

# El Negocio Jurídico Familiar

Por Enrique Varsi Rospigliosi

## Introducción

El estudio de las relaciones que emergen del estado de familia es, y será por siempre, un tema de interés constante y sobretodo de actualidad.

La familia trasciende, siempre. La familia (en esencia) es la asociación natural por antonomasia. Es el grupo primario y fundamental en el que todos y cada uno de nosotros encontramos la satisfacción de nuestras necesidades básicas, de allí el interés directo que tiene la ley en protegerla y ampararla.

El Estado frente a las relaciones familiares se presenta como el guardián y representante de los intereses vinculares. Una relación jurídica, en este caso de contenido familiar, implica la existencia en términos generales de un hecho jurídico y en términos específicos de un negocio jurídico. En este sentido si quisiéramos denominar a éste último (ente o abstracción creadora de situaciones y vinculaciones de orden familiar) no le cabría otra calificación que la de Negocio Jurídico Familiar.

Así pues, el Negocio Jurídico Familiar se presenta como una especie dentro de la categoría general del Negocio Jurídico, que por su especialidad y dimensión (en cuanto a los efectos que regula) ha merecido un estudio, poco difundido, sobre el mismo.

El presente estudio no ambiciona ser novedoso ni mucho me-

nos innovador. Por el contrario, sólo analizaremos la doctrina general del Negocio Familiar y, en cierta manera, plantearemos las bases para un estudio sistemático del Negocio Jurídico Familiar Peruano en el Código Civil de 1984.

## Generalidades

### La familia

La Familia, según Santo Tomás de Aquino, es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Para José León Barandiarán es una comunidad endopática y en nuestra Constitución Política (1979) la familia se presenta como una Sociedad Natural.

En términos generales podemos entender por Familia aquel grupo humano unido biológica y afectivamente, cuya naturaleza jurídica es—replantando en cierta manera el pensamiento de Cicu—un organismo jurídico que el Estado protege y en el cual se interrelacionan mutuamente las personas.

### El Negocio Jurídico

En la estructura del Derecho Privado existen dos tipos de negocios jurídicos, ora los patrimoniales ora los no patrimoniales. A los primeros, después de la gran revolución industrial y de la producción en masa de los elementos que coadyuvan a la vida en la sociedad, se les ha exteriorizado de su mundo normativo y difun-

dido socialmente para lograr una mejora en las relaciones entre los hombres. Sin embargo el segundo grupo, el de los no patrimoniales, hasta cierto punto ha sido dejado de lado, a pesar de que estos también contemplan derechos, obligaciones y deberes (sean inherentes o propios, adquiridos o derivados) que muchas veces sirven de medio natural para que las personas se realicen como tal en nuestra sociedad.

Dentro de estos últimos se encuentran los Negocios Jurídicos Familiares, actualmente olvidados por la doctrina.

Al respecto, es muy entendida la idea de Von Thur quien dice que no sólo existen negocios jurídicos de derecho patrimonial y hereditario, sino también de derecho de familia. En sentido distinto opina Emilio Betti<sup>1</sup> quien no diferencia los negocios jurídicos familiares de los patrimoniales, ya que los subsume dentro de la teoría general del negocio jurídico, la cual es determinante, dentro del Derecho de Familia, como veremos más adelante.

Tratando de especificar sobre la materia debemos decir que desde el año 1954 se viene debatiendo en la doctrina acerca de la existencia o no de un Negocio Jurídico Familiar. A manera de

(1) Betti, Emilio: *Teoría general de los negocios jurídicos*, traducción del italiano por Martín Pérez. Madrid, s/f, p.212.

historia<sup>2</sup> tenemos que el primero que sistematizó el acto jurídico familiar, según menciona Guillermo Allende<sup>3</sup>, fue Freitas en su famoso *Esboco* (s. XIX, alrededor de 1850?), en el cual describe a los actos jurídicos que contienen relaciones de familia: esponsales, matrimonio, emancipación, reconocimiento de hijos naturales, etcétera.

Sabido es que junto con el Negocio Jurídico Familiar existen otros tipos de negocios jurídicos<sup>4</sup>, sin embargo el que más se le asemeja es el negocio jurídico de derecho de sucesiones. Dentro de este último tenemos, por ejemplo, el negocio jurídico testamentario, entendido como aquel en virtud del cual una persona llamada testador dispone de su patrimonio en favor de determinadas personas o en su caso instituciones para después de su muerte<sup>5</sup>. Son características de este tipo de negocio sucesoral, la solemnidad, unilateralidad, escrituralidad, revocabilidad, conteniendo además un carácter estrictamente personal.

A la fecha los principales negocios jurídicos que comúnmente se han regulado y sistemáticamente normado son sólo dos, pero no por ello los más importantes: el contrato y el testamento.

### Hechos jurídicos de familia

Tenemos en claro, y esto por Velez Sarfield, que no hay dere-

cho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de estos es que procede la diversidad de derechos.

En este orden de ideas tenemos que en el Derecho de Familia existen hechos o acontecimientos jurídicos determinantes en las relaciones familiares entre los que podemos mencionar: el nacimiento<sup>6</sup>, la muerte<sup>7</sup> y la filiación<sup>8</sup>. Otros, además, son la impotencia, la esterilidad y la infertilidad.

Debido a la existencia y variedad de hechos jurídicos familiares, el negocio en análisis es entendido como aquel que regula la conducta, actos y relaciones jurídicas que emergen de un estado natural de tipo familiar. En tal forma, el Negocio Jurídico Familiar (legítima especie del hecho jurígeno) se presenta como la vértebra normativa sobre la que

(2) Los romanos carecieron de una teoría general del negocio jurídico (*negotium non existens*); sin embargo, esto no impidió que se ocuparan de negocios en particular. Por ello les fue más fácil independizar, hasta cierto punto, al negocio jurídico familiar y real del negocio obligacional.

(3) Es este autor quien determina que Enrique Díaz de Guíjarro omite mencionar al principal mentor del acto jurídico familiar: Freitas; sólo se limita a enumerar a Cicu, De Ruggiero, Betti, Orgaz, Lafaille, Mollinario y Spota.

(4) En el *Derecho Civil*: acto jurídico obligacional, acto jurídico real, el típico acto jurídico contractual y dentro del que es materia de esta investigación, conforme lo señala Belluscio, existe otro que es

llamado acto jurídico familiar-procesal (por cierto bilateral) que se da por ejemplo, en nuestra legislación, en el caso de la separación de cuerpos por mutuo disenso. *Fuera del Derecho Civil*: acto jurídico administrativo, acto jurídico procesal, acto jurídico financiero, por mencionar algunos.

(5) Esta definición la podemos concordar con la que da Velez Sarfield (citado por Castañeda, *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Lima-Perú, 1975, p. 17, nota 18) quien dice acerca del testamento que es un acto escrito por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

(6) Para José León Barandiarán este es un hecho jurídico involuntario (*vid. Comentarios al Código Civil Peruano*, tomo I, p. 21, citado por Melquiades Castillo, *Filosofía del Derecho*, Edigraf, p. 169). Por otro lado Manuel A. Wagner (*El Derecho y el hecho jurídico*, Plus Ultra, 1985, p. 87) nos dice que el nacimiento es un hecho jurídico natural no externo, pues en él participa el hombre. Para Guillermo Lohmann Luca de Tena (*El Negocio Jurídico*, Studium, 1987, 2da. edición, p. 22) nos dice que es un hecho natural positivo.

(7) Lohmann (*Loc. cit.*) hecho jurídico negativo. Para José León Barandiarán (*Curso del acto jurídico*, UNMSM, 1983, 1ra. edición, p. 4) es un hecho jurídico involuntario.

(8) Cicu (*La filiación*, Madrid, 1930, p. 16), establece que "la filiación como hecho natural existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente". En tal sentido discrepamos con la opinión de Yungano (*Manual teórico práctico de derecho de familia*, Ediciones jurídicas, Bs. As., 1989, p. 257) quien nos dice que la filiación es un acto jurídico familiar [*sic.*], en todo caso lo que se considera como acto jurídico familiar es el emplazamiento a un estado filial: reconocimiento o declaración judicial de la paternidad, más no la filiación en sí, pues esta es el vínculo o relación que nace biológicamente o en su defecto de la Ley.

se va a iniciar una conceptualización plena del Derecho de Familia, de allí que deba sistematizarse y regularse adecuadamente.

### Denominación

Dentro de la corriente existente que trata de manera directa este tipo de negocio jurídico *sui generis* podemos mencionar que entre los autores no existe una *communis opinio* respecto a su denominación.

Así, Cicu, De Ruggiero, Betti y Orgas lo llaman Negocio de Derecho de Familia, estableciendo que al no ser contratos son actos que consisten en un poder estatal o familiar. Sin embargo, Enrique Díaz de Guijarro<sup>9</sup> establece que esta denominación es poco feliz, inclinándose por llamarlo acto jurídico familiar, conforme con la que en su oportunidad le dio Lafaille—el primer autor argentino que lo estudió adecuada y sistemáticamente—. Molinari se refiere a estos tipos de actos como Constitutivos de Estado mientras que Spota los llama Actos Jurídicos de Estado Civil, denominación que emplea conforme nos lo dice Díaz de Guijarro, en el título que enumera los "medios probatorios de los hechos y actos jurídicos del estado civil", al desenvolver el régimen legal sobre la prueba del nacimiento. Debemos aclarar que esta ecuación literal de Spota concuerda con la de Lefebvre,

cuando nos habla del Acto del Estado Civil. Finalmente, y con esta denominación concordamos ampliamente, Díez-Picazo<sup>10</sup> lo llama Negocio Jurídico del Derecho de Familia.

Nuestra adhesión a esta denominación radica en el hecho de que tanto el sistema nacional como la doctrina contemporánea se orientan en llamar negocio jurídico a aquella declaración de voluntad, con fines lícitos prácticos, amparada por el ordenamiento legal y que regula relaciones jurídicas. No nos atrevemos a llamarlo Acto Jurídico Familiar (aunque en esencia lo es, pues *Actus* es el *genus* y *Negotium* la *specie*), pues como bien dice Ennecerus (trinomio conceptual ampliamente conocido) existen tres tipos de actos jurídicos: los actos conforme a derecho, los actos contrarios a derecho (estos dos determinados por la ley) y la declaración de voluntad; estos, según el mencionado autor, son los negocios jurídicos. Y a nuestro parecer sólo estos últimos pueden configurar esta típica y especialísima figura que tiende a regular las relaciones y situaciones familiares.

En definitiva tenemos que el negocio jurídico es una institución mucho más amplia que el contrato, pero mucho más restringida que el acto, pues abarca no sólo actos unilaterales patrimoniales (v.g. testamento) sino también no patrimoniales (v.g.

reconocimiento, adopción, esponsales, etcétera).

De todo esto si bien encontramos variadas y distintas denominaciones que puede tener este negocio jurídico especial, estas no implican diferencias sustanciales en la naturaleza, en la esencia, ni en el contenido estructural de este tipo de negocio.

### Definición

Díaz de Guijarro establece que el acto jurídico familiar es el acto voluntario lícito que tenga por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares.

Para Belluscio<sup>11</sup> el acto jurídico familiar se define como el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familiares o crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar dere-

(9) Díaz de Guijarro, Enrique: "Introducción al estudio del acto jurídico familiar", en *Revista de Jurisprudencia Argentina* J.A., 1956-IV. Técnica Impresora S.A. c.i., Buenos Aires.

(10) Díez-Picazo, Enrique: "El negocio jurídico del derecho de familia", en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980. Además fue publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962.

(11) Belluscio, César Augusto: *Manual de Derecho de Familia*, tomo I, 5ta. edición actualizada, ediciones Depalma, 1988, p. 90.

chos subjetivos familiares, en tanto la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares esté admitida por ley.

Gustavino<sup>12</sup> dice que son los actos humanos voluntarios lícitos que tienen como fin inmediato crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir relaciones jurídicas de familia. En definitiva tenemos que el Negocio Jurídico Familiar es aquel acto voluntario, autónomo y delimitado por la ley que constituye, modifica, extingue o reglamenta un estado de familia. Su objeto principal es la regulación de la relación jurídica que emerge de un estado natural o deseado de tipo familiar.

### Naturaleza jurídica del Negocio Familiar

Si bien el negocio jurídico propiamente dicho y el Negocio Jurídico Familiar se diferencian en sus objetivos y en los medios de conformar la relación jurídica, no existe una calidad discordante entre ambos; por el contrario, hay una unidad sustancial, pues entreveremos en estos una relación de *generus-specie* pues ambos pertenecen al Derecho Privado, la voluntad interviene para su creación y están determinados por la ley, agregándose, para el caso del Negocio Familiar, la intervención del carácter público.

Sin embargo, debemos especificar que el Negocio Familiar es un negocio jurídico especialísimo,

ya que el Derecho de Familia es social o mixto, la voluntad no es tan determinante—pero sí funciona para su creación—y sus normas tienen el carácter de imperativas. En cuanto a su diferenciación, que como bien dice Belluscio no es sustancial o estructural, podemos alegar que sí es decisiva para su ubicación en el sistema normativo de las relaciones familiares. Entre las diferencias tenemos que el acto jurídico normalmente contiene un carácter patrimonial mientras que el de familia no, a tal punto que no puede valorarse económicamente. En lo que se refiere a su naturaleza, entiéndase propia, nos dice Zannoni, que el Acto Jurídico Familiar se diferencia del acto jurídico en general en que éste regula relaciones jurídicas privadas autónomas mientras que el primero no constituye una regulación autónoma de intereses desvinculado pues estos están subordinados al orden público y, por tanto, al concepto de interés familiar<sup>13</sup>.

En definitiva tenemos que el Negocio Jurídico Familiar es especial y *sui generis* y tiene un significado más social.

En cuanto a la diferenciación con el negocio jurídico en general, esta se presenta no en la sustancia sino en el objeto pues el Negocio Jurídico Familiar constituye el objeto propio del Derecho de Familia, según lo determina muy bien Yungano<sup>14</sup>.

### Características

De acuerdo a la especialidad de este tipo de negocio, debemos señalar que cuenta con características propias y unitarias; entre ellas tenemos:

#### 1. Interés público:

El interés público juega un rol muy importante en el Negocio Jurídico Familiar, en razón de las instituciones y relaciones que de él emergen. Es por ello que el Estado interviene mediante su *ius imperium* con mayor preponderancia e ingerencia que los demás negocios jurídicos existentes en el Derecho Privado. Así, el reconocimiento de la paternidad más que un problema de interés particular—para la madre y el hijo, en su caso—se presenta como un problema de interés social, ante el cual debe salir el Estado en su defensa. (*vid.* Constitución Italiana de 1947, Checoslovaca de 1960, Venezolana de 1961 y Española de 1978).

#### 2. Subordinación y autoridad:

Este es un elemento típico representado en las relaciones familiares. Internamente la familia se rige en base a los llamados grados de parentesco, en los que sobre el *pater*, que representa el tronco común, girará normal-

(12) Guastavino: *Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia*. Nº 23, p. 50. Cit.; Zannoni, Eduardo: *Derecho de Familia*, tomo I, Ed. Astrea, 2da. edición, 1989, p. 35.

(13) Zannoni, *Op. cit.*, p. 37.

(14) Yungano, *Op. cit.*, p. 41.

mente todo el entorno familiar. *Ad exemplum*, la patria potestad (artículo 454), que establece que los hijos deben obediencia y respeto a sus padres, caso contrario pueden estar sujetos a medidas sancionadoras (artículo 744, causales de desheredación). La subordinación y autoridad, además, impide y evita los pactos, acuerdos o estipulaciones entre las partes que intervienen en él. En este orden de ideas podemos decir junto con Galindo Garfias<sup>15</sup> que "las relaciones familiares se caracterizan por un sentido de aceptación espontánea de subordinación al interés del grupo. Tal subordinación obedece a la convicción que nace entre los miembros de la familia. Debe existir (por tanto) una coordinación entre el interés particular y el interés del grupo, para lograr los fines individuales de sus integrantes". (lo referido entre paréntesis es nuestro. Valga como aclaración).

3. *Límite de la autonomía de la voluntad:*

Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia si bien son los mismos que en el resto del Derecho Privado, están más acentuados, pudiendo decirse que la voluntad individual está restringida por los límites de la ley, la moral y el orden público, que se presentan como las bases sustanciales del Negocio Jurídico Familiar.

a) La Ley: Es el límite legal el que restringe, *prima facie*, la

autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, pues su contenido social y humano-vivencial se vería trastocado por las disposiciones que liberen la voluntariedad de las partes que en él intervienen. Por ello, el Estado, a través de la ley, fija los márgenes de conducta y de efectos a los que se deben someter todos y cada uno de los intervinientes en un Negocio Jurídico Familiar. Además, debemos considerar que están prohibidos legalmente, por ejemplo, la renuncia al derecho a los alimentos (artículo 487) y la transacción sobre cuestiones matrimoniales<sup>16</sup>. Por esta razón tenemos que una vez vertida la manifestación de la voluntad, ya sus efectos estarán subordinados por la ley.

b) La Moral: Es entendida como la ciencia que trata del bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia<sup>17</sup>. En este orden de ideas, los negocios jurídicos contrarios a la moral y a las buenas costumbres<sup>18</sup>

(15) Galindo Garfias, Ignacio: *Estudios de Derecho Civil*, p. 258, cit. por Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena: "Perspectivas sociojurídicas de las relaciones familiares" (vél. nota 6), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIX, N° 59, UNAM, mayo-agosto 1987.

(16) Al respecto es interesante citar la siguiente jurisprudencia para aclarar este punto:

—"La transacción (...) resulta nula en cuanto transige sobre el estado civil

de las personas". Chiclayo, 12 de noviembre de 1947.

—Fiscal Superior: "(...) no se puede transigir sobre el estado civil de una persona, que es de orden público. Las transacciones se refieren únicamente a cuestiones dudosas de interés particular". 14 de noviembre de 1948.

—Fiscal Supremo: "(...) sólo puede ser susceptibles de transacción los derechos patrimoniales, pero no los relacionados con el estado civil de las personas (...)". 8 de septiembre de 1948. Cuaderno N° 405, año 1948, Lambayeque. Vernaza, Feliz: *La Sentencia*, tomo II, pp. 323-328. (17) *Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana*, tomo II, París, 1900. Al respecto es interesante señalar, a manera de agregado, lo que menciona en párrafos más adelante esta fuente, respecto a la moral: "...es entendida como aquella que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, y antes es de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. [cita] En efecto el valor moral de este matrimonio es harto discutible" (Valera)".

(18) Al respecto podemos citar el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo el cual para Stolfi es un acto nulo, aunque ninguna norma lo prohíba expresamente (*Teoría del Negocio Jurídico*, 1959, p. 80) pues adolece de nulidad virtual o tácita. Este tipo de nulidad conforme lo afirma Marcial Rubio ("La Invalidez del Acto Jurídico", en *Para leer el Código Civil*, PUCP, 1990, p. 21) es aquella que se deriva lógicamente de la ley sea por interpretación o argumento a contrario, pues no es necesario que la ley lo diga expresamente en cada norma (esta nulidad, también conocida como nulidad implícita está recogida en el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil). Guillermo Lohmann (*El Negocio Jurídico*, *Op. cit.*, p. 385) refiriéndose al origen de la palabra inexistencia establece que esta se da de un comentario al Proyecto del Código Civil Francés por Napoleón en la sección del matrimonio. La teoría, continúa el mismo autor, la esbozó Zacharie (...) quien concluyó

carecen de validez. Pero a esto debemos agregar que el término moral y buenas costumbres son valores o principios de orden ético que tienen vigencia según la comunidad donde se aplique. Al respecto, es bien acertada la referencia de Huerta Trevino quien establece que "...los antiguos escritos sobre moral y ética sugieren que la sociedad pierde su fuerza si la gente falta a sus obligaciones familiares"<sup>19</sup>.

A esta idea debemos agregar, sin embargo, que determinados Negocios Familiares nulos o inmorales en algunas localidades no lo son en otras. Así podemos mencionar los casos del concubinato (antes repudiado) y del matrimonio de personas del mismo sexo, prohibido en nuestra realidad mientras que en otras es admitido (Suiza, Suecia, Alemania y algunos estados de Norte América). También existen pactos inmorales que por esencia son nulos: pacto de exclusión de procreación y el pacto de educación de fe forzada<sup>20</sup>. Además se prohíbe por disposición expresa de la ley, por ejemplo, el matrimonio entre consanguíneos (artículo 242 incisos 1 y 2) y entre el adoptante y la adoptada(o) (artículo 242 inciso 5).

c) El Orden Público: Juega un papel determinante—como también la ética, la moral y la ley—, en el Derecho de Familia, y tiene mayor presión.

Debemos entender por or-

den público la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad. En este aspecto la jurisprudencia española ha sido bastante clara para delimitar el aspecto de orden social del Negocio Jurídico Familiar, en tal sentido dejó establecido que la obligación de los cónyuges de vivir juntos es de orden público y no puede ser modificada por acuerdo alguno, concluyéndose que el pacto común de separación de los cónyuges es nulo *per se*. También es de orden público la representación del hombre en la sociedad conyugal y nula la renuncia irrevocable de esta<sup>21</sup>.

Asimismo la filiación (cuya naturaleza esencial es la de ser un *ius eminis naturae*) por esencia es irrenunciable.

#### 4. Son puros y personalísimos:

Lo que implica que no pueden estar sujetos a modalidades y sus efectos sólo recaerán en la persona determinada incluso, como veremos más adelante, la representación está limitada.

que no habiéndose previsto sanción para el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, ese matrimonio es inexistente. Sin embargo, al margen de ello y como comentario, entendemos que este matrimonio es inválido, antes que inexistente, ya que éste último es un concepto en cierta manera etéreo, extremadamente genérico e inconceptualizable jurídicamente (lo que no existe o la nada

carece desde ya de esencia jurídica), mientras que la invalidez sí es un concepto jurídico (aquello que carece de valor jurídico) pues se refiere al negocio que presenta vicios en su estructura o en sus elementos esenciales, además que está íntimamente relacionado a los valores. Así, el derecho, como califica, conductas debe hablar de invalidez mas no de inexistencia conforme lo señala, Limongi Franca, desechando la vieja idea de Braudy Lacantiere.

(19) Huerta Trevino, María Graciela: "La facultad conciliadora de los jueces de lo familiar y su relación con la ética del abogado", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. UANL, tercera época, N°7, enero-abril 1991, México.

(20) Este pacto está prohibido por nuestra legislación. La Constitución Política del Perú de 1979 en su artículo 22 (2do. párrafo) establece que "la educación religiosa se imparte sin violentar la libertad de conciencia. Es determinada libremente por los padres de familia".

(21) El Código Civil de 1936 establecía que correspondía al hombre dirigir la sociedad conyugal (artículos 161 y 162) mientras que el Código Civil de 1984 establece la participación conjunta de los cónyuges en el gobierno del hogar (artículo 290). En igual sentido determinaba el Código anterior que era el hombre quien daba a la mujer y a la familia todo lo que necesitaban para el sustento vital (artículos 164, 165, 166 y 167), cosa contraria sucede con las disposiciones actuales en las que tanto en uno u otro cónyuge puede recaer la obligación del sustento de la familia (artículo 291). Así también el Código derogado establecía que la representación legal la tenía el marido (artículos 168, 169, 170), criterio que ha sido superado por el Código vigente que consagra la representación familiar necesaria a través de la intervención indistinta de cualquiera de los cónyuges (artículo 292). A grandes rasgos tenemos que las disposiciones son totalmente distintas pues antes primaba la potestad marital, hoy totalmente eliminada.

### **Teoría de existencia del Negocio Jurídico Familiar**

No existe en la doctrina conformidad acerca de la existencia de una teoría sistemática del Negocio Jurídico Familiar.

#### **Teoría positiva**

Según esta teoría para la existencia del Negocio Jurídico Familiar basta que haya una voluntad, libertad de las partes y el debido consentimiento de crear una relación de estado familiar. Al respecto es oportuno citar a Vidal Ramírez quien dice que "la voluntad que genera al acto jurídico es la de un sujeto que actúa simplemente como tal (...) por eso el acto jurídico incide sobre toda clase de relaciones jurídicas, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, o trátase de derechos (...) sucesorios, de familia o personalísimos<sup>22</sup>" (el subrayado es nuestro).

#### **Teoría negativa**

Otra corriente discute su admisibilidad. El sustento que tiene esta teoría es que los pretendidos negocios familiares no derivan *ex voluntate* sino *ex lege*. La voluntad por sí sola no puede ser nunca causa de efectos jurídicos. Así, las partes no pueden determinar, de manera autónoma, el contenido de una relación jurídica familiar necesitando, indefectiblemente, la intervención del Estado a través del funcionario público o de

normas predeterminadas que regulen la relación familiar.

#### **Teoría mixta**

Al respecto esta determinó que para que exista un negocio jurídico el Derecho Objetivo debe admitir la producción de efectos jurídicos en virtud de una declaración de voluntad. Así, concluye esta teoría, que la teoría que línea a la ley con la existencia del Negocio Jurídico Familiar es equívoca, pues no existen actos *ex lege* puros, sino que todos derivan de la voluntariedad y que para que tengan efectos directos deben ser admitidas por la Ley.

Sin embargo podemos decir que no existe una teoría negativa por excelencia pues en todo caso la voluntad y la libertad siempre estarán supeditadas a la ley, unas veces más, como es el caso, y otras veces menos.

### **Clasificación y clases de Negocios Jurídicos Familiares**

Enrique Díaz Guijarro establece una interesante clasificación de los negocios jurídicos familiares, y los divide en dos clases:

1. Atendiendo a la naturaleza de las relaciones sobre las que el negocio incide (Derecho de Familia Puro). Dentro de estos tenemos a los matrimoniales, los de filiación y los tutelares.

2. Atendiendo al contenido

del negocio (Derecho Familiar Aplicado). Aquí existen los negocios que versan sobre el estado civil y condición de las personas; los que versan sobre la vida en común de los miembros de la familia y por último los de contenido estrictamente económico.

Por su parte Belluscio establece que algunas clasificaciones del acto jurídico le son aplicables al Negocio Jurídico Familiar mientras que otras son propias, así menciona, al igual que lo hace Zannoni, las siguientes:

a) Actos jurídicos familiares personales y patrimoniales: Los primeros carecen de sentido económico mientras que los segundos se sustentan en él. Ejemplos en nuestra legislación civil: el cuidado de los hijos por alguno de los cónyuges en caso de separación (artículos 340 y 344), la autorización de un cónyuge para que el hijo menor contraiga matrimonio (artículo 244) y el régimen patrimonial (artículos 295 a 331), respectivamente. Además aclara Belluscio que existen determinados negocios familiares que gozan de las dos situaciones, así por ejemplo el matrimonio, el que establece un vínculo conyugal y el régimen de bienes sociales.

b) Actos unilaterales y bilaterales: Para los primeros basta la intervención de la voluntad de

(22) Vidal Ramírez, Fernando: *Teoría General del Acto Jurídico*, Ed. Cuzco, 1985, p. 31.

una sola persona (el reconocimiento); para los segundos, la de dos (el matrimonio).

c) Actos solemnes y no solemnes: Cuando la forma es una condición esencial para su validez: *forma dat esse rei*, en este caso podemos citar al matrimonio, el cual es un negocio jurídico familiar formal (*ad solemnitatem ad substantiam*); o cuando sólo sirve de medio de prueba (reconocimiento de hijo extramatrimonial).

d) Actos constitutivos y declarativos: Esto se refiere especialmente a los actos de emplazamiento del estado de familia, los cuales pueden crear un nuevo estado de familia (matrimonio, adopción) con efectos *ex tunc*, siendo estos los constitutivos. Mientras que los declarativos sólo aceptan y reconocen la existencia de un estado anterior ya preterminado (el reconocimiento), con efectos *ex nunc*, es decir no opera retroactivamente.

En cuanto a las diversas clases de Negocios Jurídicos Familiares podemos mencionar las siguientes, sin ningún orden de importancia en su enumeración:

a) Esponsales: En el cual los promitentes gozan de un vínculo que no sólo acarrea un valor social de compromiso sino también está compuesto de un estricto contenido jurídico, pues no es otra cosa que un convenio prematrimonial. Sin embargo, el llamado pre-conubio no genera ninguna relación jurídico-familiar,

de parentesco o de cuasi afinidad (cosa que sí pasaba en el Derecho Antiguo).

b) Matrimonio: Es el acto jurídico familiar por antonomasia<sup>23</sup>. En sí podemos decir que con el acto de la celebración matrimonial se da inicio al matrimonio. Empero contraída las nupcias se establece una relación jurídica conocida como relación conyugal. Como bien lo señala Zannoni<sup>24</sup> es un acto subjetivamente complejo (siguiendo la denominación de Vassalli, De Ruggiero y Puig Peña) constituido por el consentimiento de los contrayentes y la intervención del oficial público que representa al Estado para afirmar el control de la legalidad. León Barandiarán<sup>25</sup> se refiere al matrimonio como un acto jurídico bilateral, solemne, compuesto y nominado.

c) Reconocimiento<sup>26</sup>: Debemos diferenciar, como lo hace el maestro Díez-Picazo, que el acto unilateral del reconocimiento no es en sí un acto de poder familiar ni es un acto de simple declaración de ciencia o confesión, es un acto jurídico natural.

Por el reconocimiento una persona crea una relación de paternidad y un estado de filiación. En este, como se menciona *ut supra*, prima la voluntad y la libertad del padre para crear el estado de hijo de una persona. En este caso a pesar que existe un acto de poder estatal del *pater* para determinar el *status* del *filius*,

este se da sólo y exclusivamente por un acto de autonomía volitiva.

d) Alimentos: La reducción, aumento, formas de prestarlo y de exigirlo, lo que deriva en el llamado convenio alimentario. Sin embargo debemos aclarar que la naturaleza jurídica de la *prestación de alimentos* es una obligación natural (por su esencia) antes que un negocio jurídico propiamente dicho.

e) Adopción: Al respecto, Cornejo Chávez<sup>27</sup> al analizar la naturaleza jurídica de esta institución menciona entre otras cosas la de presentarse, por ejemplo para Dalias, como un acto jurídico solemne, para Josserand como un contrato "...que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación...", es decir un

(23) A decir de autores, Salvat lo denomina acto jurídico particular, Arias acto jurídico sui generis, Prayones convención jurídica de naturaleza especial. Cfr. Díez-Picazo, *Op. cit.*

(24) *Op. cit.*, p. 177.

(25) *Op. cit.*, *passim*.

(26) En la doctrina, conforme lo señala Cicu (*Op. cit.*, p. 213) se discute acerca de la naturaleza jurídica del reconocimiento. Algún sector considera que es una confesión (extrajudicial o judicial [*sic.*]) de paternidad o maternidad. Mientras que otro sector establece que confesión en este caso puede actuar o como medio de prueba o como un negocio jurídico (sea civil o procesal).

(27) Cornejo Chávez, Héctor: *Derecho familiar peruano*, Tomo II, 6ta. edición, Ed. Studium, 1987, pp. 51-53.



contrato de derecho familiar. Sin embargo tendremos que en esencia es un acto de voluntariedad y por tanto un Negocio Familiar (extracontractual), pues crea un vínculo legal de familia, i.e., paternidad y filiación.

f) Capitulaciones matrimoniales: Otambién denominado contrato de bienes en ocasión de matrimonio (Díez Picazo). Es un Negocio Jurídico Familiar unánimemente reconocido.

g) Consejo de familia: En razón de que en ella se toman acuerdos y de que estos deben ser cumplidos.

### Estructura Normativa del Negocio Jurídico Familiar. Elementos esenciales

Estos son los elementos imprescindibles que han de existir en todo negocio jurídico. Por lo cual tenemos:

#### 1. Sujetos:

a) Capacidad: Dada la especialidad de este campo del Derecho el atributo personal de la capacidad se muestra bastante elástico y hasta cierto punto escapa de las reglas establecidas por las disposiciones del Negocio Jurídico.

En las relaciones familiares no son aplicables las reglas generales de la capacidad e incapacidad, sino que el Negocio Jurídico Familiar tiene reglas propias. En razón de ello vemos (V.gs. de capacidad excepcional):

—La posibilidad de poder contraer matrimonio entre menores de edad (artículo 244) o la permisibilidad para casarse que se le otorga a un ciego-sordo o ciego-mudo, de acuerdo a cada caso (artículo 241 inciso 4, interpretación a *contrario sensu*).

—En la adopción se considera como uno de sus requisitos el asentimiento del adoptado si tiene más de 10 años (artículo 378 inciso 4)<sup>28</sup>.

—En la mayoría de las legislaciones a la vez que en la nuestra (artículo 393) se permite que el menor de edad pueda reconocer a un hijo extramatrimonial. En este caso se establece como capacidad apta para reconocer los dieciséis años cumplidos<sup>29</sup>.

b) Legitimación: Es la capacidad reconocida por ley para realizar un acto jurídico *per se*.

En este aspecto es de determinar que un sector de la doctrina no permite la figura de la representación en este tipo de negocios. Así, la inadmisibilidad de la colaboración en los Negocios Jurídicos Familiares se da por el hecho que estos implican un cambio de status, los que sólo pueden ser modificados por el propio interesado. La espontaneidad es básica en estos tipos de negocios la cual se pierde con la intervención de un tercero.

Al respecto podemos citar el caso más común dentro de nuestro Código Civil en que se da la colaboración de un tercero en el

Negocio Familiar: el matrimonio realizado por apoderado (artículo 264)<sup>30</sup>, el cual no es un auténtico caso de representación, pues la esencia de esta se da en los efectos que generan dentro de la esfera jurídica de la persona del representante. En este caso tenemos que la voluntad del representado se encuentra ya formada y que quien va a contraer matrimonio en su nombre sólo va a transmitir una voluntad, esto es, actúa como *nuncio* o portador del sentimiento matrimonial (representación impropia). Díez Picazo lo llama sustitutos de las partes en el negocio jurídico matrimonial. Es más, se dice que se configura el mandato antes que la representación en el matrimonio por tercera persona.

(28) Es interesante señalar que el Código Civil de 1936 consideraba como edad mínima para que el menor de su asentimiento los 14 años, edad ésta que se mantuvo hasta la elaboración del Proyecto de Comisión Reformadora de 1981.

(29) El Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980 (artículo 159) estableció como edad apta de reconocimiento los 18 años a los cuales se debía agregar la edad del hijo por reconocer. Cfr. Revoledo de Debakey: *Código Civil Peruano*, Tomo I, 2da. edición, Grafotécnica Editores e Impresores, Lima, Perú, 1988 (antecedentes legislativos, comparación con el Código Civil de 1936).

(30) Su antecedente legislativo es la ordenanza de 1943 (Alemania), que lo denominó matrimonio a distancia (*Fertmung*) que normalmente se aplicaba para que los soldados en campaña pudieran contraer nupcias.



La familia, más que una institución jurídica, es una institución natural en la que emergen un sinnúmero de relaciones personales y patrimoniales que han trascendido en el tiempo.

Sin embargo, existe otra teoría<sup>31</sup> que establece que la representación en el ámbito del Derecho de Familia sí se da; es más, es necesaria, pero esta representación está predeterminada o preestablecida por la ley (representación legal o necesaria, artículo 145 *in fine*). Este es el caso de los artículos 142 (concordancias 302, 306, 312), 156 (concordancias 315, 447, 531), 167 (concordancias 448 inciso 1), 292, 419, 420, 421, por mencionar algunos.

c) Manifestación de voluntad —Consentimiento—: Para la conformación de cualquier negocio

jurídico se requiere voluntariedad. La exteriorización de la misma—consciente y libre—se conoce como consentimiento, que a decir de León Barandiarán<sup>32</sup> se manifiesta por una declaración de voluntad. Es decir, es necesario exteriorizar la voluntad, volcarla al mundo externo, manifestarla, para que tenga y cumpla efectos jurídicos.

En el Negocio Jurídico Familiar esta manifestación de voluntad está regida por lineamientos formales, *ad exemplum*: en el negocio jurídico matrimonial deben los contrayentes expresar

su intención o consentimiento ante el alcalde (artículo 248); o como en el caso del reconocimiento, al ser este un acto unilateral y declarativo de estado de familia, es necesario que se realice de acuerdo a los requisitos que para tal efecto señala la ley sino se cumplen, no se sanciona con nulidad sino que quedará sujeto a

(31) Vidal Ramírez, Fernando: "La representación en el ámbito del Derecho de Familia", en *La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez*, PUCP, 1990.

(32) *Op. cit.*, p. 103.

probanza (implicando todos los perjuicios y vicisitudes de inseguridad jurídica que acarrea la teoría de la prueba).

Existen casos excepcionales en el Negocio Jurídico Familiar. Tal es el del artículo 244 que determina que en el caso de matrimonio entre menores se requiere el asentimiento de ambos padres. Sin embargo, y aquí va la característica, puede darse la situación de que uno de los padres se oponga, caso éste en que prevalecerá la aceptación del otro. La *ratio legis* es que prevalece la conformidad, pues un padre nunca va a querer un mal para su hijo y el matrimonio antes que un mal es, por excelencia, una forma natural de desarrollarse como persona en la sociedad.

Otro es, y sólo por citar un ejemplo, el caso del artículo 364 que establece el plazo de noventa días<sup>33</sup> que tiene el *pater* para contestar la paternidad del hijo de su mujer. Así, si el padre no acciona contestando su relación vincular estaría reconociendo tácitamente al hijo de su cónyuge. Aquí juega, sin duda alguna, el principio *qui tacet consentire videtur*, pues la ley permite que el silencio importe una manifestación de voluntad. Esto está claramente hoy admitido en nuestro Código Civil, artículo 142 concordado con el 366, inciso 2; además, *in comunis opinio* en el Derecho Comparado.

De otro lado, y en términos generales, el consentimiento debe

ser expreso para la conformación del Negocio Jurídico Familiar. Sin embargo, como excepción, tenemos el caso de la posesión constante de estado de hijo (*nomen, tractus y fama*) que no es otra cosa, como lo ha determinado la doctrina, que un reconocimiento tácito de una obligación natural o un reconocimiento de hecho que por excelencia sirve como título<sup>34</sup> para determinar la paternidad (artículo 402, inciso 2). Al respecto, y esto lo podemos verificar fácilmente de nuestra jurisprudencia<sup>35</sup>, la posesión de estado se conjuga con la ejecución de actos materiales en favor del hijo.

## 2. Objeto del Negocio:

El objeto, también denominado materia en este tipo de negocios, se constituye por los intereses, bienes o utilidades<sup>36</sup> que afectan o que influyen la relación familiar. Estos deben ser *lícitos*, es decir no opuestos al orden público ni a las buenas costumbres. Así tenemos que el objeto, principalmente en el Negocio Jurídico Familiar, como lo menciona Luis E. Díez-Picazo, está conformado por el *status familiae*, la vida en común y los bienes que constituyen el patrimonio del sujeto.

Debemos aclarar que algunos estudiosos de la doctrina, entre ellos Stolfi, establecen que el objeto es un elemento esencial sólo en los negocios patrimoniales, más no en los personales, a lo que León Barandiarán—estudiando tal tendencia—se preguntaba

cuál sería entonces el objeto del matrimonio si estos son la fidelidad, cohabitación y asistencia mutua, los que no conciernen al sector de los bienes sino a las personas. Algo similar pasaría con el reconocimiento, pues su objeto no es otro que determinar una relación paterno-filial<sup>37</sup>.

Asimismo, el objeto debe ser lícito; sin embargo, los Negocios Jurídicos Familiares permiten la

(33) Típico plazo legal-procesal y por tanto de caducidad, ya que representa una seguridad jurídica máxima de la cual está premunido el Derecho de Familia *in toto*. Al respecto del lapso del tiempo que contempla el artículo *sub examine* es un plazo breve; es más brevísimo, pues debe favorecer (como debe ser) a la filiación matrimonial, respetando el principio de integridad familiar. Es, en definitiva, un plazo *in fauor filii*.

(34) Las cortes francesas conocieron a la posesión constante de estado, tendiente a determinar el vínculo filial, como la *prueba de carne y hueso*.

(35) "Las declaraciones de testigos deben probar la realización de actos directos del padre (...) que justifiquen la posesión constante de estado (...)" *Anales Judiciales*, 1941, p. 156 (y otros). "La posesión constante de estado (...) debe probarse con actos directos del padre (...) consistentes en el trato, consideración y ayuda propios de la relación paterno-filial". *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, p. 846. Cfr. Guzmán Ferrer, Fernando: *Código Civil*, tomo I, 4ta. edición. Ed. Cuzco, 1982, pp. 468-469.

(36) Este es el conjunto de elementos que configuran el objeto en los actos extrapatrimoniales, para Albalejo. Vid. Vidal Ramírez, Teoría (...), *Op. cit.*, p. 113.

(37) Cfr., Vidal Ramírez, Fernando: *Op. cit.*, p. 110.

validez de un negocio jurídico ilícito. Siendo más específicos esto lo tenemos consagrado en el artículo 286 de nuestro Código Civil que establece que el matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido<sup>38</sup>. Este artículo se refiere a la falta de permisibilidad del matrimonio, que tiene una dispensa o excepción según sea el caso. Asimismo existen Negocios Jurídicos Familiares nulos que se pueden convalidar, caso del artículo 274 que establece qué matrimonios son nulos (pero existentes, es decir que producen efectos civiles y que no se le aplica el principio *quod nullum est nullum effectum producit*) y que a la vez se pueden convalidar<sup>39</sup>.

### 3. Forma:

La forma es la manifestación por la cual se exterioriza el consentimiento. Como sabemos los negocios jurídicos se dividen en *ad solemnitatem* y *ad probationem*; estos últimos rigen a todo el sistema del Derecho Privado, pues se sustentan en el axioma *solo consensus obligat*, mientras que el principio de solemnidad se da para casos especiales en los que la forma, según León Barandiarán, se presenta como un elemento estructurante (*forma dat esse rei*). Respecto al Negocio Jurídico Familiar podemos decir *sciencia certa* que es un negocio esencialmente formal, pues la formalidad sirve para dar seguridad y publicidad al estado de familia de las personas y otorgar-

le la trascendencia que requiere para su validez y relación con la sociedad. Así, son solemnes por excelencia, por ejemplo, el acto de celebración del matrimonio, de forma tal que si uno lo contrae de forma distinta de la señalada en el artículo 248, no tendrá validez. Esto se debe al carácter publicista del Derecho de Familia (artículos 292 y 293, respectivamente), el cual contiene un importante grado de trascendencia social. Cosa distinta sucede con el reconocimiento, el cual si bien es un acto solemne, incumpliendo la formalidad del artículo 390, no será nulo sino que quedará sometido a probanza, será un reconocimiento irregular. En esto se toma en cuenta la voluntariedad suprema de una persona que quiere conceder un estado de filiación a otra.

Concluyendo decimos que en el Negocio Familiar el formalismo está acentuado por que sus efectos tramontan la simple relación *inter partes*, protegiendo a la sociedad *in toto*. Es más, en muchos casos se conjuga la formalidad con la publicidad en registros públicos: sentencia de divorcio, el régimen de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios.

### 4. La causa:

Como en todo negocio jurídico, la causa es la razón justificativa del Negocio Jurídico Familiar. Para algunos autores la causa carece de aplicación en el Dere-

cho de Familia, pues el Derecho no valora el común propósito de las partes para realizar un negocio. Sin embargo nos podemos preguntar: ¿Acaso no nos casamos para formar un hogar, procrear hijos, educarlos y perpetuar nuestro nombre? ¿Acaso el hecho de reconocer a un hijo extramatrimonial, no es otra cosa que querer otorgarle nuestro nombre y admitirlo en nuestra familia?<sup>40</sup>

(38) El Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, la Propuesta de la Comisión Reformadora de 1981 y el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, eran más claros en este artículo (que dicho sea el paso no estaba contemplado en el Código Civil de 1936) y establecía que "El matrimonio contraído con infracción del artículo (...) es ilícito pero válido".

(39) Marcial Rubio (Invalidez (...)) *Op. cit.*, p. 83) establece (refiriéndose al artículo 274 inciso 8) que el matrimonio es un tema de excepción en varios aspectos de la invalidez del acto, precisamente por su trascendencia para las personas y la sociedad (...) se autoriza de manera excepcional la convalidación del acto matrimonial si se subsana la omisión. (40) Al respecto, resulta oportuno citar a José León Barandiarán quien dice que "el acto jurídico es causa determinante de variados efectos jurídicos; la obligación es un efecto, nunca una causa". Continúa el maestro de la docencia jurídica diciendo que "el acto jurídico como causa determinante es más amplio que la obligación como efecto, pues hay actos jurídicos con efectos distintos a la obligación: el matrimonio con su efecto de fidelidad conyugal, el reconocimiento del hijo con su efecto de obediencia de éste al padre..." (*Manual de Acto Jurídico*, 3ra. edición, aumentada y corregida, Lima-Perú, p. 3)

Así entendido, todo negocio requiere una causa o determinación para que tenga validez. De esta manera, en los negocios relativos al estado de familia la causa—justificante—está en la trascendencia y perennidad social de sus instituciones.

### Circunstancias del Negocio Jurídico Familiar

#### 1. *Es puro:*

En razón de esto el Negocio Familiar no puede estar sometido a ninguna modalidad, esto es, condición, plazo o cargo, para que surta efecto. Aquel acto sujeto a condicionamiento es nulo. La Ley impide, *de lege ferandae*, la realización de actos jurídicos de familia sujetos a una condición, v.g. el reconocimiento.

Como sabemos el acto modal es aquel que contiene elementos accidentales, no esenciales en el negocio, y que constan en él por estipulación expresa de las partes, lo cual no puede darse, por esencia, en el Negocio Jurídico Familiar.

#### 2. *Vicios de la voluntad:*

En el Derecho de Familia se dan los mismos casos y bajo los mismos condicionamientos los vicios del consentimiento.

En razón de ello tenemos, *grasso modo*:

—Error: Artículo 277 inciso 5 respecto a quien contrae matrimonio por error en la identidad física del otro contrayente y ar-

tículo 284 *in fine*. Respecto al primer caso Marcial Rubio<sup>41</sup> (ficha N° 038) da un ejemplo: "La nulidad de matrimonio contraído cuando uno de los cónyuges confunde al otro bien por debilidad de la vista, bien por poca luz, no es dudosa, aún cuando los pretendidos esposos hubieran recibido la bendición de la Iglesia".

—Dolo: Artículo 292 pues como hemos mencionado se trata de una representación legal y no voluntaria, el ejercerla de *motu proprio* abusando de las facultades implica una actitud indiscutiblemente dolosa; el artículo 559, que se refiere a la privación de la patria potestad, el cual contempla algunas actitudes que pueden implicar, en muchos casos, un dolo, v.g. negarse a prestar alimentos. Asimismo el llamado el *crimen suspecti*—recogido de la Ley de las XII Tablas<sup>42</sup> (artículo 554 inciso 4 de nuestro Código Civil)—que produce el fin de la tutela cuando el tutor roba las cosas del menor o del pupilo a su respectivo cargo.

—Violencia: El artículo 277 inciso 6 establece la anulabilidad del matrimonio cuando se contrae bajo una amenaza grave, que puede derivar en una violencia extrema.

—Intimidación: Esto es la violencia moral, que se presenta cuando se amenaza a una persona con un peligro grave e inminente, por lo cual tal persona atemorizada para evitar el mal da

una declaración de voluntad inadecuada. Esto está en el artículo 277 inciso 6. Además, en la última parte (artículo 217 *in fine*) se aclara, igual como lo hace el artículo 217, que el simple temor reverencial no anula el matrimonio. Sin embargo esto debe ser analizado en cada caso por separado, pues en muchas situaciones puede existir una presión determinante que vicie la voluntad, lo cual deberá ser apreciado por el Juez al fallar tal situación ocurrida.

(41) Rubio, Marcial: "El saber jurídico sobre la ignorancia humana", en *Pam leir el Código Civil*, volumen X. PUCP, 1991, p. 305.

(42) Como referencia veamos lo que establecía la Ley de las Doce Tablas y concordémoslo con el Código Civil de 1984:

—*Ley de las Doce Tablas - Tabla VIII 19.* Debe saberse que en el *crimen suspecti* (acusación relativa a los tutores) se deriva de las XII Tablas. Si los tutores hurtaron una cosa al pupilo veamos: estará cada uno obligado *in solidum* por la acción que por el duplo establece la ley de las XII Tablas contra el tutor.

—*Código Civil de 1984*, artículo 554. - Será removido de la tutela: Inciso 2.- El que cause perjuicio al menor en su persona o intereses.

*In comento:* Como sabemos la tutela es una institución del Derecho. Su antigüedad es de innecesaria mención. Lo que queda es mencionar que la regulación de la misma siempre ha estado orientada, como su propia existencia lo dice, a la protección del menor. En las normas *sub examine*—y esto con mayor razón—se quiere limitar los abusos por parte del tutor respecto del pupilo frente a actos desleales y/o perjudiciales que se puedan cometer en su contra.

—Simulación: Es la celebración y ejecución de un negocio jurídico para disfrazar los efectos queridos y puede darse en el Derecho de Familia. Por ejemplo, imaginémonos una adopción para ocultar un reconocimiento de hijo extramatrimonial.

### 3. Es típico:

En el Derecho de Familia se niega la posibilidad de la existencia de actos innominados o atípicos, es decir, aquellos no contemplados expresamente por la Ley. Si bien se ha mencionado que la voluntad es, hasta cierto punto, fundamental para crear una relación familiar, debe aclararse que ésta no puede crear un Negocio Jurídico Familiar, pues éste está premunido de normas de orden público. Esto es lo que Díez-Picazo llama la licitud objetiva de la causa. Sería un negocio familiar atípico (además que inmoral) el caso del llamado convenio de fidelidad.<sup>43</sup>

Así, aquel pacto que contemple, por ejemplo, relaciones de sumisión, obediencia, servicio y fidelidad, así como compromisos de cuidado y colaboración respecto de una persona en favor de otra para garantizar sus relaciones de familia son, *per se*, nulos, pues la calidad de una relación familiar no puede estar sujeta a la libre determinación de las partes, sino que estas deben estar predeterminadas por la ley y regidas por la moral y las buenas costumbres.

## Conclusión

El Negocio Jurídico de Familia es una especie dentro del negocio jurídico en general. Se diferencia de este último no en la sustancia sino en el objeto pues el Negocio Jurídico Familiar constituye el objeto propio del Derecho de Familia.

Es un negocio especial *sui generis*, voluntario, autónomo y delimitado por la ley que constituye, modifica, extingue o reglamenta un estado de familia. Su objeto principal es la regulación de la relación jurídica que emerge de un estado natural o deseado de tipo familiar.

De acuerdo a la especialidad de este tipo de negocio, debemos señalar que cuenta con características propias y unitarias; entre éstas tenemos que: prima el interés público; existe una subordinación y autoridad, limitada entre las partes que en él intervienen; la voluntad individual está restringida por los límites de la ley, la moral y el orden público. Entre los principales Negocios Jurídicos Familiares tenemos a los esposales, el matrimonio, la adopción, el régimen patrimonial, la tutela, la curatela (estos últimos para algunos debieran pertenecer al campo del Negocio Jurídico del Derecho de las Personas), los alimentos (reducción, aumento) y reconocimiento, entre otros.

Los elementos esenciales del Negocio Jurídico Familiar son, como en todo negocio los mismos,

sin embargo tienen especialidades. Así, en cuanto a las partes o sujetos, la capacidad es bastante elástica y hasta cierto punto escapa de las reglas establecidas por las disposiciones del Negocio Jurídico en general; la manifestación de voluntad está regida por lineamientos formales; el consentimiento, *prima facie*, debe ser expreso para su conformación; en cuanto al objeto está constituido por los intereses que afectan o que influyen la relación familiar, estos deben ser *lícitos*; es esencialmente formal, pues la formalidad sirve para dar seguridad y publicidad al estado de familia de las personas y otorgarle la trascendencia que requiere para su validez y existencia en la sociedad. Por último podemos decir que es puro, personalísimo y típico en razón que las relaciones familiares se sustentan en la seguridad jurídica que para tales efectos les predetermina la Ley. En definitiva tenemos que el Negocio Jurídico Familiar es el *negotio summum* que permite la vida en Sociedad. □

(43) Expediente N° 1971-87, a fs. 223. Materia: Filiación, 17° Juzgado Civil de Lima (Juez: Alvaro Suárez Milla, Secretario: Máximo Falla). En este documento constaba una promesa de fidelidad y demás de la esposa en favor de su marido, en los términos y condiciones señaladas. Hacemos reserva de los nombres de las partes en respeto a su derecho a la intimidad.