Ello, en razón a que, al fin de cuentas, lo que al Derecho le interesa es que se constituya o verifique la causal de interdicción, sea quien fuere la persona que la invoca; y que, de existir esta causal, se declare interdicta a la persona en cuestión.

El artículo 583 se refiere a quienes están facultados para solicitar la interdicción. Señala el precepto que pueden pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numerales del 4 al 7, su cónyuge, sus parientes o el Ministerio Público.

El precepto faculta a las personas más cercanas a quien se desea declarar interdicto. Se entiende que todos ellos (cónyuge y parientes) tendrán legítimo interés para proceder de esta manera. Nótese que el artículo 583, bajo comentario, no señala el grado de parentesco, pero estimamos que el mismo comprendería a los parientes consanguíneos en línea recta, ascendente y descendente y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de acuerdo con los límites establecidos en general por el propio Código de 1984. Por lo demás, se menciona también al cónyuge, en la medida en que el parentesco por afinidad se construye a partir del matrimonio, pero

(1134) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 472.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el cónyuge no tiene la calidad de pariente, a menos que sí guarde un grado de parentesco consanguíneo con su cónyuge, lo que sin duda podría ocurrir.

Cornejo Chávez precisa que: «En lo que toca a los parientes, la referencia que a ellos hace el artículo transcrito en términos generales, queda precisada y circunscrita por el texto del artículo 236, del cual se desprende que son parientes los ascendientes y descendientes ilimitadamente y los colaterales hasta el cuarto grado inclusive; todos los cuales, adicionalmente, tienen el interés económico o moral que exige el artículo VI T.P. del Código Civil.»[1135]

Así también, Aguilar Llanos comenta que: «En lo que toca a los parientes, nos remitimos al artículo 236 del mismo cuerpo de leyes, comprendiéndose dentro de esta relación o conexión familiar, a los ascendientes y descendientes ilimitadamente, y a los parientes consanguíneos colaterales hasta el cuarto grado, todos los cuales, como resulta natural, tienen interés legítimo, económico o moral respecto del incapaz.»[1136]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1137] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 583, sin darse cuenta de que el precepto estaba derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1135) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 419.
(1136) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 563.
(1137) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 167.

Pródigo

Artículo 584.- Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que, en el año 1998, en *Tentaciones académicas*,(1138) señalábamos que bien podría suprimirse en esta norma la mención al cónyuge, habida cuenta de que todo cónyuge es un heredero forzoso, tal como lo dispone el artículo 724 del Código Civil de 1984.

Para que se configure la situación de pródigo, deben confluir diferentes factores; a saber:

a) Que tenga cónyuge o herederos forzosos

Esto implica que la sociedad, representada por el Estado y por la ley, debe proteger el patrimonio de los potenciales herederos forzosos, es decir de la familia, en lo que respecta a los porcentajes de libre disposición. Entendemos que en este caso la ley debe cuidar que la persona no dilapide su patrimonio, en un porcentaje mayor al que tiene de libre disposición.

En esa línea, Arias-Schreiber señala que: «Lo dicho se explica por cuanto conforme al artículo 723, la legítima es la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos legitimarios, a los que el Código llama también herederos forzosos.»(1139)

Como sabemos, el artículo 724 establece que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

El artículo 725 señala que el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

El artículo 726 señala que quien tiene únicamente padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

(1138) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 472.
(1139) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 155.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En tanto que el artículo 727 establece que el que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

b) Que dilapide bienes que excedan de su porción disponible

Debe quedar sentado que por más de que haya dilapidación de bienes por parte de una persona, la misma podría resultar irrelevante para el Derecho en lo que respecta al tema de la prodigalidad. Por ejemplo, quien no tuviera herederos forzosos podría dilapidar la totalidad de su patrimonio, si así lo quisiere y aun así no se podría pedir que sea declarado pródigo.

En ese sentido, Peralta Andía define al prodigo como: «[...] el disipador habitual que, mediante actos irracionales, irresponsables o que denotan ligereza o falta de ponderación del valor de las cosas, dilapida bienes que exceden de su porción disponible teniendo cónyuge o herederos forzosos.»[1140]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1141] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 584.

Esta norma se refiere a la declaración de prodigalidad. El supuesto del pródigo no ha sido derogado (artículo 44, inciso 4), razón por la cual esta declaración resultaría necesaria para asignar luego al pródigo a una persona que lo represente en calidad de curador (artículo 45-A del propio Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1140) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 581.

(1141) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 167.

Incapacidad por mala gestión

Artículo 585.- Restricción de capacidad por mala gestión

Puede ser restringida en su capacidad de ejercicio por mala gestión la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.

Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.

El texto del primer párrafo de esta norma no corresponde al Código de 1984, dado que el precepto fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El texto original de este párrafo era el siguiente:

***Artículo 585**.- Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.*

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que, en el año 1998, en *Tentaciones académicas*,[1142] planteábamos eliminar la referencia al cónyuge, habida cuenta de que todo cónyuge es un heredero forzoso.

La primera pregunta que debemos formularnos es la relativa a cuál es la diferencia entre un pródigo y un mal gestor. Y creemos que la respuesta es simple. El pródigo dilapida sus bienes de manera consciente; le gusta hacerlo, se siente bien dilapidando su patrimonio. Es perfectamente consciente de que, si procede de esta manera, su patrimonio, irremediablemente, se verá mermado día a día y no puede dejar de hacerlo.

En cambio, el mal gestor es alguien que, queriendo realizar negocios o actividades productivas, logra el efecto contrario, no de manera consciente, sino por negligencia; se trate de culpa grave o leve, no interesa. Lo importante es que la gestión de su patrimonio hace que, involuntariamente, éste decrezca de manera notable. Aquí no estamos en presencia de alguien que dilapida conscientemente su patrimonio, sino de alguien que lo quiere mantener o acrecentar,

(1142) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 472.

pero logra, precisamente, el efecto contrario. Es claro que una persona que se halle en una situación como ésta requerirá que se le nombre un curador.

En el mismo sentido, Aguilar Llanos señala que: «Interesa comentar y distinguir la situación del mal gestor respecto del pródigo. En efecto, en el caso de éste, su desarreglo mental, si cabe el término, gira en torno a no apreciar el valor de las cosas y por ello el derroche de los mismos, mientras que en aquél, sí hay concepto claro del valor de los bienes, pero no hay diligencia, conocimiento, pericia para administrar esos bienes, y es esta impericia la que lo lleva a perder parte de su patrimonio. Por otro lado, en el caso del pródigo, la ley para considerarlo como tal pone un límite de pérdida de los bienes, esto es, porción disponible (puede ser un tercio o mitad de su patrimonio dependiendo de la calidad de los herederos) existiendo herederos forzosos, mientras que en el caso del mal gestor, la pérdida la refiere a la mitad del patrimonio existiendo herederos forzosos. En consecuencia el legislador está considerando más grave la situación del pródigo, mientras que en el caso del mal gestor, situación difícil de dilucidar, y por lo cual deja al arbitrio del juez apreciar la mala gestión, se le da mayor campo de acción, pues para considerarlo como tal, la pérdida debe ser superior a la mitad de sus bienes.»[1143]

Adicionalmente, Cornejo Chávez precisa que: «Mal gestor es la persona que, no a causa de factores ajenos a él mismo, sino por falta de aptitud, vocación o idoneidad para manejo de negocios o bienes, llega a perder más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. En todo caso, corresponde al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.»[1144]

El artículo 585 establece que puede ser restringida en su capacidad de ejercicio por mala gestión la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. Nótese que, en este caso, el porcentaje de pérdida del patrimonio no se vincula, en estricto, con la cuota de libre disposición o con la legítima hereditaria. Aquí, para quien tiene cónyuge o cualquier otro heredero forzoso, se exige que debido a la mala gestión se haya perdido más de la mitad de los bienes de la persona en cuestión. Debemos puntualizar que a lo que se refieren todas estas normas, en realidad es a la pérdida de más de la mitad del patrimonio neto de la persona, porque la mala gestión (o la prodigalidad, en su caso) podrían haber versado también sobre otros activos distintos a los bienes, como sería el caso de créditos que

(1143) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 569.
(1144) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 425.

esa persona haya tenido para cobrar a terceros, los mismos que haya perdido dolosa o culposamente, por ejemplo, dejándolos prescribir o caducar.

El artículo 585, bajo comentario, concluye señalando que queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión, lo que es evidente, en la medida en que la pérdida del patrimonio no necesariamente podrá deberse a negligencia del titular de esos bienes o créditos, sino a factores imprevisibles, como hubiera ocurrido si se hubiese visto seriamente afectado en su patrimonio por la crisis financiera global de fines del 2008 o la pandemia del COVID-19.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(1145) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 585.

Hacemos aplicables a esta norma, referida a la declaración de mal gestor, los comentarios vertidos con ocasión del artículo 584.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1145) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 167-168.

Curador para ebrios y toxicómanos

Artículo 586.- Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.

El artículo 586 se refiere a supuestos que ya se encuentran cubiertos por la ley y que pueden dar lugar a la interdicción de la persona. Si bien podría dar la impresión de que aquello sobre lo que trata el artículo 586, bajo comentario, es de que en los casos contemplados por esta norma se podría nombrar a una especie de curador interino, sin que se tenga que esperar la realización de un proceso para declarar interdicta a la persona. Pero ello no es así. Siempre se tendrá que seguir un proceso judicial, en resguardo de los derechos de la persona cuya capacidad se está cuestionando. No olvidemos que ella deberá ser declarada interdicta y, como consecuencia de ello, se le nombrará un curador (representante).

El artículo, además, señala como requisitos para que se pueda pedir este nombramiento de curador, que la persona en cuestión se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena. Se trata, entonces, de tres situaciones establecidas por ley de manera alternativa. La presencia de cualquiera de las tres podrá dar lugar a la solicitud de nombramiento de este curador. Es evidente que los peligros de tales situaciones justifican proceder en tal sentido.

Al respecto, la jurisprudencia en la Casación n.° 4693-2015-La Libertad señala que: «El riesgo de provocar la miseria de la familia no es la única causa que ha sido reconocida por nuestra ley como fundamento de la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, pues el mismo artículo 586 del Código Civil reconoce también que la interdicción procederá en estos casos cuando la dependencia exponga a la miseria al propio incapaz; y ello en vista al riesgo que esto genera en su subsistencia. Así puede desprenderse del extremo del texto que declara: "se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria".»[1146]

(1146) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 565.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, Arias-Schreiber precisa lo siguiente: «Cuando se trata de una persona que expone a su familia a caer en la miseria por motivo de exceso en el consumo de alcohol o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o del empleo de drogas alucinógenas, se justifica el nombramiento de un curador para proteger no sólo la familia sino también la seguridad ajena. Obviamente, esta norma tiene que estar coordinada con los conceptos que califican los casos de ebriedad habitual, toxicomanía o utilización de drogas alucinógenas.»[1147]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1148] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 586.

Esta norma propuesta por la comisión del 2019 se refería al curador de ebrios y toxicómanos. Creemos que el precepto no debería ser derogado. Hacemos de aplicación al caso los comentarios vertidos con ocasión de los artículos 584 y 585.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1147) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 156.

(1148) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 168.

Personas facultadas para solicitar curatela del pródigo o del mal gestor

Artículo 587.- Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados.

Antes de comenzar nuestros comentarios, debemos recordar que, en el año 1998, en *Tentaciones académicas*,[1149] planteábamos suprimir la referencia al cónyuge, habida cuenta de que todo cónyuge es heredero forzoso.

El artículo 587 se encarga de establecer quiénes están facultados para solicitar la curatela del pródigo o del mal gestor. Por cierto, se trata de una relación taxativa. En primer lugar, menciona al cónyuge. Esto se entiende, en la medida en que el cónyuge es la persona que se estima más cercana en el plano afectivo, además de ser quien comparte el sostenimiento del hogar. Si se tratara de un matrimonio que se halle bajo el régimen de sociedad de gananciales, además, se trataría de la dilapidación o pérdida del patrimonio común de la sociedad. E, incluso, si la pareja estuviese casada por el régimen de separación de patrimonios, el cónyuge tendrá legítimo interés en la medida en que los gastos del hogar deberán ser efectuados o realizados por ambos cónyuges. Luego menciona a los herederos forzosos de la persona en cuestión, cuyo legítimo interés en el tema resulta obvio, a efectos de evitar la dilapidación o mala gestión sobre los bienes de su potencial causante.

Luego el precepto bajo estudio menciona que también podrá solicitar la curatela, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados. Esta norma reviste plena lógica, en la medida en que, si bien tales parientes pueden no ser herederos forzosos de la persona en cuestión, sí tuvieren legítimo interés en el tema, como podría ser el caso en el cual éste último los mantuviera o diera cobijo.

Para Arias-Schreiber: «La curatela del pródigo o del mal gestor es privativa de quienes están expuestos a sufrir sus consecuencias: esto es, su cónyuge

(1149) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 473.

y sus herederos forzosos. Excepcionalmente, pueden también solicitarla el Ministerio Público, de oficio o a solicitud de algún pariente cuando se trate de personas menores de edad o mayores incapacitados. El grado de parentesco es el que señalan los artículos 236, 237 y 238 del Código Civil.»[1150]

Adicionalmente, resulta interesante mencionar lo advertido por Aguilar Llanos, cuando afirma que: «Sin embargo, cabe preguntarnos qué ocurre si el pródigo o el mal gestor no tienen herederos forzosos, en esta situación nadie podría accionar, con lo cual se estaría condenando a que se produzca la miseria de estas personas; sobre el particular, creemos que toca al Ministerio Público una tarea de defensa de intereses de terceros para que no terminen siendo una carga para la sociedad, pero reconocemos que el tema es delicado y la prudencia debería ser la mejor guía para la intervención de las autoridades.»[1151]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1152] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 587.

Como hemos estudiado, esta norma se refiere a la curatela del pródigo o del mal gestor. La norma no debería ser derogada, sino adecuada al nuevo régimen sobre discapacidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1150) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 157.

(1151) Aguilar Llanos, Benjamín. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 449.

(1152) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.,* 2020, p. 168.

Facultados para solicitar la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano

Artículo 588.- Sólo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.

El artículo 588 se encarga de regular el caso de las personas que se hallan facultadas para solicitar la interdicción de los ebrios habituales y de los toxicómanos. La regla está dada por el cónyuge y los familiares que dependan de él. Esto obedece a que se trata de personas que tienen una estrecha vinculación económica con el sujeto en cuestión y, obviamente, serían los más perjudicados con la enfermedad padecida por el sujeto, en la medida en que dependen económicamente de él. Por lo menos esa ha sido la idea del legislador de 1984.

Pero el artículo 588 también establece que, por excepción, podría solicitar la interdicción de la persona en cuestión, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena. Se entiende que, en estos casos, alguien debe tener la facultad de solicitar esa interdicción y, por eso, la ley establece esta facultad.

Para Aguilar Llanos: «[...] al emplear el término familiares, el legislador está posibilitando una mayor apertura en cuanto a la acción, pues debemos entender que estos son los que viven con el interdicto, o que de alguna manera dependen directa o indirectamente del vicioso, y por lo tanto con legítimo interés para accionar, y ello en atención a que el término familiares no estaría limitado al artículo 236 del Código Civil, que como conocemos limita el parentesco consanguíneo colateral hasta el cuarto grado (...); este caso y por tratarse de cautelar intereses que tocan a la persona, la acción para solicitar la interdicción y el nombramiento de curador se extiende a todos aquellos que tengan un nexo familiar, cercano o lejano con el presunto interdicto, y sobre todo que dependan directa o indirectamente de él.»[1153]

(1153) Aguilar Llanos, Benjamín. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 450.

En esa línea, la Casación n.º 4693-2015-La Libertad, de fecha 24 de mayo de 2016, señala lo siguiente: «Legitimidad para solicitar la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano no solo recae sobre la familia nuclear, sino además en cualquiera que acredite dependencia. *Sétimo.* [El] riesgo de provocar la miseria de la familia no es la única causa que ha sido reconocida por nuestra ley como fundamento de la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, pues el mismo artículo 586 del Código Civil reconoce también que la interdicción procederá en estos casos cuando la dependencia exponga a la miseria al propio incapaz; y ello en vista al riesgo que esto genera en su subsistencia. Así puede desprenderse del extremo del texto que declara: "se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria". En este contexto, puede observarse que el fundamento de la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano no radica únicamente para nuestra ley en la intención de asegurar el sostenimiento de la familia, sino también el del propio incapaz. Y, por tanto, es evidente que podrán existir casos en los que las reglas de legitimación previstas en el artículo 588 del Código Civil no serán suficientes para alcanzar uno de los fines buscados por el legislador: Tutelar la subsistencia del propio incapaz. *Octavo.* [...] En estos casos, es evidente para este Colegiado, que el órgano jurisdiccional podría apartarse de las reglas de legitimación contenidas en el artículo 586 del Código Civil a fin de tutelar la subsistencia del propio incapaz, empleando para ello la facultad prevista en el artículo 138 de la Constitución Política; con cargo a expresar las razones que justifican que prefiera en el caso concreto el derecho constitucional al bienestar de la persona involucrada en el caso y su dignidad.»[1154]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1155] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 588.

Como hemos estudiado, esta norma se refiere a la curatela de ebrios y toxicómanos. El precepto no debería ser derogado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1154) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 565.
(1155) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 167.

Curador dativo

Artículo 589.- Curador dativo

La curatela de las personas con capacidad de ejercicio restringida a que se refieren los artículos 584, 585 y 586 corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al consejo de familia.

El texto de este artículo no responde al Código de 1984. Él proviene de la modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 589**.- La curatela de los incapaces a que se refieren los artículos 584, 585 y 586 corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al consejo de familia.*

Como se recuerda, los artículos 584, 585 y 586, antes estudiados, versan sobre la interdicción del pródigo, del mal gestor y de los ebrios habituales y toxicómanos, respectivamente. Para estos casos, la ley establece una curatela dativa, la misma que recaerá en el designado por el juez, previa audiencia del consejo de familia. La claridad de la norma nos releva de mayores comentarios.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,(1156) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 589.

(1156) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Protección del ebrio habitual y toxicómano

Artículo 590.- El curador del ebrio habitual y del toxicómano debe proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación conforme a las reglas contenidas en los artículos 576, 577 y 578.

Como se recuerda, el artículo 576 establece que el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios.

El artículo 577 señala que los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

Pero el artículo 578 se encuentra derogado por el Decreto Legislativo n.º 1384, de manera tal que la referencia a este precepto debería suprimirse (o entenderse por no puesta) en el texto del artículo 590, bajo comentario.

Como hemos visto en su oportunidad, al estudiar las normas citadas, la labor del curador con respecto a estas personas deberá centrarse, entre otros aspectos, en ayudar al tratamiento y rehabilitación del incapaz. Este tema es de evidencia palmaria.

Resulta interesante mencionar que, para Aguilar Llanos: «Merece crítica esta posición, pues aquí no se hace la diferencia que sí se hace a propósito de las personas llamadas a solicitar la figura de amparo de incapaz, y decimos que merece crítica en razón de que, tratándose de los pródigos y malos gestores sí parece conveniente la designación que haga el juez, por cuanto no necesariamente existe, entre los parientes de estos incapaces, personas con conocimiento y aptitud para administrar patrimonios, además tratándose de estos incapaces lo que prima es el problema de orden patrimonial, pero ello no ocurre fundamentalmente en los ebrios habituales y toxicómanos, en los que si bien es cierto hay que cuidar que no caigan en la miseria, también es cierto que hay que cuidar la persona del incapaz. Aquí sí tienen funciones que cumplir los parientes del interdicto, por ello creemos que debió mencionarse en el texto legal, que la primera opción deben tenerla los parientes del curado, esto es lo que hemos denominado curatela legítima cuando nos referimos al primer

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

grupo de incapaces, sin embargo no ha sido considerado así y la designación del juez no necesariamente tiene que recaer en un familiar, pues deja al arbitrio del magistrado tal designación.»[1157] El profesor Aguilar tiene toda la razón.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1158] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 590.

Como hemos estudiado, esta norma se refiere a la curatela de ebrios y toxicómanos. La norma no debería ser derogada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1157) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 572.
(1158) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 168.

Actos prohibidos al interdicto

Artículo 591.- El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración.

Tiene todo sentido que el interdicto por ser pródigo, mal gestor, ebrio habitual o toxicómano no pueda litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El sentido de esta disposición se basa, precisamente, en la naturaleza de la incapacidad, la misma que haría peligroso o muy peligroso que el interdicto realice actos de disposición de su patrimonio. Ello es evidente con el pródigo y el mal gestor. Razones sobran. Y en lo que respecta al ebrio habitual y al toxicómano, se trata de dos enfermedades que vuelven muy vulnerables a las personas que las padecen, razón por la cual la ley no quiere correr riesgos para que personas en ese estado puedan disponer de sus bienes.

Ahora bien, por otro lado, no se piense que los actos de administración nunca implican riesgos. Por supuesto que pueden conllevar riesgos mayores, por ejemplo, en temas de inversiones que impliquen decisiones financieras difíciles y un alto grado de sofisticación. Es precisamente para casos como éstos que el artículo 591 establece que el juez, al instituir la curatela, podría limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración.

Para María Estigarribia: «[...] la incapacidad procesal, así determinada, abarca las cuestiones de tipo patrimonial, puesto que las limitaciones que se establecen al interdicto son referidas a actos de tal carácter; y se justifican en cuanto se trate de promover juicios o defenderse, en procesos que pueden producir situaciones que importen la adquisición de obligaciones o la disposición de bienes o derechos, de variada importancia económica. De cualquier modo, el curador solo debe prestar el asentimiento y no ejerce la representación del incapaz, por lo que cumplirá funciones de asesoramiento, integrando, con su

FONDO EDITORIAL

actuación, la voluntad jurídica de estos incapaces para la realización de los actos establecidos en este artículo o en la sentencia respectiva.»[1159]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1160] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 591.

Como hemos estudiado, esta norma se refiere a la curatela del pródigo, del mal gestor, del ebrio habitual y del toxicómano. El precepto no debería ser derogado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1159) Estigarribia Bieber, María. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 455.

(1160) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 169.

Representación de los hijos del incapaz por el curador

Artículo 592.- Derogado. *El precepto fue derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El artículo original de la norma fue el siguiente:

***Artículo 592**.- El curador de los incapaces a que se refiere el artículo 591 representa legalmente a los hijos menores del incapaz y administra sus bienes, a menos que estén bajo la patria potestad del otro padre o tengan tutor.*

El texto trascrito provenía de la fe de erratas del Código Civil de 1984.

Sólo queremos mencionar que, en el año 2019,[1161] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 592, a pesar de que la norma ya se encontraba derogada desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1161) *Loc. cit.*

Validez e invalidez de los actos del incapaz

Artículo 593.- Los actos del pródigo y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa.

Los del ebrio habitual y del toxicómano pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria.

Menudo problema el relativo a la validez de los actos celebrados por personas que luego de haberlos celebrado hayan sido declaradas interdictas. No hay la menor duda de que los actos que les está vedado celebrar luego de su interdicción, serán susceptibles de declararse nulos. Pero ahí no se halla el problema, sino en los actos que precedieron a la declaración de interdicción.

Estimamos que la solución que ha brindado al tema el legislador de 1984 es adecuada, en la medida en que, en el caso de los pródigos o malos gestores, no se podría sancionar a quienes contrataron con ellos, en la medida en que no podrán adivinar que sus interlocutores califican para ser declarados judicialmente como tales.

En esa línea, Arias-Schreiber comenta que: «Debido al hecho de que los actos del pródigo y del mal gestor anteriores a su interdicción pueden ser de dudosa apreciación, este artículo impide que tales actos puedan ser impugnados por esas causas. Se trata de defender la estabilidad de los actos con relación a terceros.»[1162]

Pero no consideramos que esta regla deba ser absoluta, en la medida en que en algunos casos podría llegar a ser evidente para quien está tratando con esa persona (el pródigo o el mal gestor) que se trata de alguien que de manera notoria está dilapidando su patrimonio o que notoriamente está gestionando de la peor manera su patrimonio. Creemos que, en esos casos, no se podría mantener la validez de los contratos o actos celebrados con esa persona, en tanto y en cuanto quien contrataba con él sabía que algo notoria o llamativamente extraño estaba ocurriendo.

Decimos esto, en la medida en que esa es, precisamente, la lógica que sigue el Código Civil en el segundo párrafo del propio artículo 593, cuando señala

(1162) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 160.

que los actos del ebrio habitual y del toxicómano pueden ser impugnados si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria. De esto se deduce que, si tal situación de incapacidad no hubiese sido notoria, tales actos no serían impugnables. Tal vez el legislador haya hecho la distinción en el entendido de que la ebriedad habitual y la toxicomanía se consideren situaciones cuyas manifestaciones externas son más evidentes que las de la prodigalidad o la mala gestión, pero estimamos que ambos párrafos deberían entenderse con idéntica lógica, en el sentido de que los actos del pródigo, mal gestor, ebrio habitual y toxicómano que sean anteriores al pedido de interdicción, en principio son válidos y sólo podrán ser impugnados en la medida en que tales situaciones de incapacidad hubiesen estado al alcance del conocimiento de quien celebró el contrato o el acto jurídico con ellos.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta lo siguiente: «Entendemos la diferencia que hace el legislador, separando por un lado a los pródigos y malos gestores, y por otro lado a los ebrios habituales y toxicómanos, anulando los actos de estos últimos si la causa de interdicción era notoria, y declarando la eficacia de los actos de los primeros. En efecto, tratándose de los pródigos y malos gestores, la causa de interdicción viene a ser un problema de orden económico, referido a la pérdida de un porcentaje de su patrimonio, por lo tanto, en tanto que no se exceda el límite fijado por ley, no hay interdicción, además que estos incapaces no presentan alteraciones en su organismo psicosomático notorios y públicos, que puedan ser de conocimiento de terceros que contraten con ellos. Es por eso que el legislador prefiere que estos actos no se puedan atacar pues implicaría gran inestabilidad e inseguridad jurídica. Caso diferente es el de los ebrios habituales y toxicómanos, en los que no sólo es el problema de orden patrimonial sino también el personal, pudiendo estos últimos ser notorios y con posibilidad cierta de ser conocidos por terceros, y si ello fuera así, entonces sí sería procedente solicitar la anulación de estos actos, aun cuando peligrosamente no se señala el término en el cual estos actos pudieron realizarse, poniéndose acento sólo en la notoriedad de la causa de la incapacidad. Como es de observar, el problema será fundamentalmente de probanza.»[(1163)]

Ahora bien, dos cosas más sobre el artículo 593.

La primera, relativa a si la impugnación de que trata la norma se deberá materializar a través de una pretensión de anulación o a través de una pretensión de nulidad del acto jurídico celebrado. Entendemos que estaríamos ante un problema teórico, pues en estricto la norma no lo dice y los supuestos

(1163) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 574.

generales de nulidad (artículo 219) y de anulabilidad (artículo 221) no contemplan este caso en particular. Todo esto, naturalmente, en relación a los terceros que hubieren celebrado contratos o actos jurídicos con la persona en cuestión. Ello, porque ya el artículo 594 regula el caso de la pretensión anulatoria por parte de las personas que están autorizadas para promover la declaración de interdicción y el curador. Reiteramos que a los terceros que contraten con el sujeto en cuestión no podría aplicarse la acción de anulación y su plazo de prescripción sería de dos años.

Ello, en la medida en que se estaría recortando derechos a esos terceros, sin la existencia de norma expresa. Entonces, nos hallamos ante un supuesto muy peculiar, en la medida en que esos terceros (artículo 593) podrán interponer una pretensión de nulidad (con un plazo de prescripción de diez años), en tanto quienes pueden promover la declaración de interdicción y el curador podrán interponer una acción anulatoria (con un plazo de prescripción de dos años), pero restringida a los actos señalados en el artículo 591 del Código Civil.

Este tratamiento dual tiene pleno sentido, en la medida en que será más difícil para los terceros tomar conocimiento de la situación futura del incapaz, a diferencia de quienes pueden pedir su interdicción y de su curador. Interesante tema, por cierto, dado que, como vemos, un mismo vicio podrá dar lugar al planteamiento de dos pretensiones diferentes.

Y el tema no es poca cosa, entre otras razones, por los diferentes plazos de prescripción de ambas pretensiones: nulidad, diez años y anulabilidad, dos años (artículo 2001 del propio Código Civil). En ese sentido, creemos que debería considerarse como un caso de nulidad, dado que no podemos restringir los derechos del perjudicado, lo que en verdad estaríamos haciendo al considerar la impugnación de estos actos como de anulabilidad. Entonces, debemos señalar que el plazo de prescripción será el de la acción (pretensión) personal (artículo 2001, inciso 1 del Código Civil).

La segunda, por qué se toma como momento clave para las consecuencias de los actos jurídicos y contratos celebrados por el incapaz, el de la fecha de la solicitud del pedido de interdicción. Decimos esto, pues el hecho de que alguien haya formulado este pedido no implica que tal situación sea de conocimiento público. En tal sentido, consideramos que el momento pertinente o clave para el artículo bajo comentario, debería ser el de la inscripción de la demanda en el Registro Personal (como medida cautelar) o en caso no exista dicha inscripción, cuando se inscriba en el Registro Personal. Naturalmente, dado que el Código Civil (artículo 1362), y nuestra legislación en general, no amparan la mala fe, resulta claro que, a pesar de no encontrarse inscrito el

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

pedido de incapacidad o incluso la propia incapacidad (interdicción del sujeto), siempre será impugnable el acto jurídico o contrato celebrado en conocimiento del problema que padecía la persona en cuestión.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1164] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 593. Esta norma es importante. Habría que adecuar su redacción al nuevo régimen sobre discapacidad. En torno a ella, el grupo de trabajo proponía su derogatoria. No estábamos de acuerdo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1164) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 169.

Acción de anulación de los actos prohibidos al interdicto

Artículo 594.- Las personas que pueden promover la declaración de interdicción y el curador pueden demandar la anulación de los actos patrimoniales practicados en contravención del artículo 591.

Ya hemos visto que el artículo 591 regula los actos prohibidos al interdicto. En ese sentido, resulta evidente que, si se produjera una contravención a esta norma, tales actos resultarán impugnables. De ello se ocupa el artículo 594, bajo comentario, precepto que reserva esta pretensión a las personas que pueden promover la declaración de interdicción y al curador, por considerarlos serían los únicos con legítimo interés para tales efectos.

Nótese, como decíamos al comentar el artículo 593, precedente, que, a diferencia de esta norma, el artículo 594 sí señala de qué pretensión se trata: la de anulación o anulabilidad de los actos jurídicos.

Así también lo observa Cifuentes, citado por Estigarribia, cuando explica que: «Es dable poner de resalto que el presente artículo prevé la posibilidad de anulación de los actos otorgados por el interdicto en contravención con lo dispuesto por el artículo 591, que no decreta su nulidad absoluta; es decir "la nulidad es relativa, y puede ser confirmada si, obtenida la rehabilitación del insano (en el supuesto que nos ocupa, el interdicto), así lo quiere, o si el representante, en su caso, aconseja al juez que los convalide por ser beneficioso para el incapaz".»[1165]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1166] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 594. Esta norma es importante. Habría que adecuar su redacción al nuevo régimen sobre discapacidad. En torno a ella, el grupo de trabajo proponía su derogatoria. No estábamos de acuerdo.

(1165) Estigarribia Bieber, María. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 462.

(1166) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 169 y 170.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Curatela del penado

Artículo 595.- Ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil, el fiscal pedirá, dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado. Si no lo hiciera, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedir el nombramiento el cónyuge y los parientes del interdicto.

El artículo 595 se encarga de regular el supuesto de la curatela de la persona que hubiese sido sentenciada penalmente, con sentencia que conlleve la interdicción civil del penado. Se entiende que en estos casos la persona sancionada deberá tener a un curador, en la medida en que perderá su libertad y requerirá de alguien que lo represente ante la sociedad.

Al respecto, Peralta Andía comenta que: «La curatela de los condenados a pena que llevaba consigo la interdicción, consistía en la suspensión de derechos civiles del penado, por consiguiente, era necesario que una persona lo represente. La interdicción civil privaba al penado del derecho a la patria potestad, de la representación marital que le concedían las leyes, y de la administración y disposición de sus bienes.»[1167]

Adicionalmente, Cornejo Chávez precisaba, en 1985 (antes de la vigencia del Código Penal de 1991), que: «La interdicción civil no es una pena, sino una circunstancia que acompaña a ciertas penas, y concretamente a las de internamiento (artículo 31 del Código Penal), penitenciaría y relegación (artículo 34 del mismo cuerpo de leyes). Este grupo de curados está, pues, formado por aquellas personas a quienes, como culminación del correspondiente proceso penal instaurado a raíz de la comisión de un delito, se les impone pena de internamiento, penitenciaría o relegación, La interdicción civil va automáticamente anexa a la condena penal, razón por la cual no se necesita seguir un trámite civil de interdicción previo al nombramiento de un curador; y dura tanto como la condena misma.»[1168]

(1167) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 582.
(1168) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 433.

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1169] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 595. Esta norma es importante. No estábamos de acuerdo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1169) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 170.

Prelación, límites y funciones de la curatela legítima

Artículo 596.- La curatela a que se refiere el artículo 595 se discierne por el orden establecido en el artículo 569 y se limita a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado.

El curador está también obligado a cuidar de la persona y bienes de los menores o incapaces que se hallaren bajo la autoridad del interdicto hasta que se les provea de tutor o de otro curador.

El artículo 596 se encarga de complementar el tema de la curatela del penado, pero esta norma parte de un problema legislativo, y es que señala que la misma se discierne por el orden establecido en el artículo 569. Pero, como hemos visto, el artículo 569 se encuentra derogado por el Decreto Legislativo n.º 1384. En el caso concreto de la materia que era regulada por el artículo 569, ella pasó a hallarse regulada supletoriamente por el artículo 506, relativo a la tutela legítima, precepto que señala que a falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: 1.- El más próximo al más remoto; 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.

Sobre este particular estimamos que el orden de prelación señalado por esta norma es correcto y la aplicación de este precepto a la curatela también resulta adecuada.

En esa línea, Emilia Bustamante comenta que: «La doctrina ya ha señalado, en cuanto a las funciones del curador, que la potestad atribuida al curador tiene carácter personalísimo, al igual que en el caso de la tutela, y que al curador, en ejercicio de la misma, le será exigible la diligencia que en el cumplimiento de sus obligaciones despliega un buen padre de familia. El alcance de las funciones del curador del penado se regirá a la administración y la representación en juicio. Estas son las dos funciones principales a ser ejercidas por el curador del penado. Si se requiere disponer de algún bien, el curador del penado tendrá que solicitar la autorización judicial respectiva. Adicionalmente el curador tendrá a su cargo una función accesoria: en caso de que el penado tuviere bajo su cuidado y responsabilidad a menores o personas con discapacidad o con capacidad restringida, el curador tendrá la obligación de asumir el cuidado de dichas personas, así como de sus bienes, en tanto se les

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

designe a aquellos un tutor o apoyo. La finalidad de esta ampliación de la curatela hacia las personas que dependen del penado (y de los bienes que aquellas tengan), está concebida en el fin de no desamparar las; sin embargo, esta función es de carácter temporal, ya que durará mientras se designe al tutor o apoyo que los asistirá.»[1170]

Por lo demás, remitimos al lector a nuestros comentarios relativos al artículo 506.

De otro lado, debemos recordar que, en el año 2019,[1171] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 596. Esta norma es importante. No estábamos de acuerdo.

El artículo 596 también indica que la curatela del penado se limita a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado. Esto, en lo que respecta a los temas de orden patrimonial.

Pero el precepto extiende sus alcances, cuando en el segundo párrafo se indica que el curador está también obligado a cuidar de la persona y bienes de los menores o incapaces que se hallaren bajo la autoridad del interdicto hasta que se les provea de tutor o de otro curador. Esta norma tiene un profundo contenido moral, para no desamparar a estas personas que, ante los padecimientos del progenitor o de quien los provea de cuidados (tutor, curador o, simplemente, persona con autoridad en los hechos sobre ellos). Esta situación, evidentemente tendrá carácter transitorio, hasta que se les provea de tutor o curador, si fuese el caso. Es evidente que esta norma no comprende el caso de los hijos del penado que se hallen bajo la patria potestad del otro padre, quien, obviamente, la seguirá ejerciendo.

(1170) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 468.

(1171) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 170.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Curatela de bienes del ausente o desaparecido

Artículo 597.- Cuando una persona se ausenta o ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero según lo establece el artículo 47, se proveerá a la curatela interina de sus bienes, observándose lo dispuesto en los artículos 569 y 573. A falta de las personas llamadas por estos artículos, ejercerá la curatela la que designe el juez.

Como sabemos, el artículo 47 del Código Civil regula el supuesto de la desaparición de la persona, señalando que cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino. La norma agrega que también puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público; tramitándose la solicitud como proceso no contencioso. El precepto concluye indicando que no procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público. Por lo demás, sobre este particular, remitimos al lector a nuestra obra sobre Derecho de las personas. Naturales y jurídicas.(1172)

En lo que respecta a la mención del artículo 569, hemos visto que se aplica el orden de prelación recogido por el artículo 506. En lo pertinente a la referencia al artículo 573, éste ya ha sido estudiado por nosotros. Sólo corresponde recordar que el mismo señala que a falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia. Remitimos al lector a lo expresado en nuestro análisis del precepto en mención.

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,(1173) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 597. Esta norma es importante, pues en este caso sí correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador. Como vemos, la curatela

(1172) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 129-150.
(1173) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 170-171.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

debe continuar para determinados supuestos en que no se trata de coadyuvar o apoyar en la formación de la voluntad de la persona con discapacidad; sino de representar, propiamente, patrimonios o intereses de quienes no pueden hacerlo por sí mismos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Curatela de bienes del hijo póstumo

Artículo 598.- A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido.

En primer término, debemos señalar que el concepto que manejó el legislador de 1984 en torno al «hijo póstumo» es de la persona que estaba siendo gestada al momento de la muerte del padre. Es obvio que en ese instante no se sabrá si ese hijo nacerá vivo o no, pero para estos efectos, debemos remitirnos a lo señalado por el artículo 1 del Código Civil, precepto que indica que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; pero agrega que la vida humana comienza con la concepción; siendo el concebido sujeto de derecho para todo cuanto le favorece; y estando condicionada la atribución de derechos patrimoniales a que nazca vivo.

Si el padre del niño en gestación muriese, será evidente que su madre ejercerá en exclusiva la patria potestad sobre esa persona en gestación. Esto no admite debate. El problema se presentará en la medida en que la madre hubiese sido destituida de la patria potestad.

En esa línea, Cornejo Chávez comenta que: «Se trata, como se ve, de un caso especial de aplicación del artículo 1 del Código Civil, que considera sujeto de derecho al simplemente concebido para todo lo que le favorezca (si bien la atribución de derechos patrimoniales está sujeta a la condición de que nazca vivo). Por la misma naturaleza del feto (esencialmente igual al nacido) y por la verosimilitud de su nacimiento, el *nasciturus* merece ya el amparo del Derecho. En esto estriba una razón de la especialidad del caso. Hay todavía otra razón de ella, importante porque es en tal razón que se funda la curatela: ordinariamente el *nasciturus* está bajo la protección del padre y de su madre; pero si aquel fallece y ésta no ejerce la patria potestad, el ser queda desamparado. Si, en esas circunstancias, recibe una herencia, legado o donación, estos bienes quedarán librados al azar, la malicia o el abuso si la ley no proveyera a

su custodia y conservación. Este es, precisamente, el objeto de la curatela de bienes y en ello radica su fundamento.»[1174]

El artículo 598, bajo comentario, señala que la curatela corresponderá a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes y, en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el cual su curador lo será también de los bienes del concebido. No tenemos objeciones en lo que respecta a la solución legislativa anotada, la misma que nos releva de mayores comentarios.

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1175] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 598. La comisión proponía derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador; por lo que no nos hallábamos de acuerdo con el referido planteamiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1174) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 444.
(1175) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 171.

Curatela especial de bienes

Artículo 599.- El juez de primera instancia, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, e instituir una curatela, especialmente:

1.- Cuando los derechos sucesorios son inciertos.

2.- Cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando, sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo.

3.- Derogado. *Este inciso fue derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto original del inciso 3 era el siguiente:

3.- Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o de escoger mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador.

El artículo 599 se encarga de regular la curatela de bienes que no pertenecen a nadie, los mismos que podrían estar abandonados o no estarlo. Los que busca el legislador es que ellos estén bajo el cuidado de alguien, para evitar su deterioro o destrucción, hasta que exista alguien que los reclame, posea o desee poseerlos. En ese sentido, la norma señala que el juez de primera instancia, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, deberá proveer a la administración de los bienes. Pero subraya que debe tratarse de bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, es decir de bienes que no estén siendo poseídos por alguien, sea de buena, sea de mala fe; ello, dado que, si alguien los posee, pues se entiende que ese alguien tiene interés en cuidar de tales bienes, en la medida en que le están siendo de utilidad. Además, dicha posesión podría dar lugar a una futura prescripción adquisitiva de los bienes.

El artículo 599, bajo análisis establece que en el caso de los bienes de que trata, se deberá instituir una curatela, especialmente:

EDWIN MARIO CASTILLO FREYRE

a) Cuando los derechos sucesorios son inciertos (inciso 1)

Podría ocurrir que ante la muerte de una persona no se conozca quiénes son sus herederos, como podría ocurrir con alguien que muere muy lejos de su lugar de origen, donde vivía solo, sin familia conocida, pero teniendo un determinado patrimonio. En este caso, precisamente, se debería nombrar a un curador para que se ocupe de tales bienes.

Debemos señalar que el supuesto mencionado en el inciso 1 del artículo 599, no es el único, dado que la norma emplea la expresión «especialmente», antes de referirse a los supuestos regulados en los incisos 1 (bajo comentario) y 2. Lo importante, en cualquier caso, es que no haya persona alguna que se ocupe del cuidado de esos bienes o de ese patrimonio, pues, en realidad no tendríamos que hablar sólo de bienes.

En esa línea, Peralta Andía menciona que: «Se estiman inciertos estos derechos, según el Código adjetivo, siempre que se produzca uno de estos casos: Si no se tiene noticias de que existen herederos constituidos o parientes en la línea recta o colateral dentro del cuarto grado inclusive. Si habiendo herederos instituidos uno o más de ellos están fuera del lugar sin representación de él, o son menores o incapaces que no se hallan bajo la autoridad de sus padres o guardadores. Si por falta de testamento la herencia corresponde a los herederos legales, y uno o más de éstos se encuentren en los casos de ausencia, minoría o incapacidad, siempre que no haya en el lugar parientes más próximos (artículo 594 C.C. y 1252 C. P. C., modificado por el artículo 769 y siguientes del Decreto Legislativo 768).»[1176]

b) Cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando, sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo (inciso 2)

Como sabemos, el artículo 94 del Código Civil señala que la asociación se disuelve de pleno derecho cuando no pueda funcionar según su estatuto.[1177] En tales casos, alguien tendrá que seguir administrando el patrimonio de esa persona jurídica que ya no puede seguir funcionando. Decimos esto, en la medida en que, ante la imposibilidad de funcionamiento,

(1176) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 588.
(1177) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 203-242.

los integrantes de la asociación o del comité ya no podrán conducirla y se requerirá de un tercero que administre su patrimonio.

Cabe señalar que, de acuerdo con Héctor Cornejo Chávez, esta lista no es taxativa: «[...] el artículo trascrito deja ver que la enumeración que contiene es simplemente enunciativa, y no taxativa, de modo que su norma será también de aplicación en cualquier otro caso semejante. La única nota que a todos se exige es la de tratarse de bienes cuyo cuidado no incumba a nadie.»[1178]

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1179] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 599. No estábamos de acuerdo, porque en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1178) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 446.
(1179) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 171.

Curatela de bienes en usufructo

Artículo 600.- Cuando el usufructuario no preste las garantías a que está obligado conforme al artículo 1007 el juez, a pedido del propietario, nombrará curador.

El artículo 1007 del Código Civil establece que el usufructuario está obligado a prestar la garantía señalada en el título constitutivo de su derecho o la que ordene el juez, cuando éste encuentre que puede peligrar el derecho del propietario. En otra ocasión hemos estudiado este precepto.(1180)

El sentido del artículo 600 se basa en que los bienes sobre los que se ha constituido el usufructo, en caso no estuvieren garantizados, podrían correr el riesgo de deteriorarse o de perderse. De ahí que el legislador de 1984 contemple una curatela especial de bienes para este caso particular.

Adicionalmente, Aguilar Llanos comenta que: «En esa circunstancia el derecho traza un camino para asegurar al propietario que se desprende de su bien, y viabiliza el usufructo a través de la curatela de bienes, esto es, se designa a un curador que tiene como única misión, cautelar, sin interferir al usufructuario, los bienes materia del usufructo. En la legislación comparada se han buscado distintas formas de protección de los bienes dados en usufructo, por ejemplo, en la legislación francesa el dinero debía ser depositado en un banco, los productos debían venderse y depositar igualmente el precio; los muebles perecibles por el uso también debían venderse y depositar el precio. Este curador no tendrá como función la explotación del bien, ya que esto continuará siendo ejecutado por el usufructuario.»(1181)

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,(1182) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 600, a pesar de que en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

(1180) Castillo Freyre, Mario. *Derechos Reales. Principales y de garantía. Op. cit.*, pp. 233-265.
(1181) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 584.
(1182) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 171.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

JUEZ COMPETENTE Y PLURALIDAD DE CURADORES

Artículo 601.- La curatela a que se refieren los artículos 597 a 600, será instituida por el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes.

Pueden ser varios los curadores, si así lo exige la administración de los bienes.

Ya hemos visto que los artículos precedentes se encargan de regular determinadas curatelas especiales. El 597, la curatela de bienes del ausente o desaparecido; el 598, la curatela de bienes del hijo póstumo; el 599, la curatela especial de bienes o curatela sobre bienes sin alguien a cargo de su administración o cuidado; y el artículo 600, la curatela de bienes en usufructo.

En algunos casos, los bienes o el patrimonio que deberá administrar el curador especial se encontrarán en una sola localidad y, en otros casos, tales bienes se hallarán en distintas localidades. En razón a ello, el artículo 601 establece que la curatela a que se refieren los artículos 597 a 600 será instituida por el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes, lo que tiene pleno sentido.

Ahora bien, podría darse el caso en que exista un volumen muy grande de bienes, o, en otras palabras, que el patrimonio a administrar sea cuantioso e, incluso, disperso geográficamente. Para estos casos el segundo párrafo del artículo 601 prevé que pueden ser varios los curadores, si así lo exige la administración de los bienes. Esta solución legislativa facilitará la administración de tales bienes.

Cabe destacar que la pluralidad de curadores no origina solidaridad, pues así no lo establece el Código.

En el mismo sentido, Aguilar Llanos señala que: «Debemos precisar que esta pluralidad de curadores no origina solidaridad entre ellos, pues el encargo vincula a cada curador con el bien o bienes que se le encomienda y nada más, además por cuanto la solidaridad no se presume.»[1183]

(1183) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 585.

Asimismo, Peralta Andía indica que: «Por disposición de la ley, pueden ser varios los curadores, si así lo exige la administración de los bienes a diferencia de lo que ocurre en la tutela y curatela típica que pueden ser encomendadas a varios titulares simultáneamente. Cabe destacar que la pluralidad de curadores no origina para éstos obligaciones solidarias, porque la solidaridad debe constituirse expresamente y la ley no la establece y, también, en razón de la naturaleza misma de la pluralidad que vincula a cada curador con el bien o los bienes o funciones que le son encargados.»[1184]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1185] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 601, a pesar de que en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1184) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 590.

(1185) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 171 y 172.

Representación legal por curador de bienes

Artículo 602.- El curador de bienes no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia.

Como hemos señalado, las curatelas contempladas en los artículos 597 a 600 son las denominadas curatelas especiales, las mismas que se refieren, específicamente, al resguardo de bienes o patrimonios que requieren de tal cuidado, preservación y administración. Dentro de tal orden de ideas, las funciones que la ley autoriza a quien ejerza la curatela son específicas, tal como lo establece el artículo 602, bajo comentario, cuando señala que el curador de bienes no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.

En esa línea, Cornejo Chávez precisa que: «Estas funciones, ordinariamente, no incluyen actos de gravamen ni disposición y ni siquiera cualquier clase de actos administrativos, sino exclusivamente los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.»[1186]

Esto se justifica, precisamente, en razón a lo que es propiamente un curador de bienes, persona que no debe entender el cargo como que el mismo le permita efectuar gastos o inversiones no justificados o cualquier toma de decisión respecto al patrimonio que administre, que implique exponerlo a riesgo. Su labor, en pocas palabras, consiste en preservar ese patrimonio cuyo cuidado se le encarga.

Pero podría ocurrir que ese curador se exceda en los alcances de aquello a lo que debería circunscribirse el ejercicio de su cargo. No cabe duda de que, en este caso, tales actos estarían viciados de nulidad, por existir norma expresa que le prohíbe celebrarlos. No obstante, podría ocurrir que luego de contraídos, se constate que los mismos han resultado en beneficio del patrimonio sometido a curatela. En este caso, resultaría absurdo reclamar su anulación, pues ella, precisamente, iría en contra del patrimonio que administra. En ese

(1186) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 449.

sentido, el artículo 602 establece que los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia.

Pensamos que la norma debe entenderse en dos sentidos. El primero, si los actos fueron celebrados sin autorización judicial, ni audiencia del consejo de familia y luego se regularizan por ellos; y, el segundo, que tales actos sean celebrados con autorización del juez y previa audiencia del consejo de familia, supuesto en el cual la solución legislativa resultaría evidente. Pensamos que el precepto debería entenderse comprensivo de ambas hipótesis.

En esa línea, Arias-Schreiber comenta que: «Con un criterio plausible por su flexibilidad, los actos prohibidos serán válidos cuando lo autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia y siguiendo los trámites de necesidad o utilidad que fija el Código Procesal Civil.»[1187]

Para concluir, debemos recordar que, en el año 2019,[1188] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 602, a pesar de que en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1187) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 166.
(1188) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 172.

Representación por el curador

Artículo 603.- Corresponde al curador de bienes la representación en juicio. Las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos del respectivo curador.

Como hemos visto a lo largo de nuestro análisis de la curatela, ella siempre tiene, dentro de sus funciones, la de representación. En el caso de la curatela de bienes, resulta evidente que ella reviste exclusivamente la función de representación. Establece el artículo 603 que corresponde al curador de bienes la representación en juicio. Agrega el precepto que las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos del respectivo curador. Esta norma tiene una utilidad práctica notable, en la medida en que, considerando que lo que se administra es exclusivamente un patrimonio, el mismo podrá contener bienes que deban responder por créditos que tengan terceras personas, ya sea se trate de acreedores quirografarios o acreedores que tengan garantizado su crédito con todos, algunos o alguno de los bienes que conforman ese patrimonio (sea a través de una garantía real o personal). Esto significa que el hecho de que el patrimonio se encuentre sujeto a curatela no le otorga un manto de inmunidad, ya que el mismo deberá responder, cuando ello corresponda, para el pago de obligaciones contraídas con anticipación.

Al respecto, Arias-Schreiber comenta que: «Para la representación en juicio respecto de los bienes sujetos a la administración de un curador, corresponderá a éste la representación ante los tribunales. *Pari pasu*, quienes tengan créditos sobre esos bienes podrán reclamar su pago al curador de bienes.»[1189]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1190] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 603, no obstante que en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

(1189) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 166.

(1190) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.,* 2020, p. 172.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación de normas procesales a la curatela

Artículo 604.- El curador instituido conforme a los artículos 599, incisos 1 y 2, y 600 está también sujeto a lo que prescribe el Código de Procedimientos Civiles.

Es necesario precisar que la referencia al Código de Procedimientos Civiles debe entenderse efectuada al Código Procesal Civil. En 1998, en *Tentaciones académicas*,[1191] señalábamos que la norma bien podría actualizarse en ese sentido.

Como sabemos, el año 1993 entró en vigencia el Código Procesal Civil, que derogó y sustituyó al Código de Procedimientos Civiles de 1912; de ahí que la referencia que hace el artículo 604 a este último cuerpo normativo deba entenderse efectuada al Código Procesal Civil, que trata la materia en los artículos 21, 24 y 677.

Para Muro Rojo: «La norma parece ociosa y de más sobreentendida, toda vez que es claro que el curador en el ejercicio de sus funciones tendrá que ceñirse a la legislación vigente, tanto en lo concerniente a los actos que celebre en el marco del Derecho sustantivo como en el marco de su actuación procesal, cuando sea el caso. En este último supuesto, no cabe duda que el curador podrá ejercer las facultades de representación que establecen los artículos 74 y 75 del Código adjetivo, salvo que al tiempo de su nombramiento se hayan regulado sus facultades en forma diferente.»[1192]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1193] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 604, a pesar de que en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

(1191) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 474.
(1192) Muro Rojo, Manuel. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 486.
(1193) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 172.

Facultades y obligaciones del curador señaladas por el juez

Artículo 605.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 603 y 604, el juez que nombra al curador puede señalarle sus facultades y obligaciones, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está previsto para los tutores.

La virtud del artículo 605 del Código Civil se centra en el hecho de que las facultades del curador pueden ser especificadas. Resulta evidente que esto no es indispensable. Bastaría para el ejercicio del cargo de curador que la materia se rija por las normas dispositivas que venimos analizando; pero bien podría ocurrir que el caso específico requiera de algunas especificaciones que resulten necesarias, sea para restringir, sea para ampliar las facultades de las referidas normas de carácter dispositivo. En ese sentido, el artículo bajo comentario señala que el juez que nombra al curador puede señalarle sus facultades y obligaciones, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está previsto para los tutores. En ese sentido, remitimos al lector a lo señalado con ocasión de nuestros comentarios a los artículos 526 a 541.

Adicionalmente, cabe precisar que, como señalan Muro y Rebaza: «[...] no debe perderse de vista que tales dispositivos deben ser aplicados *mutatis mutandis*, habida cuenta que existen normas que, por su propia naturaleza, no pueden resultar aplicables a la curatela sin previa adecuación.»[1194]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1195] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 605, a pesar de que en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

(1194) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 489.

(1195) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, 2020, pp. 172 y 173.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SUPUESTOS EN LOS QUE SE REQUIERE CURADOR ESPECIAL

Artículo 606.- Se nombrará curador especial cuando:

1.- Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.

2.- Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres.

3.- Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos.

4.- Los intereses de las personas sujetas a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o a las personas con capacidad de ejercicio restringida que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común.

El texto del inciso 4 no corresponde al Código de 1984. Proviene de la modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El texto original del precepto era el siguiente:

4.- Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común.

5.- Los menores o las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidas en el artículo 44 incisos del 1 al 8, que tengan bienes lejos de su domicilio y no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador.

El texto del inciso 5 no corresponde al Código de 1984. Proviene de la modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El texto original del precepto era el siguiente:

5.- Los menores o incapaces tengan bienes lejos de su domicilio que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador.

6.- Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7.- Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.

8.- El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones.

9.- Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.

De manera general, podemos señalar que: «Esta curatela atípica, conocida como curatela especial, pues el encargo que se otorga al curador es para una situación determinada, específica, "especial", ordinariamente está referida al cuidado de bienes o intereses económicos de una persona, que puede ser incapaz con padres, en pleno ejercicio de la patria potestad, o sujetos a una tutela o una curatela típica, e incluso puede tratarse de una persona capaz, que está circunstancialmente impedida de atender personalmente un asunto determinado o designar apoderado.»(1196)

Más allá de los casos que venimos estudiando, relativos a curatela especial, el artículo 606 establece una serie de supuestos que vamos a analizar en detalle, los mismos que se presentan cuando:

a) Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad (inciso 1)

Lo que busca el Código Civil con el inciso 1 del artículo 606 es evitar conflictos de interés en el ejercicio del cargo de la patria potestad por parte de los padres, en caso los intereses de los hijos estén en contraposición a los de ellos.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta lo siguiente: «Obsérvese que no se trata de una causa de suspensión de patria potestad de los padres, sino que por razones diversas entran en conflicto intereses de padres e hijos, por lo tanto no existiría la imparcialidad que es necesaria para estos casos. Puesto en tal circunstancia, el padre, por proteger sus intereses descuida los de su hijo, o por proteger los intereses del hijo, descuida los propios. Para evitar ello se designa a un curador especial que tiene una única misión, esto es, la de proteger el interés del menor que se encuentra en franca oposición.»(1197)

(1196) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 585.
(1197) *Ibidem*, p. 586.

INSTITUTO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres (inciso 2)

Los hijos menores de edad, sujetos a la patria potestad de sus padres, podrían adquirir, sea por herencia, legado, donación o por alguna otra vía, la propiedad de bienes, sobre los cuales la persona que se los haya transferido pudiera haber establecido como cargo del acto de disposición, el que tales bienes no sean administrados por los padres del menor. Esto, evidentemente, por las más diversas razones que pueden dar lugar a un proceder de esta naturaleza. En casos como éstos, será evidente que los padres estarán excluidos de la administración de esos bienes de sus hijos, razón por la cual resultará necesario el nombramiento de un curador para tales efectos.

c) Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos (inciso 3)

Sería el caso en que, sea por la razón o causal que fuere, los padres fueren destituidos de la administración de los bienes de sus hijos, como podría ser por el hecho de haberlos administrados de manera deficiente. En estos casos, resulta claro que también se requerirá del nombramiento de un curador, con la exclusiva finalidad de que administre tales bienes.

d) Los intereses de las personas sujetas a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o a las personas con capacidad de ejercicio restringida que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común (inciso 4)

El primer supuesto regulado por el inciso 4 es el relativo a la existencia de conflicto de interés entre el pupilo o el sujeto a curatela con respecto a los intereses de sus tutores o curadores, respectivamente. Las razones para el nombramiento de un curador especial son las mismas que motivan su nombramiento en caso de conflicto de interés entre los padres que ejerzan la patria potestad y sus hijos, con respecto a los bienes de estos últimos.

e) Los intereses de las personas sujetas a tutela o curatela estén en oposición a los de otros menores o a las personas con capacidad de ejercicio restringida que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común (inciso 4)

Aquí se regula un problema al que la ley también debía brindar una solución. Se trata del caso en el cual los intereses de una persona sujeta a tutela o curatela se hallen en contraposición con los de otra persona también sujeta a tutela o curatela, todos ellos a cargo de un tutor o

curador común. El conflicto de interés requiere de la intervención de un curador especial, pues el representante común no podría representar auténticamente a las dos personas con intereses en conflicto. Sería una situación en la que se presentaría una especie de bipolaridad en la representación. Nadie puede representar bien a dos personas que tienen intereses en conflicto.

La norma es positiva, no obstante lo cual creemos que también hubiese sido pertinente regular el supuesto en el cual el representante común de los incapaces pudiera ser padre de uno de ellos o incluso de ambos. En este caso, a pesar de no estar regulado por la norma bajo tratamiento, creemos que también correspondería el nombramiento de un curador especial. Las razones son obvias.

f) Los menores o las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidas en el artículo 44 incisos del 1 al 8, que tengan bienes lejos de su domicilio y no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador (inciso 5)

Estas personas tendrán a alguien que las represente, sea tutor o curador. No obstante ello, dada la existencia de bienes que se encuentren lejos de su domicilio (los mismos que no puedan ser administrados de manera adecuada), entonces requerirá ayuda, en este caso, la de un curador especial. Las razones son evidentes.

Resulta interesante mencionar lo que señala Cornejo Chávez: «A propósito de este caso, se podría preguntar por qué lo ha circunscrito la ley al menor o incapaz sujeto a la tutela o curatela general, sin extenderlo al del menor que se halla bajo la patria potestad. Si el padre o madre no puede pedir que se nombre un curador que administre los bienes que los hijos tienen en lugar lejano de su domicilio, ¿deberá asumir los riesgos y responsabilidades de una administración que no puede ejercitar, perjudicándose a sí mismo y perjudicando también los intereses de tales hijos? Y en todo caso, ¿por qué da la ley al tutor y al curador general la facultad de trasferir la administración a un curador especial, que, en cambio, le niega al padre o a la madre? En realidad, según creemos, los padres que se encuentren en tal situación podrán designar un apoderado idóneo o contratar los servicios de un administrador o de otro personal adecuado, lo cual da respuesta a la primera interrogación; y el que no puedan desprenderse de la responsabilidad consiguiente, trasladándola a un curador especial, como sí se desprenden de ella el tutor y el curador general, se debe a que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la paternidad y la maternidad imponen deberes y responsabilidades insoslayables que no tienen los tutores ni los curadores.»[1198]

g) Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél (inciso 6)

Como hemos visto, si bien en algunos casos los tutores o curadores serán parientes del incapaz, en otros no lo serán y van a desempeñar una labor en pro del bienestar de esa persona y de la sociedad. Ello, más aún, teniendo en consideración que el cargo de tutor es obligatorio, salvo contados supuestos de excepción.

Además, nada garantiza que el tutor o curador sea una persona con especiales conocimientos que le permitan administrar determinados negocios con los que no tenga nada que ver, como podría ser el caso de una mediana empresa heredada por el menor o incapaz, que se dedique a un rubro ajeno al tutor o curador o, no siendo ajeno, que la complejidad del negocio no le permita dedicarse a él con el suficiente tiempo y conocimiento como para llevarlo de manera exitosa. Para esos casos, precisamente, es que el inciso 6 prevé la posibilidad de que se nombre un curador especial, a efectos de tener una administración separada de la curatela general.

h) Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general (inciso 7)

Es claro en estos casos, al haberse establecido como cargo de los bienes adquiridos el que ellos no sean administrados por el tutor o curador general, que deberá nombrarse un tutor o curador especial para que administre tales bienes. Caso contrario, se estaría incumpliendo el cargo y ello podría llegar a ser causal de resolución del contrato.

i) El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones (inciso 8)

En estos supuestos, al no encontrarse habilitado el representante legal, resultará necesario nombrar un curador especial.

Arias-Schreiber comenta al respecto, que: «Cuando el representante legal esté impedido de ejercer sus funciones, como sería el caso de su

(1198) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, pp. 454 y 455.

inhabilitación. En esta hipótesis será imprescindible el nombramiento de un curador especial.»[1199]

j) Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado (inciso 9)

Podría ser el caso en el cual la persona capaz se encuentre temporalmente internada en un hospital o en una clínica y, dado su estado de salud, le resulte imposible actuar por sí misma o designar apoderado para un asunto urgente. Es verdad que la urgencia de este asunto tampoco es que deba ser tan grande como para que se tenga que ejecutar de inmediato, pues si así fuere es obvio que no habría tiempo para recurrir a solicitar el nombramiento judicial de un curador especial.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1200] la comisión que elaboró el proyecto de reforma propuso la derogación del artículo 606; ello, a pesar de que, en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1199) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 170.

(1200) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 173.

Nombramiento de curador por padre extramatrimonial

Artículo 607.- El padre extramatrimonial puede nombrar curador en testamento o por escritura pública para que administre, con exclusión de la madre o del tutor nombrado por ella, los bienes que deje a sus hijos. Igual facultad tiene la madre extramatrimonial.

En el caso de los hijos extramatrimoniales (que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[1201] planteábamos denominar «hijos nacidos fuera del matrimonio»), puede ocurrir que ellos vengan al mundo fruto de una unión estable, tenga ella o no las características señaladas por el artículo 326 del Código Civil. Pero podría ocurrir que, más allá del hijo común, en tiempos actuales nada vincule a esa pareja, con lo cual ni siquiera confianza existirá entre las personas que la formaron. En estos casos, cualquiera de los progenitores del menor podrá nombrar un curador especial para los bienes que entregue en vida o por testamento. En el primer caso, la designación del curador deberá ser hecha por escritura pública; en el segundo podrá ser hecha por escritura pública o en el propio testamento. Lo que hay en el fondo de esta situación es la desconfianza de aquel que transfiere los bienes al menor, sea por acto *inter vivos* o por acto *mortis causa*, con respecto a la persona con quien procreó a ese hijo. De ahí que no interese que esa persona ejerza la patria potestad sobre el menor o si esta persona hubiere nombrado tutor para los mismos.

Para el maestro Cornejo Chávez: «[...] la disposición bajo estudio se justifica plenamente por la especial situación del hijo extramatrimonial, el cual, según las circunstancias, puede no contar con la garantía –que sí tiene, normalmente, el matrimonial– del afecto de sus dos padres, demostrado en una conducta permanente de abnegación y preocupación; razón por la cual uno de ellos puede tener sobrada o suficiente razón para recelar de la administración que el otro pudiera hacer de los bienes que él les deja.»[1202]

(1201) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 474.
(1202) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 454.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1203] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 607; ello, a pesar de que en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1203) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 173 y 174.

Funciones del curador especial

Artículo 608.- Los curadores especialmente nombrados para determinados bienes se encargarán de la administración de éstos en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó.

El artículo 608 se encarga de establecer los alcances de la curatela especial, al señalar que los curadores especialmente nombrados para determinados bienes se encargarán de la administración de éstos en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó. Esto significa que el testador o donante de los bienes podrá establecer, en el testamento o contrato de donación, respectivamente, los alcances de la referida curatela de los bienes que hayan sido objeto de tratamiento en los actos jurídicos mencionados.

En esa línea, Juan Carlos del Águila comenta que: «El presente artículo de manera general busca otorgar el espacio necesario para que el testador se sienta en la libertad de expresamente señalar qué puede y qué no puede realizar el curador nombrado atendiendo a que precisamente será una persona que acepta someterse a la voluntad del testador en forma libre al aceptar el encargo otorgado.»[1204]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1205] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 598. No estábamos de acuerdo con ello.

(1204) Del Águila Llanos, Juan Carlos. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 497.

(1205) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 174.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nombramiento de curador especial

Artículo 609.- En los casos de los incisos 1 y 9 del artículo 606, el curador será nombrado por el juez. En los demás casos lo será por el consejo de familia.

El artículo 606 en su inciso 1 establece que se nombrará curador especial cuando los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad; en tanto que el inciso 9 del referido artículo señala que se nombrará curador especial cuando una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado. Se trata de preceptos que acabamos de analizar. El artículo 609 establece que, en estos dos casos, el curador será nombrado por el juez; en tanto que en los demás casos será nombrado por el consejo de familia. Entendemos que la razón que lleva a efectuar la distinción se basa en que se quiere evitar, en los últimos supuestos mencionados, la intervención del consejo de familia, dado que podría existir conflicto de interés.

Al respecto, Héctor Cornejo Chávez precisa que: «En el primer caso, esto es, tratándose de la oposición de intereses entre el padre o madre y el hijo sujeto a su potestad, el juez, al designar curador especial, deberá tener presente lo dispuesto en el artículo 460, según el cual el nombramiento deberá recaer en el pariente llamado a la tutela legítima. En caso de no haberlo, será el consejo de familia quien designe a otro pariente o a un extraño.»[1206]

Resulta interesante mencionar que, para el profesor Max Arias-Schreiber, no debía intervenir el consejo de familia para la elección del curador: «Nosotros discrepamos en cuanto concierne a la intervención del consejo de familia y creemos que en todas las hipótesis del artículo 606, la curatela correspondería ser establecida por el juez. En efecto, la complejidad en la formación del consejo de familia, sobre la que abundamos en otra parte de este libro (infra, página 177 y siguientes), justifica nuestra posición.»[1207]

(1206)Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 456.
(1207)Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 171.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1208] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 609. Remitimos al lector a lo expuesto con ocasión del artículo 606.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1208) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 174.

Cese de curatela por rehabilitación

Artículo 610.- Cese de curatela por rehabilitación

La curatela instituida conforme al artículo 44, numerales 4 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción.

La rehabilitación puede ser pedida por el curador o por cualquier interesado.

El texto citado no es original de 1984, dado que el precepto fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El texto original de la norma era el siguiente:

Artículo 610.- *La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción.*

La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.

El artículo 610 regula el caso del cese de la curatela por rehabilitación. Se entiende que la curatela debe tener, en principio y salvo que el caso concreto no lo permita, carácter transitorio. Concretamente, nos estamos refiriendo a los supuestos contenidos en los incisos 4 a 7 del artículo 44 del Código Civil, que regula los casos de personas con capacidad de ejercicio restringida. Es claro que cuando el pródigo deje de serlo; cuando el mal gestor haya rectificado esa conducta respecto de su patrimonio; cuando el ebrio habitual se haya curado; al igual que el toxicómano, ellos no deberían continuar bajo curatela porque tales personas se habrían rehabilitado. En ese sentido, se podría solicitar al juez que determine el cese de la interdicción (que la levante). Siempre se deberá cumplir con los requisitos contemplados por el artículo 613, que luego analizaremos.

Este pedido de rehabilitación puede ser formulado por el curador o por cualquier interesado.

En esa línea, resulta de interés mencionar la siguiente cuestión planteada por Jorge Echandía, cuando señala que: «La norma dispone que la solicitud de rehabilitación puede ser presentada por el curador y por cualquier interesado (que afirme tener interés y legitimidad para obrar). Sin embargo, cabe plantear

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

si la solicitud puede ser presentada también por el propio sujeto declarado interdicto, en la medida en que habría cesado la causa por la cual se le declaró con capacidad de ejercicio restringida y precisamente por eso es que busca la declaración de su rehabilitación judicial. Podría pensarse que el interdicto sí estaría legitimado para accionar personalmente, debido a que la norma faculta a "cualquier interesado" y él es sin duda alguna un interesado o, mejor dicho, el principal interesado. No obstante, el buen sentido aconseja no permitirle la acción directa, toda vez que, a la luz de la ley, el interdicto es aún una persona con capacidad de ejercicio restringida y esa situación cesará legalmente solo con la declaración de rehabilitación que todavía no se ha producido.»[1209]

Para nosotros, el tema de la acción directa por parte del interdicto resulta discutible, pues también podríamos encontrarnos en el supuesto en que su entorno parental más cercano (vale decir, aquellos que tendrían legítimo interés) quiera que se mantenga en situación de capacidad de ejercicio restringida. En estos casos, qué duda cabe, el Derecho no podría negar que el interdicto recurra directamente a los tribunales de justicia para pedir que se levante la interdicción y recobre plena capacidad jurídica.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[1210] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 610. No estamos de acuerdo con ello.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1209) Echandía Cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 503.

(1210) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 174.

Término de la curatela del condenado

Artículo 611.- La curatela del condenado a pena que lleva anexa la interdicción civil acaba al mismo tiempo que la privación de la libertad.

El liberado condicionalmente continúa bajo curatela.

La solución legislativa a que arriba el artículo 611 es lógica. En este caso no se requerirá solicitar que se levante la situación o estado de interdicción. La interdicción cesará en el momento en que acabe la privación de la libertad. No obstante, la persona que haya obtenido libertad condicional continuará bajo curatela. La razón de esto último es muy simple, en la medida en que podría eventualmente perder esa libertad condicional y retornar a un establecimiento penitenciario. Por lo demás, cuando se está en libertad condicional, también se está, precisamente, cumpliendo una pena.

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1211] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 611. Creemos que no correspondía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1211) *Loc. cit.*

Rehabilitación del incapaz

Artículo 612.- Derogado. *Este artículo fue derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 612**.- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, sólo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo.*

Sólo queremos recordar que, en el año 2019,(1212) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 612, pero no advirtió que el artículo ya estaba derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

(1212) *Ibidem*, pp. 174 y 175.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Rehabilitación del ebrio habitual, pródigo, toxicómano y mal gestor

Artículo 613.- La rehabilitación de la persona declarada con capacidad de ejercicio restringida en los casos a que se refiere el artículo 44, numerales 4 a 7, sólo puede ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela.

El texto de este artículo no es original de 1984. El mismo proviene de la modificatoria efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El contenido de la norma original era el siguiente:

***Artículo 613**.- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refiere el artículo 44, incisos 4 a 7, sólo puede ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela.*

El artículo 613 establece cuál es el requisito que deben cumplir las personas interdictas, de acuerdo con el artículo 44, incisos 4 a 7 del Código Civil. Tal requisito es que hayan transcurrido más de dos años sin que el interdicto haya dado lugar a alguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela. La solución legislativa guarda plena lógica, en la medida en que la ley debía contemplar un plazo razonable para considerar que la persona interdicta ha solucionado su problema. En el caso de los toxicómanos y de los ebrios habituales, el tema de los dos años se entiende perfectamente, pero creemos que, además de la falta de queja, deberá someterse a la persona a exámenes médicos que ratifiquen su rehabilitación.

No obstante, en el caso de los malos gestores y de los pródigos, la materia será mucho más complicada, en la medida en que desde que se les declaró interdictos y se les nombró un curador, ellos no habrán tenido el manejo de su propio patrimonio. Siendo así las cosas, resultaría imposible que incurran en dilapidación de su patrimonio o en una mala gestión y, por ende, que haya quejas en ese sentido. Creemos que aquí exámenes psiquiátricos serían fundamentales para poder levantar la interdicción.

GUSTAVO ORLANDO CASTILLO RUIZ

Al respecto, Somarriva comenta que: «Los hábitos de disipación o prodigalidad del interdicto bien puede que no sean eternos, y que al pródigo le llegue la hora de la cordura. En semejante caso la interdicción ya no se justificaría.»[1213]

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1214] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 613. Creemos que ello no correspondía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1213) Somarriva Undurraga, Manuel. *Derecho de Familia*. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1963, p. 701.

(1214) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 175.

Relevo de curador del mayor incapaz

Artículo 614.- Derogado. *Este artículo fue derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

El texto de la norma era el siguiente:

***Artículo 614**.- El curador de un mayor incapaz, no siendo su cónyuge, ascendiente o descendiente, será relevado si renuncia al cargo después de cuatro años.*

Sólo queremos recordar que, en el año 2019,[1215] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 614, sin advertir que el precepto ya estaba derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1215) *Loc. cit.*

Cese de curatela de bienes

Artículo 615.- La curatela de los bienes cesa por la extinción de éstos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron.

El artículo 615 trata acerca del cese de la curatela de bienes, señalando que el mismo se produce por la extinción de éstos, lo que resulta lógico, en la medida en que al no existir bienes que cuidar o administrar, tampoco tendrá sentido la subsistencia de la curatela. La otra causal de cese está constituida por la desaparición de los motivos que la determinaron. Entendemos, no obstante, que en ambos casos resultará necesaria una sentencia judicial que determine el referido cese.

Sobre el artículo bajo análisis, Arias-Schreiber comenta que: «Sea por la extinción de los bienes o por haber desaparecido las razones que determinaron la curatela, ésta cesa en uno y otro caso. La razón del precepto es obvia. La falta del objeto de la curatela o la desaparición de los motivos que la determinaron, la hacen inútil.»[1216]

Antes de concluir, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[1217] señalamos que la palabra «extinción» podría ser variada por el término «pérdida», para adecuar la norma a lo dispuesto en el artículo 1137 del Código Civil. En segundo lugar, mejorábamos la redacción de la última parte del artículo, reemplazando la expresión «que la determinaron» por «que determinaron dicha curatela».

Finalmente, debemos recordar que, en el año 2019,[1218] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 615. No estuvimos de acuerdo con tal propuesta.

(1216) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 174.

(1217) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 475.

(1218) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 175.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cese de la curatela de bienes del desaparecido

Artículo 616.- La curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto.

En otro trabajo hemos estudiado la desaparición.[1219] Se trata de un estado fundamentalmente transitorio, el mismo que cesa por diversos motivos, como podría ser el caso de la reaparición de la persona desaparecida, por haberse prolongado la desaparición y haberse declarado a la persona como ausente, o, finalmente, por haberla declarado presuntamente muerta (como anota el propio artículo 616). No obstante, esta norma omite señalar el supuesto en que el desaparecido haya dejado de serlo, porque fue encontrado su cadáver y se le declaró muerto (no presuntamente muerto). Pero entendemos que para este caso también resulta aplicable la norma. Lo importante es que ella regula los efectos del cese de la condición de «desaparecido». Y, en materia de curatela, esas consecuencias no son otras que el cese de la curatela.

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1220] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 616. No estuvimos de acuerdo, pues aquí no se requiere de un asistente, sino –como los otros artículos que venimos estudiando– de un verdadero curador o representante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1219) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 129-132.
(1220) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 175.

Cese de la curatela de los bienes del concebido

Artículo 617.- La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte.

La solución del artículo 617 se entiende perfectamente, en la medida en que, si estamos hablando de la curatela de bienes del concebido, pues ella tendrá que cesar cuando el concebido deje de tener tal condición. Y, como sabemos, ello solamente se podrá producir porque ya nació, o porque murió antes de nacer. La claridad del tema nos releva de mayores explicaciones.

Sólo debemos recordar que, en el año 2019,(1221) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 617. No estuvimos de acuerdo con ello, pues resulta obvio que aquí no se requiere de un asistente, sino de un verdadero curador o representante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1221) *Loc. cit.*

Fin de la curatela especial

Artículo 618.- La curatela especial se acaba cuando concluyen los asuntos que la determinaron.

La curatela especial, como ya hemos visto, se halla regulada en diversas normas del Código Civil. Tenemos el caso de la curatela de bienes del ausente o desaparecido (artículo 598), la curatela de bienes del hijo póstumo (artículo 596), la curatela especial de bienes (artículo 599), la curatela de bienes en usufructo (artículo 600), además de los diez supuestos de curatela especial contenidos en los nueve incisos del artículo 606), todos ellos temas abordados en su oportunidad. Se trata, al fin y al cabo, de situaciones particulares que han merecido la constitución de curatela. En ese sentido, al encontrarnos frente a casos que se caracterizan fundamentalmente por su vocación de transitoriedad, la curatela acabará cuando concluyan los asuntos que la determinaron. Muy clara y pertinente la solución del legislador de 1984.

En esa línea, Peralta Andía precisa que: «La curatela especial se acaba cuando concluyen los asuntos que la determinaron, reza el artículo 618, vale decir, en los siguientes casos: a) Cuando termina el asunto en el cual se suscitó la oposición de intereses entre el incapaz y su guardador. b) Cuando readquieren los padres la administración de bienes de los que habían perdido *(sic)*. c) Cuando llegan los hijos o pupilos o los incapaces mayores de edad a situación en que ya pueden asumir personalmente esa administración. d) Cuando los bienes hayan sido vendidos o hayan desaparecido. e) Cuando desaparezca el impedimento de hecho que obstaba al mayor capaz o al representante legal de incapaz del ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus funciones.»[1222]

Para Cornejo Chávez: «Aunque la ley no lo diga expresamente, se entiende que este caso de acabamiento de la curatela especial es diferente del de terminación del cargo de curador, el cual puede darse, no sólo porque concluye la curatela misma, sino por muerte del curador, por la aceptación de su renuncia (que procede si le sobrevienen impedimentos legales), por la declaración de quiebra o por remoción.»[1223]

(1222) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 593.
(1223) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 457.

Por último, debemos recordar que, en el año 2019,[1224] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogación del artículo 618. No estuvimos de acuerdo, pues aquí no se requiere un asistente, sino un verdadero curador o representante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1224) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 175.

CAPÍTULO TERCERO
CONSEJO DE FAMILIA

Procedencia de la constitución del consejo de familia

Artículo 619.- Habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre.

También lo habrá aunque viva el padre o la madre en los casos que señala este Código.

Sin perjuicio de los comentarios que haremos al artículo 623, relativo a la composición del consejo de familia, debemos señalar que el mismo es otra de las instituciones supletorias de amparo que contempla nuestra legislación. Como habrá podido apreciar el lector, son innumerables los artículos del Libro de Derecho de Familia, sobre el que versa esta obra, que hacen referencia al consejo de familia.

En esa línea, Aguilar Llanos, citando a Valverde y Valverde, señala que el consejo de familia: «[...] es un cuerpo de potestad ejecutiva, compuesto de cinco o más personas designadas por el padre o la madre, y en su defecto llamado por ley, para procurar el exacto cumplimiento de los deberes del tutor, resolver los asuntos de la tutela de más importancia y ejercer la alta inspección sobre la misma.»[1225]

Así también, Peralta Andía define el consejo de familia de la siguiente manera: «[...] el consejo de familia es una institución supletoria de amparo familiar que consiste en un cuerpo consultivo familiar que tiene por objeto vigilar al tutor, curador y en ocasiones a los padres en el cumplimiento de sus atribuciones velando por la persona e intereses de los menores y de los

(1225) Aguilar Llanos, Benjamín. «El consejo de familia». En: *Persona y Familia.* Revista del Instituto de la Familia. Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 2012, volumen 1, p. 14.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre; salvo los casos que señale la ley.»[1226]

El artículo 619 se encarga de establecer los supuestos en que será procedente formar el consejo de familia. Concretamente, se refiere a velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. Refiere la norma que también lo habrá, aunque viva el padre o la madre en los casos que señala el propio Código Civil.

Sobre su utilización en la actualidad, Plácido comenta que, «Es el mecanismo para su conformación e instalación, provisto de formalidades rigurosas y trámites complejos, lo que genera que en el momento actual no sea muy utilizada esta figura; no obstante que, de hecho, las gentes se reúnen para ejercer de *facto* las funciones que la ley atribuye a este instituto. Quizás por esta razón, el Código de los Niños y Adolescentes propugna que sea el juez de familia el que asuma las funciones de supervisión, aunque referidas al tutor (artículo 100). Sin embargo, esta propuesta tampoco es apropiada por las evidentes dificultades que se presentan en la práctica; postulado que, además, desalienta que los integrantes de la familia asuman directamente esa responsabilidad. Por estas razones, se sugiere regular un consejo de familia desprovisto de formalismos y trámites engorrosos y que promueva la solidaridad familiar con la participación activa de los parientes cercanos de los menores e incapaces.»[1227]

No resulta menos interesante exponer la opinión contraria a la señalada en el párrafo, anterior y es la del profesor Max Arias-Schreiber, quien decía: «A los que critican al consejo de familia por su lentitud de constitución y operatividad, onerosidad, complejidad y excesivo formalismo, afirmando que es una institución en desuso, respondemos que en determinadas situaciones puede ser, indispensable –siempre que sea más operativo en el futuro– y, por ello, no coincidimos con los juristas que han sugerido su total supresión. Nos hemos puesto a pensar qué sucedería si se suprimiese totalmente el Capítulo Tercero y creemos que ello debilitaría los intereses y derechos del menor, el incapaz y el ausente, respectivamente.»[1228]

(1226) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 597.
(1227) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 514.
(1228) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 179.

Coincidimos con sus expresiones.

Por otro lado, cabe precisar que en el expediente n.º 3328-91-Lima, se ha determinado que: «Las decisiones adoptadas por el consejo de familia no son materia de consulta al Superior, pues en vía de interpretación debe entenderse que los alcances del artículo 408 del Código Procesal Civil están referidos a aquellas situaciones en las cuales haya sido necesaria la intervención judicial en el nombramiento de tutor o curador.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tutor no sujeto al consejo de familia

Artículo 620.- El tutor legítimo de un menor, que ejerce la curatela sobre el padre o la madre de éste, no se hallará sujeto a consejo de familia sino en los casos en que lo estarían los padres.

Como se recuerda, conforme a lo establecido por el artículo 506 del Código Civil, a falta de tutor nombrado por testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo de tutor los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: 1.- El más próximo al más remoto; 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.

Entonces, queda claro que la tutela legítima es la encargada a los abuelos o demás ascendientes del menor. Siempre hemos señalado que este tipo de tutela reviste una característica peculiar, especial, pues quienes la ejercen son personas directamente vinculadas en parentesco con el pupilo. Sería difícil encontrar otras personas que, regularmente, se sientan más comprometidas con esos menores, que sus abuelos o bisabuelos.

De ahí se sigue que la ley no establezca con respecto a los tutores legítimos similares reglas tan estrictas como aquéllas que establece para las demás personas que ejerzan el cargo de tutor.

El supuesto regulado por el artículo 620 es muy especial, en la medida en que el abuelo o bisabuelo de un menor se halle en la situación en la que, además de la mencionada tutela, ejerza la curatela del padre o de la madre del menor. Enorme responsabilidad, sin duda. En este caso, el precepto bajo comentario establece que ese tutor legítimo y curador no se encontrará sujeto a consejo de familia, sino en los casos en que lo estarían los padres. Esto resulta justo y lógico, en la medida en que el legislador de 1984 entendió que, al tratarse de una persona con tanta cercanía parental con el incapaz, el citado requisito devendría en innecesario.

Al respecto, Arias-Schreiber comenta que: «Cuando el padre o la madre de un menor estén suspendidos o privados del ejercicio de la patria potestad, el tutor legítimo designado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 502 del Código Civil, no quedará sujeto a la existencia del consejo de familia, sino en aquellos casos específicos en que lo estarían los padres. La norma se

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

explica por sí misma, ya que de otro modo existiría una duplicidad innecesaria y hasta conflictiva.»[1229]

Finalmente, Benjamín Aguilar señala que: «Sobre el particular diremos que el artículo 580 del Código Civil refiere que el curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos; pues bien, en aplicación de ello, y sobre todo ya que el padre o la madre ha caído en interdicción, y por lo tanto se le suspende la patria potestad y se le nombra curador, cargo éste desempeñado por su propio padre o madre, que viene a ser abuelo del hijo del incapaz, y por lo tanto llamado a la tutela legítima. En consecuencia una misma persona reúne dos títulos, el de curador de su hijo y tutor de su nieto, siendo ello así, y por el cercano y directo parentesco con el niño o adolescente, el legislador no considera necesario se reúna el consejo de familia, pues entiende que el guardador cumplirá fielmente sus responsabilidades, salvo en los casos en que ante la presencia de padres, la ley exige formación del consejo, y que como ya lo hemos visto son los supuestos de los artículos 426, 427, 428, 460, entre otros.»[1230]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1229) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 182.
(1230) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 600.

Obligados a solicitar formación del consejo

Artículo 621.- El tutor testamentario o escriturario, los ascendientes llamados a la tutela legítima y los miembros natos del consejo, están obligados a poner en conocimiento del juez de menores o del juez de paz, en sus respectivos casos, el hecho que haga necesaria la formación del consejo, quedando responsables de la indemnización de daños y perjuicios si así no proceden.

Como estamos apreciando en el análisis del articulado de los preceptos relativos al consejo de familia, la finalidad de esta institución supletoria de amparo es la de proteger al menor bajo tutela o incapaz en general, cuando ello resulte necesario. De ahí que se señale qué personas están obligadas a solicitar la formación del consejo; a saber:

a) El tutor testamentario.

b) El tutor escriturario.

c) Los ascendientes llamados a la tutela legítima.

d) Los miembros natos del propio consejo de familia.

La norma indica que están obligados a poner en conocimiento del juez de menores o del juez de paz, en sus respectivos casos, el hecho que haga necesaria la formación del consejo. Dadas las modificaciones legislativas operadas a este respecto, debemos señalar que los competentes ya no son los jueces de menores (que ya no existen), sino los jueces de familia, que los reemplazaron.(1231)

Naturalmente, sigue estando vigente la referencia a los jueces de paz.

El artículo 621 concluye estableciendo que en caso las personas obligadas a solicitar la formación del consejo de familia no lo hicieren, ellas serán responsables de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar. La solución legislativa es evidente. Incluso se llegaría al mismo puerto sin que la

(1231) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 476.
De conformidad con la quinta disposición final del Decreto Ley n.º 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, a partir de la vigencia del citado Código, los Juzgados de Menores se convierten en Juzgados de Familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

norma lo estableciera expresamente. Ello, en la medida en que se estaría causando daños y perjuicios por el incumplimiento de un deber legal, razón por la cual nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes del Código Civil), dado que no existe vínculo contractual previo del obligado con la persona por cuyos intereses se deba formar el consejo de familia.

Al respecto, Arias-Schreiber precisa que: «En este artículo se señala quiénes son las personas que se encuentran en la obligación de poner en conocimiento del juez el hecho que hace necesaria la formación del consejo de familia. La norma es sumamente severa, ya que contempla la indemnización de daños y perjuicios cuando se faltare a esta obligación. Debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 651, la responsabilidad de los miembros del consejo es solidaria en los casos de dolo o culpa.»[1232]

Finalmente, a decir de Cornejo Chávez: «Para que este organismo cumpla la misión que le encarga la ley, es indispensable que se forme cuando llegue el caso y que, además, se forme oportunamente, ya que toda dilación podría perjudicar los intereses del menor o del mayor incapaz. Esta consideración explica la amplitud del criterio adoptado por el legislador para reconocer a distintas personas la facultad de pedir la formación del consejo y aun, en ciertos casos, para obligarlas a solicitarlo.»[1233]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1232) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, pp. 182 y 183.
(1233) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 467.

Formación del consejo de familia por mandato judicial

Artículo 622.- El juez de menores o el de paz, en su caso, puede decretar la formación del consejo, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona.

Resulta evidente que si los obligados a solicitar la formación del consejo de familia no lo hicieren, pues de todas maneras habrá que convocarlo. Para tales efectos, el artículo 622 permite que lo haga el juez de menores, hoy juez de familia[1234] o el juez de paz, cuando ello corresponda. La convocatoria judicial podría producirse sea de oficio, sea a pedido del Ministerio Público. Esta norma no requiere de mayor explicación dada la necesidad de conformar el consejo de familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1234) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.* tomo I, 1998, p. 476.

Composición del consejo de familia

Artículo 623.- El consejo se compone de las personas que haya designado por testamento o en escritura pública el último de los padres que tuvo al hijo bajo su patria potestad o su curatela; y, en su defecto, por las personas designadas por el último de los abuelos o abuelas que hubiera tenido al menor o incapaz bajo su tutela o curatela.

A falta de las personas mencionadas, forman el consejo los abuelos y abuelas, tíos y tías, hermanos y hermanas del menor o del incapaz.

Los hijos del mayor incapaz, que no sean sus curadores, son miembros natos del consejo que se forme para él.

Se puede decir que la integración del consejo de familia estará dada por diferentes órdenes. Veamos:

a) Por las personas que haya designado por testamento o en escritura pública el último de los padres que tuvo al hijo bajo su patria potestad o su curatela

Se prefiere a los designados por el último de los padres, porque se considera que nadie mejor que esa persona para conocer quiénes deberían proteger al incapaz luego de su muerte.

Al respecto, Aguilar Llanos llama la atención sobre lo siguiente: «Obsérvese que no se pone límite al número de personas; por lo tanto el número es abierto, y creemos igualmente que no hay prohibición para la designación de las personas, pudiendo ser éstas parientes o no del incapaz, aun cuando de ordinario serán familiares del incapaz.»[1235]

b) En defecto de lo señalado en el literal a, por las personas designadas por el último de los abuelos o abuelas que hubiera tenido al menor o incapaz bajo su tutela o curatela

Este segundo supuesto parte del valor entendido de que los padres que ejercen la patria potestad o curatela sobre el incapaz fallecieron primero que alguno de los abuelos de aquél. Y, además, de que ese abuelo o abuela

(1235) Aguilar Llanos, Benjamín. «El consejo de familia». *Op. cit.*, p. 20.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hubiese tenido al menor bajo su tutela o curatela. En este caso, el legislador de 1984 aplica similar razonamiento que en el supuesto anterior, considerando que nadie conocerá con mayor cercanía a las personas que más convenga para que integren el consejo de familia que ese abuelo o abuela que lo establece vía testamentaria o por escritura pública.

c) En defecto de lo establecido en el literal anterior, forman el consejo los abuelos y abuelas, tíos y tías, hermanos y hermanas del menor o del incapaz

El tercer supuesto parte del valor entendido de que ninguno de los padres que ejercían la patria potestad o curatela de la persona en cuestión, así como ninguno de los abuelos, si fuese el caso, hubiesen designado a los miembros del consejo de familia vía testamento o por escritura pública. En todos estos supuestos formarán el consejo de familia los abuelos y abuelas del menor.

Pero también lo harán los tíos y tías. Es obvio que en este último caso la ley se está refiriendo a quienes sean hermanos de los padres y no a otras personas que también podrían ser calificados como tíos o tías por extensión del vínculo familiar, como ocurre en la práctica. Tema interesante a plantear es el de la conveniencia o no de que tíos que son medio hermanos del padre o madre del incapaz integren el consejo de familia. Ello, en la medida en que en muchas ocasiones esta situación plantea desconocimiento de la persona que se trata proteger, e incluso sentimientos adversos hacia ella.

Por último, integrarán el consejo de familia los hermanos y hermanas del menor o del incapaz. Resulta un valor entendido que esos hermanos deberán ser personas con capacidad y que hayan cumplido los dieciocho años.

Tal como hicimos en el acápite anterior, también podríamos plantear el tema de la conveniencia o no de que los medio hermanos del sujeto de protección integren o no el consejo de familia. Pero para estos efectos, a diferencia del de los tíos, el Código Civil, en su artículo 625, advierte el problema y brinda solución al mismo.

Ahora bien, el tema de la protección jurídica del incapaz debe ser concordada, necesariamente, con el confuso Decreto Legislativo n.º 1384, que modificó de modo transversal el Código Civil. Menudo problema práctico cotidiano, por cierto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

d) Los hijos del mayor incapaz, que no sean sus curadores, son miembros natos del consejo que se forme para él

Finalmente, el artículo 623 dispone la integración del consejo de familia por parte de los hijos del mayor incapaz que no sean sus curadores. A ellos se les considera miembros natos del consejo de familia. Pero nótese cómo, a diferencia de los tres supuestos analizados anteriormente, aquel sobre el cual venimos tratando no tiene carácter residual, dado que estas personas son miembros natos del consejo de familia, vale decir que lo integrarán de todas maneras, junto con quienes además lo integren de acuerdo con los tres supuestos analizados anteriormente. Esto se explica en la medida en que se estima que los hijos del mayor incapaz (excluyendo a aquél que eventualmente sea su curador) serán personas que quieran al incapaz y que hagan todo lo que esté a su alcance para lograr su bienestar.

Adicionalmente, resulta interesante colocar sobre la mesa lo destacado por Arias-Schreiber: «Consideramos que el precepto debió exigir cierto grado de educación a las personas llamadas a integrar el consejo de familia. En efecto, puede suceder que los señalados por la ley sean analfabetos, en cuya hipótesis mal podrían desempeñar el cargo con el sentido de responsabilidad que es inherente a la función, particularmente teniendo en cuenta las diferentes razones señaladas por el Código para la intervención del consejo. Un simple ejemplo basta para demostrar lo dicho: si se tratara de disponer de una parte importante del patrimonio de un menor de edad no sujeto a patria potestad ni a tutela, no vemos cómo el abuelo analfabeto a quien corresponda integrar el consejo por mandato de la ley tendría el criterio necesario para adoptar una decisión que pueda comprometer gravemente los intereses del menor. Este artículo tiene un defecto: no se refiere para nada al ausente. Habrá que aplicar, por lo tanto, el principio de la analogía.»[1236]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1236) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 184.

Casos en que los padres son miembros natos del consejo de familia

Artículo 624.- Cuando los padres no tienen la administración de los bienes de sus hijos serán miembros natos del consejo que se conforme.

El supuesto del artículo 624 parte de la idea de que los padres no tengan la administración de los bienes de sus hijos. Esta situación se puede presentar en diversos casos, que ya hemos analizado en su oportunidad. Específicamente, en los artículos 444, 446, 462 y 463 del Código Civil. No obstante, en 1998, en *Tentaciones académicas*[1237] establecíamos que tal vez podría señalarse la salvedad cuando los padres se encuentren impedidos de ejercer la patria potestad. Esto reviste plena lógica.

Esas situaciones se establecen debido a que el legislador de 1984 buscó evitar que los padres tuvieren conflictos de interés con sus hijos. Pero si hay otra persona administrando los bienes de sus hijos, entonces no existiría problema en que ese padre o madre integre el consejo de familia, órgano colegiado en el cual será importante su opinión, pero no definitiva. Por lo demás, en una situación como aquella que venimos tratando, sería moralmente reprochable el que la ley no permita la incorporación del padre o madre al consejo de familia.

En esa línea, Jorge Echandía comenta que: «Además, en el entendido de que de una u otra forma los padres buscan el bienestar de sus hijos (a pesar de haber incurrido en las causales de suspensión o pérdida de la patria potestad), la ley ha considerado sensato incluirlos como miembros natos del consejo de familia en la eventualidad de que este se conforme, según lo previsto en la norma bajo comentario.»[1238]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1237) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 477.

(1238) Echandía Cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, pp. 520 y 521.

Participación de hermanos en el consejo de familia

Artículo 625.- Cuando, entre las personas hábiles para formar el consejo, hubiera menos hermanos enteros que medio hermanos, sólo asisten de éstos igual número al de aquéllos, excluyéndose a los de menor edad.

Ya lo expresamos al estudiar el artículo 623, que no necesariamente habrá una buena relación afectiva entre medio hermanos. La vida y, especialmente, el ejercicio de la profesión, nos enseñan a diario múltiples ejemplos al respecto.

En esa línea, Echandía señala que: «La norma que es objeto de comentario parte de la premisa de que el consejo de familia debe estar integrado preferentemente por las personas más allegadas al menor o mayor incapaz, pues se entiende que aquéllas tendrán un mayor interés en velar por su persona y bienes. Esto es, se presume que los hermanos enteros tendrán mayor interés en el destino del protegido. Por estas razones, el Código Civil ha dispuesto que los medio hermanos solo formarán parte del consejo de familia en una cantidad igual o inferior del número de hermanos enteros que integren el mencionado consejo.»(1239)

En ese sentido, el legislador de 1984 en el artículo 625 ha querido evitar que el consejo de familia esté mayoritariamente integrado por medio hermanos que de hermanos enteros de la persona que requiere protección. Por ello, establece que cuando, entre las personas hábiles para formar el consejo, hubiera menos hermanos enteros que medio hermanos, sólo asisten de éstos igual número al de aquéllos, excluyéndose a los de menor edad. Se trata de una disposición muy pertinente. El orden de prelación también es correcto, pues se estima que los medio hermanos de mayor edad pueden tener ya un criterio mejor formado en torno a la necesidad de proteger a quien necesita de amparo familiar.

Todo ello no quiere decir que el consejo de familia necesariamente sólo va a estar compuesto por hermanos de la persona en cuestión, dado que el mismo también podría ser integrado por otras personas a quienes corresponda.

(1239) *Ibidem*, p. 522.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entendemos que la disposición del artículo 625, bajo comentario, no resulta aplicable a aquellos casos en los que el padre o madre que hubiere ejercido finalmente la patria potestad o curatela del incapaz hubiese dispuesto algo distinto en su testamento. Nadie mejor que esa persona para saber si una eventual mayoría de medio hermanos en el consejo de familia podría ser favorable o perjudicial para los intereses del incapaz. No obstante, admitimos que se trata de un tema debatible.

Adicionalmente, en contraste con nuestra opinión, el profesor Arias-Schreiber indica que: «Este numeral es, a nuestro entender, objetable, ya que hace una discriminación entre hermanos enteros y medio hermanos. Una fórmula más justa y viable habría sido la de la exclusión del menor de los hermanos, en el entendimiento de que, en principio, una mayor edad presupone más conocimiento y experiencia. Con todo, convenimos en que puede surgir otro tipo de objeciones o impedimentos, como serían el analfabetismo o el conflicto de intereses. En conclusión, creemos que este artículo debe ser replanteado.»[1240]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1240) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 185.

Prelación para formación del consejo de familia

Artículo 626.- Si no hay en el lugar donde debe formarse el consejo ni dentro de cincuenta kilómetros, cuatro miembros natos, el juez de menores o el de paz, según el caso, completará ese número llamando a los demás parientes consanguíneos, entre los cuales tiene preferencia el más próximo sobre el más remoto, y el de mayor edad cuando sean de igual grado.

También llamará a los sobrinos y primos hermanos, siguiendo la misma regla de preferencia, cuando no hay ningún miembro nato.

En defecto del número necesario de miembros del consejo, éste no se constituirá, y sus atribuciones las ejercerá el juez, oyendo a los miembros natos que hubiere.

El artículo 626 trata acerca de los casos en que no resulte fácil la integración del consejo de familia. Ello podría ocurrir, por citar un caso muy frecuente, debido a la dispersión geográfica de la familia del incapaz. De ahí la disposición en el sentido de que si no hubiere en el lugar donde debe formarse el consejo de familia ni dentro de cincuenta kilómetros, cuatro miembros natos, el juez de menores, hoy, el juez de familia[1241] o el de paz, según el caso, completará ese número llamando a los demás parientes consanguíneos, entre los cuales tiene preferencia el más próximo sobre el más remoto, y el de mayor edad cuando sean de igual grado. Se trata de una solución impecable desde el punto de vista teórico. En todos estos casos se busca que quienes integren el consejo de familia sean las personas más cercanas en parentesco con respecto a quien necesita amparo.

En ese mismo sentido va lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 626, cuando señala que también llamará a los sobrinos y primos hermanos, siguiendo la misma regla de preferencia, cuando no haya ningún miembro nato.

Finalmente, el artículo bajo comentario se coloca en la posibilidad de que resulte imposible constituir (por falta de los miembros necesarios) el consejo

(1241) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.* tomo I, 1998, p. 478.

de familia. Aquí, éste constituirá, y sus atribuciones las ejercerá el juez, oyendo a los miembros natos que hubiere.

Como indica Benjamín Aguilar: «Cree el legislador que el reducido número no es aconsejable para una conveniente deliberación y toma de acuerdos en beneficio del incapaz.»[1242]

Ahora bien, antes de concluir este acápite, debemos señalar que, dado que el consejo de familia es un órgano colegiado y que las personas que lo integran no necesariamente deben formar parte de la cotidianeidad del incapaz, creemos que esta norma podría replantearse, sobre todo en lo que respecta al extremo en el que admite la imposibilidad de que se constituya el consejo de familia. En este caso, en lo personal pensamos que sería preferible que el consejo se constituya virtualmente, a que no se constituya.

Para Héctor Cornejo Chávez: «Esta disposición, explicable en términos generales, suscitaba, sin embargo, una crítica justificada: la necesidad de citar de todos modos a los parientes que vivan fuera de aquel radio geográfico, para el evento de su aceptación voluntaria, podía dilatar innecesariamente la formación del consejo y hasta ser impracticable u ociosa si tales parientes residiesen a centenares o millares de kilómetros dentro del país y aun en el extranjero (pues el artículo no hacía distingo alguno).»[1243]

Y, en verdad, creemos que podría también ponerse sobre la mesa que el consejo siempre se constituya, incluso para aquellos supuestos en que las personas destinadas a conformarlo estuvieren a más de cincuenta kilómetros del lugar donde se deba constituir. La pandemia que comenzó el año 2020 nos demostró en infinidad de facetas de la vida, que innumerables actividades pueden ser desarrolladas de manera virtual. Pensamos que la integración y funcionamiento del consejo de familia no deberían constituir una excepción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1242) Aguilar Llanos, Benjamín. «El consejo de familia». *Op. cit.*, p. 19.
(1243) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 472.

PERSONAS NO OBLIGADAS A FORMAR PARTE DEL CONSEJO DE FAMILIA

Artículo 627.- No pueden ser obligadas a formar parte del consejo las personas que no residen dentro de los cincuenta kilómetros del lugar en que funciona; pero son miembros si aceptan el cargo, para lo cual debe citarlos el juez, si residen dentro de los límites de su jurisdicción.

En primer término, debemos reparar en que el texto que figura en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos contiene un error en la última línea, ya que señala la expresión «sus límites de su jurisdicción», cuando la frase que figura en la ley es «dentro de los límites de su jurisdicción». Ello se debería corregir de inmediato.

El artículo 627 parte del supuesto de que si un miembro nato del consejo de familia tuviese su domicilio a más de cincuenta kilómetros del lugar de su funcionamiento, no se le podrá obligar a formar parte del consejo.

Ahora bien, la excepción en materia de distancia estará constituida por aquellas personas que, residiendo a más de cincuenta kilómetros, hubieren aceptado el cargo de miembros del consejo de familia. En este último caso, ellos deberán ser citados por el juez, siempre y cuando residan dentro de los límites de su jurisdicción. En otras palabras, si residieren a más de cincuenta kilómetros del lugar donde debe funcionar el consejo, pero a una distancia no tan extensa que haga que citarlos esté fuera de la jurisdicción del juez que conozca el caso.

Reiteramos que todo esto hoy tendría una solución mucho más factible con la comunicación y reuniones a través de dispositivos electrónicos. Estamos seguros de que ese será el ineludible camino de la jurisprudencia sobre la materia, e incluso de la propia ley.

Sin la presencia que hoy tienen los medios tecnológicos, ya a principios del siglo XXI, el profesor Arias-Schreiber comentaba lo siguiente: «Si bien el cargo de miembro del consejo de familia es obligatorio, existe una limitación de tipo geográfico, cual es la que establece este artículo. Empero, debemos señalar que 50 kilómetros a la redonda no crean en el año 2003 los problemas de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

comunicación existentes en 1984, cuando se promulgó el Código. Como sucede con otros dispositivos de este capítulo, el artículo 627 también está sujeto a revisión.»[1244]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1244)Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo IX, p. 187.

Consejo de familia para hijo extramatrimonial

Artículo 628.- El consejo de familia para un hijo extramatrimonial lo integran los parientes del padre o la madre, solamente cuando éstos lo hubieran reconocido.

Para comenzar, debemos decir que alguien será considerado como hijo extramatrimonial o cuando haya sido reconocido por su progenitor o cuando haya vencido en juicio para que se le reconozca. Entonces, debe quedar claro que en ningún otro supuesto estaremos ante un hijo extramatrimonial, en sentido jurídico, naturalmente.(1245)

Entonces, del texto del artículo 628 se deduce que el único supuesto en que los parientes del padre podrán integrar el consejo de familia es cuando el padre o madre en cuestión haya reconocido voluntariamente a ese hijo extramatrimonial. Se entiende que si ha sido necesario un proceso judicial para el reconocimiento, los parientes de ese padre o madre no son considerados como personas cercanas de la persona que requiere de protección.

Para Echandía: «Esto es así porque se presume que los parientes del progenitor que reconoció al menor o mayor incapaz, son quienes cuentan con un interés real y verdadero respecto de su bienestar, y velarán por él con absoluta seriedad y ahínco. En consecuencia, serán los abuelos y abuelas, tíos y tías, hermanos y hermanas, parientes de quien reconoció al menor o mayor incapaz, quienes asumirán la responsabilidad de conformar el consejo de familia.»(1246)

(1245) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.* tomo I, 1998, p. 479; en donde sostenemos que debería cambiarse la expresión «hijo extramatrimonial» por la de «hijo nacido fuera del matrimonio»; por las razones tantas veces señaladas en esta obra.

(1246) Echandía Cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 526.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subsanación de inobservancia en la formación del consejo de familia

Artículo 629.- El juez puede subsanar la inobservancia de los artículos 623 a 628, si no se debe a dolo ni causa perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela o curatela. En caso contrario, es nula la formación del consejo.

Se entiende que las normas referidas a la formación del consejo de familia son preceptos de carácter imperativo. En ese sentido, su infracción puede determinar la nulidad de la formación del consejo. Ello, a menos que la inobservancia normativa sea culposa (culpa inexcusable o culpa leve) y no dolosa. Debido a la extremadamente tenue línea divisoria existente entre la culpa inexcusable y el dolo, es que hubiéramos preferido que esta norma sólo dispensara de nulidad los supuestos de infracción normativa derivados de culpa leve, mas no así los derivados de culpa inexcusable.

Por lo demás, ello hubiese sido concordante con lo establecido por el artículo 1321 del propio Código Civil, en el sentido de que las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento obligacional por culpa inexcusable son idénticas a las del dolo, precisamente para que, como decían los Mazeaud y recordaba siempre el maestro Felipe Osterling, «el malvado no se haga pasar por imbécil».

Adicionalmente, como refiere Echandía: «Cabe resaltar que la norma no señala un plazo para efectos de la subsanación, si esta fuera procedente, por lo que se estima que el juez deberá señalarlo teniendo en cuenta el carácter de la omisión incurrida. En el caso de la nulidad, en caso de que se haya incurrido en la causal para que esta se produzca (dolo, mala fe o perjuicio), se entiende que el acto de formación del consejo de familia será nulo desde su celebración, conforme a las reglas comunes sobre nulidad.»[1247]

(1247) *Ibidem*, p. 527.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Improcedencia del consejo de familia para hijo extramatrimonial

Artículo 630.- No habrá consejo de familia para un hijo extramatrimonial, cuando el padre o la madre lo hayan prohibido en su testamento o por escritura pública. En este caso, el juez de menores o el de paz, según corresponda, asumirá las funciones del consejo, oyendo a los miembros natos que hubiera.

Las particularidades de la condición de hijo extramatrimonial motivan que exista el artículo 630. Lo que podría ocurrir sería el caso en el cual el hijo extramatrimonial sólo hubiese sido reconocido por la madre y no por el padre. Y, tiempo después, recién lo reconozca este último. En este caso, siempre estará latente la posibilidad de que el padre, en tiempo ulterior, proceda a reconocer a su hijo. No obstante, podría ocurrir que no exista relación alguna con el padre y, mucho menos, con la familia paterna e, incluso, con medio hermanos que eventualmente existan. En casos como éstos, podría tener plena lógica lo dispuesto en la norma bajo comentario, en el sentido de que el padre o madre que sí hubiere reconocido al hijo oportunamente prohíba la existencia de un consejo de familia que esté integrado por parientes de aquél que lo reconoce de manera tardía. Esto se lograría disponiendo por testamento o por escritura pública la prohibición de tal consejo.

Para Arias-Schreiber: «La razón de ser de esta prohibición es explicable pues supone que el padre o la madre tengan motivos de desconfianza respecto de las personas a las que correspondería integrar el consejo.»[1248]

En el mismo sentido, Aguilar Llanos señala que: «Se respeta la voluntad del padre o la madre del hijo extramatrimonial, que tiene razonables dudas del comportamiento de los familiares del hijo, y en esa medida prohíbe la instalación del Consejo.»[1249]

Adicionalmente, Cornejo Chávez explica que: «En lo que concierne al caso del hijo extramatrimonial, la razón de que la ley respete la prohibición de que se forme el consejo –formulada testamentaria o escriturariamente por el padre

(1248) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, pp. 188-189.
(1249) Aguilar Llanos, Benjamín. «El consejo de familia». *Op. cit.*, p. 19.

ESTUDIO JUAN ESPINOZA FREYRE

o madre– radica en que, a diferencia o con más frecuencia de lo que ocurre con el hijo matrimonial, el extramatrimonial puede hallarse en mal predicamento y hasta ser objeto o víctima de animadversión de parte de los parientes de uno de sus progenitores y entonces sería contraproducente que a esos mismos parientes se les llamase para constituir el consejo de familia. Atendiendo a esta probabilidad, el legislador ha creído que, sin exigir al padre o madre extramatrimoniales que den razón de sus temores o recelos, se debe respetar la prohibición que hagan en el sentido de que no se forme el consejo de familia para su hijo. En tal caso, el juez que debía presidirlo asumirá las funciones del mismo y las ejercerá oyendo a los miembros natos de dicho consejo que hubiere.»[1250]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[1251] proponíamos cambiar la expresión «hijo extramatrimonial» por «hijo nacido fuera del matrimonio», modificación que se explica sola a estas alturas de nuestro trabajo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1250) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 467.

(1251) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 479.

Facultades de superiores sobre expósitos y huérfanos

Artículo 631.- Los superiores de establecimientos de expósitos y huérfanos tienen sobre éstos todas las facultades que corresponden al consejo.

Se trata del caso de menores no reconocidos o huérfanos que se hallen bajo la protección de instituciones que les brinden cobijo. En tal caso, el artículo 631 del Código Civil establece que los superiores de estos establecimientos tendrán todas las facultades que correspondan al consejo de familia.

El profesor Arias-Schreiber precisaba que: «El Código no ha previsto de qué superiores se trata, por lo que debemos suponer que ha querido referirse a quienes desempeñan la función jerárquica más elevada. Esto supone que por excepción el consejo podría estar integrado por un solo miembro nato, además del juez.»(1252)

Finalmente, cabe mencionar que el Código de Niños y Adolescentes, en los artículos 40 y 41, estipula la implementación de programas para la protección de menores en estado de abandono o huérfanos(1253). Entendemos entonces que las directivas de dichos establecimientos harán las funciones del consejo de familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1252) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo IX, p. 189.

(1253) Artículo 40.- Programas para niños y adolescentes que trabajan y viven en la calle

Los niños y adolescentes que trabajan participarán en programas dirigidos a asegurar su proceso educativo y su desarrollo físico y psicológico. Los niños y adolescentes que viven en la calle tienen derecho a participar en programas de atención integral dirigidos a erradicar la mendicidad y asegurar su proceso educativo, su desarrollo físico y psicológico. El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en coordinación con los Gobiernos Regionales y Locales, tendrá a su cargo la promoción y ejecución de estos programas, los cuales se desarrollan mediante un proceso formativo que incluye el fortalecimiento de sus vínculos con la familia, la escuela y la comunidad.

Artículo 41.- Programas para niños y adolescentes que carecen de familia o se encuentran en extrema pobreza

El niño y el adolescente beneficiarios de programas, cuando carezcan de familia o se encuentren en situación de extrema pobreza, serán integrados a los programas asistenciales de los organismos públicos o privados.

Personas impedidas de ser miembros del consejo de familia

Artículo 632.- No pueden ser miembros del consejo:

1.- El tutor ni el curador.

2.- Los que están impedidos para ser tutores o curadores.

3.- Las personas a quienes el padre o la madre, el abuelo o la abuela hubiesen excluido de este cargo en su testamento o por escritura pública.

4.- Los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad dé lugar a su formación.

5.- Los padres, en caso que el consejo se forme en vida de ellos, salvo lo dispuesto en el artículo 624.

El artículo 632 se encarga de regular los supuestos de personas que no pueden integrar el consejo de familia. Veamos:

a) El tutor ni el curador (inciso 1)

La idea del consejo de familia como institución supletoria de amparo, no es la de realizar las mismas funciones que tienen el tutor o el curador, según corresponda. El consejo de familia tiene una función asesora o de consulta en casos particularmente importantes. En ese sentido, reviste plena lógica que el consejo de familia no esté integrado ni por el tutor ni por el curador, habida cuenta de que en no pocas ocasiones serán los actos de éstos aquéllos que serán sometidos a consulta del consejo.

Para Peralta Andía, esta prohibición se hace en razón a que: «[...] deben ser supervisados por el consejo, excepto cuando los padres no tienen la administración de los bienes de sus hijos, en cuyo caso, son miembros natos.»[1254]

(1254)Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 604.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Los que están impedidos para ser tutores o curadores (inciso 2)

Ya hemos estudiado los impedimentos para ocupar el cargo de tutor (artículo 515) o curador (artículo 515, por remisión genérica del artículo 568). No vamos a volver sobre el tema. La lógica de la prohibición es muy simple, habida cuenta de que si una persona está impedida de ser tutor o curador, por igual razón lo deberá estar para integrar el consejo de familia.

c) Las personas a quienes el padre o la madre, el abuelo o la abuela hubiesen excluido de este cargo en su testamento o por escritura pública (inciso 3)

En este caso, el legislador de 1984 sigue igual razonamiento que en otros supuestos de las instituciones supletorias de amparo. Se entiende que cualquiera de estas personas deberá conocer mejor que la mayoría a los familiares que, por una razón u otra, no deberían integrar el consejo de familia. Su voluntad, haya sido expresada en testamento o por escritura pública, deberá respetarse.

Nótese que la norma no establece que deberá tratarse del padre o madre que haya ejercido la patria potestad o la curatela hasta su muerte o que se tratará del abuelo que haya ejercido la tutela o la curatela hasta su muerte. El precepto está redactado en los términos más amplios, razón por la cual no cabe distinguir ahí donde la ley no distingue.

d) Los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad dé lugar a su formación (inciso 4)

Una de las razones por las cuales se puede constituir el consejo de familia es por el abuso de la patria potestad de uno de los progenitores del menor. En este caso, se impide que los hijos de esta persona (hermanos de la persona necesitada de amparo) integren el consejo de familia. La razón es obvia y consiste en el conflicto de interés que existiría entre el hijo de aquel cuya conducta como padre será objeto de evaluación y el hijo con respecto al cual se habría abusado de la patria potestad.

e) Los padres, en caso de que el consejo se forme en vida de ellos, salvo lo dispuesto en el artículo 624 (inciso 5)

La prohibición se basa en tratar de evitar conflictos de interés. Ello, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 624, es decir, cuando los padres no tienen la administración de los bienes de sus hijos, caso en el cual serán miembros natos del consejo de familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esa línea, Aguilar señala que: «[...] los padres no pueden integrar el consejo de familia, pues su formación se hace precisamente para fiscalizarlos, salvo el caso de los padres que no tienen la administración de los bienes de sus hijos, en el que sí integran el consejo precisamente para vigilar al administrador de esos bienes.»[1255]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1255) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 604.

Carácter gratuito e inexcusable del cargo de miembro del consejo de familia

Artículo 633.- El cargo de miembro del consejo es gratuito e inexcusable y debe desempeñarse personalmente salvo que el juez autorice, por causa justificada, la representación mediante apoderado.

El apoderado no puede representar a más de un miembro del consejo.

En primer lugar, debemos decir que existe un error en la sumilla que se ha colocado para la norma en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pues se emplea el plural en la palabra «miembros», cuando ella debería estar redactada en singular.

Se entiende que el cargo de miembro del consejo de familia representa el cumplimiento no sólo de una obligación legalmente impuesta por el Código Civil, sino también de un deber moral. Es por ello que el artículo 633, bajo comentario, establece que el mismo es gratuito (lo que implica que no se va a recibir dieta, remuneración o cualquier estipendio como contraprestación a su desempeño).

Además, el cargo es inexcusable; ello, a diferencia del cargo de tutor o curador, para los cuales la ley establece supuestos de excusa (artículos 518 y 568).

Por otra parte, el artículo 633 señala que el cargo de miembro del consejo de familia debe desempeñarse personalmente salvo que el juez autorice, por causa justificada, la representación mediante apoderado. El sentido de esta norma estriba en que el pariente es el consejero, y no necesariamente un apoderado suyo pondrá la misma atención y cuidado en el desempeño del cargo. Además, se establece que el apoderado no puede representar a más de un miembro del consejo. Esto último en razón de evitar conflictos de interés y que se disperse la atención del representante en los cuidados de las diversas personas a las que podría representar.

Para Cornejo Chávez: «El amparo de la persona e intereses de los incapaces, sobre todo cuando no tienen padres, es asunto que importa a la sociedad y no solamente a aquéllos. De aquí que no dependa de la voluntad de los particulares decidir si van a formar parte o no del consejo de familia: un deber familiar y de solidaridad social les impone intervenir. Lo mismo que ocurre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en la patria potestad o los alimentos, es la naturaleza la que así lo instituye, y la ley no hace al respecto otra cosa que sancionar tal deber, elevándolo a la categoría de obligación civil.»[1256]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1256)Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo II, 1985, p. 419.

Formalidades para la formación del consejo

Artículo 634.- La persona que solicita la formación del consejo debe precisar los nombres de quienes deban formarlo. El juez ordenará publicar la solicitud y los nombres por periódico o carteles.

Durante los diez días siguientes a la publicación, cualquier interesado puede observar la inclusión o exclusión indebida. El juez resolverá dentro del plazo de cinco días teniendo a la vista las pruebas acompañadas.

La reclamación no impide que el consejo inicie o prosiga sus funciones, a menos que el juez disponga lo contrario.

Si el peticionario ignora los nombres de las personas que deben integrar el consejo, el aviso se limitará a llamar a quienes se crean con derecho. El juez dispondrá la publicación de los nombres de quienes se presenten, observándose lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero de este artículo.

El artículo 634 se encarga de regular las formalidades para la formación del consejo de familia. Se trata de varios requisitos que veremos seguidamente:

a) La persona que solicita la formación del consejo debe precisar los nombres de quienes deban formarlo

Para que se aplique este requisito, naturalmente, estaremos en presencia del supuesto en el cual se conozca los nombres de tales personas. Caso contrario, remitimos al lector a lo tratado en el literal f) de esta relación. La precisión de los nombres de quienes integran el consejo de familia, además, facilita al juez para que realice la labor que le corresponde.

b) El juez ordenará publicar la solicitud y los nombres por periódico o carteles

La publicación de la solicitud tiene por objeto que quien considere que existe un error o demasía en la relación de personas señaladas, lo pueda hacer saber al juez de la causa. Lo propio en torno a alguna persona que hubiese sido preterida en esa relación y estime que le corresponde ocupar un cargo en el consejo de familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Durante los diez días siguientes a la publicación, cualquier interesado puede observar la inclusión o exclusión indebida

Se trata, simplemente, del plazo de caducidad establecido para observar la inclusión o exclusión indebida.

d) El juez resolverá dentro del plazo de cinco días teniendo a la vista las pruebas acompañadas

Se trata de un incidente procesal para cuya resolución el Código Civil establece un plazo bastante breve; ello, en razón a la necesidad de que se constituya el consejo de familia.

e) La reclamación no impide que el consejo inicie o prosiga sus funciones, a menos que el juez disponga lo contrario

Naturalmente, aquello dispuesto por el juez podrá ser apelado; no obstante, el artículo 634 señala implícitamente que esta apelación carece de efecto suspensivo, razón por la cual ella no impedirá que el consejo inicie o prosiga sus funciones, a menos que el juez disponga en contrario.

f) Si el peticionario ignora los nombres de las personas que deben integrar el consejo, el aviso se limitará a llamar a quienes se crean con derecho. El juez dispondrá la publicación de los nombres de quienes se presenten, observándose lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero de este artículo

Podría ocurrir que quien solicite la formación del consejo de familia ignore los nombres de las personas que están llamadas a integrarlo. En este caso, tal situación no constituirá óbice para que el juez disponga la publicación del aviso indicando los nombres del solicitante, quien se limitará a convocar a quienes se crean con derecho a ocupar esos cargos.

Pero en este caso habrá una segunda publicación, ya que el juez deberá disponer publicar los nombres de quienes se presenten, observándose siempre lo dispuesto en el segundo y en el tercer párrafo del artículo bajo análisis. Esto, para que quienes tengan interés y observen errores, demasías u omisiones en la relación de nombres que hubieren sido objeto de esta segunda publicación, puedan hacer valer sus derechos.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

Instalación del consejo

Artículo 635.- Transcurrido el plazo señalado en el artículo 634 sin que se haya producido observación alguna, o resuelta ésta, el juez procederá a instalar formalmente el consejo, dejándose constancia en acta.

La instalación del consejo de familia es un acto de naturaleza formal, por lo cual de ello se dejará constancia en acta. Resulta evidente lo señalado por el artículo 635, en el sentido de que tal instalación se producirá en caso los avisos no hubieren generado incidentes o éstos ya hubiesen sido resueltos por el juez.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Citación a los miembros del consejo

Artículo 636.- Instalado el consejo, sus miembros serán citados por esquela, cada vez que sea necesario.

Debe tenerse presente que la instalación del consejo de familia hace referencia solamente a un momento en el tiempo. No se trata de que el consejo se instale cada vez que sea convocado. Ello no es así. El consejo de familia se instalará sólo una vez y se reunirá cuantas veces sea convocado. Pero el órgano colegiado llamado consejo de familia ya se habrá instalado sólo una vez.

El artículo 636 hace referencia a que los miembros del consejo serán citados cada vez que sea necesario, pero en el entendido de que se trata de un consejo instalado.

En lo que respecta a la citación por esquela, debemos decir que esta forma de notificación ya debería quedar para la historia, en la medida en que, en la actualidad, las notificaciones judiciales se realizan vía correo electrónico, salvo casos de excepción detallados en la normativa.

Así las cosas, por Ley n.º 30229 se dispuso adecuar el uso de la tecnología, información y comunicación en los Servicios de Notificaciones de las Resoluciones Judiciales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reemplazo de los miembros del consejo

Artículo 637.- Cuando por causa de muerte, impedimento sobreviniente o ausencia sin dejar apoderado, no queden cuatro miembros hábiles para asistir al consejo, se completará este número guardándose las mismas reglas que para su formación.

El quórum para la existencia del consejo de familia (artículo 637) es de cuatro miembros. En ese sentido, es claro que el consejo podrá ser integrado por un número mayor de personas, si fuere el caso. El artículo 637 señala que cuando por causa de muerte, impedimento sobreviniente o ausencia sin dejar apoderado no queden cuatro miembros hábiles para asistir al consejo, se completará este número guardándose las mismas reglas que para su formación.

Este precepto es muy pertinente, en la medida en que el consejo de familia es un órgano colegiado, con funciones asesoras y consultivas; y, como órgano colegiado que es, el legislador de 1984 ha considerado que el mismo no podría estar integrado por un número menor de personas. Si fuere el caso, se tendrá que completar con quienes corresponda por el llamado de la ley.

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYES

Consejo a favor de ausentes

Artículo 638.- También se forma consejo para que ejerza sus atribuciones en favor de los ausentes.

Como sabemos, cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso. No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público (artículo 47 del Código Civil). Lo que hace el artículo 638 es señalar que para estos casos también se forma consejo de familia, para que ejerza sus funciones a favor, precisamente, del ausente.

Cabe señalar que, como comenta Benjamín Aguilar: "[...] obsérvese que se trata de una administración provisional, por ello entendemos que aún en este caso el consejo de familia tiene funciones que cumplir, en cuanto que se debe fiscalizar la administración de ese patrimonio que viene contenido en los artículos 51 referido al inventario de los bienes, 52 que establece la prohibición de enajenar bienes del ausente, y, principalmente, el artículo 55 sobre derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente."[1257]

(1257) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 600.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presidencia del consejo

Artículo 639.- El juez de menores preside el consejo que se forma para supervigilar al tutor o, en su caso, a los padres. El juez de paz lo preside cuando se forma para incapaces mayores de edad.

El juez ejecuta los acuerdos del consejo.

El artículo 639 realiza una distinción en lo que respecta a quién preside el consejo de familia, en caso se trate de supervisar la labor de los padres, de un menor o de un incapaz mayor de edad.

Para los dos primeros casos, establece que lo presidirá el juez –se entiende que el de familia–;[1258] en tanto que para el caso en el cual el consejo se forme para incapaces mayores de edad, lo presidirá el juez de paz.

Para ambos supuestos el precepto bajo comentario señala que será el juez quien ejecutará los acuerdos del consejo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1258) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.* tomo I, 1998, p. 480.

Convocatoria del consejo

Artículo 640.- El juez convocará al consejo a solicitud del tutor, del curador, o de cualquiera de sus miembros, y cada vez que, a su juicio, el interés del menor o del incapaz lo exija.

Son diversas las razones por las cuales el juez deberá convocar a consejo de familia. Veamos:

a) A solicitud del tutor

El tutor es el representante del menor sobre quien sus padres no ejercen la patria potestad, sea porque están impedidos de ejercerla, sea porque han fallecido. En estos casos, será natural que si el tutor solicitase al juez que convoque al consejo, pues deberá hacerlo.

b) A solicitud del curador

Lo propio podemos decir del curador, representante legal del incapaz mayor de edad.

c) A solicitud de cualquiera de los miembros del consejo

También podría ocurrir que alguno de los miembros del consejo estime conveniente solicitar su convocatoria. Ello determinará que el juez convoque al consejo de familia.

Entendemos que en cualquiera de los supuestos analizados (a, b y c), el juez deberá convocar al consejo bajo responsabilidad. Pensamos que el convocarlo no resultará discrecional.

d) Cada vez que, a su juicio, el interés del menor o del incapaz lo exija

Es evidente que también cabe que el juez convoque de oficio al consejo de familia, cuando a su juicio, el interés de la persona necesitada de amparo, lo requiera.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de concluir, debemos señalar que en 1998, en *Tentaciones académicas*,[1259] indicábamos que el menor o incapaz con la capacidad de discernimiento suficiente, también debería ser considerado para solicitar la convocatoria del consejo de familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1259) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 480.

Quórum y mayoría para adoptar acuerdos

Artículo 641.- El consejo no puede adoptar resolución sin que estén presentes en la deliberación y votación por lo menos tres de sus miembros, además del juez, y sin que haya conformidad de votos entre la mayoría de los asistentes. El juez solamente vota en caso de empate.

Así como el artículo 637 regula lo relativo al quórum de existencia del consejo de familia (el mismo que es de cuatro miembros), el artículo 641 establece el quórum de instalación y el quórum de votación, los cuales, en ambos casos, son de tres miembros, además del juez.

Es de resaltar que la ley establece que, para la adopción de decisiones, debe haber acuerdo entre la mayoría de los asistentes. Es evidente que el precepto se refiere a la existencia de mayoría absoluta. Por ejemplo, si el consejo estuviera conformado por siete personas y, para una decisión determinada, tres de sus miembros votaran en un sentido, dos en otro y otros dos en un tercer sentido, no habría decisión. Además, el tema aquí es que el juez sólo tiene voto dirimente, lo que implica que en un caso como el que acabamos de describir, el juez no podría votar con alguno de los grupos de miembros y hacer mayoría. Lo dice claramente la norma. El juez solamente vota en caso de empate, lo que significa que tiene voto dirimente. Nada más.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Multa por inasistencia

Artículo 642.- Cada vez que algún miembro presente en el lugar deje de asistir a reunión del consejo sin causa legítima, el juez le impondrá una multa equivalente a no más del veinte por ciento del sueldo mínimo vital mensual. Esta multa es inapelable y se aplicará en favor de los establecimientos de beneficencia.

El cargo de miembro del consejo de familia, como hemos señalado, implica una responsabilidad legal y una responsabilidad moral. En tal sentido, podría ocurrir que, por un tema de viaje, alguno de los miembros del consejo de familia se halle ausente del lugar de funcionamiento del consejo. En este caso, con la excusa respectiva, no habrá problema, salvo que esa ausencia se vuelva reiterada, caso en el cual se entendería que ese miembro del consejo estará incumplimiento sus obligaciones a pesar de haber aceptado desempeñar el cargo.

Ésta y otras circunstancias en las que el miembro no asista (encontrándose o no en ese lugar) son lo que el artículo 642 entiende como dejar de asistir a una reunión del consejo sin causa legítima. En tales situaciones, la norma dispone que el juez le impondrá una multa equivalente a no más del veinte por ciento del sueldo mínimo vital mensual (SMV). La fórmula de cálculo de la multa ha quedado un tanto desfasada, pues la referencia al sueldo mínimo vital ha ido siendo reemplazada en el tiempo por la relativa a la unidad impositiva tributaria (UIT), como ha hecho el legislador en varias modificaciones al articulado del Código Civil, uno de cuyos ejemplos es el artículo 1623, relativo a la donación de bienes muebles de escaso valor. En 1998, en *Tentaciones académicas*,[1260] señalamos que la multa podría establecerse en no más del diez por ciento de una UIT.

El artículo bajo comentario finaliza señalando que esta multa es inapelable y se aplicará en favor de los establecimientos de beneficencia. Éste es uno de los pocos casos en que la ley civil no permite la doble instancia, lo que no es común en los procesos civiles de la jurisdicción ordinaria.

(1260) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 480 y 481.

Inasistencia justificada

Artículo 643.- Si es justificada la causa que alegue algún miembro del consejo para no asistir a una reunión, el juez podrá diferirla para otro día siempre que lo crea conveniente y no se perjudiquen los intereses del menor o incapaz.

El texto de este artículo es fruto de una rectificación por fe de erratas del Código Civil.

Podría ocurrir que, luego de efectuada la convocatoria a sesión del consejo de familia, por parte del juez, éste advierta que uno o más de sus miembros se excusen de asistir a la sesión. En este caso, la ausencia de tales miembros podría conllevar a que no haya quórum para el funcionamiento del consejo o que, a pesar de haberlo, la presencia de la persona que se excuse se considere relevante para tal funcionamiento. Esto, evidentemente, quedará a criterio del juzgador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Impedimento de asistencia y votación

Artículo 644.- Ningún miembro del consejo asistirá a su reunión ni emitirá voto cuando se trate de asuntos en que tenga interés él o sus descendientes, ascendientes o cónyuge, pero podrá ser oído si el consejo lo estima conveniente.

Lo dispuesto por el artículo 644 es fundamental, en la medida en que el legislador de 1984 busca siempre, en lo que respecta a las instituciones supletorias de amparo, el evitar los supuestos de conflicto de interés. En estos casos, se impide no sólo el voto, sino incluso la asistencia al consejo de familia del miembro que tenga interés en un asunto en particular o lo tuvieren sus descendientes, ascendientes o cónyuge. Sólo si el consejo lo estimase conveniente, podría acordarse el que sea oído. Nada más.

Al respecto, Echandía Cevallos comenta que: «El consejo de familia se conforma con el único propósito de velar por los intereses (persona y bienes) del menor o mayor incapaz. Sin embargo, los miembros del consejo son personas íntimamente ligadas al protegido y, por ende, en ocasiones pueden tener algún interés en las decisiones tomadas por el consejo. Por ello, cabe la posibilidad de que un miembro, al ver afectados sus intereses personales, pueda tomar una decisión en contra del menor o mayor incapaz a favor de quien se celebró el consejo de familia. Ante este riesgo, la norma ha limitado el derecho de asistencia y voto que se les otorga a los miembros del consejo de familia, en el supuesto de que uno de ellos tenga intereses en la decisión a tomarse en cierta reunión.»[1261]

(1261) Echandía Cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 543.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ASISTENCIA DE TUTOR Y CURADOR SIN DERECHO A VOTO

Artículo 645.- El tutor o el curador tienen la obligación de asistir a las reuniones del consejo cuando sean citados. También podrán asistir siempre que el consejo se reúna a su solicitud. En ambos casos carecerán de voto.

Lo establecido por el artículo 645 reviste plena lógica. Como hemos señalado, ni el tutor ni el curador forman parte del consejo de familia, razón por la cual la regla es que no puedan asistir a él, salvo, naturalmente, que hubiesen sido citados, caso en el cual ello no significará que formen parte del consejo; se puede decir que sólo serían invitados. El otro caso en el que podrán asistir es cuando el consejo haya sido convocado por el juez a solicitud del tutor o curador. La norma subraya que en ninguno de estos supuestos tendrán voto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asistencia del curado

Artículo 646.- El sujeto a tutela que sea mayor de catorce años puede asistir a las reuniones del consejo, con voz pero sin voto.

Hemos señalado que en diversas ocasiones el Código de 1984 requiere la presencia del sujeto a tutela, cuando haya cumplido determinada edad, sobre todo, para irlo comprometiendo con los casos en que resulte importante conocer su parecer y hacer que se sienta más apegado al manejo de su patrimonio. El artículo 646 también va en ese sentido, al señalar que el sujeto a tutela que sea mayor de catorce años puede asistir a las reuniones del consejo, con voz, pero sin voto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Facultades del consejo de familia

Artículo 647.- Corresponde al consejo:

1.- Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales, conforme a este Código.

2.- Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre.

3.- Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre, y removerlos a su juicio.

4.- Provocar la remoción judicial de los tutores y curadores legítimos, de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el juez.

5.- Decidir, en vista del inventario, la parte de rentas o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del incapaz, en su caso, y en la administración de sus bienes, si los padres no la hubieran fijado.

6.- Aceptar la donación, la herencia o el legado sujeto a cargas, dejado al menor o, en su caso, al incapaz.

7.- Autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad, uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el juez.

8.- Determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador, según el caso, la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del menor o incapaz.

9.- Indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta.

10.-Ejercer las demás atribuciones que le conceden este Código y el de Procedimientos Civiles.

El artículo 647 se encarga de regular las facultades del consejo de familia. Veamos:

a) Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales, conforme a este Código (inciso 1)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como sabemos, el tutor dativo es aquel nombrado a falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo. El tutor dativo, como señala el artículo 508 del propio Código, será nombrado por el consejo de familia y deberá residir en el lugar del domicilio del menor. El artículo 508 agrega que el consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

El artículo 568 establece que rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en el capítulo de la curatela. Ello alcanza a la curatela dativa.

Finalmente, los supuestos de curatela especial son los regulados en el artículo 599 del propio Código, a cuyo tratamiento remitimos al lector.

b) Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre (inciso 2)

La excusa del cargo de tutor se halla regulada por el artículo 518 del Código Civil, en tanto la renuncia de la tutela se encuentra regulada en el inciso 2 del artículo 550. Para que surta efectos, ella deberá ser aceptada. La excusa o renuncia del curador dativo se regulan supletoriamente por las normas de la tutela, conforme a lo establecido por el artículo 568 del propio Código.

c) Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre, y removerlos a su juicio (inciso 3)

Podría darse el caso en que, por alguna circunstancia sobreviniente, el tutor o curador dativo que se nombre devenga en incapaz. Para tal efecto, corresponde al consejo de familia declarar su incapacidad, pero sólo para efectos del desempeño del cargo. La eventual interdicción de esa persona se debería tramitar ante los tribunales ordinarios siguiendo las reglas que para tal efecto contempla el ordenamiento jurídico.

La remoción de los tutores y curadores dativos también compete al consejo de familia.

No obstante, como advierte Aguilar Llanos, es pertinente señalar que: «Sobre el particular, se autoriza al consejo para que sin mayor explicación pueda remover a los tutores dativos. En tal mérito consideramos innecesaria la norma contenida en el artículo 509 referida a que el tutor dativo será ratificado cada dos años por el consejo de familia, y lo es por cuanto,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a su discreción, el consejo puede remover al tutor dativo en el momento que crea pertinente.»[1262]

d) Provocar la remoción judicial de los tutores y curadores legítimos, de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el juez (inciso 4)

Por más de que se trate de un tutor o curador legítimo o de alguno nombrado por testamento, por escritura pública o por el juez, nada de ello garantiza que el ejercicio del cargo por estas personas sea idóneo. Perfectamente podría ocurrir que tengan un pésimo desempeño en la tutela o curatela. Si ese fuese el caso, el consejo de familia está autorizado para remover al tutor o curador.

e) Decidir, en vista del inventario, la parte de rentas o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del incapaz, en su caso, y en la administración de sus bienes, si los padres no la hubieran fijado (inciso 5)

No cabe duda de que el inventario del patrimonio del incapaz será la base para determinar, en primer término, si existen frutos o productos, pues podría ocurrir perfectamente que no los haya. Si los hubiere, entonces corresponderá al consejo de familia tomar la decisión acerca de la parte de éstos que deberá destinarse a los alimentos o a la administración de sus bienes. Todo ello, naturalmente, si es que los padres no la hubieren establecido. Pero incluso en este supuesto hay que señalar que, a pesar de haberla establecido, esta decisión no se ajusta a la realidad de las cosas. Entendemos que en estos casos también correspondería al consejo de familia establecer tales porcentajes o partes.

f) Aceptar la donación, la herencia o el legado sujeto a cargas, dejado al menor o, en su caso, al incapaz (inciso 6)

Si estuviésemos ante una donación, herencia o legado libre o sin cargas, el mismo deberá ser aceptado por el tutor o curador, bajo responsabilidad. En el caso de la donación, si hubiese una oferta de alguien, pues ella deberá ser aceptada, en la medida en que será de beneficio del incapaz la celebración de ese contrato. En lo que respecta a la herencia o legado, al tratarse de actos para cuya validez no interviene la voluntad del incapaz, no estaremos hablando de la aceptación para que sean válidos, sino para

(1262) Aguilar Llanos, Benjamín. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 606.

que tales actos surtan efecto a favor del incapaz. Si la oferta de la donación, la herencia o el legado fuesen con cargo, entonces será el consejo de familia el que deberá evaluar la conveniencia o no de la aceptación de tales actos por el incapaz. La idea es que se deberá aceptar aquéllos que beneficien al incapaz, en tanto que rechazar aquellos otros que eventualmente lo pudieren perjudicar.

g) Autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad, uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el juez (inciso 7)

No debemos olvidar que en el caso de la tutela o curatela (artículos 532 y 568), el tutor y el curador no están autorizados para celebrar contratos de locación de servicios, en la medida en que se considera que, en principio, ello resultaría una demasía. No obstante, como lo hemos señalado en su oportunidad, se presentarán supuestos que deberán estimarse como de excepción, en tanto tales servicios sí resulten indispensables para el ejercicio de la tutela o curatela. Sobre ese tema se contempla el artículo 647, inciso 7. Por ejemplo, sería el caso en el cual el volumen del patrimonio de propiedad del incapaz sea demasiado importante como para ser manejado en exclusiva por el propio tutor o curador.

h) Determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador, según el caso, la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del menor o incapaz (inciso 8)

Ya ha sido objeto de estudio el cuidado que debe tener el tutor (y, por extensión, el curador) con respecto a los bienes del menor o incapaz. El dinero en efectivo deberá depositarse en instituciones del sistema financiero o en cédulas hipotecarias. Corresponde al consejo de familia el establecer cuál será la base para determinar que el exceso de rentas o productos se coloque a buen recaudo.

i) Indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta (inciso 9)

Al estudiar la tutela y la curatela, hemos señalado que las labores del tutor o curador deben restringirse a la administración del patrimonio del incapaz. Hemos expresado en reiteradas ocasiones que para disponer de tales bienes (venderlos) deberá presentarse un supuesto de emergencia, derivado de la necesidad o por causa de utilidad pública. La indicación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de cuáles serán los bienes susceptibles de ser vendidos la hará el consejo de familia; en tanto que la autorización para ser vendidos la dará el juez.

j) Ejercer las demás atribuciones que le conceden este Código y el de Procedimientos Civiles (inciso 10)

Esta norma, complemento de las anteriores y de previsión, ante algún vacío normativo, también remite a aquellas atribuciones que establecía el antiguo Código de Procedimientos Civiles, que se hallaba en vigencia al momento en que se promulgó el Código Civil. Desde el 28 de julio de 1993 rige el Código Procesal Civil, cuerpo normativo aplicable al caso.(1263)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1263) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.,* tomo I, 1998, p. 482.

APELACIÓN DE RESOLUCIONES DEL CONSEJO PRESIDIDO POR EL JUEZ DE PAZ

Artículo 648.- De las resoluciones del consejo presidido por el juez de paz pueden apelar al juez de primera instancia:

1.- Cualquiera de sus miembros que haya disentido de la mayoría al votarse el acuerdo.

2.- El tutor o el curador.

3.- Cualquier pariente del menor.

4.- Cualquier otro interesado en la decisión.

El plazo para apelar es de cinco días, salvo lo dispuesto en el artículo 650.

En primer lugar, debemos advertir un error en la trascripción de la norma legal al Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Se trata de la frase «pueden apelar el juez», cuando la norma legal señala «pueden apelar al juez», por lo que habría que corregirla en cuanto fuere posible. Decimos esto, en la medida en que hoy en día mucha gente sólo consulta el SPIJ y no las normas originales, por lo que los errores en el SPIJ son verdaderamente graves, más aún tratándose de un sistema oficial del Estado peruano.

El artículo 648 se refiere a la apelación de las resoluciones del consejo de familia, presidido por el juez de paz. En ese sentido, establece que dichas resoluciones pueden ser apeladas al juez de primera instancia –debe entenderse como juez de familia, de acuerdo con la normativa en actual vigencia–,[1264] por las siguientes personas:

a) Cualquiera de sus miembros que haya disentido de la mayoría al votarse el acuerdo (inciso 1)

El primer supuesto es el de cualquiera de los miembros del consejo que haya manifestado su voluntad contraria a la del acuerdo adoptado por la

(1264) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 482.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mayoría. Esto es lógico y se basa en las mismas razones por las cuales los asociados o socios que hubiesen votado en contra de la mayoría podrían impugnar un acuerdo de la asociación o sociedad, respectivamente.

b) El tutor o el curador (inciso 2)

Podría ocurrir que el consejo de familia adopte acuerdos que fueren contrarios a la voluntad o parecer del tutor o curador y que los mismos o no se ajusten a ley o sean contrarios al bienestar del incapaz. En estos casos cabe apelar al juez de familia.

c) Cualquier pariente del menor (inciso 3)

Se podría decir que el inciso 3, al referirse a los parientes del menor, en realidad debería haber mencionado a los parientes del incapaz, dado que el consejo de familia no solamente se refiere a los menores sujetos a tutela, sino también a los mayores sujetos a curatela.

En buena cuenta, los parientes son considerados como personas con legítimo interés.

d) Cualquier otro interesado en la decisión (inciso 4)

Pero el artículo 648 extiende la legitimidad para obrar para cualquier persona, en el entendido de que, tratándose de la protección de un incapaz, cualquier persona que desee velar por sus intereses, será bienvenida.

El artículo bajo comentario concluye señalando que el plazo para apelar es de cinco días, salvo lo dispuesto en el artículo 650. Se trata, sin duda, de un plazo muy breve, de caducidad, por cierto. La brevedad se explica en la medida en que el legislador de 1984 busca que las decisiones del consejo de familia queden firmes lo antes que fuere posible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Apelación de resoluciones del consejo presidido por juez de familia

Artículo 649.- De las resoluciones del consejo presidido por el juez de menores pueden apelar a la Sala Civil de la Corte Superior, dentro del mismo plazo y con la misma salvedad, las personas indicadas en el artículo 648.

En los casos en que el consejo de familia estuviere presidido por el juez de familia (antiguo juez de primera instancia en la especialidad, al momento de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984), las decisiones del consejo de familia serán apelables a la Sala Civil de la Corte Superior. Por un tema de competencia, se entiende que se trata de la Sala de Familia de la respectiva Corte Superior.(1265)

El plazo para apelar es el mismo que se señala en el artículo 648 (cinco días). Las personas que pueden interponer el recurso de apelación serán las mismas que hemos visto al comentar el artículo 648.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1265)Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 483.

Impugnación de resoluciones del consejo

Artículo 650.- Las resoluciones en que el consejo de familia declare la incapacidad de los tutores o curadores, acuerde su remoción, o desestime sus excusas, pueden ser impugnadas, ante el juez o la Sala Civil de la Corte Superior, en su caso, en el plazo de quince días.

Las materias mencionadas en el artículo 650 del Código Civil se estiman de notoria importancia dentro de aquéllas que puede adoptar el consejo de familia. Se entiende que en estos casos la importancia de la materia justifica que el plazo para apelar sea mayor. Es de quince días y no de cinco, como en la regla general. Finalmente, la mención a los órganos competentes debe entenderse hecha a los jueces y tribunales de familia.(1266)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1266)*Loc. cit.*

Responsabilidad solidaria de los miembros del consejo

Artículo 651.- Los miembros del consejo son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, sufra el sujeto a tutela o curatela, a no ser que hubiesen disentido del acuerdo que los causó.

Al tratarse de un órgano colegiado, las decisiones del consejo se adoptan con la votación correspondiente. En ese orden de ideas, podría presentarse el supuesto en el cual tales decisiones causen daños y perjuicios al incapaz. En estos casos quienes las adopten serán solidariamente responsables del daño (artículo 1183 del Código Civil). Resulta evidente que quienes hubieren disentido del acuerdo no tendrán responsabilidad.

Al respecto, Echandía señala que: «Conjuntamente con la tutela o curatela, se constituye igualmente el consejo de familia, institución que nace con la finalidad de acuerdo con lo expresado por el Código Civil de velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre o que, teniéndolos, no ejerzan la patria potestad por alguna razón. Por ello, una de las primordiales funciones del consejo de familia es la vigilancia constante del correcto desempeño del tutor o curador en sus obligaciones de custodia. Producir bienestar al menor es el objetivo primordial de la formación de la institución jurídica de la tutela y de la formación del consejo de familia.»[1267]

(1267) Echandía Cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 554.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Actas de las sesiones del consejo

Artículo 652.- De las sesiones del consejo se extenderá acta en el libro de consejos de familia del juzgado y en un libro especial que conservará el pariente más próximo. En ambos libros firmarán todos los miembros asistentes. Si alguno de ellos no puede o no quiere firmar el acta, se dejará constancia de este hecho.

El artículo 652 se refiere al registro de las sesiones del consejo. La importancia del tema hace que la ley establezca un doble registro. Por una parte, se extenderá acta en el libro de consejos de familia del juzgado; por otro, en un libro especial que conservará el pariente más próximo. Se trata de un tema de seguridad.

Además, se señala que en ambos libros firmarán todos los miembros asistentes, hecho que asegura la constancia en la adopción de las decisiones. El precepto concluye señalando que, si alguno de los miembros del consejo no puede o no quiere firmar el acta, se dejará constancia de este hecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sanción a juez de paz por incumplimiento de funciones

Artículo 653.- Por falta, impedimento u omisión del juez de paz en todo lo relativo a las atribuciones que le corresponden respecto del consejo de familia, cualquiera de los parientes del menor, del mayor incapaz o del ausente, puede pedir al juez de primera instancia que el mismo desempeñe esas funciones o que designe al juez de paz que deba hacerlo.

El juez, sin otro trámite que el informe del juez de paz, removerá de inmediato todo inconveniente y le impondrá a éste, según las circunstancias, una multa equivalente a no más del treinta por ciento del sueldo mínimo vital mensual.

La remoción de inconvenientes e imposición de multa corresponden a la Sala Civil de la Corte Superior cuando se trate del juez de menores.

En ambos casos, la multa no exime de responsabilidad funcional al juez negligente.

El artículo 653 se refiere al incumplimiento de las funciones del juez de paz. La norma señala, en primer lugar, que en caso de falta, impedimento u omisión del juez de paz en todo lo relativo a las atribuciones que le corresponden respecto del consejo de familia, cualquiera de los parientes del menor, del mayor incapaz o del ausente, puede pedir al juez de primera instancia que el mismo desempeñe esas funciones o que designe al juez de paz que deba hacerlo.

En realidad, lo que establece la norma es una opción para la persona que accione en este sentido, entre pedir al juez de primera instancia (juez de familia) que éste desempeñe las funciones que le correspondían al juez de paz que resultaba competente; o pedir que el juez de familia designe al juez que deba hacerlo.

El artículo bajo comentario establece que el juez, sin otro trámite que el informe del juez de paz, removerá de inmediato todo inconveniente y le impondrá a éste, según las circunstancias, una multa equivalente a no más del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

treinta por ciento del sueldo mínimo vital mensual.[1268] Se trata de una sanción a quien era el juez competente, en la medida en que la falta de atención a los asuntos propios del consejo de familia pone en riesgo la protección del menor o del incapaz sujeto a tutela o curatela, respectivamente.

La norma agrega que la remoción de inconvenientes e imposición de multa corresponden a la Sala Civil de la Corte Superior cuando se trate del juez de menores (juez de familia, en la terminología vigente de la especialidad).

El precepto finaliza señalando que, en ambos casos, la multa no exime de responsabilidad funcional al juez negligente. Se trata de un tema de carácter administrativo que no nos corresponde analizar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1268) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 484.

Facultades especiales del juez y Sala Civil

Artículo 654.- Corresponde también al juez de primera instancia o, en su caso, a la Sala Civil de la Corte Superior, dictar en situación de urgencia, las providencias que favorezcan a la persona o intereses de los menores, mayores incapaces o ausentes, cuando haya retardo en la formación del consejo u obstáculos que impidan su reunión o que entorpezcan sus deliberaciones.

El artículo 654 en verdad no requiere de mayores explicaciones; ello, en la medida en que la finalidad protectora de las personas incapaces merecedoras de amparo familiar determina que resulte pertinente la celeridad en la tramitación de las actuaciones que les son pertinentes.(1269)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1269) *Loc. cit.*

JUECES COMPETENTES

Artículo 655.- En las capitales de provincias donde no haya juez de paz letrado, los jueces de primera instancia ejercerán las atribuciones tutelares a que este Código se refiere.

Este artículo no requiere de mayor comentario, en razón a su naturaleza procesal. Sólo decir que la referencia a los jueces de primera instancia deberá entenderse hecha a los jueces de familia.(1270)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1270) *Ibidem*, p. 485.

Apelación

Artículo 656.- De las resoluciones de los jueces de paz se puede apelar al juez de primera instancia y de las de los jueces de menores a la Sala Civil de la Corte Superior.

Aquí sólo corresponde señalar que la mención al juez de primera instancia debe entenderse hecha respecto al juez de familia; en tanto que la relativa a la Sala Civil de la Corte Superior, a la Sala de Familia de la Corte Superior.(1271)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1271) *Loc. cit.*

Fin del cargo de miembro del consejo de familia

Artículo 657.- El cargo de miembro del consejo termina por muerte, declaración de quiebra o remoción.

El cargo termina también por renuncia fundada por haber sobrevenido impedimento legal para su desempeño.

Las causas que dan lugar a la remoción de los tutores son aplicables a los miembros del consejo de familia.

El artículo 657 del Código Civil se encarga de regular los supuestos en que termina el cargo de miembro del consejo de familia. Veamos:

a) Por muerte

No cabe duda de que el fallecimiento del miembro del consejo de familia determina la extinción de su cargo. Las razones son obvias, en la medida en que se trata de un cargo *intuitu personae* y, por tanto, no susceptible de ser trasmitido a los herederos del titular.

b) Por declaración de quiebra

La actual Ley General del Sistema Concursal, Ley n.º 27809, no emplea la terminología de quiebra, sino la de concurso, con la cual tampoco existe, en estricto, la declaración formal de insolvencia.

Se entiende, no obstante, que si el miembro del consejo de familia se halla sujeto a un procedimiento concursal, pues se habría configurado la causal que determinaría su cese en el cargo. El razonamiento es muy simple y consiste en que si esa persona no es capaz de manejar adecuadamente su propio patrimonio, menos lo será para asesorar sobre el manejo de la persona y patrimonio de un tercero, en este caso, del incapaz.

c) Por remoción

La remoción del miembro del consejo de familia determina su cese en el cargo. Ello no requiere de mayor explicación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A manera ilustrativa, es pertinente referirnos a la Casación n.° 1936-06-Lima, de fecha 14 de marzo de 2007, en donde se resolvió remover a un miembro del consejo de familia por vulnerar un derecho de una menor: «*Sexto.* [Uno] de los actos imputados a los demandados que habría ocasionado grave perjuicio a los intereses de la menor, y que sustentaría la remoción de éstos como miembros del Consejo de Familia, es la presunta vulneración del derecho constitucional a la educación que asiste a la menor a quien, por la negativa de devolverla a la tutora legal recurrente, manteniéndola oculta, se le habría hecho perder un año de estudios. [...].»[1272]

d) Por renuncia fundada por haber sobrevenido impedimento legal para su desempeño

La renuncia deberá ser causada y ella tendrá que basarse en el hecho de haber sobrevenido impedimento legal para continuar en el desempeño del cargo. Para surtir efectos, ella deberá ser aceptada por el juez.

El artículo 657 concluye señalando, en su párrafo final, que las causas que dan lugar a la remoción de los tutores son aplicables a los miembros del consejo de familia. En ese sentido, debemos recordar lo dispuesto en el artículo 554, precepto que regula las causales de remoción del tutor; a saber: incurrir en alguno de los impedimentos del artículo 515, si no renuncia al cargo; y causar perjuicio al menor en su persona o intereses.

La solución legislativa del artículo 657 y la remisión al tema de las causales de remoción del tutor resultan adecuadas.

En el mismo sentido, Peralta Andía señala que: «Estimamos correcta la opinión de Raquel Távara cuando afirma que el artículo 657, bien podría resumirse en el sentido de que 'El cargo de los miembros del consejo termina por los mismos motivos que el cargo de tutor'.»[1273]

(1272) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 576.
(1273) *Ibidem*, p. 612.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cese del consejo de familia

Artículo 658.- El consejo de familia cesa en los mismos casos en que acaba la tutela o la curatela.

En primer lugar, debemos advertir que la versión de este artículo en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos incurre en un error, en la medida en que consigna la palabra «mismo» en singular, cuando el texto del Código Civil dice «mismos».

En segundo lugar, hay que decir que el sentido del artículo 658 es pertinente. No olvidemos que el consejo de familia es, al igual que la tutela y la curatela, una institución supletoria de amparo. En esa medida, debemos recordar lo dispuesto en el artículo 619, en el sentido de que habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre; así como en los casos que el Código establece, aunque viva el padre o la madre.

El tema es muy simple: si desaparece alguno de los supuestos que da lugar a la formación del consejo de familia, carecería de objeto su subsistencia. El caso más representativo está dado por el pupilo que adquiere la mayoría de edad y el del incapaz mayor de edad para quien desaparece la causal de incapacidad y así se reconoce en la resolución judicial que lo rehabilite.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta que: «Se entiende que las razones que llevaron a la formación del consejo han desaparecido y, por ello ya no tiene sentido que siga funcionando. Sin embargo, habría que decir que este término no necesariamente es definitivo, pues pueden aparecer algunas circunstancias que justifiquen nuevamente la instalación y formación del Consejo.»[(1274)]

(1274) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 612.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Disolución judicial del consejo de familia

Artículo 659.- El juez debe disolver el consejo cuando no exista el número de miembros necesario para su funcionamiento.

Hemos señalado oportunamente que el quórum de existencia del consejo de familia es de cuatro miembros. Se entiende, entonces, la solución adoptada por el artículo 659, en el sentido de que se deberá disponer la disolución judicial del consejo en caso no exista el número de miembros que sea necesario para su funcionamiento. En este caso, los temas propios del consejo serán decididos por el juez, oyendo a quienes debieron conformar el consejo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO CUARTO
APOYOS Y SALVAGUARDIAS

El Capítulo Cuarto del Título II (Instituciones supletorias de amparo) fue incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. Esto significa que antes de esta importantísima reforma legislativa, el Libro de Derecho de Familia concluía con el artículo 659 y el de Derecho de Sucesiones comenzaba acto seguido.

Ya nos hemos ocupado en extenso de algunos aspectos de la reforma introducida por el Decreto Legislativo n.° 1384 en materia de Derecho de Personas.[1275] Ahora nos corresponde estudiar los ocho artículos (la mayoría de ellos, bastante extensos, por cierto) que complementan el tratamiento del tema. No obstante, tenemos nuestras dudas en el sentido de si ha sido lo mejor separar la regulación del tema en los Libros de Derecho de las Personas y Derecho de Familia, o si hubiese sido preferible regularlo de manera unitaria en alguno de los dos. Veamos.

Acceso a apoyos y salvaguardias

Artículo 659-A.- La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio.

La reforma introducida en nuestra legislación civil por el Decreto Legislativo n.° 1384, en el año 2018, representó, como hemos señalado en otras ocasiones, la más relevante desde la entrada en vigencia del Código, en 1984. Decimos esto no solamente por la importancia de su normativa, por su extensión, sino también por la modificación transversal que la misma representó en el Código Civil. Ello, a diferencia de otras modificaciones pretéritas también importantes, como las relativas a la regulación independiente del arbitraje, que derogó la normativa sobre cláusula compromisoria y compromiso arbitral (artículos

(1275) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 105 - 122.

1906 a 1922), las normas procesales modificadas por el Código Procesal Civil, vigente desde el 28 de julio de 1993; o la Ley de la Garantía Mobiliaria (del 1 de marzo de 2006), que derogó la normativa central sobre prenda (artículos 1055 a 1090).

La idea principal del Decreto Legislativo n.º 1384 es que, en principio, no existen personas con incapacidad bajo los fundamentos del modelo social de la discapacidad.

Recordemos que, como señala Jorge Victoria: «Este modelo social de la discapacidad considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales.»[1276]

Pero la discapacidad, en los hechos, y más allá de cualquier creencia religiosa o científica, constituye una triste realidad en muchas personas. La ley jurídica no puede, lamentablemente, derogar las leyes de la física, porque se enfrenta a la dura realidad. Si con la ley se pudiera eliminar la discapacidad de las personas, el mundo sería un mundo perfecto.

No obstante, la ley siempre busca que, aunque en los hechos la tengan disminuida, en el plano jurídico las personas puedan desempeñarse como si se tratara de personas física y mentalmente investidas de plena capacidad. Pero ello, como resulta evidente, no siempre resultará posible.

El artículo 659-A se encarga de señalar que la persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio. Debemos adelantar que estos apoyos y salvaguardas serán personas que colaborarán con el sujeto para el adecuado ejercicio de sus derechos. Los artículos siguientes tratan de manera específica acerca de los apoyos y salvaguardas, de modo tal que reservamos nuestros comentarios para el análisis de los referidos preceptos.

ESTUDIO MARIO CASTRO REYE

(1276) Victoria Maldonado, Jorge. «El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos». En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, volumen 46 (n.º 138), 2013, pp. 1093 - 1109.

Definición de apoyos

Artículo 659-B.- Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E.

Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Debemos señalar que este artículo fue rectificado por fe de erratas.

El artículo 659-B se encarga de brindar el concepto de apoyos, señalando que se trata de formas de asistencia que son libremente elegidas por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos. Esto significa que los apoyos servirán a la persona con algún problema de discapacidad para poderse relacionar con los demás, en el plano jurídico, pero entendemos que también en otros aspectos de su vida.

En primer término, debemos partir de la idea de que es la persona con discapacidad aquella que tendrá el derecho de designar a sus apoyos (podrán ser más de uno). Pero, para llegar a este punto, partiremos del valor entendido de que esa persona con discapacidad puede expresar libremente su voluntad y hacerla conocer de manera indubitable a terceros. Decimos esto, en la medida en que si ello no fuera así, el acto de nombramiento sería nulo (artículo 219 del propio Código Civil). Si la persona con discapacidad no pudiese manifestar su voluntad para nombrar a sus apoyos, debemos descartar esta vía de nombramiento y el mismo solamente podría ser hecho por el juez.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En segundo lugar, la norma bajo comentario no establece una relación de actos para los cuales podrá servir el apoyo, pero, precisamente por el hecho de no hacer una enumeración taxativa, entendemos que la ayuda proporcionada podría brindarse en todos los órdenes de la vida. Es verdad, no obstante que el artículo 659-B señala algunas pautas a título de ejemplos representativos en los que serán de utilidad los apoyos, como es el caso del apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de éstos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

Estimamos necesario detenernos en el análisis de la norma:

a) Apoyo en la comunicación

Partimos, claro está, de la idea de que la persona tiene problemas de comunicación, lo que le dificulta relacionarse con terceros. Pero también queda entendido que tales problemas de comunicación no deben ser tan serios como para que no se llegue a comprender aquello que quiere expresar, habida cuenta de que, si éste fuese el caso, le sería imposible designar apoyos.

b) Apoyo en la comprensión de los actos jurídicos

El apoyo puede resultar muy conveniente para que la persona con discapacidad entienda de qué tratan los actos y contratos que desea celebrar. La ley, en este caso, divide lo que significa la comprensión y las consecuencias de los actos jurídicos, razón por la cual, si nos ceñimos a la comprensión, de lo que hablamos es de que la persona con discapacidad comprenda a cabalidad qué es lo que está celebrando. Salvando las distancias, si se quiere hacer un símil, se podría decir que el apoyo, en estos casos, sería para la persona con discapacidad, lo que el abogado es para cualquier persona sin discapacidad, ante la eventual celebración de actos y contratos cuyo contenido no comprenda un lego en Derecho. No obstante, resulta evidente que la persona con discapacidad, además de contar con el apoyo, podrá contratar a un abogado.

c) Apoyo en la comprensión de las consecuencias de los actos jurídicos

El apoyo en la comprensión de las consecuencias de los actos jurídicos resulta fundamental para una persona con discapacidad, pues no sólo se trata de que sepa lo que va a celebrar, sino de qué consecuencias va a tener para él aquello sobre lo cual está interesado en celebrar un acto

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

jurídico, como sería el caso del matrimonio o de un contrato de compraventa sobre un inmueble.

Ahora bien, como vamos a ver en este trabajo, cuando una persona con discapacidad, pero asistida de apoyos, celebra un acto y vicia su voluntad, el problema estará en qué causales podría alegar para lograr la anulación o nulidad del acto celebrado. Decimos esto, en la medida en que si ha sido asistida por uno o más apoyos, eso se ha hecho, precisamente, para que la persona con discapacidad tenga pleno conocimiento del contenido y de los alcances del acto que desea celebrar.

De ahí que, por un tema de seguridad jurídica, no debería ser relevante si esa persona no ha tenido un cabal conocimiento del futuro contrato, habiendo incurrido en error. Entonces, ¿el error podría ser considerado aquí como un vicio de la voluntad destinado a anular el acto celebrado? Creemos que, tanto en el caso del error como en el caso del dolo, la posibilidad de anular el acto se mantendría incólume. En ambos supuestos, considerando que el apoyo no es representante de la persona con discapacidad, sino solamente alguien que la ayuda en la vida con determinados actos, no será irrelevante cómo se formó la voluntad del apoyo, es decir, si tal voluntad se formó de manera libre o viciada.

Y los mismos cuestionamientos podríamos formular en torno a la violencia y la intimidación. La presencia de tales vicios no solamente debería ser apreciada en el agente que los ha celebrado, sino en el apoyo que lo aconsejó. Ello, en la medida en que si la voluntad del apoyo estuvo viciada, lo lógico sería suponer que, mediando ese vicio, aconsejó a la persona con discapacidad para que celebre el acto jurídico.

Sin duda se trata de un tema muy complejo, pues los vicios de la voluntad no sólo podrían estar presentes en la persona con discapacidad, sino también en su o sus apoyos.

d) Apoyo en la manifestación de la voluntad de quien requiere el apoyo

El apoyo en la manifestación de la voluntad no se refiere a la formación de la misma, sino a la manera en que dicha voluntad, existente en la persona con discapacidad, debe ser expresada frente a los terceros con quienes desee celebrar actos jurídicos. Obviamente, esta norma parte del valor entendido de que la persona con discapacidad haya podido expresarse de manera indubitable frente a su apoyo, a efectos de, precisamente, hacerle conocer cuál es la voluntad sobre la cual desea le brinde apoyo para su transmisión o comunicación a un tercero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este caso, la voluntad se manifestará con la participación de la persona con discapacidad y su apoyo. Entendemos que ambos tendrían que realizar actos materiales para exteriorizar esa única voluntad del primero de ellos. Hacemos hincapié en que, si el apoyo fuese el único que la exteriorizara, estaríamos más cerca de la figura del representante (y de eso no trata el apoyo). En todo caso, aunque sea de manera mínima, los terceros que celebren actos jurídicos con la persona que sufre discapacidad, al menos deben requerir una participación de esta última en la manifestación de su voluntad. Ella no debería ser expresada solamente por el apoyo.

e) Apoyo en la interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo

El apoyo en la interpretación de la voluntad de la persona discapacitada que requiere el apoyo también reviste utilidad. Ello, en la medida en que los terceros podrían no comprender el real alcance o significado de las palabras de la persona con discapacidad. Aquí lo que podría ocurrir es que el apoyo, debido al constante trato con el discapacitado, lo entienda mucho mejor que nadie. Imaginemos el ejemplo de una persona que tiene problemas de lenguaje, con la pronunciación correcta de las palabras; sólo con esto. En tal caso, no cabe duda de que si su apoyo fuese la madre o el padre del discapacitado, pues podrá aclarar el significado de expresiones que para cualquiera serían poco claras, pero no lo serán para el apoyo.

Cambiando de tema, debemos decir que el segundo párrafo del artículo 659-B, bajo comentario, señala que el apoyo no tiene facultades de representación. Ya lo hemos expresado en nuestros comentarios a este artículo. Los apoyos sirven para que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad ella misma; los apoyos no sustituyen a la persona con discapacidad en la manifestación de su voluntad. Nótese que estas normas siempre parten del valor entendido de que la persona con discapacidad sí es capaz de designar, ella misma, a sus apoyos.

Pero, como lo hemos venido diciendo siempre, desde que empezamos a abordar este tema, mucho antes de que se promulgara el Decreto Legislativo n.º 1384, la tesis de los apoyos encuentra su límite en los casos en que la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad para designar, precisamente, a esos apoyos. Para este supuesto, el artículo 659-E determina que la designación de los apoyos la hará el juez, pero ya estudiaremos esta norma en su oportunidad. Esta es una de las excepciones a la designación de apoyos por parte de la persona que sufre de discapacidad, contempladas por el artículo 659-B, en su segundo párrafo. La otra se presenta en el caso en que la persona

con discapacidad, cuando nombre a sus apoyos, establezca que ellos también tienen facultades de representación. Es claro que este segundo supuesto parte del entendido de que la persona con discapacidad puede expresar su voluntad de manera tan indubitable que el Derecho acepta y reconoce al apoyo y, también, representante designado por ella.

Por otra parte, debemos señalar que el tercer párrafo del artículo 659-B establece que cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste, aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad. Hasta antes de la reforma introducida por el Decreto Legislativo n.º 1384, el Código Civil no establecía norma alguna que recogiera el criterio interpretativo denominado «mejor interpretación de la voluntad». Y es que este criterio interpretativo no forma parte de las reglas de interpretación ni de los actos jurídicos ni de los contratos, tema que no ha variado, en lo absoluto.

De lo que trata el tercer párrafo del artículo 659-B, bajo comentario, es de un caso muy particular que se presentaría únicamente cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste. Aquí ya empezamos con problemas, pues es claro que, si se presenta esta situación, lo que esa persona requeriría no es de un apoyo, sino de un representante legal (curador).

Para el caso descrito, el artículo bajo comentario introduce la tesis del «criterio de la mejor interpretación de la voluntad». Para tal efecto, la ley dispone que el apoyo deberá tener en cuenta los siguientes factores:

a) La trayectoria de vida de la persona

Entendemos que la trayectoria de vida podría ser interpretada en el sentido de la profesión u oficio que mantuvo la persona, previo al requerimiento de apoyos.

b) Las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos

Las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos podrían graficarse de la siguiente manera. Se trataría de las cosas que solía hacer esa persona en situaciones parecidas, antes de tener la discapacidad. Por ejemplo, si se trata de una persona que tenga el arte abstracto como profesión y coleccione obras de este estilo, pues se entendería que, si se quiere comprar un nuevo cuadro para la casa, el mismo debería ser de arte abstracto y no un bodegón, por ejemplo. Otro ejemplo sería el de una persona que, antes de sufrir la discapacidad, todos los años se iba de vacaciones solamente a la ciudad de Nueva York. Entonces, si se le quiere llevar de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

vacaciones al extranjero, sería lógico llevarla a esa ciudad. O si la persona con discapacidad siempre gustaba de ir a la playa y no al campo; y así, sucesivamente.

Pero nótese cómo en realidad en estos casos, el apoyo no está colaborando en la manifestación de la voluntad de la persona discapacitada; simplemente, está manifestando su propia voluntad, interpretando cuál hubiese sido la voluntad de una persona que, lamentablemente, no puede hacerla conocer, ni siquiera, a su apoyo. Éste es uno de los puntos en los que centramos nuestras críticas sobre el Decreto Legislativo n.º 1384. Se trata, en buena cuenta, de una ficción. Nada más que de una ficción, porque no hay voluntad declarada del incapaz. Se hubiese sido más honesto en señalar que en estos casos corresponde el nombramiento de un curador y que este curador debería tratar de regir sus decisiones de acuerdo a los criterios que contempla el tercer párrafo del artículo 659-B, bajo comentario.

c) La información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida

Este rubro consiste en aquello que se conozca sobre la persona asistida, vale decir, de acuerdo a cómo es esa persona y cuáles eran sus decisiones, por ejemplo, antes de tener la discapacidad que la aqueja. Temas de carácter, temperamento, temores, miedos, etc.

d) La consideración de sus preferencias

Todos estos rubros se encuentran muy relacionados entre sí. Las preferencias tienen que ver con las previas manifestaciones de voluntad a que nos hemos referido. Por ejemplo, si cuando la persona con discapacidad podía manifestar sin problema su voluntad, prefería tomar helado de vainilla o helado de chocolate. Esto, antes de celebrar un contrato para comprarle un helado, precisamente.

e) Cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto

Bueno, en realidad, este precepto funciona como cajón de sastre, a efectos de tratar de construir una ficticia voluntad no manifestada con base en consideraciones pretéritas. No vamos a decir algo más sobre el particular.

ESTUDIO MARIO CASTILLO PEYES

Determinación de los apoyos

Artículo 659-C.- La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

El artículo 659-C se encarga de regular la determinación de los alcances y número de los apoyos.

En lo que respecta a los alcances, este tema se refiere a las características y condiciones que tendrán los apoyos. Para tal efecto, el artículo bajo comentario considera los siguientes criterios:

a) Su forma

Entendemos por forma a la manera cómo se ejercerá el apoyo; por ejemplo, la persona puede expresar su voluntad a través de un asistente personal.

Al respecto, Patricia Lescano ha señalado que: «Los apoyos se darán, en general, tanto a nivel patrimonial como en el ejercicio de los derechos fundamentales. Pueden adoptar múltiples formas, desde el prestado en y por la familia (...); hasta el sistema de "apoyo asistencial" en sus diversas áreas: asistente personal, económico, y social; en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente. Los asistentes podrán ser tanto las personas físicas como las jurídicas, y se deberá tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir. También se contemplaría la posibilidad de una "asistencia institucional", necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo; así como la prestada por un sujeto de confianza o una red de varias personas, que podría necesitarse solo ocasionalmente o de forma continua. En todo caso, la idea es personalizar la asistencia.»[1277]

(1277) Lescano Feria, Patricia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 576.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Su identidad

Resulta claro que en la designación de los apoyos se deberá identificar a la o a las personas que ejercerán tales funciones.

c) Su alcance

El alcance, se refiere a los límites dentro de los cuales el apoyo ejercerá su función. Por ejemplo, podría designarse un apoyo solamente para que interprete frente a terceras personas las expresiones de aquel que padece de alguna discapacidad. Los alcances de la función de apoyo se asemejan a los alcances del poder, sólo que los apoyos no representan al incapaz, sino lo ayudan a relacionarse con los demás y a celebrar con ellos los actos jurídicos que corresponda.

d) Su duración

Si bien es cierto en la totalidad de ejemplos que hemos señalado partimos del valor entendido de que se trata de una discapacidad permanente, bien podría ocurrir que ello no sea así, es decir, que se trate de una discapacidad transitoria, la que, por ejemplo, podría obedecer a una enfermedad superable o a un accidente. En esos casos, la duración de los apoyos se puede establecer, obviamente, por el plazo determinable que tome la persona en cuestión en rehabilitarse.

e) Su cantidad

Desde el comienzo del tratamiento del tema hemos señalado que los apoyos pueden ser uno o más. Esto dependerá de la voluntad de la persona que los designa, la cual, por ejemplo, podría requerir más de un apoyo, dado su desplazamiento constante para trabajar en diversas ciudades.

Pero la pluralidad de apoyos también podría obedecer a la especialidad requerida, en algunos temas de orden profesional. Por ejemplo, el de un ingeniero civil que requiera de apoyos para efectos de temas de su especialidad, en reuniones de trabajo que tenga con otros ingenieros.

En ese sentido, al designar una pluralidad de apoyos, también podría establecerse la competencia y límites en las funciones de cada uno de ellos.

Nótese, por último, que también cabría nombrar una pluralidad de apoyos para que actúen necesariamente de manera conjunta; o también el nombramiento de apoyos para que actúen de modo sucesivo en el tiempo.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre este tema, la ley deja la más amplia libertad a la persona que los requiera.

El artículo 659-C, concluye señalando que los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

Es obvio que, si se tratare de personas jurídicas, ellas, al igual que las instituciones públicas a las que se hace referencia, no deben tener fines de lucro. Se podría tratar, por ejemplo, del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (nótese que los literales h) e i) del artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1098, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, establece como ámbito de su competencia, entre otros, la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad), en el segundo caso y de una fundación destinada a proteger a personas con discapacidad, en el primero.

Aquí resulta evidente que actuarán como apoyos las personas naturales que designen estas instituciones, habida cuenta de que quien trate con la persona con discapacidad debe ser siempre alguna persona natural, pero su actuación será realizada en representación de la institución o persona jurídica que la ha designado. Entendemos que la ley se refiere a personas jurídicas sin fines de lucro, en la medida en que se trata de obras de beneficencia; pero nada obstaría pensar en la creación de empresas que se dediquen a este rubro y no tendría nada de malo que se brindara tales servicios. Hoy, claro está, los mismos se encuentran innecesariamente prohibidos. Creo que se trata de una norma basada en prejuicios políticos.

f) Su naturaleza

Ya hemos señalado que los apoyos podrían ser personas naturales y jurídicas e, incluso, unas y otras a la vez.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Designación de los apoyos

Artículo 659-D.- La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente.

El artículo 659-D se encarga de regular cuál es la formalidad que se debe seguir para la designación de los apoyos. La norma establece que tendrá que hacerse o ante un notario o un juez competente.

En el caso del notario, debemos reparar en que la ley no exige el requisito de la escritura pública, razón por la cual se podría hacer por acta notarial.(1278)

Para el caso de la designación judicial, ella deberá ser solicitada ante el juez de familia o el juez de paz letrado que corresponda. Pero nótese que en ambos casos es la persona con discapacidad la que deberá señalar quién o quiénes serán los designados. La designación la hace esta persona, no la autoridad judicial ni el notario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1278) Poder Judicial del Perú. (s/f). «Marco jurídico que reconoce la capacidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones». https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/965a1380478abbe58fd68f1612471008/00000-merged.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=965a1380478abbe58fd68f1612471008)

Excepción a la designación de los apoyos por el juez

Artículo 659-E.- El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.

Ya hemos señalado anteriormente, con ocasión de nuestro análisis del artículo 659-B, segundo párrafo, que de manera excepcional el juez podrá nombrar los apoyos, en vez de la persona con problemas de discapacidad. El supuesto señalado en la norma parte del hecho de que deberá tratarse de un supuesto excepcional y de personas que no puedan manifestar su voluntad y para aquéllas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al inciso 9 del artículo 44, es decir, de las personas que se encuentran en estado de coma.

Ya hemos criticado estos supuestos, tanto en esta obra como en otra anterior,[1279] pues quienes no pueden manifestar su voluntad, no requieren de un apoyo que los ayude a expresar una voluntad que, precisamente no pueden manifestar. El caso de la persona en estado de coma es el más ilustrativo, pues

(1279) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 116-118.

mientras esa persona se encuentre en ese estado, lo que correspondería no es alguien que «la ayude a manifestar su voluntad», pues no la puede expresar de manera alguna. Lo que se requiere es de un curador que la represente para todo efecto. En una materia tan importante como ésta, la ley no debería recurrir a eufemismos demagógicos.

Agrega el artículo 659-E, en su primer párrafo, que esta medida se justifica después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos. En buena cuenta lo que se está señalando es que la designación judicial de apoyos es el último recurso al que se debería echar mano, luego de haber agotado todas las posibilidades para que la persona con discapacidad manifieste su voluntad, incluso con el apoyo de temas técnicos o científicos. Estamos de acuerdo con el hecho de que se tenga que agotar esta vía, pero no concordamos en que aquello que se deba designar para esa persona sea un apoyo, pues correspondería nombrarle un curador.

El segundo párrafo del artículo 659-E, bajo comentario, señala que el juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Esto resulta natural, en la medida en que se deberá nombrar como apoyos a personas que tengan relación de cariño o afecto probado con quien sufre de discapacidad. En ese sentido, la enumeración de criterios realizada por el artículo resulta pertinente.

El precepto también señala que el juez, cuando proceda a nombrar el o los apoyos, fijará el plazo, alcances y responsabilidades de los mismos.

Se indica, además, que en todos los casos (entendemos que la ley se refiere a todos los casos en que el juez vaya a designar uno o más apoyos para una persona), el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. En otras palabras, estos criterios deberán ser tomados muy en cuenta por el juez para designar a quienes ocupen el cargo de apoyo. Por ejemplo, nunca debería ser designado como tal un enemigo de la persona que requiere apoyo o una persona que, en materia comercial, profesional o de otro tipo, tenga conflicto de interés con él.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El precepto, cuidando la integridad física y mental de la persona que requiere apoyo, señala también que no podrán ser designados como tales las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

Y, finalmente, en lo que respecta a quiénes están legitimados para solicitar el nombramiento de apoyos, el tercer y último párrafo del artículo 659-E señala que el proceso judicial de determinación de apoyos, excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica. Esto significa que podrá hacerlo cualquier persona que se considere con legítimo interés. Lo que pretende esta norma es que quien requiere amparo a través de apoyos, lo tenga y rápido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Designación de apoyos a futuro

Artículo 659-F.- Toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En el documento debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia.

El artículo 659-F se ocupa de la designación de apoyos a futuro. Se trata, sin duda, de una norma muy positiva, en la medida en que hasta ahora hemos visto los casos en que una persona con discapacidad designa sus apoyos o lo hace el juez en su lugar.

Pero el artículo 659-F se refiere al caso en el cual alguien, con plena capacidad de ejercicio (o, por lo menos, no reducida para el acto que mencionamos) designa ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Para tal efecto, se requiere tener más de dieciocho años. Se trata, en buena cuenta, de una previsión para el futuro, en caso quien haga el nombramiento vea menguadas sus capacidades físicas o mentales para ejercer en el futuro su capacidad jurídica. En buena cuenta, la o las personas designadas serán de absoluta confianza y afecto por parte de quien las nombra; y, en segundo término, su apoyo será prestado tanto cuando mengüen las facultades de quien las nombra, como en caso esa persona termine perdiendo tales facultades, supuesto en el cual, en la práctica, hará las veces de curador, pero cuando esta persona manifieste voluntad para celebrar actos jurídicos, se entenderá que tal expresión no es hecha por el representante del discapacitado, sino por el propio discapacitado.

Un caso en el que resultaría muy útil que alguien proceda a nombrar apoyos es el de las personas que han empezado a sufrir la enfermedad de Alzheimer. Ellas, en un inicio, tendrán plenitud de facultades, pero saben que las irán perdiendo con el paso del tiempo.

El artículo 659-F también indica que la persona podrá disponer en qué personas naturales o instituciones no debe recaer tal designación, como sería

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el caso de enemigos del disponente o de quienes no siéndolo, sean personas en cuya destreza, competencia o compromiso no crea el titular.

El precepto también establece que el disponente podrá señalar otros aspectos tales como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir.

Se precisa también que en el documento debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia. Esto resultará importante, en caso de enfermedades degenerativas, para saber en qué momento empezará la labor de los apoyos, o en la descripción de situaciones imprevistas, tales como accidentes y otros similares. También se podría designar apoyos para que comiencen con su labor cuando quien los designa cumpla determinada edad. En todos estos casos se puede decir que los apoyos son designados bajo condición o plazo suspensivo, según sea el caso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SALVAGUARDIAS PARA EL ADECUADO DESEMPEÑO DE LOS APOYOS

Artículo 659-G.- Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos.

El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona.

El artículo 659-G se ocupa de las salvaguardias (salvaguardas, en realidad) para el adecuado desempeño de los apoyos.

Las salvaguardas no son personas que vayan a ejercer un cargo, sino medidas que el instituyente de los apoyos o el juez que, por excepción, los designe, deba aplicar cuando tenga lugar la labor de los apoyos, a efectos de que esta labor no sólo sea desempeñada de acuerdo con la ley, sino además de acuerdo con la voluntad de la persona que ha instituido los apoyos o del juez que lo hubiere hecho. De esta forma, el artículo 659-G establece que las salvaguardas son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

Debemos señalar que el disponer acerca de las salvaguardas no es obligatorio para cuando se designa apoyos. En otras palabras, bien podrían existir apoyos sin que existan salvaguardas.

Como hemos expresado anteriormente, corresponderá el establecimiento de las salvaguardas a la persona que haya designado apoyo o al juez que lo hubiere hecho. No existe norma que obligue a que las salvaguardas sean establecidas de manera simultánea al nombramiento de los apoyos. El instituyente lo

ESTUDIO ENRIQUE CASTILLO FREYRE

podría haber hecho antes de la designación de los apoyos o después. En caso se trate de apoyos designados por el juez, la configuración de las salvaguardas sería natural que se haga en la resolución que nombre los apoyos, pero no habría inconveniente para que las establezca con posterioridad, si recibiera una solicitud en ese sentido por parte de algún interesado o si él mismo lo considerara conveniente. La norma bajo análisis señala también que quien establezca las salvaguardas indicará, como mínimo, los plazos para la revisión de los apoyos. Esto último equivale a la realización de un inventario o fiscalización acerca del funcionamiento de los apoyos.

Para estos efectos, la norma faculta a que el juez realice todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la o las personas de apoyo están actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Exención de la garantía de gestión

Artículo 659-H- Exención de la garantía de gestión

La persona o personas que realicen el apoyo están exentas de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.

El artículo 659-H es el último de los preceptos adicionados al Código Civil por el Decreto Legislativo n.° 1384 y con él también concluye la normatividad relativa al libro de Derecho de Familia. La citada norma se ocupa de establecer que quienes realicen el apoyo no están obligados a garantizar su gestión, como sí ocurre por regla general con los tutores y curadores. Ello, salvo que se presente el supuesto contemplado en el artículo 426 del Código Civil, norma que señala que los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo; caso en el cual la garantía debe asegurar: 1.- El importe de los bienes muebles; 2.- Las rentas que durante un año rindieron los bienes; y 3.- Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor. Este precepto señala que los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados. Por lo demás, remitimos al lector a nuestros comentarios en relación al artículo 426, antes citado.

La exoneración de otorgamiento de garantía referida a los apoyos se basa en el hecho de que conceptualmente ellos no van a expresar la voluntad de la persona con discapacidad, sino solamente la ayudarán a que la exprese o manifieste. No obstante, tal como ya hemos visto, esto no será siempre así, en la medida en que habrá casos en los cuales la labor del apoyo lindará con la del representante. Creemos, sin duda, que se trata de un tema digno de reflexión.

Antes de concluir nuestro análisis del articulado del libro de Derecho de Familia, debemos señalar que, de conformidad con el literal a) de la primera disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, para aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme donde se haya nombrado curador para la persona con discapacidad, en estos casos, con la entrada en vigencia de la citada Ley, las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio, siendo aplicables las reglas establecidas en el presente capítulo. El Consejo Ejecutivo

EXCLUSIVO GRUPO GACETA JURÍDICA

del Poder Judicial establece las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad. Ello implica que, a partir de la vigencia de la norma, no habría, en estricto, persona absolutamente incapaz, salvo los menores de dieciséis años (artículo 43, inciso 1). En cambio, sí habrá personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44, incisos 1, 4, 5, 6, 7, 8 y 9).

Respecto a la implementación de lo dispuesto en el artículo 659-H, Reynaldo Tantaleán comenta que: «La realidad ha ido enseñando que la mayoría de las personas que recurren a un juzgado por un caso de apoyos y salvaguardias, en puridad, lo hacen porque existe un sujeto con discapacidad que necesita cobrar una pensión sea de viudez o de orfandad u obtener otro beneficio económico, pero, pese a ser considerados sujetos plenamente capaces, la entidad encargada les exige contar con una sentencia judicial que así lo autorice. Y como –al menos de un sondeo cercano– las notarías no están llevando a cabo los trámites de designación de apoyos, se hace necesario que estos sujetos recurran al despacho judicial para la obtención de dicha Resolución, aunque, lamentablemente, como esta debe ser elevada en consulta, para quedar ejecutoriada se requiere el pronunciamiento de la Sala Superior, lo que hace que el trámite se torne en excesivamente largo, pese a su urgencia.»[(1280)]

Por otra parte, de conformidad con el literal b) de la primera disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, en aquellos procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, se suspende la tramitación del proceso y se aplican las reglas establecidas en el presente capítulo. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establece las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad.

Se entiende que aquellos casos en que la persona ya hubiese sido declarada interdicta, su interdicción se regirá por el régimen al que ya ha accedido, a menos que se inicie un trámite para rehabilitarla y que ella pueda desempeñarse en adelante con el régimen de los apoyos.

(1280) Tantaleán Odar, Reynaldo. «Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano». En: *Derecho y cambio social*, n.° 61, Lima, 2020, pp. 176-201.

Pero debemos anotar que para aquellos casos comprendidos en los incisos 4 a 7 del artículo 44 del Código Civil, para que estas personas (los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos) sean consideradas personas con capacidad de ejercicio restringida, de todas maneras se deberá seguir un proceso de interdicción, conforme a lo expresamente señalado en el artículo 583 del propio Código Civil, precepto a cuyos comentarios remitimos.

En estos casos, a diferencia del contemplado en el inciso 9 del artículo 44 (los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil), no se les puede considerar automáticamente como personas con capacidad de ejercicio restringida sin la declaración de tales en el referido proceso judicial. Pero la diferencia con el régimen anterior a la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1384, es que no se les declarará incapaces relativos, sino personas con capacidad de ejercicio restringida.

Esta normativa tiene por finalidad el que la interdicción por razones de discapacidad sea dejada de lado, en la medida en que ella estaba representada por los antiguos y ya derogados (por el propio Decreto Legislativo n.º 1384) supuestos de incapacidad absoluta regulados en los incisos 2 y 3 del artículo 43, referidos a las personas que por cualquier causa se encuentren privadas de discernimiento y a los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, respectivamente. También estaban comprendidos los incapaces relativos del artículo 44, incisos 2 y 3 (derogados también por el Decreto Legislativo n.º 1384), consistentes en los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

El gran problema consiste en que, por lo menos, algunos de los supuestos mencionados recaen sobre personas que no pueden expresar su voluntad o que no pueden hacerlo de manera indubitable. Hoy esas personas han dejado de ser incapaces, para regirse por el tema de los apoyos, incluso en supuestos en que la ley permite que ellos mismos los «designen». Ya nos hemos pronunciado en diferentes ocasiones sobre el particular, tanto en nuestro libro sobre Derecho de las personas[1281] como en la presente obra.

(1281) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 116-118.

EL ARBITRAJE Y LA FAMILIA[1282]

1. INTRODUCCIÓN

Hace algunas semanas los doctores Rafael y Silvia Torres Morales tuvieron la gentileza de formularme una invitación para escribir un artículo que se inscribiera en el tema «Arbitraje y otros medios de solución de conflictos en las empresas familiares», a efectos de ser publicado en el volumen 73 en la prestigiosa *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, que llevará el título genérico de «Protocolo familiar».

Tratándose de invitantes tan apreciados por mí, acepté de inmediato. Seguidamente, procederé a tratar sobre el arbitraje y la familia, materias que, por lo general, no son relacionadas por la doctrina.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Conforme a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú de 1993, la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad[1283] y del Estado, razón por la cual resulta evidente que ellas deben merecer protección legal suficiente, además de que el Estado y la sociedad deben fomentar la paz y unión familiar.

Es claro que una familia desunida y con problemas internos, representará el fracaso de esa célula fundamental sobre la que se construye la sociedad en su conjunto.

De ahí que, en la eventualidad de que existieran problemas internos, la sociedad y el Estado deben fomentar que los mismos se solucionen de la manera más armoniosa posible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(1282) El presente acápite se basa en un artículo que escribí y se publicó en marzo de 2018 por gentileza de la *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*.

(1283) Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio
La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

3. PRINCIPALES DESAVENENCIAS FAMILIARES

Como en todas las relaciones humanas, son frecuentes las desavenencias en el seno de la familia; y ellas pueden provenir de las más diversas causas, como ocurre en cualquier grupo humano.

En primer lugar, tenemos a los conflictos de naturaleza extrapatrimonial, basados, fundamentalmente, en cuestiones de orden afectivo, sobre los cuales, realmente, el Derecho poco puede hacer, dado que los mecanismos que éste contempla para la solución de conflictos pasan, por lo general, por cuestiones de orden patrimonial y no extrapatrimonial.

En ese sentido, para los conflictos de orden extrapatrimonial, siempre será recomendable que la familia cuente con la participación de las personas que le sean más cercanas, a efectos de poder emitir el consejo adecuado y la mediación oportuna, fundamentalmente, de orden espiritual.

Aquí también podríamos decir que, si la familia profesara alguna religión, sería importante sugerir la intermediación de miembros o autoridades de la respectiva iglesia, para que puedan ayudar a solucionar estos problemas.

Resulta evidente también que cuando se trate de conflictos de orden patrimonial, intermediarios de esta naturaleza también resultarían muy útiles, pues muchas veces las fricciones se solucionan de manera más fácil cuando primero llegan el entendimiento afectivo y la armonía familiar.

En segundo lugar, tenemos a los conflictos familiares de orden patrimonial, que son, precisamente, aquéllos que en la mayoría de casos conducen a las situaciones más encarnizadas y de más prolongada duración.

Los conflictos familiares de orden patrimonial tienen por origen, en la mayoría de los casos, problemas de orden sucesorio.

Me explico.

Es claro que cuando cualquier persona en el seno de una familia ha trabajado a lo largo de la vida y, fruto de su trabajo, ha obtenido determinado patrimonio, o cuando nos encontramos, al fin y al cabo, frente al patrimonio estrictamente personal de alguien, tal situación no tiene por qué generar conflicto alguno.

Ello, en la medida en que la titularidad de tal patrimonio no se halla en discusión. El mismo tiene un único y exclusivo titular, quien –como tal– puede

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

disponer de él de la manera que considere conveniente, dentro de las limitaciones que establece la ley.

Entonces, ¿cuándo surgen los problemas familiares de orden patrimonial?

Hagamos un repaso de las principales situaciones.

3.1. La vejez

Cuando con el paso de los años y cuando una persona haya atesorado algún patrimonio, sea éste, escaso, mediano o cuantioso, existirán familiares cercanos que tendrán expectativa de derechos hereditarios sobre tal patrimonio, ya que gozan de la condición de herederos forzosos de esa persona.

En tal sentido, una de las situaciones que ocurren con frecuencia es que tales potenciales herederos, traten de preservar esas expectativas hereditarias, de modo tal que suelan intentar adoptar medidas para limitar los actos de disposición del potencial futuro causante. Antes, incluso, se intentaba declararlo interdicto, a pesar de ser una persona con plenas capacidades mentales.

En la práctica se veían no pocos casos como éste, que deterioran notablemente las relaciones familiares; y, sin duda, degradan a quienes optaban por transitar por este camino.

En situaciones de tal naturaleza es común que, o se logre el cometido, abusando de los derechos de la persona mayor en edad, o se fracase en el intento, caso en el cual, seguramente, el tema se volverá de naturaleza contenciosa, y unos y otros terminarán litigando en el Poder Judicial.

En muchos de estos casos constatamos que la ambición no tiene límites.

3.2. El matrimonio

Vengo sosteniendo desde hace casi dos décadas que el régimen patrimonial aconsejable para las relaciones de pareja es el de la separación de patrimonios y no el de sociedad de gananciales y ello lo he reiterado en este libro.

Sostengo esto porque con la separación de patrimonios, cada uno de los miembros de la pareja, será titular exclusivo de su propio patrimonio, y el otro cónyuge o concubino (si hubiesen iniciado la relación de convivencia habiendo pactado previamente una separación de patrimonios), no tendrá nada que ver con el patrimonio del otro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas, de producirse una situación de conflicto en la pareja, la misma que desencadene en la ruptura de la relación matrimonial (divorcio) o de la relación concubinaria, ella no determinará que la pareja tenga que dividir bien alguno, ya que todos los bienes que se hubiere adquirido durante el matrimonio o la unión de hecho tendrán la calidad de bienes propios.

Se puede decir, en sentido figurado, que luego de producida la separación, «cada quien se irá con lo suyo»[1284] y no tendrá nada que reclamar al otro.

No obstante, esta regla no enerva la posibilidad de que se produzcan reclamos entre los cónyuges o miembros de la unión de hecho, razón por la cual resultaría aconsejable que en el convenio de separación de patrimonios que hubieren celebrado, incluyan un convenio arbitral, el mismo que establezca que todas las controversias de orden patrimonial derivadas de la relación matrimonial o unión de hecho, si fuese el caso, serán resueltas por un tribunal arbitral.

Esto, sin duda, si bien no evitaría la existencia de tales conflictos, sí lograría que su solución resulte más expeditiva, de tal manera que los problemas familiares tengan una duración más corta y una solución que pudiera resultar más satisfactoria.

Ahora bien, cabría formularnos la pregunta de si se podría proceder de igual manera en caso nos encontremos en presencia de un matrimonio sometido a la regla general de la sociedad de gananciales, o de una pareja que conviva en unión de hecho, régimen que, también por defecto, se regulará por la sociedad de gananciales.

Entendemos que la respuesta afirmativa se impone.

Ello, en la medida en que, si bien lo lógico sería suponer que el convenio arbitral se incluya en un pacto de separación de patrimonios, en ausencia de este pacto, los futuros cónyuges o concubinos, podrían, igualmente, celebrar un convenio arbitral como contrato independiente, a efectos de normar a través del mismo la solución de sus eventuales futuras controversias.

(1284) A estos efectos, recomendamos al lector la consulta de Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. «Pasión de gavilanes». En: *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004 (citado íntegramente en la presente obra); y Castillo Freyre, Mario. *«Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión* del cónyuge». Estudio Mario Castillo Freyre - Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - Universidad Católica San Pablo, Lima, 2017, pp. 161-178 (también citado a texto completo en esta obra).

Dejamos sentado, para evitar cualquier interpretación equivocada al respecto, que la materia arbitrable en cualquiera de los casos sobre los que venimos tratando, se circunscribirá a las diferencias de orden patrimonial, ya que ellas son, por naturaleza, disponibles.

Dentro de ese orden de ideas, Marco Torres Maldonado señala que: «Siendo ello así, aun cuando en el Derecho de Familia existan deberes que emergen de las relaciones jurídicas, que persiguen un interés personal (deber de fidelidad, deber de cohabitación, deber de asistencia, etc.), su contenido viene determinado, fundamentalmente, al igual como ocurre con el Derecho de Sucesiones, por su carácter patrimonial. Tales son los casos, por ejemplo, de los regímenes económicos del matrimonio, la responsabilidad de los bienes sociales por deudas privadas de los cónyuges, la disposición unilateral de un solo cónyuge de los bienes sociales, el régimen concursal de las sociedades conyugales, los alimentos, indemnización por separación de hecho, usufructo de bienes de los hijos, derecho de habitación entre familiares, responsabilidad civil por daños derivados de las relaciones familiares, entre otros.»(1285)

En ese sentido, si existiera en el convenio arbitral alguna materia señalada como arbitrable, pero que comprenda aspectos extrapatrimoniales, como los relativos a la tenencia de los hijos, tal disposición resultaría cuestionable.

No obstante, no estamos convencidos de que un pacto de esta naturaleza resulte nulo por, pues no olvidemos que una pareja sí puede conciliar sobre éstas y otras materias relativas a sus hijos menores de edad.

En esa línea, Aguilar Llanos comenta que: «Se ha señalado que la tenencia es un tema conciliable, y que el conciliador en su actuación deberá observar el principio del interés del niño y adolescente; ahora bien, con este mismo criterio, no vemos objeción para que el tema de la tenencia, igualmente pueda ser conocido a través del arbitraje; obviamente, aquí el árbitro debe ser una persona entendida en asuntos de familia, y guiará su conducta procesal, igual que en la conciliación, por el principio del interés superior del niño y adolescente.»(1286)

(1285) Torres Maldonado, Marco. «¿Es viable arbitrar en el Derecho de Familia? La superación de diversos mitos del Derecho de Familia en torno a su carácter arbitrable». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.° 58, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, pp. 171-179.

(1286) Aguilar Llanos, Benjamín. «¿Los conflictos familiares pueden solucionarse a través del arbitraje?». En: *Alétheia*, Lima, 2014, v. 2 (n.° 1), pp. 113-124.

En otras palabras, si ellos pueden disponer directamente sobre tales aspectos familiares, resultaría posible que un tribunal arbitral (un tercero) resuelva sobre el particular.

3.3. La sucesión

No cabe duda de que, junto con los problemas patrimoniales derivados del divorcio o de la ruptura de la unión de hecho, los más encarnizados suelen ser las disputas derivadas de la sucesión de una persona.

La ruptura de las buenas relaciones familiares, los pleitos entre hermanos, entre padres e hijos, y entre miembros de familias que hasta hacía poco se mostraban cariño y afecto, son muy comunes cuando existen divergencias fruto de la repartición del patrimonio del causante.

Dentro de tal orden de ideas, resulta necesario establecer determinadas pautas para evitar tales conflictos o disminuir su intensidad y duración.

3.3.1. La sucesión intestada

Nos encontraremos frente a una sucesión intestada cuando el causante haya fallecido sin otorgar testamento, o cuando, a pesar de haberlo hecho, hubiere revocado el otorgado.

Esta situación, de por sí, no tiene nada de malo; y, es más, en la inmensa mayoría de casos, las personas fallecen intestadas, dado que no consideran necesario el otorgamiento de un testamento.

En efecto, ello bien puede ser así, como cuando una persona tenga un solo familiar cercano, quien, ante su muerte, devendría en el único heredero (heredero universal).

Sería el caso, por ejemplo, de un padre que hubiere enviudado y tuviera un solo hijo, supuesto en el cual, otorgar testamento resultaría ocioso, pues, de acuerdo a las normas en materia sucesoria, al morir dicho padre, su hijo se convertiría en heredero universal.

También sería el caso en el cual una persona carezca de herederos forzosos y estime que, al morir, su patrimonio se terminará repartiendo entre familiares cercanos, con quienes no tiene relación o afecto, no interesándole aquello que ocurra después de su muerte.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Y, por último, tenemos aquellos casos en que la persona carezca de patrimonio, razón por la cual el otorgar testamento, no sólo resultaría ocioso, sino representaría un gasto inútil.

En todas estas situaciones el otorgamiento de testamento no sería algo aconsejable. Podría resultar siendo una demasía.

3.3.2. La sucesión testamentaria

Nos encontraremos frente a un supuesto de sucesión testamentaria cuando el causante haya fallecido habiendo otorgado un testamento que se mantenga vigente al momento de su muerte.

En ese sentido, debemos señalar que resultará conveniente o aconsejable el otorgamiento de testamento, cuando la muerte pueda determinar que se conviertan en herederos del patrimonio hereditario dos o más personas y resultase necesario hacer una división de tal patrimonio, a efectos de que los bienes que lo conforman no permanezcan en estado indiviso, con los consiguientes problemas que ello acarrea; así como tampoco ofrezcan dificultades a los herederos, para que se pueda proceder a una adecuada división y partición de los mismos.

Es importante en estos casos que se otorgue testamento, y que el testamento no se limite a describir los bienes materia de la sucesión y a enumerar a los herederos y sus respectivos porcentajes hereditarios.

Digo esto en la medida en que otorgar un testamento en tales términos equivaldría a no haberlo otorgado, pues resulta evidente que la consecuencia sería la misma si nos encontrásemos frente a una sucesión intestada, dado que la participación de los herederos en dicha sucesión será aquélla que determine la ley, en los porcentajes por ella establecidos.

Si no se va a dividir y partir los bienes de la masa en el propio testamento, el único sentido de otorgar testamento sería el de establecer en él una relación de bienes que incluya la adecuada consignación y descripción de algunos bienes, cuya existencia, ubicación o destino, sea desconocida por los futuros herederos o por parte de algunos de ellos. Claro está, también tendría razón de ser cuando no resultaren de público conocimiento los futuros herederos.

Con base en lo expuesto, somos de la idea de que el testamento ideal es aquél en el cual, existiendo diversos herederos forzosos, se procede a efectuar una adecuada descripción, al igual que una oportuna división y partición de los bienes hereditarios; ello, pues de esta forma se eliminará una buena fuente de conflictos familiares, derivados, tanto de conocer la magnitud del patrimonio

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

hereditario, como de tener que efectuar la división y partición del mismo, lo que muchas veces genera ingentes conflictos, pues es común que cada uno de los herederos quiera convertirse en titular, de los más valiosos bienes de la herencia.

De ahí que resulte aconsejable el otorgamiento del testamento en los términos y características antes señalados.

Pero el testador podría ir incluso más allá, estableciendo en su testamento una cláusula arbitral, materia regulada en la séptima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2018, que citamos a continuación:

> **Sétima**. **Arbitraje sucesorio**. Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior. (El subrayado es nuestro).

Como ya hemos señalado, no cabe duda de que la muerte de una persona acarrea, en muchos casos, conflictos entre sus sucesores, los cuales en numerosos casos resultan muy difíciles de solucionar.

Generalmente, se sabe que existen dos maneras de adquirir la condición de copropietario: la manera voluntaria, que es cuando uno compra, por ejemplo, un departamento y con él las áreas comunes del edificio donde éste está ubicado, las cuales resultan necesarias para poder gozar de la propiedad del departamento adquirido e indispensables para disminuir los costos de una propiedad que, si fuese independiente, no podríamos adquirir. Sin duda, esta copropiedad, con el paso de los años reporta problemas, como es el caso de la administración del edificio, la asunción de gastos, la propia convivencia, el eventual deterioro del bien, entre otros.

A pesar de que esta situación puede resultar nefasta conforme pasan los años, hay otro tipo de copropiedad que puede ser peor: la copropiedad que surge en materia sucesoria.

Como sabemos, a la muerte de una persona, tal como dispone el artículo 660 del Código Civil, se transmite a sus herederos el patrimonio del causante,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

constituido no sólo por sus bienes, sino también por sus créditos y deudas, como un conjunto denominado «masa hereditaria».

Esta masa hereditaria, hasta que se produzca el pago de las deudas de la herencia y la ulterior división y partición, pertenece a todos los coherederos.

De esta forma, si hubiese un solo heredero, es decir, si se tratara de un heredero universal, no habría problema, porque ese heredero podría manejar por decisión propia el destino de esa sucesión. Pero si se tratara de más de un heredero, los problemas típicos de los copropietarios podrían presentarse, y es que ¿cómo adoptar decisiones? Vale decir, ¿cómo hacer que esos coherederos, que generalmente son hermanos, hijos, etc., puedan convivir en paz?

Allí suelen desatarse, como enseña la experiencia vivida, las más violentas pasiones, por cuanto existen afectos heredados, odios heredados, rivalidades heredadas, que hacen que resulte muy complicado el manejo del tema sucesorio.

En ese sentido, son muy frecuentes los conflictos que se suscitan entre los herederos, ya sea en torno a cuestionar la magnitud de la masa hereditaria y a querer, por un lado, evitar divisiones y particiones; o, por otro, querer que la división y partición se haga a favor de los intereses propios, en perjuicio de los intereses comunes.

Por todas estas consideraciones, resulta pertinente que la Ley de Arbitraje aborde el tema del arbitraje sucesorio y no sólo el del arbitraje testamentario, como lo hacían las anteriores leyes arbitrales.

Así, y al establecerse dos posibles escenarios para que se someta a arbitraje las controversias que puedan surgir entre sucesores, o entre ellos y los albaceas, así como el hecho de señalar que en caso no exista testamento, o que en éste no se contemple una estipulación arbitral para resolver sus controversias, se busca difundir esa práctica e instituirla como la vía natural para dar solución a toda esta problemática.

3.4. Las empresas

En adición a todas las causas de conflictos antes señaladas, no cabe duda de que el manejo de las empresas familiares constituye parte importante de los mismos.

Vamos a partir del entendido de que los herederos puedan, incluso, tener una situación hereditaria clara en materia de los derechos hereditarios que corresponde a cada uno y que exista más de un heredero en la sucesión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si se tratara de la división y partición de bienes muebles o inmuebles, y ella hubiera sido dispuesta en el testamento, tal situación no hubiese derivado necesariamente en conflicto, pues cada uno de los herederos podrá ejercer sus derechos de manera individual, sobre los bienes que le hubiere correspondido.

En otras palabras, cada quien manejará sus propios bienes a exclusiva voluntad, al ser propietario de ellos y no tener tales bienes relación con el manejo que los demás herederos hagan de sus propios bienes.

Pero no necesariamente ocurrirá lo propio con las empresas.

Decimos esto, pues en la eventualidad de que más de un heredero adquiera por tal circunstancia la titularidad de acciones de una sociedad, ello determinará que el manejo de la misma haya pasado de las manos de quien era, probablemente, su dueño absoluto, y probablemente hasta fundador de la empresa (el causante), a manos de varios herederos, los que deberán tomar el manejo de la sociedad, teniendo como base sus respectivos porcentajes hereditarios, o la materialización de la división y partición de las acciones de la compañía, efectuada por el causante.

En uno u otro caso, los problemas en el manejo de la empresa, probablemente, no serán pocos, en la medida en que donde una sola cabeza tomaba antes todas las decisiones, ellas tendrán que ser adoptadas a partir de ahora, por varias personas.

En muchos supuestos, la asunción de la propiedad y control de las sociedades por parte de varios herederos es fuente de inagotables problemas, en la medida en que varios de ellos se sentirán con la respectiva autoridad, tanto en materia de conocimientos, como en relación a antiguas situaciones laborales o directivas en la empresa, para conducirla, lo que determinará, al fin y al cabo, no pocas fricciones entre tales herederos.

En ese sentido, es aconsejable que cuando nos encontremos frente a sociedades, los estatutos contemplen el arbitraje societario como medio de solución de controversias entre sus socios, antiguos socios y directivos y entre cualquiera de ellos y la sociedad, a efectos de que los problemas puedan ser solucionados de una manera más viable.

Resulta paradójico que la figura del arbitraje societario se aprecie como de mayor necesidad en aquellos casos en los cuales nos encontramos en presencia de sociedades con capitales de origen variado, es decir, aquéllas en las cuales existen diversas personas naturales o jurídicas, en condición de socios capitalistas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Y esto está bien, pues ello ayudará a la solución de eventuales conflictos; pero ocurre que en aquellas sociedades en donde hay, prácticamente, un único dueño, la inclusión de una cláusula estatutaria sobre el arbitraje societario, resulta aún de mayor utilidad.

Lo expresado, porque es necesario prever aquella situación en la cual el dueño de la empresa fallezca y deje varios herederos.

Ante la inexistencia de un convenio arbitral estatutario, los conflictos entre los nuevos socios-herederos, se tendrán que ventilar en el Poder Judicial.

En cambio, si se hubiese establecido el arbitraje estatutario, tales controversias serán resueltas en sede arbitral.

Como sabemos, el arbitraje estatutario se encuentra regulado en la sexta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, norma de texto siguiente:

> **Sexta.- Arbitraje estatutario**
>
> Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.
>
> El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.
>
> El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

Como se puede apreciar, si los convenios arbitrales en materia societaria son muy útiles en términos generales, lo serán aún más en el seno de empresas familiares.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Obra colectiva coordinada por Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomos II y III.
- AA.VV. *Código Civil comentado*. Obra colectiva coordinada por Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo III.
- Aguilar Llanos, Benjamín. *Regímenes patrimoniales del matrimonio*. Gaceta Jurídica, Lima, 2019.
- Aguilar Llanos, Benjamín. *Matrimonio y filiación. Aspectos patrimoniales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
- Aguilar Llanos, Benjamín. «¿Los conflictos familiares pueden solucionarse a través del arbitraje?». En: *Alétheia*, Lima, 2014, v.2 (n.° 1).
- Aguilar Llanos, Benjamín. «Patria potestad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- Aguilar Llanos, Benjamín. «El consejo de familia». En: *Persona y Familia*. Revista del Instituto de la Familia. Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 2012, volumen 1.
- Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales, Lima, 2008.
- Aguilar Llanos, Benjamín. «Patrimonio familiar». En: *Foro Jurídico*. Lima, 2002, n.° 1.
- Aguilar Llanos, Benjamín. *Instituto jurídico de los alimentos*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1998.
- Aranibar Fernández-Dávila, Gabriela. «Familia y el matrimonio (Códigos de 1852, 1936 y 1984)». En: *Instituciones del Derecho Civil peruano*. Cultural Cuzco, Lima, 1996.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Ariano Deho, Eugenia. «La tutela procesal del acreedor por alimentos». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derecho de Familia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002, tomos VII, VIII y IX.
- Avendaño Valdez, Jorge. «Los bienes en el matrimonio». En: *La familia en el Derecho peruano. Libro homenaje al Doctor Héctor* Cornejo Chávez. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.
- Ayuda En Acción. (17 de julio de 2018). «Matrimonio infantil: ¿en qué países se practica?». https://ayudaenaccion.org/blog/infancia/matrimonio-infantil-paises/
- Barbero, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, tomo II.
- Becerra Palomino, Carlos Enrique. «La ausencia y sus efectos en relación con la familia». En: *La familia en el Derecho peruano. Libro homenaje al Doctor Héctor* Cornejo Chávez. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.
- Blandino Garrido, Amalia. «La reconciliación conyugal: reflexiones tras la reforma operada por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Cádiz, 2015, n.º 3.
- Bobadilla Rodríguez, Francisco. «Separación de hecho y divorcio a la carta». http://www.capellania.udep.edu.pe/boletin/capinf78.html. [Fecha de visita: 18 de febrero de 2010].
- Borda, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo IV.
- Cabello Matamala, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- Canales Torres, Claudia. *Matrimonio, invalidez, separación y divorcio*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
- Canales Torres, Claudia. «Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2022.
- Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, tomo II.
- Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021.
- Castillo Freyre, Mario. *Derechos reales. Principales y de garantía*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021.
- Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Volumen 75 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020.
- Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el arbitraje* (segunda parte). Volumen 50 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2019.
- Castillo Freyre, Mario. «Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge». En: *Actualidad Civil*. Lima, noviembre 2017, n.° 41.
- Castillo Freyre, Mario. «La familia y la responsabilidad civil. Reflexiones personales a propósito de la presentación de un libro». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, tomo 46.
- Castillo Freyre, Mario. «La sucesión en las uniones de hecho». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2013, tomo 2.
- Castillo Freyre, Mario. «La sucesión en las uniones de hecho». En: *Persona y familia. Revista del Instituto de la Familia*. Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 2013, n.° 2 (1).
- Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Palestra, Lima, 2007.
- Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. «Pasión de gavilanes». En: *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, tomo I.
- Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, tomos I y II, y anexo legislativo.
- Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Lima, 1990.
- Celis Vásquez, Marco Antonio. «Aspectos importantes y jurisprudencia relevante sobre el derecho alimentario en el Perú». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- Chaves de Farias, Cristiano y Nelson Rosenvald. *Curso de Direito Civil. Famílias*. Editora Atlas, São Paulo, 2015, volumen 6.
- Chunga Lamonja, Fermín. «La adopción de menores en el Perú y la Convención sobre los Derechos del Niño». En: *Vox Juris*, 3ª edición, Lima, 1993.
- Chunga Lamonja, Fermín. *Código de Menores*. Tipografía Sesator, Lima, 1978.
- Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Editorial Studium, Lima, 1982, tomos I y II.
- , Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Editorial Universitaria, Lima, 1967, tomo II.
- Cornejo Fava, María Teresa. *Matrimonio y familia: su tratamiento en el Derecho*. Tercer Milenio, Lima, 2000.
- Cortez Pérez, César y Alvin Quiroz Frías. «Derecho fundamental a los alimentos. En nombre del padre y por derecho del hijo». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- De Trazegnies Granda, Fernando. «La familia ¿un espejismo jurídico?». En: *La familia en el Derecho peruano. Libro homenaje al Doctor Héctor* Cornejo Chávez. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Díaz, Pamela. «Control difuso: inaplican art. 372 del Código Civil (impugnación de la maternidad)». (23 de febrero de 2018). https://lpderecho.pe/control-difuso-inaplican-art-372-del-codigo-civil-impugnacion-maternidad/

- Díaz Honores, Jenny. «El divorcio convencional y la conciliación extrajudicial». En: *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

- División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Compendio práctico que sistematiza y conecta la jurisprudencia casatoria más relevante emitida por la Corte Suprema de Justicia durante los últimos 25 años con relación a los artículos del Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2022.

- Gallegos Canales, Yolanda y Rebeca Jara Quispe. *Manual de Derecho de Familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*. Jurista Editores, Lima, 2008.

- Gamio de Barrenechea, Nita. «La mujer profesional en la familia». En: *Persona y Familia.* Revista del Instituto de la Familia. Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 2013, volumen 2.

- Gimenez, Ana Paula. «La filiación socioafectiva en Brasil, Argentina y Chile». Universidad de Buenos Aires. http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/dialogando-desde-el-sur-una-primavera-complicada. Organizado

- Gómez Guevara, Amalia. «Derecho de alimentos para el mayor de edad». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

- Gómez Moran, Luis. *Teoría de los impedimentos para el matrimonio.* Editorial Reus, Madrid, 1947.

- Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2019. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR35kM_4DKRclgil0kf123aZWXvH461cvMOZsFG1q3O2PdXTlnrSm1q_xF0

- Instituto Nacional de Estadística e Informática. «Estado civil o conyugal del jefe(a) de hogar y ciclo de vida del hogar». 2017. [Archivo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PDF]. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1711/cap03.pdf

- Josserand, Louis. *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, tomo I, vol. 2.
- La Ley. (3 de octubre de 2022). «Presentan proyecto para eliminar el matrimonio con menores de edad del Código Civil». *La Ley, el ángulo legal de la noticia*. https://laley.pe/art/14016/proyecto-elimina-matrimonio-menores-edad-codigo-civil
- Lacruz Berdejo, José; Sancho Rebullida, Francisco; Luna Serrano, Agustín; Rivero Hernández, Francisco y Joaquín Rams Albesa. *Derecho de Familia.* Editorial JMB, Barcelona, 1990, tomo I.
- Lafaille, Héctor. *Derecho de Familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1931.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, tomo II.
- Mazzinghi, Jorge A. *Tratado de Derecho de Familia.* 4ª edición, 2006, tomo II.
- Méndez Costa, María Josefa. *Las deudas de los cónyuges*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.
- Mendoza del Maestro, Gilberto. «El modelo de Mondigliani y la cuantificación del crédito alimentario en sede judicial». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- Miranda Canales, Manuel. «Nuevas causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporados por la Ley 27495». En: *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. Lima, 2007, n.º 4.
- Monsalve Caballero, Vladimir. «Hacia la contractualización del vínculo matrimonial». [Archivo PDF]. http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/825/82511010.pdf.
- Olaechea du Bois, Manuel Pablo. «La profunda crisis de nuestro Derecho Civil». Artículo publicado en el diario *El Comercio*, el 28 de abril de 1995.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Rimay, Lima, 2020.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Thomson Reuters, Lima, 2014.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima, 2008.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En: *Revista Derecho & Sociedad*. Asociación Civil Derecho & Sociedad, Lima, diciembre de 2004, año XV, n.° 23.
- Peralta Andía, Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Editorial Idemsa, Lima, 1993 y 2002.
- Plácido Vilcachagua, Álex. *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Editorial Rodhas, Lima, 1997.
- Poder Judicial del Perú. «Marco jurídico que reconoce la capacidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones». https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/965a1380478abbe58fd68f1612471008/00000-merged.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=965a1380478abbe58fd68f1612471008)
- Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Toda la jurisprudencia civil vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. Editorial Nomos & Thesis, Lima, 2021.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española,* www.rae.es.
- Reyes Ríos, Nelson. «Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso». En: *Derecho PUCP,* Lima, 1999, n.° 52.
- Ripert, Georges. *Tratado de Derecho Civil. Familia.* 10ª edición. Editorial Cultural, tomo I.
- Roberts, Joshua. «El matrimonio homosexual en el mundo». *El Mundo.* (23 de mayo de 2015) https://www.elmundo.es/internacional/2015/05/23/55606bade2704ecc238b4572.html

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Rodríguez Iturri, Roger. *Instituciones del Derecho familiar no patrimonial peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018.
- Rodríguez Iturri, Roger. «Familia, Derecho e historia». En: *La familia en el Derecho Peruano. Libro homenaje al Doctor Héctor* Cornejo Chávez. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.
- Salazar Chero, Rocío Elizabeth. «Responsabilidad civil por divorcio». En: *Revista de Investigación Jurídica. Avances Perú.* Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, julio de 2008.
- Sambrizzi, Eduardo A. *Tratado de Derecho de Familia*. Editorial Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, tomo I.
- Schmerler Vainstein, Daniel. «Desenmarañando la madeja de los concursos de personas naturales en el Perú». En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, n.° 32.
- Seduguin, Piotr. *Matrimonio y familia en la URSS. La nueva legislación soviética*. Progreso, Moscú, 1974.
- Somarriva Undurraga, Manuel. *Derecho de Familia*. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1963.
- Sotomarino Cáceres, Roxana. «Los alimentos desde la perspectiva exegética, dogmática, jurisprudencial y social». En: *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- Spota, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Matrimonio.* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1962, tomo II, vol. I.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Precedentes de observancia obligatoria aprobados en el Pleno Registral CCXX. https://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/PrecedentesyResoluciones.asp?ID=9146
- Tantaleán Odar, Reynaldo. «Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano». En: *Derecho y cambio social.* Lima, 2020, n.° 61.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Tendencias. «En estos países el matrimonio no es solo cosa de dos (y no, no es por la suegra sino por la poligamia)» (21 de junio de 2017). https://www.trendencias.com/sexo-y-relaciones/matrimonios-ampliados-en-estos-paises-la-poligamia-es-legal
- Toledo Más, César. *Legislación matrimonial en el Perú*. Editorial Lumen, Lima, 1938.
- Torres Maldonado, Marco. «¿Es viable arbitrar en el Derecho de Familia? La superación de diversos mitos del Derecho de Familia en torno a su carácter arbitrable». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil.* Gaceta Jurídica, Lima, 2018, n.° 58.
- Torres Maldonado, Marco. «La causal de separación de hecho en el Perú. Aplicaciones jurisprudenciales pos Tercer Pleno Casatorio Civil». Lima, 2017. https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/57/ [Fecha de visita: 18 de marzo de 2023].
- Ugarte, Luis. «Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica». LL 2015-C-992, II, y *Derecho de Familia y de las Personas.* Año VII, n° 7, 2015.
- Valverde, Emilio F. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Editorial Ministerio de Guerra, Lima, 1942, tomo I.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. «Las acciones filiatorias». En: *Derecho Procesal de Familia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2019.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia.* Gaceta Jurídica. Lima, 2011, tomo I.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, tomo II.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar.* Gaceta Jurídica, Lima, 2012, tomo III.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación.* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, tomo IV.

EDITORIAL O'STILO PALYRE

- Victoria Maldonado, Jorge. «El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos». En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 2013, vol. 46 (n.° 138).
- Vidal Taquini, Carlos. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
- Wilde, Zulema. *La incidencia de la pandemia en las relaciones familiares*. Academia Euroamericana de Derecho de Familia. https://www.google.com/
- Yungano, Arturo. *Manual teórico práctico de Derecho Familia.* Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1989.
- Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, tomo I.
- Zárate Del Pino, Juan. «El problema de los disensos sobre el ejercicio de la patria potestad y la tenencia». En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Lima, Gaceta Jurídica, 2014.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN TERCERA

SOCIEDAD PATERNO-FILIAL

TÍTULO I
FILIACIÓN MATRIMONIAL

CAPÍTULO PRIMERO
HIJOS MATRIMONIALES

- Presunción de paternidad 615
- Presunción de hijo matrimonial 618
- Negación de la paternidad 619
- Plazo de acción contestataria 625
- Prohibición de negar el hijo por nacer 628
- Improcedencia de la acción contestataria 630
- Titularidad de la acción contestataria 633
- Acción contestataria por los ascendientes del marido incapaz 635
- Demandados en la acción contestataria 637
- Carga de la prueba 638
- Impugnación de la maternidad 641
- Plazo para impugnar la maternidad 643
- Acción de filiación 645
- Transmisibilidad de la acción de filiación 647

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Pruebas en la filiación matrimonial 649
- Carácter inimpugnable de la filiación matrimonial 651

CAPÍTULO SEGUNDO
ADOPCIÓN

- Noción de la adopción 653
- Requisitos para la adopción 658
- Trámite de adopción 667
- Irrevocabilidad de la adopción 679
- La adopción como acto puro y simple 681
- Prohibición de pluralidad de adoptantes 683
- Adopción de pupilo y curado 686
- Inventario de los bienes del adoptado 688
- Cese de la adopción a pedido del adoptado 690

TÍTULO II
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

CAPÍTULO PRIMERO
RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

- Hijo extramatrimonial 693
- Medios probatorios en la filiación extramatrimonial 696
- Reconocimiento del hijo extramatrimonial 699
- Reconocimiento por los abuelos o abuelas 701
- Formas de reconocimiento 706
- Reconocimiento en el registro del nacimiento 709
- Reconocimiento por uno de los progenitores 711

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Capacidad para reconocer 712
- Reconocimiento de hijo fallecido 713
- Irrevocabilidad del reconocimiento 715
- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada 719
- Asentimiento para que el hijo extramatrimonial viva en el hogar conyugal 723
- Efectos del reconocimiento del hijo mayor de edad 725
- Impugnación del reconocimiento 727
- Plazo para negar el reconocimiento 730
- Negación del reconocimiento al cesar la incapacidad 733

CAPÍTULO SEGUNDO
DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial 736
- Improcedencia de la acción 748
- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada 749
- Inicio de la acción antes del nacimiento 750
- Demandados en la declaración judicial de paternidad 751
- Titulares de la acción 753
- Juez competente 756
- Declaración judicial de maternidad extramatrimonial 757
- No caducidad del derecho 759
- Normatividad supletoria 760
- Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial 761
- Prueba biológica o genética 763
- Alimentos para la madre e indemnización del daño moral 769

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO TERCERO
HIJOS ALIMENTISTAS

- Derechos del hijo alimentista 774
- Prueba sobre la conducta de la madre 786
- Titular y destinatario de la acción 787

TÍTULO III
PATRIA POTESTAD

CAPITULO ÚNICO
EJERCICIO, CONTENIDO Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

- Noción de patria potestad 789
- Ejercicio conjunto de la patria potestad 792
- Ejercicio unilateral de la patria potestad 796
- Patria potestad de hijos extramatrimoniales 798
- Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad 802
- Deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad 804
- Subsistencia de la obligación alimentaria a favor de los hijos mayores de edad 811
- Bienes excluidos de la administración legal 814
- Garantía para la administración legal 816
- Obligación de dar cuenta de la administración legal 818
- Modificación o suspensión de garantías y cuentas 820
- Prohibición de convenio entre padres e hijos 821
- Interés legal del saldo en contra de los padres 824
- Interés legal del saldo a favor de los padres 825

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Acción recíproca sobre pago 826
- Administración en caso de nuevo matrimonio 828
- Aplicación supletoria del artículo 433 830
- Curador para administración de bienes del menor 831
- Bienes exceptuados del usufructo legal 833
- Cargas del usufructo legal 837
- Pérdidas de empresa sujeta a usufructo legal 840
- Embargo del usufructo legal 841
- Intransmisibilidad del usufructo legal 842
- Inventario judicial de bienes del hijo 843
- Responsabilidad de los padres sobre los bienes usufructuados 845
- Fin de la administración y del usufructo por quiebra 846
- Pérdida de la administración y el usufructo por nuevo matrimonio 847
- Restitución de administración y usufructo por disolución del nuevo matrimonio 849
- Pérdida de la administración y usufructo legal 850
- Prohibición de los padres de enajenar y gravar los bienes del hijo .. 851
- Autorización judicial para celebrar actos en nombre del menor 854
- Opinión del hijo sobre la disposición de sus bienes 860
- Acción de nulidad de los actos celebrados por los padres 862
- Depósito bancario del dinero de los hijos 865
- Autorización judicial para retiro de dinero 867
- Inversión del dinero del menor 868
- Deberes de los hijos 869
- Derecho del menor para aceptar bienes a título gratuito 871
- Autorización al menor para contraer obligaciones 873
- Autorización al menor para trabajar 876
- Responsabilidad del menor 878
- Asentimiento del menor para actos de administración de sus padres 880

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Nombramiento de curador especial 882
- Causales de extinción de la patria potestad 884
- Causales de pérdida de la patria potestad 887
- Causales de privación de la patria potestad 889
- Limitación judicial de la patria potestad 893
- Autorización judicial a los hijos para vivir separados de sus padres 894
- Causales de suspensión de la patria potestad 897
- Nombramiento de curador para representación en juicio 901
- Nombramiento judicial de curador 903
- Consecuencia de la pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad 904
- Inalterabilidad de los deberes de los padres 906
- Restitución de la patria potestad 908

SECCIÓN CUARTA

AMPARO FAMILIAR

TÍTULO I
ALIMENTOS Y BIENES DE FAMILIA

CAPÍTULO PRIMERO
ALIMENTOS

- Noción de alimentos 915
- Alimentos a hijos mayores de edad 920
- Obligación recíproca de alimentos 923
- Prelación de obligados a pasar alimentos 927
- Gradación por orden de sucesión legal 929
- Prorrateo de alimentos 930

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Obligación alimenticia de los parientes 934
- Obligación alimenticia entre ascendientes y descendientes 936
- Obligación con respecto al hijo alimentista 938
- Criterios para fijar alimentos 940
- Incremento o disminución de la pensión alimenticia 945
- Causales de exoneración de alimentos 948
- Formas diversas de prestar alimentos 952
- Restricciones al alimentista indigno o susceptible de desheredación 954
- Extinción de la obligación alimentaria 956
- Características del derecho alimentario 959

CAPÍTULO SEGUNDO
PATRIMONIO FAMILIAR

- Características del patrimonio familiar 962
- Bienes afectados al patrimonio familiar 964
- Consecuencia de la constitución del patrimonio familiar 966
- Autorización judicial para disponer del patrimonio familiar 967
- Embargo de frutos del patrimonio familiar 969
- Personas que pueden constituir patrimonio familiar 972
- Requisito esencial para constituir patrimonio familiar 975
- Beneficiarios del patrimonio familiar 977
- Requisitos para la constitución del patrimonio familiar 979
- Administración del patrimonio familiar 983
- Pérdida de la calidad de beneficiario 984
- Causales de extinción del patrimonio familiar 986
- Declaración judicial de extinción del patrimonio familiar 990
- Modificación del patrimonio familiar 991

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
INSTITUCIONES SUPLETORIAS DE AMPARO

CAPÍTULO PRIMERO
TUTELA

- Finalidad de la tutela 993
- Facultades para nombrar tutor 995
- Nombramiento de tutor por uno de los padres 999
- Pluralidad de tutores 1000
- Tutor legítimo 1002
- Tutela de los hijos extramatrimoniales 1005
- Tutor dativo 1007
- Plazo para ratificar al tutor dativo 1009
- Tutela estatal 1011
- Tutela de menores en situación irregular 1013
- Derecho a discernir el cargo 1014
- Convalidación por discernimiento posterior 1016
- Medidas cautelares 1017
- Impedimentos para ser tutor 1019
- Impugnación de nombramiento de tutor 1025
- Obligatoriedad del cargo de tutor 1026
- Personas que pueden excusarse del cargo de tutor 1028
- Plazo para excusar el cargo 1032
- Requisitos previos al ejercicio de la tutela 1035
- Depósito de los valores del menor en institución financiera 1040
- Depósito del dinero del pupilo en institución bancaria 1041
- Autorización para retiro de valores y dinero 1042
- Inversión del dinero del menor 1043

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Responsabilidad del tutor por intereses legales 1044
- Deberes del tutor 1045
- Representación del pupilo 1048
- Capacidad del pupilo bajo tutela 1049
- Obligación de administrar con diligencia 1050
- Derecho del menor de recurrir al juez 1051
- Autorización para disponer de los bienes del pupilo 1053
- Actos que requieren autorización judicial 1055
- Intervención del menor para actos que requieren autorización judicial . 1062
- Aplicación supletoria del artículo 449 1064
- Venta fuera de la subasta 1065
- Actos realizados sin autorización judicial 1066
- Acción de nulidad del pupilo por actos celebrados sin autorización 1067
- Actos prohibidos a los tutores 1068
- Fijación judicial de la retribución del tutor 1072
- Obligación del tutor de dar cuenta 1075
- Obligación del tutor legítimo de dar cuenta 1076
- Proceso de rendición y desaprobación de cuentas 1077
- Plazo del tutor para rendir cuenta 1080
- Aumento o disminución de la garantía del tutor 1082
- Depósito e inversión del saldo a favor del pupilo 1083
- Actos del pupilo prohibidos antes de rendición 1084
- Interés legal del saldo contra el tutor 1086
- Prohibición de dispensa de obligaciones del tutor 1088
- Fin de la tutela 1089
- Causales de extinción del cargo del tutor 1092
- Efectos de la muerte del tutor 1095
- Renuncia del tutor dativo 1097
- Continuidad de la tutela 1099
- Causales de remoción del tutor 1100

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Suspensión provisional del tutor 1102
- Protección del menor y de sus bienes en el juicio 1104
- Remoción del tutor a pedido del pupilo 1106
- Obligados a solicitar la remoción del tutor 1108
- Denuncia al tutor 1109
- Convocatoria al consejo de familia 1110
- Acciones recíprocas del pupilo y tutor 1112
- Prescripción de la acción contra el juez 1113
- Tutor oficioso 1114

CAPÍTULO SEGUNDO
CURATELA

- Personas sujetas a curatela 1116
- Fines de la curatela 1119
- Requisito indispensable para la curatela 1122
- Curador provisional 1124
- Normas aplicables de manera supletoria a la curatela 1127
- Facultad para nombrar al propio curador 1129
- Prelación para la curatela legítima 1132
- Curadores legítimos interinos 1134
- Criterios para apreciar la incapacidad 1135
- Designación de curador por los padres 1136
- Designación de curador por el consejo de familia 1137
- Exoneración de inventario y rendición de cuentas 1139
- Curatela de los padres 1141
- Funciones del curador 1143
- Destino de los frutos de los bienes del incapaz 1146
- Autorización judicial para el internamiento del incapaz 1148
- Exoneración de garantías 1149

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Tutela de los hijos del incapaz 1150
- Extensión y límites de la curatela 1151
- Anulabilidad de actos anteriores a la interdicción 1152
- Facultados para solicitar la interdicción 1153
- Pródigo 1155
- Incapacidad por mala gestión 1157
- Curador para ebrios y toxicómanos 1160
- Personas facultadas para solicitar curatela del pródigo o del mal gestor 1162
- Facultados para solicitar la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano 1164
- Curador dativo 1166
- Protección del ebrio habitual y toxicómano 1167
- Actos prohibidos al interdicto 1169
- Representación de los hijos del incapaz por el curador 1171
- Validez e invalidez de los actos del incapaz 1172
- Acción de anulación de los actos prohibidos al interdicto 1176
- Curatela del penado 1177
- Prelación, límites y funciones de la curatela legítima 1179
- Curatela de bienes del ausente o desaparecido 1181
- Curatela de bienes del hijo póstumo 1183
- Curatela especial de bienes 1185
- Curatela de bienes en usufructo 1188
- Juez competente y pluralidad de curadores 1189
- Representación legal por curador de bienes 1191
- Representación por el curador 1193
- Aplicación de normas procesales a la curatela 1194
- Facultades y obligaciones del curador señaladas por el juez 1195
- Supuestos en los que se requiere curador especial 1196
- Nombramiento de curador por padre extramatrimonial 1202

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Funciones del curador especial 1204
- Nombramiento de curador especial 1205
- Cese de curatela por rehabilitación 1207
- Término de la curatela del condenado 1209
- Rehabilitación del incapaz 1210
- Rehabilitación del ebrio habitual, pródigo, toxicómano y mal gestor. 1211
- Relevo de curador del mayor incapaz 1213
- Cese de curatela de bienes 1214
- Cese de la curatela de bienes del desaparecido 1215
- Cese de la curatela de los bienes del concebido 1216
- Fin de la curatela especial 1217

CAPÍTULO TERCERO
CONSEJO DE FAMILIA

- Procedencia de la constitución del consejo de familia 1219
- Tutor no sujeto al consejo de familia 1222
- Obligados a solicitar formación del consejo 1224
- Formación del consejo de familia por mandato judicial 1226
- Composición del consejo de familia 1227
- Casos en que los padres son miembros natos del consejo de familia 1230
- Participación de hermanos en el consejo de familia 1231
- Prelación para formación del consejo de familia 1233
- Personas no obligadas a formar parte del consejo de familia 1235
- Consejo de familia para hijo extramatrimonial 1237
- Subsanación de inobservancia en la formación del consejo de familia 1238
- Improcedencia del consejo de familia para hijo extramatrimonial .. 1239
- Facultades de superiores sobre expósitos y huérfanos 1241
- Personas impedidas de ser miembros del consejo de familia 1242

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Carácter gratuito e inexcusable del cargo de miembro del consejo de familia 1245
- Formalidades para la formación del consejo 1247
- Instalación del consejo 1249
- Citación a los miembros del consejo 1250
- Reemplazo de los miembros del consejo 1251
- Consejo a favor de ausentes 1252
- Presidencia del consejo 1253
- Convocatoria del consejo 1254
- Quórum y mayoría para adoptar acuerdos 1256
- Multa por inasistencia 1257
- Inasistencia justificada 1258
- Impedimento de asistencia y votación 1259
- Asistencia de tutor y curador sin derecho a voto 1260
- Asistencia del curado 1261
- Facultades del consejo de familia 1262
- Apelación de resoluciones del consejo presidido por el juez de paz 1267
- Apelación de resoluciones del consejo presidido por juez de familia 1269
- Impugnación de resoluciones del consejo 1270
- Responsabilidad solidaria de los miembros del consejo 1271
- Actas de las sesiones del consejo 1272
- Sanción a juez de paz por incumplimiento de funciones 1273
- Facultades especiales del juez y Sala Civil 1275
- Jueces competentes 1276
- Apelación 1277
- Fin del cargo de miembro del consejo de familia 1278
- Cese del consejo de familia 1280
- Disolución judicial del consejo de familia 1281

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO CUARTO
APOYOS Y SALVAGUARDIAS

- Acceso a apoyos y salvaguardias 1282
- Definición de apoyos 1284
- Determinación de los apoyos 1290
- Designación de los apoyos 1293
- Excepción a la designación de los apoyos por el juez 1294
- Designación de apoyos a futuro 1297
- Salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos 1299
- Exención de la garantía de gestión 1301
- El arbitraje y la familia 1304

- Bibliografía citada 1317

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en junio de 2023, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: (01) 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE