

LA IDEA DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Carlos Augusto Ramos Núñez
Profesor de Introducción a las Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. INTRODUCCION

Una de las preocupaciones fundamentales del Derecho es la delimitación de la familia. Elaborar un concepto resulta decisivo y ello es posible cuando la realidad social es uniforme, pero difícil y arbitrario cuando es múltiple y compleja. Las formas de constitución serán distintas como diferentes los regímenes de bienes y sucesión.

Las normas que regulan la vida familiar han sido pensadas desde una perspectiva occidental y moderna, ignorando -en el mejor de los casos- o proscribiendo los usos y las costumbres de los pueblos.

En el Perú, donde Estado y Nación no llegan a comprenderse, la expresión «familia» adquiere una diversidad semántica portentosa, no sólo en los códigos, sino especialmente fuera de estos. La plurisignificación del término deriva de patrones culturales oponibles temporal y espacialmente.

Cuando la norma positiva no reproduce las prácticas de ciertos grupos sociales, el Estado -jurista, legislador, juez y gendarme-, perpetra, quizás sin saberlo, violencia institucionalizada en agravio de aquellos.

El Código Civil peruano implícitamente contiene más de un nivel familiar. Ocurre también que los demás códigos son portadores de otros niveles. La familia es más grande cuando el Código es antiguo; abreviada si es moderno: el Código Civil de 1852 consagraba la vocación hereditaria de los parientes colaterales consanguíneos del sexto grado inclusive (artículo 881); el Código de Procedimientos Civiles de 1912 reconoce el parentesco es-

Delimitar la idea de familia en nuestro Código Civil es una tarea que presenta numerosas dificultades, pues supone enfrentarse a un concepto problemático y esquivo, requiriendo un estudio multidisciplinario para su mejor comprensión.

El doctor Ramos Núñez identifica los distintos niveles familiares que pueden inferirse del articulado del Código, y analiza detalladamente algunos artículos que nos permiten entender las relaciones de la familia con otras áreas del Derecho Civil.

Pero el autor no se limita al análisis estrictamente jurídico, sino que se apoya en los aportes de las ciencias sociales para mostrarnos que, en un país pluricultural como el nuestro, no puede imponerse válidamente un solo modelo familiar; por el contrario, nuestro sistema jurídico debería acoger otras formas de regulación de la familia.

piritual y supone que son familiares entre sí, los compadres, ahijados y padrinos (artículos 89 y 454).

Para la cosmovisión andina, la familia no se entiende sin el parentesco espiritual, no sólo el derivado de un sacramento religioso. Prevalecen principios de intercambio y reciprocidad de bienes, servicios y sentimientos que van más allá del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Modificando a Basadre, el tratamiento del tema nos confirma la existencia en el Perú de varias formas de familia real frente a niveles familiares erigidos sobre el matrimonio y consecuentemente legales.

2. CONCEPTOS Y LIMITES DE LA FAMILIA

En el mundo antiguo la familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar el mismo hogar y ofrecer los presentes fúnebres a los antepasados comunes¹.

El Derecho Romano trae varias acepciones del término «familia». Ulpiano citado en el Digesto, señala:

«[...] se aplica a las cosas y a las personas [...]. La denominación se refiere también a la significación de alguna corporación, en el derecho de cada individuo o en el común de toda cognación. Por derecho propio llamamos familia a muchas personas, que por naturaleza o por derecho, están sujetas a la potestad de uno, por ejemplo el padre de familia, la hija de familia, la madre de familia, el hijo de familia y los demás que siguen en lugar de éstos, como los nietos y las nietas y los otros descendientes. Pero se llama padre al que tiene el dominio de la casa [...], aunque no tenga hijo, porque no designamos a su sola persona, sino también a sus derechos. Por Derecho Común decimos familia a la de todos los agnados: pues aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia, sin embargo, todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llama-

dos de la misma familia, los cuales fueron dados a luz de la misma casa y progenie [...]. También [...] la denominación de la familia comprende a todos los esclavos [...]. Asimismo se llama familia [...], la que proviene de sangre de un mismo último progenitor, como decimos "familia Julia" [...] de cierto origen memorable [...]» (D.50,16,195)².

Las Siete Partidas comprenden a muchos individuos:

«[...] el sellor della e todos los que biven so el sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos e los servientes e los otros criados» (Partida VII, Ley Sexta, título XXXIII)³.

La doctrina ha señalado distintos niveles de familia. A comienzos del siglo XX, Planiol y Ripert, consideraban:

«[...] en sentido amplio, la familia es el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio o por la filiación o por la adopción. El propio vocablo, en sentido estricto, designa a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Esta es la acepción primitiva y que se encuentra aún en la expresión: "vida de familia", "hogar de familia", pero que carece ya de importancia jurídica. Por otra parte, hoy se entiende generalmente por familia al grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos; con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales»⁴.

Advierten, sin embargo, que subsisten reglas jurídicas fundadas en la antigua concepción de familia -que comprendería a los parientes- como en la transmisión hereditaria y en la obligación de acudir con alimentos. Reconocen «la dispersión de la familia» atribuyéndola a causas sociales y económicas⁵.

Josserand por su parte sostiene:

«La familia se extiende en sentidos diferentes, más o menos comprensivos, que podrían representarse en círculos concéntricos de extensión variable:

¹ FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. *La ciudad antigua*. Daniel Jorro, Madrid, 1908. p. 55.

² GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso. *Corpus Iuris Civilis*. J. Molinas, Barcelona, 1898.

³ ACADEMIA NACIONAL DE HISTORIA. *Siete partidas de Alfonso el Sabio*. Librería de Rosa Bouret, París, 1853.

⁴ PLANIOL, Marcel Fernand. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Cultural, La Habana, 1932. t. II, pp. 7-15.

⁵ *Ibidem*. p. 10.

1. *Latu sensu*: La familia engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta límites lejanos, que nuestro Derecho Positivo establece en el duodécimo grado; en esta acepción, descansa a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción;

2. En un sentido mucho más restringido [...] designa la familia, las personas que viven bajo el mismo techo: padre, madre, hijos [...] nietos y aún colaterales; se convierte entonces, poco menos, en sinónimo de hogar, de *domus* [...];

3. En fin, se entiende [...] por familia la agrupación restringida constituida por el padre, la madre y los hijos, pese a que haya creado a su vez un hogar. En principio, y salvo precisión contraria, el primer sentido es el único verdaderamente jurídico, en que la familia debe ser entendida [...].⁶

Asocia el tratadista parentesco con familia. Posición singular en la doctrina francesa.

Tiempo después los hermanos Mazeaud, asumen una posición radical y mayoritaria en lo sucesivo. Para ellos, la familia es la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges, están sometidos a la misma autoridad, la del cabeza de familia. A fin de no suscitar ninguna duda concluyen:

«La familia en sentido preciso del término, no comprende, pues hoy más que al marido, a la mujer y a aquellos de sus hijos sujetos a su autoridad; es decir, sus hijos menores, solteros y no emancipados»⁷.

Los marcos familiares son estrechados rígidamente, aseverando:

«No hay más que una sola familia: la legítima, fundada sobre el matrimonio. Lo que se llama "fa-

milia natural no constituye jurídicamente una familia [...]»⁸.

Messineo, comentando el Código Civil italiano de 1942, afirma:

«[...] En sentido todavía más amplio, parece que debe entenderse la familia en la denominada comunidad agraria familiar y de la que hablan los artículos 1589, 2083, 1021 -locación, pequeños empresarios, uso, habitación, fundación de familia, panteón familiar-»⁹.

Obsérvese que Messineo y el Código italiano no siguen el reduccionismo de la doctrina francesa. El término «familia» no se pierde en la nuclear: esposos e hijos menores.

En diferentes momentos de la doctrina nacional, tanto Toribio Pacheco¹⁰ como Emilio Valverde¹¹ omiten ofrecer un concepto de familia, integrándola con la noción de matrimonio.

Héctor Cornejo Chávez propone dos acepciones:

a) En sentido amplio: conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad. Juzga que tal criterio tiene una importancia reducida, pues «el círculo puede ser vasto y porque ignora la situación de los convivientes».

b) En sentido restringido; acepción dividida a la vez en:

- Familia nuclear: personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente los menores o incapaces). Por extensión, se incluye a los concubinos y sus hijos menores o incapaces.

- Familia extendida: integrada por la anterior y uno o más parientes.

⁶ JOSSELAND, Louis. *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cia, Buenos Aires, 1950. t. I, vol. II, pp. 13-15.

⁷ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1959. parte I, vol. III, pp. 9-13.

⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁹ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1954. t. III, pp. 29-31.

¹⁰ PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. 2ª ed. Imprenta del Estado, Lima, 1872. t. I, p. 169.

¹¹ VALVERDE, Emilio. *Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima.

- Familia compuesta: la nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de familia¹².

La doctrina jurídica por sí misma no explica la complejidad fenoménica de la familia. Para un mayor rigor científico requiere el auxilio de otras disciplinas.

3. LA FAMILIA EN EL PERU

Este punto escapa a una apreciación puramente jurídica. Es más, legislación, jurisprudencia y doctrina han privilegiado a la familia nuclear y secundariamente a la familia ampliada, construidas ambas sobre el matrimonio. Algunas normas de Derecho Laboral y Derecho Agrario, así como la Constitución Política revirtieron parcialmente esta situación; incorporando en la idea de familia la derivada de relaciones concubinarias. Pero, complejas formas de familia, existentes en el mundo andino, están lejos de ser materia de amparo legal. Otras disciplinas, en especial la Antropología, han procurado conocer a milenarios y no por ello desaparecidos tipos familiares.

Enrique Mayer, estudiando las relaciones de parentesco en la comunidad de Tangor, Cerro de Pasco, arribó a esta conclusión:

«[...] Las relaciones de alianza predominan sobre las relaciones de descendencia y, [...] que el lenguaje de intercambios recíprocos prima sobre el lenguaje jurídico de derechos y deberes explícitos [...]. El énfasis en la alianza es tanto mayor, mientras más abundante la tierra y menor la disponibilidad de mano de obra en determinados momentos cruciales de siembra y cosecha [...]. La falta de tierra está vinculada a una mayor acentuación del reclutamiento de parientes de descendencia jurídica, si bien los intercambios recíprocos no pierden importancia»¹³.

El ordenamiento positivo no alude a ciertas formas de parentesco figurativo -expresión acuñada por la Antropología para designar al compadrazgo o padrinzago-, no siempre sacramental, como el *Rrutuchi* o corte de pelo, que forman parte de los sistemas de parentesco quechua y aymará, y complementario de consanguinidad y de la afinidad, que a la vez rebasan las fronteras del positivismo europeo.

El Código Civil peruano, siguiendo a sus precedentes evita conceptualizar a la familia. Simplemente enuncia donde acaba jurídicamente el parentesco. Pero estos parámetros no son usados uniformemente, variando la concesión de derechos y la atribución de obligaciones según el nivel familiar.

Cabe preguntarse si resulta imperativo elaborar un concepto. La duda asalta al jurista, pues en juego está una institución decisiva.

Pese a las entusiastas premoniciones de Rolaing Laing¹⁴, David Cooper y la corriente antisiquiátrica¹⁵, la constatación de la Sociología contemporánea¹⁶ y porque en cierto modo la historia de la familia es la historia de su descomposición, como en frase ingeniosa remarca Enneccerus¹⁷, la institución continúa siendo el primer agente socializador del individuo y el jurista no puede mostrarse desaprensivo frente a ella.

Francisco Eguiguren Praeli y Marcial Rubio, en un reciente ensayo, asumen que:

«[...] definir a la familia es muy importante [...] porque es un concepto *standard* que permite establecer obligaciones, derechos, límites, incompatibilidades, etc., entre las personas. Y en ello no puede seguirse un sólo criterio, como si uno solo existiera en el país, para organizar de manera semejante a todas las familias»¹⁸.

¹² CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruana*. Ediciones Studium, Lima, 1985 pp. 21 y 22.

¹³ MAYER, Enrique. "Repensando más allá de la familia nuclear". En: *Parentesco y matrimonio en los Andes*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. pp. 462 ss.

¹⁴ *El cuestionamiento de la familia*. Paidós, Buenos Aires, 1974.

¹⁵ COOPER, David. *La muerte de la familia*. Paidós, Buenos Aires, 1974.

¹⁶ LINTON, Ralph y otros. *La Historia Natural de la Familia*. Ediciones Península, Barcelona, año(?) pp. 43 ss.

¹⁷ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bosch, Barcelona, 1946. t. IV, vol. I, p. 2.

¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial y EGUIGUREN P. Francisco. "Violencia, coacción y legitimación en el Derecho". En: *Revista del Foro*. n° 1. Lima, 1985. pp. 84 - 101.

El segundo autor y Enrique Bernaldes admiten en otro lugar las dificultades para hallar un concepto. «En el fondo, esto es irresoluble desde el punto de vista teórico, porque el problema de “quién es familiar y quién no”, tiene tantas variantes personales y subjetivas que es prácticamente imposible, por no decir ilegítimo, pretender legislarlo igual para todos. En estos casos, el juez y el jurista deberán recurrir a una norma que iguale todos los casos, evaluando prudentemente las circunstancias»¹⁹.

Evidentemente, en un país como el Perú, caracterizado no tan hiperbólicamente por Macera de «exageración semántica» y al que los científicos sociales han denominado indistintamente «archipiélago cultural», «república inorgánica» o «dualista», «realidad fracturada», «medio desintegrado», «sociedad invertebrada», etc., cuyo pluralismo étnico, social, económico, lingüístico y cultural, lo distancia de cualquier simplificación, deviene impensable apreciar con el mismo rasero o connotación a la familia. Empero, urge al jurista abandonar la típica actitud contemplativa e indagar soluciones que pasen por el respeto de las peculiaridades y no por la integración forzada a la civilización occidental.

Las costumbres de los distintos grupos sociales merecen un reconocimiento explícito de obligatoriedad, aceptándolas como fuente formal de Derecho. No hacerlo y mantener el contenido de las normas legislativas pensadas para otros contextos «[...] equivale a una imposición sobre los actores sociales de cosmovisión distinta de la occidental porque [...] los conceptos de lo obligatorio o no obligatorio resultan distintos y, por tanto, al recoger el Derecho los correspondientes a los sectores occidentalizados, obliga a los sectores tradicionales a adecuarse a ideas que les son extrañas. Las consideraciones de estas diferencias llegan a aspectos muy profundos de la personalidad individual y de las apreciaciones grupales»²⁰.

La problemática abarca diversos aspectos, siendo los fundamentales del tratamiento legal:

a. Las formas en que se constituye una familia.

b. El régimen de bienes y sucesiones aplicable a la familia.

c. El concepto mismo²¹.

3.1. Formas de constitución de la familia

Si bien el matrimonio civil, el matrimonio religioso y las formas autóctonas y tradicionales son modos de constitución familiar socialmente reconocidos, exclusivamente el primero tiene eficacia jurídica. Las dos restantes, junto a las uniones de hecho voluntariamente no convertidas en matrimonio, siempre que reúnan ciertos requisitos como la estabilidad, la permanencia durante más de dos años y la carencia de impedimentos legales y persigan fines semejantes a los del matrimonio civil, no originan legalmente «familia»; lo que hacen es dar lugar a una sociedad de bienes equiparable en parte al régimen de la sociedad de gananciales.

El Código Civil etíope de 1960, redactado bajo el auspicio de David, reconoce tres clases de matrimonio: civil, religioso y consuetudinario (artículos 577-580). En el Perú muy bien pudo haberse seguido un criterio parecido, máxime cuando el artículo 5 de la Constitución Política de 1979 hablaba de «formas de matrimonio». Entre tanto, el conviviente supérstite carece de vocación hereditaria, no puede pretender la adjudicación de la casa-habitación ni el derecho de habitación vitalicia, no podrá representar en juicio al compañero ausente o incapaz. Tampoco tendrá derecho a alimentos, salvo en caso de ruptura unilateral y aun en esta circunstancia no podrá exigir la reparación del daño moral. Asimismo, los hijos de esa unión no son favorecidos con la antigua presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, o dicho de otro modo: «el hijo tenido por la mujer casada se reputa hijo del marido».

3.2. Régimen de bienes y herencias

Cabe preguntarse si las normas que regulan el régimen de bienes y el Derecho Sucesorio son socialmente correctas y deben ser aplicables a las familias campesinas²² y a muchas de las migrantes,

¹⁹ RUBIO CORREA, Marcial y BERNALDES, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda, Lima, 1983. p. 127.

²⁰ RUBIO, Marcial. "Costumbres y usos en el Código Civil". En: *Materiales de trabajo para el Magister en Derecho con mención en Derecho Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 139.

²¹ RUBIO y EGUIGUREN. "Violencia, coacción y legitimación en el Derecho", *Op. cit.* p. 87.

²² ARAMBURU, Carlos y PONCE ALEGRE, Ana. *Familia y Trabajo en el Perú rural*. Instituto Andino de Estudios de Población y Desarrollo, Lima, 1983.

portadoras de costumbres autóctonas y mezcladas intrincadamente en el medio urbano²³, cuando los recursos materiales y humanos destinados a las actividades productivas o comerciales, han sido proporcionados colectivamente por sus integrantes, sujetándose en la práctica a sus propios usos. Estudios recientes parecen desmentirlo. Es un terreno que el Derecho debe abordar replanteando los esquemas clásicos.

3.3. El concepto de familia

Sobre el concepto de la familia nos ocupamos al empezar el trabajo y en realidad su aproximación recorre el presente artículo. Vale la pena recurrir al Código Civil y a partir de un análisis horizontal, que en lo posible evite el Libro de Familia, encontrar en él los diferentes **niveles familiares**.

Hemos hallado seis niveles familiares, que glosamos con un propósito ejemplificativo. No pretendemos hacer de ellos los únicos, pues definitivamente hay muchos más. Estos niveles o formas familiares se infieren del texto, no aparecen explícitamente. Pasemos revista a algunos de ellos:

a) La familia constituida por los cónyuges y los hijos menores:

- Artículo 29: el cambio y edición de nombre alcanza al cónyuge y a los hijos menores; y,
- Artículo 244: necesidad del asentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos menores.

b) Familia conformada por los cónyuges, descendientes y ascendientes (Herederos forzosos):

- Artículo 58: derecho de asignación alimenticia por ausencia del obligado;
- Artículos 474 y 475: obligaciones alimentarias;
- Artículo 667: agraviados de tentativa o consumación de homicidio para excluir por indignidad de la sucesión; y,
- Artículo 724: quiénes son herederos forzosos.

c) Familia conformada por los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos:

- Artículo 13: derecho a decidir sobre necropsia, incineración y sepultura;
- Artículo 14: derecho a revelar intimidad personal y familiar; y,
- Artículo 15: sobre aprovechamiento de la imagen y la voz.

d) Familia compuesta por consanguíneos en línea recta, en línea colateral hasta el tercer grado; afines en línea recta, en línea colateral hasta el segundo grado. Excluyendo a los hermanos de la relación familiar:

- Artículo 242, incisos 1, 2, 3 y 4: impedimentos para contraer matrimonio; y,
- Artículo 274, incisos 4 y 5: nulidad del matrimonio.

e) Parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad:

- Artículo 107: imposibilidad de celebrar contratos con la Fundación;
- Artículo 215: intimidación como vicio de la voluntad;
- Artículo 705, inciso 7: impedimentos de testigos testamentarios parientes del Notario; y,
- Artículo 1367: Prohibición de adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública.

f) Comprende a los que habitan en la misma casa:

- Artículo 323: preferencia en la adjudicación al liquidarse la sociedad de gananciales; y,
- Artículo 481: objeto de patrimonio familiar.

El Código en otros casos dice simplemente «demás parientes» o «cualquier pariente» (artículo 558: obligación de los parientes para pedir la remoción del tutor; artículo 648: derecho a apelar las resoluciones del consejo de familia). No explica a qué grados de parentesco se refiere, por lo que debe convenirse que son todos los reconocidos por ley. Igualmente la expresión «heredero», sin distinguir el legal del forzoso, se utiliza a lo largo del Código. Por ejemplo, en los artículos 16, 816, 1705 -inciso 5-, 1749, 1787, 1804, 1843, 1844, 1928, 1929 y 2217. Examinaremos ahora las normas que fuera del Libro de Familia, utilizan el vocablo expresamente.

4. ANALISIS DEL ARTICULADO

Un Libro del Código, una sección (amparo familiar), dos capítulos (patrimonio familiar y consejo de familia), además de múltiples normas del Libro de Familia, utilizan el vocablo.

Fuera de aquellos, el término «familia» se utiliza en nueve artículos (VI del Título Preliminar; 14, 16, 705 -inciso 5-, 1028, 1275, 1722, 1984 y 2062), los mismos que expondremos a continuación.

²³ OSSIO ACUÑA, Juan y MEDINA GARCIA, Oswaldo. *Familia Campesina y Economía de Mercado*. CRECE, Lima, 1986.
AMAT Y LEON, Carlos. *La familia como unidad de trabajo*. Universidad del Pacífico, Lima, 1985.

4.1. Artículo VI del Título Preliminar

«Artículo VI.- Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley».

El artículo establece un principio de legitimación procesal. El interés material, susceptible de apreciación monetaria, concierne únicamente al que percibe las utilidades o a quien sufre el menoscabo patrimonial, por lo que nos hallamos ante un interés esencialmente personal. El interés moral, en cambio, atribuye la facultad de recurrir a los órganos jurisdiccionales al agente y a su familia.

¿Por qué no se consagra que el interés económico autorice el ejercicio de la acción no sólo al directo interesado, sino también a su familia?, ¿Por qué utilizar el adverbio «sólo», limitante del derecho de acción? Podemos ensayar algunas respuestas. Para Radbruch²⁴, es en el procedimiento civil donde con más fuerza se destaca el individualismo en Derecho, y este artículo es un resabio del pensamiento jurídico liberal; inclusive pareciera que el interés particular está por encima del interés familiar y encima del propio interés social. Nada obsta para que la familia tenga interés económico y es lo común, lo raro sería que se despreocupe. No hay razón entonces, para que se le recorte el acceso a la administración de justicia por carecer supuestamente de interés económico, cuando realmente es lo que más le atañe.

La última parte del artículo VI: «salvo disposición expresa de la ley», importa que excepcionalmente la familia puede tener interés económico y al mismo tiempo que en ciertos casos carecerá de interés moral, que paradójicamente -para un sector de la doctrina- suele ser *intuitu personae*.

Despierta controversia la extensión de la palabra «familia». Según José León Barandiarán:

«Debe entenderse aquí familia en el sentido propio y adecuado del término. Se trata de los parientes, desde luego, por vinculación de cognación,

como fundamentalmente son los ascendientes y descendientes, más también el vínculo uxorio. No debe considerarse el parentesco por afinidad»²⁵.

Marcial Rubio plantea una opinión divergente, entendiendo por familia:

«[...] indiscutiblemente [...] la relación de parentesco en línea recta, y dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, pero nada impide que el juez extienda interpretativamente el concepto a otros sujetos más allá de dichos límites, en función de las costumbres o las consideraciones culturales de quienes actúan [...]»²⁶.

Hubiera sido deseable que el Código permitiera al juzgador, evaluar el interés económico o moral de la familia, en función a la naturaleza del conflicto. Esta propuesta fue alcanzada por la Comisión Reformadora en los sucesivos proyectos:

«En lo que concierne a la familia del agente, la legitimidad de obrar se apreciará por el juez según las circunstancias del caso»²⁷.

4.2. Artículo 14 del Código Civil

«Artículo 14.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden».

Esta norma contiene dos nociones paralelas: la familia y el parentesco.

Si en la esfera de la familia se incorporasen a los colaterales en tercer y cuarto grado y a los afines, el objeto de custodia legal abarcaría mayor número de relaciones, pero parece no ser éste el propósito del legislador; dado que la potestad de asentir para revelar la intimidad privada, a la muerte del perjudicado, solamente la confiere a los herederos forzosos y a un heredero legal: su hermano.

El orden de exclusión corresponde a la imagen de familia moderna. Basta que existan cónyuges para

²⁴ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1951. pp. 158, 159.

²⁵ BARANDIARAN, José León. *Curso Elemental de Derecho Civil peruano*. 2ª ed. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1973. p. 47.

²⁶ RUBIO, Marcial. "El interés subjetivo en el Código". En: *Materiales ...*, Op. cit. p. 204.

²⁷ "Antecedentes legislativos y comparación con el Código de 1936". En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentario*. Avanzada, Lima, pp. 5, 6.

que haya familia; descendientes, ascendientes y hermanos siguen en importancia.

La última parte del artículo ha sido defectuosamente redactada. Al usarse la conjunción disyuntiva «o» y no la conjunción copulativa «y», fijando al mismo tiempo un orden de exclusión, no queda claro si los ascendientes y hermanos se hallan en idéntica situación o si los ascendientes postergan a los hermanos.

En este caso típico de interés moral, el conviviente de aquél cuya intimidad personal y familiar se busca proteger, adolece de falta de capacidad para asentir u oponerse. De manera tal que el ofensor podría argüir que con la revelación de incidentes de una relación concubinaria no lesiona la intimidad de la vida familiar; interpretación no necesariamente exagerada si recordamos que las uniones de hecho formalmente no constituyen familia.

4.3. Artículo 16

«Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor, y en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte».

De la lectura del artículo surgen tres cuestiones. ¿Qué debe entenderse por intimidad de la vida familiar, memorias familiares y herederos?

En cuanto a la intimidad familiar podemos formular las mismas apreciaciones que las hechas en razón del artículo 14, aunque aquí no aparece el orden preferente permitiendo una interpretación más extensiva y flexible del término «familia»

pudiendo incluirse a los colaterales y herederos legales en general. Nos parece absurdo preterir a los afines. Ellos, como se hallan estrechamente vinculados a los parientes consanguíneos, acostumbra ser protagonistas de las alegrías, sufrimientos y miserias: actores o atentos testigos de los secretos familiares. Hablando de nuestros consanguíneos, aludimos de una forma u otra a nuestros afines. Apoya el argumento la no extinción de la afinidad por disolución del matrimonio, conforme lo estipula el artículo 247 del Código Civil.

Las memorias familiares consistirían en referencias a episodios reales sucedidos a nuestros parientes, pero se utiliza el término en un sentido usual, no técnico, infiriéndose entonces, que cabe una interpretación extensiva, que contingentemente podría ampliarse si un pariente lejanísimo ha alcanzado gloria o fama.

Pensamos que se hace referencia a los herederos legales. Además no basta tener vocación hereditaria, sino es preciso haber sido declarado judicialmente tal. Carlos Fernández Sessarego se inclina por esta posición:

«La expresión “herederos” no se utiliza en el numeral propuesto dentro de su amplia significación, es decir como la de aquellos titulares de un derecho sucesorio desde el instante mismo de la muerte del causante. Dicho término se reserva, en este caso, para las personas cuyo derecho sucesorio ha sido legalmente reconocido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. El derecho considerado en el artículo 16, contrariamente a lo que ocurre en los casos previstos en los artículos 19, 13, 14 del Código, sólo se ejercita por los herederos declarados ya que no se trata un asunto en el cual, en términos generales, se requiera actuar con celeridad»²⁸.

El Código no distingue entre herederos forzosos o legales, como tampoco entre testamentarios o *ab-intestatos*.

El Proyecto de la Comisión Reformadora garantiza al agraviado y a sus herederos la acción para la cesación de los actos lesivos y la reparación de los daños y perjuicios; en tanto que la Comisión Revisora suprimió ésta última parte²⁹.

²⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Studium, Lima, 1986 p. 64.

²⁹ *Ibidem*. p. 17-18.

4.4. Artículo 705 inciso 5

«Artículo 705, inciso 5.- Están impedidos de ser testigos testamentarios: [...] Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior» (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos y legatarios).

Nuevamente el Código excluye a los parientes colaterales consanguíneos en tercer grado y cuarto grado y a todos los afines. Parece ser que los herederos forzosos se confunden, salvo por lo de hermanos, con la idea de familia.

El artículo bajo comentario al remitirse a la norma que lo precede, erróneamente considera al cónyuge del testador sujeto a una «relación familiar», siendo que el vínculo nace del matrimonio.

Rómulo Lannatta Guilhem, comentando el precepto, señala:

«La norma de este inciso es nueva en nuestro Derecho porque el Código del '36 no señala incompatibilidad alguna para que concurren como testigos testamentarios los familiares de testador. En este inciso se incluye aun cuando no sean sus herederos o legatarios a las personas que tienen con el testador los vínculos familiares indicados en el inciso anterior»³⁰.

El inciso anterior, esto es, el inciso 4 del artículo 705, establece el impedimento para ser testigo testamentario a los herederos y legatarios y a sus cónyuges, ascendientes y hermanos. Cabe tomar nota que el Código de 1984 en el artículo 691 inciso 4 sancionaba el impedimento no sólo a los parientes aludidos por el nuevo Código sino también a los ligados por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo. Percibimos entonces una tendencia reduccionista de la familia; incluso el conviviente del heredero o legatario no se halla impedido de ser testigo testamentario.

4.5. Artículo 1028

«Artículo 1028.- Los derechos de uso y habitación

se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta».

A diferencia de otros códigos como el argentino (artículo 2953), el artículo 1028 de nuestro Código no fija el ámbito familiar. Lucrecia Maisch Von Humboldt es de la opinión que las personas que están al servicio del usuario o habitador forman parte de la familia³¹. Agrega que es el propósito del artículo 245 de la Ponencia del Libro de Familia. En realidad, no hemos hallado en ninguno de los textos de la Comisión Reformadora esta concepción.

Dado que los derechos de uso y habitación tienen como finalidad la protección económica de la familia, sin duda, es factible practicar una interpretación amplia. No olvidemos que son instituciones precapitalistas elaboradas cuando se concebía a la familia como una agrupación vasta, sirvientes incluidos.

4.6. Artículo 1275

«Artículo 1275.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar».

El segundo párrafo fue escogido del artículo 1895 del Código mexicano: quien paga para la realización de un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres tiene derecho a repetir el 50%, el resto es recibido por una Beneficencia Pública.

«De este modo se evita que lo pagado para lograr cualquiera de los propósitos (inmorales o ilícitos) quede en poder de quien lo recibió, pues ello resentiría seriamente a la moral y a la justicia»³².

No se plantea aquí el problema de los parámetros familiares; más bien se nombra a una institución que procura el bienestar de la familia y que puede ser pública o privada; verbigracia, el INABIF o la Fundación por los Niños del Perú.

³⁰ LANATTA GUILHEM, Rómulo. "Exposición de motivos y comentarios al Libro de Sucesiones". En: REVOREDO, Delia (Compiladora). *Código Civil... Op. cit.*

³¹ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. "Exposición de motivos y comentarios al Libro de Derechos Reales". En: REVOREDO, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. parte III, t. V, p. 227.*

³² OSTERLING PARODI, Felipe. "Exposición de motivos y comentarios al Libro de las Obligaciones". En: REVOREDO, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. parte III, t. V, pp. 415-416.*

4.7. Artículo 1984

«Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia».

El Código derogado prescribía en el artículo 1148 que, al calcularse la indemnización, el juez puede considerar el daño moral irrogado a la víctima. José León Barandiarán reclamaba lo injustificado de la omisión de la familia como entidad pasible de sufrir menoscabo material o daño moral que merecerían ser indemnizados³³. El Anteproyecto y el Proyecto de la Comisión Reformadora en los artículos 18 y 2045, respectivamente, no consideraban a la familia como sujeto capaz de sufrir daño moral. Al final primó la sugerencia de León Barandiarán.

El daño moral es una subespecie del interés moral. Luego, si el interés incumbe a la familia, ¿por qué no podría sufrir daño moral y por ende ser indemnizada? La contradicción ha sido superada.

Continúa sin resolverse el ámbito de la familia. La controversia es permanente en este punto. Consideramos que debe entenderse como tal a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y afines dentro del segundo grado. Es mejor ensanchar la tutela de protección que limitarla. El Derecho como ordenador social y cuyo fin supremo es la Justicia, manifiesta una clara tendencia, que se percibe en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, en reconocer a otras instancias distintas del individuo, la calidad del sujetos de derechos y de obligaciones.

La unión de hecho que reúna los requisitos de ley, apelando a la equidad podría ser considerada familia, pese a las limitaciones positivas. Función que compete a los jueces, quienes por su inmovilismo fueron llamados por Ripert conservadores. Ojalá que no sea el caso del Perú.

4.8. Artículo 2062

«Artículo 2062.- Los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales, o a las relaciones familiares, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1. Cuando el Derecho peruano es el aplicable, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado, para regir el asunto.

2. Cuando las partes se someten expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República».

Por «relaciones familiares» se conocen dos acepciones. Una estricta y otra extensiva. La primera significa las relaciones producidas por el matrimonio, la filiación y la adopción, por ser fuentes de parentesco. La segunda involucra todo el Derecho de Familia por hallarse justamente formado por relaciones que no son otras que las familiares.

El problema de la esfera familiar no se aparece en forma directa, pues estamos ante la aplicación de normas ya dadas.

4.9. Artículo 1722

«Artículo 1722.- La responsabilidad del hospedante por la custodia de los bienes depositados o introducidos se extiende a los actos u omisiones de los familiares que trabajan con él y a sus dependientes».

La norma relaciona la familia con el trabajo, dando lugar a una amplia interpretación, que eventualmente puede ir más allá que los límites de la legislación positiva, según la pertenencia cultural de los sujetos involucrados.

5. CONCLUSIONES

1. Para el mundo occidental es válida la afirmación de Enneccerus: la historia de la familia es la historia de su descomposición.

2. En síntesis, los juristas admiten dos acepciones de familia: la extendida que se confunde con el parentesco y la restringida que es la familia conyugal. Ambas fundadas en el matrimonio.

3. El Perú no es una Nación articulada y uniforme, por lo que no puede válidamente imponerse por decreto un modelo familiar. Hacerlo importa perpetrar violencia institucionalizada a vastos sectores sociales.

4. Es preciso otorgar carta de ciudadanía y recono-

³³ LEÓN BARANDIARAN, José *Curso del Acto Jurídico*. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1983, p. 75.

cer explícitamente a la costumbre como fuente formal del Derecho.

5. El Código Civil cuando quiere referirse a familiares alude a parientes, herederos o los señala taxativamente. No sigue un solo criterio.

6. Hemos hallado seis niveles familiares en el Código. Persistiendo en la búsqueda, especialmente en el Libro de Familia -que parcialmente ha sido obviado- definitivamente encontraremos más.

7. Prescindiendo del Libro de Familia, una sección (Amparo familiar), y dos capítulos de aquél (Patrimonio familiar y Consejo de familia); el Código usa la expresión «familia» en nueve ocasiones.

8. El término bajo comentario está presente en los artículos VI del Título Preliminar, 14, 16, 705 -inciso 5-, 1028, 1275, 1722, 1984 y 2062.

El problema del ámbito familiar está ausente en los artículos 705 -inciso 5-, 1275 y 2062, subsistiendo en los restantes.

9. El vocablo «familia» es plurisignificante no sólo desde una perspectiva legal, sino también cultural, ya que los receptores de la norma pertenecen a épocas, lugares y clases sociales distintas.

10. La equidad debe servir al juez ante el problema de la esfera familiar, prefiriendo una interpretación extensiva a una restrictiva.