

V. EL FIN DE LA FAMILIA

**LA AUSENCIA Y SUS EFECTOS EN RELACION
CON LA FAMILIA**

Carlos Enrique Becerra Palomino

"La ausencia tiene importantes repercusiones en el orden familiar del ausente" *.

PRESENTACION

El Código Civil de 1984 ha regulado en forma sistemática la "Ausencia", en el Libro I Título Sexto, que comprende la desaparición y la declaración de ausencia. Se han superado de esta forma las deficiencias del Código Civil de 1936 en este campo. La singularidad de nuestro Código, frente a la legislación comparada, se manifiesta en el hecho de que se legisla la muerte presunta en el Título VII que corresponde al Fin de la Persona.

Si bien por lo general la regulación de la ausencia se orienta básicamente a la protección del patrimonio del ausente, resultan obvias sus implicaciones en el ámbito familiar. De allí que hemos tratado de aproximarnos a las instituciones del Derecho de Familia que tienen mayor relación con el tema. El primer capítulo se refiere a los aspectos generales de la ausencia y el segundo a sus efectos en relación con la familia.

Con este ensayo nos adherimos a la iniciativa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú de rendir homenaje con la edición del presente libro, al doctor Héctor Cornejo Chávez, ilustre maestro y jurista, cuya autoridad en el campo del Derecho de Familia es ampliamente reconocida.

* SERRANO y SERRANO, Ignacio. *La ausencia en el Derecho Español. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1943. p. 267.*

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA AUSENCIA

1. TRATAMIENTO DOCTRINARIO

1.1. NOCION

El sentido jurídico de la ausencia surgió a través del Código Civil Francés (Code o Código de Napolcón), en 1804, que hizo sobre ella la primera regulación sistemática, apoyándose en lo que se había desarrollado hasta entonces¹.

Planiol - Ripert y los Mazeaud diferencian al ausente del no presente; los primeros dicen: "el ausente se distingue del no presente en que su existencia es dudosa" y, los segundos: "no se debe confundir al ausente con aquél que solamente no está presente"². Como podemos

-
- 1 Según Alfredo Orgaz el Derecho Romano "no conoció la institución de la ausencia ni, mucho menos, consagró ninguna presunción de fallecimiento". Sin embargo, una corriente interpretativa de las fuentes romanas sostiene la existencia de una verdadera teoría sobre la ausencia en base a pasajes del Digesto (D. 2, 8, 12 y 13; 50, 16, 199), la Novella (N. 22, 7) y en el *jus postliminii*. En el antiguo derecho español existen algunas disposiciones relacionadas con la ausencia, entre las que cabe mencionar el Fuero Juzgo (F.J. 3, 2, 6) y la ley de las Siete Partidas (S.P. 3, 2, 12; 3, 14, 14; 4, 1, 8). Véase: ORGAZ, Alfredo. *Derecho Civil Argentino. Personas Individuales*. Buenos Aires; De Palma, 1946, p. 54. SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *La Ausencia en el Derecho Español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943, p. 12. GARCIA GOYENA, Florencio *Concordancias Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid, Sociedad Tipográfica, 1852 pp. 290-291. SILVA V., Armando. "Ausencia". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina S.R.L., 1984. T.I. P. 940. KRIEGEL, HERMANN Y OSSENBRUGGEN *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Imprenta de Redondo y Xumetra Barcelona 1897 T. I, p. 13 y 260, T. III, p. 936. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Fuero Juzgo en Latín y Castellano*. Madrid, Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1815, p. 51. LOPEZ, Gregorio *Las Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso El Sabio*. Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1843. T. II. p. 173 y 473.
 - 2 PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana: Cultural, 1927 - 1935. T. I. P. 38. MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América. 1965 T. I. Vol. II p. 13.

observar, en sentido material o común, la ausencia es una falta de presencia y, en sentido técnico-jurídico, como también lo señala Albaladejo, "la persona está ausente, no cuando simplemente no está presente o falta de su domicilio o residencia, sino cuando, habiendo desaparecido se carece de noticias suyas" Para Castán la *ausencia propiamente dicha* es "la del que se halla fuera de su domicilio desconociéndose su paradero y su existencia". Moisset de Espanés asevera que frente al concepto amplio de ausencia "tenemos la ausencia en sentido técnico, es decir calificada por alguna circunstancia particular, en virtud de la cual la ley atribuye determinadas consecuencias jurídicas"³.

Además, para que se configure la ausencia es menester que no exista representante del ausente con facultades. Si tiene representante, afirma Ramírez Valenzuela, "no se podrá considerar ausente a esa persona, sino presente para tales efectos"⁴. Asimismo, son muchos los autores que en su definición de ausencia agregan un nuevo elemento: la incertidumbre sobre la existencia. Rescigno expresa que: "... decisiva es entonces, la ignorancia sobre el hecho mismo de la existencia de la persona, más que la ignorancia del lugar donde ella se encuentra."⁵.

En síntesis, podríamos aseverar que, jurídicamente, la ausencia se refiere a la situación de una persona que: a) no se encuentra en el lugar de su domicilio, b) se ignora su paradero, c) carece de representante suficientemente facultado y d) respecto de quien puede llegar a dudarse sobre su existencia con el transcurso del tiempo.

1.2. Etapas

El tratamiento doctrinario de las etapas de la ausencia se desarrollará teniendo en cuenta la sistemática seguida por nuestro Código: a) desaparición y b) declaración de ausencia.

-
- 3 ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil - Introducción y Parte General*. Barcelona, Bosch, 1983
CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español y Foral*. 14ª Edición. Revisada por José Luis de los Mozos. Madrid, REUS S.A. 1987. Tomo I. Vol. II. p. 320-321. MOISSET DE ESPANES, Luis. "Ausencia y Desaparición". En: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires. Junio 12 de 1975. p. 1. Véase también: OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *La Ausencia en Derecho Sustantivo y Adjetivo*. Madrid. Editorial REUS S.A. 1936. p. 6. OGAYAR AYLLON, Tomás y LETE DEL RIO, José Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. 2ª Edición. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado 1985. Tomo IV. p. 2. PUIG PEÑA, Federico. "Ausencia". En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona. Francisco Seix, Editor. 1989. Tomo III. p. 115.
 - 4 RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro. *Elementos de Derecho Civil*. México, Limusa, 1984. P. 65.
 - 5 RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli, Casa Editrice Eugenio Jovene, 1984. p. 133. (Traducción libre). Asimismo véase: COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México: Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1938. p. 196 y 197. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979 T. II, p. 136. GARCIA AMIGO, Manuel *Instituciones de Derecho Civil I Parte General*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979 p. 345. ESPIN CANOVAS, Diego *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982 Vol. I p. 351. DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. 4ª ed. México, Porrúa, 1970. Tomo II, p. 217.

La legislación comparada no sigue un criterio uniforme sobre este particular, lo cual puede apreciarse tanto en el Code, el B.G.B., el Código Civil italiano⁶ y otros Códigos europeos⁷, cuanto en los Códigos chileno, argentino y brasileño⁸ y otros latinoamericanos⁹.

1.2.1. Desaparición

Entre la diversidad de concepciones existentes en la doctrina respecto al término "desaparición", podemos referirnos a las tres más importantes.

En primer lugar, se considera a la desaparición como una institución independiente

-
- 6 El Code distingue tres periodos: la presunción de ausencia, la ausencia declarada y la posesión definitiva. Sin embargo, en el modelo francés el desaparecido es aquél cuya desaparición se produjo en circunstancias de grave peligro para su vida (por lo cual "existe casi la certeza de que ha muerto"), en tanto que el ausente, es el "individuo del que no se sabe si está vivo o ha muerto" (MAZEAUD, Henry, Léon y Jean. *Op. cit.* Parte I. Vol. II. P. 12 y ss). Así, en la legislación francesa cabe la posibilidad de declarar la presunción de muerte respecto del desaparecido pero no del ausente. El modelo alemán prevé, por un lado, la curatela de ausentes (art. 1911 del BGB), según la cual "el mayor de edad ausente cuyo paradero es desconocido tendrá un curador para sus asuntos patrimoniales siempre que sea necesario ocuparse de estos" (ENNECERUS, KIPP Y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil Barcelona, Bosch, 1979. T. IV - 2, p. 448 y ss.*) y, por otro lado, la declaración de muerte por razón de ausencia, en la cual se distingue la ausencia en general (artículo 14), derivada de la carencia de noticias durante un plazo prolongado de tiempo, y la ausencia calificada (artículos 15 al 17), constituida por los casos de desaparición en circunstancias de peligro para la vida. El modelo italiano, distingue tres periodos: desaparición (cuyo efecto es el nombramiento de un curador), declaración judicial de ausencia (que origina la posesión temporal de los bienes del ausente a sus sucesores) y declaración de muerte presunta (que concede a los herederos del ausente el ejercicio de los derechos sucesorios) (MESSINEO, Francesco *Op. cit.* T. I, p. 136).
 - 7 Entre otros Códigos europeos de nuestro sistema latino descamos hacer referencia a los de España, Suiza y Portugal. En el C. C. Español puede observarse tres etapas en la regulación de la ausencia: la de hecho, la legal y la declaración de fallecimiento. El C.C. Suizo contempla, por un lado, en sus artículos 392 y 393 la curatela en caso de ausencia y, por otro lado, la declaración de desaparición, que permite hacer valer los derechos derivados de la muerte del desaparecido como si su muerte hubiera sido probada (arts. 35 a 38). El C.C. portugués regula la ausencia en tres etapas: curatela provisoria, curatela definitiva y muerte presunta (arts. 89 a 121).
 - 8 El Código chileno regula la ausencia dentro de la "Presunción de muerte por desaparecimiento", distinguiéndose la mera ausencia, la posesión provisoria y la posesión definitiva. El Código argentino, de acuerdo a la modificación de la Ley 14.394 (Ausencia con presunción de fallecimiento), distingue: un período de declaración de ausencia, en el cual se designa curador de bienes al desaparecido (arts. 15 al 21); y, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, cuyo efecto principal es dar lugar a la apertura de sucesión del ausente (arts. 22 al 33). El Código brasileño establece: curatela de ausentes (cuyo efecto es el nombramiento de un curador de bienes), sucesión provisoria (se produce la apertura provisoria de la sucesión con prestación de garantías) y sucesión definitiva (se levantan las garantías otorgadas).
 - 9 Respecto a otros Códigos latinoamericanos, descamos hacer mención a los siguientes: el C.C. boliviano regula, bajo el título de ausencia, dos situaciones: la declaración de ausencia (que incluye el nombramiento de curador), y la declaración de fallecimiento presunto. El C.C. de Costa Rica considera medidas provisionales anteriores a la declaración de ausencia (consistentes en el nombramiento de un curador), la declaración de ausencia (origina la posesión provisional de los bienes del ausente) y la presunción de muerte (da lugar a la posesión definitiva de los bienes). El C. C. de Paraguay (v. 1987), prevé una curatela de bienes para la persona que se ausentare o desapareciere de su domicilio (Art. 272) y, establece la declaración de desaparición con presunción de fallecimiento, que da lugar a la posesión definitiva de los bienes del

vinculada a las situaciones de catástrofe o de peligro para la vida. Esta concepción se originó en Francia como complemento del régimen de la ausencia¹⁰.

En segundo lugar, se asimila el término desaparición al de ausencia, utilizándose ambos indistintamente¹¹.

En tercer lugar, se entiende a la desaparición como una de las etapas de la ausencia pero diferenciada de la declaración de ella. Dentro de este criterio se inscriben la mayoría de los autores contemporáneos y es la tendencia de la legislación comparada más reciente.

En este sentido, lo expresado por Messineo resulta significativo: "Por desaparición en sentido técnico-jurídico, se entiende, no el simple hecho del abandono o alejamiento del último domicilio, o de la última residencia, por parte del sujeto: es necesario además, que falten noticias de él, de manera que sea incierto si vive todavía"¹².

Diez Picazo y Gullón y Lete del Río¹³ no sólo consideran la condición de desaparecido, sino además el elemento falta de noticias. Fernández Sessarego agrega que: "... la desaparición no se configura si la persona tiene representante con facultades suficientes"¹⁴.

Así pues, los elementos de la desaparición son: 1) falta de presencia en el lugar del domicilio o residencia; 2) ignorancia del paradero de la persona y carencia de noticias; 3) no existencia de representante con facultades suficientes; y, 4) no requerirse de plazo alguno.

Respecto a la incertidumbre sobre la vida de la persona desaparecida -a la que alude Messineo-, creemos que ella no es elemento de la desaparición, debido a que por la inmediatez de su falta de presencia no hay razón para que exista una duda oficial sobre su vida. Esta incertidumbre se irá formando con el transcurso del tiempo.

La desaparición no requiere una declaración judicial, sino que ante el hecho¹⁵ de la

desaparecido (arts. 63 a 72). El C. C. cubano (v. 1988), con las particularidades inherentes a otro sistema jurídico, regula la ausencia en dos etapas: la declaración judicial de ausencia (da lugar a la designación de un representante) y la declaración de muerte presunta (permite a los interesados ejercitar los derechos que les correspondan a la muerte del desaparecido).

10 MAZEAUD, Henry, Léon y Jean. *Op. cit.* T. I Vol. II p. 19.

11 DE CASSO Y ROMERO, Ignacio y CERVERA JIMENEZ-ALFARO, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado*. Madrid; Labor, 1950. T. I. pp. 1541-1542.

12 MESSINEO, Francesco *Op. cit.* T. I p. 136.

13 DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 3ra. Ed. Madrid, Tecnos, 1979. T. I. p. 326. LETE DEL RIO, José *Derecho de la Persona*. Madrid, Tecnos S.A., 1986, p. 144.

14 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos *Derecho de las personas*. 3ra. Ed. Lima, Studium. 1988, p. 116.

15 ESSU, Marinella "L'Assenza e la Dichiarazione di Morte Presunta". En: *Tratatto di Diritto Privato*. Torino: Utet, 1982. Tomo 2. Pp. 435-436. MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.* Tomo II. p. 136.

desaparición comprobada por el juez y al no tener el desaparecido representante con facultades suficientes, se procede al nombramiento de alguien que se haga cargo de sus asuntos.

La institución se justifica en el deber del Estado de cautelar el patrimonio del desaparecido que se encuentra sin que nadie lo atienda y puede verse perjudicado debido a lo imprevisto de su alejamiento. Como bien lo expresara García Goyena "... hay también un interés público en que las propiedades no estén por demasiado tiempo en el abandono e incertidumbre"¹⁶. Borda asevera que "... esa persona puede haber dejado bienes, que es necesario conservar y que no podrían quedar abandonados sin grave perjuicio personal y aun social"¹⁷.

1.2.2. Declaración de Ausencia

García Amigo, asevera que tratándose de ausencia legal "entramos en una situación jurídica, producida por un acto jurídico —la declaración del juez— y regulada por la ley"¹⁸. La mayoría de los autores se refieren a ella como el segundo periodo de la institución de la ausencia, en el cual adquiere su sentido técnico. En cuanto a sus elementos configurativos —señalan—, en primer lugar, la falta de noticias sobre el desaparecido y, en segundo lugar, la incertidumbre sobre su existencia originada por el transcurso del tiempo¹⁹.

Por tanto, la incertidumbre, considerada por algunos como elemento de la desaparición, recién se consideraría tal tratándose de la ausencia declarada.

Es decir, la ausencia declarada se configura por: a) la no presencia y la carencia de noticias (desaparición); b) la incertidumbre sobre la existencia producto del transcurso del tiempo; y, c) la resolución judicial.

En síntesis, como asevera Marinela Essu, la doctrina predominante considera a la declaración de ausencia como situación de derecho frente a la desaparición, que es entendida como situación de hecho²⁰.

16 GARCIA GOYENA, Florencio. *Op. cit.* p. 290. Refiriéndose a nuestra legislación, J. de Belaunde, expresa que "lo que le preocupa claramente a la ley es que los bienes, los intereses de la persona que ha desaparecido no queden sin cuidado" DE BELAUNDE, Javier "Exposición del doctor Javier de Belaunde López de Romaña sobre el Libro I del Código Civil de 1984: Derecho de las Personas". En: *El Derecho. Arequipa: Colegio de Abogados de Arequipa*, 1985. p. 123.

17 BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I*. 3ra. Ed. Buenos Aires, Perrot, 1987. P.266.

18 GARCIA AMIGO, Manuel *Op. cit.* p. 351.

19 CLEMENTE DE DIEGO, Felipe *Instituciones de Derecho Civil Español*. Madrid, 1959. P. 227. ESPIN CANOVAS, Diego. *Op. cit.* T. I. P. 356. MAZEAUD, *Op. cit.* Parte Primera Vol. II. Pp. 14 y 15.

20 ESSU, Marinella. *Op. cit.* Pp. 435 - 436. MESSINEO, Francesco. *Op. cit.* T. III. P. 136 - 137.

2. LEGISLACION NACIONAL

2.1. Antecedentes

Nuestro derecho civil ha regulado a través de todas sus codificaciones el régimen de la ausencia, aunque no diferenciaba claramente las etapas en que ahora ella se divide. Llama la atención que los Códigos Nor - Peruano de 1836²¹ y de 1852²² tuvieron una regulación más completa que la contenida en el Código Civil de 1936. Asimismo es importante destacar los proyectos de Vidaurre²³ y de 1890²⁴.

En efecto, el Código de 1936 era pobre en el tratamiento del tema. La terminología era confusa y el texto carecía de sistemática. La crítica de la doctrina nacional es coincidente en

-
- 21 Durante la Confederación Perú-Boliviana, el General Santa Cruz se propuso modernizar la legislación vigente en ambos países, para cuyo efecto expidió el Código Civil por Decreto de 1.º de noviembre de 1836. Este Código, el Penal y el de Procedimientos no fueron bien acogidos por los peruanos, quienes los calificaron como los "Códigos bolivianos". Fueron derogados por el general Orbegoso, mediante Decreto de fecha 31 de julio de 1838. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. **La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX**. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1979. Pp. 159 y 160). El C. C. Nor-Peruano realiza un tratamiento muy amplio sobre la ausencia (28 artículos) dentro del Título IV denominado "De los Ausentes", en el Libro I "De las Personas" (Arts. 55 al 83). Este cuerpo legal contempla dos momentos: la ausencia presunta y la declaración de ausencia. Asimismo, se encuentran regulados los efectos de la muerte presunta tales como la posesión definitiva de los bienes, extinción de la fianza, etc., lo que nos lleva a afirmar que este Código trató la ausencia en tres fases, aunque no explícitamente, siendo ellas la presunta ausencia (regulada actualmente como desaparición), la declaración de ausencia y la muerte presunta.
 - 22 El Código de 1852 regula la ausencia en el Libro I "De los vecinos y ausentes", desde el artículo 56 al 82 (26 artículos entre los que se hallan el 71 y 72 que se refieren a muerte presunta). Basadre señala que, si bien para algunos en el Código hay una "recepción mecánica" del Código francés, las diferencias entre ambos "son resaltantes en múltiples tópicos", entre los cuales menciona el caso de la ausencia. (BASADRE, Jorge. **Historia del Derecho Peruano** 2da. Ed. Lima: Edigraf, 1984. Pp. 362 a 373). A.G. Comejo distingue cuatro períodos: 1.- presunción de ausencia, 2.- ausencia legal, 3.- presunción de vida, y 4.- presunción de muerte. (CORNEJO, Angel Gustavo **Comentarios al Código Civil de 1852**. Chiclayo: Dionisio Mendoza, 1921. p. 69). J. T. Pacheco criticaba la distinción establecida en este Código entre tres tipos de ausencia: 1) los que se hallen fuera de su domicilio ordinario, pero dentro de la República y en lugar conocido; 2) los que se hallen fuera de la República en lugar también conocido; y 3) aquéllos cuyo domicilio se ignora absolutamente, dentro o fuera de la República. (PACHECO, Toribio. **Tratado de Derecho Civil Lima**: Imprenta del Estado. 1872. Tomo I. Pp. 139 y 142.)
 - 23 El Proyecto de Vidaurre hace alusión directa e indirecta a la ausencia, e inclusive a la presunción de muerte, en varios artículos. Sin embargo, no contiene una regulación específica de esta institución, refiriéndose únicamente a la curatela de bienes de los ausentes y a la ausencia en determinados supuestos sin establecer cuando debe considerarse a la persona como ausente. En nuestra opinión, Vidaurre, si bien no ha alcanzado el renombre de los grandes codificadores latinoamericanos del siglo XIX, como Andrés Bello, Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield, fue un jurista que requiere ser revalorado, aunque su proyecto de C. C. no se concretara.
 - 24 El proyecto de 1890 contiene un Título denominado "De los Ausentes" que regula este tema en 28 artículos, en el cual puede apreciarse tres etapas. Por un lado, se regula la administración de los bienes del ausente, la que tiene lugar cuando un mayor de edad se halla fuera de su domicilio seis meses cumplidos o más y no hay apoderado, no exigiéndose que se carezca de noticias sobre su paradero (Art. 183); por otro lado, se establece la posesión de los bienes del ausente a sus herederos testamentarios o legales en dos casos: cuando no se tiene noticia de éste durante cinco años (Art. 192) y cuando la persona ausente está incurso en situaciones de peligro

el cuestionamiento²⁵. Cabe destacar en este Código tres inexactitudes: en primer lugar, se identifica impropriamente los términos "ausencia" y "desaparición", atribuyéndoles las mismas consecuencias jurídicas²⁶. En segundo lugar, se considera al ausente como un incapaz absoluto lo cual carece de fundamento, puesto que la ausencia no modifica la capacidad.²⁷ Finalmente, no se establece en qué casos procede declarar judicialmente la ausencia²⁸.

2.2. Legislación Vigente

El Código Civil peruano de 1984 en el Libro I, Título VI, divide la ausencia en dos etapas: desaparición y declaración de ausencia, como lo hemos señalado. El ponente de dicho Libro, Dr. Fernández Sessarego, afirma que se trata de una innovación sistemática en nuestra normatividad civil²⁹ y que "el Título Sexto responde, en alguna medida, a una inspiración

para su vida. (Art. 193) Finalmente, se refiere a la muerte presunta al establecer que el poseedor de los bienes del ausente puede pedir se le declare dueño condicional de los mismos, si acredita que, sin tenerse noticia cierta del ausente, ha transcurrido el tiempo suficiente para que éste haya cumplido ochenta años (Art. 203). En este proyecto es importante mencionar que ha previsto el caso de ausencia del menor de edad (Art. 185).

- 25 "No se llegó por consiguiente a estructurar un sistema integral. Los artículos 590, 611 y 612 (...), son insuficientes para configurar el régimen sustantivo de la ausencia". LANATTA, Rómulo *Derecho de Sucesiones* Lima, Editorial Desarrollo S.A. 1983, p. 160. J. de Belaúnde dice que "el tratamiento del tema de la ausencia y la desaparición y de la muerte presunta en el C.C. del 36 es verdaderamente caótico". DE BELAUNDE, Javier. *Op. Cit.* P. 120. Véase asimismo las notas (26), (27), (28).
- 26 "El C.C. de 1936 no distinguía ni los alcances ni las consecuencias jurídicas de la desaparición y de la ausencia. (...) lo cual ha sido superado por el Código vigente. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos "La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984". En: *Para Leer el Código Civil II*. Lima, Pontificia Universidad Católica, 1985, T. II, p. 35. (De acuerdo a la sistemática del Título VI del Libro I del Código vigente, la ausencia comprende la desaparición y la declaración de ausencia).
- 27 Respecto de la incapacidad del declarado ausente, contemplada en el artículo 9no. inciso cuarto de este Código, el maestro León Barandiarán expresa que tratase de una incapacidad de hecho, pero examinándola "con severo criterio crítico", se puede apreciar que se trata de una ficción. Asimismo, calificará a esta disposición de "Exótica" (Este inciso fue tomado del inciso quinto del artículo 54 del Código Civil argentino que ha sido derogado por la Ley 17.711). LEON BARANDIARAN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*, Librería e Imprenta Gilsa. 1952. T. IV. p. 217. *Manual de Derecho Civil. Derecho de las Personas* Lima: UNMSM, 1963 p. 45. Fernández Sessarego, en igual sentido, expresa que no cabe hablar de incapacidad de ejercicio del ausente, pues estamos ante "instituciones jurídicas de distinta naturaleza" y, desde el punto de vista técnico jurídico "un ausente no es necesariamente un incapaz" (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos *Derecho de las Personas. Op. cit.*, p. 102). Rodríguez Llerena, por su parte, trata de dar una explicación a la norma, sin ser convincente. RODRIGUEZ LLERENA, Darío. *Código Civil*, Chiclayo, Librería e Imprenta Mendoza. 1937. T. I. p. 460.
- 28 El artículo 590 regula en realidad la desaparición y en el artículo 9no. simplemente se menciona que el ausente declarado es un incapaz, pero no existe norma en el C.C. de 1936 que establezca bajo qué supuestos se declara la ausencia. Por esta razón había que recurrir al Código de Procedimientos Civiles que se formuló sobre la base del Código Civil de 1852. De allí la precisión hecha por el doctor Comejo Chávez en el sentido que "la situación del ausente no aparece nítida en el ordenamiento legal del Perú". CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Oficina de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica, 1970. Tomo III, p. 271.
- 29 Cabe observar, sin embargo, que la terminología relativa a la ausencia que se emplea a través del articulado

nativa", si bien reconoce la influencia principal de los Códigos italiano de 1942 y portugués de 1967, así como del Anteproyecto del Código Brasileño de 1963³⁰.

2.2.1. Desaparición

El artículo 47 del Código Civil de 1984 establece que ante el hecho de la desaparición, el juez puede proceder, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, a la designación de un curador interino, si no hay "mandatario".

Dado que el Código ha diferenciado los conceptos de representación y mandato, resulta incorrecto utilizar en el artículo mencionado el término "mandatario" en vez de "representante" o "apoderado", tal como lo han señalado, entre otros, los doctores Fernández Sessarego y Cárdenas Quirós³¹.

Existe duplicidad en las normas referidas a la competencia jurisdiccional. Ello puede crear problemas de interpretación debido a que el artículo 47 se refiere al lugar donde se encuentren "sus bienes" y el artículo 601, al lugar donde se encuentren "todos o la mayor parte de sus bienes". Nuestra opinión concuerda con la del Dr. Cornejo Chávez, en el sentido que es aplicable lo dispuesto por el Art. 47, por ser específico sobre la curatela del desaparecido y tener mayor amplitud³².

El ejercicio del cargo del curador de bienes del desaparecido tiene carácter interino y corresponde que lo ejerzan (Art. 597), en primer lugar, las personas llamadas a la curatela legítima (Art. 569); en segundo lugar, a falta de curador legítimo corresponderá el cargo al

del Código vigente no es coherente con la sistemática adoptada al regular esta institución. Así, puesto que el Título VI del Libro I se denomina "Ausencia" y su primer capítulo "Desaparición", debe interpretarse que el término "ausencia" es el género y "desaparición" la especie. No obstante, en el mismo Título VI puede apreciarse que se emplea el término "desaparecido" como genérico (arts. 49, 63, 64 y 65). Asimismo, se emplean los términos "ausencia", "ausente" y "desaparecido" muchas veces como equivalentes dando lugar a confusión, como luego se verá al revisar los efectos de la ausencia en la esfera familiar. Véase igualmente los artículos 334, 364, 637, 987, 1307, 1651, entre otros.

30 FERNANDEZ SESSAREGO. *Derecho de las...* Op. cit., p. 115.

31 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *La Desaparición...* Op. cit., p. 37. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos y CARDENAS QUIROS, Carlos. "Estudio Preliminar Comparativo de algunos aspectos del Código Civil Peruano de 1984 en relación con el Código Civil Italiano de 1942". En: *El Código Civil Peruano y el Sistema jurídico Latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1986. p. 115. Asimismo véase la nota 30 (p. 147). Respecto a la diferencia entre representación y mandato, Carlos Cárdenas expresa que la primera "se origina como consecuencia de un acto unilateral de voluntad de carácter recepticio (el acto de apoderamiento) que otorga sólo facultades", y el segundo "es un contrato del cual, por consiguiente, surgen obligaciones para las partes"; asimismo, agrega que, "para que el mandato surja es preciso que se produzca el acuerdo de voluntades entre las partes que van a celebrar el contrato. En cambio, el apoderamiento requiere sólo la declaración del poderdante". CARDENAS QUIROS, Carlos. "Exposición de Motivos y Comentarios Mandato". En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima, Studium, 1985. Tomo VI. Pp. 488 y 491.

32 CORNEJO CHAVEZ, Héctor *Derecho Familiar Peruano* 5ta. Ed. Lima, Studium, 1985. T. II, p. 442.

curador nombrado por testamento o por escritura pública (Art. 572); de no existir ninguno de los anteriores, será designado por el consejo de familia (Art. 573), y de no ser ello posible, lo nombrará el juez (Art. 597).

En principio, las facultades del curador del desaparecido son realizar los actos de custodia y conservación de los bienes, los actos necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas y la representación en juicio del desaparecido.

Como excepción a este principio, los actos prohibidos para el curador pueden ser válidos cuando, probada la necesidad o utilidad, son autorizados por el Juez con la previa audiencia del Consejo de Familia (Art. 602). Adicionalmente, el Juez señalará al curador sus facultades y obligaciones, según las circunstancias (Art. 605), lo cual nos parece acertado, puesto que las relaciones jurídicas patrimoniales del desaparecido pueden requerir de facultades mayores que las conferidas como regla general, y en consecuencia, esta norma permite una mejor protección de los bienes del desaparecido.

El artículo 597 incurre en el mismo error del artículo 590 del Código Civil de 1936, al tratar como equivalentes los términos "ausencia" y "desaparición". En este artículo no ha debido mencionarse a la ausencia puesto que regula la curatela del desaparecido y al mencionarla causa confusión.

La curatela del desaparecido cesa en tres casos: por el retorno del desaparecido, al ser declarado ausente o al ser declarada su muerte presunta.

El artículo 616 no contempla dos causales de cese de la curatela: 1) La muerte comprobada del desaparecido; y 2) La designación de apoderado con facultades suficientes hecha por el desaparecido con posterioridad al nombramiento del curador, como lo ha señalado Giancarlo Solari Aguela³³.

La resolución que nombra curador de bienes al desaparecido se inscribe en el Registro Personal de acuerdo a lo establecido por el inciso 2do. del artículo 2030. El inciso contiene una inexactitud al mencionar "resoluciones que declaren la desaparición", lo que rompe con la sistemática empleada en el Libro de Derecho de las Personas ³⁴.

33 SOLARI AGÜELA, Jorge Giancarlo. *Causales y Efectos de la Apertura de Sucesión*. Tesis de Bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1987. Pp. 149 y 150.

34 El doctor Fernández Sessarego ha criticado acertadamente este artículo, expresando que el error se debió a que el Libro de los Registros Públicos no fue puesto en conocimiento de la Comisión Reformadora. Véase FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "La desaparición..." *Op. cit.* p. 41. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos y CARDENAS QUIROS, Carlos "Estudio..." *Op. cit.* p. 115, 116 y 147. La Exposición de Motivos del Libro IX del C.C., elaborada por los doctores Jack Bigio y Víctor Raúl Ramírez, admite el posible cuestionamiento tratándose de la desaparición, pero justifica la redacción del inciso afirmando que el nombramiento de curador, "resulta siendo aunque el artículo 47 no lo señale, una declaración tácita de la desaparición, por cuanto si esta última no se produjera como tal, carecería de objeto la designación de curador interino". Véase: COMISIÓN REVISORA DEL C.C.: "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil". En: Diario Oficial *El Peruano* del 19 de julio de 1987. Separata especial, p. 29.

2.2.2. Declaración de Ausencia

Los elementos que configuran la declaración de ausencia a tenor del artículo 49 del Código Civil, son: 1.- El hecho de la desaparición; 2.- El transcurso de dos años desde las últimas noticias; y, 3.- La resolución judicial.

El segundo elemento caracteriza a esta figura jurídica. El transcurso del tiempo implica que al no reaparecer la persona desaparecida, se llega a tener una incertidumbre respecto de su existencia.

El Código no establece un plazo mayor para la declaración de ausencia cuando el desaparecido tiene apoderado con facultades suficientes. Consideramos que en este caso debió contemplarse un plazo mayor, puesto que los intereses del desaparecido están debidamente protegidos y puede presumirse que el sujeto previó su alejamiento³⁵.

El criterio del Código es que la ausencia se puede declarar aunque exista mandato o poder otorgado por el desaparecido, pues la inscripción de la declaración de ausencia extingue los mandatos o poderes que hubiere otorgado el ausente (Art. 53).

El artículo 49 de nuestro Código Civil señala quiénes pueden solicitar la declaración de ausencia de una persona desaparecida: cualquiera que tenga legítimo interés (artículo VI del Título Preliminar), y el Ministerio Público, por existir un interés social.

En cuanto a la competencia, según el artículo 49 puede conocer de la declaración el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre "la mayor parte de sus bienes". En este último extremo se ha adoptado contenido distinto al previsto en el artículo 47, que se refiere al "lugar donde se encuentren sus bienes", tratándose de la desaparición. Si bien ambas etapas son independientes y no se requiere nombrar curador al desaparecido para declarar la ausencia, creemos que ha debido seguirse un mismo criterio para determinar la competencia jurisdiccional.

El efecto de la declaración de ausencia, con relación al patrimonio, es el de dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos en el momento de la declaración (Art. 50), lo que significa que debe concordarse con el Art. 724³⁶.

Si el declarado ausente no tuviera herederos forzosos, en tal caso "continuará" la curatela

35 Al respecto, el Code establece que si el ausente ha dejado poder, los presuntos herederos no podrán pedir la declaración de ausencia sino transcurridos diez años desde la desaparición de aquél o después de sus últimas noticias (artículo 121), siendo necesario para el supuesto del ausente sin apoderado que lo represente, el transcurso de cuatro años (artículo 115).

36 Según el ponente, se ha señalado a los herederos forzosos porque: "El Código contempla el interés de aquellos que forman el núcleo íntimo de la familia, es decir de los que presumiblemente han dependido económicamente del ausente y que en cierta manera, han coparticipado de la posesión de sus bienes". FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos *Op. cit.*, p. 119.

establecida en el artículo 47 (Art. 50 *in fine*). En concordancia con Javier de Belaúnde consideramos que el empleo del término "continuará" no es acertado por cuanto sugiere que el nombramiento de curador del desaparecido es necesario para la declaración de ausencia³⁷.

Entendemos que, de no existir herederos forzosos del declarado ausente deberá continuarse con la curatela establecida por el artículo 47, si se hubiera nombrado curador. De no ser así, se declarará la ausencia y deberá nombrarse un curador como en el caso de la desaparición.

Creemos conveniente destacar el criterio seguido por el Código según el cual la declaración de ausencia no origina la apertura de los actos de última voluntad del ausente³⁸. Consideramos que este criterio es acertado, pues durante la declaración de ausencia, pese a crearse ya una incertidumbre sobre la existencia del ausente, se debe presumir la vida de éste hasta que se compruebe su muerte o sea declarada judicialmente. Coincidimos con la opinión del Dr. Rómulo Lanatta, ya que no se justifica que la declaración de ausencia "ponga en funcionamiento prematuramente el mecanismo sucesorio"³⁹.

En cuanto a los derechos sucesorios del declarado ausente, puesto que de acuerdo a nuestro Código Civil el ausente no es considerado un incapaz, Augusto Ferrero Costa dice que al "no haberse declarado su muerte (sólo es ausente), puede recoger bienes hereditarios"⁴⁰.

La terminación de la situación de ausencia declarada está regulada en el artículo 59, el cual señala las siguientes causales: 1.- Regreso del ausente. 2.- Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posteridad a la declaración. 3.- Comprobación de la muerte. 4.- Declaración judicial de muerte presunta.

Es interesante observar que el artículo 60 señala las consecuencias jurídicas originadas por las causales de cese. Estas consecuencias son dos: 1.- La restitución de su patrimonio al ausente, si es que regresa o designa apoderado suficiente con posterioridad a la declaración. 2.- La apertura de sucesión si se comprueba su muerte o se declara su muerte presunta.

37 DE BELAUNDE, Javier. "Desaparición, Ausencia y Muerte Presunta, Tres años después". En: **Themis. Revista de Derecho**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca, 1988. Nro. 10 p. 67.

38 *Contraria es la posición del Código italiano (artículo 50), que dispone la apertura de los actos de última voluntad del ausente, si existen, al quedar ejecutable la sentencia que declara la ausencia. Este último criterio está contenido asimismo en el Código de Portugal (Artículos 100 a 103) y también en el Código de Brasil en lo que denomina la "sucesión provisoria".*

39 LANATTA, Rómulo *Op. cit.*, p. 162.

40 FERRERO, Augusto. *El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil peruano*. Lima, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, 1987, p. 45.

Por razones de sistemática⁴¹ habría sido mejor ubicar la referencia a la apertura de la sucesión en el título VII del Libro I (Declaración de Muerte Presunta), que es donde corresponde.

41 SOLARI AGÜELA, Jorge Giancarlo. *Op. cit.*, p. 245.

CAPITULO SEGUNDO

EFECTOS DE LA AUSENCIA EN RELACION CON LA FAMILIA

En el presente capítulo analizaremos los principales efectos que origina el régimen de la ausencia en aquellos aspectos de la esfera familiar en que dicho régimen tiene incidencia, para cuyo efecto hemos tomado en cuenta las secciones en que se divide el Libro de Familia del Código Civil.

1. SOCIEDAD CONYUGAL

1.1. Invalidez del Matrimonio

El Código Civil señala que es nulo el matrimonio del casado (artículo 274 inciso tercero). Establece sin embargo, que si el primer cónyuge ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio sólo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que haya actuado de buena fe y dentro del plazo de un año contado a partir del día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

"Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe". El inciso concluye señalando que en el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.

El Código abrogado de 1936 al normar la nulidad del matrimonio, no concedía el derecho de impugnar el matrimonio contraído por el cónyuge del desaparecido mientras duraba el estado de ausencia (artículo 138)⁴².

42 El Proyecto de Vidaurte establecía que: "no se puede proceder a un segundo matrimonio sin prueba completa de la muerte del cónyuge" (artículo 33 del Título 2do). Su autor afirmaba categóricamente que "si los

Emilio Valverde señalaba al comentar este artículo que aunque respecto del ausente subsiste la prohibición para el consorte presente de contraer una nueva unión, si "en virtud de equivocadas informaciones, que le hacen creer en el deceso de éste, contrae segundas nupcias, una elemental prudencia aconseja dejar en suspenso el ejercicio de la acción de nulidad", mientras no se extinga la presunción. Para hacer más expresiva su explicación cita la frase de Gilbert Desvoisins: "La incertidumbre de la muerte de uno de los cónyuges no debe jamás bastar para contraer un nuevo matrimonio, pero ella tampoco debe bastar jamás para turbar un matrimonio contraído"⁴³.

Darío Rodríguez Llerena expresaba, por su parte, que no cabía la impugnación "porque existe la posibilidad de la muerte de ese cónyuge desaparecido, reputado absolutamente incapaz por el artículo 9 inciso 4. Si el desaparecido regresa, se inicia la impugnación, porque ya no existe la presunción de su muerte"⁴⁴.

Opinión contraria era la sostenida por H. Comejo Chávez, quien afirmaba—refiriéndose al Código abrogado— que en tanto "el matrimonio contraído antes de que se considere jurídicamente muerto al ausente, constituye delito de bigamia, debería darse al segundo cónyuge de buena fe la posibilidad de invalidar el matrimonio (...), pues resulta absurdo obligar al nuevo cónyuge a quedarse casado con el bigamo, no obstante existir un delito en el mismo matrimonio"⁴⁵.

Consideramos acertada la crítica del doctor Comejo Chávez, y así lo han entendido los demás miembros de la Comisión reformadora y la Comisión Revisora, puesto que la norma comentada (artículo 274 inciso 3ero., del Código vigente), ha quedado redactada en los términos del ponente (artículo 41 inciso 3ro. párrafo tercero del Anteproyecto), salvo el último párrafo que fue sustituido por el último del texto actual⁴⁶.

matrimonios se tienen por absolutamente indisolubles, cualesquiera que sea el tiempo de la ausencia, ella no habilita para proceder a un segundo matrimonio". El Código Nor-Peruano decía que no puede contraerse un segundo matrimonio antes de la disolución del primero (artículo 90) y que una de las causas que anulan el matrimonio es el estar ligado por casamiento anterior (artículo 107). Sin embargo, no hemos encontrado en este Código una norma expresa que regule la nulidad en los casos de ausencia o presunción de ausencia; tampoco la hemos encontrado en el Código de 1852, que se refiere a la nulidad del matrimonio del casado en los artículos 142 inciso 5to., 160 y 169. VIDAURRE, Manuel Lorenzo, *Op. cit.*, p. 83.

43 VALVERDE, Emilio. *El derecho de familia en el Código Civil peruano*. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra. 1942. T. I. p. 308.

44 RODRIGUEZ LLERENA, Darío. *Código Civil*. Chiclayo, Librería e Imprenta Mendoza. 1937, p. 120.

45 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima, Librería Studium, 1985. T. I, p. 218.

46 El párrafo en mención decía lo siguiente: "Terminado el estado de desaparición, ninguno podrá impugnar el nuevo matrimonio si se ha declarado la muerte presunta; mas el primer matrimonio recobrará plena validez y el segundo valdrá en su caso como putativo, si la ausencia terminase por el regreso del desaparecido". REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, *Op. cit.* T. I, p. 277-280.

Sin embargo, en nuestra opinión, la norma no tiene un texto claro por cuanto por un lado hace mención al cónyuge del "desaparecido" y por otro, establece que la impugnación sólo cabe "mientras dure el estado de ausencia". Esta redacción puede originar problemas de interpretación por cuanto la expresión "estado de ausencia" puede ser entendida como comprendiendo tanto a la desaparición cuanto a la ausencia declarada (dada la denominación genérica del Título VI del Libro I), o sólo como ausencia declarada (si se considera que la naturaleza de esta es la de estado civil)⁴⁷. En esta última hipótesis, tratándose de un desaparecido al que no se ha declarado ausente, no podría plantearse la nulidad del matrimonio, pues aún no hay estado de ausencia, lo cual implicaría que sería necesario esperar por lo menos dos años para plantear la acción de invalidez.

Consideramos que, en el inciso tercero del artículo 274, los términos "desaparición" y "estado de ausencia" se refieren a la ausencia en general; es decir, que el segundo cónyuge puede impugnar el nuevo matrimonio tratándose de desaparición o de declaración de ausencia. Además, en la ponencia del Libro de Familia se usa el término "desaparecido" con carácter genérico⁴⁸.

Creemos, pues, que la intención del legislador de 1984, en el párrafo que es objeto de nuestro análisis, ha sido proteger al nuevo cónyuge de buena fe otorgándole el derecho de proceder a la impugnación mientras no se haya producido el retorno del desaparecido o del declarado ausente y no se haya declarado su muerte presunta.

El concepto de buena fe toma relevancia a raíz de la teoría del matrimonio putativo, elaborada por los canonistas, la cual concede efectos al matrimonio anulado cuando ha existido buena fe en los cónyuges, teoría que fue recogida por los códigos modernos⁴⁹.

La tesis predominante en la legislación comparada es que la buena fe se presume y la mala fe debe ser probada, aunque se consideran ciertas excepciones entre las cuales está el caso de la bigamia. Belluscio, al comentar las tesis existentes, destaca la posición intermedia de Róbor, expresando que "ni podrían establecerse principios absolutos acerca de la buena fe y su prueba y la solución variaría según las causas de nulidad (...)"; en la bigamia, se

47 Véase sobre la naturaleza jurídica de la ausencia, entre otros: SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *Op. cit.*, p. 12, 94 y ss. CARREJO, Simón. *Derecho Civil. Introducción y Derecho de Personas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1969. p. 337. PERLA VELAOCIAGA, Ernesto. *Derecho de las Personas*. Lima, p. 21. LEON BARANDARIAN, José. *Manual de Derecho Civil*. Lima, Imprenta de la UNMSM, 1963, p. 45. ENNECERUS, KIPP Y WOLFF. *Ob. cit.* Tomo I. p. 331.

48 Al fundamentar el Anteproyecto aseveraba el doctor Comejo, refiriéndose al tema: "Se esclarece la situación, hoy confusa, del matrimonio contraído por el cónyuge del desaparecido, en lo que hace al derecho del nuevo cónyuge de buena fe para demandar la nulidad; se prevé la posibilidad del regreso del desaparecido; (...)". PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU" *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*. T. I. p. 548.

49 LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Talleres Gráficos "Ariel", Buenos Aires, 1930. p. 191.

presumiría la mala fe del bigamo y la buena fe de quien se case con él"⁵⁰.

En este orden de ideas, se presumirá la buena fe del nuevo cónyuge al que se refiere el segundo párrafo del artículo 274 inciso 3ero. de nuestro Código Civil; pero carecerá de ésta si existe nombrado curador del desaparecido o si éste ha sido declarado ausente, por cuanto ambas situaciones dan lugar a inscripción en el Registro Personal ⁽⁵¹⁾. En ese sentido deberá tenerse en cuenta el principio de publicidad consagrado en el artículo 2012.

La solución dada por el Código Civil peruano al asunto que venimos comentando, se aparta de la generalidad de la legislación comparada. En efecto, por ejemplo, el Código Civil italiano (art. 117 segundo párrafo), establece que el matrimonio contraído por el cónyuge del ausente no puede ser impugnado mientras dura la ausencia. Messineo justifica esta norma en base al principio "favor matrimonii"; Franceschelli expresa, a su vez, que el negado retorno del ausente, y con mayor razón su muerte, "convalida el matrimonio eventualmente celebrado por su cónyuge"⁵². Igual criterio sigue el Código venezolano, aunque estableciendo con mayor precisión que tanto el matrimonio de un presunto ausente cuanto el de un declarado ausente no puede ser atacado mientras dure la ausencia (artículo 122 segundo párrafo). El Code, por su parte, establece que el matrimonio contraído por su apoderado provisto de la prueba de su existencia (artículo 139).

Heinrich Lehmann, refiriéndose a la Exposición de Motivos del B.G.B., dice que según ésta, a pesar de la inseguridad sobre la vida o muerte del cónyuge de un desaparecido "hay que concederle la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio válido; para el caso excepcional que el desaparecido se presente sería erróneo considerar como inválido el segundo matrimonio a favor del primero, que de hecho era inexistente"⁵³. Sin embargo, es necesario hacer notar que el comentario trata de la posibilidad de ulteriores nupcias del cónyuge en el caso de declaración de fallecimiento (artículos 1348 a 1352).

1.2. Dirección, representación y administración de la Sociedad Conyugal

El Código dispone que la dirección y representación de la sociedad conyugal se asumen por uno de los cónyuges cuando se "ignora el paradero del otro" o éste se encuentra en lugar remoto (Art. 294 inc. 2). Al referirse la norma al caso en que se ignora el paradero de uno de

50 BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. 3a. ed. Buenos Aires. Ediciones De Palma, 1981. T. I. p. 334.

51 Sobre la buena fe, véase la Ejecutoria Suprema de fecha 19-12-56 y su comentario. En: CORNEJO CHAVEZ, Héctor y LAVADO-PALACIOS, Santiago *La invalidez del Matrimonio en la Jurisprudencia Suprema y en la experiencia del Distrito Judicial de Lima* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1972, p. 59-62.

52 MESSINEO, Francesco *Op. cit.* T. III, p. 76. FRANCESCHELLI, Vincenzo "Il Matrimonio haviel: l'Invalidita" En: *Trattato di Diritto Privato Op. cit.* T. II, p. 647.

53 LEHMANN, Heinrich. *Derecho de Familia*. Editorial de Derecho Privado. Vol. IV. Madrid, 1953, p. 231.

los cónyuges, tácitamente hace alusión a la desaparición (puesto que esta circunstancia constituye el requisito principal de la situación prevista en el artículo 47). Aunque el Código no lo señala expresamente, se entiende que esta dirección y representación unilateral es provisional y debe cesar al producirse el retorno del cónyuge no presente.

El Código Civil de 1936 establecía que la mujer asumía la dirección y la representación de la sociedad conyugal cuando se ignora el paradero del marido (artículo 174 inc. 2)⁵⁴. Emilio Valverde, comentando esta norma se refiere al caso en que el marido hubiera dejado apoderado, expresando lo siguiente: "si existe apoderado, su función estará confiada a la gestión de los comunes intereses económicos, con la extensión señalada por el poderdante, que no conciernen a los de la propia economía interior de la familia, que queden fuera de toda ingerencia o vigilancia extraña como habría de ser la de mandatario, que de ejercitarse atentaría contra el respeto debido a la mujer y la organización del matrimonio, que excluye dentro de él toda autoridad que no sea la personal del marido"⁵⁵. Este es el antecedente inmediato del artículo 294 del Código civil vigente cuyo inciso segundo comentamos. La innovación esencial, como es obvio, consiste en haber variado el criterio de considerar al marido como el representante y director de la sociedad conyugal (artículos 161 y 168 del código de 1936), y en tal virtud la norma se refiere a "los cónyuges" y no "al marido".

Nos parece interesante hacer referencia al artículo 314 del Código vigente, que está vinculado al inciso segundo del artículo 294 anteriormente comentado. De acuerdo a esta norma, cuando se ignora el paradero de uno de los cónyuges, la administración de los bienes de la sociedad y de los propios del cónyuge cuyo paradero se ignora, corresponden al otro.

54 El proyecto de Vidaurre establecía: "el marido puede ser separado de la administración de los bienes por impedimentos morales o físicos" (Título 4to., artículo 25). Su autor expresaba que "como sea justo que la muger sea habilitada á contratar y administrar en caso de resistencia o ausencia del marido, mucho más lo será, cuando su estado no le permita encargarse de ningún negocio interior ó exterior de la familia". El C. C. Nor-Peruano no hace referencia expresa sobre quién ejerce la administración y representación de la sociedad conyugal; sin embargo, se deduce que es el marido al exigirse que la mujer cuente con la concurrencia de aquél o con su consentimiento (que puede manifestarse por ratificación posterior), para dar, enajenar, hipotecar y adquirir a título gratuito u oneroso (artículo 134), e incluso para comparecer en juicio (artículo 132). En el supuesto de encontrarse el marido "impedido o ausente el juez con conocimiento de causa puede autorizar a la mujer, sea para comparecer en juicio, sea para contratar" (artículo 138). Según el Código de 1852 y el criterio de la época, la mujer requería de la intervención del marido o de su consentimiento escrito para contratar (Artículo 182), otorgándosele a éste la administración de los bienes de la sociedad conyugal (artículo 180). El artículo 186 inciso segundo establecía que para los efectos de la autorización judicial que requería la mujer no era necesario citar ni dar audiencia al marido cuando éste está ausente de su domicilio o residencia, se ignora su paradero o es urgente la necesidad de la autorización. Como puede apreciarse, esta norma hace mención no sólo a la ignorancia del paradero sino a la ausencia del domicilio o residencia, elementos que configuran la situación de desaparición. Angel Gustavo Comejo comentaba esta norma expresando que "la autorización judicial no puede estar subordinada a una condición imposible, y tal sería la de citar previamente al marido cuyo paradero se ignora". Véase: VIDAURRE, Manuel Lorenzo *Op. cit.*, p. 143. CORNEJO, Angel Gustavo. *Comentarios al Código Civil de 1852*. Chiclayo, Dionisio Mendoza, Librería y Casa Editora, 1921, T. I, p. 257.

55 VALVERDE, Emilio *Op. cit.* T I, p. 424.

El antecedente inmediato del artículo 314 antes mencionado es el artículo 192 del Código de 1936, según el cual la administración de los bienes comunes y los del marido se transfiere a la mujer en los casos del artículo 174.

A nuestro parecer, de acuerdo al comentario que hemos hecho sobre el artículo 294 inciso segundo, el artículo 314 está regulando una situación también prevista por los artículos 47 y 597, que se refieren a la desaparición y curatela correspondiente (que se ejerce de acuerdo a los artículos 569 y 573). En aplicación del artículo 569, en tal caso corresponde ejercer la curatela, en primer lugar, al cónyuge no separado judicialmente. Como hemos expuesto en el primer capítulo, las facultades de este curador son la custodia y conservación de los bienes del desaparecido, realizar los actos necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas, y ejercer la representación en juicio del desaparecido⁵⁶.

Es necesario hacer notar, no obstante, que el artículo 314 otorga al cónyuge presente facultades de administración en forma lata (sin más restricciones que las derivadas de la naturaleza misma de la administración), a diferencia de las conferidas al curador del desaparecido, quien debe solicitar al juez la concesión de mayores facultades si por necesidad o utilidad, o por las circunstancias, así lo requiriera (artículo 602).

Así pues, producida la desaparición de una persona casada, no separada judicialmente, al cónyuge presente le sería más conveniente ampararse en el artículo 314 para ejercer la administración de los bienes propios de su cónyuge sin las restricciones a las que está sujeto el curador instituido según los artículos 47 y 597.

Consideramos inconveniente la duplicidad existente en cuanto a la regulación de la desaparición de una persona casada. Creemos que el Código debió precisar una de estas soluciones: o señalar en el artículo 314 que de producirse la desaparición ("ignorarse el paradero"), de uno de los cónyuges se estará a lo establecido por los artículos 47 y 597; o, establecer en el artículo 597 que, de ser casado el desaparecido, se aplicará lo dispuesto en el artículo 314.

En cuanto a la declaración de ausencia, el artículo 294 no resulta aplicable ya que al declararse ésta fenece la sociedad de gananciales (art. 318 inc. 4to.), y en consecuencia no habrá bienes comunes que administrar, pasando los bienes propios del cónyuge declarado ausente en posesión temporal a los presuntos herederos de éste (arts. 50 y 51). Por consiguiente, al cónyuge presente únicamente le corresponderá la administración de los bienes propios de su cónyuge ausente, en el supuesto de ser único heredero forzoso.

En el derecho comparado, los Códigos Civiles alemán (art. 1418), chileno (art. 1758), francés (art. 213), italiano (art. 222) y paraguayo (art. 198), establecen que la administración

56 Emilio Valverde afirmaba respecto del antecedente de esta norma, que la administración conferida (en ese caso a la mujer), está de acuerdo con la curatela establecida en el artículo 590. VALVERDE, Emilio. *Op. cit.*, p. 504.

de la sociedad de gananciales es asumida por la mujer en caso de ausencia del marido.

El Código Civil argentino (art. 1284), no se refiere expresamente a la ausencia del marido, sino establece que la administración de los bienes de la sociedad conyugal se transfiere a la mujer cuando ella sea nombrada curadora del marido. El artículo 19 inciso primero de la Ley 14394 precisa que le corresponde ejercer dicho cargo tratándose del caso de ausencia de aquél.

1.3. Sociedad de Gananciales

En cuanto a la sociedad de gananciales, al no contemplarse entre las causales por las cuales ella fenece a la desaparición o la ignorancia del paradero de uno de los cónyuges, queda claro que al producirse esta situación se mantiene el régimen de comunidad de bienes, aunque con la diferencia en lo relativo a la dirección, representación y administración de la sociedad, que será ejercida por el cónyuge presente según lo dispuesto por los artículos 294 inciso 2do. y 314 antes comentados. El Código Civil de 1936 no contemplaba la situación de desaparición como causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales.

En el derecho comparado tampoco encontramos ninguna legislación que establezca que la desaparición (o situación análoga), disuelva la sociedad de gananciales.

La declaración de ausencia en cambio, sí está considerada (artículo 318 inciso 4to) , como causal de fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales. El antecedente de esta norma es el inciso quinto del art. 199 del Código de 1936.

Fenecida por esta causal la sociedad de bienes y practicada su liquidación "el cónyuge presente asumirá el manejo de los bienes que le hayan sido adjudicados con las mismas características de un régimen de separación de patrimonios en tanto que la parte correspondiente al ausente será entregada en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos"⁵⁷.

El momento en que se considera fenecido el régimen de sociedad de gananciales es regulado en dos niveles por el artículo 319 del código vigente.

En un primer nivel, respecto a la relación entre los cónyuges, la sociedad de gananciales se considera fenecida en la fecha de la declaración de ausencia. En un segundo nivel, respecto a terceros, se considera fenecido dicho régimen en la fecha de la inscripción de la declaración de ausencia en el Registro Personal.

Es importante destacar la innovación contenida en el tercer párrafo del artículo 323 en el que se establece que al fenecer la sociedad de gananciales por declaración de ausencia de

57 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Op. cit.* T. 1, p. 310.

uno de los cónyuges, el cónyuge presente tiene derecho preferencial para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar.

Esta norma es concordante con el artículo 731 del Código Civil vigente que concede al cónyuge sobreviviente el derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre la casa en que existió el hogar conyugal.

En la legislación comparada, los códigos civiles italiano y español contienen el mismo criterio del art. 318 inc. 4to. de nuestro Código Civil. El Código Civil italiano (art. 225), señala entre las causales de disolución de la comunidad de bienes a la declaración de ausencia de uno de los cónyuges. El Código Civil español, (art. 1393 inc. 1ero.), establece que la sociedad de gananciales concluye por decisión judicial y a petición de uno de los cónyuges cuando el otro ha sido declarado ausente.

Diferente es el criterio seguido por el Código Civil francés (art. 124), según el cual el cónyuge de un ausente declarado que tiene bienes en común puede optar por la continuación de la comunidad de bienes o por la disolución provisional de ella.

1.4. Separación de Patrimonios

Respecto al régimen de separación de patrimonios cabe mencionar que el Código no hace referencia alguna a la desaparición.

Así, de haberse adoptado el régimen de separación de patrimonios y de producirse la desaparición de uno de los cónyuges, corresponderá al cónyuge presente, de acuerdo a los artículos 47, 569 y 597, el ejercicio de la curatela de los bienes propios del cónyuge desaparecido. Debe tenerse presente, sin embargo, la observación expresada líneas atrás al referirnos a la administración de bienes en caso de desaparición respecto al artículo 314 del Código Civil.

Para el supuesto de declaración de ausencia, los bienes propios del cónyuge declarado ausente pasarán en posesión temporal a sus presuntos herederos forzosos (art. 50), entre los cuales está el cónyuge presente.

1.5. Decaimiento y disolución del Vínculo Matrimonial

Nos parece importante comentar el artículo 334 relativo a la acción de separación de cuerpos. En este artículo se señala que la acción de separación corresponde, por regla general, a los cónyuges. Sin embargo, en forma excepcional, se faculta para accionar a los ascendientes si alguno de los cónyuges "es incapaz, por enfermedad mental o ausencia".

Consideramos que la redacción de este artículo no es acertada, pues se está entendiendo a la ausencia como una causal de incapacidad, lo cual guarda coherencia con la concepción de ausencia contenida en el Código Civil vigente.

Como ya hemos observado al referirnos a los antecedentes en nuestra legislación sobre la ausencia, su inclusión entre las causales de incapacidad constituyó una notoria inexactitud del Código de 1936⁵⁸.

El artículo 248 de dicho Código (antecedente inmediato del 334), sin embargo, no se refería a la ausencia sino únicamente a la incapacidad de uno de los cónyuges por causa de enfermedad mental.

En el proyecto del Código Civil, encontramos la introducción del término "ausencia" en su artículo 381; no obstante, la redacción de su texto es diferente al incorporado en el Código. En efecto, en el segundo párrafo del artículo 381 del Proyecto (que no es sino reproducción del artículo 100 del anteproyecto elaborado por el doctor Cornejo Chávez), se establecía lo siguiente: "Si alguno de ellos fuera incapaz de ejercerla, a causa de enfermedad mental o ausencia...", lo cual es diferente a decir, como lo hace el Código, "Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia..."⁵⁹.

Creemos que para una mayor claridad, el segundo párrafo del artículo 334 del Código vigente podría decir: "Si alguno está impedido por enfermedad mental o ausencia, ...", corrigiéndose la frase final que dice: "... el curador especial representa al incapaz".

En cuanto al sentido en que debe interpretarse el término "ausencia" en este artículo, consideramos que se refiere tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia.

No hemos encontrado norma parecida en la legislación comparada. Sobre este tema es interesante hacer mención al Código de Familia de Costa Rica que considera como causal de divorcio la ausencia del cónyuge legalmente declarada (art. 48 inciso sexto). Asimismo, establece que la reaparición del ausente no revive el vínculo matrimonial disuelto (art. 51).

2. UNION DE HECHO

"La actitud que debe asumir el derecho en relación con el concubinato —ha dicho el jurista Rafael Rojas Villegas—, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del derecho de familia". Asimismo, ha señalado las principales diferentes actitudes adoptadas por la legislación: ignorar en absoluto las relaciones que nacen del concubinato, regular exclusivamente las consecuencias de éste con relación a los hijos, prohibir el concubinato y sancionarlo desde el punto de vista civil o penal, reconocerlo y regularlo jurídicamente, concediendo derechos y obligaciones para las partes y equipararlo con el matrimonio. En todas estas soluciones, a través de la historia del derecho, el criterio moral o ético determina

58 J. de Belaúnde ha expresado que a pesar del desliz del segundo párrafo del artículo 334 del Código Civil, es indudable que la ausencia no es más en nuestro Código causal de incapacidad. DE BELAUNDE, Javier. "Desaparición, ...". *Op. cit.*, p. 62.

59 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Op. cit.* Librería Studium, 1985. T. I, p. 349.

la regulación del derecho positivo e inspira a la doctrina⁶⁰.

Francisco García Calderón expresaba, refiriéndose al Código de 1852, que a pesar de las prohibiciones, el concubinato existe y que, por tal motivo, las leyes tenían que ocuparse de los derechos de los hijos provenientes de esas uniones, expresando asimismo que las obligaciones otorgadas a favor de una concubina son nulas porque es ilícita la causa de la obligación. Dicho jurista definía el concubinato como la "comunicación o trato de un hombre con una mujer que vive y habita con él, como si fuera su marido, siendo libres o solteros, y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio"⁶¹.

Esta definición se refiere al concubinato *strictu sensu*, que es justamente el que regula nuestra Constitución Política en su artículo noveno. Dicho artículo ha merecido apreciaciones de los comentaristas de dicha Carta⁶². El maestro Comejo Chávez, quien tuvo notable participación sobre la materia en la Asamblea Constituyente⁶³, por su parte, señalaba que el tratamiento a la unión de hecho era una de las innovaciones importantes de dicha Carta, destacando los principales problemas que pueden generarse y haciendo notar que, al parecer, el legislador constituyente estuvo muy preocupado por la terminación del concubinato en base a los casos patéticos de abandono del concubino a la concubina, llevándose lo que habían adquirido; recalando que este tema le preocupó al codificador de 1936 que al final optó por aceptar el planteamiento del doctor Manuel A. Olaechea en el sentido que estos casos estaban previstos en el artículo 1136 del Código Civil derogado⁶⁴.

60 ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. I Introducción, Personas y Familia*. Vigésimo segunda edición. México D.F. Editorial Porrúa. 1988. p. 347-348.

61 GARCIA CALDERON, Francisco. *Op. cit.* T. I. p. 555.

62 En el Perú "miles de parejas conviven sin casarse". PAREJA PAZ-SOLDAN, José. *Derecho Constitucional Peruano*. 7ma. edición. Justo Valenzuela V. Editor. 1981. p. 493. "Este dispositivo reposa en la realidad nacional". RUIZ ELDREDGE, Alberto. *La Constitución comentada 1979*. Lima, 1980. p. 44. Se trata de uniones que son "matrimonio en todo menos en el nombre". CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*. 3ra. Edición. Afa Editores Importadores. Lima, 1984. p. 50. "Una cosa es la constitución de la familia y otra es la familia misma. Por eso, una cosa es el matrimonio y otra la existencia de la familia misma". RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES, Enrique. *Perú: Constitución y Sociedad Política*. Lima, DESCO. 1981. p. 176.

63 REPUBLICA PERUANA. *Actas de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente*. Publicación Oficial. Lima, 1978. p. 66-67.

64 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. "Derecho de la Familia en la Nueva Constitución". En: *La Nueva Constitución y su aplicación Legal*. Centro de Investigaciones y Capacitación Legal. Lima, 1980. Pp. 41-46. Refiriéndose a los antecedentes históricos del concubinato en nuestro país y la necesidad de su regulación, Rodríguez Iturri concluye que "... hay en todo lo dicho, una circunstancia histórico-cultural arraigada y afirmada a través de los tiempos, que por su permanencia, su autenticidad, su nutrido valor sociológico, su genuina expresión de cultura mediante la riqueza de su manifestación vital, no puede ser soslayada por el derecho, a riesgo de merecer severa interpelación". RODRIGUEZ ITURRI, Roger. "Concubinato y Fertilización In Vitro". En: *Derecho*. Nro. 39 diciembre, 1985. P.U.C. Fondo Editorial. 1986. p. 350. De otro lado, existe un significativo porcentaje de hogares concubinarios (17% según el censo de 1981). No obstante, tal, como lo ha aseverado el doctor Comejo Chávez, "es de presumir que el número sea mayor ya que por consideraciones de prestigio social o pudor, personas que son convivientes se declaran casadas". CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Op. cit.* T. I. p. 76 y 77.

El Código vigente regula lo concerniente a la unión de hecho en el artículo 326. En su tercer párrafo señala como una de las causas de su terminación a la "ausencia".

El empleo del término "ausencia", como ya lo hemos expresado, puede referirse tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia. Podría considerarse que, no habiendo distinguido el legislador, debe interpretarse que la unión de hecho termina al producirse cualesquiera de ellas.

Ahora bien, cabe hacer notar que como ya expresáramos, la curatela de bienes del desaparecido tiene lugar ante una emergencia, cual es que los bienes de una persona desaparecida queden abandonados, siendo la designación del curador la consecuencia jurídica de la desaparición. Así, esta situación que tiene carácter provisional o transitorio, no afecta el status personal del desaparecido y, en consecuencia, no puede producir el fin de la unión de hecho.

Debe tenerse presente que, de existir bienes que cautelar, podría solicitarse el nombramiento de curador con el exclusivo fin de proveer al cuidado de tales bienes y no con la voluntad de poner fin al concubinato, de modo que al retornar el desaparecido sería necesario que transcurrieran nuevamente dos años para que se constituya la sociedad de bienes.

Un argumento que podría esgrimirse para afirmar que con la desaparición de uno de los concubinos termina la unión de hecho, es que tratándose ésta de una situación de convivencia habitual o posesión continua de estado, al no encontrarse alguno de los concubinos la unión de hecho debe llegar a su fin.

En consecuencia, tratándose de la causal de ausencia a la que alude el Código, consideramos que sería excesivo poner fin a la unión de hecho con la sola desaparición; más bien, el término ausencia al que se refiere el artículo 326, debe ser entendido en sentido restrictivo, esto es, como declaración de ausencia, pues el transcurso de dos años es un plazo prudencial para poner fin a la unión de hecho, y por tanto, a la sociedad de bienes correspondiente.

En cuanto al momento en que debe tenerse por disuelta la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho, coincidimos con el doctor Cornejo Chávez quien, al referirse a las normas de la sociedad de gananciales aplicables a la sociedad de bienes (primer párrafo del art. 326), considera que para determinar la fecha de fenecimiento de esta última es aplicable el artículo 319 (que señala el fenecimiento en la fecha de la declaración de ausencia)⁶⁵.

En la legislación comparada, es interesante hacer notar que la unión de hecho tiene escasa regulación. En la legislación latinoamericana cabe mencionar al Código Civil de México (D.F.), a los Códigos de Familia de Bolivia y Cuba, y al Código Civil paraguay⁶⁶.

65 CORNEJO CHAVEZ, Héctor *Op. cit.* T. I. p. 315.

66 El Código mexicano regula la unión de hecho en la parte de sucesiones, prescribiendo que se concede derechos hereditarios recíprocos a los concubinos siempre que hayan vivido como cónyuges durante los cinco años precedentes a su muerte o si hay hijos en común (art. 1635). En el Código de Familia boliviano

En este último se establece que la sociedad de hecho formada entre concubinos se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones que regulan la comunidad de bienes matrimoniales (art. 221); dentro de estas disposiciones se considera como causal de disolución de la comunidad conyugal, la desaparición de uno de los cónyuges con presunción de fallecimiento, cuando se hubiere decretado la posesión definitiva de bienes (art. 208).

3. SOCIEDAD PATERNO FILIAL

3.1. Filiación

Respecto a la filiación matrimonial, cabe hacer referencia a los artículos 363 inciso 2do. y 364.

El inciso segundo del artículo 363 faculta al marido a negar la paternidad del hijo de su mujer cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con ésta en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo.

La norma vigente tiene su antecedente inmediato en el artículo 301 inciso segundo del Código derogado, cuyo texto ha sido reproducido casi exactamente⁶⁷.

El doctor Cornejo Chávez considera, dentro de las circunstancias de imposibilidad manifiesta de cohabitación, a la ausencia⁶⁸. Coincidimos con esta apreciación y entendemos que el término "ausencia" debe interpretarse en forma genérica, es decir que comprende a la desaparición y a la declaración de ausencia (e inclusive como falta de presencia).

Así, pues, consideramos que si el marido ha desaparecido o ha sido declarado ausente, y los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento estuvieran comprendidos dentro del periodo en que se carece de noticias sobre el paradero del desaparecido o dentro de los 2 años ausente, estaría dentro de lo previsto por la norma antes mencionada, puesto que estas circunstancias implican una imposibilidad manifiesta de que el marido pudiera haber cohabitado con su mujer.

esta institución se denomina "Unión conyugal libre" y produce efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales cuanto en las patrimoniales (arts. 158 a 172). Por su parte, el Código de Familia de Cuba regula la institución como "Matrimonio no formalizado" (arts. 18 y 19), exigiendo aptitud legal para contrar matrimonio, singularidad y estabilidad en la unión.

67 El artículo 7mo. del Título 8vo. del Proyecto de Vidaurre se refiere a la ausencia, pero entendida ésta como alejamiento, norma que señala: "No se admite otra prueba contra la legitimidad que de ausencia en tanta distancia, que fuese imposible la generación; (...)". El C.C. Nor-Peruano establece que el marido puede negar al hijo si prueba que durante los 10 meses o hasta 180 días antes del nacimiento estaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer "sea por ausencia ó por efecto de cualquier otro accidente" (artículo 160). Asimismo, el C.C. de 1852 decía que el marido puede impugnar la paternidad del hijo de su mujer por "Ausencia ó enfermedad del marido ú otro accidente, que hubiese hecho imposible la generación durante ciento veinte y tres días primeros de los trescientos cinco precedentes al día del nacimiento del hijo" (artículo 221 segundo párrafo).

68 CORNEJO CHAVEZ, Héctor *Op. cit.* T. II. p. 38.

El artículo 364, relativo al plazo para interponer la acción contestatoria de paternidad, señala que éste es de 90 días y se cuenta desde el día siguiente del regreso del marido, si estuvo "ausente".

El Código Civil de 1936, establecía como término para impugnar la paternidad, noventa días desde el regreso del marido, si estuvo ausente (art. 302), el mismo que sirve de antecedente al artículo 364 vigente⁶⁹.

En cuanto a este artículo debemos señalar que, el término "ausente" debe interpretarse en su sentido material, es decir como no presencia. Asimismo, debemos expresar que existe un vacío por cuanto se ha omitido contemplar la hipótesis en que se hubiera ocultado el parto al marido. Dicho supuesto sí estaba contemplado expresamente por su antecedente, el artículo 302 del Código Civil de 1936 y por el Proyecto de Código Civil en su artículo 412.

El doctor Cornejo Chávez observa al respecto, que la omisión se debe a una inadvertencia de la Comisión Revisora, la que suprimió como causal para la negación de la paternidad el ocultamiento del embarazo y el parto, y por ello consideró que carecía de objeto referirse a ésta situación al regularse el plazo para interponer la acción respectiva⁷⁰.

Así, concluye afirmando que: "Si ha de aplicarse la ley a la letra, el marido quedaría imposibilitado de intentar la acción si, habiéndosle ocultado el hecho del parto por 90 días, lo descubre o le es confesado después por la mujer (...)". En tal virtud coincidimos con el doctor Cornejo Chávez en que existe "un vacío que no será fácil de llenar en la controversia judicial"⁷¹.

En la legislación comparada no es uniforme el plazo establecido para interponer la acción contestatoria de paternidad: en el Código Civil italiano (art. 244), es de tres meses desde el retorno del marido al lugar del nacimiento o al domicilio conyugal; en el Código Civil francés (artículo 316 tercer párrafo), dentro de los dos meses de su retorno; en el Código Civil chileno (artículo 183), dentro de los sesenta días contados desde aquél en que tuvo conocimiento del parto; establecen un plazo similar, los Códigos boliviano (de Familia:

69 El Proyecto de Vidaurre no hace referencia alguna al plazo dentro del cual debe interponerse la acción impugnatoria. No obstante, en el artículo 9 del Título 9no. establece que: "Los términos para la demanda contra la filiación son perentorios. Para que concluidos se admita, ha de darse prueba completa de ausencia ó ignorancia". El C.C. Nor-Peruano establecía que "el plazo para reclamar es de un mes si el marido se hallaba en el lugar de nacimiento y si estuvo ausente a los 2 meses después de su vuelta, y de habersele ocultado el parto éste último plazo corre después del descubrimiento del fraude" (artículo 163). El Código de 1852, en su artículo 223, establecía que la acción de impugnación de paternidad no podrá ser interpuesta por el marido sino dentro de los sesenta días después de su regreso, si ha estado "ausente".

70 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. cit. T. II. p. 38. Véase asimismo el artículo del mismo autor: "Reflexiones sobre el Nuevo Código Civil (II)" En: Diario La República. Lima, Perú Domingo 23 de setiembre de 1984, p. 13.

71 IBIDEM.

artículo 217 primer párrafo) y ecuatoriano (artículo 243 primer párrafo). Además estos tres últimos establecen la presunción de conocimiento inmediatamente después del retorno del cónyuge a la residencia dejando a salvo el caso de ocultación.

El Código de Familia de Costa Rica al referirse a la legitimidad para impugnar la peternidad, señala que si el marido ha sido declarado ausente, podrán accionar sus herederos (art. 72). Cabe resaltar que en el último párrafo de este artículo se regula la filiación en caso de inseminación artificial, estableciéndose que: "la inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades".

En cuanto a la filiación extramatrimonial, en tanto que para ella se requiere del reconocimiento del padre o de la sentencia declaratoria de la paternidad (art. 387), en este último caso no prosperará la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial si el presunto padre se hubiera encontrado desaparecido o declarado ausente durante la época de la concepción, pues no habría sido posible que éste hiciera vida en común con la madre (art. 402 inciso tercero)⁷².

3.2. Patria Potestad

La institución de la Patria Potestad es concebida como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores para asegurar el cumplimiento de los correlativos deberes de sostenimiento y educación de dichos hijos⁷³.

Dentro del Título denominado "Patria Potestad", el artículo 466 en su inciso tercero prescribe que ella se suspende "cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla".

El antecedente de la norma vigente es el artículo 434 inciso tercero del Código Civil de 1936, el cual se distingue de la norma vigente en que se refiere a la comprobación de que "los padres" se hallen impedidos de hecho para ejercer la patria potestad⁷⁴.

72 Respecto a la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial, véase: CORNEJO CHAVEZ, Héctor. "La Declaración Judicial de la Paternidad Extramatrimonial". En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985. p. 59 a 74.

73 CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Civil y Foral*. T. V. Vol. II. 7ma. edición. Madrid. 1958. p. 124 y ss. MENDIZABAL OSES, L. *Derecho de Menores. Teoría General*. Pirámide S.A. Madrid. 1977. p. 164.

74 El Proyecto de Vidaurre establece que la autoridad de la madre está subordinada al padre mientras éste se encuentre con vida y en ejercicio de sus derechos (artículo 6to. del Título 12). Pero, "muerto el padre ó impedido por obstáculos físicos o morales, la autoridad queda íntegra en la madre". Aunque Vidaurre no lo dice expresamente ni en la citada norma ni en su comentario, la ausencia del padre sería un obstáculo que le impediría ejercer su autoridad y, en consecuencia, ésta pasará a la madre. El C.C. Nor-Peruano establece que el hijo está bajo la autoridad del padre hasta la mayoría o emancipación (artículo 186), y sólo reconoce

De acuerdo al artículo 466 inciso tercero del nuevo Código, cabe interpretar que al encontrarse desaparecido uno de los padres, se suspende la patria potestad respecto a él, puesto que al no contarse con su presencia e ignorarse su paradero se encuentra impedido de hecho de ejercer la patria potestad.

Al respecto los Códigos Civiles francés (art. 373) e italiano (art. 317) no consideran expresamente a la ausencia como causal de suspensión de la patria potestad, pero establecen que en caso de ausencia del padre, ésta será ejercida por la mujer. Asimismo, el Código Civil francés contempla el cese de pleno derecho de la administración legal de los bienes de los hijos menores en caso de que la persona que tiene dicha administración se halle en estado de ausencia (artículo 389-I noveno párrafo). Los Códigos Civiles chileno (art. 262), ecuatoriano (artículo 321) y colombiano (artículo 310), sí contemplan expresamente como causal de suspensión, la larga ausencia del padre.

De otro lado, el Código Civil venezolano establece que "desde que ocurre presunción de ausencia de uno de los padres, el otro ejercerá la patria potestad, y si éste ha fallecido o estuviese en la imposibilidad de ejercerla, se abrirá la tutela (artículo 420). De manera similar, aunque con diferente redacción, el Código Civil brasileño dice que si el ausente deja hijos menores y el otro cónyuge hubo fallecido, o no tiene derecho a ejercer la patria potestad, se procederá con los hijos como si fuesen huérfanos de padre y madre. Esta norma concuerda con el artículo 406-I del mismo Código Civil referido a la tutela que establece que los hijos menores serán puestos en tutela si fallecieren ambos padres o fueran juzgados ausentes.

En cuanto a la declaración de ausencia, el inciso segundo del artículo 466 señala como causal de suspensión de la Patria Potestad a la ausencia declarada judicialmente del padre o de la madre. Esta suspensión terminará al producirse cualquiera de las causas previstas en el artículo 59 para el cese de los efectos de la declaración de ausencia.

El antecedente inmediato de la norma comentada es el inciso primero del artículo 434 del Código de 1936, según el cual la patria potestad se suspende "por la incapacidad o por la ausencia de los padres, judicialmente declarada".

En la legislación comparada, el Código Civil argentino (art. 309, modificado por el art. 4 de la Ley 23264), y los Códigos de Familia de Costa Rica (art. 145 inciso 5to.), y Cuba (art. 94), contienen el mismo criterio que el adoptado por el inciso segundo del art. 466 de nuestro Código.

causales de cese, sin que ninguna de ellas se refiera a la ausencia (artículo 191). En cuanto al C.C. de 1852, el artículo 285 establecía que "los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos están sujetos a la autoridad del padre y en su defecto a la madre". Comentando la última parte de dicho artículo, García Calderón expresa que: "el bien de los hijos, y la necesidad de conservar la armonía que debe reinar entre los esposos, exigen que estando presente el padre él solo ejerza la patria potestad; pero en defecto de él, esto es, en caso de hallarse ausente de su domicilio, de estar fuera de la casa, ó de hallarse enfermo, ó de haber fallecido, el cuidado y dirección de los hijos corresponde a la mujer. En resumen, la mujer es el segundo jefe de familia, destinado a suplir las faltas del primero. (...) Este es el orden más conforme a la naturaleza y a la justicia". GARCIA CALDERON, Francisco, Op. cit. T. II, p. 192

Con relación al Código de Familia cubano es interesante hacer mención al inciso quinto del artículo 95 que establece la privación de la Patria Potestad a ambos padres o a uno de ellos cuando abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos.

Otros supuestos que deben considerarse son los de la desaparición y declaración de ausencia del menor sujeto a patria potestad. Nuestro Código Civil vigente no hace referencia alguna a este supuesto y tampoco la hemos encontrado en la legislación comparada. Comentando la legislación argentina Guillermo Borda expresa que "la simple ausencia del hijo no suspende la Patria Potestad; es necesario para ello que haya una declaración de fallecimiento"⁷⁵.

4. AMPARO FAMILIAR

4.1. Alimentos

En cuanto a los efectos de la desaparición y la declaración de ausencia con relación a los Alimentos, cabe distinguir dos supuestos: por un lado, que el ausente sea el obligado, y por otro, que se trate de la ausencia del alimentista. El Código no regula expresamente ninguno de los dos supuestos.

De tratarse de la desaparición o declaración de ausencia del obligado, consideramos que subsiste su obligación de prestar alimentos y que, en consecuencia, corresponderá acudir con la pensión alimenticia al curador que se designe al desaparecido (artículo 602), o a quienes hayan obtenido la posesión temporal, aunque el Código sólo lo incluya dentro de las obligaciones del administrador judicial (artículo 55 inciso segundo).

En el caso de la desaparición o la declaración de ausencia del alimentista, debe tenerse presente que conforme al artículo 486 la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, y en tal virtud, la obligación de prestar alimentos subsiste, quedando suspendida hasta el retorno del alimentista, siempre y cuando se mantenga el estado de necesidad y capacidad de acudir del obligado, o hasta su muerte.

En el caso específico de la declaración de ausencia, el Código ha previsto la asignación de una pensión alimentaria (art. 58), la cual puede ser solicitada por el cónyuge del ausente u otros herederos forzosos que hubieren dependido económicamente del mismo, siempre que no percibieran rentas suficientes. En forma acertada se aplica el principio general de tener en cuenta tanto la condición económica del solicitante cuanto la cuantía del patrimonio afectado. Esta norma tiene como antecedente el artículo 51 del Código Civil italiano. El artículo 427 del Código Civil venezolano se pronuncia en el mismo sentido.

75 BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia. II*. Séptima edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1987. p. 278.

4.2. Tutela

El artículo 550 del Código vigente, que señala las causas por las cuales cesa el cargo de tutor, no contempla el caso en que se produzca la desaparición o la declaración de ausencia de la persona que ejerce la tutela.

El antecedente inmediato del artículo 550 del Código vigente es el artículo 540 del Código Civil de 1936⁷⁶; que tampoco establecía como causal de cese del cargo de tutor, la desaparición y la declaración de ausencia de quien ejerce este cargo; en la misma omisión incurre el artículo 595 del Proyecto de Código Civil. Consideramos que aquí existe un vacío en tanto que, de encontrarse desaparecido o declarado ausente el tutor, el menor sujeto a tutela puede quedar desamparado, situación que el derecho no debe permitir. En tal virtud, debió haberse incluido como causales de cese del cargo de tutor, la desaparición y la declaración de ausencia de éste o establecerse que cesa el cargo de tutor cuando éste se encuentre impedido de hecho para ejercerla, ejerciendo el cargo interinamente los herederos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 551 hasta que se produzca el nombramiento de un nuevo tutor.

En la legislación comparada, el Código Civil mexicano contempla como causal de separación de la tutela el caso del tutor que permanece ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñarla (art. 504 VI). Por otro lado, algunos ordenamientos como el francés e italiano contemplan la institución de la tutela con un tutor y un protutor o tutor subrogado, donde las funciones del primero son similares a las de nuestro sistema, y las funciones del segundo consisten en vigilar la gestión tutelar y representar al menor cuando sus intereses estuvieren en oposición a los del tutor. Es con respecto a éstos últimos que el artículo 424 del Código Civil francés establece que "el tutor subrogado no reemplazará de pleno derecho al tutor, cuando quede vacante la tutela o cuando fuere abandonada por ausencia, pero en ese caso deberá provocar el nombramiento de un nuevo tutor so pena del abono de los daños y perjuicios que pudieran resultar de ello para el menor". En el Código Civil italiano, si bien el artículo 360 no regula expresamente el supuesto, la norma es bastante flexible de manera que puede válidamente aplicarse al supuesto que comentamos; así el artículo 360 segundo párrafo dice que "El protutor está obligado a promover el nombramiento de un nuevo tutor en el caso de que el tutor haya llegado a faltar o haya abandonado el cargo, entretanto, él tiene el cuidado de la persona del menor, lo representa y puede hacer todos los actos de conservación y los actos vigentes de administración".

Cabe preguntarse qué ocurre en caso de que el desaparecido sea el pupilo. No hemos

76 El Proyecto de Vidaurre, aunque dedica el Título 14 a regular la tutela y curatela, no regula ningún supuesto de cese o suspensión del ejercicio del cargo. El C.C. Nor-Peruano regulaba en el Capítulo V, Título X, Libro Primero las funciones del "tutor fiscal", quien era nombrado en toda tutela para controlar al tutor principal en sus funciones (artículo 215). Una de sus obligaciones era "provocar el nombramiento de un nuevo tutor si la tutela queda vacante o sea abandonada por ausencia" (artículo 217). En el C.C. de 1852, no se regula la institución de la tutela, sin embargo existía una figura regulada en la Sección V del Libro I denominada "guardador". Según lo dispuesto en el artículo 306: "Al menor y al mayor incapaz, que no estén bajo la patria potestad, se les nombrará guardador, que cuide de su persona y administre sus bienes". No hemos encontrado norma alguna que establezca el supuesto de cese o suspensión del cargo de guardador por ausencia.

encontrado en nuestro Código ni en la legislación comparada, salvo el BGB, una norma al respecto.

El artículo 1884 del Código alemán dice que "si el pupilo ha desaparecido, la tutela sólo termina con la supresión por el Tribunal de tutelas", el que ha de suprimir la tutela de oficio si llega a ser conocida para él la muerte del pupilo. Al respecto, Ennecerus, Kipp y Wolf comentan que el Tribunal de tutelas suprimirá la tutela cuando de acuerdo a sus averguaciones considere cierta la muerte sin que sea indispensable la declaración de muerte⁷⁷.

En lo que a nuestra legislación se refiere, consideramos que el tutor debe continuar con la administración de bienes, pues si bien el artículo 47 dice que no procede la designación de curador cuando haya mandatario con facultades suficientes (ya hemos dicho que debe interpretarse mandatario como representante), en todo caso el tutor al ser representante legal cumple con los requisitos suficientes para cuidar de los bienes del pupilo.

Si posteriormente se pasara a la etapa de la declaración de ausencia, resultarán aplicables las normas pertinentes (artículo 49 y ss.).

4.3. Curatela

En el Capítulo precedente, ya hemos indicado que el cese del cargo del curador del desaparecido está regulado expresamente en el artículo 616. No obstante, el Código Civil no contiene una norma específica respecto al cese del cargo de curador en general. De este modo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 568, se aplican las reglas relativas a la tutela⁷⁸..

Como ya hemos observado en su oportunidad, las normas vigentes sobre la tutela no contemplan el caso en que el tutor desaparezca o sea declarado ausente, ignorándose su paradero. En consecuencia, creemos que para el caso del curador ausente cabe la misma atingencia expresada respecto de la desaparición de quien ejerce el cargo de tutor (artículo 550), pues el sujeto a curatela queda desprotegido y es necesario que el derecho provea su cuidado mientras se nombre un nuevo curador.

Así pues, creemos que de establecerse las modificaciones (ya planteadas en el punto anterior), de los artículos 550 y 551, se llenaría este vacío que afecta tanto a la institución de la tutela cuanto a la de la curatela. En cuanto a la legislación comparada, tampoco hemos

77 ENNECERUS KIPP Y WOLF. *Op. cit.* T. IV parte segunda, p. 429.

78 El Proyecto de Vidaurre regulaba en el Título 14 tanto la tutela cuanto la curatela, estableciendo el artículo 22 que resulta aplicable a esta última lo referente a la primera. En consecuencia, respecto a este Proyecto nos remitimos a lo expresado en la nota (76). En el C.C. Nor-Peruano se recoge la institución de la curatela sin regular expresamente las causas de cese o suspensión de su ejercicio. Sin embargo, el artículo 277 remite a los mismos modos de terminación que los de la tutela, agregando algunos que le son propios, como llegar a los 25 años y fenecer la incapacidad por haber cesado las causas que la motivaron. En cuanto al C.C. de 1852, éste no regula la curatela, existiendo sólo la figura del guardador a la que hemos hecho referencia en el punto inmediatamente anterior.

encontrado norma alguna que contemple el caso, aún cuando los Códigos Civiles de Francia, Italia y Venezuela tienen normas de remisión a la tutela (artículos 508, 424 y 387, 408 respectivamente); sin embargo, las normas a las que hacemos referencia al tratar la tutela no son aplicables por cuanto no existe adyacente al curador, un procurador o curador subrogado como en la tutela.

4.4. Consejo de Familia

En la parte relativa al Consejo de Familia, encontramos que los artículos 637, 638, 653 y 654 están vinculados a la ausencia.

El art. 637 señala a la "ausencia sin dejar apoderado" como uno de los casos en los que, por no quedar cuatro miembros hábiles, el número de miembros del Consejo de Familia debe completarse.

Como puede observarse, el texto de la norma no es claro, pues al referirse a la "ausencia" no precisa si se refiere a la desaparición, a la declaración de ausencia o a ambas. Para interpretar el sentido de la norma debemos remitirnos a las normas específicas del Título de la Ausencia, las que hemos comentado en el capítulo I.

Creemos que esta norma debe referirse tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia, dado que en ésta última etapa, aún cuando existiera apoderado nombrado, de acuerdo al art. 53 la inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes de la resolución que declara la ausencia, extingue los otorgados por el ausente.

El artículo 638 establece que el consejo se forma para que ejerza sus atribuciones en favor de los "ausentes".

Consideramos que en este artículo el término "ausentes" únicamente tendrá efectos respecto a la situación de desaparición, específicamente sobre la curatela de bienes del desaparecido, siendo irrelevante en lo que se refiere a la declaración de ausencia.

La alusión al Consejo de Familia, dentro de las normas referentes a la curatela de bienes del desaparecido, la podemos observar en los artículos 573 y 602, referidos al nombramiento de curador y a sus facultades. En cambio, no existe norma alguna que mencione al Consejo de Familia tratándose de declaración de ausencia.

Los artículos 653 y 654, en los cuales se faculta en ciertas situaciones al Juez de Primera Instancia y a la Sala Civil de la Corte Superior a desempeñar las funciones del Consejo de Familia, emplean el término "ausente".

Estimamos que en ambos artículos el legislador se refiere al desaparecido, puesto que (como expresamos anteriormente), el Consejo de Familia interviene en la curatela de bienes originada por la desaparición y no en la posesión temporal de los bienes derivada de la declaración de ausencia.



MATRIMONIO Y DIVORCIO

Carmen Julia Cabello

MATRIMONIO Y DIVORCIO

Diversas son las perspectivas jurídicas desde las cuales podemos presentar la temática familiar en el Perú. El Derecho desde sus múltiples aristas provee las normas que oficialmente han de regir la institución familiar en sus diferentes facetas; lo hace a través de normas tutelares de carácter general e imperativo, a las cuales debemos someternos todos los ciudadanos en el país. No obstante, resulta pertinente preguntarnos ¿Las familias peruanas se incorporan plenamente o al menos tienden a incorporarse a estas pautas legales y con ello también a su amparo?, o como ocurre con la economía y otros aspectos de la sociedad "Informalizan" en la vida real sus relaciones.

Es pues, en esta línea de cuestionamiento del "Derecho en nuestra realidad y de su acción frente a la problemática familiar", que intentaremos, a modo de ensayo, un diagnóstico muy elemental de como viene desenvolviéndose en el país dos instituciones jurídicas claves en la vida de la familia, por ser precisamente las que determinan su constitución y fin: Matrimonio y Divorcio.

1. FAMILIA Y MATRIMONIO EN EL PERU

1.1 Aspectos legales sobre las uniones conyugales en el Perú

"La familia tiene una función social de enorme trascendencia, y el Derecho ha de organizarla en la forma más eficaz para su cumplimiento"¹.

Es a través del matrimonio que el Derecho institucionaliza jurídicamente la unión de pareja como cimiento de la organización familiar y social, reconociéndola, dotándola de

1 José Luis Díaz Pastor. *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio según la constitución*, Imprenta de Galo Sáez, Madrid, 1933, p. 62.

efectos jurídicos, de estabilidad, de seguridad; estableciendo para tal fin las condiciones y forma por las que deberá celebrarse.

La orientación secular del matrimonio en nuestro país es históricamente reciente, en 1930 mediante el Decreto Ley N° 6889, dictado por la Junta Militar de Gobierno de Sánchez Cerro se consagró como único matrimonio válido en el régimen legal peruano al contraído conforme a las leyes civiles², privándose de efectos legales al matrimonio canónico que los tenía hasta ese momento.

Nos encontramos así frente a dos formas de constitución familiar: Una legal — matrimonial—, y otra de facto de carácter concubinario.

En el Perú hasta antes de 1979, se normó excepcionalmente en materia laboral y agraria respecto al concubinato³; posición que se justificaba en el deseo de fortalecer la unión legal, ingnorándole en términos generales todo efecto a cualquier otra, enfoque jurídico orientado a conducir a la ciudadanía a integrarse al único régimen amparado plenamente. En los hechos dicho efecto no se produjo, reconociéndose por el contrario que estas uniones por sus caracteres y en especial su carencia de seguridad favorecían actos de despojo y atropellos de parte del más fuerte frente a un concubino privado de derechos. La ocurrencia de tales arbitrariedades como éstas no podían seguir siendo resueltas por medio de normas indirectas⁴, lo que requería un cambio de actitud.

La Constitución Peruana introduce en este sentido preceptos expresos en materia concubinaria contenidos en el Art. 9, que a la letra establece: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le es aplicable".

Al respecto el Código Civil en su Art. 326 puntualiza que el periodo mínimo de posesión del estado será de dos años continuos, pudiendo acreditarse por cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

2 Sin embargo cabe señalar que anteriormente por Ley del 23 de diciembre de 1897, se estableció el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesaran la religión católica pudieran contraer matrimonio sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio de Trento.

3 Leyes 8439 y 8569 sobre compensación por tiempo de servicios en caso de fallecimiento del trabajador.
Ley 13517 sobre barrios marginales.
D.L. 17716 sobre Reforma Agraria.
D.L. 20598 sobre empresas de propiedad social.

4 Antes de la vigencia del Código Civil de 1984, la jurisprudencia admitió que en aquellos casos en que la concubina fuera abandonada y sufriera el despojo de los bienes que había contribuido a adquirir, debían aplicarse las normas generales sobre enriquecimiento indebido.

Cabe resaltar en estas normas su ámbito de aplicación, que excluye de su regulación a aquellas parejas que haciendo vida en común de facto, se encuentran impedidos de contraer matrimonio siendo el caso típico el de los casados que separados de hecho del cónyuge se unen maritalmente y en forma permanente con tercera persona.

En las situaciones referidas, de existir un menoscabo económico, por una de las partes, al concluir su relación, no pueden aplicarse las reglas del régimen de sociedad de gananciales, correspondiéndole al agraviado accionar por enriquecimiento indebido (Art. 1954 C.C.).

En el Perú hemos de tener en cuenta como lo plantea el Dr. Cornejo Chávez, que el concubinato presenta tres situaciones distintas⁵:

1. Los casos de verdadero concubinato, semejante al que se da también en otros países, esto es, aquellos casos en que un varón y una mujer sin ser casados, hacen vida de tales.
2. Los casos de matrimonio católico exclusivamente.
3. Los del llamado Servinakuy o designado con otras denominaciones usuales entre los campesinos indígenas de la sierra central y meridional del país.

La norma constitucional y el Código Civil otorgan a la relación concubinaria, efectos sólo de naturaleza patrimonial, al asemejarse con el régimen de la sociedad de gananciales propio del matrimonio, mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre los concubinos.

Presentados los lineamientos legales de ambas formas de constitución familiar; indagemos acerca de su incidencia y caracteres, tratemos de aproximarnos a través de los datos de la estadística a la actitud que ha asumido el poblador peruano frente a éstas a partir de su connotación geográfica y cultural.

1.2 La población peruana ante la institución del matrimonio. Información estadística sobre las uniones conyugales en el país.

Este aspecto habrá de desarrollarse en base a los datos obtenidos en los últimos tres censos, correspondientes a los años 1961, 1972 y 1981; información que será concordada con la proveniente de cuatro encuestas efectuadas a nivel nacional, por el Instituto Nacional de Estadística:

- Encuesta Demográfica Nacional del Perú (EDEN). 1974-1976

5 Héctor Cornejo Chávez. "La Familia en la ley y en la realidad del Perú", en *Para leer El Código Civil*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 86.

- Encuesta Nacional de Fecundidad del Perú (ENAF). 1977-1978
- Encuesta Nacional de Prevalencia de Anticonceptivos (ENPA). 1981
- Encuesta Demográfica y de Salud Familiar. (ENDES). 1986

Mediante estas referencias resulta interesante que comparemos nuestra conducta poblacional durante los últimos 30 años, a fin de determinar si las variaciones dadas son de significancia, en lo que esperamos sea una aceptación creciente de la unión legal sobre la factual.

CUADRO N° 1

ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACION DEL PERU, DE ACUERDO A LOS CENSOS NACIONALES

(CIFRAS RELATIVAS)

	TOTAL	SOLTEROS	CASADOS	CONVIVIENTES	DIVORCIADOS	SEPARADOS	VIUDOS	NO ESPECIFICADO	TOTAL CIFRAS ABSOLUTAS
CENSO 1961 - 1 - 100.0		38.6	41.7	13.1	0.2	0.4	5.8	0.2	5'825,634
CENSO 1972 - 2 - 100.0		41.5	37.0	13.9	0.2	1.1	5.1	1.2	8'621,118
CENSO 1981 - 3 - 100.0		42.8	38.0	11.8	0.3	1.3	4.6	1.2	11'284,482

- 1 - Estado conyugal de la población de 14 años y más.
- 2 - Estado conyugal de la población de 12 años y más.
- 3 - Estado conyugal de la población de 12 años y más.

DEFINICIONES:

- SOLTERO (A): Que nunca se ha casado, ni vive en unión de hecho o convivencia.
- CASADO (A): Que ha contraído matrimonio civil y/o religioso y vive con su cónyuge.
- CONVIVIENTE: Que vive con su cónyuge sin haber contraído matrimonio civil o religioso.
- VIUDO (A): Que después del fallecimiento de su cónyuge o conviviente no se ha vuelto a casar ni vive en unión de hecho o convivencia.
- DIVORCIADO (A): Que terminó el vínculo matrimonial por sentencia judicial y no se ha vuelto a casar ni vive en unión de hecho o convivencia.
- SEPARADO (A): Que está separado (a) de su cónyuge o conviviente y no vive en unión de hecho o convivencia.

Antes de efectuar una comparación entre el rubro de casados y convivientes debemos incidir previamente en el significado asignado a ambos términos en la encuesta censal, casado en los tres censos es aquél que ha contraído matrimonio civil o religioso, mientras que el caso de conviviente su acepción es alta, no distinguiéndose entre los que se encuentran aptos para contraer nupcias de los que están impedidos.

Las cifras presentadas expresarían que mayoritariamente la población unida conyugalmente se encuentra casada, más debe tenerse presente que los datos incluyen a los unidos por vía religiosa que al entender legal son concubinos, que asimismo por tratarse de información declarada, la correspondiente a casados es susceptible de ser alterada por cuestiones de pudor, en especial en zonas urbanas en donde pueden declararse como tales muchos que no lo son, lo que es más difícil en el caso del que se califica de conviviente; no obstante cabe señalar

que si bien la unión legal no logra plenamente dichos porcentajes, no por ello deja de ser, en términos nacionales, preponderante sobre las uniones de hecho, pudiéndose sostener que dos de cada tres uniones conyugales son legales en el Perú.

La relación promedio entre la unión conyugal legal y la concubinaria en el país, ofrece dos tópicos interesantes de discusión, el relativo al grado de diferenciación que pudieran presentar las diversas regiones de la patria en torno a sus niveles, y en segundo término deducible de la contrastación precedente, la posible significación que adoptaría el concepto de unión legal como estado nupcial inicial en la comprensión del poblador peruano.

CUADRO Nº 2

ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACION TOTAL DEL PERU, SEGUN REGIONES NATURALES Y DE ACUERDO A LOS CENSOS NACIONALES

(CIFRAS RELATIVAS)

REGION	TOTAL	SOLTERO	CASADO	CONVIVIENTE	DIVORCIADO	SEPARADO	VIUDO	NO ESPECIFICADO	TOTAL CIFRAS ABSOLUTAS
COSTA 1									
Censo 1961	100.0	42.3	40.0	12.0	0.2	0.5	4.8	0.2	3'146,814
Censo 1972	100.0	44.8	36.0	12.0	0.3	1.3	4.3	1.3	5'108,617
Censo 1981	100.0	45.3	38.0	9.8	0.4	1.4	4.0	1.1	7'035,774
SIERRA 2									
Censo 1961	100.0	33.5	44.7	13.6	0.1	0.3	7.5	0.3	2'340,289
Censo 1972	100.0	36.0	39.8	15.6	0.2	0.7	6.6	1.1	2'965,089
Censo 1981	100.0	38.0	39.8	13.7	0.2	0.9	6.2	1.2	3'470,507
SELVA 3									
Censo 1961	100.0	39.2	36.6	19.5	0.1	0.6	3.7	0.3	338,531
Censo 1972	100.0	41.6	30.8	21.6	0.2	1.0	3.4	1.4	547,412
Censo 1981	100.0	41.8	29.8	22.1	0.2	1.3	3.3	1.5	778,201

1 Ancash, Arequipa, Callao, Ica, La Libertad, Lambayeque, Lima, Moquegua, Piura, Tacna y Tumbes

2 Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Pasco y Puno

3 Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.

Si observamos el cuadro por regiones naturales podemos apreciar que en la costa en general los casados conservan un promedio semejante a los niveles nacionales y en el caso de los convivientes es ligeramente menor. Si consideramos además la división por regiones y la disgregación de la Provincia de Lima y Callao, ésta última presenta caracteres singulares, conserva sus promedios aunque han descendido ligeramente de los años 1961 a 1981, en tanto el rubro conviviente presenta índices bastante inferiores a los nacionales, lo que podría revelar que por lo menos en la ciudad capital, sede del orden oficial, se está tendiendo a una

CUADRO N° 3

ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACION TOTAL DEL PERU, SEGUN REGIONES DE PLANIFICACION Y DE ACUERDO A LOS CENSOS NACIONALES (CIFRAS RELATIVAS)

REGION	TOTAL	SOLTERO	CASADO	CONVI- VIENTE	DIVORCIADO	SEPARADO	VIUDO	NO ESPECIFI- CADO	TOTAL CIFRAS ABSOLUTAS
NORTE 1									
Censo 1961	100.0	39.1	38.0	17.3	0.1	0.4	4.8	0.3	1'841,725
Censo 1972	100.0	41.3	33.4	18.1	0.1	1.1	4.7	1.3	2'635,898
Censo 1981	100.0	42.3	35.1	15.2	0.1	1.4	4.4	1.4	3'402,491
CENTRO 2									
Censo 1961	100.0	34.3	47.5	10.1	0.1	0.4	7.3	0.3	1'340,482
Censo 1972	100.0	38.1	41.6	11.9	0.2	0.9	6.2	1.1	1'790,990
Censo 1981	100.0	40.1	41.5	10.3	0.3	1.0	5.7	1.1	1'776,970
SUR 3									
Censo 1961	100.0	34.6	44.7	12.7	0.1	0.2	4.7	0.3	1'265,948
Censo 1972	100.0	36.4	40.9	14.2	0.2	0.6	6.6	1.1	1'613,733
Censo 1981	100.0	38.4	41.9	11.6	0.3	0.8	6.0	1.0	1'992,654
ORIENTE 4									
Censo 1961	100.0	38.5	31.0	26.1	0.1	0.6	3.4	0.3	194,453
Censo 1972	100.0	42.0	26.2	26.1	0.2	0.9	3.2	1.4	309,650
Censo 1981	100.0	41.5	25.8	26.2	0.3	1.5	3.1	1.6	424,046
LIMA M. 5									
Censo 1961	100.0	46.8	39.4	8.1	0.4	0.7	4.4	0.2	1'183,026
Censo 1972	100.0	47.1	36.7	9.2	0.4	1.5	3.9	1.2	2'583,029
Censo 1981	100.0	47.0	38.3	8.0	0.6	1.5	3.7	0.9	3'688,321

- 1 Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Ancash, Cajamarca, Amazonas y San Martín.
- 2 Ica, Junín, Pasco, Huancavelica, Lima (Excepto la Prov. Lima y Callao), Ayacucho, y Huánuco (Excepto la Prov. de Pachitea)
- 3 Arequipa, Moquegua, Tacna, Apurímac, Madre de Dios, Cusco y Puno.
- 4 Loreto, Ucayali y la Provincia de Pachitea
- 5 Provincia de Lima y Callao.

formalización legal de las uniones, producto posiblemente de las aún insuficientes campañas de difusión, cumpliendo en este aspecto un papel importante la convocatoria a matrimonios masivos, en los que se incorporan a la legalidad parejas que han estado unidas de facto, así como un porcentaje significativo de parejas jóvenes que optan por el cauce matrimonial y que muchas veces no cuentan con los recursos económicos necesarios para efectuarlos por los trámites normales.

La celebración de matrimonios masivos representan una medida saludable, a pesar de algunos inconvenientes que han creado en la práctica por la simplificación de sus exigencias, la de publicaciones por ejemplo, que ha dado lugar a la ocurrencia de algunos casos de bigamia, empero en términos generales es una oportunidad más que se ofrece para acceder a la legalidad.

Caso opuesto en materia de concubinato, se observa en especial en los datos de la región norte, en los que los niveles de convivencia son superiores a los nacionales.

La Dra. Violeta Sara-Lafosse⁶ explica que en la costa norte se presenta con mayor agudeza un fenómeno que denomina poligamia disfrazada, según el cual el marido entabla relaciones con una segunda mujer con la que establece otra familia, no abandonando del todo a la primera, cohabitando alternadamente con ellas, llegando a afectar éste a un cuarto de familias de la región.

Comentario anotado que expresaría rasgos diferenciadores de la práctica concubinaría en esta zona con el resto del país, en especial con el practicado en el Ande.

En la región sierra puede observarse los niveles más altos de unión matrimonial, que si bien han descendido son superiores a los promedios nacionales, en tanto las uniones convivenciales presentan rasgos superiores a los registrados en la región costa, pero inferiores a los de la selva.

Como puede apreciarse la unión conyugal en esta región reviste singular importancia, comprendiendo un mayor porcentaje de población que se declara casada o conviviente en relación a otras regiones.

"El matrimonio es una institución a la cual aspiran todos los comuneros. Una primera explicación para este deseo se encuentra en la división del trabajo por sexos que lleva a que un individuo sea considerado como un ser social incompleto si no tiene pareja. De aquí que, en estas comunidades, sólo se concede el status de adulto a partir de la unión conyugal"⁷.

Los cuadros muestran una incidencia significativa de uniones matrimoniales en esta región; que podría explicarse entre otras razones porque éstas, además de comprender a aquéllos que directamente han accedido a ellas por la vía legal, incorpora a los que se consideran casados por haber celebrado el acto religioso de matrimonio, que en el mundo andino posee una propia connotación legitimadora; asimismo, el estado matrimonial representa, para algunos sectores de su población, el fin de un proceso que ha estado precedido de una unión de hecho, diferente a la de otros contextos, en los que, tal vez, no podría llegar a ser legalizada por tratarse de relaciones adulterinas. En este sentido nos parece conveniente, referirnos a las uniones de hecho andinas, regidas por sus propias normas de derecho consuetudinario, y que algunos han venido a llamar, *servinakuy*, *warmichakuy*, *rimaykukuy*, *lytabiña*, *phaway tinkuska*, entre las múltiples denominaciones que adopta de acuerdo a la región en que se practique éste algunas veces llamado matrimonio de prueba o matrimonio sociológico.

6 Violeta Sara-Lafosse, "Crisis Familiar y Crisis Social", en *Revista de la Universidad Católica*, N° 15-16, p. 102.

7 Juan Ossio Acuña y Oswaldo Medina García, *Familia Campesina y Economía de Mercado*, Ediciones Crece, 1985, p. 100.

El fenómeno se registra aproximadamente en once departamentos del Perú: Cajamarca, Amazonas, Ancash, Junín, Pasco, Huánuco, Ayacucho, Huancavelica, Apurímac, Cusco, Puno, algunas provincias serranas de Piura, La Libertad, Tacna y Arequipa, así como en los asentamientos humanos limeños. En la región amazónica de San Martín, Loreto, Ucayali y Madre de Dios los niveles de relación concubitaria son elevados mas no se puede precisar, como lo trataremos posteriormente, si en estas comunidades acontece un fenómeno semejante al andino.

Seguidamente nos referiremos a dos investigaciones efectuadas en comunidades andinas de la zona sur y centro del país.

La primera fue realizada en el año 1986, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, dirigida por el Dr. Cornejo Chávez y en la que participó la investigadora Dra. Aída Molina, éste es un trabajo de campo efectuado en Puno, que ofrece importante información sobre el fenómeno del Servinakuy en las comunidades Quechuas y Aymaras⁸. Se señala en él que en cuanto a la elección de pareja, éstos se vinculan libremente, superando las designaciones paternas, lo que no niega que existan implícitamente ciertas pautas comunales que la condicionan, en especial si se considera que la unión conyugal en el mundo rural no sólo afecta a la pareja como tal sino que integra a dos grupos familiares que van a formar una alianza, manifestada a lo largo del proceso para llegar al matrimonio y que se consolidará con él; configurando, en este aspecto, el "trabajo" un valor preminente para la asociación.

La edad inicio de convivencia es similar para los aymaras como para los quechuas, en el caso de los hombres el promedio es 21.9 y en el de las mujeres 19.6.

Un aspecto muy interesante a destacar y que nos permitimos transcribir es el relativo a la acción legitimadora del grupo comunal. "Luego de que una pareja entra en el proceso de Servinakuy, la comunidad en pleno reconoce la nueva unión y la considera como una nueva unidad familiar. Sólo en casos excepcionales, no hay un reconocimiento e integración plena, como son los casos en que la pareja es foránea, en que las tierras son comunitarias y existen ciertos intereses para no asignar terrenos a las parejas nuevas".

En lo correspondiente a su duración es variable, en los quechuas alcanza un promedio de cuatro años y en los aymaras de dos años; los menores tiempos de duración y las incidencias están en relación con la actividad que desarrollan, las comunidades más cerradas y dedicadas a la agricultura y el pastoreo mantienen intactos sus rasgos primigenios, llegando en algunas a ser plena su ocurrencia, vale decir que el total de parejas antes de casarse, practican el servinakuy; en tanto aquellas comunidades que mantienen un mayor intercambio comercial con centros poblados o ciudades más importantes, van modificando sus características, para irse convirtiendo en simples uniones sin la fuerza espiritual de las originales.

8 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, *El Servinakuy en Puno*, 1986, p. 251.

En lo referido a su grado de estabilidad, cabe señalar, que los pobladores declaran que les es muy difícil imaginarse una separación, porque en su mayoría no conocen de casos semejantes. Cuando ocurren desavenencias entre los concubinos la presión familiar y comunal contribuye a que la separación no se produzca, las comunidades quechuas, en ese aspecto, ejercen una presión social mayor que las aymaras. Si finalmente se produce una eventual separación, los concubinos aymaras acostumbran repartirse los hijos si son más de uno, quedándose la mujer con los más pequeños; en los quechuas la madre conserva a los hijos y en cuanto a los bienes, su razonamiento es sumamente práctico se reparten en partes iguales lo que han poseído juntos, o conservan, cada uno, lo que le es propio.

Las relaciones al interior de la familia, especialmente en los quechuas son de carácter igualitario tomando la pareja sus decisiones conjuntamente; en el caso de los aymaras las determinaciones domésticas las toma la mujer y las demás el marido. Un aspecto que debemos resaltar es que el Servinakuy en esta zona tiene como nota distintiva, el de concluir con una formalización legal: "la etapa pre-matrimonial frecuentemente concluye con el matrimonio civil que lo celebran en forma sencilla, el matrimonio religioso lo efectúan posteriormente con motivo de la recepción de algún "cargo", en este caso los festejos duran dos días"... "La celebración del matrimonio está condicionada en general a factores económicos y se asocia a una fiesta relativamente grande en que la pareja debe estar en condiciones de realizar un gasto fuerte".

¿Presentará caracteres semejantes la unión concubinaria en la zona central Andina?' algunos detalles nos serán proporcionados por un trabajo efectuado en tres comunidades de Huancavelica: Pazos, Mullaca y Ñahum muy próximas a la ciudad de Huancayo, realizado por Juan Ossio Acuña y Oswaldo Medina García recogido en su libro **Familia Campesina y Economía de Mercado**.

"Warmi Orccooy", es el término quechua que se emplea como equivalente al matrimonio, tras todo un ritual en el que participan las familias extensas de ambos novios en un intercambio de expresiones de respeto y obsequios que consoliden sus vínculos de afinidad por el compadrazgo.

En forma semejante a lo descrito en las comunidades puneñas. "Para los ojos de la comunidad, este ritual consagra definitivamente el matrimonio, pero se considera que de todas maneras debe reafirmarse con el ceremonial católico y con el civil. Debido a que estos dos medios de institucionalizar la unión conyugal demandan gastos onerosos, generalmente esperan un poco. En algunos casos llega a tomar hasta más de un año o dos ... El ideal es que cada pareja tenga su casa propia, pero se admite que esto puede estar precedido por un periodo de residencia ya sea en la casa de los parientes de la novia y del novio⁹.

De acuerdo a los estudios aludidos la unión concubinaria en dichas regiones, se distingue

9 Juan Ossio Acuña y Oswaldo Medina García. Op. cit., p. 94.

por tratarse de relaciones conyugales estables, que anteceden al matrimonio civil y/o religioso, pudiendo ser prolongadas pero no indefinidamente permanentes, adicionándoles a su legitimación tradicional una formalidad legal o religiosa. No podría sostenerse que los caracteres descritos se repitan en el resto de comunidades del país, por lo que cabría la posibilidad de que la unión consensual pudiera presentarse, en algunas, como una forma matrimonial excluyente de la legal.

Retornando a los cuadros 2 y 3, en relación a la región selva, puede observarse que el rubro casados ha descendido notablemente, mientras que los niveles de convivencia son ascendentes, más aún esta última presenta porcentajes muy superiores a los registrados en otras regiones, en especial si tenemos en cuenta en particular a la zona oriente.

Explicarnos los alcances de estos datos, supone referirse a los modelos de familia que la amazonía presenta:

La urbana de caracteres nucleares, abierta a la sociedad dominante, incorporada a una cultura de lineamientos occidentales, que viene recibiendo un gran flujo migratorio, de dos lados, interno: del campo se desplazan para buscar mejores modos de vida a núcleos más poblados en la selva; y externo: proveniente de la costa y sierra, hombres en la búsqueda de tierra, oro y petróleo, un éxodo constante que viene provocando una gran movilidad social, afectando la estructura familiar, pudiendo, encontrar una de sus manifestaciones en el descenso de la nupcialidad legal.

La familia campesina propia de la selva baja, es de carácter nuclear pero como la andina adopta algunos rasgos de la extensa. Participa de la cultura predominante conservando aún valores ancestrales, de ahí que las uniones conyugales sean en su mayoría uniones de hecho, la revista *Shupihui* al abordar el tema problemas y esperanzas de la familia¹⁰ nos refiere:

"En el agro las uniones matrimoniales son en gran parte naturales y se realizan al margen de cualquier formalidad jurídica o ritual. Pero se caracterizan por la estabilidad, una vez que han superado el suficiente periodo de prueba. No podríamos precisar si en esta región la relación de facto luego del llamado periodo de prueba es además formalizada por la vía legal o religiosa como viene progresivamente ocurriendo en algunos sectores andinos".

De otro lado la familia nativa, es extensa, comunitaria, se sustenta en alianzas matrimoniales entre familias. Las comunidades nativas son grupos cerrados en los que las relaciones de parentesco, desarrollan un rol determinante en su organización social, sus miembros se encuentran integrados por vínculos consanguíneos o por afinidad, de ahí que no sea de extrañar que en estas poblaciones no existan mendigos, ni huérfanos, la comunidad los asimila como suyos y es que al fin y al cabo todos son parientes.

10 *Shupihui*, Vol. V, Nº 14, Abril-Junio 1980.

Las comunidades nativas forman 56 grupos étnicos cada uno con su propio idioma, pertenecientes a 13 familias lingüísticas; su población representa aproximadamente el 10% de la población amazónica y el 26% de la población rural de toda la región.

Permítasenos exponer el caso de uno de ellos, de los Chayahuita, se trata de una comunidad nativa del Alto Amazonas en la región de Mainas. El investigador Aldo Fuentes¹¹ nos describe "el matrimonio en el pueblo Chayahuita es objeto de largas y complicadas negociaciones entre la parentela de ambos cónyuges. En estas negociaciones, el status "superior" está del lado de la familia de la mujer, que es la que "entrega" una hija o hermana, aunque sólo después de varias rondas de conversaciones fuertemente ritualizadas en las que la tensión no deja de estar presente.

En caso de no existir otros obstáculos, se dan por terminadas las conversaciones. Se hace llamar entonces a la muchacha para proceder a la "entrega". Esta puede ser hecha por el padre o un pariente mayor, pueden estar presente las autoridades de la comunidad... A partir de aquí se considera realizado el matrimonio y el esposo procede a trasladar sus pertenencias a la casa de sus suegros, donde residirá en el futuro".

Los Chayahuita continúan practicando aún una forma de poligamia sororal (el matrimonio simultáneo de un hombre con dos o más mujeres, que son hermanas entre sí), alrededor de una por cada diez uniones tienen este carácter. "Sin ser pues, generalizada, se puede decir que la poligamia es un rasgo constante en la organización social nativa".

Ha de comprenderse que este tipo de práctica no es efectuada por cualquier miembro de la comunidad, ella es asociada al prestigio alcanzado por el poblador en su sociedad, por razones de edad, posición o sus cualidades personales, reforzará pues, su status, casándose con varias mujeres, permitiéndose una fuerza de trabajo más amplia, su posición es expectante respecto a las futuras alianzas matrimoniales que podrá atraer, subordinando a numerosos yernos que con su trabajo van a consolidar la importancia del grupo parental.

Presentados a grandes rasgos algunos caracteres de las uniones conyugales en el país, deducible que la unión conyugal prevalece en términos nacionales sobre la factual, se advierten notorias diferencias, una progresiva asimilación de la población a las pautas legales, en especial en ciudades y poblaciones rurales próximas a centros urbanos de desarrollo, en contraste con la aparente autonomía que experimentarían otras, en la medida que se van alejando de Lima y de las regiones más próximas consideradas matrices generadoras del derecho oficial.

A diferencia de lo que puede ocurrir en otras realidades la unión concubinaria, adquiere en el Perú, una connotación específica en determinados sectores poblacionales, exteriorizando como ha podido apreciarse fenómenos socio-culturales propios; así el matrimonio legal

11 Aldo Fuentes. *Porque las piedras no mueren* Historia, Sociedad y Ritos de los Chayahuita del Alto Amazonas, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica.

representa para muchos la conclusión de un proceso conyugal precedente de rasgos peculiares y no un estado nupcial inicial, aspecto éste muy vinculado a los múltiples caracteres que presenta la unión consensual tradicional, lamentablemente aún no suficientemente investigados por parte de los estudiosos del Derecho, desconocimiento que torna inviable su regulación en el presente.

Cierto es que, un porcentaje relevante de peruanos no observan las normas legales a las que se ha hecho referencia —matrimonio es tan solo un caso—, y no porque intencionalmente se propongan infringirlas, sino porque ellos consideran legítimo regir sus relaciones por un Derecho distinto al nuestro, un Derecho Consuetudinario, a través de cuyas reglas ancestrales ordenan sus vidas y resuelven sus controversias.

Conociendo de las limitaciones que encuentra la vigencia de la norma legal en una realidad pluricultural como la descrita, ¿Qué alcances pueden tener éstas normas como respuesta del orden frente a la problemática de las familias incorporadas formalmente al sistema legal?

Será objeto de nuestra reflexión en este aspecto una de las instituciones más controvertidas en Derecho de Familia: El Divorcio.

2. MATRIMONIO Y DIVORCIO

2.1 Aspectos legales sobre la Institución

El divorcio absoluto se introdujo en nuestra legislación mediante Ley N° 6890 del 8 de octubre de 1930. En esta materia El Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista moderada, admitiendo el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el Art. 247 inc. 1 al 9, de carácter específico, aunque además consintió el mutuo disenso como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio.

El actual Código, no incorpora modificaciones sustanciales al anterior régimen, el ponente del libro de Familia Dr. Héctor Cornejo Chávez, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances. No obstante algunos aspectos se han flexibilizado por efecto de las modificaciones efectuadas por la Comisión encargada de aprobar el Proyecto del Código.

2.1.1 Vías legales para acceder al divorcio en el Perú

La primera de éstas es directa, mediante una demanda de divorcio absoluto, para la cual debe invocarse cualquiera de las diez causales previstas en el Art. 333 del Código Civil. Acreditada la causal, la sentencia disuelve de manera inmediata y total el vínculo matrimonial.

La segunda, por conversión, es a través de una previa demanda de separación de cuerpos, la cual puede tener dos matices:

- Por cualquiera de las diez causales antes referidas.
- Por mutuo disenso (inc. 11 Art. 333 C.C), requiriéndose para ello el pedido de ambos cónyuges, y que hayan transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio. La sentencia que se dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente.

Este segundo medio se constituye en una forma mediata de obtener el divorcio, ya que después de transcurridos seis meses cualquiera de los cónyuges en el caso de mutuo disenso, y el inocente en los de causal, podrá solicitar la disolución del vínculo.

2.1.2 Principales cambios operados en la institución del divorcio en el Código Civil de 1984

En relación a su aspecto litigioso, es el Art. 333 del C.C. el que señala las diez causales por las que en nuestro país, puede obtenerse el divorcio.

Son las siguientes:

1. El adulterio.
2. La sevicia.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Las modificaciones en cuanto al régimen anterior, se hallan en el inc. 5 referido al abandono injustificado (antes llamado malicioso) de la casa conyugal, en tanto se admite que pueda ser no continuado, siempre que sumados los periodos de apartamiento éstos excedan los dos años. Una nueva causal introducida por la Comisión Revisora, incorpora expresamente en el inc. 9 a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio como motivo de divorcio, innovación que no representa como algunos han sostenido una mayor apertura divorcista, por cuanto, efectivamente, en la práctica los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonrosa.

El inc. 10 ve variado su texto, que distingue claramente, a diferencia del anterior, la condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años, por delito doloso excluyendo expresamente al delito culposo, del mismo modo, la norma del Art. 338 impide accionar por esta causal, cuando el delito fue conocido por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio

El Art. 354 regula lo relativo al proceso de conversión de separación de cuerpos a divorcio, estableciéndose dos modificaciones de interés:

– La primera, en cuanto al plazo después del cual es procedente su solicitud; el Art. 276 del C.C. de 1936 señalaba que transcurrido un año de la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges podía pedir se declare la disolución del vínculo, mientras que ahora dicho plazo es reducido a seis meses.

La jurisprudencia en lo relativo a la oportunidad para iniciar su cómputo, ha venido interpretando preferentemente que el término legal empieza a correr desde que queda ejecutoriada la sentencia que aprobó la separación. No obstante, también se han propuesto en la práctica judicial otros criterios.

– La otra, está referida a la separación por causal, limitándose la solicitud de disolución al cónyuge inocente negándosele al culpable, prohibición expresa que no existía antes y que por una interpretación literal del texto del Art. 276 del Código derogado, se admitió algunas veces en la jurisprudencia que cualquiera de los cónyuges, incluso aquél a quien le hubiera sido imputable la separación podía, vencido el plazo de ley, solicitar la conversión a divorcio.

2.2 Alcances reales de la Institución del divorcio en el Perú

Frente al problema conyugal la ley permite a la pareja por medio del divorcio poner fin a una unión matrimonial no querida. Determinar la vigencia real y los alcances de la institución frente a la problemática conyugal que pretende resolver, son los propósitos que alientan esta parte del trabajo, el que habrá de desarrollarse en dos niveles de información, una de carácter general en base a la referencia censal correspondiente a los años 1961, 1972 y 1981 así como de datos provenientes del órgano jurisdiccional relativos a los últimos 5 años.

De otro lado, habremos de desarrollar una pequeña investigación muestral efectuada en el Registro Civil de un distrito de Lima Metropolitana, que nos permitirá contrastar la información nacional, como también indagar sobre aspectos más específicos de la institución.

Nuestra primera inquietud se orientó a precisar el grado de incidencia que observa el divorcio como institución legal en el país.

CUADRO Nº 4

	DIVORCIADOS	SEPARADOS
CENSO 1961	0.2	0.4
HOMBRES	0.1	0.3
MUJERES	0.2	0.6
CENSO 1972	0.2	1.1
HOMBRES	0.2	0.7
MUJERES	0.3	1.5
CENSO 1981	0.3	1.3
HOMBRES	0.3	0.6
MUJERES	0.4	1.9

CUADRO Nº 5

CUADRO DE ESTADISTICA DE CAUSAS INGRESADAS POR DIVORCIOS EN LOS
JUZGADOS CIVILES

QUINQUENIO 1983 A 1987 POR DISTRITOS JUDICIALES PODER JUDICIAL

DISTRITOS JUDICIALES	AÑOS 1983		1984		1985		1986		1987	
	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.
AMAZONAS	29	31	21	22	34	30	38	32	41	36
ANCASH	159	173	146	154	106	154	115	148	132	157
APURIMAC	37	34	29	34	33	30	35	33	34	33
AREQUIPA	269	388	285	417	375	352	384	414	328	393
AYACUCHO	33	40	49	46	17	54	41	55	35	49
CAJAMARCA	37	47	117	83	107	188	104	92	91	103
CALLAO	480	614	347	363	289	303	315	326	358	402
CUSCO, MADRE DE DIOS	653	616	200	296	298	220	309	298	365	358
HUANCAVELICA	47	40	0	2	8	6	23	21	20	17
HUANUCO, PASCO, UCAYALI	161	192	86	145	134	251	180	134	140	181
ICA	118	188	157	180	149	210	152	197	144	194
JUNIN	160	166	178	191	157	276	157	257	163	223
LA LIBERTAD	288	207	256	258	262	241	278	251	271	239
LAMBAYEQUE	100	125	132	137	225	236	143	153	150	163
LIMA	1631	2231	1547	2150	1620	1987	1987	3004	1696	2343
LORETO	120	96	97	190	78	71	79	75	94	108
PIURA	114	95	143	104	262	201	152	134	168	134
PUNO	175	211	202	263	65	215	63	145	126	209
SAN MARTIN	24	29	65	61	85	42	72	36	62	42
TACNA Y MOQUEGUA	106	162	168	116	133	299	141	126	137	176
TOTALES	4,741	5,685	4,225	5,212	4,437	5,366	4,768	5,931	4,555	5,560

Fuente: Dirección General de Estadística y Evaluación del Poder Judicial.

CUADRO Nº 6

PORCENTAJES DE DEMANDAS DE DIVORCIOS POR DISTRITO JUDICIAL

	1983	1984	1985	1986	1987	1983-1987 (promedio)
AMAZONAS	0.6	0.5	0.7	0.7	0.8	0.6
ANCASH	3.2	3.2	2.7	2.5	2.9	2.9
APURIMAC	0.7	0.7	0.6	0.6	0.7	0.7
AREQUIPA	6.3	7.4	7.4	7.5	7.1	7.2
AYACUCIO	0.7	1.0	0.7	0.9	0.8	0.8
CAJAMARCA	0.8	2.1	3.0	1.8	1.9	1.9
CALLAO	10.5	7.5	6.0	6.0	7.5	7.5
CUSCO, MADRE DE DIOS	12.2	5.3	5.3	5.7	7.1	7.1
HUANCAVELICA	0.8	0.0	0.2	0.4	0.4	0.4
HUANUCO, PASCO, UCAYALI	3.4	2.4	3.9	2.9	3.2	3.2
ICA	2.9	3.6	3.7	3.3	3.3	3.4
JUNIN	3.1	3.9	4.4	3.9	3.8	3.8
LA LIBERTAD	4.7	5.4	5.1	4.9	5.1	5.1
LAMBAYEQUE	2.2	2.9	4.7	2.8	3.1	3.1
LIMA	37.0	39.2	36.8	46.6	39.9	39.9
LORETO	2.1	3.1	1.5	1.4	2.0	2.0
PIURA	2.0	2.6	4.7	2.7	3.0	3.0
PUNO	3.7	4.9	2.9	1.9	3.3	3.3
SAN MARTIN	0.5	1.3	1.3	1.0	1.0	1.0
TACNA	2.6	3.0	4.4	2.5	3.1	3.1
TOTALES	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
CIFRAS ABSOLUTAS	10,426	9,437	9,803	10,699	10,115	50,480

Como puede observarse en términos globales el porcentaje de divorcios es de poca relevancia, aunque ligeramente creciente a nivel nacional. Si volvemos al cuadro Nº 3 distinguiremos que los mayores índices de pobladores divorciados los presenta Lima Metropolitana.

La última información resulta importante y se ve confirmada por los datos registrados por la Dirección General de Estadística y Evaluación del Poder Judicial, sobre el número de demandas de divorcio planteadas en los Juzgados de Primera Instancia en todo el Perú.

En lo relativo a las acciones judiciales por divorcio aproximadamente el 40% de demandas ventiladas en el Distrito Judicial de Lima, pero si a este porcentaje añadimos el registrado para el Distrito Judicial del Callao, que es el segundo en orden de demandas con cifras promedio de 7.5, puede sostenerse que cerca del 50% de este tipo de acciones tienen lugar dentro del ámbito capitalino.

De ese modo el divorcio parecería ser más un problema de carácter limeño que nacional, en tanto las diferentes regiones del país muestran porcentajes muy inferiores a éstos.

El segundo aspecto que descábamos verificar, se orientaba a determinar cual de las dos vías legales era la preferida por los cónyuges que pretendían iniciar un proceso de divorcio, así se pudo apreciar que era el procedimiento no litigioso al que accedían mayor número de

CUADRO Nº 7

DEMANDAS %	1983	1984	1985	1986	1987
MUTUO DISENSO	54.5	55.2	54.7	55.4	55.0
CAUSAL	45.5	44.8	45.3	44.6	45.0

litigantes, con una diferencia aproximada de 10% en relación a los divorcios por causal *.

El siguiente objetivo fue tratar de evaluar hasta que punto las modificaciones legales en materia de divorcio, fundamentalmente las operadas para los procesos de conversión de separación de cuerpos a divorcio, beneficiadas por la reducción del término legal de un año a seis meses, habían favorecido una mayor incidencia en este tipo de acciones.

Si observamos los cuadros 5, 6 y 7 y comparamos el número y porcentaje de demandas consignadas bajo el rubro mutuo disenso, durante los años 1983 y 1984¹² y de otro lado las interpuestas durante 1985, 1986 y 1987 veremos que no se han alterado significativamente, de modo tal que a pesar de que la ley ha flexibilizado sus exigencias en una de sus vías los litigantes no han alterado sus conductas procesales por lo menos en los tres años inmediatos a la vigencia del actual Código.

Teniendo una imagen aproximatoria del fenómeno del divorcio en nuestro país, continuamos su investigación a niveles más específicos; en ese sentido, comprendiendo que Lima es el centro de mayor incidencia de divorcios de todo el Perú, decidimos efectuar una constatación muestral de dicha institución, para esos efectos decidimos seleccionar el distrito de Barranco; en razón a la composición poblacional mixta que registra, mayoritariamente de clase media pero también con cierta presencia de sector popular, permitiéndonos contrastar de algún modo niveles de incidencia entre ambos sectores.

El trabajo de campo se llevó a cabo en el Registro Civil del Distrito de Barranco; en donde se nos permitió el contacto con las mismas actas de matrimonio, las cuales conservan en los casos de divorcio copia de la sentencia que lo declara; facilitando su seguimiento. El periodo en estudio comprendió los años 1960 a 1987.

* Debe tenerse presente que el concepto de divorciado para efectos censales corresponde a aquéllos cuyo vínculo matrimonial ha sido disuelto judicialmente, y no se han vuelto a casar o a unir convivencialmente con otra persona. Esto nos ayudaría a explicarnos porqué hay un porcentaje mayor de mujeres a hombres divorciados, además de indicar que los porcentajes reales de divorcio pueden ser algo mayores.

12 Código Civil entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

La información recopilada arrojó los siguientes resultados:

1. Relación entre el número de matrimonios celebrados durante el periodo en estudio y los que fueron disueltos por divorcio o invalidez judicialmente.

CUADRO N° 8

TOTAL DE MATRIMONIOS	NULIDAD DE MATRIMONIOS	DIVORCIOS
13,806	5	320
100.0	0.04	2.32%

CUADRO N° 9

TOTAL DE MATRIMONIOS, NULIDADES DE MATRIMONIOS Y DIVORCIOS POR QUINQUENIOS

PERIODO	TOTAL MATRIMONIOS	NULIDADES TOTAL	MATRIMONIOS %	DIVORCIOS TOTAL %
1960-64	1,600	2	0.13	68 4.25
1965-69	2,038	0	0	69 3.39
1970-74	2,248	1	0.04	88 3.91
1975-79	2,846	1	0.04	67 2.35
1980-84	2,926	0	0	28 0.95
1985-87	2,148	1	0.05	0 0

Como puede observarse de los cuadros precedentes el número de nulidades de matrimonio es insignificante, de las cuales podríamos mencionar que cuatro de los casos se sustentaron en la causal de bigamia y uno en el de impotencia sexual; los divorcios presentan comparativamente cifras más relevantes pero aún así su volumen no es muy significativo, lo que concordaría con la información general obtenida de los censos nacionales.

Son los matrimonios contraídos en los primeros quinquenios en los que el divorcio ha tenido mayor repercusión, información coincidente con el dato promedio obtenido sobre la duración de los matrimonios, que es de 10 años, 8.5 meses, razón por la que la tendencia es descendente cuanto más recientes son los años en referencia.

2. Comparación entre el número de divorcios por causal y los de mutuo disenso.

CUADRO Nº 10

PERIODO	DIVORCIO POR MUTUO DISENSO TOTAL	%	DIVORCIOS POR CAUSAL TOTAL	%
1960-64	57	88.82	11	16.18
1965-69	53	76.81	16	23.19
1970-74	68	77.27	20	22.73
1975-79	54	80.6	13	19.4
1980-84	23	82.14	5	17.86
1985-87	---	-----	---	-----
TOTALES	255	79.69	65	20.31

Nuevamente se reitera la tendencia predominante de las acciones de divorcio no litigiosas a través del mutuo disenso, cabe señalar que en los procesos de conversión que declaraban el divorcio, todos tenían como antecedente una separación de cuerpos por mutuo disenso no existiendo ningún caso de conversión de separación de cuerpos por causal, lo que revelaría que esta última no tiene mayor incidencia en la práctica, optando los cónyuges cuando pretenden invocar una causal expresa por el divorcio directamente.

Algo que sí difiere notablemente con los datos registrados por la Oficina de Estadística del Poder Judicial en cuanto a demandas de divorcio es la marcada distancia de las acciones por mutuo disenso y las de causal que a nivel de Primera Instancia llega alrededor del 10% y que en cuanto a divorcios registrados a nivel municipal su margen se amplía aproximadamente a un 60%, lo que confirma que las acciones de divorcio por causal presentan tendencias denegatorias a nivel judicial, justificándose entre otras razones por la dificultad de probanza de la falta conyugal, logrando éxito un número restringido de estas causas.

3. Relación de divorcios por causal, cónyuge demandante y causal acreditada

CUADRO Nº 11

NUMERO DE DIVORCIOS POR CAUSAL	CONYUGE QUE GANO EL PLEITO			
	EL TOTAL	%	ELLA TOTAL	%
63	23	36.51	40	63.49

Nº de divorcios por causal = 65
No se especifica quién gana = 2

CUADRO N° 12

RELACION DE CAUSALES ACREDITADAS

CAUSALES	NUMERO DE CASOS	%
Adulterio	29	44.62
Sevicia	11	16.92
Atentado contra la vida del cónyuge	2	3.08
Injuria grave	9	13.85
Abandono de la casa conyugal	21	32.31
Conducta deshonrosa	6	9.23

CUADRO N° 13

CAUSALES	CONYUGE QUE GANO EL PLEITO			
	EL		ELLA	
	Total	%	Total	%
Adulterio	13	20	16	24.62
Sevicia	0	0	10	15.38
Atentado contra la vida del cónyuge	0	0	2	3.08
Injuria grave	3	4.62	6	9.23
Abandono de la Casa conyugal	6	9.23	14	21.54
Conducta deshonrosa	3	4.62	3	4.62

Es la cónyuge la que demandando o reconviendo ha obtenido más divorcios a su favor por esta vía; como era de suponerse la causa legal de mayores rupturas matrimoniales es el adulterio seguido del abandono injustificado de la casa conyugal, teniendo cifras menores las otras causales previstas en los incisos 1 al 6 del Art. 333 del C.C., las restantes no han tenido ningún tipo de incidencia vale decir la de uso injustificado de sustancias estupefacientes, enfermedad venérea grave, y condena a pena privativa de la libertad, en el caso de homosexualidad es reciente su incorporación por lo que no habiéndose registrado divorcios en los matrimonios celebrados en los últimos cuatro años no ha sido posible su presencia.

4. Respecto a la patria potestad de los menores

CUADRO N° 14

**LA PATRIA POTESTAD EN LOS DIVORCIOS POR MUTUO
DISENSO**

TOTAL DIVORCIO POR MUTUO DISENSO	NO SE ESPECIFICA QUIEN CONSERVA A LOS MENORES	EL TOTAL %	ELLA TOTAL %
255	129	15 11.90	88.1

En las acciones por mutuo disenso la madre conserva normalmente a los menores bajo su custodia, igual situación se refleja en las acciones por causal incluso en aquellas en la que es declarada culpable del divorcio.

5. Alimentos de la cónyuge

CUADRO N° 15

RECIBE ALIMENTOS		RENUNCIA ALIMENTOS		NO SE ESPECIFICA
TOTAL	%	TOTAL	%	
119	67.61	47	26.7	144

Los casos de renuncia expresa del derecho alimentario por parte de la cónyuge en las acciones por mutuo disenso no son mayoritarios, no obstante van revelando un poder de independencia económica de la mujer creado por su incorporación creciente al trabajo. información que concordaremos más adelante cuando hagamos referencia a los grupos ocupacionales y la incidencia de divorcio.

6. Posibles factores que favorecen las rupturas matrimoniales

Edad de los cónyuges:

CUADRO N° 16

NUMERO DE DIVORCIOS SEGUN RANGO DE EDADES DE LOS CONYUGES AL CONTRAER NUPCIAS

EDAD	EL		ELLA	
	TOTAL	%	TOTAL	%
15-19	16	5.02	100	31.35%
20-24	123	38.56	131	41.07
25-29	112	35.11	56	17.55
30-34	40	12.54	17	5.33
35-39	"	3.45	11	3.45
40-44	12	3.76	3	0.94
45-49	2	0.63	0	0
50-54	3	0.94	0	0
55-59	0	0	0	0
60-64	0	0	0	0
65 a más	0	0	1	0.31
no se espe- cifica	1		1	

El mayor porcentaje de divorcios se da en las parejas que han contraído matrimonio a las edades de 20 a 24 años, con porcentajes semejantes entre varones y mujeres, ostentando esta última unos puntos más.

Así como también hay una incidencia significativa de divorcios en aquellas damas que han contraído nupcias muy jóvenes de 15 a 19 años, lo que podría corroborar aquella tesis que la falta de preparación e inmadurez para contraer el vínculo matrimonial, en muchos casos no puede ser superada con el transcurso de los años de convivencia marital.

Si este dato lo vinculamos al referido a la existencia o no de hijos en las parejas divorciadas, podemos señalar que el 88.37% de los divorciados tenían hijos mientras que el 11.63% no los habían tenido, de ellos podríamos indirectamente deducir que muchas de estas parejas jóvenes habrían contraído matrimonio precisamente por la presencia de un primer hijo, siendo éste la causa inmediata del enlace. Desde otro punto de vista podría suponerse que la circunstancia de no haber procreado familia no es para muchos factor precipitante de rupturas conyugales.

CUADRO N° 17

DIFERENCIA ABSOLUTA DE EDADES ENTRE LAS PAREJAS
DIVORCIADAS

Nº de Años de Diferencia	Nº de Casos	%
0	25	7.81
1	45	14.06
2	45	14.06
3	41	12.81
4	32	10.0
5	25	7.81
6	16	5
7	23	7.19
8	21	6.56
9	10	3.13
10	9	2.81
11	7	2.19
12	4	1.25
13	3	0.94
14	5	1.56
15	1	0.31
16	1	0.31
17	0	0
18	2	0.63
19	1	0.31
20	0	0
21	—	—
22	—	—
23	—	—
24	—	—
25	—	—
26	1	0.31
27	1	0.31
28	0	0
29	1	0.31
30	0	0

De acuerdo a esta información el porcentaje más alto de divorcios se da entre parejas contemporáneas y no precisamente en aquéllas que existe mayores márgenes diferenciales,

siendo las edades promedios al momento de divorciarse, 36 años 7.44 meses para el cónyuge y 32 años 9.6 meses para la cónyuge.

CUADRO N° 18

PROMEDIO DE EDAD AL DIVORCIARSE

RANGOS DE EDAD	EL		ELLA	
	TOTAL	%	TOTAL	%
15-19	0	0	0	0
20-24	5	1.56	28	8.75
25-29	47	14.69	85	26.56
30-34	104	32.5	94	29.38
35-39	71	22.19	53	16.56
40-44	41	12.81	39	12.19
45-49	21	6.56	15	4.69
50-54	19	5.94	1	0.31
55-59	7	2.19	2	0.63
60-64	3	0.94	2	0.63

El mayor número de divorcios se presenta entre los cónyuges de 25 a 45 años, de esta edad su ocurrencia decae notablemente, lo que nos permitiría conjeturar que son las personas de mediana edad las que poseen una actitud más liberal frente a esta institución en relación a los de mayor edad, además de revelar posiblemente un interés más concreto de formalizar legalmente una separación de hecho precedente, que le permita contraer nuevas nupcias o legalizar alguna relación existente.

Finalmente presentaremos un cuadro que nos parece muy importante y es el que corresponde al grupo ocupacional de los cónyuges al contraer matrimonio y que nos permitirá apreciar indirectamente grado de instrucción y procedencia social.

CUADRO N° 19

GRUPO OCUPACIONAL	EL		ELLA	
	DIVORCIOS TOTAL	%	DIVORCIOS TOTAL	%
PROFESIONAL	58	18.18	25	8.19
EMPLEADO(A)	129	40.43	83	27.19
CARRERA MILITAR O POLICIAL	33	10.34	0	0
ARTESANO	7	2.19	1	0.33
OBRERO	11	3.45	4	1.31
SU CASA	0	0	103	33.74
ESTUDIANTE	39	12.22	51	16.7
COMERCIANTE	20	6.27	1	0.33
TECNICO	15	4.7	1	0.33
INDUSTRIAL	2	0.63	1	0.33
CHOFER	3	0.94	0	0
SECRETARIA	0	0	9	2.95
NO SE ESPECIFICA	3		41	

La mayor incidencia de divorcio se da en aquellas personas de mejor grado de instrucción por su tipo de ocupación, es el caso de los profesionales, empleados y miembros de una institución militar o policial y estudiantes preeminente de instrucción superior, la excepción la constituye el rubro su casa para las cónyuges.

Estos datos se verían confirmados por la encuesta ENDES realizada en 1986, en la que entrevistadas mujeres de todo el país respondieron que eran divorciadas:

Sin instrucción	0%
Primaria	0.2%
Secundaria	0.6%
Superior	1.1%

Como se ve la tendencia es creciente a mayor grado de instrucción, al respecto sólo aludiremos que la problemática que genera en ciertos sectores de familias la modificación de los roles asignados al marido y a la mujer en el grupo familiar con la incorporación creciente de ésta al sector trabajador, ha dado lugar sobre todo en urbes como las nuestras a tres tipos de familia: La tradicional patriarcal, una igualitaria y una en transición que es tal vez la más conflictiva por encontrarse en proceso de determinación de nuevos roles, y cuya presencia es significativa en los sectores medios, circunstancia que precipita en algunas parejas la frecuente generación de desavenencias conyugales.

Por las limitaciones de la muestra examinada, este trabajo no podría permitirse plantear una conclusión final respecto a la problemática de divorcio a nivel del Departamento de Lima y menos nacional, pero sería interesante anotar a modo de hipótesis susceptible de ser contrastada en una investigación de alcances mayores, que: el Divorcio es un fenómeno eminentemente urbano y que en el país se circunscribe a las ciudades de mayor desarrollo y modernización, siendo la capital de la República de que vive estrechamente este tipo de problemática ante el Poder Judicial, no en el mismo grado el resto del territorio, presentándose mayores niveles de incidencia en los sectores medios que en los sectores populares de la ciudad.

Reconocer el ámbito de incidencia de una institución como ésta de consecuencias determinantes en la vida de una familia en conflicto, resulta importante, a fin de elaborar políticas de carácter preventivo que actúen sobre las causas de fondo que subyacen en un problema legal de esta naturaleza.

Si bien la disolución de un matrimonio es mucho más de lo que una ley o un juez pueda o no disponer, la realidad revela una actitud pasiva de parte del Derecho frente a este tipo de problemática, se aguarda la iniciación de un proceso judicial, para intervenir en un problema familiar ya generado pudiendo muchos no llegar a la instancia judicial y lo preocupante es que estos casos bien pueden llegar a ser la mayoría. Asimismo, durante el juicio por contarse únicamente con recursos de carácter jurídico legal, se deciden bajo este único criterio asuntos fundamentales que afectan integralmente y en forma definitiva la vida de los miembros de una familia.

Se hace necesario implementar una legislación, orientada no sólo a remediar conflictos generados sino a evitar que estos se generen, resultando conveniente que se establezcan y difundan organismos previos a la instancia judicial, que porporcionen orientación psico-socio-legal, a las cuales puedan acceder las familias con problemas; que a través de una asesoría técnica les permita vislumbrar alternativas distintas de las que pueda representar un divorcio o una separación de cuerpos, o que inevitables las capaciten para asumirlas, ampliar la cobertura de este tipo de servicios a sectores que no puedan acceder a una consulta privada, a través por ejemplo de los propios centros de salud pública. Los Colegios Profesionales también podrían desarrollar en este aspecto una labor trascendente, constituyendo consultorios multidisciplinarios, entidades como el Colegio Médico, el de Psicólogos y Abogados podrían celebrar convenios de apoyo profesional, recíproco, prestando un servicio social de mayor efectividad.

A nivel judicial, creemos que es necesario una coordinación interdisciplinaria, requiriéndose el establecimiento de Tribunales de Familia, en los que magistrados especializados en esta rama del derecho con la colaboración de profesionales de otras áreas, puedan establecer soluciones más coherentes con el bienestar real de la familia, el régimen de tenencia de los menores, el de visitas y otros aspectos podrían contar con una asesoría especializada.

La problemática familiar por sus repercusiones individuales y sociales demanda de una acción conjunta de apoyo, tengamos presente que en este campo las soluciones legales resultan imperfectas si no son complementadas adecuadamente.

BIBLIOGRAFIA

- AMAT Y LEON, CARLOS y otros. **Los Hogares Rurales en el Perú**, Proyecto PADI, Fundación Friedrich Ebert, 1987.
- CABELLO, CARMEN JULIA. **Cincuenta Años de Divorcio en el Perú**, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, 1988.
- Censo Nacional de Población levantado el 2 de julio de 1961**. Resultados definitivos de primera prioridad a nivel nacional INP Dirección Nacional de Estadística y Censos. Lima, Marzo 1964.
- Censo Nacional de Población levantado el 4 de julio de 1972**. Resultados definitivos a nivel nacional, Tomo I. Oficina Nacional de Estadísticas y Censos. Lima, Agosto de 1974.
- Censo Nacional de Población levantado el 12 de julio de 1981**, Resultados definitivos a nivel nacional, Tomo I, INE. Lima, Julio de 1984.
- CORNEJO CHAVEZ, HECTOR. **Derecho Familiar Peruano**, Tomo I. Studium, sexta edición, 1987.
- CORNEJO CHAVEZ, HECTOR y Otros. **La Nueva Constitución y su aplicación legal. 9 ensayos criticos**, Centro de Investigación y Capacitación, 1980.
- CORNEJO CHAVEZ, HECTOR. **Para leer el Código Civil**, Tomo I, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987.
- Encuesta Demográfica Nacional del Perú (EDEN) 1974-1976**. Fascículo N° 4: "La Nupcialidad en el Perú: Su relación con la fecundidad en torno a 1975". INE - Dirección General de Censos, Encuestas y Demografía. Lima, Noviembre 1978.
- Encuesta Nacional de Fecundidad del Perú (ENAF) 1977-1978 Informe General**. INE - Dirección General de Censos, Encuestas y Demografía - Dirección de Demografía. Lima, Marzo 1979.
- Encuesta Nacional de Prevalencia de Anticonceptivos (ENPA) 1981**. INE - Dirección General de Demografía. Lima, Mayo 1983.
- Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (INDES) 1986**. INE - Dirección General de Demografía. Lima
- FUENTES, ALDO. **Porque las piedras no mueren. Historia, sociedad y ritos de los Chayahuita del Alto Amazonas**. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica.
- MAZEAUD, HENRY Y JEAN, **Lecciones de Derecho Civil, Europa - América**, Buenos Aires 1959, parte primera, volumen III.
- OSSIO, JUAN Y MEDINA, OSWALDO. **Familia campesina y economía de mercado**, Ediciones Crece, 1985.
- P.U.C. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. **Investigación sobre el Servinakuy en el Departamento de Puno**, 1987
- P.U.C. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, **El divorcio absoluto y la separación de cuerpos en la provincia de Lima**, 1970.
- Revista de la Universidad Católica** 15-16, 1987.
- SHUPIHUI, **Revista de la Coordinación Pastoral de la Selva del Perú**, volumen V, N° 14, Abril-Junio 1980.

**RELACION DEL DERECHO DE FAMILIA CON
EL DE SUCESIONES**

Rómulo E. Lanatta Guilhem

El derecho familiar y el sucesorio tienen íntima relación, la cual se aprecia en diversos lugares del Código Civil.

La Constitución Política vigente, en su artículo 6º declara que: "Todos los hijos tienen iguales derechos". En concordancia con esta disposición el Libro de Familia del Código Civil reitera la misma norma en la parte final de su artículo 235 y el Libro de Sucesiones, en el artículo 818, establece que: "Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres", y que "Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales, reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto de la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos".

Estas disposiciones configuran un sistema que, en el derecho comparado, es análogo al adoptado en el Código Civil de México y en los Códigos de la Familia en los países socialistas.

Otro tema, es el parentesco que está definido en el Libro de Familia en el artículo 236, según el cual: "El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco, produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado".

En el Libro de Sucesiones, definiendo los alcances del parentesco en el orden sucesorio, el artículo 816 dice: "Son herederos del primer orden los hijos y demás descendientes; del segundo orden los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo".

Con respecto al Código de 1936, el vigente ha introducido una importante reforma en el mencionado artículo, al ubicar al cónyuge en el primero y segundo lugar en concurrencia con los hijos y demás descendientes y con los padres y demás ascendientes, a falta de los cuales, el cónyuge recibe la totalidad de la herencia, con prescindencia de los hermanos y otros colaterales que sólo heredan a falta de cónyuge.

El Libro de Familia del Código legisla también sobre el parentesco de afinidad, estableciendo que: "El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge". El texto de esta norma permite aclarar un concepto y es que no existe parentesco de afinidad entre los cónyuges, pero existe el vínculo matrimonial o uxorio que es otra base de la sucesión.

Hay en el derecho de familia una disposición de naturaleza sucesoria. Es el asunto del menaje ordinario del hogar, en el cual, es pertinente la segunda parte del artículo 320, según el cual, no se incluye en el inventario el menaje ordinario del hogar en los casos de muerte de uno de los cónyuges o de ausencia declarada y se establece que dicho menaje corresponde al cónyuge *sobreviviente*, o al cónyuge del ausente en su caso.

El menaje ordinario del hogar está señalado por una fórmula negativa en el artículo 321, esto es, que el referido menaje no comprende las doce excepciones, de lo cual se deduce que el menaje ordinario de la casa está constituido no sólo por los muebles indispensables para el uso doméstico, sino también por los muebles y objetos destinados al adorno y comodidad del hogar.

El origen del citado artículo 320 proviene del artículo 200 del Código de 1936, que en su segunda parte, dice: "No se incluirá en el inventario el menaje ordinario de casa, que se entregará al cónyuge sobreviviente, o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio y de divorcio". En la jurisprudencia del artículo 321, citada por el Dr. Fernando Guzmán Ferrer, se reitera este concepto.

EL artículo 304 del Derecho de Familia del mismo Código establece que: "Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro", y el artículo 674 del Libro de Sucesiones, dice que: "Pueden renunciar herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes". Estas dos disposiciones no son contrarias, sino que se refieren a diferentes casos y por lo tanto, se complementan.

Legislando una nueva institución del derecho familiar y sucesorio, el artículo 323 del Libro de Familia señala que: "Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322. Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por

muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera". Son pertinentes en este caso los artículos 731 y 732 del Libro de Sucesiones, el primero de los cuales dice que: "Cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación, en forma vitalicia y gratuita, sobre la referida casa". El artículo 732 dispone que: "Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos inherentes al usufructuario". "Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar. Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien". Estas disposiciones de las que sólo se ha dado un resumen, en el derecho comparado representan una tendencia avanzada y que han sido adoptadas en los Códigos Civiles de Argentina e Italia.

Sobre la pérdida del derecho sucesorio del cónyuge, es pertinente el artículo 333 del Libro de Familia que declara: "Son causales de separación de cuerpos, en su caso, las que enumera en los seis incisos de que consta este artículo, y en el Libro de Sucesiones, el artículo 746 establece que las causales de desheredación del cónyuge son las previstas en el artículo 333, incisos 1 al 6. En el mismo Libro de Derecho de Familia el artículo 353 establece que: "Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí".

Análogas disposiciones existen en el Libro de Sucesiones, así el artículo 772, inciso 2) dice que: "Caduca el legado: 2) Si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa" y el artículo 805, inciso 2) señala que: "El testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero: si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o divorcio".

El artículo 488 del Libro de Familia establece que: "El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia" y en el Libro de Sucesiones el artículo 732, segunda parte, dice que: "Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar".

LA INTERPRETACION DE TESTAMENTOS

Guillermo Lohmann Luca de Tena

DEDICATORIA

Entre los apuntes universitarios que conservo, figura un ajado cuaderno en cuya cubierta, ahora algo desteñida, existió inicialmente una corta inscripción: "Familia-Cornejo". El rótulo fue después rectificado, y para subsanar la atrevida desconsideración estudiantil tras el guión agregué la siguiente abreviatura "Dr". No cabía duda alguna: el profesor de la asignatura era docto en la materia.

Muchas ramas del Derecho positivo son una suerte de borroso y opaco espejo de la vida social. Pero en el Derecho Civil y, particularmente, en el de Familia, eso se advierte sin particular esfuerzo. Y por cierto que los abogados que nos encontramos más cómodos o cercanos a esta rama jurídica que a otras, bien sabemos que ella es vida. Por ende, que a los hechos de la vida hemos de mirar cuando de veras queremos alcanzar una cabal comprensión de muchas instituciones civiles.

Héctor Cornejo Chávez ha contribuido a que generaciones de abogados encontremos menos técnico el Derecho. Más humano.

Desde mi particular perspectiva de estudiante del Acto Jurídico y comentador de las reglas que el Código le dedica, varias veces he sentido un cierto recelo, o acaso temor, de intentar una construcción coherente de los Actos y Negocios Jurídicos de Derecho de Familia y Sucesorio, que pudiera acoplarse armónicamente y sin roces a la disciplina codificada del Acto Jurídico, contenida en el Libro Segundo del Código Civil.

Como principio general se podría decir, sin caer en error, que las normas de este Libro Segundo son de aplicación subsidiaria en defecto de las que pudieran establecerse en otros lugares del Código. Más aún, como bien ha dicho José León Barandiarán, los preceptos sobre Actos y Negocios Jurídicos pueden tener una virtualidad generatriz respecto de relaciones

jurídicas que pertenecen a los contenidos que incumben a los demás Libros del Código. Sin embargo, también es cierto que las reglas codificadas en Familia y Sucesiones, contienen numerosas excepciones a las normas que gobiernan el Acto Jurídico. Por lo mismo, las figuras correspondientes exigen un tratamiento doctrinario independiente.

Como todo Libro Homenaje, este, en honor de Héctor Cornejo Chávez, constituye un apreciable abanico de trabajos y contiene artículos que reflejan las respectivas posiciones intelectuales de sus actores en busca de la verdad, o que enfocan un lado oculto o poco explorado de ella. En mi caso particular, mis inquietudes e investigaciones han discurrido por derroteros que, aunque afines y vinculados al Derecho Familiar, no le conciernen estrecha o directamente. Por eso, considerándome poco diestro e imperito en los agudos problemas que atañen a esa parte del Derecho, me pareció mucho atrevimiento entrar a tallar en ellos. He preferido quedarme al filo del abanico de este Libro y desarrollar unas ideas sobre los testamentos. Su íntima relación con el Derecho Familiar es incuestionable y el Dr. Cornejo fue igualmente profesor de la materia durante largos años. Se merece, pues, que en esta disciplina también le mostremos nuestro reconocimiento y afecto intelectual.

INTRODUCCION

No hubo en el Código Civil de 1936, ni lo hay en el actual de 1984, un artículo que directa y especialmente disponga o regule los criterios de interpretación de testamentos. Cabe observar, sin embargo, que tanto en la Ponencia o Anteproyecto del Libro de Derecho de Sucesiones que propuso el Dr. Rómulo Lanatta, como en el Proyecto de Código preparado por la Comisión Reformadora y publicado en 1981, sí existía un precepto dedicado a la interpretación de los testamentos.

Ese precepto, ubicado como artículo 31 del Anteproyecto de Sucesiones y 736 del Proyecto de Código, tenía en ambos casos idéntica redacción:

Las disposiciones testamentarias deberán ser entendidas en el sentido corriente de las palabras empleadas. En caso de duda se estará a lo que permita cumplir mejor la voluntad del testador.

Empero, el Código definitivo elaborado por la Comisión Revisora no recogió la norma prevista ni incorporó una sustitutoria. Y como hasta ahora carecemos de actas o expresiones de motivos de esta última Comisión, estamos ayunos de explicación sobre las razones que podrían haber justificado la supresión del artículo transcrito. En materia de interpretación, por cierto, la Comisión Revisora tuvo un singular y notorio afán mutilador; no sólo excluyó de los testamentos la norma respectiva, sino que desdeñó cinco artículos ubicados en el Libro de Acto Jurídico y otros cuatro de la Parte General de Contratos. Desde luego, que más de una de las disposiciones proyectadas merecían retoques; en otras, acaso debieron enmendarse imprecisiones o defectos de concordancia. Pero nada explica que, a costa de eliminar los textos proyectados, haya quedado la interpretación con tan mezquino tratamiento en el Código Civil.

En el caso de los testamentos se deja sentir, especialmente, la ausencia de una norma que enseñe u oriente al intérprete sobre los métodos a seguir en la etapa interpretativa, y sobre el sentido que debe atribuir a lo declarado. Además, sería iluso sostener que en los testamentos no hay nada que interpretar. Siempre son posibles criterios divergentes entre los sujetos llamados a suceder. Y hasta el propio Código obliga a interpretar, aunque no lo mencione con esas palabras: el artículo 801 obliga a examinar la compatibilidad entre los posibles testamentos: "el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último". A su vez, el artículo 777 señala que: "El derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador".

Una norma sobre interpretación testamentaria se echa muy de menos, porque además de la carencia de criterio imperativo, la jurisprudencia tampoco ha sido pródiga en dictámenes que ilustren sobre el particular¹ y que establezcan un derrotero a seguir. En lo que toca a doctrina nacional, sin restar mérito y valía a los demás estudios sobre los testamentos, solamente Lanatta, principalmente en su obra² y en menor grado en su ponencia, se ha ocupado de la interpretación con cierta holgura.

El presente estudio está destinado a intentar proyectar un poco de luz sobre la interpretación de los testamentos y a proponer algunas ideas que, confiamos, pueden orientar a quienes, al estudiar un testamento a sus disposiciones, encuentren dudas sobre su sentido.

Antes de atacar el núcleo del problema, es útil reseñar algunos aspectos atinentes a la interpretación, así como los principios que en particular rigen la disciplina testamentaria.

1 En la ancha compilación de José León Barandiarán: **La Sucesión Hereditaria en la Jurisprudencia Suprema**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, no llegan a seis las ejecutorias sobre las que verdaderamente pueda decirse que versan sobre interpretación.

2 Rómulo Lanatta: **Derecho de Sucesiones**. Lima, Editorial Desarrollo, 1983.

CAPITULO PRIMERO

1. INTERPRETACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

1.1 GENERALIDADES. Se entiende por interpretación, en líneas generales, el procedimiento y método de investigación del significado de una declaración de voluntad y como consecuencia del cual se explica el contenido de la misma y el precepto querido por el declarante dentro de un contexto personal o social determinado. En este orden de ideas, la interpretación de los negocios jurídicos no sólo consiste en un procedimiento para analizar y descifrar la existencia y sentido de una determinada declaración, sino que también cumple el cometido final de atribuir a tal declaración un determinado significado de carácter jurídico. Se trata, en suma, de extraer de una cierta manifestación humana un precepto de voluntad y atribuirle a su contenido un alcance cierto, una acepción unívoca y, por ende, un valor jurídico concluyente.

Ahora bien, puesto que la interpretación testamentaria se efectúa sobre declaraciones escritas de voluntad, es evidente que la materia de investigación no debe ser la eventual voluntad interna del testador, sino la que se deduce de lo que él ha revelado con la declaración. Dicho de otro modo, la interpretación no tiene como finalidad indagar, descubrir o atribuir sentido a una voluntad subjetiva cualquiera, sino a la voluntad que puede ser conocida a través de su forma exterior. El propósito de la investigación, en tal virtud, es atribuir sentido a lo declarado y sólo de un modo consecuente, a la voluntad que se ha patentizado a través de la misma. Sobre esta forma, sobre esta redacción y texto objetivo en que consiste la expresión de voluntad, es sobre la que recae la tarea de la interpretación, no sobre la voluntad en sí misma como conclusión de un devenir psicológico. Ni al Derecho en líneas generales, ni menos a la dogmática de los testamentos y negocios jurídicos le interesa el querer interno y no evidenciado.

De lo dicho se colige que el intérprete del testamento juzga con base a la declaración externa, porque ella está destinada a traducir un precepto del que se desea que sea considerado jurídicamente relevante. Además, no puede ser de otro modo, porque la voluntad interna sólo cumple una función en la medida que se dirige a un resultado práctico, que por su propia naturaleza pretende que sea conocido por medios sensibles. La voluntad que se declara exterioriza la intención del testador, para la cual se pretende validez y vigencia en función de la materia que se propone ordenar. Por eso se dice que el objeto de la interpretación es una declaración en el marco de circunstancias con significado y valor objetivos, y su función, entre otras, es reconstruir el precepto de voluntad más allá de la expresión inadecuada.

Las reglas de interpretación, en síntesis, pretenden investigar el contenido preceptivo de la declaración como único elemento objetivo cierto, que puede servir de punto de partida para entender la voluntad y su relación con todos los factores que sobre ella han incidido.

1.2. FASES DE LA INTERPRETACION. LA ACTITUD DEL INTERPRETE

Como fases de la interpretación se conoce aquel conjunto de etapas de interpretación y que, aunque tienen por finalidad desentrañar el sentido de la declaración de voluntad, no son propiamente las consistentes en la atribución de un significado determinado.

Las etapas del procedimiento interpretativo han de concordar muy estrechamente con la actitud perceptiva del intérprete. Las normas de interpretación, en tanto que procedimiento analítico, y las normas interpretativas, consideradas como atributivas de un sentido con valor jurídico a las declaraciones, a pesar de ser reglas doctrinales que el intérprete no puede desconocer, no son tampoco principio de un positivismo legal que deban ser aplicados de modo ciego y automático como ciertas reglas procesales. Las normas interpretativas no sólo son metodológicas sino, sobre todo, sustantivas y materiales, en cuanto contribuyen, merced a la aplicación que de ellas haga el intérprete, a la atribución de un sentido a la voluntad declarada hasta obtener una honesta certeza sobre su significado.

En este orden de ideas, a lo largo del proceso interpretativo el intérprete no sólo se limita a recibir una situación, identificar una duda y corresponderle una regla interpretativa que con frialdad matemática resuelva el conflicto, sino que asume el deber de imbuirse de todo el complejo de circunstancias que confluyen en la declaración testamentaria, asumiendo las razones justificantes de la voluntad cuya expresión ha de ser aclarada. Con esto queremos decir que para el intérprete la operación de interpretación no consiste en diagnosticar solamente dudas objetivas y en aparejarles de inmediato una solución. No, entre la duda y la aplicación de la regla que la solvente hay primero una actitud de adecuación mental por parte del intérprete. Es precisamente esta adecuación mental la que, auxiliada con todos los hechos que concurren a la duda, comprende y asimila, de alguna manera recorre hacia atrás el proceso volitivo del agente a partir del hecho jurídico significativo (declaración), y anuda la adecuada regla interpretativa, que dota de un unívoco sentido (significado), a la expresión de voluntad que parecía carecer de él o que admitía diversas posibilidades.

Sentada esta premisa puede decirse, que la primera fase de la interpretación se reduce para el intérprete a una labor de comprensión y entendimiento del problema y quizá en ello estriba la determinación del correcto enfoque de la duda y señalamiento de la dirección por la cual ha de investigarse. Por harta ciencia y experiencia que posea, el intérprete ha de entender, primero, objetivamente, el problema, saber en qué consiste, concretar sus alcances y sus consecuencias y, acto seguido, comprenderlo de un modo subjetivo, de algún modo intuitivo y no científico, pues las particulares circunstancias personales, económicas y sociales inciden sobre las voluntades reflejadas en declaraciones de un modo no susceptible de cuantificarse, cualificarse ni menos codificarse, pues las reglas de interpretación son sólo típicas (en cuanto reflejo legal de realidades sociales uniformes y ciertos casos límite).

Tras esta fase de entendimiento y comprensión, en la que todavía no hay un análisis razonado y coherente de las declaraciones sometidas al intérprete, éste debe fijar los hechos que habrán de influir de modo determinante en el resultado de la actividad interpretativa propiamente dicha. Según esto, los interesados habrán de poner al alcance del intérprete toda

aquella información conducente a resolver la cuestión planteada: ¿cómo se expresó la declaración de voluntad?; ¿qué palabras se utilizaron?; ¿qué circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la expresión de la voluntad han tenido lugar?; ¿cuál es el medio social en el que se desenvuelve el declarante?; ¿qué intereses, necesidades o deseos se pretendía regular? Y así sucesivamente, hasta proporcionar al intérprete todos los indicios y los elementos de hecho que puedan revelar, razonablemente, el sentido que el agente negocial quiso atribuir a su declaración de voluntad. Es decir, su contenido, en función de un resultado práctico que se quiso obtener. Con frecuencia, el error en la determinación del significado de la declaración, proviene de insuficiente información suministrada al intérprete.

Precisados los hechos y determinada la existencia de la voluntad, se indagan el sentido y su significado, esto es, los alcances del precepto contenido en la declaración, en relación con el resultado práctico que pudiera aparecer como pretendido en la declaración y en su contexto. En esto consiste la interpretación propiamente dicha.

En el testamento, sin embargo, no es posible que el propio agente declarante coadyuve a la explicación de su voluntad o defensa de la misma. Y tampoco es posible interpretar su declaración de igual manera como se interpretan los negocios bilaterales o los negocios 'intervivos'.

El testamento es un negocio jurídico, sin duda, pero es un negocio con ciertas notas particulares que hacen que también deba ser interpretado con respeto y concordancia a ellas.

CAPITULO SEGUNDO

2. CARACTERISTICAS DE LOS NEGOCIOS TESTAMENTARIOS

No les falta razón a las Partidas cuando señalan que "el testamento es una de las cosas del mundo en que más deben los hombres haber cordura cuando los hacen, y esto por dos razones. La una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad. Y la otra, porque después que los han hecho, si se muriesen, no pueden tornar a enderezarlos, ni hacerlos de nuevo".

Con menos humanismo pero más técnica jurídica, nuestro Código señala otros conceptos adicionales, que marcan las pautas claves de la institución. El artículo 686 señala que "por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas".

Por su lado, el numeral 690 preceptúa que "las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero".

De estas y otras disposiciones que iremos señalando con la secuencia de la exposición, pueden extraerse determinados principios rectores que gobiernan la institución y que deben tenerse presentes para la interpretación de las disposiciones testamentarias.

2.1. Siempre dentro de los marcos legales, como apunta el artículo 686 acotado, la voluntad expresada en el testamento constituye la ley rectora de sucesión. El testador, dice la norma, dispone para después de su muerte y ordena su propia sucesión -vale decir, establece el reglamento que gobernará la aplicación de sus bienes. Así concebido, el acto testamentario estatuye la manera y forma con la cual, con eficacia **post mortem**, el testador proyecta su patrimonio hacia el futuro. Sólo en defecto total o parcial de testamento, o por otras circunstancias excepcionales, legalmente tipificadas (artículo 815), cede la prevalencia de la voluntad del testador para entrar en juego con carácter supletorio la voluntad del legislador.

El testamento, así considerado, es fuente creadora de futuras relaciones jurídicas respecto de las cuales el testador manda y ordena, pero no ejecuta. Dentro del marco legal, su voluntad testada reina de manera soberana para reglamentar los intereses del testador de la manera que mejor le cuadre y satisfaga, disponiendo de sus bienes de manera completa o parcial, o estableciendo indicaciones extra patrimoniales: reconocimiento de hijo extra-matrimonial (artículo 390); designación de tutor (artículo 503), o de curador (artículo 572).

El testamento, pues, es el instrumento en el que queda plasmada y recogida la voluntad

del testador. Desde este punto de vista, podría afirmarse que lo que no está en el testamento (su interpretación explicativa es otra cosa), queda fuera de la voluntad reguladora de su autor.

2.2. El testamento es un negocio **personalísimo** en el más genuino sentido del vocablo. No es que se prohíba la participación de terceras personas en los actos exteriores del testamento; antes bien, ello es de obligatoria observancia en algunas modalidades testamentarias. De lo que se trata, al decir personalísimo, es que la formación y manifestación de la voluntad deben ser actos **propios y directos** del testador, sin terceros intermediarios. Ni en la voluntad como contenido, ni en la exteriorización de la misma se permite la intrusión de otras personas. Tampoco se permite que, por vía indirecta, se remita el testador a la futura e incierta voluntad decisoria de un tercero.

Lo anterior aparece gráficamente expresado en el artículo 690 del Código: las disposiciones testamentarias deben ser la expresión **directa** de la voluntad del testador. Y la norma agrega quien no puede darse poder a otro para testar, y esto vale no sólo para la representación voluntaria, sino también para la legal. La idea, en suma, es que el testamento no sólo sea acto personal en cuanto voluntad emanada directamente del propio interesado, sino que también excluye cualquier otra voluntad ajena con cuyo contenido pueda contaminarse, diluirse o confundirse.

Como para ratificar la absoluta independencia y autonomía tanto formal como material de la voluntad del testador, el artículo 814 fulmina con nulidad el testamento otorgado en común por dos o más personas. El legislador, por lo tanto, no sólo desea que el testamento sea acto **personalísimo** como expresión directa de la voluntad del testador, sino que además impone que sea un acto unipersonal, con el evidente propósito de "aislar" las voluntades de los declarantes y evitar, hasta donde es posible, una imbricación o interdependencia entre las mismas, de donde podría inferirse una común (o recíproca), intención que importa una autolimitación a la libertad al momento de testar y que constriñe la revocabilidad a la que más adelante nos referiremos. De todas maneras, el artículo 814 debe ser entendido con arreglo a su propósito: es decir impedir que un mismo testamento contenga dos voluntades con dos intervinientes y sus respectivas firmas. Pero eso, desde luego, no tiene nada que ver con el hecho de que un mismo pliego contenga por ejemplo, dos testamentos ológrafos escritos respectivamente en el anverso y reverso, siendo sustancial y materialmente autónomos entre sí.

A diferencia de los primeros preceptos del artículo 690 (expresión directa y prohibición de testamento otorgado con poder), el último párrafo de la norma suscita algunas dudas que conviene esclarecer. Esta última frase a la que nos referimos estatuye que el testador no puede "dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero". Tan enfática y contundente declaración, que pareciera no admitir duda alguna en sus alcances, no sólo es susceptible de varias interpretaciones, sino que su propia fuerza represiva se ve sensiblemente disminuida por efecto del artículo 758 del propio Código: "Es válido el legado de un bien mueble indeterminado, aunque no lo haya en la herencia. La elección, salvo disposición diversa del testador, corresponde al encargado de pagar el legado, quien cumplirá con dar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquél, debiendo tener en consideración la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario".

El artículo 690, en su última parte, nos obliga, en efecto, a una labor de precisión. Para entender bien el propósito querido por el legislador, conviene percatarse que el dispositivo regula las hipótesis de dos oportunidades o momentos históricamente diferenciados. El primero de ellos se refiere a la facción o ejecución misma del testamento, como asunto relativo a su génesis o formación. Para esas oportunidades, el legislador ha querido que la voluntad expresada sea la del propio disponente y manifestada por él mismo: no se quiere que el testamento lo otorgue una persona en nombre y con efectos para otra. En cambio, el último párrafo de la norma ya no regula el nacimiento o formación de las disposiciones testamentarias, sino a la integración, determinación o ejecución de las mismas. Es decir, cuando existiendo y habiéndose formado las disposiciones testamentarias por la propia voluntad directa del testador, éste pretende facultar a un tercero para que resuelva sobre ellas. Los alcances y poderes de tales terceros no inciden, por lo tanto, en la existencia del testamento como acto de voluntad y negocio jurídico documentado, sino en que, hasta cierto punto, el testador ha dejado su propia voluntad relacionada con la voluntad de otro. Los límites de las facultades de este otro, y su entroncamiento con la voluntad del causante es lo que nos interesa analizar.

El problema se centra, a mi modo de ver, en los alcances que le atribuyamos a la locución "arbitrio" en el marco del contexto en que se encuentra. Arbitrio puede ser utilizado como sinónimo de albedrío, voluntad, decisión, facultad o dependencia. Como es obvio, los alcances del precepto variarán de los alcances o significado que concedamos a la palabra. A mi modo de ver, el legislador perseguía un doble propósito. Por un lado, impedir que por vía testamentaria indirecta el testador concediera poderes para que otro decidiera en su nombre. En segundo lugar, cuando estatuye que no pueden dejarse las disposiciones testamentarias al arbitrio de un tercero, se ha querido impedir que el tal tercero disponga sobre las disposiciones. O, dicho de otra manera, que las disposiciones del testador, dependan, a su vez, de la voluntad de otro con facultad decisoria para cumplirlas o inexecutarlas. Así comprendido el artículo, el arbitrio de un tercero no recae sobre el contenido de la disposición, sino sobre la subsistencia de la misma. Interpretando dentro de su contexto la idea que el precepto contiene, lo que se ha pretendido es evitar que por vía testamentaria se eluda la obligatoria intervención personalísima de la voluntad decisoria del testador, haciéndola depender, en su nacimiento o en su subsistencia, de la decisión de un tercero.

No creo, en cambio, que el precepto impida una voluntad integradora o de simple determinación a cargo de un tercero. Esta cesión de autonomía que hace el propio testador deriva de su propia voluntad y en nada desdice el carácter personalísimo del testamento, por que no se concede o defiere a un tercero o a otras circunstancias un poder creador de disposiciones testamentarias o derogador de las mismas.

Todo dependerá, por supuesto, de la propia redacción del testamento, pero en la medida que éste constituya la expresión directa de voluntad del testador no veo inconveniencia esencial o principista para que el testador deje que una disposición testamentaria sea cumplida o interpretada del modo que un tercero determine. Ya no queda en este caso a cargo de este tercero la creación de la disposición, ni depende de él su cumplimiento o no cumplimiento, porque lo que se le han conferido es facultades de elección, determinación o precisión. Y eso sería lo único que queda a su arbitrio. A parte de una innumerable casuística

que la realidad podría aportar, el propio ordenamiento legal considera varios casos en los que interviene el arbitrio de un tercero: el artículo 758, sobre la elección del bien materia de legado; el artículo 763, sobre los legados a favor de los pobres o para fines culturales o religiosos; el artículo 765, que implica que el ejecutor testamentario tenga que disponer de bienes muebles o inmuebles para pagar legados en dineros; el artículo 787 que en diversos incisos deja a criterio de los albaceas la manera de administrar la herencia o cumplir ciertos encargos.

Obviamente, los casos de arbitrio por el tercero cuando está permitido, suponen un deber de interpretación para precisar si lo que ha quedado al arbitrio es la creación o subsistencia de la disposición de voluntad, o simplemente la manera de ejecución de la voluntad del testador ya plasmada y definida, o tal vez a una voluntad ya existente de un tercero y conocida por el testador a la que él se quiso remitir.

2.3. Intimamente emparentado con todo lo anterior, está el carácter **unilateral** del testamento. Se trata de un negocio jurídico que se perfecciona y consume (en su origen y existencia, no en sus efectos), con la sola voluntad del testador. Esto implica que el testamento ingresa a la vida jurídica sin necesidad de la adhesión o participación de otras voluntades. Bien es cierto que terceros pueden intervenir —y de hecho, según las formalidades, ocasionalmente deben hacerlo—, pero la hacen con una voluntad orientada a funciones particulares como son las de dar fe de la expresión de la voluntad y de su contenido o, simplemente, contribuir a documentar la voluntad del testador.

La unilateralidad del testamento no solamente está dada por la ausencia de dos partes, sino porque la única parte que interviene está compuesta de un solo sujeto, cuya exclusiva voluntad y declaración es suficiente para resolver sobre sus propios deseos. El testamento se distingue, así, de otros negocios unilaterales (una sola parte), cuya formación no obsta el consentimiento de dos sujetos con idénticos intereses (por ejemplo promesa unilateral solidariamente formulada por dos personas).

La connotación de unilateralidad no se ve disminuida ni de manera alguna reducida por la circunstancia de que el llamado a la herencia no la adquiere si no la acepta. Son voluntades conducentes a propósitos distintos con situaciones también distintas y la perfección del testamento, como voluntad reguladora que el testador establece **post mortem**, es perfecta independientemente de la aceptación o de la renuncia.

Dos ejemplos nos bastarán para ilustrar lo anterior. En primer lugar, el artículo 660 estatuye que desde el momento de la muerte la herencia se transmite a los sucesores del causante. El testamento, así, surte eficacia desde el instante del fallecimiento de su autor, prescindiendo de si se sabe o no de su existencia, o sabiéndola se desconoce el contenido. La apertura del testamento dará a conocer, simplemente, cuáles son las disposiciones que el testador quiso para después de su deceso. En concordancia con ello, el artículo 677 estatuye que la aceptación y la renuncia se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión (o sea a la muerte), como recalcando la autonomía de las voluntades del testador y del sucesor. Pero hay otro enunciado legal que también reafirma el carácter unilateral del testamento. De la lógica de los artículos 798 y siguientes del Código se infiere que la acep-

tación no surtirá ningún efecto vinculatorio para el afectante o el testador, si se descubre que el testamento materia de aceptación había sido revocado por otro posterior.

Corolario de lo que se ha expuesto es que el testamento contiene una **declaración no recepticia**, entendiéndose como tal a aquella que para su perfeccionamiento no necesariamente requiere llegar al destino o conocimiento de los propios interesados. Obviamente toda declaración de voluntad está pre-ordenada a ser conocida más tarde o más temprano por ciertos terceros, determinados o indeterminados. Pero lo que aquí queremos decir es que así como hay otro tipo de declaraciones cuyos efectos jurídicos y sobre todo, prácticos, están supeditados a que previamente sean conocidas por aquellos a quienes van dirigidas, en la declaración testamentaria carece de influencia jurídica el hecho de que los terceros, sucesores o no, conozcan la voluntad del testador antes de su muerte. Esta voluntad es perfecta por sí misma, prescindiendo de cualquier otra.

La nota de **no receptibilidad** de la declaración testamentaria es de singular importancia, pues con ella el testador no persigue adhesión alguna, ni manifiesta sus intenciones con el propósito de provocar una respuesta del receptor beneficiario. El testamento opera por sí mismo, en el sentido que su autor no espera ningún tipo de respuesta de sus ejecutores testamentarios, ni espera que ellos adecúen su voluntad o intereses, como contrapartida de lo que el testador establezca.

2.4. El artículo 798 del Código establece que el testador tiene **derecho de revocar**, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias. Toda declaración que se haga en contrario carece de valor.

La norma, como se advierte, contiene dos supuestos distintos, aunque estrechamente vinculados. En la primera parte del dispositivo se establece el derecho de cambiar la voluntad expresada, sustituyéndola total o parcialmente por otra o derogándola por completo, para que el régimen sucesorio se regule, hasta que no exista otra disposición testamentaria diferente, por las reglas de la sucesión intestada. El derecho de revocación es la otra cara de la moneda del principio connatural de la libertad de testar y de hacerlo de una manera determinada dentro de los márgenes de la ley. Correlato de esta libertad de testar, está la de no hacerlo o la de modificar lo que se hizo.

La segunda parte del artículo establece la irrenunciabilidad del derecho a la revocación, que constituye un acto restrictivo de voluntad futura y, por tanto, de la libertad de disposición.

La revocabilidad se apoya en un doble fundamento. El primero de ellos está dado por la eficacia **post mortem** del testamento, de donde se deriva que si la voluntad está destinada a que antes de la muerte no tenga efectos, nada impide revocar aquellas disposiciones y orden sucesoral que todavía no han tenido ni van a tener efectos, hasta que la muerte se produzca (artículo 686).

El segundo fundamento se sustenta en la no receptibilidad de la que ya hemos hablado. Según dijimos, la perfección orgánica de la declaración testamentaria es independiente

del conocimiento que uno o más terceros, sucesores o no, pudieran tener de ella. Como en propiedad esa declaración de voluntad todavía no produce transmisión patrimonial ni ha creado ninguna relación jurídica, no pueden existir perjuicios ni confianza defraudada que pudieran obstruir la revocación.

Con todo, no obstante que el testamento es esencialmente un acto revocable, por excepción y en razón de su superior función social algunas de las disposiciones que se incorporen a la declaración testamentaria no consienten derogación que afecta a su permanencia y deben sobrevivir a la revocación. Particularmente de mencionarse el artículo 395 del Código, el cual señala que el reconocimiento de los hijos extra-matrimoniales es irrevocable. Pero la no revocabilidad de estas disposiciones se explica anotando que, en realidad, no son testamentarias con proyección *mortis causa*; sino de actos jurídicos autónomo y con vida y efectos jurídicos propios, que pudiendo haber quedado documentados separadamente se expresan con ocasión y en el mismo instrumento que las reglas de carácter sucesorio *sensu strictu*.

2.5. Como se deriva de todo lo expuesto, las disposiciones testamentarias de naturaleza patrimonial constituyen (para el momento en que deban surtir efectos), declaraciones **traslativas de dominio a título de liberalidad**.

Que el testamento una vez con plenitud de eficacia jurídica por efecto de la muerte constituya acto traslativo de dominio, es cosa que no requiere mayor análisis ni explicación. Salvo que exista renuncia, la transmisión patrimonial opera sin necesidad de actos, negocios o declaraciones complementarias. Por efecto de la muerte y del orden sucesoral impuesto por el testador, los sucesores reciben (a título particular en el caso de legados o general y partes alícuotas en el caso de herederos respecto de los cuales el testador no ha asignado bienes concretos), los bienes que integran el patrimonio del causante. En esta línea de pensamiento, la división y partición de la masa hereditaria sólo es una manera de poner fin al régimen de condominio. En consecuencia, esta división y partición es acto jurídico que vincula a los partícipes de la sucesión respecto de bienes que ya son suyos y que los habían adquirido por causa testamentaria.

La nota característica de **liberalidad** también es sustantiva. Adviértase que conceptuamos al testamento como acto a título de liberalidad, lo que es distinto de negocio gratuito. Y es que liberalidad y gratuidad son, definitivamente, conceptos que denotan situaciones jurídicas diversas. En efecto, todos los negocios a título de liberalidad son al mismo tiempo gratuitos; pero no todos los gratuitos son de liberalidad. Negocios genuinos de liberalidad son sólo el testamento y la donación. Negocios gratuitos en los cuales, en cambio, no hay liberalidad de ninguna especie, los hay de diversa especie y podemos citar algunos a título de ejemplo: la prenda y la hipoteca en garantía de obligaciones de un tercero no necesariamente tienen por qué ser remuneradas; el comodato también es gratuito (artículo 1728); también pueden serlo algunas modalidades de la prestación de servicios (artículo 1759) y así ocurre con el mandato, que no necesariamente es oneroso (artículo 1791); el depósito se presume gratuito (artículo 1818); nada impide tampoco pacto de gratuidad en el secuestro; la fianza también puede ser gratuita; lo mismo ocurre con la renta vitalicia.

La liberalidad radica en la absoluta falta de prestación o deber jurídico del beneficiado (con la salvedad del modo o cargo que, en todo caso, tienen un límite en el mismo monto de la liberalidad - artículo 187). La gratuidad, a diferencia, importa bien dependencia de otro negocio, bien que las dos prestaciones o una de ellas no son susceptibles de valorarse económicamente, o no se quiere hacerlo. En los negocios de liberalidad existe un enriquecimiento sin deber a cargo del enriquecido; en los negocios gratuitos existe una interdependencia en las prestaciones, lo que pasa que una de ellas no necesariamente obliga a un sacrificio patrimonial o desprendimiento económico para quien la debe.

De esta diferencia entre gratuidad y liberalidad se derivan consideraciones que inciden en un diferente modo de interpretación de los negocios jurídicos correspondientes.

2.6. Queda un último aspecto por destacar como característico del testamento. Es su esencial **solemnidad y formalidad**, que en algunos casos equivale a unidad de acto lo que implica, salvo excepciones, impedimento a la formación sucesiva o paulatina de la voluntad, cuyo momento es necesario fijar en el tiempo (y de ello se derivan consecuencias a la hora de interpretar esa voluntad).

Independientemente de ciertas corrientes doctrinarias, principalmente propias de otros sistemas jurídicos, que abonan por una reducción al mínimo de las formalidades testamentarias, la política legislativa civil en nuestro país ha continuado una firme tradición de los sistemas latinos, reclamando, para la validez testamentaria, el cumplimiento de diversos requisitos, en función de la fórmula testamentaria utilizada.

Las solemnidades formales desempeñan un doble rol o, mejor dicho, obedecen a un doble propósito. El primero de ellos, si podemos presentarlo así, está enfocado a que por efecto de las formalidades impuestas el testador medite bien sus disposiciones y el orden sucesoral y régimen que pretende. Ello implica no solamente forzar la creación de una voluntad firme, sino imponer, hasta donde sea posible, una clara expresión de la misma. De hecho, la escritura de propio puño y letra y firma en todas las páginas y pliegos por el testador en los testamentos cerrado y ológrafo, imponen, hasta cierto punto, una concentración mental y expresiva, y suponen que el autor ha releído o revisado y hasta repensado lo que firma. Y en el testamento por escritura pública, se impone que su texto sea leído "clara y distintamente" y que el notario "verifique, viendo y oyendo al testador si lo contenido (en la redacción) es la expresión de su voluntad" (artículo 696, incisos 5 y 6). La primera función de la formalidad se orienta, de esta manera, a constatar el contenido y la correcta expresión de la voluntad.

La segunda finalidad apunta más bien a certificar la propia realización del acto en su existencia fenoménica, con prescindencia del contenido de la voluntad.

Las solemnidades, en suma, no vienen impuestas o requeridas por capricho, sino como medio que garantiza voluntad madura y meditada y existencia de la misma. Todo ello conduce, evidentemente, a posibilitar una voluntad lo más libre y exenta de vicios posible y manifestada de una manera, lo suficientemente comprensible, que permita entender el contenido de las disposiciones y que se trata de un acto deliberadamente testamentario y no

un simple proyecto de indicaciones sobre los descos **post mortem**. Todo ello, desde luego, se enfoca a lograr que del testamento se pueda extraer la voluntad querida tal como fue en un momento determinado, evitando así incertidumbres sobre posibles cambios, modificaciones o dudas del autor. Si la duda o voluntad modificatoria fue posterior pero no expresada con las formalidades requeridas, carecerá de trascendencia para el mundo jurídico.

2.7. Hemos expuesto hasta aquí ciertos aspectos característicos del testamento que derivan de los textos legales y que consideramos indispensables a los fines de su interpretación.

Sin embargo, deliberadamente hemos dejado para el final un punto sustantivo que no está previsto en nuestra legislación pero que sí menciona el texto de las Partidas que hemos glosado más arriba. La Sexta Partida nos hace recordar un hecho que, aunque evidente en el terreno de la naturaleza, puede pasar desapercibido en el mundo jurídico si no se pone de relieve. La Partida apunta que una de las razones por las cuales "más deben los hombres haber cordura" es cuando hacen el testamento, porque si mueren después de haber hecho no pueden cambiarlos ni hacerlos de nuevo.

Las repercusiones jurídicas de ello, saltan a simple vista: el testador queda atado a su testamento mientras no lo modifique o revoque en vida, de tal suerte que cualquier voluntad no expresada con formalidades testamentarias, aunque persiga propósitos **post mortem** no tendrá relevancia de ninguna especie para el mundo del Derecho. El testamento puede eventualmente no reflejar la verdadera y última voluntad íntima del testador, pero el Derecho debe sujetarse a ella porque es la última voluntad conocida y formalmente expresada con virtualidad testamentaria. Como bien dice Cicu³ "acto de última voluntad no quiere decir acto que contenga la voluntad última, expresa o existente en el momento de la muerte. Significa más bien acto de voluntad que ha de ser eficaz después de la muerte y precisamente por ello acto que debe expresar la última voluntad entre las varias voluntades que el testador haya manifestado sucesivamente".

Si esto ocurre antes de la muerte, con mayor nitidez aún se advierte después del deceso. Producido el fallecimiento, cuando el autor del testamento ya no tiene posibilidad de volver sobre sus pasos para revocar o modificar sus disposiciones, tampoco hay modo ni manera de que aclare las oscuridades, que explique su voluntad o que precise sus intenciones.

En los negocios 'intervivos' siempre existe la posibilidad de que el declarante exponga sus planteamientos, defienda sus intenciones, o proporcione los elementos de juicios para que otros entiendan su declaración. Pero en los testamentos nada de eso ocurre, puesto que una vez declarada la voluntad con fines de ordenar la sucesión y regular sobre el destino de los bienes para después de su muerte, tal voluntad cobra vida propias, pues liga y vincula al propio testador hasta que no sea modificada por él mismo. Sólo el autor y nadie más que él puede modificarla o alterarla. Pero, mientras no lo haga, tal voluntad, con el conte-

3 Antonio Cicu: *El testamento*, p. 19.

nido y expresión o manifestación empleada, queda definitivamente incrustada con vocación de permanencia prescindiendo por completo de cualquier otra voluntad, posible impugnación o disposición.

Lo anterior forzosamente coloca al intérprete frente a un testamento cronológicamente ubicable, lo que le obliga a indagar el sentido de la voluntad sujetándose a las circunstancias en que el testador se situaba o que sobre él pudieron influir al momento en que hizo el testamento. Quiero decir con esto que el intérprete está constreñido a escrutar la voluntad testamentaria a través de la propia declaración misma, sin que le sea posible tener en consideración cualquier otra voluntad posterior (salvo que sea explicativa), porque se parte de la premisa que el Derecho debe operar sobre datos ciertos y, en tal virtud, cualquier eventual voluntad posterior no pasaría de ser un simple proyecto que el testador no quiso formalizar, a menos que de ella se deriven datos que hagan conocer y entender el sentido de la anterior voluntad testamentariamente expresada.

CAPITULO TERCERO

3. EL PROBLEMA CON LA APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES

3.1. EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD

Los artículos 168 y 170 del Código recogen cuatro reglas de interpretación. Las dos primeras están contenidas en el artículo 168; una de ellas es de carácter formal, por contener instrucciones metodológicas sobre el modo de proceder del intérprete y marco al que debe sujetarse. La buena fe, en cambio, es pauta interpretativa atributiva de sentido. La tercera disposición, contenida en el artículo 169, también es norma metodológica. La cuarta, recogida en el artículo 170, sí es norma interpretativa propiamente dicha, en el sentido de señalar el contenido que debe atribuirse al asunto materia de interpretación.

El problema estriba en determinar si tales normas son de forzosa aplicación a todos los negocios jurídicos o excluyen a los testamentos.

3.2. EL ARTICULO 168

Establece que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

La atenta lectura revela que el dispositivo contiene dos reglas completamente autónomas e independientes entre sí. Por un lado se estatuye lo que podríamos denominar criterio metodológico, según el cual la interpretación debe efectuarse de conformidad con lo que haya sido expresado; en segundo lugar, la norma anuncia un criterio hermenéutico y valorativo, como es el principio de la buena fe.

En opinión de Vidal (*Acto Jurídico*, pág. 234) este artículo 168, en razón de sus términos "es aplicable tanto a los actos bilaterales como a los unilaterales, ya que suprime la común intención de las partes, superando el alcance del artículo 1328 del Código de 1936". En otro lugar de su obra (pp. 239 y 240), Vidal señala que este artículo 168 "evidentemente se sustenta en un criterio objetivo y que su aplicación, sin ninguna duda, es tanto para los actos unilaterales como a los bilaterales". Y agrega que "el Código se sustenta en un criterio objetivista partiendo del supuesto que la voluntad manifestada expresa la voluntad real, toda vez que sólo la primera tiene relevancia jurídica". Ratificando este pensamiento, en su trabajo sobre el testamento como acto jurídico en el libro *Homenaje a Rómulo Lanatta* (p. 522), apunta Vidal que el artículo 168 "es aplicable a la generalidad de los Actos Jurídicos, incluyéndose, sin lugar a dudas, el acto testamentario". Puntualiza que "en el principio general del artículo 168 debe verse, pues, la prevalencia de la voluntad manifestada sobre la voluntad interna o real, consagrando una presunción de que ésta última está contenida en la manifestación y es en este sentido que debe entenderse la referencia a la buena fe".

A modo de conclusión, apunta Vidal que "en nuestra opinión no habría otra alternativa que aplicar el criterio adoptado por el Código (se refiere al objetivista), y traducido en las normas que hemos dejado expuestas, pues, como ya lo hemos advertido, no existe norma específica en materia de interpretación del testamento".

No obstante tan autorizada opinión como la de Vidal, soy del parecer que las peculiares características del testamento obligan a llegar a conclusiones contrarias.

En efecto, aunque en todo negocio jurídico la declaración de voluntad y, por consiguiente, la intención de su autor solamente puede ser perceptible a través de la forma exterior de su expresión, también es cierto que el testador (aunque persigue hacer conocer su voluntad existente en un momento dado), no tiene en ese momento intención vinculante de ninguna especie. En tal virtud, su declaración no está destinada a ser conocida con efectos jurídicos inmediatos para los destinatarios. Y ello no solamente porque la declaración testamentaria es esencialmente revocable, sino porque su eficacia dispositiva y traslativa está supeditada (no condicionada), a que se produzca la muerte. El criterio de la objetividad que apunta Vidal tiene plenitud de razón y sentido en los negocios "intervivos" recepticios, porque sobre la base de la declaración del agente el receptor de la misma adecúa su comportamiento, expresando a su vez la declaración correspondiente. En cambio, la situación es diversa en los testamentos. En ellos el testador ordena y dispone para que su voluntad se cumpla y ejecuta tal cual él quiso (siempre dentro de los marcos legales), sin que nada le obligue o constriña a que su voluntad se adecúe a la capacidad o grado de comprensión del receptor. Obviamente el testamento está destinado a ser conocido para que recoja los preceptos normativos bajo los cuales deja el testador, estatuidos sus intereses. Pero esta declaración de voluntad testamentaria, a diferencia de otras, no persigue ningún propósito de encuentro con intereses de otro legítimamente tutelados, obligando al declarante a manifestarse de una manera adecuada al recto entendimiento del destinatario de la declaración, según los propósitos que se quisieran regular y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Si por interpretación objetiva entendemos aquella que procura desentrañar el correcto alcance y sentido del precepto de voluntad contenido en la declaración, aplicando criterios que miran a entender la declaración tal como razonablemente debía entenderla el destinatario, soy del parecer que tal tesis objetivista no es de aplicación a los testamentos y por ello, a pesar de su versada opinión, debo discrepar con Vidal.

No pretendo sostener, como creo que resulta evidente, que en el testamento deba prescindirse del dato material y objetivo de la expresión. No, lo que quiero explicar es que la expresión del testador no está predeterminada a suscitar confianza alguna. Precisamente por la esencia de la revocabilidad, la de última voluntad no es algo del todo independiente de su autor mientras él viva. Esto es, el declarante no queda sujeto a las disposiciones por él diseñadas para que tengan mérito autónomo, firme, fijo e irrevocable. El criterio de la objetividad, que apunta a una interpretación por la declaración misma tal como, razonablemente (sin dobleces o negligencias), debiera entenderla su destinatario, no puede ser de aplicación a los testamentos.

Lo que el artículo 168 enseña es que es materia de interpretación lo que ha sido declarado. En efecto, según la redacción de este artículo es materia de interpretación la intención hecha objetiva por el agente, adoptando como punto de partida lo expresado en el acto jurídico. Esta regla de interpretación tiene preferencia sobre todas las demás por lo que el intérprete debe agotar todos los medios que le ofrece.

Para precisar la intención del agente por lo manifestado o expresado, se deberá apreciar su comportamiento total, incluso posterior a la conclusión del acto. Comportamiento total, qué duda cabe, no es únicamente el anterior y el posterior a la expresión de la voluntad, sino igualmente la conducta coetánea a través de la cual se materializa y evidencia —se expresa, dice el artículo—, la voluntad con mayor o menor dificultad.

Del texto del artículo 168 no debe llegarse a la conclusión que si las expresiones son claras el negocio no debe ser interpretado. Se aplicaría así el brocardo *in claris non fit interpretatio*, según el cual si no hay ambigüedad en las palabras, *non debet admitti voluntatis quaestio*. No creemos, sin embargo, que esta sea la correcta solución. Por el contrario, porque pueden ser expresiones muy claras por sí, pero manifiestamente contrarias a la intención, las palabras mismas sí pueden ser objeto de interpretación, especialmente cuando haya indicios que la voluntad del testador pudiera ser diversa a la luz de las circunstancias concurrentes.

Es de advertir, además que no siempre la intención de resultado que se quiere manifestar se lleva bien con el propósito práctico que traslucen los términos o signos con que se expresa la declaración de voluntad de suerte que el intérprete, además de tener en consideración el comportamiento del agente, habrá de asumir en todos los casos la condición, conocimiento y experiencia del declarante.

Con arreglo a este espíritu, cuando las palabras o signos utilizados para la expresión parecieran contrarios, no a la intención oculta sino al propósito evidente del agente, prevalecerá una interpretación vinculada a este propósito antes que sobre las palabras o signos utilizados.

La redacción del artículo 168, que hasta cierto punto nos restringe los elementos con que debe efectuarse la interpretación a lo que figura del propio texto de la expresión, plantea la duda de si es admisible la prueba extrínseca. Vale decir, si está o no está facultado el intérprete a utilizar otros elementos de juicio ajenos al testamento, que puedan aclarar el sentido de la expresión, aclarando la voluntad imperfectamente manifestada. Sobre ello volveremos más adelante.

El artículo 168 también indica que el acto jurídico debe ser interpretado según el principio de la buena fe. El problema que se plantea al analizar este artículo, consiste primero en determinar qué entiende por buena fe.

En primer lugar, ha de advertirse la necesidad de descartar las opiniones que pretendan leer y entender el artículo en el sentido que el intérprete debe actuar con buena fe en su actividad. En otras palabras, que la actividad de interpretación debe hacerse de buena fe. Eso se

da por sentado. No es a esa buena fe a la que alude el texto, que debe leerse de otro modo: para la interpretación del acto jurídico debe tenerse en cuenta la buena fe del agente declarante. Pero, con ello se incurre en una indebida generalización. A intentar precisar los alcances del concepto van dirigidas las líneas siguientes.

Se recordará que, más arriba, habíamos hablado de diversas categorías de normas de interpretación: a) Aquellas llamadas subjetivas, que apuntan a descubrir el significado de una declaración de voluntad indagando el espíritu que la motivó a la intención pretendida; para iluminar el alcance de la declaración se atiende fundamentalmente al agente emisor y a las circunstancias que sobre él han incidido; b) Las reglas objetivas están destinadas, por el contrario, a buscar con criterios objetivos el posible sentido de la declaración de voluntad, cuando ésta y otras circunstancias no pueden proveer indicios adecuados o completos.

Habíamos hablado también que la actividad de interpretación *sensu strictu*, se limita a intentar descubrir la intención querida a través de lo declarado. Pero agregamos que con frecuencia esto es insuficiente para esclarecer la voluntad y que por ello, además de la función declarativa, es a veces labor del intérprete complementar o integrar la norma de voluntad privada. Y precisamente porque en tales casos la interpretación pretende suplir los vacíos de lo declarado, no puede recurrir a la propia declaración para indagar la voluntad, sino a otras fuentes. Fuentes que son el propio ordenamiento positivo, que con sus normas supletorias integra la declaración, o la buena fe, o los usos admitidos.

Así planteada la cuestión, se observa cuán acertada es la observación de Messineo cuando señala que el concepto de la buena fe se expresa en dos vertientes claramente distinguibles. Por un lado, en la medida que la regla se dirige al Juez u otro intérprete, significa que el negocio debe ser interpretado como manda la buena fe objetiva, entendida como el comportamiento leal típico, que observarían persona correctas. De otro lado, en cuanto la buena fe se dirige a los agentes, carece de contenido específico, es subjetiva, pues no exige otro deber de comportamiento que el que venga precisamente determinado por el contenido del negocio, aunque éste, si fuera el caso, tenga prestaciones desequilibradas.

Presentado el caso de este modo, habiendo agotado el intérprete las posibilidades de esclarecimiento tendrá que recurrir no a la voluntad hipotética del agente, sino a un elemento objetivo como es la buena fe en un lugar y tiempo determinados. Así, pues la buena fe objetiva, primero como criterio de interpretación de la declaración determina el contenido negocial; solamente cuando es insuficiente, en un segundo término, se integra en la voluntad concreta para completarla o aclararla y, llegado el supuesto, corregirla con el sentido convencional de conducta leal que el intérprete debe conocer o averiguar.

Hay que aceptar, pues, que la buena fe no es sólo elemento de interpretación de la declaración negocial, sino también —y ello es importante—, elemento de integración del contenido del negocio. Y la prueba de ello nos la ofrece el artículo 1362 cuando apunta que los contratos han de ejecutarse de buena fe. Este enunciado legal debe ser entendido, a nuestro parecer, de doble manera: por un lado impone el deber de cooperación franca y sin dobleces por las partes, no subjetivamente considerada, sino dentro de una concreta relación jurídica, de modo que tiene un carácter normativo negocial determinado; de otro lado,

en un segundo momento, la buena fe objetiva obliga, con un criterio integrador, a ejecutar y cumplir el negocio de acuerdo a la naturaleza, artículo 1148.

A mi entender, en suma, el principio de la buena fe mencionado en el artículo 168 ha sido incorporado a la legislación pensando sustantivamente en los negocios bilaterales, constituyendo un método de interpretación netamente objetivo, en tanto regla de conducta que exige tutelar la confianza del receptor de la declaración, que podría verse netamente distorsionada si prevalece el principio de interpretación subjetiva que mira exclusivamente a la intención del declarante.

No hay en los testamentos confianza o expectativas de terceros que deban ser objeto de protección. No existe, tampoco, una carga de responsabilidad del testador ante un tercero para que su declaración sea entendida adecuadamente por éste. Si el testador es responsable ante alguien sólo lo será real y exclusivamente ante sí mismo.

El principio de la buena fe, en síntesis, como criterio de conducta que obliga a un comportamiento determinado en el tráfico de bienes y servicios, resulta absolutamente inaplicable en sede de interpretación testamentaria.

3.3 EL ARTICULO 169

Preceptúa que "las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

Estamos en este artículo no ante una regla atributiva de sentido, sino simplemente metodológica, que obliga a una comprensión interdependiente, que en este caso es de las disposiciones testamentarias.

Por lo demás, esta norma general tiene un correlato en el capítulo testamentario, pues el artículo 801 establece que cuando "el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de éste último".

En la hipótesis del 801 ya no se trata, en propiedad, de una interpretación interdependiente de las cláusulas o disposiciones de un único acto jurídico —en este caso testamento—, sino que habrá que examinar en su conjunto las disposiciones de los dos testamentos, el anterior y el posterior, a fin de dilucidar la posible derogación de unas disposiciones por otras, lo que impone un examen integral del conjunto de ambos testamentos.

En general, sobre la interpretación sistemática de hacer observaciones adicionales.

Ha de aclararse respecto de esta regla que más que cláusulas de los negocios jurídicos, debe referirse con propiedad a las distintas disposiciones o estipulaciones que informan el conjunto del contenido del precepto de la voluntad.

Con el principio de interpretación sistemática, el intérprete ha de juzgar como una uni-

dad todo el contenido del precepto, en el entendido que razonablemente todo lo declarado debe de tener alguna utilidad, mayor o menor. Lo cual no significa que hay que interpretar todo lo declarado, sino que, cual un rompecabezas, cada pieza es necesaria para la visión del conjunto.

Ha de recordarse en este lugar, que si bien las declaraciones de voluntad forman un todo conceptual en el cual el declarante anuda sus distintas partes, esta unidad conceptual no necesariamente se integra en una unidad temporal o instrumental.

Así, por ejemplo, cuando el intérprete se enfrenta a la tarea de interpretar el contenido de las disposiciones testamentarias de un individuo, bien puede ocurrir que estas disposiciones, como un todo, consistan primero en un testamento en el que el causante instituye a sus hijos como únicos herederos; testamento modificado posteriormente, sin hacer alusión al anterior, instituyendo legados con cargo al tercio de libre disposición, a lo que acaso haya de agregarse una última disposición por la cual el testador, dentro de los límites que la ley le permite, impone algunos deberes como pudiera ser obligación de indivisión, o nombra albaceas, etc. El intérprete, claro está, se encuentra ante tres negocios jurídicos diferentes, tres declaraciones de voluntad aparentemente autónomas pero que forzosamente ha de analizar en conjunto, como un todo, para determinar el propósito final y realmente querido por el de cujus.

Las disposiciones de las declaraciones de voluntad, por lo demás, han de juzgarse según su importancia e influencia respecto del conjunto. Si bien es cierto que estas disposiciones deben entenderse las unas por medio de las otras y las claras y explícitas contribuirán a aclarar el sentido de las dudosas, el intérprete debe prescindir y no puede apoyarse para la labor interpretativa en aquellas disposiciones que, debidamente analizadas, queda claro que son secundarias o intrascendentes para el conjunto, y no contribuyen a tipificar o esclarecer dentro de un esquema negocial, o en el ámbito de lo usual para el testador, el propósito de la declaración emitida a la luz de una función social de lo preceptuado.

Por todo ello, la interpretación sistemática no solamente ha de apoyarse en el conjunto de las estipulaciones o disposiciones principales y accesorias, sino también a la luz del propósito querido por el agente. Esto es así porque los testamentos suelen ser un todo o conjunto armónico, de suerte que las estipulaciones que lo integran deben interpretarse de modo complementario, sin que parezca correcta su absoluta individualización, debido a que es el conjunto el que pretende unos propósitos globales, sin perjuicio de las particulares previsiones que a dichos fines o propósitos coadyuvan.

3.4 EL ARTICULO 170

Dispone que "las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".

Siendo esta norma la única de alcances propiamente hermenéuticos, su aplicación a los testamentos es discutible o, en todo caso, debe actuarse con suma cautela.

Efectivamente, el precepto estatuye que a las expresiones con sentido polivalente, debe atribuirse el significado "más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto". Es decir, el sentido de la expresión de voluntad no está anudado a la indagación que el intérprete haga sobre el sentido de la voluntad a través de lo declarado, sino que el significado de las palabras queda indefectiblemente anudado con carácter objetivo a la naturaleza jurídica del acto, o sea a la especie negocial correspondientes. Y cuando la norma alude al objeto del acto se está remitiendo claramente al asunto o materia sobre los que objetivamente recae la declaración.

Esta norma del artículo 170 se explica perfectamente en los negocios 'intervivos' de naturaleza recepticia, en los que la parte que recibe la declaración (y que puede no conocer a la otra parte: contratos por teléfono, télex, etc.), está sujeto al deber de entender lo declarado según la materia sobre la que versa la declaración, pues es la única manera de tener cierta estabilidad y evitar que cualquier parte —sea el declarante, sea el receptor—, pretendan atribuir un caprichoso sentido a las palabras empleadas, o un sentido manifiestamente ajeno al tipo de contrato o asunto objeto de la relación jurídica.

En los testamentos, sin embargo, cuyo sentido jurídico elemental es evidentemente conocido por el testador, y cuyo objeto es una transferencia gratuita de bienes, carece de lógica la aplicación del 170 que objetiviza la voluntad declarada sobre la base de criterios uniformes.

Nótese, además, la radical diferencia entre este artículo 170 y el que figuraba como 736 del Proyecto, el cual decía que "las disposiciones testamentarias deberán ser entendidas en el sentido corriente de las palabras empleadas. En caso de duda, se estará a lo que permita cumplir mejor la voluntad del testador". Ese artículo 736 del proyecto, inexplicablemente suprimido y cuya bondad resultaba evidente, hace girar la interpretación de las palabras dudosas en base al sentido usual de las mismas, tal como el testador razonablemente las hubiera empleado, agregando que sólo en caso de extrema duda debe optarse por la interpretación que permita cumplir mejor con la voluntad del testador, lo cual es lógico dentro del propósito de conservación del testamento, que no hay manera de enderezar, corregir o rehacer porque ya murió su autor.

A modo de conclusión de nuestro rápido examen de las normas generales de interpretación digamos, pues, que sólo la contenida en el artículo 169 es de directa aplicación.

CAPITULO CUARTO

4. LA SINGULAR INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

Habiendo dejado ya apuntadas las particularidades o características de los testamentos que los diferencian de otros negocios jurídicos y habiendo también ya reseñado las dificultades de extrapolar a los testamentos los alcances de las normas generales de interpretación, ha llegado el momento de mencionar (dentro del corto espacio que los editores han concedido), las pautas particulares que sí creemos de aplicación en los casos de interpretación testamentaria.

4.1. EL MOMENTO MATERIA DE INTERPRETACION

Aunque parezca ocioso, es menester insistir en el momento histórico sobre el que recae la interpretación, a cuyo efecto debe señalarse que es aquél en el que el testamento fue redactado. Consiguientemente, hacia aquél tiempo debe volcarse la actividad escudriñadora del intérprete, para descubrir el correcto sentido de lo declarado.

Retrotrayéndose en el tiempo, el intérprete debe colocarse en la situación en la que testador se encontraba, examinando su formación de entonces, conocimientos e imbuyéndose del conjunto de circunstancias en las que el testador estaba entonces inmerso y que sobre él pudieron influir de una manera determinante para declarar de una manera u otra su voluntad *post mortem*.

Obviamente, lo acabado de expresar, no significa que deban desdeñarse circunstancias anteriores a la facción del testamento. Ellas, cualquiera que fuera su naturaleza o especie, forman parte del conjunto de particulares experiencias vivenciales del testador. De esta manera, avocado el intérprete a su labor, comienza su examen desde la facción del testamento hacia atrás, y merced a las circunstancias o datos de hecho que puedan llegar a su conocimiento, estará en aptitud de comprender mejor los alcances de la declaración o las palabras empleadas, en atención al medio social, económico familiar, etc., en que el testador se encontraba en un momento dado.

Por supuesto, concluido y terminado el testamento, el tiempo que discorra entre su formalización y el deceso del autor, puede proporcionar criterios que cooperen con el entendimiento del intérprete para descifrar una declaración oscura. Así, por ejemplo, correspondencia o documentos o actitudes del testador posteriores a su testamento, pueden ilustrar al intérprete sobre el vocabulario del testador, su manera de expresión, los nombres o apodos con que se dirige a ciertas personas, cuya identificación resulte posible por esta correspondencia posterior si existían dudas sobre la persona nombrada en el testamento, etc.

Debe quedar claro, en suma, que para la debida comprensión y correcto entendimiento de la voluntad expresada por el testador, debe atenderse a su comportamiento anterior, coetáneo e incluso posterior a la realización del testamento.

4.2. LOS LIMITES DE PREVALENCIA DE LO EXPRESADO

Cuando el vocabulario y las disposiciones del testamento sean claras o explícitas y no susciten dudas sobre la voluntad y la intención del testador, debe prevalecer lo que se hubiere expresado, sin retorcer el sentido corriente y normal de las palabras, giros o frases empleadas.

Lo anterior tiene, como he dicho, sus márgenes o límites. Esto es, cuando las palabras resultaran contrarias a la intención **evidente** del contratante, debe prevalecer la intención antes que sobre las palabras, que son el mero vehículo traslativo de la voluntad (que en el caso del testamento, como hemos visto, no persigue resultado vinculante).

El propósito del principio no requiere mayor explicación: en la duda prima el espíritu sobre la letra, debiendo prevalecer la voluntad evidente sobre su forma exterior de expresión, cuya rígida aplicación, puede conducir al absurdo.

La intención de voluntad debe, en todo caso, resultar **evidente**, pues a falta de tal evidencia (y en defecto de otros criterios), subsistirá la interpretación resultante del sentido corriente que no se oponga a otra voluntad o intención claramente notorias.

En este sentido, resulta particularmente ilustrativo el artículo 675 del Código Civil español, según el cual "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento". Sobre esto último, es decir, sobre la limitación interpretativa a la declaración del propio documento testamentario, haremos más adelante algunas observaciones.

4.3. GENERALIDAD, ALCANCES Y LIMITES DE LA EXPRESION

Estrechamente emparentado del criterio anterior, conviene dejar sentado límite de las expresiones, vocabulario o palabras que se hubieran utilizado.

En los testamentos, a diferencia de otros negocios jurídicos, el ordenamiento ha previsto con mucha claridad la manera de suplir la voluntad del causante, a cuyos efectos ha regulado la sucesión intestada que suple los vacíos del testamento.

Pero no solamente por esas razones, sino porque siempre es más cauta y prudente una interpretación restrictiva, que una extensiva (que hace aparecer voluntad donde no existía), a los testamentos se aplica la regla según la cual cualquiera que sea la generalidad de las palabras y disposiciones del testamento, no deben entenderse comprendidos supuestos diferentes de aquellos sobre los cuales quiso el testador expresar su voluntad según las evidencias o indicios con que cuente el intérprete.

4.4. LA CONSERVACION DEL TESTAMENTO

Bajo las premisas que hemos apuntado al referirnos a las características fundamentales de los testamentos, su particularidad y función de acto de última voluntad obliga a que el intérprete lo entienda y aplique, tanto en sus disposiciones como un conjunto, procurando su conservación y subsistencia.

La imposibilidad de rehacer o reproducir la voluntad testamentaria obliga a buscar, dentro de las limitaciones que a continuación señalaremos, el mantenimiento del testamento como reflejo de una voluntad.

La regla de conservación, no obstante, no puede llevarse a extremos irracionales, pues sobre ella prevalecen las anteriormente anunciadas, de manera tal que no cabe propiciar una conservación a ultranza si con ello se vulnera la evidente voluntad del testador. Es decir, carece de sentido la conservación de una cláusula o disposición si con ello pudiera anularse o desmerecerse otra.

El principio de conservación sólo consiente ser invocado cuando la disposición admite doble significado y uno de ellos, de razón, o cuando caso de duda extrema la nulidad o exclusión de esa cláusula o disposición condujeran al vicio o exclusión de otras.

La idea, en suma, es que si caben dos interpretaciones donde una de ellas permite la validez y aplicación de la disposición o del testamento y otra conduce a la ineficacia, el intérprete debe inclinarse por la primera, salvo que exista incompatibilidad manifiesta con la intención del testador.

En los testamentos (a diferencia de los contratos), no existe un deber de "hablar claro", expresándose de una manera tal que la voluntad que se declara aparezca netamente accesible al nivel de comprensión del destinatario. En orden a ello, la expresión testamentaria debe juzgarse no con el criterio de comprensión del común de las gentes, sino tal y como podía y debía entenderlo el propio testador.

4.5. ELEMENTOS PROBATORIOS AJENOS AL TESTAMENTO

Ha sido y continúa siendo materia de discusión por la doctrina, con orientaciones distintas en las legislaciones, la posible admisión en materia de interpretación testamentaria de pruebas o elementos extraños al propio testamento.

Nuestro Código, desgraciadamente, calla sobre este punto y tampoco se pronunciaba sobre él el texto el artículo proyectado. Carecemos, pues, de datos formales que puedan orientarnos a dilucidar esta cuestión. En todo caso, antes de anunciar nuestra opinión, cabe realizar dos acotaciones.

La primera de ellas concierne el artículo 168, respecto del cual ya hemos visto que no es de aplicación. Por tanto no cabe extender a los testamentos su enunciado según el cual

"el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él", frase e idea que ni siquiera en la sede de negocios bilaterales 'intervivos' puede aplicarse al pie de la letra excluyendo otros elementos de interpretación ajenos al propio documento que recoja el acto.

Lo segundo concierne o respecta al artículo 777 del Código, el cual dispone que "el derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador". Aquí sí, para este caso singular, el legislador ha sido bastante explícito disponiendo que el derecho de acrecer queda excluido cuando del propio testamento se colige una voluntad contraria a la posibilidad de acrecer. El legislador parece haber querido limitar en sólo este caso el examen del intérprete al testamento mismo, con exclusión de otros elementos hermenéuticos. Fuera de este artículo, no hemos encontrado otro del que pueda derivarse una limitación al ámbito investigador del intérprete. Desde luego, tampoco pueden traerse a colación para sustentar una posición en esta materia, aquellos artículos que obligan a una declaración clara y expresa del testador (como podría ser, verbigracia, el 743).

A nuestro entender, la prueba extrínseca debe ser admitida, como elemento que ilustre al intérprete para iluminar las cláusulas oscuras. Pero se tratará, en todo caso, de prueba "auxiliar" que es la idea que textualmente admite el artículo 1302 del Código Civil de México para el Distrito Federal. Es prueba auxiliar; por ello no determinante, y siempre sobre la base de autenticidad indudable que tienda a confirmar una interpretación sobre la voluntad de la que se duda, más que a rechazarla. Como dice el artículo 2187.2 del Código Civil Portugués, se admite la prueba complementaria en la medida que tenga correspondencia en el contexto del testamento a pesar de la voluntad imperfectamente expresada.

Creemos, pues, que procede la admisión de pruebas extrínsecas, si bien que con carácter restrictivo, prevaleciendo el propio testamento sobre dicha prueba. Esto es, deben desestimarse tales pruebas cuando con la interpretación del testamento mismo se supera la duda, o cuando las pruebas sean contrarias a las disposiciones del testador, o cuando tales pruebas conduzcan simple y llanamente a "fabricar" una voluntad del testador de la que no existen indicios en el testamento. Las pruebas externas, de esta manera, sólo evidencian una voluntad probable o conjetural y adquieren relevancia, en la medida que lo que resulte del examen de tales pruebas, tengan apoyo en el texto testamentario.

4.6. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS NO IMPERATIVAS

Apunta Jorge Eugenio Castañeda (*Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Pág.44) que cuando el testador emplea frases de súplica o de ruego debe entenderse que son imperativas, puesto que su voluntad hay que respetarla.

4.7. EL PRINCIPIO DE MENOR TRANSMISION

En los contratos onerosos, particularmente cuando se trata de aquellos con prestaciones recíprocas, en los casos de extrema duda siempre se favorece aquella interpretación que mejor armoniza la equivalencia de intereses.

En los testamentos, sin embargo, donde no existen posiciones contrapuestas y que se afincan en la voluntad de liberalidad del testador, debe propiciarse una interpretación restrictiva según la cual, en caso de duda, debe entenderse lo menos.

Se pretende con esto favorecer antes a los herederos forzosos o voluntarios que a los legatarios (véase, por ejemplo, artículo 764).

4.8. LA EQUIVALENCIA DEL BENEFICIO

En los casos de duda sobre el monto de la liberalidad entre dos acreedores de la misma llamados a suceder, opera el criterio según el cual sucederán en partes iguales.

El principio puede extraerse de la regla contenida en el artículo 737.