

EL BICENTENARIO Y EL DERECHO

Benjamín Aguilar Llanos

Introducción

Nadie imaginó recibir el bicentenario como lo hemos recibido. Factores externos e internos ayudaron a que la emblemática fecha transcurriera como si fuera un 28 de julio más; incluso, ni siquiera hubo desfile militar para el pueblo, que es el que con mayor felicidad gozaba de él, porque le permitía vivir un día especial de la familia, como solía suceder. El bicentenario coincidió con un cambio de gobierno inesperado, inusual, sorpresivo y, para muchos, inconveniente; ello generó desconcierto e incertidumbre que hasta ahora se mantienen en la población, porque nadie puede discutir que estamos ante un gobierno improvisado.

Los analistas políticos —llamados especialistas, en este caso, constitucionalistas—explican la situación desde una perspectiva ideológica, por lo cual hay especialistas de derecha y de izquierda —entonces, encontramos especialistas a la medida del que lo solicita—, lo cual es un grave perjuicio para el auténtico derecho, ya que la ideología se ha aupado al interés puro del derecho.

El bicentenario encuentra al país dividido. Algunos ven una suerte de confrontación de clases y ello le hace mucho mal al Perú, porque una situación de esa naturaleza augura un futuro incierto, por decir lo menos. Ojalá nos equivoquemos, pero ello se lo dejamos a los políticos, venidos tan a menos, en estos tiempos.

Si hacemos una suerte de paralelo con la forma en que se recibió el centenario, podríamos decir —por lo que se lee y las pocas imágenes que vemos de lo que fueron los primeros cien años de la República— que no hay punto de comparación con lo que estamos viviendo. En el centenario, gobernaba Leguía —para muchos un gran presidente que apostó por una economía abierta al mundo—; de allí que concurrieron delegaciones de diferentes países de América, Europa y Asia, y cada uno de ellos, en símbolo de amistad, donó hermosas obras que hasta hoy perduran, como el Monumento a Manco Cápac, el Museo del Arte Italiano, el Arco Morisco, la Torre del Parque Universitario, entre otros.

En este bicentenario, aparte de lo que hemos descrito, se le debe sumar la pandemia del coronavirus, que hasta el momento ha matado a casi 200 mil peruanos. Entonces, con todos estos factores, debe explicarse la forma poco convencional —por decir algún término— de cómo hemos recibido este bicentenario; en verdad, no hay nada que festejar.

El Derecho Peruano y el Bicentenario

En nuestra era republicana, hemos tenido tres Códigos Civiles: el de 1852, promulgado bajo el gobierno constitucional de don José Rufino y Echenique, y que tuvo larga duración; el Código Civil de 1936, promulgado bajo el gobierno del Mariscal O. R. Benavides y en circunstancias difíciles por la convulsión militar vivida en esa época, y por último, el Código Civil de 1984, promulgado el 14 de noviembre de 1984, bajo el gobierno constitucional de don Fernando Belaúnde Terry, luego de que el pueblo en 1980 decidiera volver al Estado de derecho, luego de una prolongada dictadura.

En cuanto a constituciones, hemos tenido no menos de 12, y muchas de ellas de cortísima duración, como las últimas tres: la de 1933, bajo el gobierno militar del Sánchez Cerro; la de 1979, luego de que la dictadura militar pusiera punto final a su aventura; esta Constitución fue promulgada el 28 de julio de 1980 bajo el gobierno constitucional de Belaúnde; y, por último, la Constitución de 1993, luego del penoso 5 de abril de 1992, fecha en la que todas las instituciones democráticas quedaran en manos del gobernante de turno; esta Constitución, impulsada por la comunidad internacional, fue promulgada por el señor Fujimori, y es la que está vigente.

Paralelo entre los tres códigos civiles que hemos tenido, con énfasis en los temas de familia y sucesiones

El Código Civil de 1852

En el Diccionario de la Legislación Peruana de Francisco García Calderón (1879), se alcanza a describir los trabajos previos al Código Civil de 1852, los serios problemas que se tuvieron que afrontar para adaptarse a una legislación propia para un país que estaba en el inicio de una República independiente y con las convulsiones de la época (pp. 412-413).

En lo concerniente al Código Civil de 1852, p. 413, se señala que el estuvo dividido en tres libros:

En el libro primero encontramos arreglado todo lo relativo a los ausentes, de un modo que no se conocía en las leyes españolas; se ha suprimido la arrogación, se ha quitado a los hijos en algunos casos el usufructo de los bienes castrenses, y se ha establecido el consejo de familia y los registros de estado civil. Además de esto hay otras muchas modificaciones en cuanto a la edad de la emancipación, premio, derecho y obligaciones de los guardadores [...] (1852, p. 413).

Lo que llama la atención del autor de este artículo es la presencia del consejo de familia, en cuanto a que ya en 1834 había un trabajo sobre este tema, realizado por el ilustre don Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada, a propósito del encargo del gobierno de trabajar el proyecto de un Código Civil. Vidaurre aludía a este consejo de familia o —si se quiere— asamblea de parientes, para encargarse de los problemas que se suscitaban dentro del entorno familiar sin permitir que terminen judicializándose, porque se volvían insolubles. Este consejo se iba a encargar de resolver problemas conyugales, problemas con los hijos y demás. Para Vidaurre, quién mejor que los mismos familiares, reunidos en juntas, para proponer soluciones a esos problemas, que debían ser aceptados por los que estaban en conflicto. El Código Civil de 1852 incorpora el consejo de familia¹. Se puede observar cómo Vidaurre concedía importancia capital a la familia compuesta, pues con ella se iba a constituir este consejo. Sin embargo, en el presente, la idea de consejo de familia de don Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada ha quedado desfasada, sobre todo porque ya no hay una clara posición para aceptar a la familia compuesta. El individualismo, el egoísmo y las necesidades económicas han derivado a que el tipo de familia que predomine sea el nuclear; entonces, los parientes que iban a integrar el consejo, con sus problemas propios, ya no tienen interés en participar de los problemas de sus familiares. Si bien el consejo de familia fue recogido en los Códigos Civiles de 1936 y 1984, hoy existe una propuesta de modificación para suprimirlo. En el presente, esta institución, tal como se había regulado, no cumple el papel que Vidaurre pensaba iba a tener, sobre todo porque se ha puesto mayor atención en resolver los problemas económicos antes que atender los problemas personales de la familia; sumado a ello, el extremado reglamentarismo

1 Para entender bien el pensamiento de Vidaurre sobre este tema, citamos un texto consignado en *La familia en el Código Civil peruano* de Benjamín Aguilar (2008): En 1834, don Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada, en su proyecto del código civil decía sobre el consejo de familia. A primera vista se reconocen los útiles resultados, se evitarían muchos pleitos y causas escandalosas, sería muy fácil la reconciliación entre el marido y la mujer, y entre éstos y los hijos. Se uniría la justicia con la equidad y el interés personal por lo general ominoso, aprovecharía en tales circunstancias, no le sería indiferente un proceso en que se comprometiera el honor de la familia [...]” (p. 593).

con que se ha regulado ha llevado a que no se convoque a consejos de familia².

En el libro segundo, se ha reducido el término de la prescripción y el número de todo lo imprescriptible. En materia de herencia y testamentos, aparte de que se han variado las formalidades para el otorgamiento y se han realizado otras modificaciones, es notable la abolición de los fideicomisos, de los poderes para testar, de las cláusulas derogatorias y de los testamentos en común. Son también casi enteramente nuevas las leyes que arreglan la sucesión de los hijos ilegítimos. En el tercero, hay multitud de minuciosidades sobre los modos de acabar la venta, el arrendamiento, etc., sobre rentas vitalicias, censos y demás contratos.

Como se puede observar, algunas figuras de la época, como el usufructo de bienes castrenses, la emancipación y los premios, han desaparecido, salvo la abolición de los fideicomisos, figura que el Código Civil de 1852 suprimió y que la legislación del Código Civil de 1984 tampoco contempla. Sin embargo, la ley de bancos la regula y reclama su presencia en el libro de sucesiones; la existencia de poderes para testar que recogió este Código del 52 influenciado por las reales cédulas de España, hoy no tienen cabida en la legislación peruana, por cuanto el testamento es un acto jurídico por excelencia individual y se toman las precauciones para que se respeten la auténtica voluntad del testador, incluso en el mismo momento en que el notario está redactando el testamento y es por ello que el Código Civil de 1936 como el vigente de 1984 lo prohíben (ver artículo 696, inciso 2 del Código Civil); los testamentos en común, llamados testamentos mancomunados; este tipo de testamento de esa época no es aceptado en el presente y la legislación los declara nulos si se hubieran otorgado por dos o más personas. Se trata de rescatar la auténtica voluntad del causante, la cual se vería amenazada si el testador, al redactar su última voluntad, estuviera con otras personas que pudieran influir en el testador; por ello, el Código Civil peruano, en el numeral 814, prohíbe los testamentos mancomunados.

Este Código Civil, promulgado bajo el gobierno constitucional de don José Rufino y Echenique, adecuado a su época, cerró toda una etapa larga de discusiones sobre dotar de una legislación para una República naciente, y pese a los cambios que se produjeron de un siglo a otro (siglo XIX al siglo XX) tuvo larga vida, en tanto que rigió hasta el 13 de noviembre de 1936.

Lo llamativo de este Código es que los temas sucesorios no tuvieron una regulación propia en un texto que separe la disciplina sucesoria de las otras ramas del Derecho, sino que fueron regulados en el libro de reales, por

2 Para saber más sobre Vidaurre, recomendamos el ensayo escrito por Guillermo Leguía, publicado en el boletín bibliográfico de la Universidad de San Marcos de Lima, de setiembre de 1928 (Año-VI, número 5).

cuanto una de las formas como se adquiere propiedad es precisamente la sucesión. Es con el Código Civil de 1936 que la sucesión va a tener su propio libro con una regulación de todo el proceso hereditario, aun cuando siguió arrastrando figuras del derogado Código Civil de 1852, como, por ejemplo, la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, en cuanto a temas sucesorios se refiere.

En la época virreinal, con la real cédula de Felipe II, se introduce, en el Perú, en 1564, el sistema matrimonial católico para América, con sujeción estricta a la reforma tridentina, y es así que el matrimonio se concibe como sacramento y contrato.

En la época de la República, la vigencia y la validez de las normas del matrimonio religioso católico con efecto civil subsistieron. El texto del Código Civil de 1852 sobre la naturaleza del matrimonio oficial en la legislación peruana no deja ninguna duda sobre la vigencia y la influencia absoluta del Concilio de Trento en el Perú; así, el artículo 156 del citado Código de 1852 afirmaba lo siguiente: “El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento”.

Con los decretos leyes 6889 y 6890 del 8 de octubre de 1930, en época del presidente *de facto* Luis M. Sánchez Cerro, se incorpora a nuestra legislación civil (Código de 1852) el matrimonio civil como el único que genera efectos jurídicos y, por lo tanto, desde esa fecha, las peruanas y los peruanos deberían de casarse en el Registro Civil; ello no supone que el matrimonio religioso ya no siga vigente, empero ya no produce efectos civiles.

También, se incorpora la institución del divorcio absoluto, que rompe el vínculo matrimonial; sobre el particular, tener presente que hasta antes de la dación de estos decretos leyes, solo existía, en el Perú, para las personas casadas que se habían distanciado la posibilidad de la separación legal, que daba fin al régimen de la sociedad de gananciales y suspendía la vida en común, pero subsistía el vínculo matrimonial, y ello en consonancia con el matrimonio religioso que, como ya se ha señalado, no permitía el divorcio absoluto, tal como ocurre en el presente, por cuanto el matrimonio no solo es contrato, sino también sacramento y, en consecuencia, no se puede faltar a ese sacramento.

Debe hacerse presente que, en este campo, el Perú es pionero de la incorporación del divorcio en la región; luego, si observamos el panorama actual sobre estos temas de familia, y sobre todo del divorcio, constataremos que la mayoría de los países de la región han incorporado no solo el divorcio, sino también las uniones civiles, el matrimonio entre personas del mismo sexo, sea por normas legales o por interpretación de sus tribunales constitucionales, mientras que en el Perú aún sigue pendiente el tema de las uniones civiles.

Sobre los hijos, si bien, en el presente y con la Constitución de 1979, se establece la igualdad de todos ellos, independientemente de cuál sea la

fuente de su origen, el matrimonio o la unión de hecho, si fueron reconocidos o declarados judicialmente y los que lo son por la vía de la adopción, esta situación no se producía en los albores de la República. Cuando se promulga el Código Civil de 1852, existía una discusión entre los juristas de antaño, que hacían una clasificación de los hijos, que hoy nos puede no solo asombrar, sino causar repulsa; en efecto, los hijos extramatrimoniales (llamados bordesinos) fueron clasificados en dos grandes grupos: los naturales o nacidos de padres que, si bien no estaban casados, no tenían impedimento alguno para casarse, y los espurios procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio. A estos últimos, se los solía dividir en fornesinos, que eran los adúlteros e incestuosos; los sacrílegos, procreados por personas atadas por votos religiosos; y los mánceres, hijos de prostitutas. Ciertamente es que el Código Civil de 1852 no recogió estas clasificaciones, en tanto que clasificó a los hijos en legítimos e ilegítimos, tal como lo recogió el Código Civil de 1936, y que luego fue cambiado por el Código Civil de 1984, en matrimoniales y extramatrimoniales, con la aclaración de que esta clasificación no es para restringir derechos o privarlos de los mismos, sino meramente descriptiva.

Código Civil de 1936

Promulgado por Oscar R. Benavides el 30 de agosto de 1936, luego de que ilustres juristas prepararan el proyecto de reforma del Código del 52, entre los que destacaban Juan José Calle, Augusto Olaechea, entre otros. Este Código respondía a la época en que fue redactado y acogía figuras de ese entonces, como es el caso de familia patriarcal en la que predominaba el padre sobre su cónyuge e hijos, todos ellos sometidos a una autoridad vertical. En lo concerniente al matrimonio, con la existencia de la figura de la potestad marital, que hacía descansar en el marido las funciones de representar a la sociedad conyugal, manejar el patrimonio social, representar a la sociedad, dirimir asuntos de patria potestad sobre los hijos, fijar el domicilio conyugal, autorizar o no el trabajo de la cónyuge e incluso imponer a la consorte la obligación de agregar a su apellido el de su marido.

Este tratamiento legal, adecuado a una época en la cual generalmente la mujer nunca dejaba la autoridad a la que estaba sometida, pues en su estado de soltería estuvo bajo la potestad paterna, al haberse desposado pasaba a la potestad marital, debido a la situación de postergación y relegación en que se encontraba la mujer (con excepción de honrosas damas) dentro de una sociedad tremendamente machista, situación que comenzó a cambiar en la década del 50 del siglo pasado, cuando la mujer, educándose y capacitándose por sus propios medios, se hizo de un lugar propio en esta sociedad. Fue así como la Constitución de 1979 reconoció la igualdad del

hombre y la mujer ante la ley, igualdad que trajo trascendentes cambios en las relaciones familiares, dentro del matrimonio, en tanto que, por la igualdad obtenida, desaparece la figura de la potestad marital que tanto daño e injusticias causó, y con ello se revaloró la presencia de la mujer.

En lo que atañe a los hijos, la situación no cambió, porque se los clasificó como hijos legítimos e ilegítimos; estos últimos tenían una categoría inferior a los primeros. Solo como muestra cabe consignar la norma del artículo 762 de dicho Código en temas sucesorios, que señalaba que cuando concurrían a una herencia hijos legítimos e ilegítimos, el ilegítimo heredaba la mitad de lo que correspondía al legítimo. Esta norma fue ampliamente criticada, porque no solo era discriminatoria, sino injusta, ya que la sociedad condenaba al ilegítimo, que no tenía culpa alguna de haber nacido en esa situación, a ser un hijo de segunda categoría.

Se sumaba a ello el no reconocimiento de la unión de hecho o concubinato, que era considerada como una suerte de pecado social, al igual que los hijos nacidos de esas relaciones. Estos estigmas perduraron por muchos años y comenzaron a desaparecer cuando se promulgó la Constitución de 1979, que estableció la igualdad de todos los hijos ante la ley, independientemente de cuál fuera la fuente de su nacimiento, y sobre todo porque se reconoce la unión de hecho, aun cuando —valgan verdades— el reconocimiento se circunscribía a reconocer la sociedad de bienes que se generaba en el concubinato y la sociedad de gananciales que nacía con el matrimonio.

Sin embargo, es el Tribunal Constitucional el que, a través de diversas resoluciones, ha generado conciencia en la población de que estamos ante una familia y que, por lo tanto, debe ser no solo reconocida como tal, sino protegida por el Estado.

Este Código Civil de 1936, en lo que atañe al matrimonio, no define que tiene que ser heterosexual y no lo hace por cuanto en la época en que fue promulgado este tema no era materia de discusión, como sí lo es en el presente, y ello se constata cuando se promulga el Código Civil de 1984 que define el matrimonio como una unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer.

Tal como se señaló, había sido introducido en nuestro sistema jurídico el divorcio por los decretos leyes previamente mencionados. El Código del 36 recogía el divorcio, pero, regulaba igualmente la separación legal que, como efecto, no llevaba a la disolución del vínculo, sino a suspender la vida en común y poner fin a la sociedad de gananciales. Resulta curioso que a pesar de que ambas instituciones fueran diferentes por los efectos que producían la separación legal y el divorcio, las causales para ambas sean idénticas.

Un sector importante de la doctrina opina que la separación legal debía desaparecer y que solamente se debían regular los temas de divorcio. Sin

embargo, este sector no alcanza a distinguir que la separación legal cumple el cometido de que los cónyuges se den una nueva oportunidad para la reconciliación, que no solo tiene una connotación religiosa, sino también jurídica, en tanto que, incluso tras haberse dictado una sentencia firme de separación legal es posible que los cónyuges continúen siéndolo a través de esta, ya que tiene como fin dejar sin efectos las resoluciones que declaraba la separación legal. Esto no ocurre con el divorcio, por cuanto declarado el mismo ya no hay ninguna posibilidad de reconciliación; si los cónyuges persistieran en seguir unidos, tendrían que casarse nuevamente.

El Código Civil de 1936 regula figuras como los esponsales y el consejo de familia, instituciones que funcionaron poco por cuanto la realidad las fue superando. En el caso de los esponsales, en el presente, la gente se casa sin siquiera conocer qué es la institución del matrimonio y qué efectos conlleva, sobre todo porque solo da lugar a una indemnización por el daño moral ocasionado cuando los esponsales no obligan a quienes lo celebran a cumplir con su compromiso de casarse. Sin embargo, sin necesidad de esta figura, se puede solicitar indemnización en tanto que al haberse producido un daño a uno de los celebrantes de la promesa esponsalicia tiene que ser reparado.

Por otro lado, el Consejo de familia fue regulado con un reglamentarismo extremo, tanto en la formación del consejo, su constitución y funcionamiento, que la hicieron casi inoperante, pero sobre todo este consejo funciona con los parientes del niño, de la niña o del adolescente y para el discapacitado que no puede ejercer sus derechos por sí mismo. Sin embargo, la realidad es que la pobreza, el individualismo, el egoísmo han producido que hoy lo que algún día se llamó familias compuestas prácticamente no existan, y precisamente es con esta asamblea de parientes que debe funcionar el consejo.

Entonces, en el presente, casi existe consenso en suprimir tales instituciones, que fueron replicadas en el Código Civil de 1984.

En lo que atañe al derecho sucesorio, el Código Civil de 1936 conservó la figura de la mejora legitimaria que precisamente se obtenía de la legítima. El causante podía favorecer a uno de sus hijos legitimarios respecto de los otros, con lo que se producía una discriminación —y sobre todo encono— en los familiares. No recogió el derecho de habitación del cónyuge supérstite, que ya existía en la legislación italiana, lo cual resulta criticable por cuanto este derecho persigue proteger al sobreviviente de la sociedad conyugal al darle seguridad sobre su residencia.

Las normas del Código Civil de 1936, que fueron muy criticadas por el error y la confusión en que habían caído los legisladores, están referidas a no separar los gananciales de la cuota hereditaria. En efecto, los artículos 704 y 765 de este Código aludían a que si la cónyuge concurría con los hijos del causante y sus gananciales superaban su cuota hereditaria, la perdía y solo se quedaba con los gananciales. Esto era un grave error, en tanto que

confundía gananciales con herencia, que por sus propias características son diferentes. Afortunadamente, el Código Civil de 1984 superó este error y generó la norma del artículo 730 que alude a que no se puede confundir gananciales con herencia, lo que permite que la cónyuge que concurre con los hijos del causante e independientemente de cuál sea su ganancial, siempre termina recibiendo su cuota hereditaria.

El Código Civil de 1936 no reconocía la herencia entre los integrantes de una unión de hecho. Repárese que el concubinato no fue acogido por este Código y que tibiamente trató de resolver el problema generado por la ruptura de hecho del concubinato por el concubino, que condenaba a su pareja al desamparo y al abandono. Los legisladores de esa época afirmaban que esta figura podía ser superada con el juicio de enriquecimiento indebido, proceso que era ordinario y con costos no solo monetarios, sino del tiempo que demandaba.

En lo que atañe a la sucesión legal, el orden hereditario contemplaba a los descendientes, a los ascendientes y a la cónyuge. Sin embargo, si esta concurría con los hermanos, la herencia se dividía entre ellos, en tanto que el legislador los puso a la par, tema que ha sido modificado sustantivamente por el vigente Código Civil, en el que se puede apreciar cómo el cónyuge desplaza a los hermanos del causante al cuarto orden hereditario. De esta forma, la cónyuge termina siendo una heredera privilegiada a pesar de que aparentemente ocupa el tercer orden hereditario; sin embargo, concurre con los descendientes del causante; si no hay descendientes, pero sí ascendientes, concurre con estos últimos; y si no hubiere ni primer ni segundo orden, la cónyuge termina heredando todo el patrimonio hereditario.

Por otro lado, un tema que desde nuestro punto de vista nos parece convenientemente regulado es el de la concurrencia de la cónyuge con los ascendientes del causante, por cuanto este Código reguló esta situación señalando que si la cónyuge concurre con los padres del causante, hereda una cuota igual a uno de ellos, y si concurre con otros ascendientes (abuelos, bisabuelos, etc.), la cuota de la cónyuge no podrá ser menor a la mitad del patrimonio hereditario, norma que preferimos a la que aparece en el vigente Código Civil del 84, por cuanto señala que la cuota de la cónyuge que concurre con ascendientes del causante es igual a la de uno de los ascendientes, lo que torna injusta dicha disposición por cuanto, al concurrir con un número mayor de ascendientes, su cuota termina minimizándose.

El Código Civil de 1936 rigió hasta el 13 de noviembre de 1984, por cuanto fue derogado por el vigente Código Civil de 1984, y el balance que hace el autor de esta nota no ha sido satisfactorio, quizá por responder a la realidad de la época en que se promulgó, pero no tuvo una visión de futuro para prever determinadas situaciones que, al no estar reguladas, generaban situaciones injustas.

Código Civil de 1984

Bajo la vigencia de la Constitución de 1979, que incorporó a la ley de leyes importantes conquistas sociales en el plano familiar y, en general, a la sociedad entera, como el deber del Estado de proteger a la familia, la igualdad de todos los hijos, independientemente de cuál fuera la fuente de su nacimiento, matrimoniales, extramatrimoniales reconocidos o declarados, a lo que se suman los hijos por adopción, la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, y el reconocimiento de la unión de hecho. Bajo todas estas importantes incorporaciones, se promulga este Código el 14 de noviembre de 1984, después de una larga discusión en la que intervino una serie de personalidades del mundo jurídico, como Felipe Osterling, Jorge Avendaño, Rómulo Lanatta, Héctor Cornejo Chávez, Fernando Vidal, Fernando De Trazegnies, León Barandiarán, por citar solo a algunos. Como dice Delia Revoredo en *Exposición de Motivos no oficial del Código Civil* citando a Clovis Bevilacqua:

[...] por el hecho mismo que el Derecho evoluciona, el legislador tiene necesidad de armonizar los principios divergentes para acomodar la ley a las nuevas formas de relaciones y para asumir discretamente la actitud de educador de una nación, guiando cautelosamente la evolución que se acusa en el horizonte. (1980, p. 5)

En efecto, en el Perú, se habían producido cambios importantes que afectaron a la sociedad entera y al Derecho. Por lo mencionado en la Constitución de 1979, resultaba necesario un nuevo Código Civil que recogiera esos cambios, pues el papel del Derecho es regular los hechos que aparezcan en la sociedad, porque de no ser así, los hechos terminan superando al Derecho y se generan situaciones injustas, como, por ejemplo, ocurrió con el concubinato que, al no existir un reconocimiento oficial del mismo, se terminó condenando generalmente a la concubina a una situación de abandono, desamparo y a un estado de necesidad.

Este nuevo Código Civil que, desde su promulgación hasta el presente, ha sufrido cambios importantes, ha mejorado con respecto al Código Civil de 1936, ya que los cambios producidos en los temas materia de este artículo — derecho de familia y sucesiones— han sufrido modificaciones importantes, sin embargo, insuficientes como para atender a una población cada vez más necesitada de derechos que la protejan que puedan ser efectivos y no se queden en letra muerta.

Antes de entrar a analizar los cambios realizados en familia y sucesiones, veamos las omisiones en que ha incurrido este nuevo Código Civil y que, hasta el presente, no terminan de llenarse.

En familia, no se ha suprimido una institución desfasada y que en el presente no tiene acogida alguna como es el caso de los esponsales. Otro tanto ocurre con el consejo de familia, porque esta institución se basa en la familia compuesta (padres, hijos, abuelos, tíos, sobrinos y demás) que, en el presente y por los graves problemas que vive la nación, ya dejó de funcionar, por cuanto las necesidades cada vez más apremiantes han llevado a que cada familia vele por solamente por la familia nuclear y que los parientes con quienes debería funcionar el consejo de familia pasen a un segundo lugar. Por otro lado, tal como está regulado el consejo de familia, el único interés en que se ha esmerado el legislador es cuidar el patrimonio del menor o del discapacitado, y se ha olvidado de que lo más importante es el guardado mismo, es decir, la persona que debe ser cuidada y protegida. Se trata de una visión netamente patrimonialista del consejo de familia que no es la correcta en las instituciones protectoras de las personas vulnerables.

En cuanto a la familia, si bien es cierto que se regulan las relaciones familiares, la atención preferente la tienen las familias matrimoniales (sobre el particular, ver la ley de Población); y si bien no se ha oficializado aún que las uniones de hecho o concubinato sean consideradas como familias, es cierto que el Tribunal Constitucional es el que se ha pronunciado sobre este tema y las ha calificado como familias; sin embargo, ello debería estar recogido en el Código Civil.

El Derecho debe perseguir los hechos para regularlos, pero ello no se evidencia con las uniones civiles, con las personas nacidas como resultado de las técnicas de reproducción asistida ni con la adopción de menores de edad, entre otros aspectos. En el caso de la adopción de un menor, la regulación no debe dejar dudas de que el adoptado se incorpore a la familia del adoptante. El parentesco por afinidad que, en el presente, solo sirve como impedimento matrimonial, debería pensarse en la generación de derechos para los menores adoptados, sobre todo cuando son parte de una familia ensamblada.

Otro campo del derecho de familia revisable es cómo era regulada la patria potestad en la legislación del 36, que fue criticada por cuanto se veía en ella una mayor preocupación por el manejo del patrimonio del menor que por su misma persona. El Código de 1984 pudo haber aprovechado esta oportunidad para revertirla; sin embargo, la replica casi enteramente; por ello, se podría decir que es una legislación patrimonialista en un campo netamente personal que tiene como actores a la población más vulnerable de una sociedad. Además, es ir contra la realidad, por cuanto si los padres no tienen los recursos necesarios, menos los van a tener los hijos que procrean. Entonces, se regula para un número ínfimo de la población con patrimonio propio a la que el Código le dedica la mayor cantidad de artículos que entran al detalle de cómo se maneja su patrimonio, qué hacer con su dinero, dónde

colocarlo y hasta cuándo se hace el balance final, al llegar el menor a la capacidad, si existiera saldo a su favor, y generara intereses. La realidad es otra: se debe velar, como dice el Código de los niños y los adolescentes, por el desarrollo integral del menor, transmitirle valores, educarlo con ejemplos de vida para conseguir una sociedad, no como la que tenemos ahora, sino una sociedad solidaria, tolerante y respetuosa de las ideas de los demás, es decir, una sociedad formada por personas con dignidad que han sabido asimilar las enseñanzas de sus progenitores.

En tema de familia, una de las instituciones más importantes es la filiación, porque, a través de ella, la persona humana, nacida de una unión de hecho, debe tener las condiciones favorables para poder establecer una relación paterno filial, lo que va a permitir el ejercicio de todos sus derechos, entre los cuales, obviamente, el prioritario es el derecho al alimento. Por ello, debe ser recogido por la Constitución como un derecho fundamental de la persona; no como ahora se le trata, en tanto que nuestra carta magna reconoce el derecho a la identidad y dentro de ella la filiación como un componente más. Este derecho a la filiación debe ser reconocido como un derecho humano en forma independiente; de esta forma, tomará mucho más valor e interés en generar las condiciones más favorables para establecer, como ya se mencionó, la relación paterno filial que no solo contiene derechos familiares, sino también sucesorios.

En lo que atañe a la sucesión, otra omisión está referida a regular la institución de la legítima sobre la base de la realidad que vive la familia. Esta situación ya estaba presente cuando se promulgó el Código. Nos referimos a la familia ensamblada que genera una estructura familiar en la que conviven parientes consanguíneos con afines, que no están comprendidos en la institución, lo cual genera injusticias. Por otro lado, no se tiene en cuenta que la edad promedio de fallecimiento de una persona ha sido largamente superada. Entonces, cuando se tiene que aplicar la legítima, los llamados herederos forzosos, personas ya realizadas y sin problemas de necesidades apremiantes, son las beneficiarias. En consecuencia, la legítima pierde sentido, por cuanto la institución existe en función de proteger a los integrantes del grupo familiar, dependientes del futuro causante; si estos ya no lo requieren, se desnaturaliza la institución. A ello hay que agregar que los porcentajes legitimarios terminan siendo excesivos, ya que dejan al generador del patrimonio, con poca libertad de acción, y reducen la herencia solo a una tercera parte de su patrimonio.

Otra omisión es la posibilidad de tener en un Código los llamados pactos sucesorios que, al respetar la legítima de los herederos forzosos pueda el futuro causante tener la oportunidad de disponer de ese porcentaje, a favor de terceras personas, lo que va a producir rentas, para ser usadas por él, en vida. Sobre el particular, y sin disponer necesariamente del inmueble

donde habita, ha surgido la figura de la hipoteca invertida, que permite al titular contratar con la banca y recibir una mensualidad que lo ayude en su edad adulta; al fallecer, si los herederos desean recuperar la casa, tendrán que pagar la diferencia de la hipoteca o si no cobrar solo el saldo que reste, y el banco se queda con ella. Esto permitirá que las personas que solo tienen como patrimonio el inmueble que les sirve de hogar conyugal sigan viviendo en él, además de percibir un monto que les permita ayudarse en su asistencia. Podría decirse que se está despojando del patrimonio que en el presente va a corresponder a sus sucesores, pero, a cambio de ello y a tono con la realidad, el generador de ese patrimonio gozará, en el otoño de su vida, de una pensión que le permitirá vivir con tranquilidad. El derecho sucesorio debe trabajar su incorporación, porque, sin duda, se trata de una institución que involucra a la sucesión.

La legítima solo debe ser para aquellos familiares cercanos y directos del causante que se encuentren en estado de necesidad cuando ocurra la apertura de la sucesión, es decir, una legítima asistencial, solidaria, y no una legítima ciega, que protege a quien no necesita que lo protegen, por cuanto ello sería desnaturalizar la esencia de la legítima.

Todos estos temas serán abordados cuando entremos a analizar los libros de familia y sucesiones del Código Civil vigente de 1984.

La familia en el Código Civil de 1984.-

Se señala el fin de regular la institución familiar, que no es otro que fortalecerla y consolidarla a tono con el Acuerdo Nacional del 2002 que, en su decimosexta política de Estado, establece el fortalecimiento de la familia peruana para el 2021 al propiciar el desarrollo integral de sus componentes y al haber desterrado o reducido la violencia familiar. Sobre el particular, cabe comentar el optimismo de los integrantes del acuerdo nacional, que se fijaron metas e incluso las cuantificaron. Ejemplo de ello es que se propusieron reducir la violencia familiar al 50 % para el 2010; obviamente, ello no se cumplió, sino que se multiplicó el fenómeno al extremo de generar un nuevo tipo de delito: el feminicidio.

Lo que hoy vemos es una familia, en su gran mayoría disociada, con graves problemas no solo económicos, sino también de crisis de valores, con un aumento cada vez más llamativo de los divorcios, al haberse posibilitado el divorcio convencional. Se señala que, en el presente, la tendencia es ir a un divorcio incausado, lo que terminaría resquebrajando aún más a la familia, la misma que, al estar ante un problema que puede ser superado, recurriría fácilmente al expediente del divorcio. Producido el divorcio, estaríamos ante una familia monoparental, pues faltaría la figura del padre o de la madre,

para que pueda acompañar la fase evolutiva de sus hijos, con los graves perjuicios que ello representa.

Por otro lado, no se puede negar el hecho de que la Constitución Política del Estado señale el deber del Estado de proteger a la familia, ya que, para ello, se han dictado dos Planes Nacionales de atención a la familia hasta el momento: el del 2004 al 2011 y el del 2016 al 2021. Empero, la realidad confirma que, pese a los buenos propósitos de esos Planes, poco o nada se ha avanzado en temas importantes, como la salud (se ha incrementado la anemia, la desnutrición infantil, la mortalidad materna) y la educación (la deserción escolar ha aumentado); esto solo como ejemplo. Todavía queda pendiente avanzar sobre todo en un desarrollo social. En el presente, la tarea urgente es controlar la pandemia y, luego de ello, procurar un desarrollo económico y social; el crecimiento de una nación debe tener un rostro humano.

Se regula la sociedad conyugal con sus deberes y derechos, y esto es una réplica del Código Civil de 1936; sin embargo, en lo que atañe a la familia nacida de una unión de hecho, se le dedica un solo artículo (326). Creemos que por la importancia que han tomado estas uniones de hecho, deben merecer un tratamiento mejor desarrollado y cubrir una serie de situaciones que, en el presente, no están lo suficientemente esclarecidas; a guisa de ejemplo, nos preguntamos lo siguiente: ¿Existen los deberes que nacen de las relaciones personales, como, por ejemplo, se consigna en el matrimonio? ¿Qué sucede cuando estamos ante una unión de hecho que ha formado una familia en la cual existe impedimento matrimonial? Según lo regulado, en el presente, solo les queda el camino del enriquecimiento indebido cuando termina esta unión de hecho. Sin embargo, no se ha contemplado la situación de la unión de hecho irregular en la que uno de los cónyuges actuó de buena fe, es decir, que no conocía que su pareja estaba impedida de casarse. En este caso, a esta unión no se le puede aplicar el artículo 284 del Código Civil, que está referido al matrimonio putativo, en el cual el cónyuge putativo es amparado por la ley. Si bien es cierto que son temas diferentes, la ley debe cubrir estas situaciones que a todas luces generan injusticias para estas uniones de hecho.

En cuanto a los hijos, si bien es cierto que se ha cambiado la denominación y hoy toman el nombre de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, esta clasificación no sirve para restringir derechos, sino que es meramente descriptiva. Además, es útil por cuanto los criterios para aplicar la tenencia y la autorización para casarse son diferentes entre ellos.

Ya nos hemos referido a la patria potestad, que debe llamarse autoridad parental. La crítica sigue siendo la misma: el criterio para regularlas ha sido netamente patrimonial y ha desplazado a la persona del menor, para quien va dirigida especialmente esta institución.

Una crítica que merecen la regulación de los impedimentos matrimoniales también los supuestos de nulidad de matrimonio está referida al cambio que ha surgido con la dación del Decreto Legislativo de 1384, sobre la discapacidad. En el presente, no hay claridad para saber quiénes están impedidos de casarse y, si lo hubieren realizado, tampoco la hay para saber si ese matrimonio es nulo; por ejemplo, si la persona está privada de discernimiento, con el Decreto Legislativo de 1384 no está sometido a interdicción, sino que requiere del sistema de apoyo para poder expresar su voluntad. Entonces, si esta persona llegara a casarse, su matrimonio tendría que ser nulo; sin embargo, el Decreto Legislativo ha derogado ese supuesto como causal de nulidad. Estas descoordinaciones tienen que ser superadas³.

Un tema que merece importante atención para superar los graves errores que padece la regulación vigente está referido al régimen económico del matrimonio y de la unión de hecho. Deben hacerse ajustes urgentes, como, por ejemplo, posibilitar que las uniones de hecho debidamente inscritas en el Registro personal puedan cambiar del régimen de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios, en tanto que, en el presente y por disposición constitucional, estas uniones de hecho, al equipararse la sociedad de bienes a la sociedad de gananciales, terminan condenadas a estar sometidas solo a este régimen, lo que tuvo sentido en un primer momento, porque estas uniones de hecho no tenían un registro propio que llegara a identificarlas como tales para los terceros que contrataban con ellos. Sin embargo, ahora sí lo tienen; entonces, este obstáculo ha desaparecido y es derecho de ellos, así como lo es de los que van a contraer matrimonio elegir el régimen económico para las relaciones patrimoniales que se dan dentro de las familias o que forman parte de una familia poder cambiar de régimen.

Por otro lado, no hay precisión para calificar los bienes propios cuando se trata de "aportar" un bien adquirido antes del matrimonio, pero que termina siendo cancelado por la sociedad de gananciales. Creemos que el legislador debe hacer una nueva clasificación de los bienes: a) los bienes propios que no cabe duda alguna de que fueron adquiridos antes del matrimonio sin tener saldo alguno que pagar; b) los bienes adquiridos dentro del matrimonio a título gratuito; c) los bienes sociales que se adquieren dentro del matrimonio, aun cuando hayan sido adquiridos por uno solo de los cónyuges; y d) los bienes mixtos que fueron adquiridos por uno solo de los cónyuges, pero terminaron siendo pagados por la sociedad, como la edificación de un inmueble sobre predio que tiene la calidad de propio.

3 Sobre el particular, ver las disposiciones complementarias que derogan el numeral 3 del artículo 241 y los numerales 1 y 2 del artículo 274; este último referido a los supuestos de nulidad del matrimonio.

Lo mismo ocurre con las deudas de la sociedad que no han sido tratadas con eficiencia, como ocurre comúnmente cuando se contrae la obligación antes del matrimonio, y tendrían que ser canceladas con bienes propios, pero como la pareja reporta solo como ingresos sueldos que son sociales, estos son los que se ven afectados para el pago de la deuda personal. En todo caso, debería tomarse en cuenta ello, al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, para que no se vea perjudicado el cónyuge que no participó de esa obligación.

La sucesión en el Código Civil de 1984.-

Ha habido importantes cambios para mejorar la legislación del 36, como, por ejemplo, contemplar la herencia entre los integrantes de una unión de hecho; diferenciar los gananciales de la cuota hereditaria y suprimir las mejoras sucesorias, lo que resultaba inútil, ya que si el testador quería beneficiar a uno de sus legitimarios, no tenía que comprometer la legítima, porque podía hacerlo con la porción disponible; reconocer a la cónyuge con derecho preferencial sobre los hermanos del causante; haber introducido en nuestro sistema jurídico el derecho de habitación del cónyuge supérstite como una defensa al nuevo estado de vida del cónyuge sobreviviente; y haber aclarado la representación sucesoria en cuanto a su aplicación tanto en la sucesión legal como en la testamentaria cuando el testador no disponga otra posibilidad.

Sin embargo, quedan muchos temas pendientes y que deben tratarse con la urgencia del caso, como, por ejemplo, la supresión del artículo 829, a propósito de la sucesión legal entre hermanos que marca una diferencia entre hermanos enteros y medios hermanos, ya que estos últimos heredan la mitad de lo que heredan los primeros. Esta norma es una violación flagrante del derecho a la igualdad; por ello, debe ser derogada. En la misma sucesión legal, debería haberse regulado la participación de la cónyuge con los ascendientes del causante, que le dan a la cónyuge una cuota igual a la de un ascendiente, lo que ocasiona que a mayor número de ascendientes concurrentes a la sucesión, la cuota de la cónyuge se vea minimizada. En este tema, debió replicarse lo que señaló el Código del 36, es decir, cuando la cónyuge concurría con los padres del causante, su cuota era igual a la de uno de ellos, y cuando concurría con otros ascendientes más lejanos, la cónyuge heredaba una cuota no menor a la mitad del patrimonio.

En el caso de la representación sucesoria, debe existir una norma aclaratoria sobre la vigencia de la institución cuando el causante solo tiene un hijo como estirpe y otro tanto con la procedencia de la representación cuando, a la muerte del causante, sus hijos (sucesores directos) no son hábiles

para heredar. Entonces, entran en representación sucesoria las estirpes de cada uno de esos hijos inhábiles. También, en esta institución, debe aclararse el tema de los hijos por vía de adopción, que igualmente deben gozar del derecho de representación sucesoria respecto de su padre adoptante, lo que supone que en familia debería adicionarse al artículo 377 del Código Civil un segundo párrafo que señale expresamente que el adoptante se incorpora a la familia del adoptado.

En el caso de la institución de la legítima, debe haber un cambio sustantivo para hacerla más real en cuanto al propósito que ella persigue, esto es proteger a los familiares del causante en el estado de necesidad que se presenta cuando este fallece. Esta institución que, en el presente, recibe muchas críticas al punto de que un sector de la doctrina pretende su supresión. Para nosotros, debe seguir subsistiendo, pero para ello debe sufrir cambios sustantivos, por cuanto los elementos que la componen han sufrido serios cambios o han perdido vigencia. El caso de que la legítima solo esté en función de los herederos forzosos del causante, en un primer momento, era incuestionable, pero el tiempo ha revelado la falencia de que hoy la familia no solo está integrada por los familiares o los parientes consanguíneos del causante, sino que igualmente la integran los parientes afines del causante y que dependen de él. Tal como viene regulada la institución, estos afines no son merecedores de la legítima, pues sabido es que el parentesco afín no genera derechos. No considerar esta situación al incorporar a los afines como beneficiarios de la legítima no solo resulta injusto, sino que se pierde el sentido de que la institución sea una protectora de aquellos que dependen de ella y que deben seguir siendo asistidos cuando el causante haya fallecido.

Es cierto que la crítica que se hace de la legítima respecto de que ya no cumple su fin de protección debido al aumento de la esperanza de vida de las personas trae como consecuencia que cuando se produzca la muerte del causante encontremos a los llamados herederos forzosos, es decir, personas con familia y patrimonio propio que se han independizado y que ya no necesitan ser socorridos con el patrimonio que dejó el causante. Por ello, se propone una legítima asistencial, como lo trata la legislación cubana, a la que nosotros llamamos legítima solidaria, basada fundamentalmente en satisfacer los alimentos de aquellos que en vida del causante dependieron de él y seguirán en ese estado cuando el causante haya fallecido; entonces, verán satisfechas sus necesidades con el patrimonio que dejó el causante.

En el tema de la colación, la regulación legal que trae este Código, a nuestro parecer, no es la mejor y produce confusión sobre cómo llevarla adelante; en primer lugar, debe suprimirse la colación en especie. Esta forma de colacionar no tiene sentido y produce serias injusticias, más aún cuando se da la elección al obligado a colacionar. Debe trabajarse exclusivamente con la colación por imputación, que significa cargar a una cuenta; en este

caso, cada uno de los herederos, una vez fallecido el causante, tiene un haber, una cuota hereditaria, una alícuota o una cuenta a su favor, y es en ella donde debe aplicarse la colación, que carga a esa cuenta el importe de lo recibido en vida del causante; así se tendría una partición justa y equitativa.

Como se puede observar, hay mucho por mejorar para hacer de la sucesión una etapa célere y equitativa. El Derecho está obligado a evitar conflictos familiares, que son lo más perjudicial que puede haber en tanto que, como es de conocimiento público, si se dan a propósito, más en la sucesión testamentaria que en la legal, ya que estas confrontaciones se dan entre familiares cercanos y directos del causante, que cuando estuvo vivo formaron una familia ejemplar, pero luego de fallecido terminan convirtiéndose en enemigos.

A manera de conclusión

- 1) Desde el primer Código Civil que apareció en la República, el Código Civil de 1852, hasta el vigente Código Civil de 1984, pasando por el Código Civil de 1936, observamos que naturalmente se han producido muchos cambios en la sociedad y, en un período que cubre dos siglos, se entiende que los Códigos han tenido que adaptarse a ellos.
- 2) En los dos primeros Códigos Civiles, el de 1852 y el de 1936, los cambios a que aludimos no han sido muy significativos pese al tiempo transcurrido entre uno y otro. En cuanto a temas de familia, el más trascendente es el que está referido al matrimonio que, con el Código Civil de 1852, el único existente en la República y con efectos jurídicos, era el religioso, para luego dar paso en 1930 al matrimonio civil como único válido con efectos jurídicos. También, a ello debemos agregar la incorporación del divorcio vincular, pues conocido es que, con el Código Civil de 1852, el matrimonio no solo era un contrato, sino también un sacramento y, por lo tanto, solo se podía llegar a la separación legal, para luego, siempre en 1930, dar lugar al divorcio que implica rompimiento del vínculo; en eso, como se destacó anteriormente, si cabe hablar de ello, que en la región el Perú fue el país pionero en incorporar a su legislación el divorcio.
- 3) El Código Civil de 1984 —con la experiencia de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, y sobre todo de la Constitución de 1979, que incorporó grandes conquistas sociales y que revolucionó el derecho de familia y el de sucesiones— debió haber regulado las disciplinas jurídicas de familia y sucesiones teniendo en cuenta normas protectoras de la familia y con un tratamiento célere y equitativo el proceso hereditario con cara a la realidad. Sin embargo, por nuestra experiencia en estos campos, lo que vemos es que poco se ha avanzado. Hoy se pretende realizar estos

cambios y para ello existe un proyecto de ley que propone modificar el Código Civil de 1984 en general y los temas de familia en particular. No vemos que ello vaya a ocurrir, sino más bien va a haber un retroceso en los pocos avances que se habían alcanzado con la Constitución de 1979.

- 4) El Estado se debe comprometer a cumplir su función protectora de proteger a la familia para que no que quede solo como una norma lírica, y regular un derecho sucesorio de cara a la realidad que proponga normas que incorporen lo que ya existe en otros países, como, por ejemplo, que promueven una cultura del testamento en temas de sucesiones.

Referencias bibliográficas

Aguilar, B. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*.

Leguía, G. (1928). *Boletín Bibliográfico* año VI, vol. 3, no. 5. UNMSM.

Revoredo, D. (2015). *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios*. Lima: ECB Ediciones.