

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO FAMILIAR PERUANO

Dr. Fernando Vidal Ramírez

*Abogado, docente de la Facultad de Derecho, UNIFÉ.
Secretario de la Academia Peruana de Derecho.*

La familia es el grupo natural por excelencia, entendiendo "lo natural" como los vínculos que le dan origen y que después se complementan en base a factores sentimentales, religiosos, morales y jurídicos, todos los cuales influyen en su delimitación y ámbito conceptual. Su origen se remonta a los albores de la humanidad y su evolución, a lo largo de los siglos, la ha ido insertando en preceptos jurídicos, cuya sistematización conforma el Derecho de Familia incorporada a la codificación civil.

En su significado semántico, el Diccionario de la Real Academia Española de Lengua le atribuye, como principal acepción, la de ser un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, de la que deriva el sentido de sus demás acepciones. Jurídicamente, se le atribuye el mismo significado con el agregado del sentido que resulta de su organización y conformación.

La significación etimológica de la familia no es definitoria, pues se hace derivar del vocablo *fames*, que significa **hambre**, lo que sería indicativo que el grupo doméstico se forma para satisfacer esta necesidad primaria. Pero también se le hace derivar de *famulus*, **siervo**, lo que explica la inclusión en el grupo familiar de miembros servilmente sometidos. Por ello, nos parece que la primera significación etimológica tiene mucha mayor proximidad al origen de la familia, aunque no es suficiente para conceptualizarla.

El origen de la familia se pierde en la oscuridad de los tiempos, salvo su origen bíblico que, según el Génesis, es concomitante con el de la raza humana iniciada por Adán y Eva. Pero independientemente de las vicisitudes de la pareja bíblica, el ser humano es, esencialmente, un ser social pues necesita de una vida de relación. Esta sociabilidad natural le genera relaciones diversas de distinta índole y hace que el hombre y la mujer se unan con fines genésicos, y formar e integrar el grupo que viene a ser la familia.

El emparejamiento del hombre y la mujer es el ori-

gen de la familia y el de su regulación jurídica, cuyo antecedente se remonta a la organización de la familia en Roma, con su, a su vez, antecedente en Grecia, que son también los de los orígenes de la familia peruana, aunque ésta como reflejo y proyección de la española, de un lado y, de otro, de sus raíces autóctonas.

Tomando los antecedentes de Grecia para la organización de la familia romana son diversos los elementos constitutivos de la familia en la antigüedad griega. Fustel de Coulanges¹, por ejemplo, ha escrito que el principio de la familia antigua no se halla en la generación exclusivamente ni tampoco en el afecto natural sino en la religión, en el culto religioso del hogar y de los antepasados. "La mujer -ha escrito- no figurará verdaderamente en ella hasta que la ceremonia sagrada del casamiento la haya iniciado en el culto; que el hijo tampoco figurará si ha renunciado al culto o se ha emancipado; que el adoptado será, en cambio, un verdadero hijo, porque si no tiene el vínculo de la sangre poseerá algo mejor: la comunidad del culto; que el legatario que se niegue a adoptar el culto de la familia no disfrutará de la sucesión; en fin, que el parentesco y el derecho de herencia se regularán, no por el nacimiento, sino según los derechos de participación en el culto, tal como la religión los ha establecido. Sin duda -concluye- la religión no ha creado la familia, pero seguramente es ella quien le ha dado sus reglas, y de ahí que la familia antigua haya recibido una constitución tan diferente de la que hubiese tenido si únicamente los sentimientos naturales la hubiesen fundado".

Tomando, entonces, la religión como base constitutiva de la familia, la primera institución que estableció la religión doméstica fue el matrimonio, que integraba a la mujer al grupo familiar del marido. Como ha escrito Fustel de Coulanges, la mujer soltera asistía a los actos religiosos de su padre; casada, a los de su marido.

Pero, fue en Roma donde la organización jurídica de la familia se plasma, aunque sin dar lugar a la formación de una normatividad autónoma como la que se

1. *La Ciudad Antigua*. EMECE. Buenos Aires, 1951.

atribuye a los glosadores, en cuanto al delineamiento del Derecho de Familia. Por eso, luego del fenómeno de la recepción del Derecho Romano, la organización romanescas no pervive en su conjunto sino en sus instituciones jurídicas receptadas en la codificación civil y sistematizadas en el Derecho de Familia.

La nota característica de la familia romana fue el sometimiento de todos sus miembros a la autoridad del *paterfamilias*, que gozaba de un poder absoluto, de un *manus*, sobre las personas sometidas a su autoridad, que lo mantenía hasta su muerte. Era el que realizaba, la *sacra privata*, el culto a los dioses domésticos. La mujer, como madre, era una *in manus*, sin poder alguno, dentro del grupo familiar y mantenía una situación similar a la de una hija.

El *paterfamilias* y las personas sometidas a su *manus* estaban unidas por el parentesco. Se distinguía el parentesco natural o *cognatio* y el parentesco civil o *agnatio*. La *agnatio* era el parentesco fundado en la autoridad paterna y lo formaban los descendientes nacidos de un matrimonio legítimo y los introducidos al grupo por medio distinto al *iustae nuptias*. La *cognatio* era el parentesco fundado en la descendencia de un tronco común, pero sin que los cognados formaran parte de la familia civil, aunque estaban bajo la autoridad del *paterfamilias*.

La potestad paterna tenía por fuente principal el matrimonio, que se celebraba entre *connubios*, que eran los capaces para celebrarlo conforme a las reglas del *Ius Civile* y cuyos hijos eran agnados. Pero, además de la *iustae nuptias*, se reconocieron uniones de hecho, como el concubinato, que era la unión del ciudadano con una mujer de distinta condición y con la que no podía contraer matrimonio y cuyos hijos eran cognados; el matrimonio *sine connubio*, que era la unión de un ciudadano con una peregrina, sin capacidad para celebrarlo conforme a las reglas del *Ius Civile*, y cuyos hijos eran también cognados; y el *contubernio*, que era la unión con una esclava, que no producía efectos civiles y cuyos hijos seguían la condición de la madre alcanzando un parentesco de cognación especial, la *cognatio servilis*.

El matrimonio y las uniones de hecho generaban el parentesco, que podía ser agnaticio y cognaticio. El parentesco agnaticio comprendía a los hijos o hijas nacidas de *iustae nuptias* y a los incorporados mediante la *adoptio*, la adopción. El parentesco cognaticio comprendía a los hijos y demás descendientes de un tronco común, que

formaban la familia natural, no la civil, pues para formar ésta debían ser agnados. Se reconocía, además, la relación de afinidad, que no era de parentesco, y que era la que se generaba de los familiares de los cónyuges.

El acceso a la familia, por lo expuesto, tenía un modo natural que era el nacimiento. Si el *natus* había sido procreado en *iustae nuptias*, por individuo varón de la familia, fuera *pater* o *filius*, era un *iustus* o *legitimi agnado*; si lo era fuera de matrimonio era un *non iusti* o *spuri cognado*, pero que, si había nacido de concubinato, podía llegar a ser *agnado* si el *paterfamilias* lo legitimaba.

La adopción era también un modo de acceder a la familia. Por la *adoptio*, cuando era plena, el adoptado se desligaba completamente de su familia originaria y se relacionaba al *paterfamilias* como si hubiera sido procreado en *iustae nuptias*. La *adoptio minus* plena no desligaba al adoptado de su familia originaria pero le reconocía vocación hereditaria respecto del patrimonio del adoptante, por lo que, no confirmando patria potestad, las mujeres podían adoptar bajo esta modalidad. Este modo de acceder a la familia evolucionó en las diversas etapas del Derecho Romano y hay aspectos sobre las cuales los romanistas no tienen iguales pareceres, pues lo vinculan con la *adrogatio*, que para algunos era la absorción de una familia por otra², y otros autores la explican como una modalidad de la *adoptio*³.

Adicionalmente, existieron otros modos de acceso a la familia que no son antecedentes del Derecho de Familia en el Perú.

La autoridad del *paterfamilias*, su *manus*, comprendía su potestad sobre la mujer, el *manus maritalis* o *potestas maritalis*, y sobre los hijos, la *patria potestas*. Además, ejercía un poder soberano y absoluto sobre todos los demás miembros del grupo familiar.

La *patria potestas* era un poder tan absoluto que los hijos no podían ejercer derecho alguno sobre el *pater*, ni aún a los alimentos. Los hijos, mientras estaban bajo la autoridad del padre eran *alieni iuris*, pues él era el único *sui iuris*. Sólo a su muerte, los hijos se convertían en *sui iuris* y, si ya habían procreado, devenían en *paterfamilias*.

Pero, si al morir el *paterfamilias* sus hijos eran aún impúberes, ellos y la cónyuge quedaban sujetos a la autoridad de un tutor.

2. Vide, IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ariel. Madrid, 1983, págs. 554 y siguientes.

3. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Selectas. México, 1982, págs. 113 y siguientes.

Producida la recepción del Derecho Romano mediante su admisión y penetración en los ordenamientos jurídicos europeos, la obra de los glosadores, particularmente la de los postglosadores, lo difunde en las comunidades europeas, especialmente en las que siglos más tarde serían Alemania, Francia y España, pero sin que formara un ordenamiento en base a lo irradiado, pues existían los *Ius Propium* de los diversos reinos, ciudades y organizaciones políticas en general.

Fue así que el Derecho Hispano recibió el Derecho Romano pero sin que el fenómeno desviara su trayectoria histórica. El Derecho de la España primitiva fue de características muy variadas y cada pueblo de la península tenía formado su propio Derecho, mantenido después de la dominación romana, pues, sus autoridades respetaron las formas de vida autóctonas en la medida que no constituyeran obstáculo para la dependencia política y administrativa de la metrópoli. A la dominación romana siguió la visigoda y a ésta la árabe, las que, como la anterior, no afectaron el proceso histórico de la formación del *Ius Propium* de los pueblos ibéricos invadidos.

En el proceso histórico resumidamente descrito no puede dejar de mencionarse la formación de un *Ius Propium* en lo que vendría a ser la América Hispana, particularmente el Virreynato del Perú, en el que se yuxtapone a lo autóctono el Derecho Peninsular.

Como bien ha escrito Jorge Basadre⁴, no es posible estudiar las culturas pre-incaicas desde el punto de vista jurídico dada la inexistencia de fuentes y testimonios escritos. Pero la imposibilidad de este estudio no obsta a la afirmación de que cada cultura tuvo su *Ius Propium*, el cual indudablemente, generó y sirvió de antecedente al Derecho Incaico, pues muchas de sus instituciones han pervivido, como es el caso del *ayllu* como núcleo social y organización familiar.

El Derecho Incaico, que corresponde a la dominación del Imperio del Tahuantinsuyo sobre el territorio que abarcaría el Virreynato del Perú, y que luego de la ruptura con la metrópoli española en gran parte vino a ser el territorio del Perú republicano, careció también de textos que, directa y expresamente, permitieran conocer las leyes por lo que sólo pueden utilizarse fuentes indirectas, especialmente la de los Cronistas de la Conquista.

Los historiadores del Derecho Peruano, en base a los testimonios de los cronistas, han podido estudiar la familia incaica⁵.

La organización de la familia se basaba en el matrimonio, que era monogámico para el común de los súbditos y poligámico para la nobleza, a la que el Inca les hacía esta distinción. El Inca practicaba una poligamia ilimitada pues podía tomar por mujer a todas las que quisiera y tener relaciones con sus hermanas, de cuya unión debía nacer su heredero.

El matrimonio en el común de los súbditos estaba precedido del *servinakuy*, que era un matrimonio de prueba, pues varón y mujer se unían en convivencia por cierto tiempo, compartiendo lecho y trabajo. Si la convivencia era satisfactoria el matrimonio se tornaba definitivo o, en caso contrario, la mujer se reincorporaba a su grupo familiar, mediando acuerdo en cuanto a la tenencia de los hijos. El *servinakuy*, en la actualidad, se sigue practicando en apartadas comunidades campesinas de los Andes.

Los hijos no se diferenciaban por su legitimidad o ilegitimidad aunque el mayor era el que recibía mayores beneficios hereditarios. Pero, los hijos del Inca sí eran objeto de diferencias, considerándose de tres clases: los tenidos en su mujer legítima, que debía ser una de sus hermanas o, en su defecto, la pariente más cercana, y que eran los hijos legítimos llamados a sucederlo; los tenidos en parientes de sangre, que eran también legítimos y que podían recibir cargos de confianza; y los tenidos en mujeres que no eran de sangre real y a los que no se les debía la sumisión que se prodigaba a los legítimos.

La familia, salvo la de la nobleza, se caracterizaba por su autarquía, pues debía formar una colectividad que debía bastarse a sí misma. Esta colectividad venía a formar el *ayllu* que, al igual que el *servinakuy*, subsiste hasta nuestros días en las comunidades campesinas de los Andes.

Producida la caída del Imperio Incaico, con la conquista española se inició la influencia del Derecho Hispano, particularmente el de Castilla y, con ella, la del Derecho Romano receptado en el Derecho Castellano. El Derecho Hispano se yuxtapuso al autóctono, originándose el Derecho Indiano, como un Derecho mestizo, constituido en su mayor parte por las normas dicta-

4. Vide, *Historia del Derecho Peruano*. Studium. Lima, 1988 y *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*. Edigraf. Lima.

5. Vide, VARGAS, Javier. *Matrimonio, Familia y Propiedad en el Imperio Incaico*. Cultural Ed. Lima, 1988.

das desde la metrópoli y también por las consuetudinarias de los territorios conquistados.

Los españoles y sus descendientes radicados en el Perú organizaron a la familia a la manera castellana en virtud de las instituciones básicas trasplantadas del Derecho Hispano, organización familiar que en alguna medida adoptó la población autóctona radicada en las ciudades, mas no la que se mantuvo alejada en sus comunidades andinas que mantuvieron sus costumbres ancestrales de las cuales han pervivido, como ya hemos indicado, el servinakuy y el ayllu.

Advenida la República, se dio formación a un ordenamiento legal sobre las bases de la legislación indiana, hasta que las ideas de los precursores y redactores del Código Napoleón determinaran que el Perú entrara a la era de la codificación civil. Sin embargo, buena parte de la población organizada en comunidades campesinas y nativas yuxtapuso su Derecho Consuetudinario y hasta le dio prevalencia.

El Perú, en lo que lleva de vida republicana, ha tenido 3 códigos civiles con una vigencia real y efectiva: el de 1852, el de 1936 y el actualmente en vigor desde 1984, por lo que no vamos a considerar los intentos de codificación ni los que tuvieron una vigencia fugaz, como el Código de la Confederación Peruano-Boliviana (1836-1839).

El Código Civil de 1852⁶, siguiendo el modelo napoleónico, no se ocupó de la familia en un libro especial como lo han hecho los códigos que lo sucedieron. Legisló sobre el matrimonio, al que le dio carácter perpetuo e indisoluble, pues el vínculo conyugal sólo se extinguía por la muerte de uno de los cónyuges, debía celebrarse conforme a los cánones del Concilio de Trento (pues sólo a partir de 1897 se autorizó el matrimonio de los no católicos y a partir de 1930 se estableció la obligación de contraerlo ante autoridad civil), y producía parentesco de afinidad. La mujer quedaba sujeta a la autoridad del marido, quien además era el administrador de los bienes pudiendo enajenarlos, salvo los parafernales, que eran los que la mujer llevaba al matrimonio. A los hijos los distinguía en legítimos e ilegítimos, según hubieran nacido de matrimonio, haciendo de estos últimos una clasificación infamante, pu-

diendo ser legitimados únicamente los naturales, estos, los nacidos de padres sin impedimento para contraer matrimonio. Legisló también sobre la adopción y la emancipación. La patria potestad se la reconoció a ambos padres pero precisando que los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos estaban sujetos a la autoridad del padre y sólo en defecto de éste, de la madre⁷.

El Código Civil de 1936⁸ le dedicó un Libro Especial -el Segundo- a la familia. Legisló también sobre el matrimonio, el que desde 1930 para tener efectos civiles, como acabamos de indicar, debía celebrarse ante autoridad civil, sustrayéndole el carácter de perpetuo e indisoluble. La autoridad del marido quedó limitada por el consentimiento de la mujer, pudiendo ambos representar a la sociedad conyugal, en la que podían haber bienes propios de cada cónyuge, los reservados de la mujer y los dotales, así como bienes comunes, todos los cuales formaban una sociedad de ganaciales, siendo el marido el administrador de los bienes comunes y requiriendo de la intervención de la mujer para enajenarlos o gravarlos. Reguló las relaciones de parentesco, reconociendo el consanguíneo en la línea recta y en la colateral, limitando en ésta hasta el cuarto grado, así como el parentesco de afinidad hasta el segundo grado y el que se establece entre el adoptante y el adoptado. A los hijos los distinguió en legítimos o ilegítimos, según hubieran o no nacido dentro de matrimonio, limitando su vocación hereditaria a la mitad si concurrían con hijos legítimos, salvo que hubieran sido legitimados. La adopción otorgaba al adoptado la calidad de hijo legítimo, permitiendo la adopción menos plena cuando se limitaba sólo a la alimentación y educación del adoptado. La patria potestad se la reconoció a ambos padres, pero prevaleciendo la opinión del padre en caso de disenso⁹.

El Código Civil de 1984¹⁰ ha dedicado también un Libro especial -el Tercero- al régimen legal de la familia.

Legisla, al igual que los anteriores, sobre el matrimonio, respecto del cual declara que el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, pudiendo cualquiera de los dos representar a la sociedad conyugal. En

6. Código Civil. Anotado y Concordado por Miguel Antonio de la Lama. Lib. e Imp. Gil. Lima, 1905.

7. Vide. ARANÍBAR FERNÁNDEZ DÁVILA, Gabriela. Su Estudio sobre la Familia. En: *Instituciones del Derecho Civil Peruano* (Visión Histórica) T.III. UNIFE. Lima, 1996.

8. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios por Fernando Guzmán Ferrer. Cultural Cuzco Ed. Lima, 1982.

9. Vide. VALVERDE, Emilio F. *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. Lima, 1942.

10. Código Civil. Edición Oficial. Ministerio de Justicia. Lima, 1984.

cuanto al régimen de los bienes, ha establecido el de la sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios, pudiendo los cónyuges optar voluntariamente por uno o por otro. En la sociedad de gananciales pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes, no habiendo mantenido la condición de bienes reservados. Cada cónyuge tiene la administración y la libre enajenación y gravamen de sus bienes propios, correspondiendo a ambos cónyuges la administración de los bienes comunes y para disponerlos o gravarlos deben intervenir también ambos. En el régimen de separación de patrimonios cada cónyuge tiene la administración y disposición de los suyos, pudiéndose otorgar poder de representación.

Las uniones de hecho han sido reconocidas, pero sólo entre varón y mujer, y no generan vínculo de parentesco. Si la unión es libre de impedimento para contraer matrimonio, el régimen de sus bienes se sujeta al de la sociedad de gananciales. Si la unión tiene impedimento matrimonial, le concede al varón o a la mujer, según el caso, la acción por enriquecimiento indebido.

Las relaciones de parentesco las regula considerando el parentesco consanguíneo de manera ilimitada en la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral. El parentesco de afinidad lo regula indicando que cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad, sin que se extinga por la disolución del matrimonio y manteniendo subsistente la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge. El parentesco por adopción genera una relación filial entre adoptante y adoptado.

Los hijos tienen iguales derechos, distinguiendo la filiación en matrimonial y extramatrimonial. Reconoce sólo la adopción plena, confiriéndole al adoptado la condición de hijo, quien deja de pertenecer a su familia consanguínea. No ha mantenido la institución de la legitimación.

La patria potestad la legisla como un derecho y un deber de los padres, correspondiendo su ejercicio a ambos en el caso de la filiación matrimonial. En el caso de la filiación extramatrimonial corresponde al padre o a la madre que ha dado su reconocimiento al hijo y, si ambos lo han reconocido, si viven juntos ambos pueden ejercerlas; si viven separados corresponde determinarla al órgano jurisdiccional competente¹¹.

La sistematización del régimen legal de la familia peruana está, pues, incorporada a la codificación civil y configura el Derecho de Familia como rama del Derecho Civil, pero sin que la autonomía de la voluntad privada pueda alterar las relaciones familiares reguladas por la ley. Sin embargo, como acota Cornejo Chavez¹², el Legislador puede, en nombre del interés colectivo, gobernar las relaciones familiares en el sentido que juzgue conveniente pero en tanto no atropelle aquellos derechos ni traspase los límites señalados por la naturaleza a tales relaciones, por lo que no puede prohibir la relación sexual entre el marido y la mujer o desconocer su derecho a la procreación, porque fundar una familia constituye un derecho fundamental de la persona, un derecho humano, precisamos nosotros.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada ha generado dudas de si el Derecho de Familia forma parte del Derecho Privado o es un Derecho de naturaleza especial y desprendido del Derecho Civil. Nuestra opinión es que el Derecho de Familia no es, ni puede llegar a ser, un Derecho Público, sino que sus normas son tan sólo de orden público, las que no lo sustraen del *Ius Privatum*.

Como lo hemos advertido, la pervivencia de instituciones ancestrales y de normas consuetudinarias que regulan las uniones de varón y mujer y sus relaciones con sus hijos en las comunidades campesinas y nativas existentes en los Andes y en la Amazonía, ajenas a la normativa del Código Civil, determinan la existencia de un Derecho paralelo y, con él, de un concepto de familia, en sus relaciones personales y patrimoniales, difícil de delimitar en razón de una diversidad étnica, social, económica, lingüística y cultural.

El tratamiento jurídico de la familia en el Perú implica, entonces, no considerar únicamente a la población que ha recibido la cultura occidental y la formación cristiana, como ocurre con el Derecho de Familia sistematizado en el Código Civil, sino en la incorporación de las normas consuetudinarias que regulan la vida familiar en las comunidades campesinas y nativas ajenas a la cultura occidental y cristiana. Esta incorporación supone, obviamente, la de normas de remisión que permitan la aplicación de las costumbres, hasta que las *contra legem* no puedan ya ser invocadas como consecuencia de la culturización, esto es, de la absorción de las comunidades campesinas y nativas a la cultura occidental y cristiana.

11. Vide, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano* (2 tomos) Gaceta Jurídica. Lima. 1998.

12. Ibidem, T.I. pág. 24