

LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL ORDENAMIENTO NORMATIVO ACTUAL

Mg. MEDARDO NIZAMA VALLADOLID

Pasajero: breve es mi discurso. Espérate y lee: esta piedra cubre a una mujer muy bella; a la que sus padres nombraron por Claudia. Amó a su marido con todo su amor; engendró a sus hijos; dejó uno vivo; huyó la otra al seno de la tierra; fue amable en su trato y noble en su andar; cuidó de su casa e hiló.- He concluido. ¡Adiós!

(Theodor Mommsen)

SUMARIO: RESUMEN. ABSTRACT. PALABRAS CLAVES. KEY WORDS. INTRODUCCIÓN. 1. DESARROLLO HISTÓRICO. 1.1. ORIGEN GRIEGO. 1.2. RAÍZ ETIMOLÓGICA. 2. DEFINICIÓN DE FAMILIA. 2.1. CONCEPCIÓN ESPECIAL. 2.2. FAMILIA PROPRIO IURE. 2.3. FAMILIA COMMUNI IURI. 3. CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA. 4. PODER DOMÉSTICO DEL JEFE DE LA DOMUS. 4.1. LA MANUS SOBRE LA MUJER. 4.2. LA PATRIA POTESTAS SOBRE LOS HIJOS. 4.3. EL PODER DOMINICAL SOBRE LOS ESCLAVOS. 4.4. EL MANCIPIUM SOBRE OTROS HOMBRES LIBRES. 5. PARENTESCO. 5.1. CLASES. 5.1.1. AGNATIO. 5.1.2. COGNATIO. 5.1.3. ADFINITAS. 5.1.4. GENTILIDAD. 5.2. CÓMPUTO. LÍNEAS Y GRADOS. 5.1.1. EN ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES. 5.1.2. EN COLATERALES. 6. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO. 7. LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO NORMATIVO ACTUAL. 7.1. CONSTITUCIÓN DE 1993. 7.2. CÓDIGO CIVIL DE 1984. 7.3. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (LEY Nº 27337). 7.4. NORMAS NACIONALES O INTERNACIONALES. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN.- Es un trabajo de actualización que pretende ser un documento de consulta acerca de la relación entre familia en el derecho romano y la familia en el derecho peruano. Se analiza el desenvolvimiento histórico de la familia, así como su definición, concepción especial y el sentido de la familia proprio iure y familia communi iuri. Se explica brevemente la constitución o integración de la familia. Se considera el poder doméstico del jefe de la domus: la mano sobre la mujer, la patria potestas sobre los hijos, el poder dominical sobre los esclavos y el mancipium sobre otros hombres libres. Se estudia no solo el parentesco y sus clases: agnatio y cognatio, adfinitas y gentilidad, sino también lo concerniente al cómputo, líneas y grados. Se examina la importancia de la familia en el derecho romano. Y se expone el tema de la familia en el

ordenamiento normativo actual: Constitución de 1993, Código Civil de 1984, etc.

ABSTRACT.- Is an actual word that pretend to be a surgery document about the relation between the family in the roman law and the family in the peruvian law. It analyze the history development of the family as the definition, special conception and the family sens proprio iure and the family communi iuri. It explains in a short way the constitution or integration of the family. It takes the domestic power of the boss of the domus: the hand over the woman, the patria potestas over the sons, the poder dominical over the slaves and the mancipium over other free men. We study no only the relationship and their types: agnatio y cognatio, adfinitas y gentilidad, we also study the calculation, lines and grades. We evaluate the



importance of the family in the roman law. And it explains the team of the family in the normative actual order: Constitution of 1993; Civil Code of 1984, etc.

PALABRAS CLAVES.- Familia romana, derecho romano, poderes del padre, parentesco romano, normatividad familiar actual

KEY WORDS.- Roman family, roman law, father powers, roman relationship, actual family normative.

1. DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO

1.1. ORIGEN GRIEGO

Los relatos y las tradiciones de los historiadores hacen mención a ideas antiguas sobre la familia en el mundo heleno. La primera noción helena consiste en unir a dos seres que no pueden ser completos uno sin otro, como hombre y mujer para los efectos de la generación. Aristóteles afirma que la familia griega es una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana¹.

La doble reunión de hombre y mujer y amo y esclavo constituyó la familia. En su libro *Las Obras y los Días*, Hesiodo² dijo: "la primera familia la compusieron la mujer y el buey, dado que el buey hacía las veces de esclavo entre los pobres"³. En efecto, la asociación que se forma para las necesidades diarias es la familia, compuesta por los *homosipyens* quienes son los que toman el pan de la misma artesa (*Carondas*⁴). En Creta se les llama *homocapiens* que comen en el mismo pesebre (*Epiménides*).

La primera agrupación de familias, por conveniencia y utilidad común, es la aldea;

algunos la llaman *homogalactios* (criados con la misma leche⁵) a los hijos de la primera familia y a los hijos de los hijos, que forman un poblado o colonia de familias. Decía Homero en su tiempo: "Cada cual es dueño absoluto de sus hijos, de sus mujeres, y a todos dicta leyes"⁶.

1.2. RAÍZ ETIMOLÓGICA

Los latinistas estiman que el vocablo familia, etimológicamente, deriva del sustantivo *fames* que significa hambre; o del sustantivo *famulus* que significa siervo. Si deriva de *fames* es posible que el origen se atribuya a que dentro de la organización familiar se satisface las dos formas de hambre más voraces que el sujeto tiene: el hambre individual que se sacia alimentándose; y, el hambre que podríamos llamar no individual sino específico que contribuye a la multiplicación de la especie, y que constituye a la satisfacción del apetito sexual en el matrimonio. Estos dos apetitos (alimentación y sexualidad) se cumplen dentro de la familia.

2. DEFINICIÓN DE FAMILIA

Ante la pregunta ¿qué acepciones tuvo la familia en el Derecho romano?, se ha dicho que fueron varias; unas veces se ha tomado, en el sentido de la *gens*, es decir; el conjunto de familias con antepasado común o que están aún sometidas a su potestad; otras en el sentido de familia *stricto sensu*, es decir, el padre y sus sometidos, propiamente familiares, mujer e hijos; a veces representa los esclavos de un señor; otras, cuántas personas están bajo su poder, mujer, hijos, esclavos, y otras como el conjunto de bienes patrimoniales de la familia...⁷.

Según Ulpiano "Llamamos familia a

¹ Ver La Política de Aristóteles Ediciones Peisa. Lima, página 4

² Citado por Aristóteles, *ibid*.

³ Aristóteles, *ibid*.

⁴ Antiguo hombre de derecho, predicó ante los cretenses (Creta).

⁵ Léase la disertación del filósofo Favorino exhortando a una señora noble para que no entregase sus hijos a nodriza, sino que ella misma los lactase. "¿Crees que la naturaleza ha dado los pechos a las mujeres como graciosas protuberancias destinadas a adornar su seno, y no para alimentar sus hijos? Ver: *Noches Aticas* de Aulo Gelio, página 145

⁶ Citado por Aristóteles, *ibid*, página 5.

⁷ Cfr. Eusebio Díaz. *Instituciones de Derecho Romano*. Tomo I, página 291



muchas personas que o por su naturaleza o de derecho, están sujetos a la potestad de uno solo" (D.50.16.195.2 Ulpiano. Comentarios al Edicto. Libro XLVI).

Savigny, refiriéndose al derecho familiar romano, lo define como aquel "conjunto de normas que regula institución familiar, cuyas partes constitutivas son el parentesco, la patria potestad y el matrimonio"⁸. Eusebio Díaz señala que es el "conjunto de reglas, facultades y condiciones jurídicas necesarias para que la familia nazca, viva y se extinga"⁹.

2.1. CONCEPCIÓN ESPECIAL

Los romanos –escribe Tello Johnson– tuvieron una concepción especial de familia, la cual giró alrededor del paterfamilias con poderes absolutos en el orden político, económico y religioso. Esta idea de la familia, se diferencia con nuestra organización moderna, en la cual la unidad familiar está constituida por el vínculo o parentesco de consanguinidad (natural) y la afinidad como consecuencia del matrimonio. Las designaciones de paterfamilias, materfamilias, filius y filia familias, no tienen el mismo significado que podrían tener hoy, si hacemos la traducción al castellano. Así, paterfamilias no equivale a nuestra palabra "padre" ni filiusfamilias a nuestra expresión "hijo", paterfamilias significaba jefe de casa, sui iuris, no sujeto a potestad alguna, una persona independiente...¹⁰.

Ulpiano comentarios al Edicto. Libro XLVI. Pero se llama "pater familia" en que tiene dominio en la casa... aunque no tenga hijo.¹¹

2.2. FAMILIA PROPRIO IURE

¿Qué se entiende por familia en sentido proprio iure? Al respecto dice Ulpiano:

Llamamos familia a muchas personas que, o por su naturaleza o de derecho, están sujetas a la potestad de uno solo.

Según este concepto –prosigue Tello– familia o domus es el conjunto de personas que están sujetas al poder de un mismo jefe. Dichas personas son los sui iuris y los alieni iuris¹². Los primeros son aquellos que no están sometidos a ninguna potestad. Al homo sui iuris se le llama paterfamilias, sin que ello signifique que tenga hijos o que sea mayor de edad. Alieni iuris son los que están sujetos a potestad del jefe de familia o del señor, porque en esta categoría existen alieni iuris libres y no libres. Entonces, podemos decir que en la expresión de Ulpiano en la familia en el sentido propio, están comprendidos un homo sui iuris que es el jefe de la domus y los alieni iuris que pueden ser la esposa casada cum manu que ocupa el lugar de hija (loco filiae) y los descendientes hijos, nietos, etc. Sigue diciendo Ulpiano. Por ejemplo, el padre de familia, la madre de familia, el hijo de familia, la hija de familia y los demás que siguen en el lugar de estos como los nietos y las nietas y demás descendientes¹³.

2.3. FAMILIA COMMUNI IURI

Es de observar –continúa Tello– que este tipo de familia, adquiere una significación después del fallecimiento del paterfamilias, pues ocurrida a la muerte de éste la familia se dividía en otras que tenían como jefes a los hijos varones del difunto, pero el vínculo agnaticio no se extingue, sino que subsistía entre todos los que habían estado bajo la patria potestad del padre premuerto. Agrega Ulpiano: Por derecho común decimos familia la de todos los agnados, porque aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia. Sin embargo

⁸ Citado por Jacinto Tello en la obra Instituciones del Derecho Romano, página 117

⁹ Véase la obra Instituciones de Derecho Romano, de Eusebio Díaz, Tomo I, página 312 y 313

¹⁰ Ver la obra Instituciones de Derecho Romano, de Jacinto Tello Johnson, Primer Tomo, página 118

¹¹ Tello Johnson, ibidem.

¹² Gayo. Institutas. Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. Cuarta edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina, 1993, página 88

¹³ Tello Johnson, ibidem.



todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia los cuales fueron dados a luz de la misma casa progenie. En efecto, este concepto amplio de familia en su doble acepción constituye la familia agnaticia porque la forman sobre el parentesco por agnación.

Más aún, con las transformaciones que se produjo durante siglos, vamos a encontrar otro tipo de familia cognaticia o familia natural en la cual la unión de las personas se produce por la descendencia directa de unos con respecto a sus ascendientes. Esta clase de familia tenía como elemento aglutinante el parentesco por cognación (*cognatio naturalis*) que tuvo en consideración Justiniano cuando introdujo sus reformas en el orden sucesorio, en la Novela 118.

De todo lo expuesto —concluye Tello— podemos resumir que los romanos de la época clásica concibieron a la familia agnaticia como un conjunto de parientes de descendencia masculina, la misma que tenía existencia jurídica y que estuvo conformada por: a) los que estaban sometidos a la potestad del jefe de la *domus* o a la *manus* en el caso de la esposa; b) los que estuvieron bajo esa autoridad y que lo estarían si viviese; c) los que nunca estuvieron bajo la autoridad del pater, pero que lo llegarían a estar si aquel estuviera vivo.

3. CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA

Desde este punto de vista, la familia estaba integrada por las siguientes personas: El jefe o pater familias, la mujer *in manu*, la mujer o

mujeres del hijo o hijos, respectivamente, en *justum matrimoni*, los hijos y nietos del pater familias, las personas adoptadas, los hijos legitimados, las personas dadas *in mancipii*.

4. PODER DOMÉSTICO DEL JEFE DE LA DOMUS

Fácilmente puede comprenderse que la organización de familia romana es de carácter patriarcal y que es el padre¹⁴ o el abuelo paterno el que ejerce las cuatro potestades siguientes:

4.1. LA MANUS SOBRE LA MUJER

El poder marital es lo que llamaban los romanos la *manus marital*. Es el poder del marido sobre la mujer, no sólo sobre la propiedad, sino sobre la persona de la mujer. Veamos lo que Gayo expresa:

Gaii 1.109. In manum autem feminae tantum conueniunt.

Pero el poder (in manu) solamente llegan a estar las mujeres
--

4.2. LA PATRIA POTESTAS SOBRE LOS HIJOS

En el Derecho Romano la definición de patria potestad¹⁵ es diferente a la normal que actualmente tenemos. Se ha dicho que es el conjunto de derechos que el padre tiene sobre las personas y bienes de sus descendientes¹⁶. En efecto, para los romanos consistía en el poder jurídico de una persona sobre sus descendientes, pero no todos podía gozar de este poder sino que sólo correspondía a un varón *sui iuris*, es decir a un paterfamilias¹⁷. Al respecto las Institutas refieren:

¹⁴ Sobre los poderes del padre o paterfamilias, consúltese la obra "Manual de Derecho Romano de Alfredo Di Pietro y Ángel Enrique Lapieza Elli, página 354 y ss. Asimismo, véase el libro "Tratado Elemental de Derecho Romano" de Eugene Petit, página 96.

¹⁵ Sobre la patria potestad y otras prerrogativas sustanciales del pater, véase el libro "Prontuario de Derecho Romano" de Carlos Rodríguez Pastor, página 48-49.

¹⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Ob. Cit. Pág. 357.

¹⁷ Patria potestad, dice nuestro código civil vigente en su artículo 418, es el deber y el derecho de cuidar de las personas y bienes de sus hijos menores. Antecedentes. C.C. 1852: artículo 284, C.C. 1936: artículo 390. Concordancias. Constitución artículo 6. C.C. 1984: artículos 287. C.P.C. 1993: artículos 21, 483, 579, 677. C.N.A.: artículo 74.



Gaii 1.52. In potestate itaque sunt serui domonorum qua quidem potestas iuris est, nam apud omnes peraeque gentes animaduertere, possumus dominis in seruos nate nexisque potestatem esse et quodeumque perserum acquiritur in domino acquiritur.

Están sometidos a la potestad de sus señores (in potestate dominorum) los esclavos. Esta potestad es de derecho de gentes porque podemos observar que constantemente en todas las naciones los señores tienen derecho de vida y muerte sobre sus esclavos, y que cuanto estos adquieren es propiedad de su señor.

4.3. EL PODER DOMINICAL SOBRE LOS ESCLAVOS

Según las fuentes románicas el poder dominical¹⁸ es el poder del dominus, del señor. Lizardo Alzamora, escribe que la potestad dominica es la autoridad que ejercía el pater familias sobre sus esclavos¹⁹. Dominus significa en latín señor. Domingo es el día del señor: era pues el poder o señorío de un señor sobre los esclavos o servus. Lo mismo la fuente señala:

Gaii. 1.119. Est autem mancipatio ut supra quiaque dicimus, imaginaria quedam uendi-tio quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est.

La mancipación como hemos dicho antes, es cierta especie de venta ficticia, y uno de los derechos propios y exclusivos de los ciudadanos romanos.

4.4. EL MANCIPIUM SOBRE OTROS HOMBRES LIBRES²⁰

Por último, el poder mancipial. Mancipio

viene de manu y de capere, que significa tomar o capturar por la mano. Era el poder. Era el poder de un hombre libre sobre otro hombre libre. Un poder parecido al de la esclavitud con la diferencia de que el sujeto pasivo no era un esclavo, aun cuando tampoco era absolutamente libre. Veamos: Además de estos poderes, el jefe de la domus, es único dueño del patrimonio de la familia, agregando a ello que es el jefe del culto doméstico (sacra privata). En este culto, están comprendidos el de las almas de los ascendientes (lares), que cuando eran bienhechoras recibían el nombre de "manes" y de "larvas" en el caso de ser malhechores. El sacerdote del culto, hacía libaciones, ofrecía sacrificios entre los "penates" que eran estatuillas que representaban a los genios protectores.

5. PARENTESCO

El vocablo parientes proviene de la voz latina "parens, tis" que a su vez se origina en "parere" que significa engendrar, procrear, propagar la propia especie. Su voz sinónima es el verbo ingenerare. Parens entraña la idea de padre, madre, abuelo u otro pariente superior de quien se desciende. Parentela, parentela, familia, idea de conjunto de familiares o parientes. Lo concerniente a los padres²¹. Parientia, obediencia. Se llama padre de familia al que tiene dominio (señorío) de la casa²².

Como lo indica Guzmán Brito, cuando dos personas se relacionan entre sí por un modo de pertenencia a una misma familia decimos que existe entre ellos un parentesco²³.

Cornejo Chávez que se ocupa con detención de esta materia relativa al parentesco, da una noción que en seguida repetimos sobre el particular, y que reputamos de interés conocer.

¹⁸ Llamada también potesta dominica. Es uno de los poderes esquemáticamente enumerados por Rodríguez Pastor en su libro *Prontuario de Derecho Romano*, página 49.

¹⁹ ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Derecho Romano*, página 79.

²⁰ Ver Rodríguez Pastor, *ibidem*.

²¹ Luis Macchi. Pbro. S. *Diccionario de la Lengua Latina*. Tercera edición. Sociedad Editora Internacional. Buenos Aires. Argentina, 1948, página 404.

²² La cita corresponde a Ulpiano, la misma que es reproducida por Emilio Saavedra Arias, en su *Iuris Thesaurus. Tesoro Jurídico. Glosario Jurídico Latino de Derecho Usual. Principios. Reglas. Aforismos. Adagios*. Primera edición, Grijley. Lima, 1997, página 360.

²³ Véase Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, 1997, página 292



En sentido general –dice– se da el nombre de parentesco “a la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión”. (Héctor Cornejo Chávez. Derecho Familiar Peruano, 9). Claro es, desde luego, que la voz parentesco en el derecho peruano se relaciona con otros términos como tronco, línea y grado²⁴

5.1. CLASES

La doctrina romana estableció los siguientes tipos de parentesco, veamos:

5.1.1. AGNATIO

Un grupo de autores representados por Gamarra Pereda²⁵, considera a la agnatio como un parentesco civil, en virtud del cual un conjunto de personas se hallan vinculadas entre sí por el poder o autoridad del Jefe de la domus o paterfamilias. Según esto, son agnados: a) los hijos nacidos en justae nuptiae, y descendientes in potestate; b) la mujer in manu; c) los adoptados o legitimados; d) los póstumos; e) las nueras casadas cum manu. Este parentesco era la expresión del poder político que tuvo el pater familias y del culto doméstico primitivo. Este parentesco fue el único que se reconoció hasta el año 543, como fuente de dos derechos de familia y se caracterizó porque subsistía aún después de la muerte del pater familias²⁶.

5.1.2. COGNATIO

Según el mismo Gamarra Pereda, profesor de la U. N. T., la idea de cognatio hace suponer un parentesco de consanguinidad, consistente en el vínculo que une a las personas que descienden una de otras de un tronco común. Este es el parentesco de sangre o

natural que vincula a las personas por la generación o filiación.

En este parentesco –agrega– hay que tener presente: 1º las líneas y 2º los grados. En armonía con éstos se lleva a cabo el cómputo del parentesco. La línea es de dos clases: directa y colateral. Es directa aquella que vincula a las personas que descienden unas de otras. Es, a su vez, de dos clases, ascendente y descendente. La primera cuando sube de un descendiente a un ascendiente, como de un nieto a un abuelo. Es descendente cuando baja de un ascendiente a un descendiente, como de un abuelo a un nieto. Es colateral cuando une personas que entre sí no descienden unas de otras, pero que sí tienen un tronco común, por ejemplo los hermanos, los primos, etc. Igualmente –anota– que el grado es el número de generaciones que separa un pariente de otro, según refieren las Institutas de Justiniano. Más aún, indica que este parentesco venía arraigándose desde tiempos muy antiguos. En el año 543, en que se suprimió el parentesco civil o agnatio, el consanguíneo quedó como único vínculo familiar²⁷.

5.1.3. ADFINITAS

En líneas generales –dice el ilustre Profesor de Trujillo antes citado– que la adfinitas es el parentesco que surge entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, es el mismo grado que éste. Dicho parentesco produce efectos jurídicos, como impedimentos para el matrimonio y el derecho de pedir alimentos.

5.1.4. GENTILIDAD

Por último, Gamarra Pereda sostiene que

²⁴ Tronco es la persona a quien reconocen como ascendiente común las personas cuyo parentesco se trata. Los hijos tienen como tronco al padre (ya la madre). Los primos hermanos lo tienen en el abuelo; también lo tienen los que son entre el tío y el sobrino. Los primos segundos tienen como tronco al bisabuelo. Línea, es la sucesión ordenada y completa de personas que producen de un mismo tronco. Grado en fin es la distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes.

²⁵ Antiguo Profesor de Derecho Romano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Trujillo.

²⁶ Cfr. Gamarra Pereda, Manuel J., Derecho Romano. Primer Curso, página 105.

²⁷ Ver Gamarra Pereda, Manuel J. ibidem.



la gentilidad es el vínculo no ya de personas que forman la domus, sino de familias que guardan la pureza de sangre y de tradición, de supremacía social y religiosa, a quienes une el nomen gentilicium. La ley de las XII Tablas les reconocía derecho para la sucesión, para la tutela y curatela. Con el advenimiento del Imperio, llegó la extinción de este vínculo de parentesco²⁸.

5.2. CÓMPUTO. LÍNEAS O GRADOS

Nina Ponsa explica que en el Derecho romano el parentesco de sangre o consanguinidad se computa a los fines de sus consecuencias jurídicas en líneas y grados²⁹. La línea puede ser recta, en forma ascendente o descendente; o colateral. La línea recta es la serie de individuos engendrados unos por otros; por ejemplo, abuelo, padre, nieto, bisnieto, constituyen una línea descendente; y padre, abuelo, bisabuelo, forman una línea ascendente. La línea colateral (transversa línea) es la constituida por los parientes que no descienden unos de otros, pero que están vinculados entre sí, por un antepasado común. Así por ejemplo hermanos, tíos, sobrinos³⁰.

Se llama grado el vínculo entre dos personas. El grado es la unidad de medida de relación de parentesco. Vale decir, que el parentesco se cuenta por grados, cada uno de los cuales corresponde a una generación; así tenemos los siguientes grados:

5.2.1. EN ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

Se cuentan las generaciones desde el uno hasta el otro, por ejemplo: entre padre e hijo hay una generación (parentesco de segundo grado), entre abuelo y nieto, hay dos generaciones (parentesco de segundo grado), entre bisabuelo y

bisnieto, tres generaciones (parentesco de tercer grado).

5.2.2. EN COLATERALES

Se cuentan las generaciones partiendo de uno de los parientes hasta el ascendiente común, y se regresa luego desde éste último hasta el otro pariente, por ejemplo: entre hermanos, de uno de ellos el padre, una, y del padre al otro hermano, otra (parentesco de segundo grado).

6. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

¿Cuál es la significación de la familia en el derecho romano como causa determinante de la capacidad civil? Como escribe Eusebio Díaz³¹, tal significación es de importancia grandísima porque la familia romana como causa determinante de la capacidad civil no solo es fundamento de los derechos civiles sino que también es la fuente de los derechos políticos. Parece extraña esta afirmación habiendo expuesto idéntica doctrina respecto a la ciudadanía; pero importa no olvidar que van en la práctica tan íntimamente unidos ambos status, que no es posible concebirlos con separación, pues todo ciudadano tiene forzosamente una situación jurídica familiar, ya como jefe, ya como súbdito; la afirmación se refiere, pues, a ambas.

Hemos dicho que era el fundamento de los derechos civiles, y fue la fuente de los derechos políticos; así es, en efecto. Dada la organización familiar y social primitiva, variada por completo en los moldes patriarcales, toda la vida y todo el Derecho van enderezados a fines familiares que se concretan en último término en la perpetuidad de la familia, para garantizar también el culto doméstico; a este fin miran todas las instituciones y todos los derechos: el

²⁸ PEREDA Manuel J. Derecho Romano. Primer Curso, página 106

²⁹ Ver el libro Derecho de Familia en el Derecho Romano de Nina Ponsa de la Vega de Miguéns, página 14

³⁰ De la Vega de Miguéns, Nina Ponsa, ibidem

³¹ Cfr. La obra Instituciones de Derecho Romano de Eusebio Díaz, página 290

³² Eusebio Díaz, ibidem



matrimonio y la filiación, la propiedad y la sucesión, la tutela legítima. En general, la materia toda del derecho privado está entroncada con relaciones y fines primordialmente familiares³².

7. LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO NORMATIVO ACTUAL

La familia en el derecho romano tiene sentido y alcance distintos al de la familia moderna. En el derecho peruano, por ejemplo, no se define el concepto de familia debido a que se admite varias significaciones, pues, somos un país pluricultural donde se presentan diversas situaciones sociales y económicas que han generado conceptos de familia y deberes y derechos, distintos en diversos grupos humanos³³.

7.1. CONSTITUCION DE 1993

PRIMERA PARTE: PERSONA, ESTADO Y ECONOMIA.

Capítulo II: Los derechos sociales y económicos.

Al respecto, dice el artículo 4º que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.*

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”³⁴.

Comentario.- Una correcta interpretación del artículo 4º es la efectuada por Enrique Bernaldes; él afirma que la protección del niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono es una norma clásica de protección de individuos por la sociedad. Es uno de los pocos derechos de contenido social que se mantiene en la

actual Constitución de los varios que existían en los anteriores.

Asimismo, –explica el mencionado autor– que la norma establece que la protección se da especialmente a estas personas en estado de abandono. Debe tenerse presente que el adverbio especialmente indica que la protección no se da exclusivamente cuando se verifica una situación objetiva de abandono. El amparo es permanente.

Añade el comentarista que la protección al niño³⁵ debe contener, cuanto menos, los siguientes elementos:

- Lo necesario para su subsistencia material que incluye alimentación, vestido y techo.
- Lo necesario para su educación, inclusive la preescolar, así como el entorno necesario para su mejor desarrollo inicial.
- La protección emocional que, en primer lugar, debe y solo puede darle su propia familia. Pero es el cuidado del equilibrio psicológico del niño el que debe ser considerado como elemento central de su protección.

Es más –sostiene– que la protección del adolescente incluye su subsistencia, educación y desarrollo emocional en planos distintos a los del niño; pero además, su educación y seguridad moral –con particular incidencia en la lucha contra el consumo de drogas– y sus perspectivas laborales.

Del mismo modo –refiere– señalando que debe tenerse en cuenta, además, los distintos elementos y lineamientos de políticas de atención y protección considerados en la convención del niño. Este instrumento internacional comprende a los niños y a los adolescentes hasta los 18 años. El Perú es parte de él y por tanto sus disposiciones deben entenderse como parte

³² Véase el libro *la Constitución de 1993 Análisis Comparado* de Enrique Bernaldes Ballesteros, página 192y 193

³³ Cfr. *Constitución Política del Perú de 1993*.

³⁴ Carmen Meza Ingar. *Defensa del Niño y del Adolescente*, trabajo publicado en el Diario “El Peruano”, del día 19 de diciembre del 2009.



del derecho nacional, con jerarquía constitucional.

Finalmente –expone– que la protección de la madre, por otro lado, incluye su subsistencia la atención de su salud y la del niño y la protección general de su seguridad³⁶.

7.2. CODIGO CIVIL DE 1984³⁷

LIBRO III. DERECHO DE FAMILIA

Raquel Guerra³⁸ –explica– que la incuestionable importancia de la familia como célula básica de la sociedad, impone la necesidad, la urgencia de buscar soluciones para que esa célula sea saludable; es precisamente, la familia, la institución que mayor transformaciones viene soportando, como consecuencia de las evoluciones culturales, económico-sociales, del mundo entero, en cuyas agrupaciones, desde las más pequeñas hasta las mayormente populosas, es siempre la familia la célula inicial.

REGULACION JURÍDICA.

ARTÍCULO 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú³⁹.

Sobriamente el artículo en referencia dice la preocupación del legislador por la consolidación y fortalecimiento de la

familia y de allí su afán de ponerla bajo protección de la ley. Sin duda, el espíritu del artículo es subrayar la importancia de la familia como institución fundamental de la Nación, tal como arriba lo anota la precitada autora⁴⁰.

Antecedentes⁴¹.

1.- Proyecto de la Comisión Revisora (1984). Art. 233. 2.- Proyecto de la Comisión Reformadora (1981). Art. 282. Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Dr. Héctor Cornejo Chávez, 1980)

Conc.⁴²- Unión de hecho de un hombre y una mujer: C.C: 326. Protección del matrimonio y la familia por el Estado: Const. 5. Unión estable de hombre y mujer que forman hogar de hecho. Const. 9

7.3. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (LEY N° 27337)

TÍTULO PRELIMINAR. Artículo 1°.- *“Se considera niño a todo ser humano desde la concepción hasta cumplir los doce años y adolescente desde los doce años hasta cumplir dieciocho años de edad.*

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”.

Artículo 101°.- Consejo de Familia. “Habrá Consejo de Familia para velar por la persona e intereses del niño o del adolescente que no tenga padre ni madre o

³⁶ Bernales Ballesteros, Enrique, *ibidem* 192.

³⁷ El Código Civil de 1984 recibió el influjo de la Constitución Política de 1979, como el Código de 1936 recibió el de la Constitución de 1933. Vigente el Código lo han venido a afectar el nuevo ordenamiento procesal, introducidos por el Código Procesal Civil de 1993 y el nuevo orden constitucional de 1993, así como los cambios oscilantes en materia de política económica.

³⁸ Guerra Távara, Raquel. *Derecho de Familia. Proyectos y Comentarios*. Primera Edición. Amaru Editores. Lima, diciembre de 1986, página 16.

³⁹ Ver el Código Civil de Aníbal Torres Vásquez, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, página 159.

⁴⁰ Raquel Guerra, fogosa abogada sanmarquina, versada en Derecho familiar, es autora de una Tesis de Bachillerato, bajo el título “Ley de Abandono de Familia”, sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, en noviembre de 1944. Esta y otra tesis de la Dra. Luz Jardín de Peñaloza, presentada en la Universidad Católica, en 1950, motivaron en 1962 la promulgación de la Ley N° 13906, sobre Abandono de Familia, gracias al esfuerzo pionero de Matilde Pérez Palacio, otra mujer de Derecho, en su condición entonces de Representante Nacional del Parlamento, durante el régimen constitucional del arquitecto Fernando Belaúnde Terry

⁴¹ Ver Código Civil I. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936, de Delia Revoredo de Debakey, páginas 225 y 226

⁴² Los datos de esta concordancia la hemos tomado del Código Civil III. Concordancias. Indices Comparativos. De Delia Revoredo de Debakey, página 69



que se encuentre incapacitado conforme lo dispuesto en el artículo 619 del Código Civil”.

7.4. NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES

En el ámbito nacional, latinoamericano y universal tenemos las siguientes normas⁴³:

Ley N° 29194 Ley que precisa los casos de pérdida de patria potestad del 25 de Enero del 2008.

Ley N° 28457 Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial del 8 de Enero del 2005.

Ley N° 27306. Ley que modifica el texto único ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar del 15 de julio del 2000.

Ley N° 27115. Ley que establece la acción penal pública en los delitos contra la libertad sexual del 26 de abril de 1999.

Ley N° 27055. Ley que modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes y del Código de Procedimientos Penales, referidos a los derechos de las víctimas de violencia sexual del 15 de enero de 1999.

Ley N° 27016. Ley que modifica el artículo 291° del texto único ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar del 19 de diciembre de 1998.

Ley N° 27007. Ley que faculta a las Defensorías del Niño y del Adolescente a realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución del 2 de diciembre de 1998.

Decreto Supremo N° 002-98-JUS. Reglamento de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar del 25 de febrero de 1998. Que establece las normas necesarias para precisar la aplicación de la Ley 26260 y las funciones correspondientes de las diversas entidades dedicadas a la prevención y atención de la violencia familiar.

Ley N° 26842. Ley General de Salud del 15 de julio de 1997. Que establece en su artículo 11 que la atención de la salud mental es responsabilidad primaria de la familia y del Estado.

Ley N° 26788 Ley que modifica el Código Penal del 15 de mayo de 1997. Creando el artículo 121° A y 122° A, así como también, adiciona un segundo párrafo al artículo 441° del Código penal.

Ley N° 26770. Ley que modifica diversos artículos del Código Penal del 11 de abril de 1997.

Ley N° 26260, del 24 de Diciembre de 1993, Ley de protección frente a la violencia familiar, modificada por la Ley N° 26763, del 25 de Marzo de 1997.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belém do Pará. Convención que reconoce a la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Suscrita por el Perú el 12 de julio de 1994 y ratificada el 4 de junio de 1996.

Ley N° 26518, Ley del Sistema Nacional de Protección al Niño y al adolescente, del 8 de Agosto de 1995.

Convención relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, adoptada en La Haya, el 29 de Mayo de 1993 y aprobada en el Perú por Resolución Legislativa N° 26474, del 13 de Junio de 1995. III Informe: situación de la niñez y la adolescencia en el Perú, 1995.

Ley N° 26309, del 20 de Mayo de 1994, que modifica el art. 153 del Código Penal.

Convención sobre los derechos de niño, adoptada el 20 de Noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, suscrita por el Perú el 26 de Enero de 1990, aprobada por Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de Agosto de 1990, con instrumento de ratificación del 14 de

⁴³ Cfr. Carmen Meza Ingar. Reflexiones de fin de siglo. Primera Edición. Impresiones Exigráficas E. I. R. L. Lima, 1999, página 211. asimismo, consúltese el libro La Constitución de 1993. Análisis Comparado de Enrique Bernalles Ballesteros, página 191 y 192



Agosto de 1990.

Proyectos de Leyes y otros documentos legislativos, de Matilde Pérez Palacio, representante por Lima; 1963.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; artículos 12° y 16°.

CONCLUSIONES

1. La primera noción helena de familia consiste en unir a dos seres que no pueden ser completos uno sin otro, como hombre y mujer para los efectos de la generación. Es más, la familia, en el sentido de la gens, se entendía como conjunto de familias con antepasado común o que están aún sometidas a su potestad.
2. En el sentido de familia stricto sensu, se consideraba el padre y sus sometidos, propiamente familiares, mujer e hijos; a veces representa los esclavos de un señor; otras, cuántas personas están bajo su poder, mujer, hijos, esclavos, y otras como el conjunto de bienes patrimoniales de la familia.
3. Los romanos tuvieron una concepción especial de la familia, la misma que giró alrededor del paterfamilias con poderes absolutos en el orden político, económico y religioso. Llamamos familia a muchas personas que, o por su naturaleza o de derecho, están sujetas a la potestad de uno solo.
4. La idea de familia, se diferencia con nuestra organización moderna, en la cual la unidad familiar está constituida por el vínculo o parentesco de consanguinidad (natural) y la afinidad como consecuencia del matrimonio.
5. Los romanos de la época clásica concibieron a la familia agnaticia como un conjunto de parientes de descendencia masculina, la misma que tenía existencia jurídica y que estuvo conformada por los que estaban sometidos a la potestad del jefe de la domus o a la manus en el caso de la esposa; los que estuvieron bajo esa autoridad y que lo estarían si viviese; los que nunca estuvieron bajo la autoridad del pater, pero que lo llegarían a estar si aquel estuviera vivo.
6. La familia romana estaba integrada por el jefe o pater familias, la mujer in manu, la mujer o mujeres del hijo o hijos, respectivamente, en justum matrimoni, los hijos y nietos del pater familias, las personas adoptadas, los hijos legitimados, las personas dadas in mancipii.
7. El pater familia tenía cuatro potestades: la manus sobre la mujer; la patria potestas sobre los hijos, el poder dominical sobre los esclavos y la mancipium sobre otros hombres libres. Era el jefe de la domus y único dueño del patrimonio de la familia; igualmente, era el jefe del culto doméstico (sacra privata).
8. Parentesco es la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión; asimismo se establecieron cuatro tipos de parentesco: la agnatio, cognatio, adfinitas y gentilidad.
9. La vida y el derecho van enderezados a fines familiares que se concretan en último término en la perpetuidad de la familia, para garantizar también el culto doméstico; a este fin miran todas las instituciones y todos los derechos: el matrimonio y la filiación, la propiedad y la sucesión, la tutela legítima. En general, la materia toda del derecho privado está entroncada con relaciones y fines primordialmente familiares por lo que se puede afirmar que la familia romana es causa determinante de la capacidad civil y fundamento de los derechos civiles y de los derechos políticos.
10. La familia en el derecho romano tiene sentido y alcance distintos al de la familia moderna. En el derecho peruano, por ejemplo, no se define el concepto de familia debido a que se admite varias significaciones, pues, somos un país pluricultural donde se presentan diversas situaciones sociales y económicas que han generado que los conceptos de familia y los consiguientes deberes y derechos, sean distintos en diversos grupos humanos.
11. La protección del niño, el adolescente, la



madre y el anciano en situación de abandono es una norma clásica de protección de individuos por la sociedad. Es uno de los pocos derechos de contenido social que se mantiene en la actual Constitución de los varios que existían en los anteriores.

12. Es incuestionable la importancia de la familia como célula básica de la sociedad, asimismo, se impone la necesidad, la urgencia de buscar soluciones para que esa célula sea saludable. La familia es la institución que mayores transformaciones viene soportando, como consecuencia de las evoluciones culturales, económico-sociales, del mundo entero, en cuyas agrupaciones, desde las más pequeñas hasta las mayormente populosas, es siempre la familia la célula inicial.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA NACIONAL

- ALZAMORA SILVA, Lizardo. Derecho Romano. Primera Edición. Taller de Linotipia. Lima. 1948, 520 páginas.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Cuarta Edición. Editora RAO Jurídica SRL. Lima. 1998. 919 páginas.
- GAMARRA PEREDA, Manuel. Manual de Derecho Romano. Tomo I. Universidad Nacional de Trujillo (s.f.). Perú. 145 páginas.
- GUERRA TAVARA, Raquel. Derecho de Familia. Proyectos y Comentarios. Primera Edición. Amaro Editores. Perú; 1986, 294 páginas.
- MEZA INGAR, Carmen. Reflexiones de fin de siglo. Primera Edición. Editorial Exigráfica E.I.R.L. Perú, 1999, 285 páginas.
- PÉREZ PALACIO, Matilde. Proyectos y Otros Documentos Legislativos en pro de la Familia. Lima. 1963.
- REVOREDO MARSANO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil I. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código Civil de 1936. Colaboradores: Jorge Muñiz

Ziches - Yandira Roncalla Cayetano. Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada. Lima, 1985, 1070 páginas.

- REVOREDO MARSANO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil III. Concordancias. Índices Comparativos. Colaboradora: Roxana Molina de Ruiz Eldredge. Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada. Lima, 1985, 573 páginas.
- RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos. Prontuario de Derecho Romano. Segunda Edición. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Cultural Cuzco S.A. Editores. 1992. Lima. 275 páginas.
- SAAVEDRA ARIAS Emilio. Iuris Thesaurus Glosario Jurídico-Latino de Derecho Usual. Editora Jurídica Grijley EIRL. 1997. 535 páginas.
- TELLO JOHNSON, Jacinto. Instituciones de Derecho Romano I. Editorial Papelera Mercantil S.A. 1996. Perú. 247 páginas.
- TORRES VASQUEZ, Anibal. Código Civil. Cuarta Edición. Librería y Ediciones Jurídicas. Lima-Perú. 1998. 779 páginas.
- ### BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA
- ARISTÓTELES. La Política. Ediciones Peisa. Lima, Perú, (s.a), 308 páginas.
- DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina Ponsa. Derecho de Familia en el Derecho Romano. Cuarta Edición. Ediciones Lerner. Buenos Aires-Córdoba, 1976, 94 páginas.
- DIAZ, Eusebio. Instituciones de Derecho Romano. Tercera Edición. Librería Bosch. 1924. Barcelona - España. 442 páginas.
- DI PIETRO, Alfredo. Manual de Derecho Romano. Cuarta Edición. Ediciones Desalma. 1985. Buenos Aires. 486 páginas.
- GARCIA DEL CORRAL, D. Idelfonso L. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I (Digesto). Editorial Lex Nova S. A. 1897. Barcelona. 968 páginas.
- GAYO. Institutas. Cuarta Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993, 825 páginas.



GELIO, Aulo. Noches Aticas. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Argentina. 1959. 267 páginas.

GUZMAN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Chile. 1997. 802 páginas.

MACCHI, Luis. Diccionario de la Lengua Latina. Tercera Edición. Sociedad Editora Internacional. Buenos Aires; 1948, 1198 páginas.

MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma (De la Fundación a la República). Traducción de A. García Moreno. Editorial Góngora de Madrid. Ediciones Aguilar S. A. 1956. Madrid - España. 1158 páginas.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental del Derecho Romano. Traducción de José Fernández Gonzáles y Prólogo de José M. Pizzi. Editora Nacional. México 1976 D. F. 717 páginas.

TESIS UNIVERSITARIAS

GUERRA TAVARA, Raquel. El Abandono de Familia. Tesis presentada y sustentada para optar el grado académico de Bachiller en Derecho. Facultad de Derecho. UNMSM; noviembre de 1944.

PEÑALOZA, Luz Jardín, de. El Abandono de Familia. Tesis presentada y sustentada para optar el grado académico de Bachiller en Derecho. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú; 1950.