

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
ROGER RODRIGUEZ ITURRI
CARLOS CARDENAS QUIROS y
JOSE ALBERTO GARIBALDI
(EDITORES)

LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO
LIBRO HOMENAJE AL DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
ROGER RODRIGUEZ ITURRI
CARLOS CARDENAS QUIROS y
JOSE ALBERTO GARIBALDI
(EDITORES)

LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO

LIBRO HOMENAJE AL
DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1990

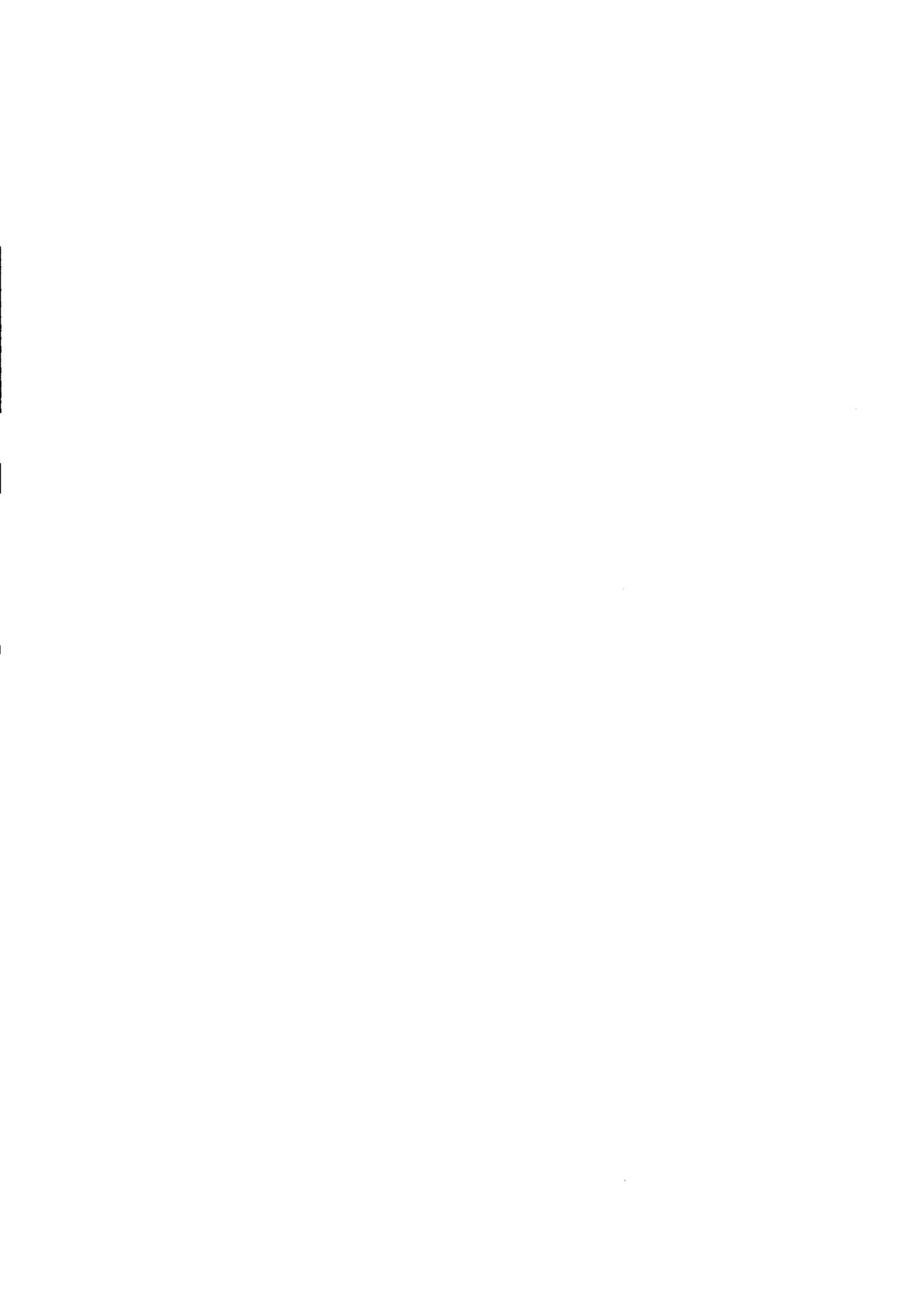
El Dr. Héctor Cornejo Chávez ha sido maestro de varias generaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Su fina inteligencia, su lógica férrea, su profundidad en el análisis, su amor por el Derecho y, sobre todo su honestidad intelectual, han contribuido a formar a muchos abogados peruanos a través de sus cátedras de Derecho de Familia y de Derecho de Sucesiones.

Hoy, sus colegas de la Facultad, quieren expresarle su agradecimiento por las enseñanzas recibidas rindiéndole un homenaje intelectual. ¿Y qué puede halagar más a quien ha dedicado su vida a la docencia y a la investigación jurídicas que comprobar que las semillas que sembró no fueron vanas, que quienes lo rodearon –sea como colegas en la Universidad, sea como discípulos primero y luego como colegas– fueron motivados por su actividad académica al punto de intentar tímidamente seguir las huellas del Maestro?

Dentro de ese orden de ideas, los autores de los trabajos que se incluyen en este libro piensan que un verdadero homenaje intelectual no puede ser un florido ramillete de alabanzas grandilocuentes, sino un esfuerzo auténticamente académico que de alguna manera colabore en la construcción jurídica iniciada por el Maestro. Por el mismo motivo, tampoco puede ser una colección heterogénea de investigaciones que se reúnen editorialmente en un cajón de sastre y que pretenden ocultar su falta de coherencia bajo el manto del homenaje: esto da como resultado una obra de difícil consulta, tristemente destinada a ubicarse en las bibliotecas jurídicas en esa tierra de nadie (poco visitada por los lectores) denominada "Miscelánea", y que se asemeja en su contenido vario más a una revista general de Derecho que a un libro de consulta.

Por ello, este libro se presenta centrado en la familia. Lo que pretende es realizar una aproximación al tema predilecto del Maestro desde diversas perspectivas jurídicas, mostrando sus diferentes facetas. En ese sentido, el libro será sin duda de enorme utilidad para los abogados en general y también para los sociólogos, antropólogos y demás personas que requieran conocer el tratamiento de la familia dentro del ordenamiento jurídico peruano.

LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO





**FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
ROGER RODRIGUEZ ITURRI
CARLOS CARDENAS QUIROS
JOSE ALBERTO GARIBALDI F.
EDITORES**

LA FAMILIA

EN EL

DERECHO PERUANO

LIBRO HOMENAJE

AL

DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ



**FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA DEL PERU 1990**

Primera edición, agosto de 1990

Cubierta: Carlos A. González R.

Fotografía: Martín Chambi. Cortesía de la
Dra. María Elena de Chambi.

*La familia en el Derecho peruano. Libro-homenaje al Dr. Héctor Cornejo
Chávez*

Copyright © 1990 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del
Perú, Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Apartado 1761. Lima, Perú.
Tlfs. 626390 y 622540, anexo 220.

Derechos reservados

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

Presentación	11
---------------------	----

I. LA FAMILIA COMO PROBLEMA JURIDICO

Fernando de Trazegnies Granda, La familia, ¿un espejismo jurídico?	19
---------------------------------------------------------------------------	----

II. HISTORIA Y SOCIOLOGIA DE LA FAMILIA PERUANA

Roger Rodríguez Iturri, Familia, Derecho e Historia	45
René Ortiz Caballero, La familia indiana (Apuntes sobre una institución jurídica durante el proceso de cambio del Derecho peruano en el siglo XVI)	65
Aníbal Quiroga León, Matrimonio y divorcio en el Perú: una aproximación histórica	81
Enrique Bernales Ballesteros y Guillermo Fernández Maldonado Castro, Violencia y familia	101

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL

César Landa Arroyo, Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia	125
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

IV. LA VIDA JURIDICA DE LA FAMILIA

1. LA FAMILIA Y LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN

Ricardo Marcenaro Frers, Los derechos del hombre y de la mujer en el Derecho familiar peruano	155
Carlos Cárdenas Quirós, Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina	165
Carlos Fernández Sessarego, El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares	195

2. LOS BIENES DE LA FAMILIA

Jorge Avendaño V., Los bienes en el matrimonio	249
------------------------------------------------	-----

3. LA FAMILIA COMO CONTRATANTE

Max Arias-Schreiber Pezet, El Derecho de Familia y los contratos	265
Fernando Vidal Ramírez, La representación en el ámbito del Derecho de Familia	281
Miguel Torres Méndez, El régimen jurídico de la donación matrimonial en el Código Civil	293

4. LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA FAMILIA

Carlos Torres y Torres Lara, Empresa y familia (Posible contribución de la empresa familiar al desarrollo)	309
Luis Hernández Berenguel, La familia peruana y el impuesto a la renta	325
Pedro Arnillas Gamio, La Familia en el Derecho Bancario peruano	345

5. LA FAMILIA ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL

Mario Pasco Cosmópolis, La familia y la seguridad social	373
----------------------------------------------------------	-----

6. LA FAMILIA ANTE EL PODER JUDICIAL

Nelson Reyes Ríos, La familia y el Ministerio Público en el Perú	389
------------------------------------------------------------------	-----

7. LA FAMILIA EN EL AGRO

Guillermo Figallo Adrianzén, Derecho Agrario y familia	411
Teresa Revilla Vergara, La familia campesina en la legislación agraria	427

8. PERSPECTIVAS INTERNACIONALES

Delia Revoredo Marsano, Algunos aspectos del régimen internacional	
--------------------------------------------------------------------	--

del matrimonio. Derecho Internacional de Familia en el Código Civil Peruano (Libro X)	451
----------------------------------------------------------------------------------------------	------------

V. EL FIN DE LA FAMILIA

Carlos Enrique Becerra Palomino, La ausencia y sus efectos en relación con la familia	477
Carmen Julia Cabello, Matrimonio y divorcio	513
Rómulo E. Lanatta Guilhem, Relación del Derecho de Familia con el de Sucesiones	543
Guillermo Lohmann Luca de Tena, La interpretación de testamentos	549

VI. EL DOCTOR HECTOR CORNEJO CHAVEZ: SU VIDA Y SU OBRA

1. La personalidad del doctor Héctor Cornejo Chávez

Jorge Avendaño V., La Universidad honra a uno de sus miembros más distinguidos	583
Roger Rodríguez Iturri, Héctor Cornejo Chávez: Señor y Maestro	589
Héctor Cornejo Chávez, Suum cuique tribuere: reflexiones de un abogado sobre la Justicia	595

2. Bibliografía del doctor Héctor Cornejo Chávez	607
---------------------------------------------------------	------------

PRESENTACION

El Consejo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, recogiendo el sentir unánime de profesores y alumnos, acordó rendir un doble homenaje al doctor Héctor Comejo Chávez, quien había manifestado su intención de retirarse de la actividad docente: de un lado, solicitar a la Universidad su nombramiento como Profesor Emérito; de otro lado, publicar un libro en su honor.

El primer homenaje fue rendido el día 2 de mayo de 1988 cuando, en sesión solemne, el Rector le entregó las credenciales de Profesor Emérito de la Universidad, como un reconocimiento a los importantes méritos académicos y humanos del doctor Héctor Comejo Chávez y a los esfuerzos que generosa, desinteresada e inteligentemente dedicó durante 31 años a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

Para tributarle el segundo homenaje, el Consejo de la Facultad nombró una Comisión editora presidida por el doctor Fernando de Trazegnies Granda e integrada por los doctores Roger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós y por el alumno señor José Alberto Garibaldi Fernández.

Habitualmente los Libros-Homenaje, dado que se componen de trabajos de múltiples personas, están formados por una combinación extremadamente variada de temas que no permite dar un título general a la obra. Si bien esta configuración brinda la posibilidad de que especialistas de disciplinas muy diferentes entre sí puedan participar en el homenaje, de otro lado ello hace también que los trabajos se pierdan dentro de un todo relativamente caótico. En la práctica, el Libro-Homenaje así concebido se convierte en una suerte de gran Revista-Homenaje, que los bibliotecarios clasifican entre "obras generales de Derecho" a falta de un lugar más preciso. Las investigaciones contenidas en el volumen —muchas veces del más grande interés académico— no pueden

ser posteriormente ubicadas, salvo por la memoria acuciosa de algún lector atento: no son clasificadas individualmente, no tienen una ficha propia en el catálogo y finalmente desaparecen entre las dos tapas de un libro más, de carácter indiferenciado, que se suma a los miles existentes en las Bibliotecas universitarias.

Para evitar ese despilfarro intelectual, quisimos que este Libro-Homenaje pudiera ser útil, que tuviera una cierta personalidad científica que le permitiera ocupar un lugar más especializado entre los demás libros, que los trabajos pudieran ser reencontrados por los futuros interesados en el tema general que los reúne. Pensamos que de esta manera el homenaje sería más grato porque ese libro no quedaría perdido en la Sección de obras difícilmente clasificables, sino que iría a una Sección específica, donde podría ser consultado frecuentemente; y cada consulta constituiría una renovación perpetua del homenaje.

Dentro de ese orden de ideas, imaginamos establecer una cuestión general que permitiera agrupar los trabajos en torno a una preocupación temática. ¿Qué podía ser más obvio que el Derecho de Familia? Aun cuando el doctor Cornejo Chávez ha aportado en muchas áreas del Derecho, no cabe duda de que la reflexión jurídica sobre la familia, ha sido central en su obra y en su enseñanza. Por consiguiente, ofrecerle un libro sobre Derecho de Familia era presentarle la prueba de que la inteligencia y el calor intelectual con que había abordado esta línea de trabajo, había despertado inquietudes y formado discípulos. Sin embargo, esta elección limitaba la colaboración a los especialistas del Derecho de Familia, mientras que un gran número de otros colegas ajenos a ese campo tenían interés en manifestar también su afecto intelectual por el doctor Cornejo Chávez. De manera que era indispensable abrir el campo, pero mantener una unidad temática por las razones antes expuestas.

La solución estuvo en no hacer un libro sobre el "Derecho de Familia" sino un libro sobre "La familia en el Derecho". En esta forma, lográbamos personalizar el Libro-Homenaje, dándole un contenido científico diferenciado que posibilitara la recuperación posterior de su información a través de una perspectiva definida de conocimiento. Pero, al mismo tiempo, esta manera de plantear el tema permitía la participación de juristas especializados en todos los campos del Derecho: cada uno, desde su perspectiva, podía tender un puente hacia la familia, establecer las conexiones entre su propia especialidad y esa temática y contribuir con puntos de vista inéditos al esclarecimiento de la regulación jurídica de la familia. La interrogación sobre las cosas mismas (la familia) antes que sobre los problemas que surgen en el interior de los compartimentos especializados del conocimiento de las cosas (Derecho de Familia, Derecho de Contratos, Derecho Tributario, Derecho Bancario, etc.), creaba así una nueva dinámica cognitiva y restablecía la unidad del Derecho.

Esta es la ofrenda intelectual que hoy presentamos al doctor Héctor Cornejo Chávez, quienes hemos sido sus colegas y algunos que incluso hemos tenido el privilegio de ser sus alumnos.

No necesitamos insistir sobre las razones de este Homenaje porque creemos que son evidentes para todos quienes conocen la calidad intelectual y humana del Maestro: su poderosa inteligencia, su rigor académico, la lógica férrea de su argumentación, han sido admirados por todas las generaciones de profesores y estudiantes que tuvieron contacto con sus lecciones, con sus libros o con su trato personal. Pero, sobre todo ello, destaca su probidad: honestidad científica hasta el escrúpulo que se advierte en cada uno de sus trabajos, rectitud y lealtad tanto respecto de la Universidad como de sus alumnos en sus 31 años de cátedra, integridad y hombría de bien en su vida en general, asumiendo siempre una actitud nítida de acuerdo a sus convicciones. Es posible discrepar con el doctor Cornejo Chávez, pero no es posible desconocer la transparencia de su pensamiento y la consecuencia en todos los actos de su vida: esta es la verdadera gran lección que nos ha sido entregada por el Maestro y que le agradecemos con estos modestos trabajos.

Fernando de TRAZEGNIES GRANDA

I. LA FAMILIA COMO PROBLEMA JURIDICO

LA FAMILIA, ¿UN ESPEJISMO JURIDICO?
Reflexiones sobre la función comprobativo-constitutiva del
Derecho

Fernando de Trazegnies Granda

I. LA REALIDAD: VANIDAD DE VANIDADES

1. Realidades espontáneas y construcciones jurídicas

Cuando se habla de Derecho de Familia, muchas veces sucede que se toma casi inconscientemente como principio que la "familia" viene primero y el "Derecho" después: la familia es la "realidad" y el Derecho de Familia es una mera "reglamentación" de la realidad. En otras palabras, se razona a partir de la idea de que la familia es una institución anterior al Derecho y que, por consiguiente, el Derecho debe limitarse a comprobarla: las normas jurídicas no serían otra cosa que la transposición imperativa de una realidad natural, espontánea y universal.

Este planteamiento adopta un ropaje distinto —pero muy a la moda— cuando se da un sentido sociologista al término "realidad". La invocación a la Sociología tiene un carácter mágico en el mundo moderno y hace que la propuesta epistemológica parezca irrefutable. La familia sería aquello que la Sociología comprueba como tal en la "realidad social"; y, una vez más, el papel del Derecho no sería nada más que facilitar mediante reglas imperativas que esa convicción social se afirme.

En esta forma, la "verdad" del Derecho de Familia no estaría en el Derecho sino en la Biología, en la Sociología o la Psicología. Sin embargo, un análisis más cuidadoso nos revela que la llamada "realidad" encubre muchas incertidumbres, vaguedades y posiblemente errores; y que el concepto jurídico de familia constituye también una "realidad" que encuentra su "verdad" en el seno del propio Derecho.

Si la "realidad" del Derecho de Familia residiera en la familia y no en el Derecho, la reflexión jurídica sobre este tema tendría un interés reducido y exclusivamente técnico: se limitaría a la manera de aplicar las normas, sin que el Derecho pueda atreverse a discutir el contenido de ellas. Este contenido le vendría impuesto desde fuera. Para algunos, el contenido le sería dado en última instancia por la naturaleza misma y más di-

rectamente por las disciplinas presuntamente encargadas de desentrañar la naturaleza. Para otros, el contenido de las normas sería la simple expresión de las convicciones del grupo social.

Un planteamiento de este tipo suena absolutamente "natural" y evidente. Sin embargo, estas ideas espontáneas y aparentemente obvias que surgen de la experiencia básica, son las más sospechosas: como decía Gastón Bachelard, el espíritu científico se forma "en contra del entusiasmo natural, en contra del hecho coloreado y vario"¹. Estas convicciones inconscientes e incuestionadas, estas comprobaciones fáciles, deben ser tratadas duramente con la prueba del ácido crítico, si no se quiere que se transformen de dudosas intuiciones en dogmáticos prejuicios.

Ahora bien, la realidad no es una mera comprobación de un objeto externo a la consciencia, que se encuentra puro e inmaculado frente a ella, sino que de alguna manera es también creada por el ojo humano que la percibe: el conocimiento es siempre un proceso comprobativo-constitutivo.

Desde esta perspectiva, no hay una única realidad, sino múltiples realidades que se superponen y se entrelazan de acuerdo a los conceptos y a los proyectos a partir de los cuales es comprendido el mundo externo. Aquello que llamamos lo real no es sino un nivel de comprensión, que resulta de la aplicación de nuestro bagaje de sensaciones, de sentimientos y conceptos y de la perspectiva en la que estamos situados, que constituye nuestro punto de observación.

Si presentamos un retazo de tela a un ingeniero textil, nos describirá el objeto percibido por él en términos de un fragmento de tejido, precisando sus dimensiones, el tipo de fibra, su trama, sus colores. Pero si lo entregamos a un químico, obtendremos una descripción radicalmente diferente, en la que no se nos hablará de hilos y de tramas sino de moléculas y estructuras: el químico probablemente ni siquiera se dará cuenta —es decir, no tomará en cuenta— del trenzado de la lana. Y si formulamos la misma pregunta sobre la naturaleza de ese objeto a un físico nuclear, nos contará historias maravillosas sobre un inverosímil universo de sistemas planetarios minúsculos en donde fuerzas inconmensurables realizan acciones infinitesimales. Si una persona con sensibilidad artística observa "El Caballero y la Muerte" de Dürer, se detendrá en la composición y en el mensaje estético transmitido por el maestro a través del tema; pero si el mismo grabado es examinado por un experto impresor, no verá ni al caballero ni a la muerte sino únicamente una textura de papel y un conjunto de rayas de diversos tamaños y formas. Y todas estas descripciones se refieren al mismo objeto aunque describan realidades diferentes; todas ellas son correctas, pero todas son absurdamente diferentes y hasta diríamos contradictorias.

1 Gastón Bachelard: *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. Siglo XXI editores. Buenos Aires, 1978, p. 27.

Cada "realidad" es, entonces, una de las posibles intersecciones entre el objeto y la consciencia, intersecciones cuyo número es infinito. Estas intersecciones —que se arman de manera diferente, según las perspectivas, en una variedad de estructuras posibles, como las formas geométricas de un caleidoscopio— tienen una entidad propia y no pueden ser reducidas las unas a las otras. Si el ingeniero textil quiere "profundizar" el conocimiento del retazo de tela y cree encontrar la "verdad profunda" en la descripción del físico nuclear, simplemente ha perdido de vista la tela. La especificidad de cada nivel de comprensión sólo puede ser salvada si admitimos que no hay una "verdad profunda" sino que cada nivel tiene su propia verdad. El realismo es una trampa porque nos hace creer que es posible encontrar un nivel de realidad que es "la verdad" de todos los demás niveles; pero cada vez que pasamos de un nivel a otro perdemos precisamente aquello que constituía la especificidad del anterior, aquello que —podríamos decir— era "la verdad" del nivel anterior.

2. El derecho y los hechos

Sin perjuicio de huir de un formalismo abstracto y estéril, consideraciones como las que anteceden son las que nos llevan a desconfiar de tendencias aparentemente tan sanas como el afán de profundización del conocimiento jurídico a través de un análisis de la "realidad" (entendida como la versión que nos proporciona la Sociología de los fenómenos regulados por el Derecho) o el llamado retorno del Derecho a los hechos, porque a menudo encubren un reduccionismo que privilegia algunos de los otros niveles; lo que conlleva que el Derecho se haga —o se deba hacer— transparente hasta desaparecer, a fin de que se patentice la "verdad" del otro nivel privilegiado. Este reduccionismo olvida que la verdad no es nada más que el conjunto o la serie de sus diversas manifestaciones; y que ninguna de esas manifestaciones es el criterio de verdad de la otra.

Las relaciones entre el Derecho y la llamada realidad —término que, cuando se lo usa enfrentado al Derecho, no quiere decir otra cosa que todo aquello de la realidad que no es Derecho— nunca han sido fáciles. De primera intención, el Derecho establece vínculos con casi todos los campos de la "realidad"; cuando menos lo observamos entrometiéndose en todos los aspectos externos de la realidad, en todo lo que no se agota en lo íntimo de las consciencias sino que tiene una expresión exterior, social. Vemos que el Derecho se relaciona, evidentemente, con los procesos económicos que se desarrollan en una sociedad, con la regulación del orden político, pero también con la organización social de la religión —hay un Derecho Canónico— e incluso con otras actividades de la vida humana en las que, aunque se refieran a aspectos íntimos y personales, de una manera u otra existe una repercusión en la vida social o interindividual. Es así como el Derecho ingresa al mundo de la pareja, a las relaciones entre padres e hijos y a la esfera del parentesco.

El acercamiento del Derecho a las diferentes áreas de la vida en común es, aparentemente, un poco prepotente: establece sus condiciones en forma imperativa, introduce

un nuevo lenguaje y nuevas categorías de conceptualización y hasta pretende sustituir esa denominada "realidad" por un mundo especializado, formal, en cuyo interior no rigen las leyes naturales. El Derecho pretende crear un mundo aparte, manejado por los juristas, en el que puede existir un calendario de días hábiles e inhábiles que se sustituye a la cuenta astronómica o donde puede suceder que una persona que es enfermo mental para la Psiquiatría no lo es para el Derecho o donde las cosas movibles por excelencia (como los barcos y aviones) son inmuebles, es decir, presentan una "naturaleza jurídica" propia de lo inamovible. Dentro de este mismo orden de ideas, el Derecho puede determinar que ciertos parientes no son jurídicamente parientes o que ciertos hijos no son hijos o que una pareja no es pareja; y así como puede desconocer "lo natural" de la familia, también puede agregar elementos que no están en la naturaleza: puede hacer hijo al que no es hijo, a través de la adopción; puede distinguir categorías de hijos ahí donde la naturaleza no distingue. El Derecho reconstruye el mundo a su manera, con un plano de obra diferente y con materiales nuevos, creados por el propio Derecho; sin perjuicio de que, en muchos casos, utilice como materiales elementos que provienen de préstamos de la llamada "naturaleza", para incorporarlos en construcciones cuya racionalidad es fundamentalmente jurídica y no natural.

3. Derecho y familia

Para comprender la esencia del Derecho de Familia es muy importante tener presente este hecho de que la familia jurídica no es la familia biológica ni la familia psicológica: unas y otras son formas como la realidad se manifiesta y se construye; pero ninguna puede ser considerada por sí sola como "la" realidad a la cual todas las demás formas deban someterse. Cuando hablamos de la realidad como entidad distinta y a veces enfrentada al Derecho, estamos planteando un contrasentido; porque el Derecho es también una forma de la realidad, ya que si no fuera así no sería nada. Quizá lo que se quiere decir en esos casos es simplemente que la realidad biológica puede estar en desacuerdo con la realidad jurídica, sin que ello afecte ontológicamente el Derecho: ambas son realidades y cada una de ellas se legitima de manera diferente, sin que una encuentre su "verdad" en la otra. Por eso, cuando hay discrepancia entre la familia biológica y la familia jurídica, estamos más bien ante un conflicto de legitimaciones antes que ante un conflicto entre la realidad y la irrealidad.

Sin embargo, frente a instituciones como la familia existe una permanente tentación de privilegiar sus aspectos biológicos o sociológicos: se ha pretendido deducir las normas del Derecho de Familia de la necesidad sexual de la pareja para la procreación o de la configuración de los afectos y complejos que entretejen las relaciones familiares o de la organización de los intereses económicos en la sociedad. Parecería que frente a la familia, el Derecho tiene pocas cosas propias que decir: se le considera como un simple escribiente que redacta en forma de ley lo que la Biología, la Psicología o la Sociología le dicen que debe ser la familia.

Pero con la familia nos sucede lo mismo que con el retazo de tela al que antes nos

hemos referido. La respuesta del psicólogo no satisface al biólogo. A su vez la respuesta del biólogo no satisface al sociólogo o al economista. Y la del economista no satisface al jurista. En la medida que pasamos al otro nivel creyendo ver más de cerca la familia, creyendo que la vamos a comprender en su "esencia", hay algo que se nos escapa; y ese algo es, precisamente, lo específico del nivel que acabamos de abandonar. Buscamos "la" familia, el secreto de su naturaleza propia, su presencia universal; y sólo nos encontramos con manifestaciones que nos remiten unas a otras y que son el producto de nuestras propias perspectivas de búsqueda.

¿Significa esto que la familia es un espejismo, porque cada vez que tratamos de acercarnos a ella se nos escapa? ¿Significa esto que la familia no existe, que es una mera ilusión sin sentido, el resultado de una alucinación de la consciencia?

No. La familia existe en la medida que la sepamos reconocer en cada uno de sus niveles de comprensión, en la medida que no abandonemos a la carrera un nivel de comprensión a la búsqueda de otro nivel que también abandonaremos porque nos resultará igualmente insuficiente. La ilusión, el espejismo, se produce cuando pensamos que la realidad "familia" es una suerte de Idea platónica, situada más allá de la historia; cuando creemos que la familia es algo más que la serie de sus manifestaciones; cuando soñamos con una entidad que se expresa en cada nivel de comprensión pero que se encuentra más arriba o más abajo, en un lugar más profundo o más íntimo. Entonces comienza nuestro peregrinaje por el desierto de la decepción donde, a cada momento, después de largas marchas, creemos encontrar la "verdadera" familia para descubrir más tarde que no era sino una perspectiva más y que, lejos de sostenerse a sí misma como un absoluto, exige referencias a todas las otras perspectivas.

II. NATURA Y CULTURA

Planteamos, entonces, que si queremos encontrar la "esencia" de la familia en el plano biológico o en el plano psicológico o en el plano socio-económico, habremos perdido de vista a la familia jurídica. Sin embargo, esto no significa de manera alguna —como lo pretendieron los juristas formalistas— que el Derecho pueda aislarse de las demás perspectivas de acceso a la vida social y entretenerse en el interior de un paraíso conceptual perfectamente hermético. Nuestra posición se encuentra tan lejos del formalismo abstracto como del reduccionismo naturalista o del sociologismo rutinario.

El Derecho es, ante todo, el campo de acción de la libertad social, el instrumento mediante el cual una sociedad se inventa a sí misma y graba con incisiones que pretenden indelebles (aunque no lo sean) los trazos fundamentales del diseño social. Pero la libertad no actúa nunca en el vacío sino en el interior de una situación con la cual tiene que dialogar, con la cual tiene que entenderse. La libertad jurídica es, como toda libertad, una libertad situada.

La "situación" le proporciona ingredientes al proyecto humano; pero también le coloca límites y le plantea desafíos. El entorno dentro del cual actúa la libertad contribuye a la realización del "pro-yecto", pero también lo encierra dentro de ciertos contornos, lo obliga a ciertos pies forzados. En ese sentido, la Biología, la Psicología y las demás ciencias que tratan del comportamiento humano no pueden ser menospreciadas y descartadas sin caer en un vacío juego de palabras o en una suerte de furor delusivo. Un Derecho que se resistiera a dialogar con las demás perspectivas de la realidad, un Derecho que ordenara por ejemplo que el sol no salga los miércoles o que sea el hombre y no la mujer quien dé a luz (en un alarde de antimachismo feminista, por ejemplo), sería un Derecho alucinatorio.

Pero esto no significa que el Derecho por ese motivo sea un mero copista, un mero traductor en el idioma de las órdenes de aquéllo que le indican la Biología o la Psicología, una suerte de sargento al servicio de esas otras ciencias que se limita a gritar con tono altisonante lo que le dice la superioridad, y a hacer cumplir las órdenes. El Derecho toma en cuenta los conocimientos que esas otras ciencias le ofrecen, pero los integra dentro de un proyecto social: los utiliza como material inevitable, pero no exclusivo ni inalterable; los datos biológicos o psicológicos son sólo uno de los elementos para la realización de una obra jurídica que excede a sus componentes. Esa obra es el resultado de la asimilación de una *natura* por una *cultura*; cultura entendida como una libertad actuante y vital que pretende empinarse sobre sus circunstancias, pero al mismo tiempo como las huellas del ejercicio de libertades anteriores que se manifiestan en ideologías, valores sociales, normas vigentes, costumbres inveteradas.

El proyecto social y la naturaleza tienen entre sí una relación como la del escultor con el mármol; el Derecho es la estatua resultante. El escultor no puede dejar de tener en cuenta las características del mármol al concebir su proyecto artístico; porque, de un lado, es inconcebible una escultura sin material y, de otro lado, no es lo mismo esculpir en mármol que modelar en madera o en bronce. Pero, además, el escultor debe tomar en cuenta los instrumentos que tiene a su disposición para realizar la escultura y que dependen del estado de la técnica, de sus posibilidades económicas y de otras variables. Finalmente, la libertad del escultor se encuentra teñida por sus ideas sobre la función del arte en el mundo en que vive, sus concepciones estéticas, sus motivos íntimos. De todo ello saldrá la escultura, todo ello de alguna manera condiciona la obra de arte. Pero no se trata de un condicionamiento determinista y fatal: la escultura no es simplemente el mármol ni los instrumentos ni la idea que tiene el escultor sobre el arte, ni sus motivos íntimos, sino la reunión de todo ello desde la perspectiva de una concepción creativa concreta.

Algo similar sucede con el proceso de creación y aplicación del Derecho. Con un mismo mármol se pueden hacer estatuas muy diferentes; y con una misma configuración biológica y psicológica, el Derecho de Familia puede establecer familias muy distintas. Tanto el Arte como el Derecho tienen una función comprobativo-constitutiva insoslayable.

III. LOS LAZOS DE PARENTESCO

1. Parentesco consanguíneo y parentesco por afinidad

Dentro del marco de estas consideraciones —quizá bizarras— sobre la realidad y sus perspectivas, preguntémosnos lo que es la familia para el Derecho. ¿Cómo se define jurídicamente la familia?

El Código Civil peruano no contiene una definición expresa de familia, aún cuando tiene todo un Libro dedicado a ella al que denomina expresamente "Derecho de Familia". Por consiguiente, a falta de un enunciado explícito en la ley sobre la familia, la definición debe ser inferida de las normas que tratan sobre ella.

De primera intención, podríamos regresar aquí a la opción naturalista y sostener que la definición de familia es obvia: la familia es el ámbito del matrimonio y de las relaciones de parentesco. Sin embargo, este enunciado —absolutamente evidente para los espíritus con prisa (o rudos)— es totalmente inadecuado desde el punto de vista (más meticuloso) del Derecho. Definida así (¿podríamos decir "naturalmente"?), como espacio social determinado por el parentesco², la familia resulta ser demasiado amplia o demasiado estrecha para los fines que la sociedad quiere realizar a través de esta institución. Por eso el jurista evitará la definición "natural" y nos dirá que la familia es una institución **jurídico-social** que agrupa a las personas a quienes el propio Derecho reconoce parentesco entre sí.

Advirtamos cómo el Derecho elude una simple identificación con lo biológico, una disolución de lo jurídico en lo "natural". Aunque parezca una tautología (pero no lo es), el Derecho afirma: la familia es para el Derecho lo que el propio Derecho delimita como familia; o, dicho simplemente de otra manera, la familia es el ámbito jurídico de las relaciones entre personas que el Derecho admite como parientes. A primera vista, parecería que estamos colocando lo definido dentro de la definición. Sin embargo, no es así, porque precisamente, no se trata de una comprobación de realidad sino de una construcción: el Derecho entra dentro de lo definido porque no es una ciencia que meramente **constata** sino un elemento activo y dinámico que **fabrica** la realidad "Derecho".

2 En realidad, en razón de un tecnicismo, el Código Civil no considera parientes a los cónyuges. El parentesco se extiende únicamente de cada cónyuge a los parientes del otro cónyuge; no comprende a ese otro cónyuge, con quien existe una relación familiar pero que no puede ser calificada de parentesco. Vid. artículo 237 del Código Civil. De modo que, propiamente hablando, la familia está conformada por dos ámbitos: el del matrimonio (vínculo esposo-esposa) y el de las relaciones de parentesco (vínculos de consanguinidad y de afinidad). Esto significa que la expresión "familia" incluye las relaciones de parentesco, pero que la expresión "relaciones de parentesco" no incluye la noción de familia. Sin embargo, para simplificar la exposición en el presente caso, nos hemos tomado la licencia de no distinguir entre relaciones de parentesco y familia. En consecuencia, salvo que hagamos explícitamente la distinción, cuando hablamos de relaciones de parentesco nos estamos refiriendo también a la familia, esto es, incluimos al cónyuge y a los parientes; y cuando hablamos de parientes nos referimos también (impropiamente) al cónyuge.

La afirmación naturalista —la familia es la reunión de los parientes y éstos son todas las personas vinculadas con lazos de consanguinidad— es demasiado amplia para que pueda ser utilizada en el Derecho moderno. El artículo 236 del Código Civil de 1984 define el parentesco consanguíneo como la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o ambas de un mismo tronco. Pero esta norma no es sino un referente genérico que sirve de base a otras normas más precisas: por sí sola no tiene un carácter operativo. Así, dentro de esa línea naturalista, son parientes los padres y los hijos, los abuelos y los nietos, los bisabuelos y los bisnietos, los tatarabuelos y los tataranietos, los choznos y, en general, todos los ascendientes y todos los descendientes en cualquier grado de lejanía; pero también son parientes colateralmente todos los que tienen igual tronco: los hermanos, que están enlazados por un padre común; los primos hermanos, porque tienen todos un abuelo común; y así sucesivamente, los primos segundos, los primos terceros y los primos a la enésima potencia, porque siempre existe un tronco común.

En esta forma se constituye el parentesco llamado de sangre. Ahora bien, dado el tiempo de existencia de la humanidad, es posible que en términos biológicos o de sangre nos encontremos que somos parientes de mucha gente: menos de lo que algunos quisieran, pero de todas maneras demasiados para ser manejables jurídicamente. Algunas cifras pueden ilustrar el problema: en 10 generaciones (más o menos 300 años) tenemos 4,000 ancestros (padres, abuelos, etc.). Cada generación duplica el número de ancestros: padres son dos, abuelos son cuatro, abuelos décimos son 1,024. Si a cada uno de esos 1,024 abuelos le asignamos un promedio conservador de 3 hijos (antes era mucho más) y así sucesivamente por cada generación, actualmente habrían alrededor de 60 millones de personas que serían descendientes de esos abuelos décimos nuestros y que, por consiguiente, serían nuestros primos. Por tanto, simplemente remontando el tronco común a 300 años, ¡tenemos 60 millones de parientes en nuestra generación! Jurídicamente, no sabríamos qué hacer con esa cifra: es inmanejable para los fines del Derecho de Familia o para cualquier fin jurídico actual.

Pero el artículo 237 del Código Civil amplía aún más la noción de familia, introduciendo el criterio de afinidad. De acuerdo a dicha norma, el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro; y cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. De esta manera hemos, literalmente, duplicado las cifras antes mencionadas: si una persona se casa, no solamente tiene todos los parientes a que hemos hecho alusión sino que también son sus parientes aquellos que son parientes de su mujer. Por consiguiente, siempre en el caso de tomar en cuenta sólo 10 generaciones, ese hombre o mujer casados tendría no ya 60 millones sino 120 millones de "primos" en nuestra propia generación.

Decididamente, en términos verdaderamente jurídicos, no podríamos decir que esa sea "nuestra familia". Una noción de familia de este tipo sería perfectamente inútil para los fines que persigue el Derecho moderno. Por ejemplo, una noción de familia de tal

amplitud no sería aplicable, dentro de nuestra cultura, para delimitar los impedimentos al matrimonio entre parientes o la medida en que un Director de un Banco no debe intervenir en acuerdos sobre préstamos que conciernen a su familia. Es por ello que el Código limita los efectos civiles del parentesco colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad ³, es decir, a los primos hermanos; y, aunque no lo mencione expresamente, por analogía y por concordancia, debemos suponer que esta misma limitación se aplica a los parientes por afinidad.

Pero notemos cómo esta objeción del Derecho moderno a tan extendida noción de familia se basa exclusivamente en elementos culturales, y más propiamente jurídicos. Otras sociedades, inspiradas en otros valores y objetivos, pueden reivindicar una idea bastante más amplia de familia. Dentro de ellas, el hecho de tener un antepasado común, aunque sea remoto o mítico (como en las sociedades totémicas), hace que en ciertas culturas todos los miembros de una casta o de una tribu sean considerados parientes; y la casta o la tribu es una expresión de la familia extendida. Aún más; estos grupos humanos otorgan tal importancia al parentesco como argamasa de la sociedad que, ante la dificultad de determinar un antepasado biológicamente común, simplemente inventan uno que puede ser el sol o un cerro en particular o el trueno o un animal. Sin embargo, este mismo hecho nos revela que, sea en las civilizaciones totémicas, sea en la civilización moderna constituida sobre la base de la familia nuclear, no es la Biología lo que cuenta sino el Derecho: el sistema jurídico asume los elementos biológicos y los elementos culturales de manera diferente en cada caso.

2. Familia y familias

Dentro de este orden más preciso de ideas, ¿cuáles son los lazos de parentesco que reconoce actualmente el Derecho peruano? ¿Cómo es la familia peruana desde el punto de vista jurídico?

Cuando revisamos la legislación peruana nos encontramos que existe no una sino muchas nociones de familia: la familia no es un concepto unívoco sino que tiene tantos significados jurídicos como valores y circunstancias sociales están en juego. El Derecho reconoce el ámbito de las relaciones de parentesco en forma variada, atendiendo a los propósitos que se pretenden realizar. Por consiguiente, desde el punto de vista jurídico, en el Perú existen diversos tipos de familias que funcionan sin mayores fricciones teóricas; al extremo que nadie repara en esta diversidad y prima la convicción de que la familia es una sola.

Y no nos referimos a la existencia de diferencias antropológicas de familia, tales como las que pueden existir entre la familia occidental y el *servinakuy*, la familia andina, la familia amazónica, etc. Tampoco hacemos alusión a las "familias informales",

³ Artículo 236 del Código Civil, *in fine*.

como el concubinato y otros tipos de uniones de hecho. Cuando decimos que existen varias nociones de familia simultáneas nos estamos por el momento limitando a aquéllas que son reguladas por el Código Civil y que se encuentran conformadas de acuerdo a la tradición jurídico-cristiana: aún dentro de esa tradición, aunque no sea aparente para el observador no avisado, la familia no es una sino varia.

Este hecho puede ser mejor comprendido con algunos ejemplos de las diferentes familias, reconocidas por la ley. Para ello, debemos ir a buscar la familia legal ahí donde tiene un efecto jurídico: es preciso ir a buscarla ahí donde el Derecho la saca a flote para otorgarle un rol especial.

Uno de los casos en que esto sucede es el relativo a los impedimentos del matrimonio: la familia es aquí el ámbito del tabú del incesto y desempeña el papel jurídico de delimitar el radio de parentesco dentro del cual las uniones no son posibles. Pues bien, el Código Civil peruano establece que la prohibición de casarse con un miembro de la familia se extiende obviamente a los ascendientes y descendientes, llamados también parientes consanguíneos en línea recta: padres, hijos, abuelos, nietos, etc.⁴ Pero la noción de familia se hace extensiva para este efecto a los afines en línea recta⁵. Esto significa que los parientes políticos son verdaderos parientes en las relaciones de carácter vertical: el padre político o suegro no se puede casar con su nuera, ni el hijo político con su suegra⁶.

En cambio, a nivel de las relaciones horizontales o laterales, el parentesco por afinidad está excluido de los impedimentos para contraer matrimonio: los cuñados pueden

4 Inciso 1º del artículo 242 del Código Civil.

5 Inciso 3º del artículo 242 del Código Civil.

6 Notemos que aquí se presenta un complicado problema de coherencia en el razonamiento que fundamenta la institución: no cabe duda de que el hijo político no se puede casar con su suegra mientras sigue casado con su esposa; no solamente por la prohibición de matrimonio entre parientes afines en línea recta sino porque, además, ese segundo matrimonio implicaría bigamia. Pero, si el matrimonio que da origen a la afinidad ha quedado disuelto, sea por muerte o por divorcio, ¿subsiste todavía el parentesco de afinidad? El parentesco por afinidad no tiene otro fundamento que el matrimonio; por consiguiente, si el matrimonio ya no existe, en principio no debería tampoco existir la afinidad.

Sin embargo, por razones ajenas a una estricta lógica formal y que se relacionan más bien con otros valores que la sociedad quiere salvaguardar, la afinidad en línea recta no acaba con la disolución del matrimonio que la produce; e incluso subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge (artículo 237 del Código Civil). Es por ello que el inciso 3º del artículo 242 del Código Civil establece el impedimento para el matrimonio entre los afines en línea recta (norma que tiene justificación sólo si se la piensa en relación con la situación que se produce después de que el matrimonio ha sido disuelto); y el inciso 4º del mismo artículo dispone que no pueden contraer matrimonio entre sí ni siquiera los afines en el segundo grado de la línea colateral, cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive.

casarse entre sí ⁷, lo que equivale a decir que no son considerados parientes para este efecto legal; o, si se prefiere decirlo de otra manera, que sus lazos sociales de parentesco no tienen consecuencia jurídica alguna. Cuando la relación por afinidad se hace más lejana, el principio de que no son parientes desde este punto de vista es aún más definitivo, porque no existe excepción alguna: los primos políticos no son parientes en ningún caso, para los efectos de establecer si se pueden casar entre sí. En otras palabras, aunque sean "familia" socialmente hablando, no lo son para el Derecho.

Si analizamos desde esta misma perspectiva las relaciones colaterales de consanguinidad, encontraremos un panorama diferente de la familia jurídica: la consanguinidad sigue vinculando colateralmente a la familia hasta alcanzar a los hermanos, a los tíos y a los sobrinos ⁸. De esta manera, siempre desde la perspectiva de los impedimentos para el matrimonio, la familia consanguínea es más amplia que la familia afín. Sin embargo, no se crea tampoco que esta familia consanguínea coincide con la familia biológica: los primos hermanos biológicos siguen siendo personas que descienden ambas de un mismo tronco, relativamente cercano: tienen un abuelo común; pero el Derecho ya no los considera parientes para este efecto y permite el matrimonio entre sí.

Finalmente, la familia se extiende a las relaciones de adopción, creándose una suerte de parentesco que ya no es de consanguinidad ni de afinidad sino de un tercer tipo basado exclusivamente en la ley. Así, no puede casarse el adoptante con el adoptado, ni con los familiares de uno y otro, por consanguinidad o por afinidad, en los grados y líneas mencionados en los dos párrafos anteriores ⁹.

En esta forma, hemos definido un mundo familiar donde todos sus miembros están vinculados solamente por un impedimento: no hay un vínculo natural o de sangre necesariamente entre ellos; puede no haber un vínculo psicológico o afectivo y hasta quizá no se conozcan todos entre sí. Pero el Derecho, conforme lo hemos señalado, crea su mundo propio, para sus propios fines, en cuyo interior las cosas tienen una lógica distinta de la natural; sin embargo, no porque se trata de una lógica diferente tiene que ser menos rigurosa o menos válida.

Ahora bien, esta familia que hemos encontrado en la legislación sobre matrimonio no es la única que consagra el Derecho. Si pasamos algunas páginas del Código y nos preguntamos quiénes son los parientes para los efectos de velar unos por los otros, en-

7 La única excepción —verdaderamente extraordinaria— la constituye la circunstancia de que el matrimonio anterior de uno u otro pretendido contrayente, que los hizo cuñados, haya sido disuelto por divorcio y que el ex-cónyuge viva todavía (inciso 4º del artículo 242 del Código Civil). Tratándose de parentesco por afinidad superior al segundo grado (tíos, sobrinos, primos), no existe ni siquiera esta limitación.

8 Inciso 2º del artículo 242 del Código Civil.

9 Inciso 5º del artículo 242 del Código Civil.

contraremos un mundo familiar diferente. Esta vez no se trata de una relación negativa de impedimento para algo, sino de un vínculo positivo: la obligación económica de asistirse mutuamente. En esa situación, vemos que la familia peruana moderna es aún mucho más restringida: sólo se deben alimentos entre sí los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos ¹⁰. Aquí primos hermanos, tíos y sobrinos quedan excluidos aunque sean consanguíneos; y se excluye también de la intimidad del círculo familiar a los afines, quienes no están obligados en ningún caso a prestar alimentos. La familia ha quedado considerablemente reducida.

Otras variantes de la familia pueden descubrirse con relación a la herencia. Como es perfectamente conocido, los parientes del fallecido pueden ser llamados a participar en la herencia bajo dos calidades: sea como herederos forzosos (es decir, aquéllos que necesariamente heredan una parte importante de la herencia y que ni aún el causante puede privarles de ella, porque no puede testar contra ellos), sea como herederos legales (es decir, aquéllos que reciben la herencia a falta de testamento que indique otra cosa). Como herederos forzosos, encontramos un grupo familiar aún más restringido: para estos efectos, sólo son "familia" los ascendientes, los descendientes y el cónyuge ¹¹; los hermanos quedan excluidos. En cambio, los herederos legales forman un grupo de familia bastante más amplio, que alcanza hasta los parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad, es decir, hasta los primos hermanos y los sobrinos-nietos ¹². Sin embargo, el grupo de los herederos legales no está organizado bajo una sola noción de familia sino como por nociones concéntricas de familia, cada una de las cuales tiene un valor cancelatorio respecto de las que corresponden a los círculos exteriores. Esto quiere decir que, si el muerto no dejó testamento, no heredan todos los parientes hasta el cuarto grado sino que la herencia se distribuye dentro de los que participan de una noción de familia más restringida; y sólo si esta familia más próxima no existe, se considera una noción de familia más amplia, y así sucesivamente por cada nivel de proximidad¹³. En esta forma, el primer círculo familiar está constituido por el cónyuge, los descendientes, los hijos adoptivos y sus descendientes. Nótese que los padres no son considerados dentro del primer círculo familiar ¹⁴. Pero, si no existen descendientes, la noción de familia se amplía para comprender a los padres ¹⁵, juntamente con el cónyuge ¹⁶. A falta de descendientes y de padres, la familia está constituida por los abuelos y

10 Artículo 474 del Código Civil.

11 Artículo 724 del Código Civil.

12 Artículo 816 del Código Civil.

13 Artículos 820, 821 y 828 del Código Civil.

14 Artículo 816 del Código Civil, concordado con el artículo 820 y el artículo 822 del mismo Código.

15 Artículo 820 del Código Civil.

16 Artículo 824 del Código Civil.

demás ascendientes ¹⁷, siempre juntamente con el cónyuge en caso de que viva ¹⁸. Si tampoco existen ascendientes, la familia está formada únicamente por el cónyuge ¹⁹. Si no tiene cónyuge, los lazos familiares alcanzan a los hermanos ²⁰. Si la persona fallecida carece también de hermanos, su familia está constituida por sus tíos y sus sobrinos carnales ²¹. Finalmente, si carece de tíos y sobrinos carnales, su familia serán sus tíos abuelos, sobrinos-nietos y primos hermanos ²². Y ahí acaba: aunque los parientes naturales —es decir, todos los que descienden de un mismo tronco— sean innumerables, el Código considera que esa persona fallecida ya no tiene familia y que su herencia corresponde al Estado y a la Beneficencia Pública ²³.

Pero hasta ahora hemos permanecido dentro del campo del Derecho Civil. Sin embargo, hay también otras nociones de familia que operan en otros campos del Derecho. Por ejemplo, encontramos una cierta configuración familiar cuando el Derecho Procesal establece los impedimentos que tiene un juez para conocer una causa en la que se ventilan pleitos relacionados con su familia: en este caso, la familia se encuentra limitada únicamente a su esposa, sus padres y sus hijos ²⁴. Hay circunstancias en las que dos normas muy parecidas —pero con propósitos diferentes— contienen distintas concepciones jurídicas de familia. Por ejemplo, un Banco no puede otorgar préstamos a sus Directores ni a las empresas controladas por éstos o por sus familias ²⁵. Pero, ¿qué es la familia en este caso? Un núcleo de parentesco similar al indicado como esfera de impedimentos para el juez, es decir, cónyuge, padres e hijos. Ahora bien, la Ley de Reforma Agraria contiene también una disposición que se refiere al control de empresas por la familia, para los efectos de evitar que un propietario divida su tierra en varias sociedades pertenecientes a familiares y evite así la expropiación al no superar cada una de esas propiedades el límite inafectable. Pero en este caso, la familia comprende a todos los parientes sin excepción hasta el cuarto grado de consanguinidad (primos her-

17 Artículo 821 del Código Civil.

18 Artículo 824 del Código Civil.

19 Artículo 825 del Código Civil.

20 Artículo 828 del Código Civil.

21 Artículo 828 del Código Civil.

22 Artículo 828 del Código Civil.

23 Artículo 830 del Código Civil.

24 Artículo 89 del Código de Procedimiento Civiles.

25 Ley de Bancos Nº 7159, artículo 69, inciso j, modificado por el artículo 6º del Decreto Supremo 297-68-HC de 14 de agosto de 1968.

manos, tíos-abuelos y sobrinos-nietos) y hasta el segundo de afinidad (padres o hijos políticos, cuñados)²⁶.

Por otra parte, las normas sobre Bancos contienen otra disposición sobre la familia de sus Directores cuando establecen los casos en que dos familiares no pueden formar parte del mismo Consejo de Administración. En esta hipótesis, la familia queda reducida a la mínima expresión reconocida por el Derecho: el impedimento sólo alcanza a los cónyuges²⁷. Es interesante advertir que, desde esta perspectiva, el lazo más fuerte (y que, por consiguiente, puede generar problemas), no es el consanguíneo más cercano (padres e hijos), sino el que nace del matrimonio; y, paradójicamente, hemos visto que el Código Civil no reconoce parentesco entre los cónyuges sino únicamente entre cada uno de ellos y los parientes del otro²⁸.

Quiero enfatizar el hecho de que cuando nos referimos a la familia legal peruana, estamos adoptando como criterio de legalidad —por razones exclusivamente metodológicas— sólo las normas del Derecho oficial. Es evidente que el panorama se complica aún más si hacemos intervenir el Derecho consuetudinario a fin de tomar como referencia también a la familia andina o a la familia amazónica: nos encontraríamos ahí varias otras concepciones de familia. Sin embargo, el interés que tiene la referencia únicamente al Derecho occidental oficial es que nos descubre la existencia de varias nociones de familia incluso dentro de un mismo grupo social; lo que nos permite apreciar que las variedades no obedecen sólo a las coexistencia de varias culturas —lo que sería una comprobación casi banal— sino también a los diferentes propósitos sociales dentro de una misma cultura.

De alguna manera quizá podríamos decir que, si bien la noción específica de familia es variada, cuando menos se manifiesta —en formas diferentes, según se ha visto— en el interior de un campo común. En ese sentido, tal campo estaría conformado por un núcleo y una delimitación periférica. El núcleo estaría constituido por la relación conyugal. La periferia estaría enmarcada por el círculo máximo que reconoce nuestro orden legal y que alcanza solamente hasta el cuarto grado. La familia se expande o se reduce dentro de estos límites según las circunstancias: nunca más del cuarto grado; nunca menos del primer grado.

Pero esta noción de "campo" no debe llevarnos de regreso a una suerte de "esencia" de la familia. Notemos que la noción de "campo" es hueca y que puede ser completada de forma diversa; a diferencia de la esencia que es, por definición, perfectamente consistente y plena. Por otra parte, aun este "campo" es histórico y variable; en forma alguna puede considerarse como un concepto universal.

26 Ley General de Reforma Agraria N° XXX, artículo XX.

27 Decreto legislativo N° 469 de 7 de abril de 1988, artículo 15, inciso h).

28 Vid. *supra*, nota 2.

En este aspecto, es útil la comparación cuando menos con otras realidades que tenemos bastante cerca: la familia andina, tanto pre-hispánica como actual. En ella encontramos que los parámetros que delimitan el mencionado campo dentro del Derecho oficial, no funcionan; y que el sentido de la institución familiar es fundamentalmente diferente. En el Ande, nuestra concepción individualista que nos lleva a pensar en una familia nuclear, se disuelve dentro de un mundo jurídico-social conformado por colectividades. El matrimonio no es una relación entre dos personas sino que es la unión de dos familias, con todo lo que ello implica. Como dice Juan M. Ossio²⁹, la familia nuclear o conyugal es difícil de aislar en la Sierra peruana. Ni siquiera existe en quechua una palabra para designarla. Y, en todo caso, eso que nosotros categorizamos como familia nuclear no tiene en el mundo andino la exclusividad de las funciones económicas, sociales y ni siquiera sexuales del grupo. Los hijos no se crían siempre con sus padres. En una palabra, no hay una coincidencia clara entre la llamada familia nuclear y la unidad doméstica. De otro lado, el tabú del incesto —que es un elemento esencial de la estructuración de la familia nuclear, aunque no exclusivo de ella— tiene una connotación totalmente distinta en el mundo andino. Actualmente, ese tabú es sumamente rígido en los Andes, pero de naturaleza distinta al que organiza la familia occidental. Y en la época pre-hispánica, la endogamia de la nobleza sobrepasó las barreras del incesto y permitió los matrimonios entre parientes cada vez más cercanos en la medida que se ascendía en la escala social; hasta llegar al Inca que podía casarse con su hermana o con su madre.

A fin de evitar toda tentación esencialista, debemos recordar también que dentro de ese "campo" en el que se inscribe la familia moderna, es posible organizar familias muy distintas. Además de la variación cuantitativa respecto del alcance del parentesco a la que antes nos hemos referido, caben también variaciones cualitativas muy graves en la categorización y vinculación orgánica de los miembros que conforman el núcleo familiar; por lo que no ya la periferia sino que ni siquiera el nódulo central puede ser considerado como una "esencia" universal.

Basta destacar que el aspecto más íntimo del núcleo —la relación entre los cónyuges—, admite calidades muy diferentes: hasta hace muy poco, el único vínculo conyugal reconocido por el Derecho, era el matrimonio. Sin embargo, a partir de la Constitución de 1979, es posible además que el núcleo conyugal esté constituido por las llamadas uniones estables de hecho.

Otro aspecto cualitativo que da origen a núcleos familiares diferentes es el que se refiere a las relaciones de los padres con los hijos y de los hijos entre sí.

Ante todo, el hijo ilegítimo no reconocido, simplemente no es hijo para el Derecho. Esto, que puede parecer irracional desde el punto de vista biológico, es perfecta-

29 Juan M. OSSIO: *La estructura social de las comunidades andinas*, en *Historia del Perú*. T. III. Juan Mejía Baca, editor. Lima, 1980, p. 278.

mente razonable desde el punto de vista jurídico: quien no ha sido **demostrado** como hijo no puede tampoco ser adjudicado o impuesto como hijo a nadie; y todas las legislaciones lo plantean así. Una vez más, la cultura (jurídica) impone sus criterios a la natura: ¿qué puede haber de más cultural que las diferenciaciones entre hijos biológicamente similares? Pero aún entre los descendientes reconocidos (voluntaria o forzosamente), el Derecho ha separado a los hijos en categorías por razones de orden ideológico-cultural, con diferentes derechos y obligaciones frente a los padres. Transcribo un pasaje de un jurista peruano, Toribio Pacheco, que nos describe el estado de cosas durante el S. XIX. Nos explica que, a comienzos de la República, se dividía a los hijos ilegítimos, denominados también 'bordes', en naturales y espurios, incestuosos, sacrílegos y mancillados o mánceres. Natural era el nacido de padres que, al tiempo de la concepción, no tenían impedimento para casarse. Espurio, el nacido de personas entre quienes existía impedimento para contraer matrimonio. Esta categoría se subdividía a su vez en adulterinos, que eran los nacidos de hombre casado y mujer soltera, o de hombre soltero y mujer casada, o de hombre y mujer casados con otros; incestuosos, los habidos entre ascendiente y descendiente (en cuyo caso se llamaban también nefarios), o entre colaterales en los grados prohibidos; sacrílegos, los nacidos de clérigo, fraile o monja, ya por acceso entre sí, ya por acceso con persona seglar. Una categoría especial correspondía al máncer, el nacido de ramera pública, y éste era de peor condición que los demás porque no se podía saber quién fuese su padre ³⁰. A partir de 1852, el Código Civil ya no distingue sino entre cuatro clases: los legítimos, los naturales, los adulterinos y los demás ilegítimos. Pero a su vez los adulterinos fueron limitados sólo a los hijos de mujer casada, sin que quedaran comprendidos dentro de esta categoría a los hijos de hombres casados: los comentarios de carácter ideológico-cultural huelgan.

Para tener una idea de la importancia de estas categorías en la configuración de la familia, puede señalarse como ejemplo el hecho de que la obligación de alimentar al hijo adulterino se limita a la madre: esto significa que el padre biológico no forma parte de la familia básica de ese hijo para estos efectos. Además, la obligación alimentaria de la madre de un hijo adulterino, no pasa a los ascendientes maternos: el jurista Pacheco comenta que "no sería justo obligarlos a reconocer y alimentar un fruto de vergüenza, producido por la infracción de los deberes morales, civiles y religiosos" ³¹. Obsérvese que esto equivale a decir que no se puede obligar a los abuelos a que consideren como miembros de su familia a niños que, si bien biológicamente son parientes consanguíneos en línea recta, constituyen un oprobio desde el punto de vista cultural.

En 1936, el nuevo Código Civil eliminó gran parte de estas distinciones, conservando únicamente la existente entre los hijos legítimos e ilegítimos, ya que se consideraba que sin ella sucumbiría la institución del matrimonio: como consecuencia de ello,

30 Toribio PACHECO: *Tratado de Derecho Civil*. T. I. Imprenta del Estado. Lima, 1872, p. 254.

31 Toribio PACHECO: *Op. cit.*, p. 279.

se estableció que los hijos ilegítimos heredaban la mitad de lo que un hijo legítimo. Sin embargo, la Constitución de 1979 hizo que estas diferencias desaparezcan totalmente y que los hijos —legítimos o ilegítimos— sean considerados todos iguales entre sí. Acorde con este principio constitucional, el Código Civil de 1984 no reconoce sino un solo tipo de hijos, sin importar que se trate de habidos en el matrimonio o fuera de él: todos los hijos son iguales entre sí. Los únicos que quedan fuera del núcleo familiar (cuando menos desde la perspectiva del padre), son los hijos ilegítimos no reconocidos; pero, en este caso, la distinción no obedece a una razón ideológica sino a exigencias de técnica jurídica.

IV. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE REGULACION INTERNA DE LA FAMILIA

Ahora bien, la regulación de la familia no se limita a establecer quiénes son parientes ni qué es una familia. Además, el sistema jurídico pretende determinar los derechos y obligaciones de cada uno de los miembros del grupo familiar, establecer el funcionamiento interno de la familia, normar el régimen de bienes y su administración, prever las formas concretas de la asistencia recíproca entre los miembros de la familia, suplir las funciones que corresponden a los padres cuando éstos faltan, determinar las condiciones de separación y ruptura del vínculo matrimonial, así como las consecuencias de ello, etc.

No es posible que nos ocupemos en estas breves páginas de los múltiples problemas y de las difíciles decisiones que implica el diseño de esta regulación; y, ciertamente, menos aún podemos referirnos a las innumerables e intrincadas cuestiones técnico-jurídicas que se generan en este intento. Nos limitaremos solamente a observaciones de carácter muy superficial.

El Derecho tiene que atender fundamentalmente a dos aspectos en el interior de la familia: las relaciones extrapatrimoniales y las relaciones patrimoniales de sus miembros.

Las primeras se refieren a todas aquellas situaciones en las que no está directamente involucrada la administración de un patrimonio. Por ejemplo, pertenecen a este género de relaciones la obligación recíproca de fidelidad y asistencia entre los cónyuges ³², la obligación de hacer vida en común³³, la obligación de los padres de educar a los hijos ³⁴, la obligación de los hijos de honrar y respetar a sus padres, el derecho

32 Artículo 288 del Código Civil.

33 Artículo 289 del Código Civil.

34 Artículo 287 del Código Civil e incisos 1º y 2º del artículo 423 del mismo Código.

de los padres de corregir a sus hijos³⁵, tenerlos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuvieren sin su permiso ³⁶. Podríamos incluir en estas relaciones extrapatrimoniales la obligación de cada cónyuge de alimentar a sus hijos y de sostener al otro cónyuge en caso de que se dedique exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de la prole; porque, aunque esto involucra sumas de dinero, no se limita a un aspecto meramente pecuniario sino que implica una obligación general recíproca de ayuda y colaboración que los cónyuges se deben en todo tiempo ³⁷.

Sin embargo, la simple enumeración de tales obligaciones extrapatrimoniales nos suscita numerosas dudas sobre la eficacia del Derecho. ¿Puede efectivamente el Derecho obtener con los medios que tiene a su alcance —que están basados en la coerción judicial— que este tipo de obligaciones se cumplan? Es verdad que el Derecho ha intentado implementar mecanismos jurídicos para hacerlas cumplir; cuando menos, respecto de algunas de ellas. Así, por ejemplo, la obligación de fidelidad se encuentra respaldada con una serie de sanciones contra el adulterio. O también, la obligación de asistir a las necesidades materiales del hogar tiene su correlato coercitivo en los procedimientos para exigir el pago de alimentos. El Código indica también que la corrección de los padres a sus hijos debe ser moderada, y que cuando necesiten reprimir más severamente pueden acudir al Poder Judicial ³⁸. Pero, salvo en situaciones excepcionales que exceden los límites de la tolerabilidad y que llevan a la desarticulación de la familia, ¿podemos imaginar a un padre renunciando a su derecho de sancionar para pedirle al Juez que interne a su hijo en un establecimiento de reeducación? Y, de otro lado, ¿podemos pensar que el aparato judicial es adecuado para contemplar reclamos de hijos castigados en forma injusta? Es evidente que los mecanismos jurídicos resultan demasiado toscos, demasiado gruesos, para introducirse en las sutilezas de las relaciones intrafamiliares.

Por otra parte, estos mecanismos jurídicos no sólo son ineficientes sino incluso impracticables en algunos casos. Los conflictos relativos a la obligación de prestación sexual recíproca parecen imposibles de dirimir mediante un juicio. No conozco ningún caso en el Perú que haya llegado a los Tribunales sobre este aspecto. En los Estados Unidos se han producido algunos juicios entre cónyuges con motivo de sus relaciones sexuales, en los que los jueces han insistido, en sus razonamientos, sobre la inconveniencia de que el Derecho ingrese a este campo de las relaciones humanas y sobre las arbitrariedades a que ello puede dar lugar. Alguna discusión mayor han tenido los juicios en los que, en lugar de exigirse el cumplimiento de las obligaciones sexuales, se

35 Inciso 3º del artículo 288 del Código Civil.

36 Inciso 5º del artículo 423 del Código Civil.

37 Artículo 287 y 291 e inciso 1º del artículo 423 del Código Civil.

38 Inciso 3º del artículo 423 del Código Civil.

planteaba más bien el derecho de cada cónyuge de negarse a realizar el acto sexual en ciertas ocasiones. Es así como algunas esposas norteamericanas denunciaron a sus maridos por violación, debido a que habían sido forzadas a tener relaciones sexuales intramaritales contra su voluntad. Sin embargo, los Jueces han sido muy cautos y normalmente no han aceptado este tipo de cargos, salvo cuando la relación había sido tan brutal que la esposa denunciante presentaba daños corporales; pero, en este último caso, la situación jurídica resultaba radicalmente transformada pues lo que se sancionaba no era un discutible delito de violación sino un relativamente simple delito de lesiones.

El Derecho parece más adecuado para tratar las relaciones patrimoniales de la familia, es decir, la administración y disposición del patrimonio conyugal. El Código actual contempla dos posibilidades alternativas para organizar los bienes familiares.

De un lado, existe el régimen de comunidad, que tiene incluso carácter supletorio; es decir, si no se ha pactado nada diferente, se entiende que los bienes de la familia se encuentran en régimen de comunidad ³⁹. Esto significa que, aun cuando los bienes que cada cónyuge trae al matrimonio siguen siendo propios, todos los nuevos bienes que adquieren son comunes, e incluso las rentas de los bienes propios son también comunes ⁴⁰. En esta forma se constituye la llamada sociedad de gananciales que detenta el patrimonio común y que es administrada por ambos cónyuges ⁴¹. Hasta hace algunos años, el marido administraba los bienes comunes e incluso podía venderlos o hipotecarlos, en su condición de representante de la familia. Pero la ley exige ahora la participación de la mujer en todos estos casos ⁴².

El otro régimen de bienes permite el Código de 1984, es el que consiste en que los cónyuges convengan en mantener separados sus bienes y sus rentas; lo que lleva a que cada uno administre y disponga de lo suyo, sin que se constituya una sociedad de gananciales⁴³. Sin embargo —y éstas son las paradojas del tratamiento jurídico de la familia— el Derecho Tributario ha sido vacilante en el tratamiento de las rentas de cónyuges que, bajo el régimen anterior, habían obtenido una disolución judicial de la sociedad de gananciales, desconociendo los efectos jurídicos de la separación civil de bienes cuando los cónyuges seguían haciendo vida en común. Aquí también nos encontramos con dos "familias" superpuestas: una para fines civiles y otra para fines tributarios. Las normas tributarias más recientes han tenido que aceptar el hecho de que el nuevo Cód-

39 Artículo 295 del Código Civil.

40 Artículos 301, 302 y 310 del Código Civil.

41 Artículo 313 del Código Civil.

42 Artículo 315 del Código Civil.

43 Artículo 303 de Código Civil.

go Civil de 1984 ha posibilitado el régimen de separación de bienes como opción normal de la pareja y, consecuentemente, no existiendo en esos casos sociedad económica o de gananciales, considera a cada cónyuge como un contribuyente diferente ⁴⁴.

Ahora bien, aun cuando el Derecho se desenvuelve más cómodo en el campo de lo económico que en lo extrapatrimonial, es preciso tener en cuenta que la familia crea una atmósfera de tal naturaleza que incluso las relaciones económicas resultan afectadas por ella; al punto que parecería que el Derecho también encuentra dificultades para regular lo económico cuando se da en el seno del mundo familiar. No cabe duda de que resulta bastante extraño que dos personas, marido y mujer, que viven juntas en la misma casa, tienen una relación afectiva y duermen todos los días en la misma cama, tengan un pleito judicial. No es fácil imaginar la duplicidad con la que tendría que actuar ese cónyuge para comportarse naturalmente en el hogar, dar un cariñoso beso de despedida a su esposa y luego dirigirse muy aprisa a la oficina de su abogado porque, mientras conversaba durante el desayuno, se le había ocurrido un nuevo argumento para ganarle el pleito a su mujer sobre las rentas de una casa o sobre los resultados de un negocio en común. Sin embargo, a pesar de lo extraña que puede parecer esta situación, no es jurídicamente imposible; tanto por razones contractuales (los cónyuges pueden celebrar contratos entre sí con relación a los bienes que no forman parte de la sociedad de gananciales ⁴⁵), como por razones extracontractuales (tales como los daños y perjuicios que un cónyuge pueda causar a la persona o a los bienes del otro ⁴⁶), es posible que un cónyuge demande judicialmente al otro.

En realidad, mientras subsiste el vínculo conyugal, el Derecho parece un recurso excesivo de la pareja porque las relaciones íntimas —económicas o no— requieren canales más finos y menos conflictivos que los legales. El Derecho funciona más plenamente cuando se trata de organizar una separación de los miembros de una familia, antes que cuando lo que se persigue es readecuar las condiciones de una relación que se quiere mantener. La fuerza del Derecho es más efectiva como instrumento partididor, como mecanismo de deslinde, como medio para establecer derechos y deberes contrapuestos, antes que como amalgamador de intereses en el seno de una relación personal y solidaria. Y ésta es una comprobación que no sólo se realiza en el campo de la familia sino también en aquél otro más impersonal de los negocios: todo comerciante sabe que si tiene una discrepancia con otro y quiere conservar viva la relación comercial, más le vale intentar un arreglo directo o, en el peor de los casos, un arbitraje. El procedimiento judicial sólo se utiliza cuando las relaciones sean familiares o comerciales—

44 Artículo 15 del Decreto Legislativo 200, modificado por la Ley 24826.

45 Artículo 312 del Código Civil.

46 Con relación a la improcedencia de una inmunidad frente a la responsabilidad extracontractual, basada en las relaciones de familia, vide Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988. Vol. IV. T. I. Parte Segunda. Título III. Capítulo IV. Sección III.

han quedado definitivamente frustradas. Quizá esto obedece al hecho de que el juicio siempre es un pleito, por lo que necesariamente enfrenta y distancia a los litigantes.

Es por eso también que la mayor parte de los juicios de alimentos se instauran cuando la familia se encuentra destruida (cuando menos, de hecho) y los cónyuges ya se han separado. Sería extraño —aunque no jurídicamente imposible—, que una esposa inicie un juicio de alimentos contra el esposo con quien vive a fin de que le dé más dinero para el diario; mientras la pareja se encuentra unida, estos problemas se resuelven por los canales más finos de la relación personal. En cambio, cuando la pareja se ha separado, el juicio de alimentos parece readquirir naturalidad dentro de este nuevo contexto de conflicto y ayuda a establecer quién y cuánto debe pagar al otro cónyuge. De la misma forma, si el marido atropella a su mujer al salir distraído en la mañana de su casa para asistir a una delicada reunión, los daños que sufra la esposa —aún los más graves— son atendidos y resarcidos en el seno de la familia, sin necesidad de que se instaure un procedimiento judicial entre los cónyuges. Pero si el marido separado de su mujer viene a una reunión con esa esposa (con la que ya no vive) para discutir los términos de su divorcio y, debido a haberse excedido en la bebida, maneja tan negligentemente que la atropella en la puerta de la oficina de los abogados ocasionándole heridas que la obligan a permanecer el resto de su vida en silla de ruedas, es probable que su mujer (paralelamente al juicio de divorcio en trámite) lo demande por daños y perjuicios y lo obligue a pagarle una suma considerable.

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

El tema de la familia como objeto de regulación por el Derecho es extraordinariamente complejo. Por eso, este trabajo apenas si ha pretendido desbrozarlo a fin de percibir algunos trazos de su problemática básica. Es dentro de esta línea que me gustaría dejar fijadas algunas ideas a manera de conclusiones preliminares.

En primer lugar, la familia jurídica no puede ser identificada con la familia biológica. Es, más bien, un producto cultural específico, con manifestaciones muy diversas según las circunstancias que requieren la intervención del Derecho. En este sentido, la "familia jurídica" —o, más propiamente "las familias jurídicas"— no puede ser reducida naturalistamente o sociológicamente: su realidad es fundamentalmente jurídica, porque consiste en una determinada conceptualización que surge de la aplicación de los métodos y las técnicas del Derecho a los objetivos sociales en juego. De esta manera, no podemos decir que la "verdad" de la familia jurídica se encuentra en la Biología ni en la Psicología ni en la Sociología: aun cuando las instituciones jurídicas mantienen estrechas relaciones con todos estos niveles —el Derecho no es un "hecho jurídico puro", como lo quiere el formalismo kelseniano—, la verdad del Derecho sólo puede hallarse en el Derecho mismo. Dicho en otras palabras, la "realidad jurídica" no es una mera traducción en lenguaje normativo de lo que ya está expresado por la naturaleza o por las convicciones sociales. El Derecho es como un crisol en el cual el grupo social

amalgama un conjunto de datos de que dispone y de valores en los que cree, para constituir una nueva entidad con especificidad propia.

En segundo lugar, creo que hay que subrayar la *maladresse* del Derecho para moverse en el interior de la familia. Muchas veces sentimos que solicitar la intervención del Derecho en un problema familiar es como invitar a un elefante a entrar dentro de una tienda de porcelana. No está hecho para eso; puede causar a veces más daño que beneficio. De ahí la responsabilidad de otros medios de control social —la formación moral, la educación, el auxilio psicológico, el apoyo religioso— en la regulación del funcionamiento de la familia. La tarea no puede ser encomendada exclusivamente al Derecho; e incluso podríamos pensar que, en este campo, el Derecho no desempeña un papel protagonista.

II. HISTORIA Y SOCIOLOGIA DE LA FAMILIA PERUANA

FAMILIA, DERECHO E HISTORIA

*A mi Maestro don Héctor Cornejo Chávez
con profunda gratitud...*

Roger Rodríguez Iturri

Los estudiosos de la materia han sostenido que hasta 1860 no era fácil encontrar un texto sistemático sobre la historia de la familia.

El Antiguo Testamento marcó el carácter patriarcal de la familia. Mas, en tales orígenes de la familia, ha quedado admitida la vigencia de la promiscuidad sexual, así como la presencia de signos poligámicos, poliándricos y monogámicos. También —en tales orígenes—, se advierte la actuación del matriarcalismo, y de otro lado las uniones matrimoniales por grupos. Pero estas formas familiares no podían entonces ser ordenadas históricamente de modo sucesivo, y Taylor en *Investigación de la historia primitiva de la humanidad* las llamó "costumbres raras".

En rigor, parece que el estudio organizado de la historia de la familia comienza con Bachofen y su *Derecho Materno*, escrito en 1861. El juez suizo sostuvo que los hombres primitivos habían vivido en promiscuidad sexual y con ello imposibilitaba la certeza de la paternidad, por lo que las madres progenitoras gozaban del aprecio y el respeto general. Sólo después —dice Bachofen—, habría aparecido la monogamia que encerró la trasgresión de una antiquísima ley religiosa, trasgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros durante determinado período. Bachofen penetró de religiosidad su concepto de mutación familiar.

Sucesor en estas investigaciones es el trabajo de Mac Lennan, *Estudios de Historia Antigua*, del año 1886. Mac Lennan encuentra en muchos pueblos antiguos y modernos una forma de matrimonio por la que el novio, sólo o con amigos, rapta con violencia simulada a la futura esposa. Pero igualmente halla pueblos no civilizados dentro de los cuales el matrimonio se encuentra prohibido, obligándose a los varones a buscar esposas y a las mujeres esposos fuera del grupo, contrastando ésta con otras realidades

en que la costumbre imponía a los hombres el deber de tomar mujeres de su propia unidad. Las primeras son para Mac Lennan "tribus exógamas" y las segundas "tribus endógamas".

La causa de esta costumbre —dice Mac Lennan—, podría hallarse en la tradición muy difundida entre determinados salvajes de matar a las niñas que nacen, por lo que resultaría un excedente de hombres en cada tribu que tendrían en común una misma mujer, dentro de un sistema póliándrico. En virtud de ello se sabría quién era la madre de un niño, pero no quién era el padre. Por tanto la ascendencia sólo se contaba en línea materna y no paterna. La escasez de mujeres en la tribu, sería precisamente la causa del rapto sistemático de mujeres de tribus extrañas.

Empero mientras Mac Lennan sólo reconocía tres formas matrimoniales, la poligamia *, la poliandria y la monogamia, se hallaban pruebas cada vez más numerosas en el sentido de que en otras tribus existían matrimonios en los que varios hombres tenían en común varias mujeres. Lúbbok en *El Origen de la Civilización*, en 1870, denominó a esta relación "matrimonio por grupos" concepto enriquecido por el misionero inglés Lorimer Fison.

Entre tanto, en 1871, Lewis Morgan radicado entre los nativos iroqueses, se convenció de que su sistema de parentesco era común a todos los aborígenes de los Estados Unidos.

Descubrió, luego, que la gens, organizada según el derecho materno, fue la fuente primitiva de la gens posterior basada en el derecho paterno, la que fue hallada en los pueblos civilizados de la antigüedad.

SIGNOS ESCOLASTICOS

Dentro de las investigaciones científicas y sociales, la Escuela Clásica, afirma que la primera etapa de interrelación privada del hombre, la del *vagus concubitus*, estuvo marcada por un hetairismo tal que, hombre y mujer satisfacían sus apetencias sexuales, sin que exista conciencia alguna de la vinculación entre cohabitación, fornicación y parto.

La *voubeergende paarung* de Eleuterópulos, tampoco constituyó familia a nuestro estilo. El padre quedó excluido de la relación práctico-filial, en tanto que la relación madre-hijo sólo operó hasta el destete.

* En torno a la discutida poligamia, su origen parece refundirse con el de la esclavitud. La poligamia tiende a limitarse a gentes de posición elevada. En la familia patriarcal semítica, el líder y su círculo de varones viven como polígamos; a los otros se les impone la monogamia. Los estudios en Oriente nos dicen que la poligamia coincide con el privilegio de los ricos y de los grandes; la masa del pueblo es monógama.

La teoría evolucionista clásica afirma que fue el matriarcado el tercer momento, La ginecocracia (autoridad de la mujer), aparejada al poliadrisimo, fueron las características de esta etapa. Sólo después habría aparecido, se dice, la huella de la familia patriarcal y con tendencia monogámica, como se apreció en las tribus bárbaras y en los pueblos de Oriente.

Sin embargo todo lo dicho, no es sino una manera de concebir el proceso y génesis de la familia en la historia. La teoría evolucionista moderna, se encarga de presentarnos otro proceso distinto, en el que luego de la *voubeergende paarung*, tuvieron cabida la familia consanguínea (relaciones sexuales entre familiares), la punalúa (en la que se prohíbe la unión de sexos entre parientes), y la sindiásmica (un hombre opta por una favorita, sin perjuicio de tener varias mujeres), para arribar luego a formas matriarcales y patriarcales.

Todo ello, sin embargo, se contrapone con el análisis que la Escuela Histórico-Cultural, ha hecho en el mundo respecto a la familia. Sostiene el origen monogámico y patriarcal de la familia, pero admite que la firmeza del patriarcalismo perdió solidez en la historia, a través de las fórmulas nucleares de la "sociedad familiar inestable" y la "familia estirpe", en la que la implicancia económica no deja de tener efecto familiar, para concluir tal proceso en fórmulas parentales de gobierno matriarcal.

TIPOS MATRIMONIALES EN LA CULTURA

Según Westermarck, "tal vez no hubo etapa del desarrollo humano en que no haya existido el matrimonio".

Empero —dice Morgan—, no podemos hablar en la historia de un solo concepto de matrimonio.

Las culturas antiguas nos dan una muestra

En Egipto hubo resabios del matriarcado. En tanto los hombres trabajaban en los telares; las mujeres, tantas veces, comerciaron. Sin embargo este pueblo fue evolucionando de la poligamia a la monogamia, llegando a hallarse en él tres clases de matrimonio:

- el de la mujer servil y esclava del marido;
- el de la igualdad de derechos;
- y aquellos otros matrimonios de naturaleza mixta en los que se conjuga la dependencia y los derechos propios.

El pueblo hebreo mentor del cristianismo se basó inicialmente en la poligamia. Existió entre ellos el derecho al repudio, previsto en la ley mosaica: "si un hombre toma a una mujer y se casa con ella, y no halla gracia ante sus ojos a causa de algo

malo, debe escribirla una carta de divorcio y poniéndosela en la mano la enviará a su casa".

Empero en el Nuevo Testamento, en la primera respuesta de Pablo a los Corintios acerca del matrimonio, les dirá: "... bueno es al hombre no tocar mujer, mas por evitar la fornicación, tenga cada uno su mujer y cada una tenga su marido..." "... a los no casados y a las viudas les digo que les es mejor permanecer como yo. Pero si no pueden guardar continencia, cásense que mejor es casarse que abrazarse".

El matrimonio monogámico entre los hebreos, habría aparecido recién, a fines del IV siglo de la era cristiana.

Los griegos aceptaron la poligamia y el repudio, y consideraron a la mujer inferior al hombre.

Los persas tenían por costumbre, admitida por la ley civil, el "matrimonio a plazo", vencido el cual podría renovarse o no. La unión marital persa tuvo base poligámica. Entre ellos imperó el derecho al repudio, y aún muerte sobre la mujer y los hijos.

Entre los romanos, según sostiene Bonaparte, el matrimonio tuvo carácter monogámico y admitió varias formas como la **confarreatio**, **coemptio**, **usus**, y el matrimonio **sin manu**.

La poligamia, la inferioridad de la mujer y el derecho al repudio con pensión, son notas distintivas del matrimonio musulmán.

Los germanos por su parte, respetaron a la mujer, pero la consideraron inferior. Admitieron, primero, la poligamia y el derecho al repudio, para luego instalarse en las formas monogámicas. Y así la historia colma de datos de la familia a los grupos sociales*.

* Por ejemplo la adopción en Asiria antecedió en vigencia a Grecia y Roma. Entre los hindúes, se sostiene que, la familia fue patriarcal, con evidencias, según el Mahabarata, de promiscuidad sexual. Preceptúa éste que "... las mujeres son comunes ... hubo un tiempo en el que ser infiel a la mujer por el esposo, no era delito sino deber ...". Entre los hindúes los abuelos pertenecen a la familia anterior, y la ley de la viudedad obligaba a la esposa modelo a incinerarse viva en el mismo fuego destinado al cadáver del marido. El Código de Manú descansa en la filiación masculina y en el patriarcado. Entre los chinos los hijos de todas sus mujeres se reputaban de la primera, con calidad de hijos legítimos; el patriarcado y la poligamia fueron signos del matrimonio, la familia y el parentesco en el antiguo Israel; entre los griegos se admitió como hijos legítimos los de la mujer legítima, los demás aún los provenientes de las concubinas eran ilegítimos. Empero el padre podía legitimar a los hijos y; en fin, se pueden añadir sinnúmero de formas y relaciones para el matrimonio, la familia y el parentesco, antes de que se produzca el arribo histórico y social a la forma monogámica.

MATRIMONIO ANDINO E INFLUENCIA OCCIDENTAL

En América, el matrimonio del Inca se efectuaba el día de su coronación. Casaba preferentemente con su hermana (?) paterna de acuerdo a una vieja costumbre basada en el incesto del sol y la luna. Sin embargo, la poligamia imperial facultaba al Inca a desposar otras mujeres. Era mujer del Inca la colla; pero también las concubinas de sangre real, llamadas pallas; y las concubinas extrañas, denominadas mamakunas.

Bueno es saber lo que nos señala Acosta en el De Procuranda...:

Debe el párroco saber que los infieles tienen también sus matrimonios cuyos usos, ritos y aún abusos y errores conviene conocer, para no dirimir, como sucede no raras veces, matrimonios que son verdaderos.

Basadre añade también la existencia del matrimonio inca por compra. Su efectividad —dice—, se acreditaba por el consentimiento de la familia; era de duración perpetua; y se sellaba mediante fiestas o ceremonias en las que a veces intervenía el ayllu completo*.

El emparejamiento era oficializado por el Estado periódicamente, posiblemente —según Kauffmann— después del período de prueba, que era el servinakuy o tinkunakuspa, que supervive hasta ahora en algunos lugares.

Con la existencia del servinakuy queda probado, muy al contrario de lo que suelen

* La ceremonia del matrimonio se celebraba una o varias veces al año, cuando el Inca o sus delegados entregaban personalmente a los varones sus compañeras. Cobo describe dicha ceremonia así: La solemnidad que para este casamiento se hacía entre los incas era común en muchas partes del reino, mas no general en todo él, y hacía lo cada uno según su posibilidad en esta forma: Después de cogidos los panes, juntaba el Inca las doncellas acilas que se habían traído en los recogimientos de las mamaconas, y repartíalas entre los principales por la orden que le parecía, y si las daba a casados, era por mancebas, y si a solteros, por mujeres legítimas; entre los cuales se celebraba luego el casamiento con estas ceremonias; juntábanse los deudos que se hallaban presentes de cada uno de los contrayentes, y los del varón iban con el novio a casa del padre de la novia o del pariente más propincuo que allí se hallaba, y se la entregan; y él, en testimonio de que la recibía por mujer, le calzaba en el pie derecho una ojota de lana, cuando era doncella y cuando no lo era, una de hicho, y la tomaba por la mano; y así juntos los deudos de ambos la llevaban a casa del esposo. En llegando a ella, sacaba la novia de debajo del chumpi una camiseta de lana fina, un llauto y una patena, y dábasele a su esposo, el cual se lo vestía luego; y hasta la noche estaban con la esposa sus deudas más ancianas, instruyéndola de la obligación que tenía de servir a su marido, y de la manera que lo había de hacer; y los viejos deudos del novio le amonestaban a él cómo había de tratar a su mujer; y los unos y los otros les ofrecían presentes cada uno de lo que tenía, aunque en poca cantidad, y duraba la fiesta y borrachera de las bodas entre las parcialidades y parentelas según y posición de los novios. A este acto y solemnidad le llamaban los incas matrimonio, y con la que contraían de esta suerte era la legítima y si tenía el varón alguna con quien se hubieren hecho estas ceremonias, aunque el Inca le diese otra más noble y principal que ella, no se hacían con la segunda ni ésta ni otras solemnidades, mas que enviarla a su casa, pero si era viudo el que la recibía, por haber muerto la legítima, aunque le quedasen muchas mancebas, se casaba con ella con las solemnidades dichas, a la cual servía las que hallaba en casa.

pensar algunos autores, que los asuntos del matrimonio no dependían sólo de la voluntad de los administradores del gobierno o del azar durante el período del aparejamiento público, sino en la generalidad, de la libre elección. Agrega, Cobo, que los administradores no hacían otra cosa que "oficializar" en ceremonia pública la convivencia a prueba y ayudar así a encontrar la pareja adecuada.

Marzal precisa que, los indios eran libres para la elección de la pareja, dentro de las normas de exogamia y endogamia de la cultura andina, y que tal designación no era, el menos en la generalidad de los casos, sino una legalización de la propia selección hecha por los novios.

En realidad el fenómeno concubinario tiene una vigencia ancestral histórica y universal.

Lo admitía ya, como institución legal, el Código de Hammurabi cuya data no es menor a 2000 años antes de Cristo.

Las restricciones puestas en Roma al **ius connubii**, fueron fuente para el concubinato. En Roma quedó claramente marcada la distancia entre el concubinato y el matrimonio. En el primero no existió dote; tampoco calidad de vir y uxor; la mujer no pertenecía a la familia del marido; y entre otros aspectos, no tuvo el padre potestad sobre los hijos.

La historia habla también de la vigencia del concubinato entre los germanos. Será luego sustituido por el matrimonio de mano izquierda o morganático, por el que la mujer de condición inferior no participa de los títulos ni rango del marido.

En la Edad Media subsiste la institución concubinaria. Coexisten el matrimonio de bendiciones, celebrado conforme al derecho y la religión; el matrimonio a yuras que siendo legítimo será sin embargo clandestino; y la barraganía, de origen árabe, que quedaba constituida por un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad.

Fue la Iglesia la que en los primeros siglos convino con las formas concubinarias, intentando así una gradual extirpación.

Empero en el siglo XI la Iglesia se aparta resueltamente del derecho profano en materia matrimonial, a fin de atenerse a un sistema propio.

Se preparaba la vuelta a las ideas del cristianismo primitivo, intentándose sintonía con el derecho romano que por entonces era estudiado en las fuentes por los glosadores de Bolonia. El retorno al derecho romano eclesiástico trajo consigo el pleno reconocimiento del matrimonio consensual.

En el siglo XII la Iglesia discutía la significación del coito con referencia a la conclusión del matrimonio; empero ni en el derecho romano ni en el derecho germánico había sido el coito, decisivo para la conclusión del matrimonio.

A partir del citado siglo XII, se entendió que el consentimiento sin forma daba lugar a un matrimonio válido cuando la voluntad de las partes estaba dirigida a la eficacia actual del matrimonio. Junto a ello, debía bastar la promesa para la conclusión del matrimonio, cuando la voluntad matrimonial había tomado efectividad mediante la *cópula carnalis*. El resultado de todo esto fueron las conclusiones de matrimonios secretos y la bigamia.

Es entonces cuando el IV Concilio de Letrán de 1215 intenta poner remedio a tal estado de cosas. Exige la conclusión del matrimonio ante el párroco y los testigos, haciendo necesarias las proclamas. Pero igual, de todos modos, el consentimiento sin forma conservó y mantuvo una eficacia creadora para el matrimonio.

Es a partir del Concilio de Trento, finalizado en 1563, que es abolida la eficacia matrimonial para el consentimiento sin forma. Según el Decreto Tametsi, un matrimonio jurídicamente válido sólo podrá nacer mediante la declaración formal del consentimiento ante el párroco propio de uno de los prometidos y dos testigos.

El Decreto Tametsi establecía pues, la forma de contraer solemnemente el matrimonio prescrita ya en el IV Concilio de Letrán, reunido bajo Inocencio III, y declaró, para el futuro, inválidos los matrimonios clandestinos, que hasta ahora sólo eran ilícitos.

Entre tanto el derecho matrimonial en España, se organiza de acuerdo a las formas canónicas.

Cuando Alfonso el Sabio, entre 1256 y 1263, elabora el Código de las Siete Partidas, consigna el matrimonio como "el ayuntamiento de marido e mujer, fecho con tal intención de vivir siempre en uno e non se de partir, guardándole lealtad cada uno de ellos al otro: e non se ayuntar el varón a otra mujer ni ella otro varón, viviendo a dos". Fácil es advertir la índole monogámica de este matrimonio, en el que la fidelidad, la distinción de sexos, el trato sexual y la estabilidad son elementos constitutivos.

América influenciada desde el siglo XV por España, aguardaba entonces con expectativa los resultados del Concilio de Trento. El Sínodo Hordenado en la Ciudad de los Reyes en 1550, sentenció en el Capítulo XVIII que "hasta que Su Santidad no sea consultado, todos los matrimonios clandestinos que en adelante se hicieren entre los indios, sean declarados nulos".

Fue mediante Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, que se introduce el sistema matrimonial canónico para América, y con sujeción estricta a la reforma tridentina.

Es propiamente el derecho de Castilla el que llega a América. Imbuído de elementos romanos, germanos, semitas, no estuvo ausente la vigorosa presencia del canonismo*.

Tal derecho ha de provocar un fuerte conflicto jurídico y social en América.

El indígena americano premunido de sus propios valores culturales, tiene una propia concepción de la unión marital, de la virginidad e inclusive de la propia sodomía.

Cobo dirá: "nunca conocieron el resplandor y la hermosura de la castidad, para hacer estima de ella, antes les era muy ofensiva la virginidad en sus mujeres porque decían que las que estaban doncellas habían sido de nadie queridas".

Fray Domingo de Santo Tomás agrega: "verdad es que generalmente entre los serranos y yungas ha el demonio introducido este vicio debajo de especie de santidad, y es que cada templo o adoratorio significa tener un hombre o dos más, según el ídolo, los cuales andan vestidos como mujeres desde el tiempo que eran niños, y remedaban a las mujeres. Con éstos, casi como por vía de santidad y religión, tenían las fiestas y días principales su ayuntamiento carnal y torpe, especialmente los señores principales". Basadre confirma que: "la existencia de la sodomía aparece generalizada en el antiguo Perú...".

Sobre la unión marital en sí es importante el testimonio de los primeros agustinos: "uno de los trabajos que los padres tienen en aquella tierra (América) es desarraigando la manera que éstos tenían de casarse, que tenían la costumbre y hasta ahora no

* Con el tiempo todo el sistema quedó volcado en América, principalmente mediante:

- a) El Derecho Romano hasta el S. VI.
- b) El Fuero Juzgo en el S. VII (Derecho Germánico).
- c) Los Fueros Particulares (de León 1020, de Nájera 1076, de Sepúlveda, de Cuenca y muchos otros) llamados también municipales.
- d) El Fuero de los Fijosdalgo, dado en Nájera en 1138.
- e) El Fuero Viejo de Castilla de 1212, reformado en 1256.
- f) Aparecen las compilaciones con el *Setenario* de Fernando el Santo que no ha llegado a nosotros, el *Espéculo* de Alfonso X el Sabio, etc.
- g) El Fuero Real de 1254 también de Alfonso X el Sabio, que fue un Código Municipal de aplicación general
- h) Las VII Partidas Alfonso X, hechas desde 1256 a 1263.
- i) El Ordenamiento de Alcalá y el Ordenamiento de Montalvo (1848) estableciendo las prelación de las leyes anteriores.
- j) Las leyes de Toro de 1302.
- k) La Nueva Recopilación de 1567 mandaba hacer por el Rey Felipe, llamada así con relación a la de Montalvo.
- l) La **Novísima Recopilación** escrita por don Juan de la Reguera y Valdelomar, aceptada por Carlos IV y publicada en 1805 que es la de mayor importancia para nuestro derecho, y cuya fuerza legal es superior a todas las demás.

hay quien se la quite, que es que, antes de que se case con su mujer, la han de probar y tener consigo, que llaman ellos hacer pantanaco; y agora muchas veces cuando el padre los casa dejan las mujeres y dicen que no la probaron, y si sabía servir o guisar de comer, que no la quieren, que no hicieron pantanaco".

El virrey Toledo en las **Ordenanzas** manda desarraigar la costumbre casi universal de los indios de no casarse sin primero haberse conocido, tratado o conversado algún tiempo y hecho vida maridable entre sí.

En verdad, el amancebamiento andino fue severamente reprimido por las Leyes de Indias y condenado por la Iglesia, la que en las Constituciones Sinodales del Arzobispado de los Reyes del Perú, de 1617, declara: "porque el demonio ha introducido en los indios que cuando traten de casarse con alguna india se amanceben primero con ella, viviendo en ofensa de nuestro Señor, lo cual es justo se remedie: mandamos que los curas muy de ordinario en sus sermones, los exhorten y amonesten, por ser abuso y grave pecado lo que hacen; y que averigüen quiénes son culpables de ellos, y tal averiguación la remitan al vicario para que los castigue".

En el Edicto del Arzobispado de Lima de 29 de mayo de 1752, también, se imparten providencias para que se persiga a los amancebados, y que los párrocos avisen de ellos para su corrección y castigo.

Ni el prendimiento del venerado sacerdote de ídolos Hernando Paúcar penado en auto de fe a azotes, trasquile y destierro (1609); la creación en el cercado de Lima de la Casa de la Corrección para indios apóstatas, a fin de hacerlos entrar en arrepentimiento; ni las arbitrarias y constantes confiscaciones y quemas de idolillos, huacas o conopas; o éstas y otras sanciones tomadas a instancia de Francisco de Avila, el cura de San Damián (Huarochirí), experto en lengua y costumbres de indios, fueron medio para la extirpación de las costumbres indígenas.

Escribiendo al Rey el Arzobispo Bartolomé Lobo, sucesor de Santo Toribio, el 23 de abril de 1613, le dice textualmente: "avisado he a vuestra Majestad como se ha descubierto que todos los indios deste Pirú están oy tan idólatras como al principio, quando se conquistó la tierra. Creo a estado la falta en los que los han doctrinado, que solamente an atendido a su provecho e intereses y no al bien de las almas de estos desventurados".

MUESTRAS ACTUALES DE SERVINAKUY

Así ahora, y según Basadre, a pesar de los esfuerzos de los extirpadores de idolatrías, el amancebamiento sigue practicándose en costa, sierra y selva del Perú" ... en Tacna, en Huaraz, en Piura subsiste la prueba del matrimonio pero donde es causa general, es en el pueblo y campiña de Huacho, mas no ya con los fines y moralidad de

los tiempos antiguos. En Huánuco se conoce esta costumbre con el nombre de *servisiá* o *servisiá* y el periodo de prueba dura un par de meses, al cabo de los cuales o el cura santifica la unión si los novios se convienen, o, viene la separación y la mujer vuelve al hogar a esperar que otro la pida en prueba. Entre los indígenas del Cusco se usa el *mancuy* o *rimayucuy*, declaración de amor ante los padres, hecha ésta el novio lleva a la novia a prueba y la prueba suele ser larga, pues a veces dura dos o tres años, al cabo de los cuales viene la separación que llaman *ttacacu*, desconocerse, o continúa la pareja amancebada y el hombre siendo el respeto de la mujer".

Hay una forma de concubinato —*servinakuy*—, que parece persistir en once departamentos del país, en las provincias serranas de otras cinco y en las comunidades selvícolas de la amazonía (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

El fenómeno sociológico del concubinato persiste

Pero advirtamos que siendo el fenómeno concubinario el género, parece traer éste varias especies. Veamos entonces algunos testimonios del fenómeno en Ayaviri, Cajamarca y Huancavelica.

Afirman Idígoras y Marzal que "es muy difícil traducir una noción propia de una cultura a otra. Frecuentemente se ha traducido la palabra *servinakuy* por 'matrimonio a prueba'. Y realmente que lo que evoca esta traducción difiere sustancialmente de lo que realmente es el *servinakuy*. Para la mentalidad occidental cruzada, el matrimonio de prueba significa fundamentalmente una libertad sexual, casi siempre machista, que permite abandonar la familia y comenzar de nuevo experiencias sexuales atrayentes. Por eso la palabra suscita fácilmente adeptos entusiastas. Pero en la realidad el *servinakuy* es algo completamente diferente y que ha sido instituido como forma de defensa de la familia, en culturas muy conservadoras en este terreno.

Tampoco se puede identificar sin más el *servinakuy* con otras formas de matrimonio de prueba que se han dado en diversas culturas. Así Marcel Hauben nos describe el matrimonio de ensayo en numerosas tribus y pueblos africanos. Pero, según él, se trata allí de un matrimonio que es siempre condicional y que tiene como razón fundamental la dependencia de la unión conyugal respecto de las estructuras sociales. Es decir, que siempre que se celebre un matrimonio, la unión de la pareja queda subordinada a la alianza que surge entre dos comunidades estirpes a las que pertenecen cada uno de los desposados. El *servinakuy* andino es muy distinto y está ya condicionado por la fe cristiana".

M. Marzal describe así la noción del *servinakuy*, tal como él la ha estudiado en diferentes comunidades andinas: "Actualmente la población indígena quechua de los andes peruanos, antes de celebrar el rito matrimonial religioso y/o civil, lleva un periodo de vida marital estable que se conoce en la mayoría de los sitios con el nombre de 'ser-

vinakuy', palabra castellano-quechua que significa 'mutuos servicios'. Se trata por tanto de un periodo de vida marital antes de la celebración del matrimonio cristiano que es siempre elemento fundamental para el casamiento.

Para encuadrar este hecho en la cultura andina, Marzal aduce diferentes testimonios de antropólogos que de ordinario esperan encontrar tres etapas en el proceso que lleva a la culminación del matrimonio: noviazgo, compromiso y matrimonio. De esta manera el matrimonio viene a ser más que un acto, un proceso a través del cual el varón y la mujer profundizan en el conocimiento y compromiso mutuo y, cambiando las relaciones con sus sistemas familiares respectivos, establecen un nuevo sistema familiar. Las etapas son sucesivas y se caracterizan por un tipo propio de relaciones sociales. El paso de una etapa a otra en el proceso matrimonial siempre se hace por medio de un rito, que expresa simbólicamente la nueva situación social.

También en el caso concreto de los andes, encuentra Marzal las tres etapas características. Primero, el noviazgo que suele ser muy breve y que suele comenzar con el rapto de una prenda de la joven por el pretendiente. Tras ese breve noviazgo, se celebra el rito del 'huarmi-palabrakuy'. El joven acompañado de sus padres y amigos van a visitar la casa de la muchacha. Allí se reconoce abiertamente el compromiso y se celebra con alcohol y algunas viandas. A partir de este rito, comienza la segunda etapa del servinakuy en la que las relaciones sexuales ya están permitidas y que puede durar desde unos pocos días hasta varios años. La tercera etapa del matrimonio ya solemne y plenamente reconocido por la Iglesia comienza con la ceremonia religiosa "casaracuy". Esta suele tener una solemnidad mucho mayor y la fiesta que la acompaña suele durar unos tres días. Es decir, que se confirma la visión de un matrimonio procesual y en etapas.

La motivación refleja que dan los interesados para justificar la existencia del servinakuy es doble: el profundizar en el mutuo conocimiento de los esposos y el ir adquiriendo el dinero necesario para la fiesta del matrimonio religioso. M. Marzal y M. Garr han llevado a cabo diversas encuestas y la casi totalidad de las motivaciones que hallan en la gente son las que hemos citado. Interrogan también a los pobladores andinos si juzgan que el servinakuy es una unión estable y también es muy alto el índice de los que responden afirmativamente. Muy pocos aluden a un periodo provisional. Por último, les interrogan también sobre la moralidad del servinakuy. Aquí la respuesta es ambigua. Por un lado, la gran mayoría reconoce que se trata de algo pecaminoso. Pero a la vez precisan que se trata de un mal pequeño y venial.

El sentimiento de que el servinakuy es algo moralmente malo está generalizado. Quizás la razón es la constante predicación de los misioneros que ha tenido como meta erradicar dicha costumbre, tenida por la Iglesia como concubinato. Pero la actitud fundamental de la gente es que se trata de algo necesario. Una especie de situación inevitable, aunque no ideal. Así uno de los encuestados por Marzal contesta: "Pecado pequeño, pues el servinakuy es una costumbre". Es decir, se trata de algo establecido por la cultura misma. aún cuando esté contra la predicación de los sacerdotes".

De otro lado, —según Dammert—, para los campesinos nor-andinos de Cajamarca es válida la unión natural conforme a las tradiciones ancestrales; ellos saben perfectamente que no constituye matrimonio católico ni civil. Sin embargo dentro de la mentalidad popular es una unión válida y no tienen algún remordimiento de conciencia al estar satisfechos de su matrimonio natural. Cuando se les exige el matrimonio en la Iglesia se disculpan de no presentarse al sacerdote por los ingentes gastos que ocasiona el festejo de su celebración.

No se trata de una "crisis" de la familia tradicional católica ni de un proceso de descristianización ni de secularización, sino de la pervivencia de usos y costumbres que se trató de ocultar al considerarlos pecados despreciables de gente bruta e ignorante.

Interesante es la presentación que Dalle hace para el caso de Ayaviri.

Los jóvenes empiezan a frecuentarse al acabar la primaria, en la media o cuando vuelven del cuartel. Las pampas, los mercados, las fiestas, y los bailes son lugares de reunión. Concluida la Semana Santa, o en el carnaval, en Todos los Santos o el 24 de junio, los adolescentes de uno u otro sexo organizan "bailes nocturnos" que, en realidad, son ocasiones de experiencias sexuales. Las casas abandonadas o las mismas capillas del campo son los escenarios.

No se trata de una rebeldía moral. Si resulta que un hijo nace a consecuencia de estas experiencias, los padres de la niña lo recogen.

Empero si los jóvenes ahondan su conocimiento recíproco y deciden hacer vida común, la niña dirá al joven: "habla con mis padres". Los padres y los parientes cercanos premeditados de alcohol, coca y comidas irán de noche a la casa vecina. "¿A qué vienen ... será para casarse ... será para siempre ...?". Entonces es cuando llaman a su niña, y le preguntan si está de acuerdo. Si la respuesta es favorable el pacto está sellado ... empiezan a comer y a beber.

Muy entrada la noche, quién sabe en la madrugada, el muchacho lleva a la chica a su casa, y empieza la vida común. Todo lo que ponen es común.

Son ahora convivientes. Pero no en sentido peyorativo. Toda la comunidad los respeta. Dalle agregará: "viven como marido y mujer; ellos estarán tranquilos, Dios los ve bien: su conciencia nada les reprocha".

Si ocurriera finalmente la desavenencia, entonces optarán por separarse, y, con frecuencia, será de común acuerdo. Si hay hijos, se los repartirán. La separación será vista como un accidente lamentable.

Pueden iniciar otra experiencia de vida común

Para el caso huancavelicano Coronado halla que el uihuanacuy (concubinato andino), de esa región, tiene tres puntos de inicio.

Una vía regular por la que los padres solicitan la mano de la mujer. "No la queremos para burlarnos, sino para hacerla casar, para que sea nuestra hija", dirán.

Una segunda forma constituida por la fuga de la pareja en mutuo acuerdo. Luego del retorno se establecerá la posibilidad del matrimonio.

El tercer camino parece ser que goza de menos libertad. Suele ocurrir cuando la mujer ha sido desflorada con engaños o si se halla en cinta. Pero aún así —sostiene Coronado—, se puede llegar al "deshacimiento" completo y definitivo, con reconocimiento de la prole y pago de perjuicios (yahuarnumeta cochun ... que pague por su sangre). Empero si no ha habido disolución, habrá comenzado el uihuanacuy.

DINAMICIDAD DE LA FAMILIA

La dinamicidad de la familia sometida a la influencia de la cultura resulta incuestionable.

Al respecto Morgan dirá:

Si se reconoce el hecho de que la familia ha atravesado sucesivamente por cuatro formas y se encuentra en la quinta actualmente, plantéase la cuestión de saber si esta forma puede ser duradera en el futuro. Lo único que puede responderse es que debe progresar a medida que progresa la sociedad, que debe modificarse a medida que la sociedad se modifique: lo mismo que ha sucedido antes. Es producto del sistema social y reflejará su estado de cultura. Habiéndose mejorado la familia monogámica desde los comienzos de la civilización, y de una manera muy notable en los tiempos modernos, lícito es, por lo menos, suponerla capaz de seguir perfeccionándose hasta que se llegue a la igualdad entre los dos sexos. Si en un porvenir lejano, la familia monogámica no llegase a satisfacer las exigencias de la sociedad, es imposible predecir de qué naturaleza sería la que le sucediese.

Nuestro maestro en Derecho Familiar, don Héctor Cornejo Chávez sostiene que "la familia no es un fenómeno inmóvil, sino en constante evolución o involución, aunque ello no sea perceptible día a día". Y añade:

... la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se interrelacionan factores bio-fisiológicos, ético-religiosos, étnico-culturales, económico-sociales, psicológicos y educativos. Por tanto, las raíces de la pro-

blemática familiar se hunden en lo más profundo de la psiquis de los individuos, de la idiosincracia de los pueblos, de las convicciones medulares y las condiciones del medio social en que se desenvuelve.

Y es que la sociedad es un ente dinámico, cambiante, en la que constantemente se crean nuevas condiciones sociales y estructurales.

UN PERFIL DE LA FAMILIA PERUANA: HOY

La familia de la urbe occidental (costa), ofrece tendencias de orden nuclear. Es pues de carácter monogámico. Para ella el matrimonio más que un proceso es un acto formalizado ante el alcalde que representa a la comunidad y a la ley. Este tipo familiar se funda en la fidelidad, cohabitación y asistencia, aún cuando en la práctica hay indicios suficientes de la existencia de una crisis *. Tal matrimonio provoca efectos personales y patrimoniales regulados por el Código Civil que data de 1984. La prole está sujeta, hasta los dieciocho años, a la patria potestad, y el vínculo civil parental se extingue en el cuarto grado colateral.

La familia de nuestra urbe occidental está manifiestamente influenciada por el derecho canónico (cristianismo), el derecho romano, y en menor cuenta por el derecho germano, sino también del semita. Tiene reminiscencias del viejo derecho de Castilla trasladado a América en el periodo colonial.

Empero en las zonas marginales de las urbes occidentales costeñas (Pueblos Jóvenes), se aprecia la co-existencia de familias nucleares con antecedentes en el matrimonio civil o en uniones de hecho. Una reciente muestra estadística, lograda por el autor, en la Lima marginal que comprende Pamplona Alta y Baja, El Trébol Azul de San Juan de Miraflores y los Sectores I y III de Villa El Salvador, nos lleva al resultado siguiente:

* El doctor Héctor Comejo Chávez dirá que "la crisis es tanto más grave cuanto los factores internos de disolución, nacidos de la inmadurez, la impreparación o la irresponsabilidad, resultan agravados desde afuera. Los massmedia juegan en éste, como en tantos otros campos, un papel decisivo. Por su conducto llegan a la intimidad del hogar y hasta el fondo de las conciencias y subconciencias, la degradación morbosa del sexo despojada de su nobleza y dignidad, la exaltación de la infidelidad y el amor libre, la exhibición descarada de la pomografía que a veces ni siquiera se toma ya el trabajo de disfrazarse de arte. El alcoholismo, la drogadicción, el homosexualismo, el amor libre, las uniones informales conscientemente elegidas, la cohabitación plural, el adulterio generalizado y el divorcio fácil..., minan la familia y erosionan desde su interior los cimientos mismos de la comunidad civil. Factores económicos vinculados a la producción y la distribución de la riqueza, sobre todo en los países emergentes, impactan sobre la familia. La desnutrición, la ignorancia, la promiscuidad, la enfermedad, el desempleo toman heroica, si es que no imposible, la tarea de construir con el amor y la sonrisa miles de hogares".

TOTAL ENCUESTADOS: 390

		<i>Porcentaje</i>
Hombres	167	42.82%
Mujeres	223	57.18%
	390	100.00%

Porcentaje

Limeños	74	18.98%
Provincianos	316	81.02%
	390	100.00%

<i>Tipos</i>		<i>Porcentaje</i>
1. Solteros	54	13.85 %
2. Casados	171	43.85 %
3. Convivientes	150	38.46 %
4. Divorciados	4	1.02 %
5. Separados	4	1.02 %
6. Viudos	7	1.80 %
	390	100.00 %

Nota relevante, en la familia costeña de urbe occidental, es la persistencia del patriarcalismo y machismo, por el que el varón considera inferior a la mujer aún cuando en el primer caso le dé cierto respeto, protección y guía, a ella como a los hijos. Empero el machismo deviniente de los conquistadores, encomenderos, hacendados o gamonales, acendrado hoy en el pueblo, implica un abrupto verticalismo y autoritarismo, sobre la mujer y los hijos, deshumanizando el sentido de igualdad y respeto en el hogar*.

* Sara-Lafosse dice: "Los propios padres de familia, en una proporción considerable (30%), consideran que los jóvenes deben iniciar su vida sexual en un prostíbulo. Los jóvenes que así lo hacen se forman una imagen de la mujer como la de un objeto puesto a su servicio y experimentan la relación sexual como algo carente de toda afectividad, reducida a un acto que les proporciona un placer sensorial. Esta forma de iniciación les dificulta y en algunos casos los incapacita en forma permanente, para tener una espontánea y humanizante

De otro lado, la familia andina hoy tiene algunos rasgos peculiares persistentes desde ayer. Fue el Perú republicano el que quiso homogenizar a los peruanos olvidando sus vastas tradiciones. Así, la comunidad andina es fundamentalmente de interacción personal. Son núcleos humanos no tan numerosos, en los que es fácil el conocimiento personal recíproco. La fuente y modalidad del parentesco posee dos niveles que actúan en correlato, de un lado la familia nuclear y del otro la familia extensa o comunal. Así como los roles del parentesco son protagónicos (el rol del compadre, el yerno, la nuera, el suegro, etc.), la familia extensa en el ande tiene una importancia capital y se reúne para fines sociales con frecuencia inusitada.

El matrimonio andino actual es monogámico, en sintonía con el tipo familiar nuclear. Pero resulta evidente que en el ande el matrimonio es un proceso destinado a la profundización de la relación social. Tal vez por ello hay en la sociedad andina una gran y precoz libertad en el aspecto sexual. Se aprecia en el poblador una especie de socialización hacia el sexo.

El emparejamiento es fundamental. La pareja es la base de la sociedad. Casarse significa adquirir adultez. Pero en el ande uno se emparejará con cualquiera, pues habrán normas que se remarcarán desde niños a los jóvenes. Así resulta recomendable emparejarse con otro de la misma comunidad, a fin de no disminuir la posibilidad de adquirir más bienes. Tal vez así funcionará mejor el mecanismo de la herencia, aunque éste no es del todo conocido. Ortiz Rescaniere nos dice:

El sistema de herencia tradicional es poco conocido. Tenemos indicios que existe una tendencia por la herencia siguiendo un criterio sexual: los hijos varones tienden a heredar los bienes del padre, las hijas, los que son considerados de la madre. También notamos un cierto criterio por la edad: los mayores reciben tierras, los animales se reparten por igual, el menor se queda con la casa. Por ejemplo, en Sihuas (Callejón de Conchucos), los hombres heredan las herramientas del padre, las hijas los útiles de la madre; las tierras y los animales se reparten por igual, pero la casa paterna queda para la menor de las hijas; si no hubiese hija, será para el menor de los hijos. En algunas comunidades aymaras las mujeres heredan las tierras; los hombres, los animales. Cuando hay desacuerdos entre los herederos sobre estos criterios, a veces recurren al sistema hereditario contemplado por el código civil.

Siete grandes familias amazónicas constituyen el antecedente de los 67 grupos etno-lingüísticos que habitan nuestra selva.

Ella se extiende por el 60.3% del territorio nacional, sin embargo está manifiesta-

relación sexual con su pareja conyugal. Quedan así ambos insatisfechos, y como consecuencia, el marido continúa frecuentando el prostíbulo y la mujer va alimentando un resentimiento frente al marido por la frustración que sufre en cada relación".

mente despoblada. El antropólogo Ballón Aguirre nos dirá que no hay norma social que sea general para la selva; que está constituyete más bien una suerte de "mapa pluriétnico". Así encontraremos ocasiones en que el parentesco será distinto al orden parental occidental; en oportunidades hallaremos el trazo indiscutible de líneas matriarcales familiares; en otras circunstancias imperará la poliginia o poligamia; sin que desechemos la presencia indudable de matrimonios nucleares. Al igual que en el ande no interesará las virginidad, y el matrimonio será un proceso. En la selva la presencia de la familia extensa —es decir comunal—, es indiscutible y ella cumplirá un protagónico rol social y político.

REFLEXION FINAL

Todo lo antedicho, conlleva al gran asunto que involucra la construcción de un sistema legal que responda a la identidad cultural de nuestro país. Sin embargo, parte de esa enorme problemática, implica admitir que nuestra realidad social es severamente pluricultural. Tal carácter pluricultural dificulta que, en cada caso, la ley se convierta en una suerte (muchas veces discutible), de "inventario de costumbres sociales".

Sin perjuicio de que la ley respete la educación, costumbre y conducta de la familia (como lo hace para los cónyuges el Art. 337 del Código Civil), es altamente probable que ya ha llegado el momento de revisar para el derecho familiar, no sólo el poder de discreción del juez, sino también la composición de los tribunales típicos de familia, que acaso no debieran hallarse exclusivamente integrados por abogados.

Es probable que también haya tocado la hora de aunar esfuerzos para repasar, con mucho cuidado, la posibilidad de implementar un Código de Familia independiente. La naturaleza de la familia y el interés social, la distancia del derecho familiar con la teoría del acto jurídico, la necesidad de organizar una coherencia entre el derecho de familia y el derecho del menor, entre otras razones, pueden ser fuente para el estudio de un código independiente.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA, José de
BACHOFEN, Johann Jakob
BASADRE, Jorge
COBO, Bernabé
CORNEJO CHAVEZ, Héctor
- CORONADO, F.
- DALLE, Luis E.
- DAMMERT, José
- IDIGORAS, J.L.
- KAUFFMANN, Federico
LUBBOK, John Aveburg
MAC LENNAN, J.F.
MARZAL, Manuel
MORGAN, Lewis
ORTIZ RESCANIERE, A.
- PLANNITZ, Hans
- SAGRADA BIBLIA
SARA-LAFFOSSE, Violeta
VALCARCEL, Luis E.
VALEGA, José
VARGAS UGARTE, S.J., Rubén
WESTERMACK, R.
- De Procuranda Indorum Salute**
Derecho Materno
Historia del Derecho Peruano
Historia del Nuevo Mundo
Derecho Familiar Peruano
Familia y Derecho
Sobre El Servinakuy, 1980,
Documento inédito
El Servinakuy, 1980,
Documento inédito
Matrimonio estable no indisoluble, 1879
Documento Inédito
Reflexión Teológica sobre el
servinakuy andino, 1980,
Documento inédito
El Perú antiguo
El origen de la civilización
Estudios de historia antigua
La transformación religiosa peruana
La sociedad antigua
La Familia y la Comunidad
Campesina en las regiones altas
Principios de Derecho Privado
Germánico
- Crisis Familiar y Crisis Social**
Historia del Perú Antiguo
Historia del Virreinato Peruano
Historia del Virreinato Peruano
Historia del Matrimonio en la
especie humana

LA FAMILIA INDIANA
**(Apuntes sobre una institución jurídica durante el proceso de
cambio del Derecho peruano en el siglo XVI)**

René Ortiz Caballero

NOTAS PREVIAS

La historia del Derecho peruano, como la historia del Perú, no puede ser entendida como una sucesión de hechos ubicables a lo largo de una suave pendiente de fenómenos tendenciales o de procesos evolutivos, más o menos detectables tras un hilo conductor.

Ella, más bien, se ha forjado en un permanente romper y recomponer la estructura social, y vuelve equívoco, a lo menos, el concebir nuestra historia jurídica a partir de un inicio romanista como nos sugieren usualmente los profesores universitarios, preocupados más por el dogma jurídico del presente (con no poca justificación), en las introducciones de sus cursos y en sus manuales pergeñados bajo esa misma preocupación.

La historia del Perú y la de su Derecho no tienen *, en verdad, un único inicio sino muchos "comienzos" que pugnarón, en su momento, por relucir más que los demás —por ser "el principio"—, y que luchan aún hoy, como faros en la oscuridad del teatro, por acertar a iluminar al personaje principal —así lo aseguran o intuyen— sobre el entarimado de la historia.

Como observadores de sucesivas encrucijadas de haces luminosos, ha sido nuestra opción no mirar hacia las tinieblas del fárrago de la historia —resaltadas paradójicamente por los proyectores—, ni a la claridad de un solitario haz de luz, sino a las mismas encrucijadas donde las luces confluyentes resaltan con mayor intensidad los objetos que se cruzan en su trayectoria. Al hacerlo, advertimos que, en realidad, no se trata

* Permítasenos conjugar los verbos en tiempo presente para recordar que la historia no "está" en el pasado simplemente, sino que la vivimos hoy al actualizarla para nuestros hijos.

de seguir a un único personaje inmóvil sino de perseguir a varios en proceso, en transformación, postulando y reconstituyendo paradigmas.

El historiador del Derecho —o quien haga sus veces— no puede menos que ser consciente de esta naturaleza en ebullición, que es la historia humana y aceptar, humildemente, **exponer** un aspecto de la misma simplificada.

Una muestra tradicional de esta labor expositiva la tenemos en la periodificación de nuestra historia en las consabidas tres etapas: prehispánica —**andina**, preferimos—, colonial y republicana. Lo curioso de este ejemplo, sin embargo, es que relega los entrecruzamientos que daban principio y fin a cada periodo a un plano francamente secundario, pues lo importante era seguir por el camino finalmente iluminado en el escenario —¡vana ilusión! la de una historia acabada—.

El tema que nos convoca, la **familia indiana**, requiere de estas notas previas porque se ubica justamente en el tránsito de un periodo a otro; es fruto de ese transitar o, mejor aún, forma parte de ese trasuntar las historias de dos mundos.

En efecto, lo indiano no es andino ni español; es el resultado de la confluencia de dos culturas, de dos tradiciones jurídicas *. Si bien reconocemos que ejercerá hegemonía lo español en los hechos y en los postulados de "deber ser", ello nos indica también que estamos ante una relación, esto es, ante la existencia de dos positivities, pues sin la presencia de dos partes la hegemonía es impensable.

Ahora bien, estas dos estructuras no conviven simplemente. El encuentro de estas civilizaciones (enfrentamiento y hallazgo mutuos) se nos presenta, desde una perspectiva temporal, como "una discontinuidad especificada por cierto número de transformaciones distintas" (FOUCAULT 1970: 293); es decir, configurando un acontecimiento de ruptura para el Derecho (Cfr. ORTIZ 1989: 21 y ss.). El Derecho andino no será ya más el mismo después de 1532; tampoco será igual al de la península ibérica el orden jurídico castellano aquí vigente. Los elementos y las relaciones existentes entre ellos se alterarán, a veces violentamente, en ese proceso que conocemos genéricamente como **transculturización** (o transculturación).

Impuesta o espontánea, la transculturización nos plantea el reto enorme de llevar adelante innumerables trabajos monográficos, por la vastedad de variables a considerar (Cfr. SORIANO 1987: 13 y ss.), y es en ese ambiente que proponemos algunas ideas sobre la **familia indiana**.

* No siendo éste el lugar para sustentar premisas fundamentales, nos limitamos a confirmar las sospechas del lector: asumimos, y sostendremos a lo largo del trabajo, la existencia de un Derecho en el Perú andino, anterior a 1532.

Nuestra pretensión

Los encuentros de transculturización se dan en múltiples niveles y, aun dentro del propio Derecho, ellos suponen:

Inventariar (...) las posibilidades de aceptación de los intercambios, la permeabilidad de las resistencias (intercambios forzados, voluntarios o pasivos); el análisis de las preferencias de las formas culturales que se imponen; la cuantificación de la velocidad de los cambios, de las relaciones generacionales y de los grados de asimilación; el examen de los fundamentos y supuestos sociológicos y psicológicos del proceso y la necesidad del trabajo colectivo e interdisciplinario (SORIANO 1987: 18) *.

Vista así la labor, estas páginas pretenden más que nada alertarnos; eliminar algo de la hojarasca y abrir un claro para la investigación; también sugerir algunas herramientas e ideas sobre cómo explorar. Por ejemplo, hablar de la familia indiana es referirse, ciertamente, a una institución (jurídica), mas no nos confunda este término connotándonos las ideas de estabilidad y coherencia. Las instituciones discurren en una permanente dialéctica entre lo "instituido" y lo "instituyente", de modo que toda estabilidad sea transitoria y toda coherencia relativa. Si recorriésemos únicamente la historia de la familia occidental, difícilmente la reconoceríamos en cada parada del viaje. Así nos previene, el maestro CORNEJO CHAVEZ, al sintetizar las diferencias que la historia de la familia nos ofrece sólo en lo que a extensión y organización de la misma se refiere (1985: I, 22 y ss.). Multiplíquense las variables, aún más, cuando el "alza y el guión" de nuestras armas se orientan hacia una institución no occidental.

Más que significar contenidos, preferimos, con Fernando de TRAZEGNIES (1985: 9), que las palabras sean continentes a los que debemos llenar de contenidos en cada caso distintos. En este orden de cosas, nos parece importante considerar que si bien hoy estimamos primordiales las relaciones entre el padre, la madre y los hijos, estos vínculos, nacidos de una **comunidad sexual duradera** (WEBER 1984: 289), no implican el concepto familia si no los consideramos, a la vez, como una **comunidad económica de sustento** (WEBER: *Loc. cit.*). Además, "en cuanto se trata del nacimiento de la 'familia' como una formación social específica, **relaciones de comunidad de todas clases se cruzan con las sexuales y fisiológicas**" (resaltado nuestro), (WEBER 1984: 289-90). En este sentido, no puede hablarse en general de la familia ni del matrimonio como una noción previa, como una brújula cuyo norte esté predeterminado porque erráramos encontrando "indias" sucesivas en lugar del "Nuevo Mundo".

La familia sólo debe definirse en oposición a otras comunidades en cada momento. "Como institución social, el 'matrimonio' nace en todas partes en primer lugar en virtud

* La autora expone aquí las ideas de Alphonse Dupront y nos remite a su obra *L'Acculturazione* (Torino, Einaudi, 1966).

de la contraposición a otras relaciones sexuales que **no** se consideran como matrimoniales" (WEBER 1984: 290).

Así, pues, nuestra hipótesis es que el término **indiano**, con el que calificamos a un cierto tipo de familia, nos sugiere esa discontinuidad entre las positivities andina y colonial. Nos evoca una institución (en el sentido dinámico de la palabra), que vive la "transitoriedad" e "incoherencia" de una época de cambio y ajustes necesarios. Un concepto que es preciso **descubrir** antes que **analizar**; **hacer** antes que **estudiar**.

Lo **indiano** interesa —debe interesar— porque implica y obliga a reconocer dos positivities, no obstante las dificultades que nos ofrecen las fuentes. La hegemonía cultural que mencionáramos atrás, nuestra forma occidental de mirar y reconstruir la historia y la singular manera andina de "contar la historia", que nos refiere María ROSTWOROWSKI (1986: 99 y ss.), a través de cantares, narraciones, pinturas o quipus, no necesariamente cronológicos ni veraces —porque no compartían con nosotros estos valores al registrar el pasado—, nos obligaron e impelen a recurrir inicial y principalmente a las fuentes de origen europeo. Esto es peligroso, porque nos ha parecido que las herencias jurídicas andinas habían sucumbido ante la fuerza y el prestigio de lo romano-canónico. La categoría **indiano** es ciertamente europea y así se ha desarrollado; empero, creemos que significa no sólo la adecuación de lo ibérico a las circunstancias distintas del Nuevo (y viejo) Mundo sino, también, la pervivencia (resistencia andina o tolerancia española) de lo jurídico andino en el derecho colonial y, quizás, por ese conducto, en el derecho republicano.

Por lo demás, viabilidad jurídico-formal de esta presencia andina nos la proporciona la ley 4a., tít. 1º, lib. 2 de la **Recopilación** de las **Leyes** de Indias, que a la letra dice:

Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten;

Curiosamente, la presencia en la actualidad de lo jurídico andino no ha sido una tesis desarrollada ni propuesta por nuestros juristas o historiadores —menos posible todavía si entre ellos existen quienes niegan el derecho incaico como tal—, sino por juristas europeos con proyecciones latinoamericanas *.

Hechas estas reflexiones, elucidar en algo la noción **familia indiana** será, pues, nuestra pretensión y también, sin embargo, nuestro pretexto.

* Romanistas italianos notan la presencia de elementos precolombinos en el Derecho latinoamericano, en grado tal que les permite postular la existencia de un sistema jurídico latinoamericano, distinto del romano-germánico al que solemos adscribimos (Cfr. CATALANO, Pierangelo, "Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho romano". En: **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**. Madrid, REUS, 1982. Tomo LXXXV, 2a. época, Nº 3, setiembre).

II. ESBOZO DE LAS FAMILIAS ANDINA E HISPANICA

Raíces andinas

Apuntar a la elucidación de la familia andina, anterior a 1532, es hacer un esfuerzo por penetrar en una cosmovisión regida por patrones de reciprocidad y redistribución; y por principios de tripartición, cuatripartición (dualidad), y, también, decimal de organización del espacio y tiempo prehispánicos.

La organización política, al igual que la económica o la militar, respondían a esos criterios y estudios varios existen desde los primeros de Polanyi y R. Tom Zuidema. En particular, de las obras de Nathan WACHTEL (1973) y María ROSTWOROWSKI (1986; 1988a; y 1988b) observamos que hipótesis trascendentales, como la dualidad de curacazgos y la diarquía incaica en tiempos del Tahuantinsuyo, se van imbricando con procesos económicos de reciprocidad, primero, y redistribución, después, a fin de proveer no sólo a la satisfacción de las necesidades (materiales e ideológicas) de las etnias y ayllus que las conformaban, sino de ir gestando una organización política (con autoridades para cada 10, 100, 1,000, 10,000 y 40,000 familias) y social, donde las responsabilidades se van asumiendo por edades cuya delimitación se hace sin recurrir a nuestros patrones de medición, no necesariamente certeros para discernir la capacidad y aptitud de las personas. Recordamos aquí, entre otras, la escala decimal de Guamán Poma de Ayala, citada por numerosos autores (Cfr. BASADRE 1937: 128).

Nótase ya, desde esta escala, la idea de la complementariedad entre los sexos (ROSTWOROWSKI 1988b: 7), importante para la configuración familiar, porque a cada sexo correspondería una labor distinta según su edad. El aumento de la población —¿preservación de la especie?— parece haber sido también un principio tenido muy en cuenta en torno a la familia, sobre todo al valorarse en aquella época una prole numerosa. Conocido es, por medio de los cronistas, que la riqueza en el Ande antiguo no la constituían los bienes sino las personas con las que se podía contar en el hogar para las faenas domésticas y del campo; y que el *waqcha* o "pobre" era aquél que no tenía parientes o vecinos con los cuales establecer lazos de reciprocidad (WACHTEL 1973: 65).

En este sentido, la **comunidad sexual duradera**, con marcada tendencia hacia la monogamia en el pueblo común, se entrelaza armoniosamente con la **comunidad económica de sustento** a un punto tal que da origen, a través de prestaciones desiguales, a la justificación ideológica de los curacas, a la sazón "jefe de familia o un anciano, [que] goza de una red de alianzas más extensa" (WACHTEL 1973: 64-65).

Es preciso resaltar el peso económico que tiene la descendencia —dado el esquema de reciprocidad— para entender, por ejemplo, la práctica del *servinacuy* y comprender por qué no es óbice para la ruptura de la pareja los hijos habidos durante la relación. El "pacto", que implica esta forma matrimonial, entre el padre de la novia y el

novio admitía perfectamente esta posibilidad y, es más, el abuelo materno recibía a los niños como un beneficio, pues, enriquecerían su capacidad de entablar reciprocidades.

Ahora bien, esta forma de subsistencia se halla ligada con el criterio de que la familia no está constituida únicamente por un padre, una madre y los hijos. Para entender por qué la familia puede involucrar a más personas es preciso considerar el principio de tripartición, expresado en los grupos **collana**, **payan** y **cayao** (Cfr. WACHTEL 1973: 31). El primero, proveniente del "huevo de oro" según el mito andino (ROSTWOROWSKI 1986: 147), es un grupo exógamo y endógamo a la vez; los **collana** son los que tienen padre y madre **collana** y, en este sentido, el grupo se va a conservar endógamo; pero también es exógamo cuando se vincula el hombre con una mujer no **collana** bajo ninguna línea, proveniente del huevo de cobre, (denominada **cayao**) dando origen a un **payan**.

Lo curioso de este grupo **payan**, o descendiente del "huevo de plata", es su dualidad endogámica y exogámica. Si se casare un **payan** con una **collana** la unión sería endogámica por la línea patrilateral, aceptada sólo entre los **collana**; pero si se casara con una **cayao** sería exogámica, toda vez que el parentesco andino es matrilineal en general y por esta línea no hay conexión con los **collana**: "las relaciones exogámicas entre los tres grupos están pues regimentadas por el modelo del matrimonio asimétrico con la prima cruzada matrilateral, y los cambios matrimoniales están orientados en el sentido: Collana —Payán— Cayao" (WACHTEL 1973: 32).

Siguiendo estos criterios, los parientes son los que tienen un mismo ascendiente materno, de allí que el tío materno sea el que cumpla los principales roles en las ceremonias de iniciación del niño o la niña (BASADRE 1937: 131; ROSTWOROWSKI 1988b: 7). Esclarecedora es, a partir de este criterio, la explicación que la historiadora María ROSTWOROWSKI da de la función de los ayllus y panacas en la sucesión del poder y el porqué de la lucha entre Huáscar y Atahualpa, hermanos de padre pero no de madre y, en consecuencia, pertenecientes a linajes distintos (1986: 167 y ss.; y 1988a: 155 y ss.).

La fuerte presencia del parentesco matrilineal debilita al parecer la pareja conyugal como esquema fundamental de la familia y, siendo esto así, no es un problema el incesto del que nos hablan los mitos andinos. El de los hermanos Ayar, en la versión de Guamán Poma de Ayala, nos revela, por ejemplo, la presencia de Mama Huaco como madre y esposa de Manco Capac (Ayar Mango). En las otras versiones son cuatro hermanos los que salen de las cuevas de Pacaritambo con sus cuatro hermanas.

Cierto es que el término "hermana" es plurisignificante y que puede indicar simplemente la prima, hija de un hermano o hermana de la madre, desde que el referente que permite distinguir al pariente o hermano del no pariente es el ayllu y no la familia nuclear; además, la estructuración del ayllu responde a la tripartición grupal vista, donde el linaje se conserva por la línea materna, y por tanto, los primos de una misma generación son hermanos entre sí.

En todo caso, la familia se va hilvanando a través de estas relaciones matrilineales pero sin que se pueda determinar, por referir un criterio nuestro, quiénes o cuántos habitaban una vivienda pues debe recordarse que la monogamia podía romperse en varias circunstancias. Era usual, por ejemplo, que la mujer a quien se encomendaba la crianza de un niño —huérfano generalmente—, lo iniciara sexualmente en su juventud y se convirtiera en su esposa después, explicándose esto por el principio de reciprocidad (Cfr. ROSTWOROWSKI 1988b: 8). Otra ocasión que hace difícil determinar la extensión de la familia y el parentesco era la poligamia, al accederse a un *status* superior, camino al curacazgo, o por merced del Inca en reciprocidad por favores prestados, como cuando se cumplía la función de *mitmas*.

Evidentemente, en el caso de la nobleza inca, e incluso en el de ciertos "funcionarios" (*hunucamayoc*), la poligamia era un símbolo de prestigio y autoridad, a la vez que un medio para ampliar los lazos de reciprocidad (ROSTWOROWSKI 1988b: 8). Lo que sí debe tenerse presente es que, sea cual fuere el caso, la poligamia no implicaba distinguir entre esposa y concubinas. Si bien algunas —las dadas por el Inca— podían tener mejor posición, ello no implicaba que todas tengan la condición de esposas y que, en consecuencia, todos los hijos sean *matrimoniales*.

Estas conexiones son las que tornan imprecisos los límites entre la familia y los grupos comunitarios mayores, pues las mismas palabras "*ayllu*" o "*panaca*" denotan no sólo "familia" sino también "linaje" y "parentesco". Al estudiarse las relaciones de reciprocidad se reconoce que éstas son iguales e ilimitadas entre los parientes cercanos, mientras que son específicas y desiguales entre los lejanos (WACHTEL 1973: 64).

En cualquier caso, creemos que puede distinguirse entre *ayllu* y familia si consideramos que ésta forma parte de uno de los linajes que constituyen a aquél. Sin embargo, un elemento adicional, importante para ayudar a la distinción, lo encontramos en el matrimonio.

Antaño menospreciado en la doctrina, por la perspectiva occidental adoptada, el matrimonio andino es un acto clave para el *ayllu* y el *Tahuantinsuyo* en sus momentos respectivos. Con el matrimonio se accede a la "mayoría de edad", se convierte el joven en "*hatun runa*" y tiene derecho a una parcela de tierra para su subsistencia y la de su familia. El matrimonio era constituido ante las familias bajo la forma de "compra" entre el novio y el padre de la novia (principio de reciprocidad), o ante la autoridad, ya sea por decisión particular del Inca o en las ceremonias públicas y masivas, en las que el funcionario casaba a los solteros y solteras del lugar, siempre por disposición del Inca.

En cualquier situación, este acto y el inicio del ciclo reproductivo permitirán ascerverar la existencia de la familia desde un punto de vista andino. Sabido es que las particularidades de cada región del Ande vuelven frágiles las generalizaciones, más, por lo menos, ésta parece ser la concepción que se tenía de la familia en el mundo andino anterior a 1532 y por tanto sería el punto de partida para verificaciones futuras

Raíces castellanas

Con relación a la familia castellana al momento de la transculturación poco es lo que debe destacarse, pues, salvando diferencias de detalle en cuanto a esponsales, régimen de bienes y relaciones interpersonales de los cónyuges, respondía al esquema que reconocemos aún hoy de una familia monogámica, con tendencia nuclear, unida por un vínculo indisoluble, a la vez acto e institución, contrato y sacramento, tal como lo postulaba la doctrina cristiana antigua recogida en la introducción a la Cuarta Partida de la obra alfonsina, y reforzada y vuelta más estricta con el Concilio de Trento (1545-1563), cuyas normas fueron sancionadas civilmente al convertirse en "ley de este Reyno" por real cédula del 12 de julio de 1564 (OTS Y CAPDEQUI 1969: 220).

De acuerdo con la doctrina de la época la familia se constituía para beneficio de los cónyuges e hijos, siguiendo el proyecto divino, resaltando la autoridad paterna sobre la mujer y los hijos y condenando todo tipo de unión natural y clandestina, admitidas todavía en la legislación civil castellana. Igualmente extendió los alcances de la noción familia al señalar como impedimentos para el matrimonio el parentesco por consanguinidad colateral (además del de línea recta, evidentemente), primero hasta el "séptimo grado geniculum" y, luego, al "cuarto de computación canónica" —esto es, a partir del tronco común— (Cfr. CORNEJO CHAVEZ 1985: 95); también, constituyó óbice el parentesco por afinidad y el espiritual.

El derecho canónico fue, pues, en esta materia el que imperó como "norma castellana", debido a que, aprovechando la debilidad de los Estados medievales "logró transformar en verdadero poder de jurisdicción la autoridad disciplinaria que ejercía desde antiguo en orden a las condiciones y formas de celebración del matrimonio, como, asimismo en lo concerniente a la naturaleza de las relaciones conyugales" (BASADRE 1985: 273-274).

A partir de estas ideas, trazaremos algunas vías tentativas de contacto entre la familia andina y la colonial con vistas a elucidar, si ello y el concepto son posibles, una familia indiana.

III. LA FAMILIA INDIANA: Familia en cambio

Al recorrer la doctrina que nos ha permitido barruntar la familia indiana en las páginas precedentes, advertimos una dificultad fundamental, causa de innumerables equívocos. Como lo anticipáramos en las notas previas, los vocablos jurídicos deben ser más continentes que contenidos, a fin de no entorpecer con nuestras propias piedras el camino hacia la verdad histórica. Lamentablemente, diversos autores consultados han errado al haber intentado desembarazarse de sus nociones *hic et nunc*.

Un terreno fértil para la exploración de la familia indiana, por ejemplo, lo constitu-

yen los numerosos matrimonios entre españoles e indias durante los primeros años de la Conquista. Sobrentendido ha sido en el discurso jurídico doctrinal que estas relaciones mixtas eran "simples concubinatos" o "legítimos matrimonios" (Véase OTS Y CAPDEQUI 1969: 220), dependiendo de si se cumplía la norma canónica, sin reparar en la posibilidad de que sean relaciones matrimoniales —familiares— andinas pervivientes. Creemos a este respecto que sólo la investigación puede descartar la hipótesis según la cual estaríamos ante un matrimonio andino en el caso de Francisco Pizarro e Inés Huaylas Ñusta, al que, con mayor propiedad, deberíamos calificar de **indiano** si el aserto primero se confirma*.

El problema en este caso particular estriba en que las formas matrimoniales observadas fueron incaicas y que se produjo, luego, el rompimiento de la relación y el subsiguiente matrimonio de Inés Huaylas con el español Francisco de Ampuero, esta vez canónico. ¿Podría sostenerse válidamente que el desconocimiento del primer matrimonio por parte del orden jurídico europeo es suficiente para rechazar la hipótesis de que se trató de uno andino?

El problema, al parecer, radica en la rigurosidad mostrada por la doctrina católica en este tema, comprensible en tanto compete a la moral cristiana. Recuérdense, a este respecto, que las normas y costumbres autóctonas se respetarían en tanto no afectaran lo dispuesto por la religión y por las normas fundamentales del Derecho común. En este sentido es que se dictan distintas cédulas correctivas que aparecen reunidas particularmente en el título 1° del libro 6° de la Recopilación de las Leyes de Indias.

Acorde con la política expuesta, el punto de partida de la familia debía ser el matrimonio católico, basado en el principio de la libertad en la prestación del consentimiento. Numerosas son las disposiciones legales dictadas sobre este último aspecto. Algunas con carácter eminentemente general, como la real cédula del 5 de febrero de 1515 (anterior a la llegada al Perú), incorporada en la ley 2a., tít. 1°, lib. 6° de la Recopilación de las Leyes de Indias, establecerán el principio:

los indios é indias tengan, como deben, entera libertad para casarse con quien quisieren, asi con indios, como con naturales de estos nuestros reinos, ó españoles nacidos en las Indias, y que en esto no se les ponga impedimento.

Otras, atinentes a circunstancias específicas, derivadas de la codicia encomendera, fijarán penas contra los que obligaban a casarse:

Algunos encomenderos por cobrar los tributos que no deben los indios solteros hasta el tiempo señalado, hacen casar a las niñas sin tener edad legítima,

* Juan Antonio Pizarro Sabogal exploró este asunto, en su tesis de bachillerato **Evolución de la Familia en la Historia del Derecho Peruano** (Lima, texto mecanografiado, 1984), sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

en ofensa de Dios nuestro Señor, daño á la salud é impedimento á la fecundidad. Y porque esto es contra derecho y toda buena razon, mandamos a nuestras reales audiencias y justicias, que juntamente con los prelados eclesiásticos de sus distritos provean lo que mas convenga, castigando a los transgresores, de forma que cesen tan graves inconvenientes (Lib. 6°, tít. 1°, ley 3a. de la Recop. de Indias).

La libertad inherente al acto del matrimonio fue resaltada no sólo por principio o contra desaguisados como los citados; también lo fue para enmendar las costumbres — ¿normas jurídicas?— andinas. En efecto, desde la perspectiva española, el principio de libertad daba a los indios la posibilidad, negada antes, de escoger a la mujer que convertirían en su esposa. En este sentido se pronuncia Juan de MATIENZO, cuando refiere que se ha liberado a los indios de la "esclavitud de los caciques" al ponerlos bajo los cuidados de los encomendados (1967 [1567]: 22 a 24).

Siempre bajo el principio de la libertad para contraer matrimonio encontramos la real cédula del 29 de setiembre de 1628. En ella se condena la costumbre indígena de "vender sus hijas á quien mas les diese para casarse con ellas"; y dispone que "ningun indio ni india reciba cosa alguna en mucha ni poca cantidad ni en servio [sic] ni en otro género de paga en especie del indio que se hubiere de casar con su hija..." (Ley 6a. tít. 1°, lib. 6° de la Recop.).

Es evidente que esta norma nos recuerda el matrimonio andino "por compra", mencionado líneas arriba, y nos evoca esas dificultades de comunicación que supone la transculturización, máxime en el tema que tratamos. En este sentido, sugerimos como hipótesis la posibilidad de distinguir la entrega de bienes, situándola dentro del esquema de reciprocidad andino, con lo cual enervaríamos el carácter mercantilista aludido por la Corona española, del cumplimiento de la voluntad paterna por parte de las hijas, el cual se asemejaría al consentimiento paterno para el matrimonio (Cfr. OTS Y CAPDEQUI 1969: 220) exigido por el Derecho castellano y relativizado en América en atención a las dificultades generadas por la distancia entre padres e hijos.

Es obvio que entre el consentimiento paterno y la obediencia a la voluntad paterna existe una diferencia radical en términos de libertad, mas, por un lado, creemos que la brecha se angosta, y por otro lado, corresponde a dos maneras de enfocar las relaciones familiares en las que la mujer cumple un rol subordinado al varón, ya sea como esposa o hija. Esto era así en la familia castellana.

Otra norma legal vinculada al principio de la libertad, pero que alude a un problema adicional como es la poligamia, la encontramos en la real cédula del 17 de diciembre de 1551 (ley 5a., tít. 1°, lib. 6° de la Recop.):

Ningún cacique ni otro cualquier indio, aunque sea infiel, se case con mas de una muger: y no tenga las otras encerradas ni impida casar con quien quisieren.

Curiosa síntesis de la real cédula es ésta que aparece en la Recopilación, pues induce a pensar que es el fundamento moral o religioso la causa de su dación. En realidad, la ausencia de libertad y la poligamia eran, según el tenor original de la norma, un "grande impedimento para la multiplicación de los yndios, que si tuviesen las mugeres que el caçique tiene encerradas, se casarían con ellas... y multiplicarían mucho más" (Citada por Teodoro HAMPE 1985: 383). Indudablemente, el factor religioso estaba presente en el discurso jurídico de la época y en los hechos inclusive; es más, al informarnos MATIENZO (1967 [1567]: 118) que los clérigos no tenían jurisdicción sobre los indios, anotaba como excepción: "pero al hechicero y al que tuuicre mas de una muger, les pueda azotar y tener presos en la cárcel seglar". Así, pues, sea cual fuere la razón principal, la poligamia fue uno de los caracteres de la familia andina que no prosperó en el Derecho colonial; evidentemente, su práctica sigue una historia que se puede rastrear hasta el presente, aunque no bajo patrones familiares.

Ahora bien, el texto de la Recopilación que acabamos de citar sobre la poligamia de los curacas nos sugiere una reflexión adicional. Ciertamente es que los principios que venimos refiriendo (libertad matrimonial y monogamia) corresponden al matrimonio católico; sin embargo, cuando el texto de la ley 5a., tít. 1°, lib. 6° alude al casamiento del indio "con mas de una muger" aunque sea infiel (!) , ¿a qué matrimonio se está refiriendo?, ¿al católico como nos lo proponen las otras normas? Si fuese así, la nota a la condición de "infidel" —no bautizado— es innecesaria, porque para contraer matrimonio es preciso estar bautizado. Parece obvio, en consecuencia, que la norma se pone en la hipótesis del casamiento del indígena no cristiano, lo cual sólo puede producirse de acuerdo con las normas andinas antedichas.

Las ideas precedentes nos permiten postular un reconocimiento tácito del matrimonio andino por parte de la Corona castellana. Con la modificación señalada, proscribiendo la poligamia, estaríamos ante una típica institución de tránsito, *indiana*, configurada por el matrimonio andino, monógamo forzosamente para indios y curacas por imperio de la real cédula acotada. Habrá que insistir aquí que únicamente un trabajo monográfico sobre fuentes de "derecho vivo" nos podrá dar noticia de la vigencia de este aserto, sobre todo por la preeminencia otorgada al matrimonio canónico, tanto en el discurso legal como en el doctrinal. Empero, creemos que coexistió con el andino, quizás bajo la apariencia indiana. En todo caso, éste fue incorporado en la positividad jurídico-colonial una vez producida la ruptura del orden andino.

Otro fenómeno de tránsito que nos permitirá confirmar las hipótesis expuestas al inicio de este trabajo es el relativo a "la convalidación, dentro de las normas canónicas, de los matrimonios ya contraídos por los indios en tiempos de su infidelidad" (OTS Y CAPDEQUI 1969: 221). El Sínodo Ordenado en la Ciudad de los Reyes (Lima)... en 1550 contempló el problema señalado, arribando a una serie de conclusiones (OTS Y CAPDEQUI 1943: II, 235-36; 1957: 85-86) que, con el carácter de normas, tendieron a evitar el choque entre lo andino y lo católico-castellano. En este sentido, dichas normas amenguaron, a la postre, el rigor de las estrictas normas tridentinas sobre la materia —

aprobadas en 1563—, pues se trató de promover la incorporación de la población indígena a la religión católica y a sus normas, pero sin forzarlas en extremo (Cfr. SOLÓRZANO Y PEREIRA 1972 [1647]: Cap. XXIX del lib. II).

Bajo estos criterios, al procurarse dar reconocimiento legal a los matrimonios andinos se dio valor a las uniones de parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, esto es, entre hermanos, aunque debe recordarse la duda existente sobre la univocidad del término "hermano" a la que aludíamos líneas arriba. Apoyándose precisamente en la amplitud del significado de la palabra, la Iglesia católica reconoció la "unión entre hermanos" en el I Concilio Limense de 1551 y, contradiciendo lo prevenido en el Concilio de Trento, admitió en 1567 los matrimonios futuros de los naturales dentro del tercer y cuarto grado colateral de consanguinidad. Esta norma la entendemos como un franco reconocimiento de su similar andina, la cual no sólo vuelve a adquirir vigencia, si asumimos que se ha producido una sustitución de órdenes jurídicos (Cfr. ORTIZ 1989: 28), sino que es objeto de un proceso de transformación e incorporación en el nuevo orden debido, precisamente, a la subsistencia de lo andino a pesar de la hegemonía europea.

Un último aspecto que merece resaltarse es el referente a la unidad de la familia. Sobre este particular versan las leyes 7a., 8a., 9a., y 10a. del mencionado título 1° del libro 6° de la Recopilación de las Leyes de Indias. Allí se procura que los hijos sigan unidos a los padres y, en una nueva hipótesis de trabajo, parece que se respeta en varias de las leyes el criterio andino de la pertenencia a una comunidad, *ayllu* o *panacas*, a la que la norma llama "pueblo del padre" o "pueblo de la madre". ¿Se pretendió proteger, con estas normas, la familia en su concepción occidental, centrada en padres e hijos, o la familia en su sentido andino, más próxima del *ayllu*? Propendiendo a la primera sospechamos que no se descartó la segunda y, más bien, se la reconoció.

IV. NOTA FINAL

El gran acento puesto en la normatividad y doctrina españolas para la confección de estas páginas puede ser objeto de un reparo inmediato del lector paciente, atento y crítico. A guisa de justificación, permítasenos salir al paso de dicha objeción indicando que esto es, ante todo, un atisbo hacia un territorio ignaro. Más que ofrecer un conocimiento nuevo, proponemos un enfoque distinto de la Historia del Derecho de Familia, fruto de lecturas e investigaciones sobre otros temas jurídicos, que exigirá una labor de purificación metodológica, primero y de investigación, después. Con esta intención encomendamos este trabajo a ese lector particularmente paciente, atento y crítico que es nuestro maestro don Héctor Cornejo Chávez.

BIBLIOGRAFIA

BASADRE, Jorge

1937 **Historia del Derecho Peruano.** Lima, Antena.

1985 **Fundamentos de la Historia del Derecho.** Lima, Edigraf. 2a. ed.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor

1985 **Derecho Familiar Peruano.** Lima, Studium. T.I.

FOUCAULT, Michel

1970 **Arqueología del Saber.** México D.F., Siglo XXI.

HAMPE, Teodoro

1985 "Continuidad en el mundo andino: los indígenas del Perú frente a la legislación colonial (siglo XVI)". En: **América Indígena.** México D.F., vol. XLV, N° 2.

MATIENZO, Juan de

1967 **Gobierno del Perú.** París-Lima, Instituto Francés de Estudios

[1567] Andinos.

ORTIZ, René

1989 **Derecho y Ruptura, a propósito del proceso emancipador en el Perú del ochocientos.** Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

OTS Y CAPDEQUI, José María

1943 **Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente indiano.** Buenos Aires, Baiocco. T. II.

1957 **El Estado español en las Indias.** México D.F., Fondo de Cultura Económica.

1969 **Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano.** Madrid, Aguilar.

RECOPIACION DE LEYES DE LOS REYNOS DE ESTAS INDIAS

1841 Madrid, Boix.

[1681]

ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, María

1986 **Estructuras Andinas del poder.** Lima, Instituto de Estudios Peruanos. 2a. ed.

- 1988a **Historia del Tahuantinsuyo.** Lima, Instituto de Estudios Peruanos.
- 1988b **La mujer en la época prehispánica** (Documento de Trabajo N° 17). Lima, Instituto de Estudios Peruanos.
- SOLORZANO Y PEREIRA, Juan de
1972 **Política Indiana.** (Biblioteca de Autores Españoles). Madrid, Ed. Atlas.
[1647]
- SORIANO, Graciela
1987 **Hispanoamérica: Historia, desarrollo discrónico e Historia Política** (Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos, 29). Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- TRAZEGNIES, Fernando de
1985 **El Derecho como problema de la historia.** Lima, texto mecanografiado inédito.
- WACHTEL, Nathan
1973 **Sociedad e Ideología.** Lima, Instituto de Estudios Peruanos.
- WEBER, Max
1984 **Economía y Sociedad.** México D.F., Fondo de Cultura Económica. 7a. reimp. de 2a. ed. en español.

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN EL PERU: UNA APROXIMACION HISTORICA

*Aníbal Quiroga León **

En países de mentalidad sísmica, es fácil hallar poetas, políticos, oradores. La aparición de juristas es un fenómeno de sedimentación ulterior. El Perú, país contradictorio, los ha tenido, a pesar de todo. Riqueza de subsuelo, sin el abono de calores multitudinarios ni belleza ornamental...

JORGE BASADRE
Los fundamentos de la
Historia del Derecho Peruano

* El presente estudio constituye una reformulación de un trabajo inédito de setiembre de 1981.

I

El curso histórico y la realidad normativa del **divorcio** como Institución Jurídica del Derecho Familiar Peruano se configura en forma sugestiva y contradictoria, pues sucede que en su forma **vincular** fue negada expresamente en el Código Civil de 1852, y que habiendo sido admitida en los Códigos Civiles de 1936 —ahora derogado— y de 1984 —en actual vigencia— sus legisladores, que regularon su modalidad y alcances, fueron expresos y convictos **antidivorcistas** como se puede constatar con facilidad ¹, siendo esa contradicción el motivo principal del presente estudio y de la aproximación histórica a estas instituciones en el Derecho Familiar Peruano.

II

El concepto de **divorcio** se encuentra íntimamente ligado al de matrimonio laico o civil, pues la Iglesia Católica no acepta ni reconoce la posibilidad de disolver el matrimonio canónico.

El matrimonio civil tiene sus orígenes históricos en el Derecho Romano, alcanzando su plenitud con **JUSTINIANO** (483-565 D.C.). Tuvo una progresiva tendencia que lo caracterizaba como una Institución civil y que se pone de manifiesto en las diversas formas en que el matrimonio adquiere la **manus**: la **confarreatio**, propia de los patrios; la **coemptio** o venta solemne en que la secularización se aprecia con claridad; y

1 Con relación al Código Civil de 1936 ver el Art. 1° de la Ley 8305 de 2 de junio de 1936, autoritativa para la promulgación del Código Civil; ver igualmente Fernando GUZMAN FERRER. **Código Civil**, Cultural Cuzco Eds., Lima, 1982, 4ta. ed., T. I; pp. 376-377; ver asimismo **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**; Fondo Editorial - PUC del Perú Lima 1980; p 554.

el **usus**, aplicación de la **usucapio** a la posesión de la mujer en que el carácter profano es exclusivo. En todas estas formas de matrimonio **quiritario**, éste quedó siempre caracterizado como acto privado, no oficial y disoluble por divorcio o por repudio ².

En los primeros siglos de la era cristiana, en que se inicia la fusión entre el Derecho Romano hacia el Derecho Canónico —pasando por el de los **bárbaros**—, la institución del matrimonio se sacraliza y hace más asequible a los humildes combatiéndose el concubinato, de modo que a partir del Siglo VI se presenta este fenómeno con mayor claridad, fusionándose la legislación civil con la regulación canónica; para tres siglos más tarde asumir la Iglesia Católica la competencia exclusiva de la regulación del matrimonio, hecho que se reafirma con las disposiciones de los Concilios de LETRAN (Siglo XIII) y TRENTO (Siglo XVI).

En el desarrollo del Derecho Canónico se elabora el **Codex Iuris Canonici** en donde se legisla el matrimonio con amplitud y tecnicismo perdurable, al punto que las legislaciones civiles posteriores prácticamente tomaron de allí su forma y solemnidad para el mundo occidental ³, recogiendo parte en cuanto a los impedimentos y la separación de los casados. Conceptualmente en el Derecho Canónico el matrimonio es una Imbricancia entre un acto contractual (**elemento volitivo**) y un rito sacramental (**elemento teológico**).

La secularización posterior del matrimonio canónico y subsecuente reaparición del matrimonio laico es una de las directas consecuencia de la **Reforma**, coincidente en ello con el Derecho Natural (Siglos XVI-XVII), situación que se determina por completo en la Francia post-revolucionaria al promulgarse el Código Napoleón del que somos históricamente tributarios y que prácticamente organizó el matrimonio como Institución exclusivamente civil, influyendo con este ejemplo en casi toda la legislación del mundo occidental ⁴.

Desde entonces, y hasta antes de la II Guerra Mundial, señala CORNEJO CHAVEZ ⁵, la legislaciones adoptan una de tres posiciones principales: la puramente confesional; la del Estado que se arroga el derecho de regular el matrimonio con normas de coloración confesional o donde el matrimonio confesional tiene un carácter supletorio; y la a-confesional que prescinde de las normas religiosas aunque las civiles coincidan en mayor o menor extensión con ellas.

2 Héctor CORNEJO CHAVEZ. **Derecho Familiar Peruano**, Librería Studium S.A., Lima, 1982, 4ta. ed., T. I, p. 29.

3 Op. Cit.; p. 30

4 Op. Cit.

5 Op. cit.

En el mundo contemporáneo el matrimonio civil o, como le llama CORNEJO CHAVEZ ⁶, la **forma civil de conclusión del matrimonio**, se da en forma subsidiaria, facultativa u obligatoria. Será subsidiaria cuando rige sólo para ciertos grupos de personas, para enlaces mixtos o para otros casos en que los contrayentes no puedan recibir la bendición eclesiástica. Será facultativa cuando los interesados puedan elegir el modo de contraer matrimonio entre un funcionario eclesiástico y un civil. Y será obligatoria cuando la ley le reconozca valor al matrimonio civil, desconociendo el valor del matrimonio eclesiástico.

III

En el Perú Colonial tuvo vigencia y validez el matrimonio religioso del catolicismo bajo las reglas del Derecho Canónico, lo que subsistió en el Perú Republicano aún mediando, en 1852, la promulgación del primer Código Civil, no obstante ser éste una fiel traducción del Código Napoleón. Dicho cuerpo de leyes definía el matrimonio como **la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana (sic)**; reconociéndole plena validez al matrimonio canónico conforme a las disposiciones del Concilio de Trento —tal como, por lo demás, venía ocurriendo desde casi cuatro siglos antes, a raíz de la colonización— con el único requisito de que fuese inscrito en los Registros de Estado Civil ⁷. CORNEJO CHAVEZ justifica esto por el hecho de la abrumadora mayoría de la población peruana profesante de la religión católica ⁸.

Es con la promulgación de la Ley de 23 de diciembre de 1897 cuando se reconocen en el Perú como igualmente válidos el matrimonio canónico y el matrimonio civil. Sin embargo, este segundo en puridad no tenía carácter facultativo sino subsidiario para quienes declarasen expresa y previamente ser ajenos a la Religión Católica o separados de ella, lo que en la práctica significaba un reconocimiento socialmente repelente en una pequeña sociedad profundamente católica. Esto fue reafirmado con la promulgación de la Ley de 23 de noviembre de 1903.

IV

En 1920 el Congreso Nacional aprobó una Ley de secularización absoluta del matrimonio que no llegó a entrar en vigencia por la observación que le efectuara el Ejecutivo —presidido por don Augusto B. Leguía— en uso de las atribuciones que la Cons-

6 Op. cit.

7 Si bien para reclamar los correspondientes derechos civiles los Arts. 441 y 443 de dicho Código Civil exigían su inscripción en los Registros de Estado Civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República admitió la validez de dicho matrimonio aunque careciera de dicho registro, siempre que lo estuviesen en el Registro Parroquial, por aplicación del inc. 1° del Art. 400 del Código de Procedimientos Civiles de 1912; ver Op. Cit.

8 Op. cit.

titución Política del Estado de principios de dicho año le confería. No es sino hasta el 4 de octubre de 1930 en que se llega a promulgar dicha Ley mediante la expedición del Decreto Ley 6889 por la Junta Militar del Presidente Sánchez Cerro. Posteriormente la citada norma legal fue ratificada por Ley 7893 —expedida ya en olor de constitucionalidad por el propio Sánchez Cerro terminada la situación de facto— que tuvo vigencia hasta la promulgación y entrada en vigor del Código Civil de 1936 y en donde se legisla ampliamente el matrimonio laico al que se le confiere y reconoce efecto jurídico de modo singular, exclusivo y excluyente dejándose a la libertad de conciencia del ciudadano el cumplimiento de sus deberes de religión ⁹. Allí se omite intencionalmente una definición de la institución del matrimonio —en consecuencia con su técnica legislativa— dejando que ello sea el producto de una tarea interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia en el conjunto de su normatividad.

V

La separación de los casados (**separación de cuerpos o divorcio relativo**) tiene por finalidad el reconocimiento y convalidación jurídica de una determinada realidad matrimonial en la que los cónyuges no quieren o no pueden hacer vida común. El Código Civil de 1852 permitía ello sólo bajo una determinada causa legal, y le denominaba llanamente **divorcio** pues estaba fuera de su conceptualización y normatividad la figura del **divorcio vincular** ¹⁰. No obstante, aparece evidente que de producirse la separación de los casados se enerva la finalidad del matrimonio según su propia definición ¹¹.

Paralelamente a la laicización del matrimonio, con anterioridad a la vigencia del Código Civil de 1936, por Ley 7894 se consagró por primera vez en el Perú la posibilidad jurídica del **divorcio vincular** por mutuo disenso, inmotivado, cuyo único requisito era que el matrimonio tuviera cuando menos una antigüedad mayor a tres años. **He aquí, pues, el nacimiento legal del divorcio absoluto en el Perú.**

El 2 de junio de 1936 se expide la Ley 8305 por la que se delega en el Poder Ejecutivo la facultad de promulgar el Código Civil en base al Proyecto de Código que con anterioridad y mucho esfuerzo había elaborado la **Comisión Reformadora**, autorizándose al nombramiento de otra **Comisión - Revisora -** que designe el Congreso Consti-

9 El Art. 292 del Código Civil de 1936 —ahora derogado—, establecía que: "Las disposiciones de la ley, en lo concerniente al matrimonio, no se extienden más allá de sus efectos civiles, dejando íntegros los deberes que la religión impone". El Art. 360° del Código Civil de 1984 señala que: "las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone". Ver también CODIGO CIVIL. Exposición de Motivos y Comentarios, Delia Revoredo de DeBakey, compiladora; Librería Studium, Lima, 1985, T. IV, pág. 426 in-fine. (ponencia presentada por el Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ).

10 Un ejemplo de estos se encuentra en el Título VI de la Sección Segunda y Art. 1083 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, posterior al Código Civil de 1852 y anterior al Código Civil de 1936.

11 Ver § 3

tuyente, para que introduzca las modificaciones que estime convenientes. Esta norma autoritativa que delega funciones legislativas no sería de importancia para este estudio sino fuera porque en su Art. 1° se señala una condición, la única —a la sazón obligación—, mediante la cual el Congreso Constituyente disponía imperativamente que el Código Civil a promulgarse debía mantener inalterables las normas sobre matrimonio laico y divorcio —incluyendo el vincular— ya vigentes por mandato de las Leyes 7893 y 7894, así como las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

Es en virtud y cumplimiento de esta disposición que el Código Civil de 1936 —promulgado el 30 de agosto de dicho año por Decreto Supremo— legisló en la Sección Tercera de su Libro Segundo las normas concernientes al **divorcio relativo y absoluto**. Paradójicamente el consenso unánime entre los miembros de la original **Comisión Reformadora**, como entre los de la posterior **Comisión Revisora** a quienes correspondió legislar sobre esto, fue **manifiesta y expresamente antidivorcista**, contrarios a la posibilidad de la disolución del vínculo matrimonial¹². La explicación de este fenómeno de contradicción jurídica en la tarea legislativa se puede intentar a partir de un hecho político que ya es historia: el **oncenio** del Presidente Leguía y la posterior Revolución Militar del Comandante Sánchez Cerro, pues la liberalidad de concepto que precede a la idea del **divorcio** no fue permitida por un gobernante que alargó en exceso su mandato, que pretendió consagrar la Nación al Corazón de Jesús, que provocó una suerte de reactivo general una vez producida su caída del poder dando paso firme a toda la corriente embalsada que resultase inversa a lo que le era precedente. Esto incidió inclusive, en la regulación del matrimonio civil y del **divorcio vincular**.

12 Ver el **Comentario** transcrito de don Diómedes ARIAS SCHEREIBER, *Revista del Foro*, 1942, N°s. 1-3; p. 114; en Fernando GUZMAN FERRER. *Código Civil*; Ed. Universo S.A., Lima, 1977; t. I; pp. 225-226; ver también en la 4ta. ed. Cultural Cuzco Eds. S.A., T. I, pp. 376-377; donde en la parte pertinente se manifiesta lo siguiente: "La convicción adversa al divorcio absoluto, de la mayoría de la Comisión reformadora y de algunos delegados del Congreso Constituyente y del Poder Ejecutivo, se manifestó en el seno de la Comisión Revisora con la iniciativa vigorosamente sostenida por sus autores, que condicionaba la anulación del vínculo por mutuo disenso. Sin embargo, el exigente mandato de la Ley 8305 y el afán de la mayoría de los delegados del Congreso Constituyente de sostener la intangibilidad de las disposiciones sobre divorcio (...) apenas permitió insertar en el Código los requisitos del transcurso de dos años desde la celebración del matrimonio (...) y de un año desde la sentencia de separación (...) para la declaración del divorcio por mutua voluntad (...). Quienes contribuimos, aunque débilmente pero con relativa eficacia, a atajar la facilidad y precipitación de los divorcios que la experiencia judicial pudo advertir en la época comprendida desde octubre de 1930 hasta agosto de 1936, esperamos confiados el restablecimiento de la indisolubilidad del matrimonio y fundamos esta esperanza en la reflexión de los legisladores y gobernantes, de jueces y maestros, iluminada por la confortadora doctrina de la moral católica. Si el gobierno responsable de la promulgación de la reforma no logró, por la coacción de la Ley 8305, al ideal, cuyo estímulo sentía, de abrogar la legislación laica dictada en 1930, para sustituirla con las normas que se compadecieran con la preceptiva de la Iglesia, no puede desconocerse que el Código ha marcado una etapa en la marcha hacia ese ideal al abatir el sectarismo pugnaz en que se inspiraban las leyes anteriores a la reforma; al reconocer, bajo condiciones puramente formales, los efectos del sacramento, y al refrenar el divorcio (...). El espíritu del Código Civil de 1936, más inclinado que a la letra de los principios religiosos y morales que cimentan el matrimonio, ha encontrado la comprensiva y leal cooperación del episcopado nacional, prenda de felices consecuencias, transparentado en la instrucción colectiva de 1938".

El Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ ¹³ —que no oculta su posición contraria y desagrado frente a la legislación divorcista— sostiene con énfasis que el divorcio en el Perú no fue obra de juristas sino de un Parlamento heterogéneo y de un Ejecutivo surgido de una revolución, siendo por tanto producto de una **decisión política** antes que de un pensamiento jurídico. La contradicción entre la plena convicción antidivorcista del legislador que sin embargo ha legislado contra su voluntad sobre el **divorcio** se ha repetido históricamente, pues el actual Código Civil de 1984 también contiene normas sobre el **divorcio** —absoluto y relativo— bajo el título "**Decaimiento y Disolución del Vínculo**" (Arts. 332-360), consecuente con la valiosa obra **Derecho Familiar Peruano** donde Ponencia y doctrina son de una misma autoría. Tanto en la impronta legislativa como en la obra doctrinaria, el autor hace dos salvedades: deja expresa y fundamentada constancia de su convicción contraria al **divorcio** —en cualquiera de sus formas—; y, por otro lado, que en mérito de lo anterior no ha intentado innovar dicha figura o ampliar sus alcances, limitándose a las modificaciones necesarias que aconsejan la práctica de sus más de cinco décadas de vigencia o las que fluyen necesarias por razón de congruencia. Sin embargo, con igual honestidad deja constancia de la imposibilidad de suprimir esta figura que ya es una realidad irreversible en el **Derecho Familiar Peruano** y en nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional ¹⁴.

VI

El **divorcio absoluto**, de acuerdo con la legislación vigente, puede lograrse por cualquiera de diez causas taxativamente señaladas en el supuesto de hecho de la normatividad del Art. 333° del Código Civil en vigencia, así como por una undécima de naturaleza genérica que no requiere ni motivación, ni fundamentación, ni prueba, que es la conocida como el **mutuo disenso** ¹⁵.

El sustento de las causas específicas radica en el carácter de grave lesión que su realidad infiere al vínculo matrimonial, de tal suerte que su coexistencia deviene incompatible, por lo que debe desaparecer una de ellas: o la causa por el perdón —expreso o tácito—, la prescripción o la caducidad; o el vínculo matrimonial mediante el **divorcio** judicialmente declarado.

13 Héctor CORNEJO CHAVEZ. **Derecho Familiar Peruano**, Ed. Universitaria, Lima, 1960, 2da. edic., T. I, p. 264. Ver igual opinión del mismo autor en la 4ta. ed. Op. Cit.; pp. 294 y ss. y citas N°s. 307, 308 y 309.

14 **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**; Op. Cit. **Del Derecho de Familia**; Anteproyecto del Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ; pp. 552-554. Ver igual parecer en **CODIGO CIVIL.-Exposición de Motivos y Comentarios**; Op. cit. Ponencia presentada por el Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ; pp. 424 in-fine y ss.

15 Aún cuando ni en la exposición de motivos del anteproyecto, ni en la del proyecto se intenta definición alguna sobre el **mutuo disenso**, el Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ en clase la definía como "**El acuerdo en el desacuerdo**".

Las causas específicas, denominadas causales, van desde el **adulterio** (Art. 333°, Inc. 1°) que implica la infidelidad sexual de uno de los cónyuges atentando contra la monogamia y lesionando gravemente la esencia del vínculo matrimonial; la **sevicia** (Inc. 2°) que tradicionalmente ha sido entendida como el maltrato físico de uno de los cónyuges al otro, lesionando la integridad y personalidad del ofendido, y que en la actualidad ha sido extendida en su interpretación también al maltrato emocional, psicológico o moral; el **atentado contra la vida del cónyuge** (Inc. 3°) que traspa los límites de la infidelidad matrimonial para ofender al vínculo matrimonial en la esencia de la personalidad: la vida, con el afán de acabar con la relación matrimonial; la **injuria grave** (Inc. 4°), que importa el grave atentado inmotivado de inexcusable contra el honor, reputación o personalidad del ofendido; el **abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos exceda de este plazo** (Inc. 5°) que implica la desatención del hogar conyugal, sus deberes y obligaciones y la sustracción inmotivada e inexcusable de la realidad matrimonial que hacen a la misma ineficaz; la **conducta deshonrosa que haga insopor table la vida en común** (Inc. 6°) que significa el comportamiento desdorado, público y notorio, que ofenda la dignidad de la pareja matrimonial de modo reiterado; el uso **habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía** (Inc. 7°) que importa la grave alteración del comportamiento conyugal por la dependencia de drogas y la actividad de la drogadicción, poniendo además en peligro a la prole; la **enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio** (Inc. 8°) que importa una derivación del adulterio —dado que la enfermedad venérea grave (sífilis) sólo puede ser adquirida por contagio sexual—, con el agravante del peligro inminente sobre la prole¹⁶; la **homosexualidad sobreviniente al matrimonio** (Inc. 9°) que implica también una grave alteración de la conducta sexual del cónyuge (naturalmente concebida como heterosexual), una forma peculiar de infidelidad matrimonial, un comportamiento indecoroso y una situación que de ordinario hace insopor table la vida en común; y la **condena por delito doloso o pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio** (Inc. 10°) que también significa un comportamiento grave, represensible, socialmente repudiado y condenado, que afecta la honorabilidad de la pareja y afecta físicamente a la relación matrimonial con una separación forzada por hecho propio del ofensor que termina siendo ajeno al ofendido.

La causa genérica se refiere al **mutuo disenso** (Inc. 11°), después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, cuya invocación exige de explicación, motivación o prueba alguna. Esta es el mutuo asentimiento de un recíproco disentimiento conyugal, que impulsa a los cónyuges a la separación definitiva. Esta causa genérica se

16 Será la Jurisprudencia la que pueda incluir dentro de este supuesto de hecho normativo al **Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA-AIDS)**, grave enfermedad de etiología desconocida y tratamiento aún insuficiente, mayormente adquirida por contacto sexual. No es propiamente una enfermedad venérea, pero responde a una realidad mucho más grave que la sífilis, y también acarrea peligro y riesgo para la prole. Puede afirmarse sin duda alguna que la misma racionalidad normativa por la que se sanciona la enfermedad venérea grave sustenta la inclusión del SIDA dentro de este supuesto de hecho que sanciona el divorcio.

encuentra mediatizada —cosa que no ocurre con las específicas—, pues, para culminar por su mérito en el **divorcio absoluto** debe previamente declararse la separación de cuerpos por el **mutuo disenso**, y sólo se puede reiterar la solicitud del **divorcio absoluto** cuando la sentencia de separación de cuerpos —o **divorcio relativo**—, tenga determinada antigüedad ¹⁷.

Cada causa específica responde a su propia racionalidad normativa y a un supuesto de hecho (**fattispecie**) que diferencia una de la otra, siendo por tanto diferentes, diferenciables, independientes; de modo que cualquiera de ellas, por sí misma, confiere acción de **divorcio**. El error más frecuente en el tratamiento, aplicación e interpretación de esta causa específica es el de superponerlas unas con otras, confundirlas o acumularlas, cuando el supuesto de hecho es uno solo y responde sólo a una de ellas, invocándolas indistintamente en una demanda con la idea, equívoca por cierto, de reforzar la posición de la defensa. Más común es el error de inferir de la realidad de una causa específica los efectos de otra distinta, dejándose guiar por su significado semántico antes que jurídico. Así, por ejemplo, si bien es evidente que en todo **adulterio** se ofende gravemente a la pareja por la infidelidad en el trato sexual con persona ajena a la relación matrimonial, ello no configura a dicho trato sexual infiel como una **injuria grave**, por más que a ojos vistas —sobre todo en nuestra latina sociedad— ello sea considerado así, o constituya un **comportamiento deshonroso**, pues muchas veces el adúltero recurre a la clandestinidad, al sigilo y ocultamiento, en tanto que la **conducta deshonrosa** implica siempre un hecho notorio y público. Si bien el **atentado criminal contra el cónyuge** es por sí mismo un evidente maltrato físico, quizá el más profundo que se pueda ocasionar, no por ello el atentado frustrado da lugar a la causal de **sevicia** que supone un rango menor de daño e intencionalidad además de una necesaria secuencia que haga del maltrato físico o moral un comportamiento sostenido y no una situación puramente fortuita, casual y aislada que, si bien grave, no tenga la significación suficiente para por su mérito lograr la **disolución marital**. Otro tanto podríamos decir de la **sevicia** con relación a la **injuria grave**, pues si bien todo maltrato personal, físico o moral, es ultrajante, los supuestos de hecho normativos de cada una de estas causas específicas responden a diferentes realidades. Lo mismo puede sostenerse respecto de la **drogadicción o toxicomanía** y la **conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común**, entre la **enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio** y el **adulterio**, o entre aquélla y la **conducta deshonrosa**; o entre la **homosexualidad sobreviniente al matrimonio** y la **conducta deshonrosa** (aún cuando la manifestación homosexual no sea notoria), o entre aquélla y una forma atípica de **adulterio**; y también podría hacerse otro símil (con mayor fundamento quizá) entre la **conducta deshonrosa** y la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad **mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio**, que en puridad viene a ser una **figura específica de la conducta deshonrosa**,

17 El Código Civil de 1936 —ahora derogado—, exigía un año de plazo (Art. 276°). En el proyecto del Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ se establecía igual plazo (Art. 121, ver: CODIGO CIVIL; **Exposición de Motivos y Comentarios**; Op. cit.; p. 475). La Comisión Revisora designada de conformidad con la Ley 23403 modificó el Proyecto y redujo el plazo a seis meses (Art. 354° del vigente Código Civil de 1984).

cuando ese comportamiento ingrese dentro del tipo legal de un comportamiento criminal, que lo haga pasible de una condena judicial posterior a la celebración del matrimonio que, por lo demás, como ya está dicho, afecte seriamente la relación matrimonial por el forzado alejamiento físico de la pareja.

VII

La acción de divorcio, por causa específica, supone el enfrentamiento judicial del ofendido (titular de la acción personalísima ¹⁸), con el ofensor, en querrela pública en la que también toma parte el Ministerio Público como demandado y obligado a la defensa del vínculo matrimonial ¹⁹, y en la que aflorarán inevitablemente las interioridades ma-

18 El Art. 334 del Código Civil en vigencia señala en su primer párrafo que: "**La acción de separación corresponde a los cónyuges**". La legitimidad procesal —activa y pasiva— está legalmente reservada a éstos o quien represente ese derecho. Si no hay tal capacidad, nadie puede ingresar en el ámbito legal de la relación conyugal para solicitar el **divorcio**, aún cuando pueda serle evidente la configuración de alguna causa específica. Sólo el ofendido, cuando el hecho además de estar tipificado como causal específica, está legalmente facultado para considerarlo como ofensa y en su mérito demandar el **divorcio**.

19 Como quiera que el Código de Procedimientos Civiles establecía reglas de **divorcio** para la figura relativa del Código Civil de 1852, el Código Civil de 1936 estableció "**Reglas que se observarán durante los juicios de divorcio y separación de cuerpos**" (Arts. 278-291). Estas se repitieron en parte en el actual Código Civil de 1984, aunque sin un Título específico. En ellas ya no se consideraba al Ministerio Público como parte en los juicios de **divorcio** (Arts. 332-360). La Exposición de Motivos (CODIGO CIVIL; **Exposición de Motivos**; Op. cit. pp. 424-426), nada dice sobre este particular. Es del caso que con anterioridad al Código Civil de 1984, se expidió el 3 de abril de 1981 el Decreto Legislativo 052, **Ley Orgánica del Ministerio Público**, que en su Art. 96° inc. 2do. señala que el Fiscal Provincial en lo Civil tiene, entre sus atribuciones, el **emitir dictamen previo** en la causa sobre **divorcio** y **separación de cuerpos**. Sin embargo, al promulgarse el Código Civil de 1984, se expidió el Decreto Legislativo 310, titulado "**Normas Procesales para la aplicación del Código Civil**" que sin tener en consideración la normatividad de la **Ley Orgánica del Ministerio Público**, dispone en el Art. 12, inc. 1° que el Ministerio Público es **parte en todos los juicios de separación de cuerpos o de divorcio**. Obviamente hay una contradicción sobre la que nadie ha hecho pronunciamiento alguno. Al Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ le he escuchado crítica expresa a esta superposición de facultades contradictorias en colaciones de grado para optar Título profesional de Abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obviamente el Ministerio Público tiene facultades alterno excluyentes en juicio, según su propia naturaleza y funciones que su propia Ley Orgánica le reserva: o es **Auxiliar Ilustrativo de la Administración de Justicia**, en cuyo caso no es parte en juicio pero debe emitir **Dictamen Previo al Fallo**, esto es, el Juez está obligado a **escucharlo**, más no a **seguirlo**; o es **parte en juicio**, en cuyo caso **no debe emitir Dictamen Previo** sino ejercer todos los derechos y atribuciones (**cargas y deberes**) procesales que le competen como **parte legitimada legalmente en el proceso**. En la práctica, esta interposición de facultades ha dado lugar a situaciones legalmente contradictorias y contraproducentes que hasta la fecha están irresueltas. Así, cuando se expidió el Decreto Legislativo 052, **Ley Orgánica del Ministerio Público**, los jueces (sobre todo en los Distritos Judiciales de Lima y Callao, que es de donde procede nuestra información) mantenían al **Ministerio Público** como parte en los juicios de **divorcio** y **separación de cuerpos** (en cumplimiento del Art. 280 del Código Civil de 1936 —ahora derogado y que le denominaba **Ministerio Fiscal**— y empezaron a remitirle las causas de estas materias para **Dictamen Previo** en cumplimiento de la novísima **Ley Orgánica del Ministerio Público**, no obstante la evidente superposición de funciones. Por esta razón es que el **Proyecto** del Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ omite pronunciamiento alguno sobre el particular, dejando al Ministerio Público como **auxiliar ilustrativo de la administración de**

ritales. Por el contrario, cuando la cuasa sea la genérica del **mutuo disenso**, la ubicación procesal en juicio de ambos cónyuges es la misma —codemandantes—, en tanto, que el emplazado es el Ministerio Público contra quienes legalmente deberá de litigar. Debe considerársele como procedimiento contencioso, litigioso, aún cuando la litigiosidad sea evidentemente menor que en los juicios por causal específica.

La protección social al matrimonio se trasunta en el cuidado con que las reglas del divorcio han sido dispuestas. Así por un elemental principio de lógica jurídica, nadie

justicia en estos juicios tal como su Ley Orgánica lo disponía legislativo fue repetido por el Decreto Legislativo 310 que, como ya se ha anotado, exige la presencia del Ministerio Público como parte en los juicios de **divorcio o separación de cuerpos**. En la práctica, los hechos han dividido las funciones, pues en muchos casos se han optado por citar con la demanda al Ministerio Público como si fuese parte —sin que ejerza efectivamente los derechos ni cumpla con los deberes procesales que esto le confiere— en **primera instancia**, en tanto que en la Corte Superior de esto le confiere— en **primera instancia**, en tanto que en la Corte Superior de Justicia y la Corte Suprema de Justicia, indistintamente si se eleva en consulta, en grado de apelación o en recurso de nulidad, se remiten los actuados ante el Fiscal Superior en lo Civil o Fiscal Supremo en lo Civil, según fuere el caso, para el Dictamen Previo. Es obvia la superposición de funciones, desnaturalizando el verdadero rol del Ministerio Público. Desde un punto de vista objetivo de **interpretación jurídica**, dado que por un elemental principio de coherencia una misma institución no puede tener dos facultades contradictorias, la facultad de emitir **Dictamen Previo** como **auxiliar ilustrativo de la administración de justicia** que su Ley Orgánica le estableció, ha quedado **abrogada** con la vigencia del Art. 12°, inc. 1° del Decreto Legislativo 310, norma de igual jerarquía y de menor antigüedad (ya la doctrina constitucional ha determinado que una Ley orgánica no es de superior jerarquía que una norma ordinaria, presentándose en tal caso una **reserva constitucional** frente a la Ley Orgánica y la calificación en su votación). En consecuencia, el Ministerio Público, en el Ordenamiento Jurídico Peruano, no debe emitir **Dictamen Previo** en estos juicios, sino actuar como parte en la defensa del vínculo matrimonial. Lo que sucede es un notable desconocimiento de los alcances de una y otra función. Desde el punto de vista procesal es mucho más trascendente ser parte en un proceso, esto es, tener **legitimación** para generar actos jurídicos procesales válidos y considerar el proceso judicial como suyo, que emitir un **Dictamen Previo** no vinculante. La práctica ha demostrado fehacientemente que esto segundo no tiene un peso gravitante en el proceso judicial, que no es efectivo para un eficaz control del proceso y que sólo propicia la demora en su tramitación atentando contra la celeridad y economía procesal, afectando finalmente los derechos de los **justiciables**. Por lo demás, el hecho de no ser vinculante el **Dictamen Previo** le resta valor jurídico tanto para las partes como para la decisión judicial. Los jueces y Cortes pueden apartarse plenamente de los **dictaminado** sin expresión de causa ni necesidad alguna de motivación alguna. Por otro lado, la obligación de la **defensa del vínculo** matrimonial que debe hacer obligatoriamente el Ministerio Público (razón por la cual procesalmente siempre debe ser reputado como **demandado o emplazado —legitimación pasiva—**) viene del Código Civil de 1912, que en el Art. 584° señala esto para el juicio de **Nulidad de Matrimonio** dentro del Título que refería también al **Divorcio**. Con la Ley 7893 de 1931 las disposiciones de este Título referidas al **Divorcio** quedaron **abrogadas**. Sin embargo, la práctica judicial y jurisprudencial mantuvo esta obligación del Ministerio Público, de modo que ni podía convenir en la demanda, ni transigir, ni formular allanamiento. Así se ha mantenido esta facultad no regulada hasta la actualidad, pues el Código Civil de 1984 —en vigencia— no hace referencia específica a esto, así como tampoco lo hace el Decreto Legislativo 310 que latamente dispone la participación del Ministerio Público en estos juicios sin señalarle modo de proceder. Pero resulta obvio por interpretación sistemática y de **ratio legis** que la obligación subsiste a riesgo de desnaturalizar la esencia de la participación del Fiscal en juicio.

puede basar su pretensión de divorcio amparado en hecho propio²⁰; ni es procedente la acción judicial por la causal específica de adulterio cuando el ofendido ha perdonado expresa o tácitamente al ofensor²¹. Por iguales consideraciones, iniciado un proceso judicial por causa específica, caduca el juicio si en el transcurso del mismo se evidencia el perdón expreso o tácito. Las causas específicas caducan en plazos perentorios de seis meses o cinco años, según sea el caso ²², dando con ello estabilidad a la realidad matrimonial, en tanto que las causas de **sevicia**, **injuria grave** y **conducta deshonrosa** deben ser apreciadas por el juez no sólo con el básico criterio de conciencia y con remisión a la prueba actuada, sino que además debe tener en cuenta la educación, costumbre y comportamiento habitual de ambos cónyuges ²³. Corresponde igualmente al

20 Art. 335 del Código Civil de 1984 —en vigencia—: "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio".

21 El perdón puede ser expreso o tácito, según la interpretación de la literalidad del Art. 336 del Código Civil de 1984 —en vigencia—: "No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo probó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción". Ver, también, los Arts. 346° y 356° del mismo texto legal.

22 Referido a las causales de adulterio, atentado contra la vida del cónyuge, homosexualidad sobreviniente y condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años acaecida después del matrimonio, según lo prescribe el Art. 339° del Código Civil de 1984 —en vigencia—. Aquí hay un cambio cualitativo con respecto al antecedente del Código Civil de 1936 —ahora derogado— pues su numeral 252° incluía la **sevicia** y la **injuria grave** dentro de este supuesto de hecho normativo, y se señalaba la **prescripción** como sanción. El Proyecto del Dr. CORNEJO CHAVEZ (Art. 106°) también se refería a la **prescripción**. Sin embargo, en la Comisión Revisora se modificó con acierto esto por la **caducidad** expresamente regulada en el propio Código Civil y diferenciada de la **prescripción**. En este caso, la figura de la **caducidad** es mucho más coherente con la **ratio legis** de esta norma, pues procesalmente en la **prescripción** hay más liberalidad de la parte y menos posibilidad judicial, en tanto que en la **caducidad** sucede lo contrario. El juez no puede basar su fallo en una **prescripción** no alegada, de modo que esta interpretación servía para que causales de divorcio de más de diez o quince años se despolvaran para sustentar las más variadas demandas, y como quiera que el demandado no se exceptionaba (el juez no lo puede hacer de oficio) el juez no podía aplicar el derogado Art. 252° que literalmente aludía a la **prescripción**. El actual Código Civil, ha corregido esto denominándole con propiedad **caducidad**, la que opera de pleno derecho por el sólo transcurso del tiempo, otorga mayor seguridad jurídica al matrimonio (dejando de lado la **Espada de Damócles** que la causal específica suponía), no puede ser interrumpida en su cumplimiento, su aplicación no depende de la parte beneficiada sino que debe ser alegada de oficio por el juez determinando la improcedencia de la demanda por la ausencia (por perecimiento), del derecho sustantivo que le daba fundamento: en este caso el derecho de acción que confería la causal específica de que se trate.

23 Art. 337° del Código Civil de 1984 —en vigencia—, que repite casi textualmente la última parte de su antecedente, el Art. 247° -in-fine del Código Civil de 1936 —ahora derogado—. Esta norma, que pretende dar mayor justicia en la composición judicial de las controversias de **divorcio**, es cuestionada de **inconstitucional** por algunos, pues positiviza la desigualdad social, educacional y económica de los ciudadanos. Resulta que lo que puede ser **sevicia** para algunos (maltrato físico o moral) puede ser **tolerable** para otros y, por ende, no dar lugar al fundamento de la demanda. Lo que puede ser grave ofensa para unos, para otro puede no serlo en razón de su comportamiento habitual, costumbres o educación, factores que dependen indudablemente de la posición socio-económica de que se goce. Esta discriminación en el trato legislativo se encuentra avalada por la obra del Dr. CORNEJO CHAVEZ (*Derecho Familiar Peruano*; Op. cit., p. 273 y cita Nº 267) donde inclusive transcribe la cita de

juez la defensa social del matrimonio debiendo intentar en el acto del comparendo la reconciliación de la pareja ²⁴, no puede aceptar allanamiento, avenimiento o relevo de la prueba (incluyendo la relativización del valor pleno de la confesión expresa o ficta) cuando se trate de causa específica ²⁵; le asiste la **privativa facultad de minus petitio** ²⁶ en virtud de la cual en una causa de divorcio por causal específica puede válidamente declarar sólo la **separación de cuerpos o divorcio relativo** si, independientemente de la fehaciente probanza de la causal y como consecuencia de la misma, le parece probable la reconciliación de los cónyuges. Igualmente en la tramitación de los juicios de divorcio por causa específica, debe aceptar inmediatamente la variación de la demanda

LAURENT que "considera, por eso, que el juez debe tener en cuenta la condición social de los cónyuges, si las causas del maltrato fueron graves o no, si se trata de un hecho aislado o de un verdadero hábito, si los hechos ocurrieron en público o en privado, si el uso de la fuerza bruta ocurrió en el ejercicio de un derecho o arbitrariamente, etc.". La objeción a esta disposición radica en la posible violación del principio de igualdad jurídica de las personas que la Constitución Política del Estado consagra como Derecho Fundamental.

- 24 Esto tiene su origen en la Ley 7893 de 1931 que introdujo por primera vez las posibilidades del **divorcio vincular** por el mutuo disenso. Allí se le exigía al juez a exhortar a los cónyuges a la reconciliación en el acto del comparendo. El Código Civil de 1936 no tradujo positivamente esta obligación legal, pero la racionalidad de su normatividad hizo de esto una costumbre judicial dado que el juez está obligado a la defensa del vínculo matrimonial. El Código Civil de 1984 —en vigencia— tampoco tradujo esta obligación judicial, pero el Decreto Legislativo 310 sí la contiene en el inc. 3° de su Art. 12°. En la práctica es un proceder inoficioso, pues ni el juez es el adecuado llamado a componer una relación conyugal, ni tiene efecto práctico alguno, pues las partes llegan al proceso judicial —concretamente al comparendo— luego de un largo proceso de deterioro personal, familiar y de una composición legal lograda con la intervención de sus abogados. Llegan, pues, perfectamente concientes de lo que quieren y hacen, por lo que mal puede una exhortación judicial de mero trámite tener en ellos significación ni resultado alguno (Ver cita N° 31).
- 25 La prueba en juicio de divorcio por causa específica debe ser plena, fehaciente y convincente en derecho. No cabe, por tanto, ni el allanamiento, ni el convenir en la demanda, ni el relevo de la prueba. Reiterada jurisprudencia ha determinado esto con claridad. Ver R. de T. 1943, p. 264, Rev. de J. P., 1954, pp. 462, 566; 1955, p. 725, N° 153; Rev. de J. 1975, p. 860, p. 1104; etc. Fernando GUZMAN FERRER. Código Civil; Op. cit. pp. 377 y ss.
- 26 Importante atribución de orden singular, desde el punto de vista procesal que le permite al juzgador setenciar por menos de lo que le ha sido pedido sin incurrir en nulidad; cuando libremente decide, sobre la base de la prueba actuada, que es probable la reconciliación de los cónyuges (Art. 358° del Código Civil de 1984 —en vigencia—. Esto tiene su antecedente en el numeral 287° del Código Civil de 1936 —ahora derogado—. En algunos casos la norma fue defectuosamente interpretada en el sentido de aplicarla ante una probanza relativa. La posterior Jurisprudencia determinó que la probanza relativa daba lugar a la desestimación de la demanda por el efecto de la obligación de la carga de la prueba (Art. 338° del Código de Procedimientos Civiles) en tanto que para la aplicación de este precepto de **minus petitio** se requería prueba fehaciente de la causal específica. El supuesto de hecho normativo de este precepto no radica en la debilidad de la prueba, sino que por sobre la plenitud de la prueba de la causal específica, al juez de algún modo le alcance el convencimiento de la probable reconciliación de los cónyuges en mérito de la facultad de intermediación que hubiese podido ejercitar.

a la de separación de cuerpos o divorcio relativo en cualquier estado del proceso, por el sólo hecho de que el ofendido lo solicite ²⁷.

También asiste al juzgador una función **tuitiva** donde por un principio de **acumulación de acciones** está facultado a establecer —aún por sobre el silencio de los cónyuges— las reglas sobre el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores que hubieren, los alimentos para éstos y la cónyuge cuando le correspondiere, el régimen de visitas para el que tiene dicho ejercicio suspendido, disposiciones que me mantendrán hasta tanto no sean modificadas en el juicio que correspondan²⁸. Tratándose de la causal genérica del **mutuo disenso**, los cónyuges pueden proponer su acuerdo al juez, sobre todos estos aspectos, lo que deberá ser observado por éste en cuanto sea conveniente ²⁹.

El **divorcio relativo** o **separación de cuerpos** puede ser invocado por cualquiera de las causas específicas del **divorcio absoluto**. Esto significa que independientemente de la plena realidad de la causal específica, el ofendido puede limitar su pretensión jurídica a la **separación de cuerpos**, lo que deja subsistente el vínculo matrimonial y cuenta con algunas reglas sustantivas y procesales propias. Los cónyuges quedan liberados de las obligaciones de lecho y cohabitación, quedando legalmente separados para hacer vida separada, haciéndose fenecer la sociedad de gananciales ³⁰. Para obtener la **separación de cuerpos por mutuo disenso** es necesario, además, que el matrimonio

27 Normalmente en juicio sólo cabe la variación de la demanda antes de que sea contestada por escrito o llevado a cabo el comparendo de ley, según sea el juicio ordinario o de menor cuantía (Art. 311° del Código de Procedimientos Civiles). Esta disposición, contenida en el Art. 357° del Código de 1984 —en vigencia—, constituye una excepción coherente con la racionalidad normativa del **divorcio** en el Ordenamiento Jurídico Peruano. En este caso, la variación de la demanda de **divorcio vincular** por la **separación de cuerpos** o **divorcio relativo** puede operar en cualquier estado de la causa, aún en segunda instancia, mientras la sentencia no se halle ejecutoriada. Obviamente esta misma **ratio legis** prohíbe el proceso inverso, esto es, variar la demanda de **separación de cuerpos** por la de **divorcio vincular** dentro de la misma excepción, para hacerse deberá recurrirse a las disposiciones generales del Código de Procedimientos Civiles ya anotados.

28 Ver para el efecto los Arts. 340°, 345°, 350° y 352° del Código Civil de 1984. Inclusive si los hechos materia de la acción judicial han comprometido gravemente el legítimo interés personal del ofendido, el juez le puede conceder una suma adicional por concepto de reparación del daño moral, según lo estipula el Art. 351° del mismo Código, que constituye una novedad frente a la normatividad antecedente del Código Civil de 1936 —ahora derogado—. Esta **acumulación objetiva** de acciones es de carácter excepcional, pues todas estas posibilidades "**accesorias**" que pueden ser determinadas en juicio de divorcio, tienen diversa tramitación en el Código de Procedimientos Civiles y el Código de Menores, incluyendo el diferente orden de la autoridad judicial, pues alguna de estas posibilidades jurídicas competen a los Jueces de Menores, y el Art. 251° del Código de Procedimientos Civiles exige como requisito de la **acumulación objetiva** de acciones que las mismas estén sujetas al mismo procedimiento.

29 La demanda en este caso constituye, en el fondo un convenio de resolución del compromiso matrimonial. Ver para el efecto el 1er. párrafo, in-fine, del Art. 345° del Código Civil de 1984 —en vigencia—.

30 Ver para el efecto el inc. 2° del Art. 318° del Código Civil de 1984 —en vigencia—.

tenga una antigüedad no menor de dos años de celebrado ³¹. Durante su tramitación, como ya se dijo, ambos cónyuges tienen la misma ubicación judicial de codemandantes frente al Ministerio Público, al acto del comparendo deben asistir personalmente ³², a partir de la fecha del comparendo cualquiera de ellos puede hacer caducar unilateralmente el procedimiento por la revocación de su consentimiento en los treinta días siguientes al acto del comparendo ³³, y transcurrido seis meses de ejecutoriada la sentencia cualquiera de ellos puede solicitar la declaración judicial del divorcio vincular que será declarado por la sola constatación del transcurso de dicho plazo. En el caso de la separación de cuerpos por causa específica, el Código Civil de 1984 ha sufrido un retroceso Impuesto por su Ponente en esta materia ³⁴ apoyado en cierta interpretación jurisprudencial y en una contundente lógica jurídica, no por ello inmune al desacuerdo por considerarlo contraproducente al resultado final de la composición matrimonial a través de la intervención judicial.

31 En su origen, el **divorcio por mutuo disenso** sólo podía solicitarse transcurridos tres años de la celebración del matrimonio (Ver § 5 y cita 12). Luego el Código Civil de 1936 —ahora derogado—, redujo este plazo a dos años (inc. 2° del Art. 270), lo que ha sido repetido en el inc. 11 del Art. 333° del Código Civil de 1984 —en vigencia—.

32 Esta obligación, la de convertir la presencia de los cónyuges peticionantes de la **separación de cuerpos por mutuo disenso en personalísima**, no se contenía ni en la Ley 7893, de 1931, ni en el Código Civil de 1936 —ahora derogado—, ni en el Código Civil de 1984 —en vigencia—. Contradictoriamente ha sido "añadida" por el legislador del Decreto Legislativo 310 (parágrafo a), inc. 2° del Art. 12), que regula procesalmente la tramitación de los juicios de divorcio —haciéndolo más técnico, moderno y ágil—. Sin embargo, en la práctica es una disposición que hace retrocer la modernidad de la legislación del **divorcio**, pues exige la presencia personal de los cónyuges para el juicio por **mutuo disenso**, aleja al justiciable que no se encuentra dentro del país a venir obligatoriamente para asistir a esta diligencia de mero trámite, obliga a la pareja —muchas veces con relaciones personales muy difíciles— a una comparecencia indeseada e inconveniente y, finalmente, resulta contradictorio con el espíritu del propio Código Civil, que en materia de Derecho Internacional privado ha liberado al **divorcio** de la jurisdicción exclusiva de los Tribunales peruanos, pues para el juicio de **divorcio por mutuo disenso** esta disposición hace a la jurisdicción peruana exclusiva. El argumento para esta disposición nos parece fútil: se dice que la no presencia personal de los cónyuges (su representación por apoderados con mandato suficiente) hace jurídicamente imposible la obligación judicial de promover la reconciliación de los cónyuges (ver para el efecto la cita 23).

33 Art. 344° del Código Civil de 1984 —en vigencia—, repetido en el parágrafo b) del inc. 2° del Art. 12 del Decreto Legislativo 310, cuyo antecedente se encuentra en el Art. 279° del Código Civil de 1936 —ahora derogado—.

34 En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 276° del Código Civil de 1936 —ahora derogado—, no hacía distinción para la conversión de la **separación de cuerpos en divorcio vincular** tan sólo por el transcurso del plazo de un año, legitimando para ello a cualquiera de los cónyuges. El Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ, apoyado en cierta jurisprudencia originaria, opina por restringir la legitimación sólo al ofendido, restándole esta oportunidad al ofensor (Ver en: **Derecho Familiar Peruano**; Op. cit., p. 285 **ab-initio**). Esta posición doctrinaria la ha logrado insertar en el proyecto (Art. 121 in fiene) y finalmente en la versión final del Código Civil de 1984 —en vigencia—, en el Art. 354°, donde en su parte inicial se reduce el plazo de la conversión de la **separación de cuerpos al divorcio vincular**, y en su parte final consagra la legitimación activa para esta conversión sólo al ofendido, cuando dice: "Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica".

Finalmente la sentencia judicial en primera instancia que ampara el **divorcio** —bien sea **relativo** o **vincular** bien por causa genérica o específica, sólo tendrá vigencia jurídica desde que sea revisada necesariamente por la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de que se trate, sea por la apelación que se interponga por el ofensor vencido en juicio, sea porque se eleve en consulta impuesta por mandato de la ley³⁵, lo que constituye una **apelación de oficio** que excepciona al juicio de **divorcio-absoluto o relativo**—, de las tres grandes libertades procesales³⁶. Esto no ocurre si la sentencia desestima por la razón que fuese la demanda (o la reconvencción), en cuyo caso sólo se elevará a la Segunda Instancia si hay apelación expresa del presunto ofendido vencido en juicio. De no mediar apelación expresa y en tiempo oportuno, la sentencia devendrá en **ejecutoriada** y, por ende, con calidad de **cosa juzgada material**³⁷. En todos los casos de **divorcio** —**relativo o vincular**—, procederá el Recurso de Nulidad, de modo que siempre hay posibilidad de llegar hasta la Corte Suprema de Justicia de la República para la revisión de las causas en la búsqueda de la corrección de los defectos de forma y de fondo que pudieren cometerse, además de la evidente función nomofiláctica de la jurisprudencia nacional³⁸.

35 El carácter tuitivo del rol judicial en los juzgamientos de **separación de cuerpos** o de **divorcio** se aprecia cuando toda demanda fundada será necesariamente revisada por la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de que se trate, en cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 359° 12° del Decreto Legislativo 310, cuyo antecedente obra en el Art. 290° del Código Civil de 1936 —ahora derogado—.

36 Las tres libertades procesales, que dan el sentido moderno y occidental al proceso civil, son la **Libertad de la demanda** (*nemo iudex sine actore*), la **libertad de la prueba** (nadie puede ser obligado a probar) y la **libertad de impugnación** (nadie puede ser obligado a apelar). Son derechos público-subjetivos que se hacen valer en el proceso civil. Pertenecen al ámbito personal del litigante. En el presente caso, la elevación en consulta aún por sobre la conformidad de las partes es, evidentemente, una excepción a la **libertad de la impugnación**. Sobre estos temas puede consultarse Mauro CAPPELLETTI. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado-Las Grandes Tendencias Evolutivas*; EJEA, Bs. As., 1973.

37 El Art. 1082° del Código de Procedimientos civiles define la **cosa juzgada material**. Sin embargo, dicho texto legal de 1912 incluye al **divorcio** en la relación taxativa de la causa con **cosa juzgada formal** que pueden ser objeto de la **acción de contradicción de sentencia**. Sin embargo, resulta claro que la referencia al **divorcio** en dicho numeral se contrae al concepto de **divorcio** del Código Civil de 1852 que sólo concebía como **divorcio** al **divorcio relativo** o **separación de cuerpos**. Con posterioridad a 1931 en que se consagra la posibilidad del **divorcio vincular** con la Ley 7893, y concretamente a partir de la vigencia de la normatividad del Código Civil de 1936 —ahora derogado—, que establece un nuevo trámite judicial para esta clase de acciones y la posibilidad siempre presente del Recurso de Nulidad ante la Corte Suprema de Justicia de la República. Esto, y el evidente hecho de la inseguridad jurídica que producía la posibilidad de la **contradicción de sentencia** de un **divorcio vincular** de carácter definitivo, hizo que la jurisprudencia interpretara como **abrogado** el Art. 1083° del Código de procedimientos Civiles en lo referido al **divorcio**. Así se ha mantenido hasta la fecha y hoy en días es entendida la acción de **divorcio** como excluida de la taxativa relación de causas susceptibles de la **acción de contradicción de sentencia**. Ver sobre el particular la referida jurisprudencia en Fernando GUZMAN FERRER. *Código Civil*; Op. cit., T. II, pp. 1187-1191.

38 El Código Civil de 1984 —en vigencia— nada dice al respecto. Es el inciso 14 del artículo 12° del Decreto Legislativo 310 el que repite el antecedente contenido en el artículo 291° del Código Civil de 1936 —ahora derogado—.

VIII

Hay muchos aspectos de detalle que se quedan en el tintero por la naturaleza del presente estudio. Es evidente que en el tratamiento y regulación del matrimonio y **divorcio** en el Perú se trasluce con nitidez la pluma del Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ, la obra del jurista de toda una vida dedicada al **Derecho Familiar** en cuyo homenaje se escriben estas actualizadas cuartillas. No obstante, y siguiendo las propias enseñanzas del Maestro, no necesariamente nuestra posición es coincidente con la de él; bien fruto de una óptica diferente, bien producto de los tiempos generacionales, bien producto de nuestra evidente menor posición jurídica. El, y el lector, sabrán comprender estas circunstancias. Ha sido la observación jurídica de una imposición legal contenida en la Ley 8305 autoritativa de la promulgación del Código Civil de 1936 (desapercibida en casi todos los estudios sobre la materia), la reflexión sobre la antigüedad, normatividad y naturaleza del **divorcio** en el Perú tan católico, la lectura de la tradicional posición de la Iglesia en esta materia que sin embargo ha "**convivido**" en nuestra Nación con ello desde 1931 cuando realidades jurídicas comparadas en el hemisferio —e inclusive en Europa— más "liberales" que la nuestra, recién han ingresado a la legislación divorcista con mucha posterioridad, inclusive recién en esta década (España, Colombia, Argentina, etc.); y, por sobre todo, las enseñanzas del Maestro, las que han dado la impronta necesaria a este breve estudio cuyo mérito, confío, esté a la altura de su destinatario, quien en su paso final por nuestra Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú me honró con el compartir de la docencia universitaria, tan querida para ambos. Fuí, además de convicto y expreso discípulo, en un medio mezquinamente hostil, destinatario a la vez de su afabilidad y explícitas muestras de afectuosa amistad.

Resulta pues que la doctrina liberal llegó a nuestro medio nacional —en materia de matrimonio y **divorcio**—, a finales del siglo pasado propiciando la laicización del primero y la realidad del segundo. Tal mutación fue impulsada por una efervescencia legislativa motivada en el final de un gobierno avenido en dictatorial, no obstante el acendrado espíritu católico de la Nación. Paradójicamente, la historia reservó a juristas contrarios a la implantación y realidad del **divorcio**, la tarea de regularlo como Institución del **Derecho Familiar Peruano**, hecho repetido tanto para la promulgación del Código Civil de 1936 como para el vigente Código Civil de 1984. Quizás sea en esta **contradicción histórica** que radique el fundamento de una legislación positiva, mesurada en su realidad, depurada en su técnica, que permite la realidad del **divorcio** con una beneficiosa mediatización, y que ha permitido a la Jurisprudencia enriquecerla grandemente en su contenido. La connotación marcadamente ecléctica de nuestra legislación sobre el **divorcio** permite poner fin a la descomposición matrimonial irreversible

ble, luego de pasar por un tamiz jurídico y judicial que no lo favorece, ni propicia, pero lo posibilita, donde se ejerce la necesaria defensa social del vínculo matrimonial por parte de la sociedad debidamente representada por el Ministerio Público y el Organo Jurisdiccional³⁹.

San Miguel, febrero de 1989.

39 Independientemente de la posición doctrinaria de cada quien, aparece evidente que la regulación del **divorcio** en el Perú —en cualquiera de sus formas y modalidades—, ha sido positiva. Los grandes males anunciados por sus detractores no se han producido, difíciles situaciones maritales se han solucionado evitándose mayores deterioros y lográndose recomposiciones familiares, y la institución del matrimonio se ha visto también sin duda fortalecida. Divorciarse en el Perú no es fácil, ni siquiera si el camino optado es el del pacífico mutuo disenso. Legalmente deben transcurrir casi cuatro años de la celebración del matrimonio para lograrlo en forma vincular (dos de antigüedad y casi dos de tramitación judicial), hasta ver inscrita la sentencia definitiva en el Registro de Estado Civil donde alguna vez las partes del drama judicial pusieron sus firmas como señal de la esperanza de una común felicidad. Y también para la pareja —destinataria de las normas jurídicas— el tránsito por el **divorcio** en el Perú es, además de trauma familiar, muy difícil.

LA FAMILIA Y LA VIOLENCIA SOCIAL EN EL PERU

Enrique Bernales Ballesteros
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

INTRODUCCION

Cuando nos fue planteada la posibilidad de llevar a cabo un estudio en torno a la familia en el Perú, como parte del merecido libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, pensamos agradecer la invitación pero abstenernos de participar, considerando el escaso aporte que, sobre el Derecho de Familia, estábamos en capacidad de realizar. No obstante, merced a la amplitud de enfoques que se han aceptado para tratar esta problemática, juzgamos oportuno presentar este pequeño trabajo que, en muchas de sus partes, transpone el análisis estrictamente jurídico y lo combina con el sociológico, pero que puede complementar y enriquecer el contenido científico de esta obra.

En este sentido, debemos advertir al lector que se halle interesado en sesudos y rigurosos estudios jurídicos sobre alguna institución propia del Derecho de Familia, que este trabajo difícilmente podrá colmar dicha expectativa. El mensaje que contienen estas líneas no aspira a ser académico, exegético o teórico; por el contrario, la pretensión es que justamente el valor de este análisis se centre en la constatación empírica de la norma. De hecho que muchas construcciones jurídicas de normas y códigos poseen coherencia desde una perspectiva teórica o desde la tendencia doctrinaria elegida en las distintas ramas de la ciencia jurídica, donde indudablemente se halla el derecho de familia, sin embargo, cuando descienden al plano fáctico, concreto y cotidiano, suelen encontrarse con que las reglas, las instituciones y dinámica sociales escapan y desbordan a la regulación jurídica que formalmente proviene del Estado, creando y recreando sus propios patrones y normas de comportamiento social, ajenos a la legalidad formal.

Este fenómeno de desfase o duplicidad es el correlato del carácter precario del Estado peruano, de su identidad real no democrática y ajena a los textos legales y constitucionales; ello ha sido advertido por diversos pensadores y desde las más disímiles ópticas e ideologías como Víctor Andrés Belaunde, Jorge Basadre, Manuel González

Prada, Víctor Raúl Haya de la Torre y José Carlos Mariátegui. Sobre este tema es oportuno recordar que él aún no ha merecido la suficiente atención de parte de las facultades de derecho del país, en las que generalmente se tiende a formar abogados que razonen bajo patrones jurídicos y en referencia a un ordenamiento que, como ellos mismos comprobarán en su posterior trabajo profesional, regula fragmentariamente la sociedad, convive y se superpone a otras regulaciones que no se enseñan en la universidad, no abarca todo el territorio y tiene cada vez menor vigencia real en nuestro país.

Héctor Cornejo Chávez, es una de esas escasas personalidades que han logrado un profundo conocimiento sobre el mundo jurídico y sobre la cambiante realidad social que se pretende regular. Sus cualidades académicas y su docto conocimiento del derecho lo elevan a la categoría de jurista, mientras que su larga y provechosa trayectoria en el quehacer político y su brillante desempeño parlamentario lo han mantenido ligado de forma permanente a las transformaciones de la realidad nacional. Su paciente y fecunda labor en el Centro de Investigaciones Jurídicas de esta universidad nos da luces en torno a la manera en que lo real y fáctico, estudiados con rigurosidad científica, pueden enriquecer y perfeccionar el derecho como instrumento al servicio de la sociedad.

A nadie escapa que una realidad como la nuestra, en donde las diferencias sociales son abismales y tienden históricamente a crecer, precisa de cambios urgentes y profundos. La incapacidad del Estado para procesar estas demandas formalmente, ha propiciado la profundización de los problemas y la generación de otros nuevos; desde la propia sociedad se ha procesado un cambio social informal, expresado en el desborde popular al que MATOS MAR¹ ha dedicado una de sus obras, fenómeno en cuyo interior se ha instalado la espiral de violencia que padecemos.

La crisis que tiene lugar hoy en el Perú es resultado de muchas variables que tienen en común el configurar un orden injusto, en un franco proceso de deterioro social, situación que pudo evitarse y en donde el rol desempeñado por el derecho tiene parte de responsabilidad histórica.

En cuanto a los cambios, se afirma que estos cambios, aunque necesarios, no deben desarrollarse mediante modificaciones en el ordenamiento jurídico, en especial si éstas son frecuentes, pues se lesionaría la "seguridad jurídica" y el derecho perdería su valor moderador. Pero, detrás de esta argumentación, frecuentemente existe una aspiración de conservar el *statu quo* de intereses superados o en trance de superación. Al respecto el jurista español DIEZ PICAZO², al reflexionar sobre la naturaleza de la seguridad jurídica, señala que ésta es "una certidumbre del futuro y, en cuanto tal, expresa un imposible", por tanto, en realidad "bajo la idea de seguridad se expresa la aspira-

1 José MATOS MAR, *Desborde Popular y crisis del Estado*, I.E.P., Lima, 1984.

2 Luis DIEZ PICAZO. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, España, 1973, p. 303 y ss.

ción a la razonable previsibilidad de unos resultados"; "En estos términos —continúa diciendo— me parece claro que la seguridad jurídica puede reclamar en muchos casos el cambio jurídico".

Por otro lado, el derecho no es sólo un instrumento de seguridad, sino un medio para crear y preservar la convivencia humana de acuerdo a ciertos valores e ideales. Es cierto que, en nombre del bien común, del orden, la seguridad y los bienes jurídicamente protegidos, el Estado obliga, prohíbe, reprime, castiga, administra justicia y tiene el monopolio de la coerción a la que presta especial importancia la teoría weberiana. Como anota ARANGUREN ³ desde una perspectiva filosófica, el poder legitimado se considera purificado de violencia, sin que necesariamente haya desaparecido del todo; lo que sucede es que "la autolegitimada violencia de cada día aparece, pura y simplemente, como *enforcement* de la ley, como *defensa del orden público*".

Partiendo de la premisa de que la acción coordinadora y organizativa del Estado sólo es posible en un marco de coexistencia pacífica, podemos comprobar que la consecución de tal objetivo ha supuesto históricamente la advertencia de la violencia autorizada del Estado y su aplicación regular en caso de desobediencia. Como destaca STOPPINO ⁴, la violencia es el medio específico y tendencialmente exclusivo del poder político, pero no es su fundamento exclusivo y ni siquiera principal, porque los medios coercitivos sólo se emplean secundariamente.

Sin embargo, cuando la violencia del Estado prescinde del consenso y deja de observar determinadas modalidades y ciertos límites, la legitimidad de su utilización se ve seriamente cuestionada, aún cuando su marco pueda ser legal. "Este fenómeno se gráfica en la práctica constante de la respuesta militar o policial, como sustituto del diálogo, en los casos de expresiones de descontento, exigencias o simples peticiones, eventos por demás explicables en un Estado incapaz de enfrentar el resto de expectativas crecientes o cuya concepción, estructura y funcionamiento no son democráticos"⁵.

La violencia ilegítima del Estado en nuestro país es parte expresiva de la violencia estructural acumulada históricamente; no es, por tanto, un fenómeno reciente cuyo inicio pueda situarse en 1980, sino una variable que atraviesa nuestra historia y que, en efecto, tiene explosión en últimos años, exhibiendo el deterioro social en diversos frentes que se influyen y alimentan recíprocamente: violencia política, socioeconómica, urbana, sociocultural, del narcotráfico, etc.

3 José Luis ARAGUREN. "Sobre la evitabilidad o inevitabilidad de la violencia", en *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, Madrid, 1973, pp. 144-145.

4 Mario STOPPINO. Mario. *Diccionario de Ciencia Política*, Siglo XXI, Barcelona.

5 SENADO DE LA REPUBLICA. "Informe General de la Comisión Especial sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación nacional", Lima, 1988, p. 33.

Esta es, precisamente, la tipología que formuló la **Comisión Especial del Senado** para diseñar el marco teórico de la violencia. Tras efectuar un análisis de las diferentes facetas en que se muestra la violencia hoy en el Perú, la Comisión encontró que la familia, como célula básica del tejido social, es una de las principales víctimas de este espiral. Si con anterioridad la violencia era susceptible de ser detectada en el hogar como organización y estructura, pero bajo formas y patrones de conducta pasivos, hoy se ha transformado en violencia activa.

El conjunto de problemas hallados por la Comisión Especial configuran una creciente violencia social, la misma que nos ha llevado hacia una situación de crisis y "anomia", entendida ésta última como la desorganización de las normas que rigen a un sistema social; es, en consecuencia, el estado más crítico y expresivo de descomposición a que puede llegar un sistema social. "Bajo la anomia, hace crisis la institucionalidad y la interacción, configurándose un quebrantamiento de orden normativo que afecta ambas cosas, según el grado de anomia que se alcance"⁶.

No se trata de problemas que puedan ser resueltos con reformas jurídicas, sino que requieren de cambios sustantivos en los patrones sociales, culturales y económicos, susceptibles sí de ser formalizados jurídicamente. El Estado y la sociedad han marchado paralelos en el proceso de configuración histórica de la nación peruana y, sin una efectiva integración entre ambos, será difícil enfrentar con éxito la tarea de pacificar al país. Es preciso llevar adelante un examen que ponga de relieve las fallas cometidas, los excesos y las omisiones que han llevado a que la sociedad, familia en su conjunto o sus integrantes separadamente, carezcan de las atenciones mínimas para llevar una vida digna y de las oportunidades necesarias para desarrollar sus potencialidades de realización como ser humano.

Por estas razones creemos que es preciso que se acuda a una política de atención al infante, de promoción al joven, de integración de la mujer y de atención a las personas de la tercera edad. Somos de la opinión que es necesaria la creación del Ministerio de la Familia, conceptualizado no como una ente burocrático, sino como la instancia normativa y participativa de la sociedad. Estas propuestas son parte de las recomendaciones que la Comisión Especial alcanzó al Senado y que fueron ser aprobadas por unanimidad. Ello nos alienta y sugiere que no estamos demasiado lejos del acierto. Ahora la comisión debe encargarse de coordinar el desarrollo de estas recomendaciones con las instituciones representativas de la sociedad y muchas de las acciones propuestas se hallan estrechamente vinculadas a la problemática de la violencia que afecta a la familia, punto sobre el que realizaremos algunas precisiones en este trabajo.

* "Comisión Especial sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación nacional", creada por acuerdo unánime del Senado el 12 de abril de 1988.

6 SENADO DE LA REPUBLICA. "Informe General..", op. cit., p. 49.

1. REGLAS SOCIALES, CRISIS Y FAMILIA

Para introducirnos en este análisis, es preciso partir del señalamiento de que el fenómeno familiar está inserto en la dinámica y la racionalidad global que articula nuestro sistema social. La existencia de dos realidades y formas de ser paralelas también afecta el entorno y la esencia de la familia, lo cual puede verse graficado en el hecho de que las reglas y costumbres sociales relacionada con ella, no corresponden necesariamente con las regulaciones que el Estado ha propuesto unilateralmente bajo fórmulas jurídicas.

Si nos detenemos para reparar cómo afecta a la familia, por ejemplo, el reconocimiento de su origen o nacimiento, comprobaremos que para el Estado la única vía para crear una familia era el vínculo matrimonial celebrado, siguiendo las formas legalmente establecidas y que, recordemos, hasta 1936 le correspondía al matrimonio religioso porque, más allá de las discusiones en torno a la separación Estado-Iglesia, lo cierto era que la influencia y la presencia de la iglesia, superaba largamente a la del aparato estatal.

Históricamente estos matrimonios "legales" han constituido elementos de discriminación social e incluso étnica pues, entre otras cosas, sólo ellos eran reconocidos como válidos y generadores de consecuencias jurídicas relevantes en materia de filiación y régimen patrimonial. Por el contrario, la uniones de hecho estaban acompañadas de una carga peyorativa, para el Estado eran prácticamente inexistentes y, por ende, incapaces de crear derechos y obligaciones. Es así que gruesos sectores de la población, a los que el Estado tenía la obligación de integrar, eran marginados por el mismo aparato estatal haciendo uso del derecho⁷. La unión informal o de hecho no sólo ha carecido de reconocimiento sino, lo que es más grave, de todo tipo de protección estatal.

Con criterio acertado, el constituyente ha sido más permeable a la realidad y extensión de las uniones de hecho en nuestro país, reconociéndoles un régimen patrimonial semejante al que corresponde al matrimonio formal, es decir, a la unión conyugal celebrada y registrada conforme a las normas del Código Civil. Es así que el artículo 9o. de la Carta, cuyo texto es fruto de un debate en el que tuvo un papel destacado el Dr. Cornejo Chávez como miembro de la Asamblea Constituyente⁸, dispone que "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de gananciales en cuanto es aplicable". Por esta razón se ha sostenido que

7 Uno de los pocos casos en nuestro derecho ha reconocido efectos jurídicos y otorgado protección a las uniones de hecho, se dio en la Ley de Reforma Agraria, que consagraba el derecho de la compañera a recibir en herencia la tierra correspondiente al compañero, M. Rubio./E. Bernalles *Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda Editores, Lima, 1985, p. 129.

8 Esta discusión está recogida en: *Diario de los Debates*. Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, Tomo I, p. 333 y ss.

hasta la vigencia de la Constitución de 1979, el matrimonio civil y la familia tendían a ser identificados, pero que con el afán de proteger al matrimonio civil se desprotegió finalmente a la familia.

En realidad el rechazo estatal respecto de la figura de las uniones de hecho es sólo el reflejo de la racionalidad de buena parte de la sociedad. Por mucho tiempo se ha entendido equivocadamente que estas uniones eran elementos de desestructuración familiar; el sustento de esta afirmación no ha sido más que un prejuicio que identificaba a las relaciones adúlteras e inmorales con las uniones informales. Se trata de una reacción contra la configuración machista del matrimonio que, más que proteger a la institución familiar, otorgaba fuerza legal a un prejuicio social y cerraba los ojos ante una realidad plural de uniones estables e informales.

Si bien el matrimonio civil aún no logra instalarse a plenitud en nuestra sociedad, sus funciones discriminatorias han demostrado mayor arraigo y eficacia. En efecto, el dato sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de filiación de los hijos, podía ser causa suficiente para una descalificación automática de dicha persona en diversas áreas del quehacer social y económico. En otras palabras, las personas nacidas en el seno de una unión distinta a la del matrimonio civil se hallaban, por este simple hecho totalmente ajeno a ellos, en una condición inferior respecto de la generalidad de personas y, con mucha mayor razón y argumentos legales, frente a posibles hermanos protegidos por la institución matrimonial. Esta situación también motivó importantes debates en la Asamblea Constituyente de 1978, acordándose finalmente el texto que aparece en el art. 60. de la Carta: "Todos los hijos son iguales", añadiendo luego, "Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad".

Se comprueba entonces que los valores de los estratos sociales dominantes, configuraron una concepción matrimonial excluyente, discriminadora, relegando a la población no adscrita a una especie de matrimonio de segunda clase, adúltero e inmoral. Como bien se ha puesto de relieve, "en el Perú, la institución de matrimonio civil es relativamente nueva; impracticable en muchos lugares del territorio nacional por la frágil presencia del aparato administrativo del Estado y porque, además, desde el punto de vista cultural, amplios sectores de la población no han internalizado la obligatoriedad de formalizar el vínculo conyugal ante la sociedad. A ello debe sumarse la existencia de costumbres andinas ancestrales que constituyen familia mediante ritos y ceremonias matrimoniales distintas a las dispuestas por el Código Civil"⁹. Debemos reparar en que el no reconocimiento de la pluralidad de nuestro ser social, ejemplificado en las formas existentes para crear familia, es uno de tantos elementos de desintegración y discriminación que forma parte de nuestra sociedad y que ha podido generar, con el transcurso del tiempo, una carga violenta entre la población discriminada.

9 M. RUBIO y E. BERNALES. Op. cit., p. 128.

Por otro lado, la presencia, extensión y características de las uniones informales en nuestro país, demuestran que efectivamente son formas reales y alternas de configuración familiar y, en no pocas ocasiones, tienen más arraigo y observancia social que las que ha propugnado el Estado. Así por ejemplo, atendiendo a las cifras oficiales provenientes de los Censos de Población y proyecciones que realizó el Instituto Nacional de Estadística¹⁰, comprobamos que los matrimonios legales han descendido en número, mientras que las uniones informales se han mantenido: para 1961 el 41.78% de la población estaba casada legalmente, en 1972 lo estaba el 37.43% y sólo el 34.86% en 1985; por otro lado, las uniones de hecho un logrado un perfil más homogéneo, siendo inicialmente el 13.1% en 1961, 14.04% en 1972 y, finalmente, el 13.56% en 1985.

Esta extendida presencia de las uniones informales, llámense concubinato, uniones de hecho, etc., está acompañada de una cierta permisibilidad hacia su presencia en la sociedad y no han constituido un problema sustancial para las familias, en tanto el Estado y la sociedad se hallaban en capacidad de proveer, de algún modo, de las condiciones mínimas para mantener el vínculo: trabajo, educación, alimentación, etc. Pero cuando el crecimiento de la población no es acompañado de un incremento proporcional de la producción y, por otro lado, el tamaño de las familias no se reduce, la crisis estructural se hace patente.

La mejor comprobación de este fenómeno la tenemos en nuestro país, donde se ha experimentado un crecimiento demográfico explosivo y un rápido proceso de urbanización desde de la década del 40, intensificándose los procesos migratorios con dirección a la costa, a las ciudades y, fundamentalmente, a Lima. Este crecimiento desmedido es uno de los principales escollos que debe de superarse para alcanzar el desarrollo económico, tal como expone con claridad Efraín Gonzáles:

"El proceso de acumulación de capital ha sido insuficiente en relación al crecimiento de la población. Para poder desarrollarse requerimos de invertir, durante quince años por lo menos, el 25% del PBI al año. Esto es, sin embargo, contradictorio con la satisfacción de crecientes necesidades de la población que obliga a un mayor gasto que a la inversión (en el corto y mediano plazo), si es que se desca, desde el Estado, disminuir el conflicto social. El Perú, es en consecuencia, un país sobrepoblado en relación a sus recursos, tecnología y capital, o un país con subacumulación en relación a su creciente población"¹¹.

La búsqueda de mejores oportunidades propició la migración de miles de familias de la población rural, proceso que se desarrolló con tal fuerza que en pocos años alteró

10 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA: Censos Nacionales de 1961 y 1972. Compendio Estadístico 1987.

11 Véase el Anexo I, Tomo I del Informe General de la Comisión Especial, en el que aparece: Efraín Gonzales de Olarte. *La crisis del patrón de crecimiento peruano*, I.E.P., 1988.

la proporción demográfica urbano-rural de nuestro país. Así, siguiendo nuevamente las cifras del INE, en 1961 la población rural representaba el 52.58% de la población total y, tras casi 25 años de migración, su descenso ha hecho que en 1985 sólo represente el 30.94% de la población. La potencialidad de este proceso migratorio, reflejada en el dato que casi el 60% de la población se ha trasladado de su lugar de nacimiento, "se explica por las escasas oportunidades que ofrece la agricultura, a lo que se unen las deficiencias en los servicios más elementales: salud, educación y empleo, así como aquellos disfrutes que no ofrece el campo: electricidad, televisión, recreación, etc."¹².

La masa migratoria se ha distribuido asimétricamente en el territorio. Clara muestra de este fenómeno es Lima, que concentra actualmente cerca de un tercio de la población total, gracias a que, entre 1961 y 1988, multiplicó por tres el número de sus habitantes. El panorama demográfico de las ciudades peruanas se caracteriza por exhibir las consecuencias de una elevación explosiva de la población; este crecimiento, que es fruto de una migración sustentada en el espejismo del progreso ciudadano, pone al descubierto la insuficiencia de medios para atender las crecientes demandas de estos nuevos habitantes y, finalmente, genera problemas adicionales como la marginalidad urbana.

A esta presión demográfica se debe sumar un ingrediente particular; la extrema juventud de nuestra población. Desde el censo nacional de 1961, la población infantil y juvenil hasta los 19 años sobrepasa el 50% de la población nacional. Si este factor es conjugado con la aguda crisis que se ha generado históricamente, se comprueba que su efecto sobre la sociedad será desigual en intensidad y, como veremos más adelante, los problemas más graves de salud, de exposición a situaciones de alto riesgo, educación deficiente, empleo prematuro, etc. se concentran en la población infantil y juvenil que, por otro lado, es el sector que dispone de mayores demandas no atendidas. Como subrayó la Comisión Especial, "las situaciones de conductas socialmente desviadas y de violencia en sus distintas variantes, afectan mayormente a estos grupos, lo cual pone de manifiesto la vulnerabilidad del sistema social, el desamparo al que se le somete a determinados sectores de la población y la relación directa entre violencia estructural y la producción de violencia activa en sus diversas expresiones y grados"¹³.

El desarrollo de la crisis socio-económica y su desigual impacto en la población también se expresa a nivel de clases sociales, con el previsible mayor perjuicio en las clases medias y bajas. La profundización de la crisis tendrá repercusiones, por ejemplo, respecto de los roles tradicionales en la familia. La mujer, tradicionalmente restringida a las labores del hogar y la educación de los hijos, ha ingresado al mercado laboral junto con el padre, pero ello no podemos apreciarlo tanto como una conquista femenina, fruto de su lucha por el reconocimiento de su derecho a realizarse como persona y

12 SENADO DE LA REPUBLICA. Op. cit., p. 142.

13 SENADO DE LA REPUBLICA. Op. cit., p. 142-45.

en igualdad de condiciones que el hombre, sino que obedece a criterios menos elaborados, a saber, la imperiosa necesidad de otros ingresos para sostener a la familia en época de crisis.

En realidad, son todos los miembros de la familia, los que progresivamente, han debido abandonar tareas improductivas —aunque correspondan a su edad—, e ingresar informalmente a la PEA en procura de los ingresos para el sostenimiento familiar, ya que el padre ya no es capaz de atender individualmente. Sobre esta materia es menester subrayar la evolución del número de casos de niños, entre los 6 y 14 años, que se ven obligados a trabajar. Hacia 1981 esta población infantil representaba el 2.1% de la PEA; en 1985 alcanzaron el 5.7% y para 1988 se calcula que sumarían el 10% de la PEA y el 21% del total de niños peruanos con dichas edades. Además, fuentes oficiales nos revelan que sólo el 12.4% de ellos tiene un empleo adecuado y el 87.6% restante es subempleado e integra la actividad informal en condiciones peligrosas para el normal desarrollo de su personalidad. Según los informes presentados por el Ministerio de Justicia a la Comisión Especial, son 325 mil los niños que se hallan en una situación de alto riesgo, por razón de trabajo, abandono familiar, deserción escolar, consumo de drogas, prostitución, etc. La Comisión percibió los graves riesgos que supone esta exposición: "ese millón de niños que trabaja, la mayor parte explotados, sin ingreso fijo, que vende mercaderías por cuenta de un mayor y en la calle, está expuesto a todos los riesgos y son, de suyo, ganados a comportamientos violentos, en una sociedad que los hizo violentos" ¹⁴.

De esta forma la violencia social se instala progresivamente en la familia, resquebrajando su unidad tempranamente, fenómeno que tiene lugar ante una lamentable inactividad del Estado e indiferencia de la sociedad. Los riesgos de exposición son mayores para los niños y jóvenes, con tendencia a seguir creciendo (delincuencia, drogadicción, violencia política, etc.); la presencia del desempleo y subempleo crece al igual que los costos de los servicios básicos que el Estado es incapaz de atender adecuadamente; el sostenimiento de la familia, compartido o no, se convierte en una pesada carga cuya onerosidad socava paulatinamente las bases de vínculo familiar y propicia el abandono de uno o ambos padres, tal como lo fehacientemente demuestra la evolución estadística de casos¹⁵; en fin, la familia se encuentra hoy atravesada por la violencia social y reproduce en su dinámica interna los patrones violentos, sin que necesariamente exista conciencia de la naturaleza y alcance de estas conductas, como por ejemplo lo demuestra el hecho de que en 1988, casi la mitad de la población peruana no considera como un acto de violencia el golpear a los hijos para educarlos ¹⁶.

14 Para una lectura más detallada, dotada de información estadística sobre el tema, véase SENADO DE LA REPUBLICA. Op. cit., p. 157 y ss.

15 Según las cifras oficiales consolidadas que contienen el Informe General, los delitos contra la familia han experimentado un tremendo crecimiento en los últimos años, pasando de menos de 400 casos en 1982 a 18,855 casos en 1987. SENADO DE LA REPUBLICA. Op. cit., p. 157.

16 Este dato forma parte de la "Encuesta Nacional sobre la Violencia", realizada por el INE a nivel nacional

Estas conductas autoritarias en la familia y el castigo físico como método disciplinario favorito, constituyen el marco familiar modelo para el desarrollo de conductas delincuenciales en los hijos, tal como lo demuestran los estudios experimentales sobre la materia ¹⁷. En este sentido, debemos tener presente que la apelación a métodos autoritarios y represivos en la educación es muy frecuente y extendida en nuestro país, no sólo entre los estratos más bajos y, por consiguiente, puede tener una influencia decisiva en la percepción de la realidad y su organización, por ejemplo en una perspectiva jurídica, perfila la idea del derecho y la ley: "Al niño ni siquiera se le debe ocurrir nunca que su voluntad pudiera ser controlada, sino que hay que implantar inmutablemente en él el hábito de subordinar su voluntad a la voluntad de sus padres o maestros. Se une entonces a la sensación de ley una sensación de imposibilidad de luchar contra la ley" ¹⁸.

2. ESCUELA, BARRIO Y MEDIOS DE COMUNICACION

En el Perú la educación se ha convertido en el factor de mayor importancia para la movilidad social en las últimas décadas, considerando que las expectativas de ascenso social y trabajo calificado, han sido procesadas por la vía educativa y que, por otro lado, la educación es el servicio que mayor crecimiento ha experimentado.

Este fenómeno interno se enmarca en el proceso modernizador latinoamericano, caracterizado por dos aspectos básicos: la urbanización y la extensión de la cobertura educativa. En la región, la escolarización fue una reivindicación de los sectores medios y proletarios urbanos, que veían en la educación un canal alternativo de ascenso; como ha sido señalado "de algún modo se encarnó en ella, quizás más que en ninguna otra demanda de reforma social, la opción por un sistema que favoreciera el logro frente a la adscripción, el universalismo frente al particularismo, en definitiva, la igualdad formal de oportunidades frente al privilegio, característica de la demanda modernizadora" ¹⁹.

Sin embargo, en nuestra realidad la calificación educativa ha colaborado sólo en forma relativa en favor de la satisfacción de tales expectativas sociales; en los hechos,

(incluso las zonas declaradas en emergencia), por encargo del Senado de la República. Véase SENADO DE LA REPUBLICA - INE "Encuesta de opinión sobre la violencia y pacificación en el Perú", Apéndice 1, Resultados de la Encuesta, p. 1.

17 MUSSEN, CONGER Y KAGAN. *Desarrollo de la personalidad del niño*, México, Edit. Trillas, 1977.

18 Morton SCHATZMANN. *El asesinato del Alma. La persecución del niño en la familia autoritaria*. México, Ed. Siglo XXI, 1977, p. 26.

19 Javier MARTINEZ. "La juventud latinoamericana: presente y futuro" en *Diseños para el cambio*, Marthner coordinador, Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1987, p. 149.

este fenómeno se ha caracterizado por tener un carácter más cuantitativo que cualitativo, es decir, antes que una educación masiva se ha generado una masificación educativa. A esto debe añadirse la aparición o fortalecimiento de otros elementos que compli- can aún más la problemática, como es la elitización educativa, estrechamente ligada a la estratificación en las oportunidades dentro del mercado laboral.

Es cierto que se han experimentado avances en el campo educativo, como es la reducción del analfabetismo en un 7% en una década, alcanzando hoy un nivel de 13%; el incremento de la tasa de escolaridad —hasta los 24 años—, que de 48 en el año 1980, llegó a 56 en la actualidad, etc.²⁰ pero el servicio educativo muestra todavía una baja calidad y el déficit de atención a la demanda global se mantiene²¹, pues el Estado, tal como está hoy estructurado, difícilmente será capaz de cubrir con eficiencia este servicio, que supone atender directamente a más de seis millones de alumnos, capacitar a 211 mil docentes y 35 mil administradores, dar atención a 60 mil pensionistas y contratar a 7 mil alfabetizadores y 12 mil animadores de educación inicial.

Es evidente que la masificación educativa, por sí misma, atenta seriamente contra la calidad de este servicio, pero también existen problemas importantes respecto de los contenidos educativos. En una apretada síntesis crítica, se puede afirmar que estos contenidos no responden a los requerimientos de una formación integral que preste atención simultánea a la valoración de la persona humana, su capacitación para el trabajo y el estudio de los problemas nacionales.

Sobre ello, el diagnóstico que aparece en el Informe General, subrayó que "la educación de nuestro sistema no prepara adecuadamente para la vida, no tiene carácter terminal en sus ciclos básicos, empujando desmesuradamente hacia la Universidad. Por otra parte, ha sido diseñada con una plantilla uniforme que no expresa la diversidad geográfica y cultural del país, se mantiene la concepción enciclopedista y memorista, que ignora los contenidos sustanciales de la realidad nacional y la comprensión acerca de los modos como el Perú se inserta dependientemente en la realidad internacional; orienta hacia actitudes individualistas, utilitarias y consumistas; tolera y a veces incorpora los aspectos más negativos de una televisión que más bien deseduca e introduce al educando en una visión alienada de modos y costumbres ajenos a la realidad nacional; en fin, acentúa, como señala el diagnóstico educativo, las diferencias socio-económicas antagónicas del sistema, desvalorizando el trabajo como parte inseparable del proceso educativo y a la población vernácula.." ²²

20 SENADO DE LA REPUBLICA. Op. cit., p. 147.

21 Este déficit ha estado presente en los sucesivos gobiernos y la reforma educativa iniciada por el Gobierno Militar del Gral. Velasco tampoco pudo lograr una reversión en la tendencia. Teresa TOVAR. **Reforma de la Educación: balance y perspectivas**. Desco, Lima, 1985, p. 43.

22 SENADO DE LA REPUBLICA. Op. cit., p. 148.

Este diagnóstico sobre la educación en el país deja planteados numerosos problemas que deben ser atendidos con prontitud y eficacia, con el fin de evitar que se profundice esta distorsión en el desarrollo integral de los miembros más jóvenes de la familia y ciudadanos del futuro. Por otro lado, como veremos a continuación, es contra esta misma población básicamente juvenil que se dirigen los efectos disociadores de las relaciones conflictivas en el barrio o vecindario.

Una primera aproximación al tema nos obliga a abandonar la concepción del vecindario como núcleo de solidaridad o del municipio como ente aglutinador de los grupos familiares. Debemos señalar, sin embargo, que este fenómeno presenta características diversas según nos situemos en el ámbito rural o en el urbano. En efecto, existe amplio consenso en admitir que el área urbana, es decir la ciudades y sus zonas de influencia, reúne mayores características que favorecen los comportamientos violentos. Así, en las agrupaciones humanas de pocos habitantes, en su gran mayoría rurales, es común que los individuos y las familias se conozcan entre sí, que el pueblo esté efectivamente configurado por el conjunto de las familias y que esta integración otorgue contenidos tales al municipio que fomente su identificación con la población.

Por el contrario, en las grandes urbes se impone el anonimato, elemento que favorece las conductas violentas, pues el individuo sabe que no puede ser reconocido y, desde una perspectiva psicológica, tiende a que la percepción del "yo" sea imperfecta, ya que en el anonimato uno no es nadie.

Sobre este punto Tornos ha señalado con acierto que "el anonimato tendría una doble función respecto a la conducta violenta; tanto el no ser uno controlado, como también el no ser uno nadie, llegando al máximo de la no integración social"²³. Este proceso de desintegración tendrá sus efectos inicialmente en el ámbito familiar, pero luego se expandirá sobre los terceros cercanos y, sólo en último término, se dirigirá hacia los círculos más amplios de la sociedad.

La ausencia de un sentido comunitario y local en los municipios, como expresión del proceso de desintegración social urbano, se ha visto favorecido por la ausencia de un crecimiento planificado de la ciudad, el carácter masivo de la población y el hacinamiento resultante de ambos factores. Algunos estudios psicológicos relacionan las conductas violentas en las ciudades con una falta de identidad personal; plantean la identificación del "yo" con la casa o vivienda, de suerte tal que "las personas que encuentran que algún sitio pueda ser su casa en sentido estricto, tienen más capacidad para integrar su yo; en cambio la situación de no tener casa, o de que la casa en que vivan no sea su casa, o no la sientan como hogar, resulta desencadenante o manifiestativa de una

23 Andrés TORNOS. "Violencia Ciudadana" en *Sobre la Violencia*, A. DOU (editor), Mensajero, España, 1981, p. 239.

falta de integración del yo en la sociedad, muy frecuentemente asociada a conductas violentas"²⁴.

Estas características propiciatorias de comportamientos violentos pueden ser detectadas fácilmente en casos como el de Lima, considerando, por ejemplo, la forma en que está distribuida su población según el tipo de vivienda, pues como ha sido constatado por Matos Mar, "su población, según su extracción social y económica, está polarizada. Por un lado, cerca del 80% vive en asentamientos urbanos populares. Y, por otro lado, más del 20% se concentra en barrios residenciales de los sectores medios opulentos"²⁵. Es bajo estas circunstancias que la población limeña, es decir un tercio del total nacional, debe buscar identificarse con su casa o su hogar, ejercicio que se torna dramático si se considera que su hogar será una vivienda precaria o una choza miserable, carente de los servicios más elementales, conformando el vasto cinturón de pueblos jóvenes que rodean Lima y las principales ciudades del país. La precariedad de esta identificación es manifiesta y su ruptura dará inicio al proceso de desintegración social, con una potencial expresión violenta activa.

Sin embargo, a pesar que los sectores populares y marginados serían, conforme a este razonamiento, los más proclives a manifestaciones y conductas violentas, es aquí justamente donde nacen las alternativas de solución, como respuesta creativa y pacífica del pueblo: los comedores populares, las cocinas comunes y otras experiencias comunitarias, son soluciones solidarias para las carencias de las familias populares, iniciativas que, por otro lado, no reciben el apoyo suficiente desde las instancias estatales y sociales²⁶.

Una vez realizada esta apretada revisión de los aspectos educativos y vecinales en relación con la familia, es menester completar nuestro análisis del problema introduciendo el tema de los medios de comunicación y su potente influjo en la esfera familiar. No vamos a extendernos en demostrar la influencia que en la actualidad desarrollan los medios de comunicación, pues existe un amplio consenso en considerarlos hoy como el principal medio de socialización, al punto que ciertos sectores lo identifican como un nuevo "miembro de la familia". El Informe General de la Comisión Especial parte de la comprobación de que los medios de comunicación constituyen el último canal o agente divulgador de la llamada "cultura de la violencia". Tras señalar su extendida concepción como empresas comerciales y de propaganda²⁷, en lugar de canales cul-

24 Andrés TORNOS. Op. cit., p. 239.

25 José MATOS MAR. Op. cit., p. 67.

26 Para 1986 existían cerca de 800 comedores populares, 700 de los cuales surgieron a partir de 1984. Teresa TOVAR. "Barrios, Ciudad, Democracia y Política" en: Eduardo BALLON (Editor) *Movimientos Sociales y Democracia: La Fundación de un Nuevo Orden*. Lima, DESCO, 1986, p. 80.

27 Sobre la función de orientación de la propaganda respecto de la opinión pública y su distorsión véase. Carlos

turales, pone de relieve "el rol negativo que, en la construcción de la identidad cultural del país, tiene el que los medios de comunicación incorporen acríticamente normas culturales, imágenes del mundo, valores conductuales, patrones de consumo, estructura del gasto, etc. que muy poco tienen que ver con el desarrollo de la conciencia nacional y que, más bien, estimulan el desarraigo, la dependencia a lo extranjero como lo mejor, debilitándose así la autoestima y favoreciéndose conductas alienantes"²⁸.

Sería precipitado por nuestra parte sostener que los medios de comunicación social son los exclusivos y directos responsables de la generación de ambientes de violencia. Existe discusión en torno a la medida en que son responsables de esta acción; sin embargo, como ha sido señalado por la Comisión de Estudios sobre la Violencia, de Colombia, existe acuerdo "en el sentido de señalarles un alto grado de influencia en la exarcebación o en la morigeración de los ánimos en situaciones de pugnacidad"²⁹. En este mismo documento se señala que si no se llega a los niveles de violencia televisiva norteamericana, donde un niño antes de cumplir los catorce años ha presenciado por la televisión más de 18,000 asesinatos, es porque sólo existen dos canales comerciales en Colombia; el lector podrá extraer sus conclusiones sobre esta materia para el caso peruano.

Sin perjuicio de los avances logrados en esta materia por lo propios medios de comunicación, especialmente televisiva³⁰, lo cierto es que éstos se han caracterizado por estar desprovistos de acciones y mensajes destinados al fomento de la solidaridad, identificación, comprensión y, más bien, procesan negativamente las demandas sociales, conducen a la desintegración social y van generando ambientes propicios para comportamientos de violencia activa. Como mencionáramos anteriormente, es verdad que esta responsabilidad no es exclusiva, pero por la propia naturaleza de estos medios, les resulta particularmente grave.

Finalmente, la percepción que la población tiene de estos medios es, en su mayoría, propiciatoria de la violencia. Así, el 58.6% del total nacional cree que los medios de comunicación influyen para que se den actos de violencia; entre estos medios, el 28% de la población cree que es la televisión la que influye con mayor fuerza en favor de percibir como normales los actos de violencia³¹.

BEAS. "Violencia e ideologías en la vida peruana" en **Violencia y crisis de valores en el Perú**, PUC, 1988, p. 116.

28 SENADO DE LA REPUBLICA. Op. cit. p. 40.

29 COMISION DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA. "Colombia: Violencia y Democracia". Universidad Nacional de Colombia, 1987, p. 134 y ss.

30 Entre los principales acuerdos en favor de mensajes que proyecten tranquilidad en la población está la reducción a un mínimo de duración las noticias sobre terrorismo, la denominada ofensiva cultural, etc.

31 SENADO DE LA REPUBLICA - INE. Op. cit.

3. FAMILIA Y VIOLENCIA POLITICA

En la actualidad es innegable que la violencia política afecta, en diferentes modalidades, al entorno familiar. Los grupos alzados en armas y, en su afán de combatirlos, los aparatos represivos del Estado, han actuado conjuntamente en favor de la creación de un ambiente y una fundada sensación de inseguridad, particularmente agravado en las zonas declaradas en emergencia ³².

Debemos notar al respecto, que la creación del temor en la población es un claro objetivo de los grupos alzados en armas que, entre otras cosas, permite su implantación con mucha mayor facilidad y rapidez que por la vía del convencimiento ³³; las fuerzas del orden tienen el deber de combatir a estos grupos en todos los terrenos, no sólo en el militar y, en el caso concreto, antes que contribuir a la creación de un ambiente de inseguridad, debieran propiciar para la población una vida pacífica, lo más cercana a la normalidad. Una de las formas de evaluar la efectividad de la tarea antisubversiva, se relaciona con la constatación de si los grupos alzados en armas han avanzado hacia el cumplimiento de sus objetivos; conociendo que dos objetivos básicos son la creación de un clima de amedrentamiento en la población y de una imagen represiva y arbitraria de las Fuerzas Armadas y Policiales, todo indica que en estos aspectos se está perdiendo la batalla.

En síntesis, se impone la necesidad de combatir y desterrar todo tipo de acciones que puedan conducir a que la población civil muestre un temor semejante frente a los terroristas que con las fuerzas del orden.

La declaración del estado de emergencia, acompañada de la suspensión de garantías y otras medidas restrictivas, son situaciones en que válidamente algunas normas de la Constitución dejan de ser aplicadas; su vigencia queda suspendida parcial o totalmente, en virtud de otro precepto constitucional que así lo permite (art. 231). Esta cierta permisividad, como sugiere su denominación constitucional de "régimen de excepción", encuentra fundamento en situaciones de extrema gravedad que podrían atentar contra la propia organización constitucional del Estado; de otro lado, su utilización se halla condicionada y restringida en el tiempo y requiere de una determinación precisa en el espacio, además de que su declaración se lleve adelante sólo ante la evidencia de determinados supuestos que le presten plena justificación, pautas todas que reflejan su naturaleza excepcional.

32 Entre el año 1980 y fines de noviembre de 1988 han fallecido 12,357 personas por causas de violencia política, del número global 819 pertenecían a las fuerzas del orden, 4,765 eran civiles y 6,773 presuntos terroristas. Fuente: Ministerio de Defensa y Comisión Especial de Investigación y Estudio sobre Terrorismo y otras manifestaciones de Violencia.

33 El 72% de los peruanos y casi el 80% de los limeños creen que el terrorismo ha conseguido crear temor en la población. SENADO DE LA REPUBLICA - INE. Op. cit.

No obstante, en la práctica, cada vez son mayores las áreas territoriales que se sustraen de la plena aplicación de la Constitución, con una clara tendencia a que permanecer por un tiempo indeterminado en tal situación y superando el requisito de la limitación temporal mediante la formalidad de la prórroga de su declaración. La gravedad del fenómeno no se reduce a la desnaturalización de la excepcionalidad de esta institución, a la renuncia tácita del gobierno civil a su responsabilidad y mandato, así como a la no vigencia real del estado de derecho en estas zonas, sino que se extiende y agrava frente al hecho de que se crea así el marco propicio para los excesos y la aplicación de medidas violatorias de los derechos ciudadanos por parte de las fuerzas del orden.

Se observa, como consecuencia adicional, que estas situaciones de excepción han permitido una concentración excesiva de poder en manos de los Comandos Político Militares. En este sentido, no debemos perder de vista que la declaración del Estado de Emergencia no apareja de modo automático la asunción del orden interno por parte de la Fuerza Armada, este extremo, conforme al art. 231 literal a) de la Constitución, es potestad exclusiva del Presidente de la República.

Cuando la Fuerza Armada asume el control de estas zonas se convierte, de facto, en juez y parte. Vicio al que se une el sentido de cuerpo fuertemente arraigado en las instituciones militares y policiales, condiciones que propician el aumento de acciones represivas indiscriminadas, como los rastrillajes nocturnos, o que estén orientadas muchas veces en represalia por acciones terroristas anteriores cercanas a un pueblo, etc. Por otro lado, la aún imperfecta preparación del aparato represivo del Estado, especialmente militar, en la lucha contrasubversiva, propicia que los trabajadores y los hijos jóvenes sean los sospechosos perennes, con los abusos que usualmente acompañan al trato de los sospechosos de terrorismo, cuya máxima expresión puede ser la desaparición.

Estos hechos exceden los marcos legales y, sin que necesariamente provengan de la aplicación de instrucciones directas de los altos mandos, existen elementos de juicio suficientes para pensar que sus autores gozan de cierta benevolencia en su trato, llegando a una franca protección, proyectando una imagen de impunidad en la población.

Esta situación de violencia social crítica, cuya configuración se caracteriza por una población civil agredida por las sangrientas acciones de la violencia terrorista y la represión indiscriminada, crea un clima de intranquilidad y zozobra permanente para las familias, cuando no las desmembra asesinando a sus miembros.

Los grupos alzados en armas, por otro lado, siguiendo su objetivo de polarizar las relaciones en la sociedad peruana, han logrado ya invadir el ámbito familiar en los sectores populares. Su objetivo es captar el descontento y la desesperación frente a la crisis generalizada que los canales del Estado son incapaces de procesar sin reprimir. La infiltración de algunos elementos de estos grupos subversivos en organizaciones barriales o sindicales ha crecido y su finalidad no es otra que proyectar en la sociedad la ilu-

sión de que las organizaciones populares apoyan la subversión, es decir, trampa en la que muchas veces han caído con ingenuidad la patronal y las fuerzas policiales, respondiendo nuevamente con represión, es decir, colaborando con los grupos violentistas en la tarea de demostrar que el sistema no ofrece respuestas distintas a la violencia. La sociedad debe intervenir poniendo fin a este "diálogo de fusiles" ³⁴.

Otro fenómeno que puede agravar aún más esta tensión familiar, y sobre el que debemos estar plenamente concientes, es el de la captación de un miembro de la familia como simpatizante o activista en algún grupo subversivo, pues lo induce a llevar una doble vida y convierte al resto de sus familiares generalmente en cómplices involuntarios. Desde esta perspectiva, la crisis social y familiar se ahonda.

En las actuales circunstancias, el mal desempeño de los gobiernos y los estragos de la violencia terrorista han confluído en la tarea de socavamiento del valor de lo político en las familias. La tarea de pacificación nacional pasa por su recuperación, creando un ambiente participativo que incorpore a la familia sin angustias. En la medida que el conjunto de familias constituyen la sociedad y dan forma a la opinión pública, es necesario dirigirles mensajes que connoten con claridad que la política, en sí misma, no les agrede ni afecta, sino que es su polarización y violentismo los que si favorecen la desestructuración familiar.

Es innegable que los grupos alzados en armas han logrado cierto avance, en buena medida, debido a la escasa o nula participación ciudadana en su contra; la sociedad se ha optado por aislarse, por retirarse a sus casas, dejando cada vez mayores espacios a la crisis y violencia social. Si bien el 73% de la población rechaza los actos terroristas, más del 40% de los peruanos, en el supuesto de presenciar un acto terrorista, se iría a casa o a su trabajo y trataría de olvidar el hecho; sólo uno de cada diez peruanos denunciaría personalmente el hecho ante las autoridades ³⁵. La población ha entendido, equivocadamente, que esta tarea es exclusiva del aparato represivo estatal, cuyos resultados aguarda frente a la televisión o el periódico. En suma, el Estado se halla en un combate que, sin el apoyo de la sociedad y la legitimidad política y moral que ésta concede, ha ocasionado un desgaste que no sólo incumbe a los gobiernos y los partidos políticos, sino que pone a prueba el sistema democrático en su conjunto. Este es, tal vez, el mayor reto que ha sido planteado para los peruanos.

34 Así fue gráficamente denominado este círculo de violencia por Rolando Ames, *Violencia y Estado Democrático de Derecho*. Lima, CODEPP, 1988, p. 110.

35 SENADO DE LA REPUBLICA - INE. Op. cit.

4. NUESTRAS SOLUCIONES

Frente a una situación como la descrita, qué es lo que podemos hacer, cómo debemos enfrentar semejante fenómeno, estamos aún a tiempo y contamos con la capacidad para asumir esta tarea. Las graves interrogantes se suceden y es difícil conseguir respuestas claras y definitivas para cada caso. Sin embargo, existen elementos que pueden servir para perfilar algunas posibles alternativas a seguir como orientación básica. Sirviéndonos para ello como guía fundamental de las "Recomendaciones Generales"³⁶ que la Comisión Especial elaborara y que fueron aprobadas unánimemente por el pleno del Senado de la República, nos limitaremos al señalamientos de aquellas que tienen mayor relación con la problemática familiar.

Un primer aspecto se refiere a la problemática de la juventud. Los indicadores socio-económicos refieren un estado en extremo perjudicial para la población joven del país, es decir, al 21% del total nacional (incluyendo a los jóvenes de 15 a 24 años). Los problemas que revisten mayor gravedad son los relativos a las tensiones y desavenencias familiares generadoras de inestabilidad psicológica y desorientación; déficit educativo en nivel primario y secundario, con malos hábitos adquiridos para el trabajo intelectual y baja disciplina personal; falta de oferta laboral, que impulsa la prolongación de los estudios, presiona por el ingreso a la universidad e inscripción en costosas academias que, además de lucrar con semejante desorientación juvenil, no garantizan posibilidades ciertas de acceso al mercado laboral; descontento con el funcionamiento de las universidades y creciente certeza que el título que pueda obtenerse no les libra del desempleo o subempleo; percepción conflictiva de su rechazo social: en la familia, porque supone un costo y no un ingreso para el presupuesto familiar, en la sociedad, al no ser tratado con respeto, se recela de su edad, se le persigue y ante las autoridades policiales es siempre sospechoso de agitador, cuando no de terrorista.

Estos problemas, como antes hemos mencionado, hacen que la población sea la que estem más expuesta a situaciones de abandono social y, lo ha constatado la Comisión Especial, existen un millón doscientos mil jóvenes que no trabajan ni estudian, que los que acceden a un trabajo deban sujetarse a las condiciones que impone el subempleo, pero la mayoría permanecerá en el desempleo abierto juvenil —el de mayor tasa en el país—; que la drogadicción, el alcoholismo, la prostitución, etc. registran sus más altos porcentajes entre los jóvenes; lo mismo puede predicarse de los detenidos por actos subversivos y cuya mayor frecuencia involucra a jóvenes; que independientemente de quienes son captados por los grupos alzados en armas, existe una visible radicalidad política en la juventud, expresiva del creciente descontento, la insatisfacción juvenil sobre la situación económica nacional y cómo la crisis, falta de empleo y descomposición social, va echando por tierra su futuro.

36 SENADO DE LA REPUBLICA. "Comisión Especial sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de pacificación nacional" — Recomendaciones Generales, Lima, julio de 1988.

La respuesta a todo ello debe sustentarse en una política de especial atención del sector infantil y juvenil de nuestro país. Posibles desarrollos de esta política fueron propuestos por la Comisión Especial, sintetizados en cuatro acciones: a) la coordinación con el Presidente del Consejo de Ministros, a fin de exponer la necesidad de que el Poder Ejecutivo elabore un programa de emergencia para la atención social de los jóvenes y la generación del empleo; b) puesta al día, discusión y aprobación del proyecto de ley sobre Promoción de la Juventud y Empleo; c) sugerir al Presidente del Consejo de Ministros, al Ministro de Economía y al Ministro de Trabajo, se formule un proyecto para la creación del "Fondo Financiero para la promoción de Estudios y Empleo de jóvenes". Este fondo se formaría con aportes del Estado, del sector privado y de la captación de ayuda internacional, propiciando la formación de talleres de pequeña industria, comercio, artesanía, producción de ciencia, tecnología, artes, y se destinaría para otorgar créditos que financien el primer empleo de jóvenes que se agrupen por especialidades de orden técnico, oficios, artes, etc. d) Convocar a las asociaciones juveniles para solicitar sus iniciativas, coordinando con el Presidente del Consejo de Ministros, a fin de que forme un grupo de trabajo intersectorial que procese tales iniciativas.

Es preciso efectuar otra observación en torno a los problemas de la niñez, la mujer y en concreto, la familia. Hemos señalado los contornos de una situación de particular gravedad para este sector. Son varias las instancias estatales que se ocupan de la protección, promoción y atención al niño y la mujer. No obstante, se carece de una política integral y, en consecuencia, se mantienen y profundizan los problemas de una niñez abandonada, la existencia de niños entre 6 y 14 años que trabajan, desnutrición infantil creciente, drogadicción, abandonos de hogar, deficiencias alimentarias, educativas y de orientación psicológica que tendrán efectos permanentes en estas personas, disminuyendo sus capacidades físicas, intelectuales y de productividad en el trabajo.

Sobre la mujer, aunque la legislación disponga la igualdad formal entre ésta y el hombre, sigue siendo víctima del machismo, de maltratos, discriminación, vejámenes sexuales, obligada a concebir hijos no deseados y convertirse en padre, en condiciones forzadas, debido a la existencia de comportamientos de paternidad irresponsable, etc.

Estos hechos afectan sobremanera al niño, a la mujer y al conjunto de la familia, núcleo básico de la sociedad. Existen entidades públicas cuyo deber es velar por el menor en situación de riesgo, o les compete la salud o alimentación, lo mismo que sucede en el caso de la mujer. Pero lo concreto es que tales entidades, llámense Ministerios de Salud o Agricultura, les dedican una atención marginal y, por ende, deficiente e insuficiente, tanto en programas como en recursos presupuestales. Tal situación es susceptible de ser corregida, aprovechando, por un lado, la capacidad instalada que existe en el sector público y cuya utilización debe optimizarse, así como las experiencias de instituciones sociales que han logrado acumular una valiosa experiencia en el tratamiento de esta problemática.

La situación descrita impulsó a la Comisión Especial a recomendar la creación de

una Comisión Mixta, que involucre al Sector Público y Privado, que estudie la formulación de un proyecto de ley creando el Ministerio de la Familia, destinado directamente a trabajar en la protección y promoción de la familia, la planificación familiar, la atención integral del menor, los programas de promoción a la mujer, la orientación sicosocial y formativa, la recreación, la atención a la tercera edad, etc.

La formulación de este proyecto incorporará las dependencias públicas que en la actualidad se ocupan sectorialmente de esta problemática y cuidará, asimismo, los aspectos de coordinación intersectorial, pero su concepción deberá ser fundamentalmente la de un ente normativo y desconcentrado, de suerte tal que los programas y su aplicación corran por cuenta de las instituciones sociales dedicadas a esta área.

Finalmente, es necesario que se elabore y apruebe una legislación adecuada que impulse y brinde respaldo jurídico a las medidas que se puedan adoptar en las direcciones de alternativas de solución planteadas. No pretendemos que se entienda que éstas son "las soluciones", nada más lejos de nuestra intención. Somos conscientes que existen condiciones previas, como es el consenso expresado en acuerdos para la pacificación y el desarrollo nacionales en áreas básicas de gobierno, así como medidas que deben adoptarse con urgencia en otras áreas del quehacer nacional. todo ello debe confluir hacia un verdadero proyecto nacional que incorpore un objetivo fundamental: lograr una pacificación con justicia.

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL

**APUNTES PARA LA PROTECCION CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LA FAMILIA**

César Landa Arroyo

La Constitución de 1979 regula por primera vez en nuestra tradición constitucional a la familia. Ello se debe al proceso histórico de integración mútua entre el dominio privado y el dominio público; en el cual, los espacios propios de la sociedad civil y del Estado van superponiendo respectivamente sus fronteras competenciales; asegurando, de esta manera, la incorporación de las principales normas y reglas del mundo civil a la Constitución Política. Pero, también, opera el proceso inverso según el cual, la Constitución como expresión de "la esfera pública burguesa se desarrolla en el sentido de las tensiones que enfrentan al Estado y a la sociedad; pero de tal manera que al cabo de esta evolución ella queda como parte integrante del dominio privado¹.

Es evidente que la familia es la sociedad más natural y en ella se origina la base imprescindible de las relaciones interhumanas primarias. El origen de esta sociabilidad no se encuentra exclusivamente en la exigencia de satisfacer ciertas necesidades vitales, sino que a partir del ejercicio de la sociabilidad humana básica, la familia y sus miembros se aperturan hacia las demás personas y la sociedad, sentando así los principios de un proceso simultáneo de realización personal y colectiva.

En este proceso de familiarización, confluyen factores educativos, psicológicos, económico-sociales, etnoculturales, ético-religiosos y hasta bio-físicos. Sin embargo, "dentro de tan amplio y heterogéneo contexto, la acción global del Estado y más específicamente la normatividad jurídico-legal pueden en alguna medida fundar, modificar o extinguir instituciones e incentivar o desestimular ciertos patrones de conducta, sea

1 Jürgen Habermas, *L'Espace Public, Archéologie de la Publicité comme Dimension Constitutive de la Société Bourgeoise*, Paris, Payot, 1975, pp. 139-152.

por la vía directa de las permisiones y prohibiciones, sea por la más sutil de una cierta función formativa de la conciencia individual y social"².

En tal sentido, el tratamiento normativo de la familia y de los derechos sociales que a ella se asignan en la Constitución, aperturan una discusión jurídico-política, acerca de la evolución o transformación del Estado y la sociedad, necesarios para amparar los derechos sociales de la familia; modelo en el cual, se inserta la problemática de la Constitución de 1979, acerca de la protección de la familia y de la eficacia jurídica de los derechos sociales constitucionales.

1. Estado Democrático y Social de Derechos³

El proceso social peruano de los últimos veinte años ha dejado abierto el problema del tipo de cambio a realizar de la realidad política, económica y social. No existe acuerdo absoluto sobre como afrontar este reto; sin embargo, con la Constitución de 1979 se arribó a un consenso relativo, alrededor de ciertos principios y reglas político y jurídicas, que permitiesen refundar permanente el contrato social peruano, a través de plurales y distintos modelos gubernamentales, que se basaron homogéneamente en el principio de la soberanía popular como fuente de todo poder constituyente.

Ello, en razón a que los intereses y valores representados en la Asamblea Constituyente (1978-1979) conformaron un abanico de opciones ideológico-constitucionales, que consagró la fórmula política peruana del Estado democrático y social de derecho.

Dicha concepción jurídico-política esta recogida directamente en la Constitución por el Art. 79^o al señalar que "el Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo..." y reforzada indirectamente por el Art. 4^o cuando establece que "la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Ello tiene un propósito muy concreto: constitucionalizar, mediante una norma abierta, un conjunto de libertades individuales y derechos colectivos modernos, desde la fórmula de la democracia social, en la forma del Estado de Derecho.

2 Héctor Cornejo Chávez, "Familia y Derecho", *Revista de la Universidad Católica*, Nos. 15-16, Lima, 1984, p. 27.

3 Históricamente, el concepto de Estado democrático y social fue acuñado, por primera vez, durante la Revolución de París de 1848; en los acuerdos celebrados entre los pequeños partidos demoliberales y las primeras asociaciones del movimiento obrero francés de entonces. La fórmula del Estado de derecho democrático y social, la incorporaría precisamente Louis Blanc en sus escritos políticos; pero, con un contenido referido al derecho al trabajo, que a partir de entonces fue considerado como un derecho fundamental. Cfr. Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff y Karl Doehring, *El Estado Social*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 15-17.

Este modelo democrático y social de Estado y Constitución sigue la larga tradición del constitucionalismo social, iniciado con la constitución Mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución Soviética de 1918, así como con la Constitución de la República del Weimar de 1919 y continuada con el constitucionalismo social de la segunda post-guerra.

En dichos modelos constitucionales, el Estado se reservaba el derecho de ser el gran reasignador del producto social, mediante el fomento o la administración directa de servicios básicos o actividades productivas, así como a través del uso de los reguladores macroeconómicos (tributarios, salariales, cambiarios, comerciales, etc); es decir que incluyeron normas de conducta del Estado para con los agentes económicos, así como derechos sociales y económicos.

Este modelo de constitucionalismo social que se gestó en el presente siglo XX, rompió con los modelos jurídico-políticos liberales; sin embargo, no incorporó la problemática de la democratización del Estado y la sociedad. Lo cual era importante, porque si bien con dichas constituciones se quiebra un modelo de Estado liberal, que falseó los supuestos básicos de las revoluciones burguesas de libertad, igualdad y fraternidad, no previeron, en cambio, que bajo las banderas del Estado social se incubaron o inclusive se constituyeron sistemas políticos y jurídicos totalitarios, permitiendo un ejercicio poco democrático o en el peor de los casos antidemocrático del poder. En tal sentido, como afirma Fix Zamudio, "la socialización del derecho constitucional y la aparición del sistema socialista iniciado por la revolución soviética de 1918 no implican forzosamente la instauración de un régimen democrático"⁴.

Ahora bien, la tradición jurídica del Estado social se inicia en el Perú con la Constitución de 1920 y 1933. Sin embargo, dicho modelo constitucional de Estado de bienestar no tuvo una riqueza social ni una aplicación real en la sociedad, en la magnitud en que alcanzó en México cuando menos. En todo caso, dichas constituciones sirvieron de marco jurídico y político semántico más a gobiernos autoritarios de corte civil o militar que a gobiernos democráticos, quizás por su origen espúreo y antidemocrático de aprobación.

En adelante, con la nueva Constitución de 1979 se estatuye un modelo orgánico de Estado social que pretende superar la opción asistencialista del Estado, incorporando el principio y valor de la democracia, como ejes ético-políticos del nuevo pacto social peruano. Ciertamente, "el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el 'yo' quiere que tam-

4 Héctor Fix Zamudio, "La Democracia Social y la Constitución Mexicana", en *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina*, Revista de la Universidad Externado de Colombia, Nº 3, Bogotá, 1986, p. 392.

bién el 'tú' sea libre, porque ve en él su igual. De ese modo, para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de la libertad, limitándola"⁵.

Sólo a partir de esos términos es posible distinguir el Estado social democrático de derecho tanto del Estado liberal clásico como del Estado autoritario populista, por cuanto, el primero es un Estado prestador de servicios sociales y redistribuidor de riqueza, pero en democracia y democráticamente.

Dentro de este panorama de cambio, la familia como expresión y esencia de la comunidad social, se encuentra en una crisis de maduración interna y de entorno, que demanda su modernización a fin de adaptarse a los cambios del proceso democrático y social del Estado de derecho. Como la familia preexiste al Estado y es el núcleo de la organización social, "lleva al Estado a regular las relaciones familiares, no de acuerdo con su capricho, sino respetando los fines propios, las propias leyes y el propio desarrollo de la institución, lo que no supone afirmar que la familia sea algo estratificado, estático, inmóvil, sino que, sin perder su esencialidad natural, se adapta, por su propia evolución interna, y por los factores que sobre ella inciden, a las circunstancias socio-históricas de cada momento"⁶.

Este proceso ha incorporado a nivel constitucional (Capítulo II, del artículo 5º al 11º), nuevas realidades y derechos; tales como las formas y causales de separación y divorcio que establezca la ley; el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia; la paternidad responsable; el matrimonio de hecho; así como, el derecho de la familia a contar con una vivienda decorosa; a sepultar gratuitamente a sus muertos en cementerios públicos, en caso de familias indigentes. Asimismo, se reconoce que el Estado esta obligado a proteger a la madre desamparada y al niño, al adolescente y al anciano ante el abandono económico, corporal y moral⁷.

De acuerdo a lo señalado, el modelo constitucional peruano implica recuperar, como objetivo fundamental de la comunidad jurídica y política: al hombre, como individuo y ser social; en el que se manifiesta con claridad el compromiso que asume el Estado con el desarrollo de las condiciones de libertad e igualdad del mundo de vida personal y familiar. En adelante, el hombre y su familia vive en el Estado y del Estado, trasladando a este ente moral colectivo la exigencia de seguridad y la garantía de su existencia social, a las que no pueden hacer frente desde un ámbito estrictamente individual antihumanista, que además abandona al hombre a merced de la inestabilidad y desigualdad del sistema económico y social predominante.

5 Hans Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, Madrid, 1977, p. 138.

6 Narciso Martínez Morán, "La Familia y su Protección Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 1, Madrid, 1978, p. 125.

7 Cfr. Héctor Comejo Chávez, "La Familia en la Constitución de 1979", *Derecho* Nº35, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1981, pp. 23-52.

En tal sentido, "la noción del Estado social no solamente encierra exigencias concretas del particular frente al poder público, sino que tiene sentido pleno cuando pone de manifiesto que una democracia sólo puede funcionar si ésta se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico"⁸.

Entonces, de una interpretación práctica y operativa de la Constitución se desprende un modelo de Estado democrático y social de Derecho, que postula un gran programa social consensuado que tiene como meta final la transformación social del Perú; a partir de los cuatro principios económicos de la Constitución Peruana: "el primero y fundamental el pluralismo económico; el segundo, la planificación democrática; el tercero, la iniciativa libre dentro de una economía social de mercado; y el cuarto, un enérgico papel promotor del Estado"⁹. Este modelo económico constitucional democrático y en libertad permitiría procesar y dar solución a los conflictos de intereses, evitando que se deriven hacia luchas anómicas, que amenacen con romper los supuestos democráticos del diálogo y la negociación pluralistas.

No obstante lo señalado, existen corrientes que denuncian este modelo económico del Estado social y democrático de Derecho; sobretodo por el amparo al concepto de planificación democrática, por cuanto apelar a "la voluntad supuesta de la mayoría se vuelve visiblemente —cada vez con más frecuencia—, el mero pretexto de gobiernos dictatoriales, dictaduras plebiscitarias para argüir que estan haciendo lo que la gente desea, lo que sólo es posible bajo la conducción de 'expertos'"¹⁰.

En tal entendido, la defensa de la Constitución radica, precisamente, por un lado, en el desarrollo legislativo, aplicación ejecutiva y resolución jurisprudencial dentro del modelo de Estado democrático y social de Derecho y, por otro, en el ejercicio ciudadano de los derechos y obligaciones individuales y sociales que dicho modelo de Estado

8 Wolwang Abendroth y otros, *Op. cit.*, p. 30.

9 Ernesto Alayza Grundy, en *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, Tomo VI, Li-ma, s/f, p. 386. Al respecto, Domingo García Belaúnde, "La Constitución Económica Peruana" en *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional...*, págs. 512-518, postula como rasgos principales de la constitución económica formal los siguientes: pluralismo económico, economía social de mercado, propiedad privada con limitaciones, moderada intervención estatal, planificación, rechazo moderado al monopolio y al oligopolio, papel rector del Banco Central de Reserva, adhesión a la integración latinoamericana, entre otros aspectos. Por su parte, César Ochoa Cardich, "Constitución y Economía de Mercado", *Derecho* N° 39 Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985, pp. 229-268 plantea cuatro principios fundamentales que delimitan el modelo económico constitucionalizado: primero, el principio de subsidiariedad o supletoriedad del Estado; segundo, la libertad de iniciativa privada en una economía social de mercado; tercero, el principio de igualdad jurídica entre los competidores, y; el cuarto, el antimonopolismo o sistema de concurrencia.

10 Friedrich von Hayek, "La Higiene de la Democracia", p. 32; en *Democracia y Economía de Mercado*, Lima, 1984. Si bien es cierto, que en las democracias avanzadas existe el peligro del dominio tecnoburocrático, la suspicacia ideológica de von Hayek aplicada a la realidad peruana no escapa al temor de convertir al pueblo en un agente creador y beneficiario del sistema económico, condición necesaria de una democracia social.

comprende. Sólo así se puede entender que "la idea de la defensa constitucional tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewenstein, es decir, que sólo resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado de eficacia y de proyección hacia el futuro y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias"¹¹.

2. Los Derechos Sociales

2.1. Los Derechos Sociales Constitucionales

La expectativa de los ciudadanos ante los poderes públicos, a fin de que éstos solventen los derechos sociales reconocidos en la Constitución presenta dos posiciones. Una, para quienes la normatividad social configura intereses legítimos, más no auténticos derechos subjetivos; en consecuencia, al no constituir un concepto jurídico no se pueden derivar derechos ni deberes. Se trataría en todo caso, de una disposición constitucional que informa discrecionalmente los fines o tareas del Estado.

Efectivamente, para esta corriente de la doctrina constitucional nacional, los derechos sociales "están concebidos como pautas de conductas, como metas de todo régimen político, como postulados de un buen gobierno, pero en rigor no cabría plantear una exigencia jurisdiccional obligando a una prestación efectiva"¹². Además, desde el punto de vista económico, el Estado peruano no cuenta con suficientes medios para satisfacer dichos derechos; amén, de no cumplir satisfactoriamente con los servicios públicos básicos que desde ya atiende.

Frente a esta corriente, se ha levantado una concepción opuesta, según la cual, los derechos sociales lejos de constituir normas programáticas, amparan intereses legítimos y jurídicamente relevantes que requieren de tutela por parte del Estado. En tal sentido, los derechos sociales no sólo son pautas constitucionales llamadas a ser concretizadas por el legislador o la jurisprudencia, sino que, también, constituyen derechos subjetivos para el ciudadano y, sobretodo, obligaciones objetivas que vinculan la formulación de políticas públicas.

En tal entendido, "la pretensión individual frente al Estado, entes públicos o terceros obligados, en que se sustancia la relación jurídica de los específicos derechos socia-

11 Héctor Fix Zamudio, *La Constitución y su Defensa*, Ponencia general al Coloquio Internacional sobre el tema, celebrado en la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982. Citado por Jorge Mario García Laguardia, *La Defensa de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, p. 12.

12 Domingo García Belaúnde, *Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979*, Revista Derecho N° 35 Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 35, Lima, 1981, p. 68.

les, se debe entonces desdoblarse. De un lado se articula en una posición subjetiva de ventaja (con frecuencia abstracta), a favor del particular y de otro, cristaliza en una garantía objetiva de carácter institucional, que tiene también un aspecto ineludiblemente organizativo"¹³.

Ahora bien, la particularidad de la estructura jurídica compuesta de estos derechos sociales esta sujeta a condición, porque "si no existe, pues, una transformación material de la realidad social y económica, que es el humus donde puede desarrollarse este tipo de derechos, difícilmente encontrará protección la situación jurídica subjetiva, constitucionalmente garantizada, que puede derivarse reflejamente, de estos datos normativos objetivos"¹⁴.

Efectivamente, una mejor garantía para la vigencia de los derechos sociales, implica superar la concepción programática; sin embargo, cabría perfeccionar los mandatos sociales de la Constitución peruana, estableciendo "una obligación específica para el Estado con dos características: imponer una meta de carácter cuantificable y generar las condiciones para debatir el empeño y la prioridad señalada a la vigencia o cumplimiento del Derecho"¹⁵.

La inexistencia de una base material en el Perú y de los elementos técnico-jurídicos de las mencionadas normas constitucionales han conducido a reforzar la aporía consistente en el carácter programático de las normas constitucionales de los derechos sociales y, en consecuencia, a su falta de desarrollo legislativo y subsecuentemente a su inaplicación jurisprudencial inmediata. Precisamente, en el momento histórico constitucional en que los derechos sociales demandados por las mayorías se convierten en derechos públicos subjetivos, es decir derechos de todos los ciudadanos.

Al respecto, cabe señalar que los derechos sociales constitucionales se apoyan en normas más transformadoras que garantizadoras de derechos; a partir de lo cual, se hace necesaria una progresiva definición legislativa, concreción jurisprudencial y una actuación política que tienda a asegurar una igualdad material. *Contrario sensu*, se debe evitar congelar o alterar las disposiciones constitucionales sociales; por cuanto, se estaría incurriendo en una suerte de inconstitucionalidad por omisión o lesión, respectivamente.

En todo caso, es a partir del **indirizzo político** del Estado democrático y social de derecho donde sólo adquieren relevancia jurídica los derechos sociales de la familia

13 José Luis Cascajo Castro, "La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales", *Cuadernos y Debates* Nº 5, Madrid, 1988, p. 52.

14 *Op. cit.*, p. 53.

15 Marcial Rubio, "Instrumentos Jurídicos para Mejorar la Protección de los Derechos Humanos" *Derecho* Nº 38, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984, p. 237.

que dicho modelo de Estado consagra. Sin olvidar que su interpretación debe considerar una serie de supuestos económicos y sociales reales, así como, también, contemplar a una organización y administración (pública y privada), que haga posible la satisfacción de los derechos sociales constitucionales.

En tal sentido, el problema de la familia al no ser un fenómeno exclusiva ni fundamentalmente jurídico-constitucional, "no se solucionará jamás con sólo promulgar leyes (o concretizar ejecutiva o jurisprudencialmente los derechos sociales que manda la Constitución) por bien inspiradas que ellas estén, si es que semejante esfuerzo no se integra en un contexto mucho más amplio y profundo, que no sólo incluye sino que demanda un modelo que modifique también las pautas éticas, culturales y socio-económicas actuales"¹⁶.

Presentado, así, el problema en tales términos, ahora cabe plantearse el asunto de los derechos sociales constitucionales desde una perspectiva técnico-jurídica constitucional; es decir, a partir de concebir a los derechos sociales como normas jurídicas.

2.2. La Constitución como norma jurídica singular

Se parte de superar la antitética distinción de las normas constitucionales entre normas programáticas y normas jurídicas de aplicación inmediata y directa; por cuanto, al reducir la concepción de los derechos sociales como normas programáticas, se refuerza el carácter semántico o nominal de la Constitución. En tal sentido, como señala García de Enterría, "lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo..."¹⁷. Más aún, cuando la Constitución peruana al establecer en su artículo 74^o que "todos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el Ordenamiento Jurídico de la Nación", esta postulando que las normas constitucionales, sin distinción alguna, tienen una naturaleza vinculatoria con todos los poderes y organismos del Estado, así como, con los ciudadanos.

Se trata, entonces, de presentar algunos alcances técnico-jurídicos para desarrollar los mandatos constitucionales sobre los derechos sociales. En tal sentido, se apela a la doctrina jurídica que ha vislumbrado algunas alternativas de interpretación de dichos mandatos sociales, sobre la base de una construcción teórica constitucional.

Se parte de concebir que el derecho constitucional, como toda ciencia jurídica, es una ciencia normativa; en eso se diferencia de la sociología política y la ciencia política que también estudian la Constitución. Lo cual, no obsta para reconocer que las nor-

16 Héctor Comejo Chávez, *Op. cit.*, p. 38

17 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1981, p. 96.

mas constitucionales antes que cuestiones jurídicas son fenómenos del poder; en tal entendido, la Constitución ampara una vertiente jurídica y otra política, que tienen conexión científica pero con independencia metodológica. En todo caso, la fuerza realmente operativa de la Constitución requiere del funcionamiento combinado de estos factores. Efectivamente, "no se trata de exclusivismos ni de dominantes metodológicas: la Constitución es, al tiempo, un fenómeno jurídico y político, que no puede ser comprendido unilateralmente sin grave riesgo de disfunción"¹⁸.

Queda establecido, entonces, que la Constitución no realiza todo sino que únicamente plantea como tarea la creación de un modelo democrático y social de Estado. Sin embargo, "se vuelve fuerza actuante cuando dicha tarea es asumida, cuando se está dispuesto a hacer determinar la conducta propia por el orden regulado por la Constitución, cuando se está decidido a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o ataque en base a circunstanciales consideraciones de utilidad, cuando, por tanto, en la conciencia general y concretamente en la conciencia de los responsables de la vida constitucional se halla no solamente la voluntad de poder sino, sobre todo, la voluntad de Constitución (wille zur Verfassung)"¹⁹.

La voluntad o sentimiento de Constitución, se sustentaría en la creencia generalizada de la población de que constituye un orden objetivo y normativo inviolable, en la convicción de que es un orden legítimo que necesita legitimarse permanentemente y en la conciencia de que su vigencia sólo se puede perpetuar y conservar a través del ejercicio voluntario y concreto de los derechos constitucionales.

La fuerza normativa de la Constitución, entonces, no sólo reside en la incorporación y proyección de la realidad, social o económica; sino, también, en el estado de conciencia ciudadano de que la Constitución crea un orden libertario y justo. A partir de estos reconocimientos, se pueden perfilar los límites y posibilidades de las normas constitucionales; en tanto que la fuerza normativa de la Constitución, entendida a ésta como **lex superior**, es producto de la realización dialéctica de la Constitución real y del sentimiento constitucional predominante.

Planteada así la cuestión, cabe apelar, entonces, a los orígenes del constitucionalismo moderno; en los cuales la fuerza normativa de los primeros textos constitucionales se sustentaba en el valor normativo inmediato y con carácter vinculante de los mismos para los ciudadanos y el Estado; quien, así, tenía a los mandatos constitucionales como vértice de referencia para la elaboración de las normas de inferior jerarquía. Hoy en día como ayer, la postura democrática moderna busca establecer derechos y garantías de defensa del hombre directas frente al Estado; es decir que, los principios de autodeter-

18 Alejandro Nieto, "Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional", **Revista de Administración Pública**, Nos. 100-102, Madrid, 1983, p. 374.

19 Konrad Hesse, **Escritos Constitucionales**, Madrid, 1983, pp. 70-71.

minación de derechos y limitación del poder siguen constituyendo las fuentes de los modelos constitucionales.

En la actualidad, las necesidades constitucionales han ido redimensionando los derechos ciudadanos y los límites del poder; así como, incorporando disposiciones dogmáticas contemporáneas y demás normas de organización y procedimientos de los poderes públicos. No obstante los cambios constitucionales operados en un Estado moderno, se sigue concibiendo a la Constitución como el eje jurídico-político de la vida social. En tal sentido, "lo que ahora se pretende es volver a los orígenes, devolviendo a la Constitución su valor normativo inmediato, con efectos vinculantes directos para los ciudadanos y para los poderes públicos y también como punto de referencia para la validez de las normas inferiores incluidas las leyes, cuyo contenido está sometido a los valores constitucionales"²⁰.

2.3. Efectos Jurídicos de las Normas Constitucionales

El problema ya no es saber si la Constitución es una norma jurídica, porque se podría decir que alcanzar a definir a la Constitución como norma jurídica, entendida como *lex superior*, es una tautología que no argumenta mucho a favor de la cuestión; por el contrario, lo importante resultaría saber cuáles son los efectos o consecuencias jurídicas de dichas normas constitucionales; más aún, cuando sobre un mismo precepto constitucional, se dan respuestas jurídico-constitucionales plurales, muchas de ellas, excluyentes entre sí.

Quizás en razón a esta realidad, lamentablemente, en la opinión pública predomina una concepción de ineficacia de la dogmática jurídica constitucional, coadyuvando con esta actitud a devaluar los principios y valores constitucionales; tal concepción se debe, en parte, al escaso desarrollo de una ciencia jurídica constitucional que se ponga en un nivel de crear y relacionar operativamente su aparato categorial con el sentido jurídico práctico de sus principios. Este planteamiento de la causalidad jurídica, no es otro que el de asignar fuerza jurídica vinculante inmediata a las normas constitucionales.

Incorporar, entonces, la causalidad jurídica en la construcción de una teoría constitucional sobre los derechos sociales, no puede desvincularse de los problemas de la formación social peruana. Por tanto, quizás, "un tratamiento teórico-jurídico y científico en el sentido teórico de este material jurídico sólo tiene lugar en un mayor nivel de abstracción, en el cual, para mayores libertades de disposición, ha de pagarse el precio de no alcanzar fuerza vinculante"²¹.

Si bien, tal afirmación sólo podrá ser demostrada en la praxis jurídica, cuando me-

20 Alejandro Nieto, *Op. cit.*, p. 386.

21 Niklas Luhmann, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid, 1983, pp. 20-21.

nos sí cabe perfilar nuevos derroteros a los problemas de la protección de los derechos sociales constitucionales; superando el aparato conceptual constitucional tradicional (que sólo distingue entre normas jurídicas y normas programáticas en la Constitución), a través de la incorporación de la causalidad jurídica al analizar las normas constitucionales.

Asumir los postulados de la causalidad jurídica de las normas constitucionales sobre derechos sociales, significa, por otro lado, excluir por opción metodológica el análisis de la naturaleza de las normas jurídicas constitucionales, a partir de los problemas lingüísticos de las proposiciones normativas y no normativas dentro de un texto constitucional, y de su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Se parte, entonces, de señalar que la Constitución contiene una pluralidad de disposiciones jurídicas; que en tanto proposiciones de derecho constituyen normas jurídicas. Cada una de estas normas son partes de un ordenamiento constitucional, que en salvaguarda de sus principios de racionalidad y coherencia jurídicas, requieren ser o cuando menos leerse sistemáticamente y lógicamente. Asumir integralmente la interpretación de los mandatos constitucionales implica establecer principios de ordinación intraconstitucional, no en relación a la validez jurídica de dichas normas, sino en cuanto a su aplicación, con un sentido constitucional común.

Sin embargo, las proposiciones jurídicas al determinar los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas que se derivan pueden hacerlas de manera general; de modo que no agotan los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas. En particular, las normas constitucionales, por el alto grado de regulación jurídica de la comunidad política, establecen disposiciones generales e incompletas, pero que garantizan su aplicación y prevalencia directa, por sobre cualquier otra disposición en contrario.

Entonces, las normas constitucionales al constituir proposiciones jurídico-políticas tienen una validez superior a cualquier norma jurídica, por cuanto tienen un origen constituyente. Al respecto, se puede señalar al "poder constituyente como la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídicopolítico fundamental originario por medio de una Constitución, y a revisar ésta, total o parcialmente, cuando se necesario. En el primer caso el poder constituyente es originario; en el segundo es constituido, instituido o derivativo"²².

Plantear que la fuerza constitutiva que fundamenta las consecuencias jurídicas directas de los derechos sociales, reside en la propia soberanía popular constituyente, es válida para superar los estados de quiescencia constitucional o potencialidad constitucional; de modo que, no son propuestas declarativas o finalidades abstractas, sino, por el contrario desarrollan valores normativos de pleno derecho, siempre que exista un

22 Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo II, Buenos Aires, 1953, p. 123.

sentimiento constitucional compartido, que restan valor simbólico y real al soporte jurídico de la democracia; sin embargo, resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos.

2.4. Aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales

Se parte de la paradoja contemporánea, según la cual las normas constitucionales (entre ellas las referidas a los derechos sociales), no son normas jurídicas ordinarias, sino que son normas jurídicas supremas. Sin embargo, a pesar de su origen y carácter de norma suprema se le asigna un *minus* de efectividad jurídica positiva; es decir incapacidad para su aplicación directa e inmediata; lo cual no es óbice para que la norma constitucional tenga una efectividad jurídica negativa, porque es obvio, que los principios y artículos constitucionales sociales tienen fuerza normativa derogatoria directa e indirecta, sin necesidad de ley que las complemente, cuando se dictan disposiciones que les sean contrarias.

Entonces, lo que importa dilucidar, en particular, es la efectividad jurídica de las normas sobre derechos sociales, es decir su aplicación directa. Porque, es a partir de la vigencia real de la Constitución en toda su magnitud, como se sentarán las bases de la democratización, o sea de la libertad y la igualdad sustantivas.

En tal entendido, si el pueblo soberano ha establecido en la Constitución una serie de derechos sociales con el fin de otorgar asidero al modelo de Estado democrático y social de derecho, corresponde a los poderes del Estado la realización de los mismos. Por cierto, una cosa son los derechos sociales constitutivos del modelo constitucional y otra cosa será, por el momento, si los organismos públicos cumplen con este encargo.

Lo importante de las normas constitucionales por hacer, es que los derechos sociales constituyen en puridad nuevas garantías del ciudadano frente al Estado, vinculando de esta manera la actuación de los poderes públicos con los intereses y obligaciones que la Constitución garantiza. De modo que, las normas jurídicas constitucionales sobre derechos sociales cumplen una función garantizadora a los ciudadanos, transformando las obligaciones sociales del Estado contemporáneo en obligaciones jurídicas; es decir convirtiéndolos en derechos públicos subjetivos accionables por los sujetos. De tal manera que lo que para el Estado es una norma, para los ciudadanos se convierte en una garantía.

Los efectos jurídicos constitucionales de los derechos sociales, pues, no sólo serán derogatorios cuando una norma viole sus preceptos garantizadores; sino que, también, puede interpretarse su falta de aplicación o no desarrollo como una omisión constitucional, accionable en consecuencia. Por otro lado, positivamente, dichos derechos constitucionales serían normas que ordenan la actuación jurídico-política de los poderes públicos y de las resoluciones judiciales.

Usualmente, frente a las disposiciones constitucionales sociales se ha argumentado

ria directamente de la Constitución. Sin embargo, "nada se opone, tampoco, a que las normas sean puestas en la forma constitucional y que no solamente contenga principios, direcciones y límites al contenido de las leyes futuras y no puedan, consecuentemente, ser concretizadas por medio de leyes sino que, por el contrario, regulen una materia en forma tan completa que sean inmediatamente aplicables a los casos concretos a través de actos jurisdiccionales e, incluso, administrativos"²³.

Como quiera que la expresión normativa de los derechos sociales están formulados de manera general en la Constitución, cabe redimensionar el principio de constitucionalidad, a fin de acercar los principios y normas constitucionales —incluidas las sociales—, a la persona, que constituye la finalidad primordial de la sociedad y del Estado, según el Art. 1º de la Constitución peruana. Lo cual significa revalorar formal y materialmente a la Constitución, a partir del propósito de otorgar eficacia jurídica directa a sus mandatos.

Es cierto que por la generalidad de los preceptos sociales del texto constitucional, el desarrollo de los contenidos de los derechos sociales constitucionalizados han sido consignados a las leyes o reglamentos que fijen los contenidos específicos de los mismos; sin embargo, al superar al positivismo legalista omisivo se re-funda el principio de constitucionalidad y, en consecuencia, se plantea el problema del destinatario de los derechos sociales.

Lo sostenido no es óbice para concluir con el problema del carácter abierto de las normas sobre derechos sociales; motivo por el cual, sin perjuicio del ejercicio práctico de dichas normas constitucionales, bien podría modificarse la técnica normativa constitucional, superando las indeterminaciones de las normas constitucionales abiertas. En tal sentido, siguiendo a Marcial Rubio²⁴, se postulan algunas consideraciones técnicas:

- La cuantificación (más o menos genérica, según los casos), de los objetivos o resultados que busca obtener el Estado, mediante la vigencia efectiva del derecho.
- La imposición de obligaciones determinables al Estado, para avanzar en la aplicación de los derechos de que se trate.
- El diseño de mecanismos que fueren la generación de una discusión pública de la problemática y los logros existentes en torno a cada derecho involucrado.

23 Hans Kelsen, "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)" mimeo, separata del Programa Académico de Derecho de la Universidad Católica, Lima, 1978, p. 6.

24 Cfr. Marcial Rubio, *Op. cit.*, p. 239.

- El establecimiento de un mandato constitucional expreso, por el cual, anual y progresivamente se incrementen las asignaciones presupuestales para los derechos sociales, que irroguen gasto público.

2.5. Sujetos de los Derechos Sociales

Se perciben dos tipos de destinatarios: el destinatario-beneficiario y el destinatario-aplicador. Usualmente, "el destinatario aparente, y hasta con frecuencia explicitado, es el ciudadano, a quien corresponde cumplirla. Pero junto a él está el destinatario-aplicador —el Estado—, a quien corresponde imponer su cumplimiento en caso de resistencia ²⁵.

Si bien el ciudadano es una categoría política individual, los postulados de la democracia social y del Estado democrático contemporáneos han abierto la posibilidad de concebir la categoría del ciudadano-colectivo, como sujeto de derechos y obligaciones; sobre todo, a partir de una lectura progresiva del derecho de familia o del derecho laboral o del germinal derecho social agrario y urbano. En tal sentido, el destinatario propiamente es el ciudadano individualmente, pero no excluye a que también lo constituya la familia o un colectivo de trabajadores, agricultores y pobladores, en tanto sindicato, comunidad campesina o nativa y asentamiento humano, respectivamente.

Por otro lado, el Estado aparece como destinatario cumplidor; más cabe reflexionar si corresponde exclusivamente al Estado, atender dichos postulados sociales, entendido como el conjunto de organismos y órganos del aparato estatal o, también, quepa la responsabilidad a terceros. Al respecto, cabe plantear el caso del artículo 29º de la Constitución, en el cual se establece que "las empresas están obligadas a contribuir al sostenimiento de centros de educación. La ley fija los alcances de este precepto. Las escuelas que funcionan en los centros industriales, agrícolas o mineros son sostenidas por los respectivos propietarios o empresas". Dicho texto habría que complementarlo con el artículo 130º del texto constitucional que reza así: "las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley".

Es preciso señalar que, en este caso no es el Estado u otros entes públicos los sujetos obligados a satisfacer la prestación consagrada en dichos artículos 29º y 130º. En consecuencia, aparece la cuestión de si las obligaciones de estos terceros, las empresas, son exigibles por la autoridad pública o también por quienes deben beneficiarse de esas prestaciones. En este último caso, el titular del derecho —por ejemplo un colectivo de familias—, podría constituir, a partir de su demanda de cumplimiento eficaz de la prestación, una relación de derecho privado —obligación de hacer—, pero sobre la base de un mandato constitucional.

25 Alejandro Nieto, *Op. cit.*, p. 402.

2.6. Normas coactivas o redimensionamiento de las funciones del Estado

Como quiera que la eficacia jurídica directa, soporte metodológico en el cual se sustenta el análisis, reposa en última instancia en la aplicación coactiva de la norma, resulta evidente que en casos de incumplimiento comisivo u omisivo de dichos mandatos constitucionales, cabe preguntarse si el Estado como destinatario-cumplidor puede también actuar de sancionador de terceros obligados o inclusive de algunos de sus propios órganos (el legislativo si no expidió las leyes que establecen los artículos 29º y 130º), que estuviesen en falta?

Tal postulado se resiste a la lógica de la unidad de la voluntad estatal; no obstante, replantear cara al futuro los tradicionales fundamentos del Estado liberal, implica junto al redimensionamiento del principio de legalidad, relativizar los supuestos —por lo demás falseados en la realidad—, de la unidad monolítica de la voluntad estatal. De modo que, al criticar la ficción jurídico-política, según la cual el Estado constituye una persona jurídica uniforme y distinta de sus elementos (Albrecht, Laband, Jellinek), se colige que los órganos encargados de ejecutar las funciones de ese Estado, en la práctica no siempre van a coincidir en la formación unitaria de la voluntad general de los pueblos.

Asumiendo tal supuesto, cabe complementarlo planteando el desarrollo de las funciones de los órganos del poder del Estado, en la cual el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, al no ser organismos constitucionales ajenos a los mandatos del texto constitucional, al igual que el Poder Legislativo, les correspondería aparecer también como destinatarios-cumplidores de los derechos sociales en el ámbito de sus relanzadas competencias. Esto es, que se regularice la transformación del Estado legislativo en Estado administrativo, a través del reconocimiento a los órganos administrativos la facultad de aplicar o reglamentar la Constitución, en base a su potestad reglamentaria y a los tribunales judiciales la facultad de desarrollar creativamente la Constitución, a través de su función jurisdiccional discrecional.

De esa manera, se aseguraría que los derechos sociales que la Constitución ampara, vincularían directamente e inmediatamente, a la administración judicial y estatal, quienes otorgarían eficacia jurídica a dichos mandatos, en virtud de sus redimensionadas facultades y del carácter obligatorio y necesario de toda norma jurídica constitucional. Así pues, en un futuro se podría afirmar que "la Constitución no sólo actúa como base del ordenamiento jurídico, sino también como norma jurídica aplicable a supuestos de la vida jurídica cotidiana"²⁶. El problema, luego, es precisar cómo se articula técnicamente el valor normativo directo e inmediato de la Constitución, en el caso de los derechos sociales.

26 José Luis Serrano, "Algunas Hipótesis sobre los Principios Rectores de la Política Social y Económica", *Revista de Estudios Políticos*, Nº 56, Madrid, 1987, p. 115.

2.7. Interpretación constitucional operativa

Desarrollando el argumento planteado, es evidente que no se puede seguir el método interpretativo del positivismo jurídico, a fin de aplicar los derechos sociales de la Constitución; por cuanto, ante la falta de supuestos legales han de emplearse otros criterios de aplicación o resolución, pero sobre la base de un principio de interpretación constitucional operativa. En consecuencia, como apunta Konrad Hesse, "la interpretación constitucional, en el sentido estricto que aquí interesa, resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente"²⁷.

El principio de interpretación constitucional operativa, que se postula, surgiría, entonces, cuando ante la inexistencia de un mandato legal que desarrolle los derechos sociales de la Constitución, exista un mandato constitucional normativo y un sentimiento constitucional de aplicar los mismos. Efectivamente, el problema jurídico de la interpretación "parte de una idea que enlaza ambos conceptos de interpretación: la de que para los juristas la interpretación constitucional es un fenómeno peculiar, pues si, por un lado, tiene que dialogar con el intérprete auténtico en términos estrictamente jurídicos, utilizando los métodos clásicos de interpretación, por otro, tiene que hacerse eco del fenómeno de la interpretación constitucional como vivencia constitucional para justificar las vivencias del texto constitucional, convirtiendo así en lenguaje jurídico, asimilable por el intérprete auténtico, formas culturales de vivencias de valores e ideas como fundamentales"²⁸.

Ante esta situación, el proceso de concretización no puede seguir las reglas de interpretación del derecho ordinario, sino que debe embarcarse en ciertos criterios de valor, que le asignan los principios constitucionales supremos de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (Art. 1º) y la naturaleza del Estado democrático y social de derecho (Arts. 4º y 79º); pero, con un sentido jurídico práctico y operativo. En tal sentido, "el órgano que aplica el derecho tiene que determinar el significado en cuestión de manera suficientemente precisa para los fines de la toma de decisión"²⁹.

Este método de interpretación requiere ser creativo, a fin de que resuelva las nuevas situaciones, que demandan una interpretación abierta y una aplicación política

27 Konrad Hesse, *Op. cit.*, p. 35.

28 Enrique Alonso García, *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 3. Este enjundioso tratado apertura toda una técnica jurídica acerca del problema de interpretación constitucional por parte de los magistrados, que bien vale desarrollarla creativamente creando reglas adaptables al Perú. Al respecto, consultar a Enrique Bernales y Marcial Rubio, *Constitución: Fuentes e Interpretación*, Lima, 1988, pp. 91-115 y al artículo de Aníbal Quiroga, "La Interpretación Constitucional" en *Derecho* N° 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985, pp. 323-343.

29 Jerzy Wróblewski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, 1985, p. 35.

concreta. Esta tendencia contemporánea pluralista en la concretización de las normas, permitiría que el enunciado de los preceptos constitucionales aperture un haz de aplicaciones a futuro, como viene ocurriendo con algunas sentencias de los tribunales constitucionales europeos³⁰.

Lo presentado hasta el momento, pretende constituir una técnica más que se refuerza con la tesis de los controles interórganos, según la cual "el proceso del poder consiste en el interjuego de los cuatro detentadores del poder que participan por igual en él: electorado, parlamento, gobierno y tribunales. Mientras que el electorado es el factor legitimador de todos los otros detentadores del poder, el parlamento, el gobierno y los tribunales están fundamentalmente equiparados. Las respectivas influencias de estos cuatro detentadores en el marco del proceso del poder constituyen la categoría de los controles interórganos"³¹.

En tal sentido, en caso de conflicto de poderes o de litigios entre los mismos, el Tribunal de Garantías Constitucionales debería resolver el pleito; pero, entendiendo a los poderes constituidos como representantes y servidores de los derechos del pueblo soberano, que ha encargado al Tribunal Constitucional la garantía de su libertad histórica; por cuanto, el pueblo es el sujeto constituyente del proceso democrático y constitucional que se ha iniciado en el Perú.

2.8. Los Derechos Sociales de la Familia

De una lectura inicial de los artículos 5º al 11º del Capítulo II De la Familia, del Título I Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, de la Constitución Política, se pueden distinguir normas constitucionales que han recogido los principios y derechos modernos del derecho de familia, como la protección del matrimonio y de la familia, la separación y el divorcio, la protección del Estado a la paternidad responsable, a la madre desamparada, al niño, al adolescente, al anciano en casos de abandono económico, corporal o moral y a la familia de hecho.

Pero, también, es fácil identificar dos artículos finales, el décimo y el décimo primero, en los cuales el sujeto de los derechos no constituye ninguno de los miembros

30 Así, por ejemplo lo entiende el Tribunal Constitucional Español, quien en la histórica Sentencia Nº 76 del 5 de agosto de 1983, sobre la inconstitucionalidad promovida contra el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) estableció que "el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos". *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Nº 30, cortes Generales, Madrid, p. 1097.

31 Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, Barcelona, 1976, p. 233

de la familia en particular, sino precisamente la familia en general como sujeto colectivo de derechos. Así, pues, el mencionado art. 10º, establece que "es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa"; en tanto que el art. 11º señala que "la familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos".

Es indudable que en ambos artículos a la familia se le atribuye constitucionalmente derechos, que de acuerdo a la tesis que se viene planteando constituyen normas jurídicas singulares susceptibles de ser aplicadas directa e inmediatamente; es decir que, tienen fuerza normativa vinculante tanto para el Estado (destinatario-aplicador), como para los ciudadanos (destinatarios-beneficiarios).

Estos derechos otorgados, implica que las familias puedan petitionar a las altas autoridades competentes del Ministerio de Vivienda y del Ministerio de Salud, la satisfacción de los derechos consagrados respectivamente. Tal derecho de petición, se funda en el mandato constitucional del numeral 18 del artículo 2º de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho "a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también escrita dentro del plazo legal. Transcurrido éste, el interesado puede proceder como si la petición hubiere sido denegada...".

El derecho de petición consagrado constitucionalmente, entonces, hay que entenderlo, para el caso concreto, como la facultad que corresponde a las familias para dirigirse ante la Administración Pública, a fin de solicitar la expedición de actos administrativos o la toma de decisiones sobre materias de su competencia.

Ahora bien, cabe precisar que el art. 10º debería concretizarse, a través de una política de vivienda del Estado que garantice el derecho de las familias a contar con una vivienda decorosa; en los cuales se oferte públicamente a las familias, viviendas con un mínimo de servicios básicos que satisfagan las necesidades de constitución o desarrollo del hogar familiar.

Más aún, este postulado de derecho debe leerse sistemáticamente con el art. 18º del texto constitucional, en el cual se señala que "el Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación... promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda ... apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler-venta. Concede alicientes y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo interés". Es decir, que la Constitución perfila los grandes lineamientos de la política de vivienda, que el Estado debe desarrollar y promover a nivel público y privado.

Ahora bien, establecido el derecho de la familia a contar con una vivienda decoro-

sa en esos términos, queda expedito el derecho de la familia a concretizar estas normas sociales, mediante la petición al Estado de ofertas públicas y privadas de programas de vivienda, susceptibles de ser adquiridas por las familias, dentro del marco operativo del Estado democrático y social de derecho.

En consecuencia, ante la inexistencia o incluso insuficiencia de programas de vivienda públicas o privadas, las familias como sujetos de derechos sociales constituyen personas jurídicas que, en aplicación del principio de constitucionalidad operativa, podrían iniciar demandas judiciales o acciones petitorias administrativas y contenciosas-administrativas, como se perfilará más adelante para el caso de estos dos últimos supuestos

En cuanto al derecho que la Constitución le confiere a la familia escasa de recursos económicos, la norma establece el derecho a enterrar gratuitamente a sus muertos en cementerios públicos. Al respecto, este mandato protector del Estado tiene como objetivo cumplir socialmente con la familia al término de la vida de uno o más de sus miembros. Pero, a condición de que la familia no disponga de recursos económicos; en tal supuesto, el Estado a través de las Municipalidades (Ley N° 23853, art. 63°, inc. 14) pone a disposición gratuita de estas familias pobres los cementerios públicos.

La situación jurídica planteada del derecho a la vivienda y del entierro gratuito generará relaciones jurídico-administrativas al momento en que las familias acudan a la Administración Pública a petitionar ante la autoridad administrativa competente, la expedición de un acto administrativo de reconocimiento o la toma de decisión de concretización de estos derechos sociales. La administración por su parte deberá iniciar un proceso de integración jurídica, al no existir más que normas constitucionales que la regulan.

En tal sentido, le corresponde al administrador suplir el vacío legislativo en base al principio constitucional operativo que se postula; desarrollando un rol complementador de la norma constitucional. Es decir que, ante la falta de una ley que regule el derecho de la familia a contar con una vivienda decorosa y a una sepultura gratuita, el funcionario público no se puede exonerar de pronunciarse sobre el derecho petitionado y el organismo jurisdiccional de resolver posteriormente el conflicto contencioso-administrativo que se hubiese gestado, sino que deberán dar respuesta a la petición.

Si bien es cierto que el aludido numeral 18 del art. 2° de la Constitución incorpora el silencio administrativo, como respuesta denegatoria de la petición, una vez transcurrido el plazo legal sin que haya habido pronunciamiento administrativo; cabe señalar, que más bien hubiera correspondido constitucionalizar un principio de silencio administrativo positivo, antes que el silencio administrativo negativo, por cuanto estaría más acorde con los postulados de una Administración Pública democrática y social de derecho, que procure recuperar a la persona y a sus derechos, antes que soslayar la rigidez normativa del funcionamiento del Estado.

En consecuencia, ante el vencimiento del plazo legal sin recibir respuesta de la autoridad administrativa, la familia peticionante hubiese podido actuar como si el derecho o la concretización del mismo hubiese sido resuelta favorablemente.

En el supuesto que la autoridad administrativa emitiese un acto administrativo negativo a la petición de una familia sobre la declaración del derecho a adquirir una vivienda digna (basado en la falta o escasez de programas de vivienda) o tomase una decisión denegatoria de concretizar el derecho de una familia pobre a enterrar a su muerto gratuitamente en un cementerio público; correspondería a las familias interponer los recursos impugnatorios de conformidad con el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-SC del 11 de noviembre de 1967.

En cualesquiera de los casos planteados, queda expedido el derecho de las familias a iniciar una acción contencioso-administrativa, cuando los actos o decisiones de la administración causen estado. Actualmente, la acción contencioso-administrativa se tramita de acuerdo con las normas del juicio civil ordinario; sin embargo, de acuerdo con el art. 240º de la Constitución, una ley especial regulará el procedimiento contencioso-administrativo. No obstante lo señalado, en cuanto a la competencia de los jueces para la iniciación del proceso, como regla general, el encargado de conocer es el juez de primera instancia, procediendo el recurso de apelación y nulidad.

Lo expuesto hasta el momento constituye el derrotero administrativo y contencioso-administrativo, que derivaría si es que las familias peruanas decidieran ejercer el derecho de petición, en virtud de los derechos sociales consignados en los artículos 10º y 11º de la Constitución.

En definitiva, si bien el tratamiento de los derechos sociales de la familia en la Constitución es perfectible de completarse jurídica-políticamente, a través de su aplicación administrativa inmediata y directa; cabe recordar, sin pretender haber acabado la problemática, que el hombre se constituye en un ser racional y social a partir del seno natural de la familia, de modo que el Estado peruano no puede más que desarrollar los imperativos sociales constitucionales, que garantizan la reproducción humana de la vida social y familiar; lo contrario constituiría divorciar al hombre de su espacio natural, atentando contra su propia identidad social y posiblemente sustrayéndole de la razón.

BIBLIOGRAFIA

- ABENDROTH Wolfgang, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING . **El Estado Social**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ALAYZA GRUNDY, Ernesto. Intervención en **Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente**. Tomo VI, Congreso de la República, Lima, s/f.
- ALONSO GARCIA, Enrique. **La Interpretación de la Constitución**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- BERNALES, Enrique y Marcial RUBIO. **Constitución Fuentes e Interpretación**, Lima, Mesa Redonda Editores S.A., 1988.
- CORTES GENERALES DE ESPAÑA. **Boletín de Jurisprudencia Constitucional** Nº 30 Madrid, 1984.
- CASCAJO CASTRO, José Luis. **La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales**, Cuadernos y Debates, Nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, . 1988.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Familia y Derecho**, Revista de la Universidad Católica, Nos. 15-16, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984.
- . **La Familia en la Constitución de 1979**, Derecho Nº 35, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1981.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. **La Democracia Social y la Constitución Mexicana en Modernas Tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina**, Revista de la Universidad Externado de Colombia, Nº 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. **La Constitución Económica Peruana en Modernas Tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina**, Revista de la Universidad Externado de Colombia, Nº 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- . **Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979**, Derecho, Nº 35, Revista del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ, **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1981.

GARCIA LA GUARDIA, Jorge Mario. **La Defensa de la Constitución**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **L'Espace Public, Archéologie de la Publicité comme Dimension Constitutive de la Société Bourgeoise**, Payot, París, 1975.

HESSE, Konrad. **Escritos Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

KELSEN, Hans. **Esencia y Valor de la Democracia**, Editorial Grijalbo, Madrid, 1977.

———. **La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)**, mimeo, separata del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1978.

LINARES QUINTANA, Segundo. **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado**, Tomo II, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1953.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

MARTINEZ MORAN, Narciso. **La Familia y su Protección Constitucional**, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico N° 1, Madrid, 1978.

NIETO, Alejandro. **Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional**, Revista de Administración Pública, Nos. 100-102, Madrid, 1983.

OCHOA CARDICH, César. **Constitución y Economía de Mercado**, Derecho, N° 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985.

RUBIO, Marcial. **Instrumentos Jurídicos para Mejorar la Protección de los Derechos Humanos**, Derecho, N° 38, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.

SERRANO, José Luis. Algunas Hipótesis sobre los Principios Rectores de la Política Social y Económica, Revista de Estudios Políticos, Nº 56, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

VON HAYEK, Friedrich. La Higiene de la Democracia, en Democracia y Economía de Mercado, Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1984.

WROBLEWSKI, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Cuadernos Civitas, editorial Civitas, Madrid, 1985.

IV. LA VIDA JURIDICA DE LA FAMILIA

1. LA FAMILIA Y LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN

**LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LA MUJER EN
EL DERECHO FAMILIAR PERUANO**

Ricardo Marcenaro Frers

INTRODUCCION

Descamos señalar, en primer lugar, que al tratar el tema de Los Derechos de la Mujer no deberíamos referirnos solamente al ámbito del Derecho positivo. La materia tiene otras perspectivas que son estudiadas por diversas disciplinas del conocimiento humano: Psicología, Sociología, Antropología, etc. Solamente el análisis interdisciplinario permite conocer la situación de los Derechos de la Mujer en su integridad. No obstante lo expuesto, por motivos de formación profesional trataremos el tema exclusivamente desde la perspectiva del Derecho, reconociendo las limitaciones que ello implica. Tampoco es exacto hablar de la mujer en términos generales por cuanto, la problemática es diferente de acuerdo a cada época y lugar geográfico. Los Derechos de la Mujer han sufrido grandes transformaciones en estas últimas décadas. No solamente existen marcadas diferencias entre los continentes y países sino que también se dan en las diversas regiones de un Estado debiendo nuestro sistema legislativo aplicarse uniformemente en toda la República. Analizamos la cuestión en forma global, sin embargo, debemos reconocer, como diametralmente diferente, la situación de la mujer en la clase media de la gran ciudad, con la mujer del pueblo joven, de la Comunidad Campesina o del caserío selvático.

1. REFERENCIAS HISTORICAS

No es materia de este trabajo presentar la evolución histórica de los derechos de la mujer, sin embargo, me permito hacer algunas diferencias. La mujer ha pasado de ser tratada como un objeto a la potestad marital, a la tutela del marido y luego a que éste se convierta en su consejero.

El Código Civil de Francia, de 21 de marzo de 1804 modelo de la inmensa mayoría de los Cuerpos Legales posteriores que se elaboraron en los diferentes países, consagró el principio muy retrógrado y entonces, de la potestad absoluta del marido sobre la persona y el patrimonio de la mujer¹.

El Código Civil de Rusia del año 1833, adoptó, como sistema económico matrimonial, el régimen de separación de bienes, en que cada cónyuge administraba y disponía con independencia de los suyos propios, consumando la gran emancipación del sexo femenino que ya se había iniciado mucho antes².

En el siglo XX los diferentes foros internacionales trataron el tema.

La Carta de Las Naciones Unidas signada en San Francisco, el 26 de julio de 1945, expresaba en su preámbulo ".. al reafirmar su fe en los derechos fundamentales del hombre, en el valor y en la dignidad de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...". También el artículo 3 manifiesta el propósito de "Realizar la cooperación internacional.. en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las Libertades Fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"³.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de Mayo de 1948, señala en su artículo II "Todas las personas son iguales ante la Ley, y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"⁴. Posteriormente La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de Diciembre de 1948, establece en su artículo 2 "Toda persona tiene los Derechos y Libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole..."⁵.

2. LA CONSTITUCION

La Constitución Política de 1979 señala, expresamente, en su artículo 2 "Toda persona tiene derecho: inc. 2-A la igualdad ante la Ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades".

Los seres humanos desde que nacemos somos diferentes en aptitudes, rasgos, for-

1 Plutarco Marsá Vancells. *La mujer en el Derecho Civil*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., p. 65.

2 *Op. cit.*, p. 67.

3 Mario Alzamora Valdez. *Los Derechos Humanos y su Protección*. 2a. ed. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., p. 62.

4 *Op. cit.*, p. 84.

5 *Op. cit.*, p. 66.

ma, tamaño, talentos, etc. Sin embargo ante el Derecho somos iguales. Es decir, no obstante que la desigualdad es una realidad natural ante el Derecho tenemos igualdad de posibilidades, suprimiéndose los privilegios.

Las Declaraciones y Convenios internacionales de Derechos Humanos así lo han reconocido con firmeza durante este siglo. En consecuencia, la redacción de la parte del artículo Constitucional referido anteriormente está a nuestro criterio correctamente formulado.

No obstante, el artículo Constitucional comentado agrega una frase poco feliz que distorsiona totalmente los conceptos anteriormente formulados. El texto Constitucional añade "La Ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón". Esto significa que si bien declara que no debe existir discriminación alguna por razón de sexo luego se contradice al señalar que el sexo femenino tiene derechos no menores que el varón o sea que pueden ser mayores. Es evidente que si la mujer tiene mayores derechos que el varón estamos discriminando por razón de sexo. Revisando las sesiones de La Asamblea Constituyente en las que se analizó este artículo y la bibliografía jurídica nacional, podemos concluir que se creó la frase por cuanto la mujer tiene derechos en el ámbito exclusivamente laboral tales como el permiso pre y post natal y el de lactancia. No es materia de este trabajo desarrollar el tema constitucional por lo que solamente me permito proponer que los derechos referidos son del concebido o recién nacido. Es el concebido quién tiene el derecho a que su madre tome todas las precauciones necesarias antes del parto para que éste nazca bien. Debemos recordar que para el primer artículo de nuestro Código Civil "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece". Es el recién nacido el que tiene el derecho a que su madre lo lacte a fin de que pueda subsistir.

3. CODIGO CIVIL : DERECHO DE LAS PERSONAS

El Código Civil de 1936 establecía en su artículo 5º "Los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las restricciones respecto de las mujeres casadas". Respecto al nombre señalaba que "La mujer lleva el apellido del marido, agregado al suyo, y lo conserva mientras no contraiga nuevo matrimonio" artículo 171. Respecto al domicilio el artículo 24 indicaba que "La mujer casada tiene por domicilio el de su marido".

El Código Civil de 1984 toma en cuenta la igualdad a que se refiere la Constitución y señala "El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los Derechos Civiles" artículo 4. En relación al domicilio conyugal es aquel en el cual las cónyuges viven de consuno o en todo caso el último que compartieron (art. 36).

Por lo expuesto podemos decir que en el articulado del libro del Código Civil referente al derecho de las personas se sostiene la igualdad total de varones y mujeres en cuanto tienen la misma capacidad.

4. CODIGO CIVIL: DERECHO DE FAMILIA

4.1 Relaciones Conyugales

El primer artículo del Derecho de Familia (artículo 233) señala que las normas jurídicas respecto a este tema tienden a consolidar y fortalecer a la familia en armonía con la Constitución Política del Perú. Posteriormente en el artículo 234 relativo a la definición jurídica del matrimonio se señala, los cónyuges tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. "El artículo 234, en su párrafo final, establece, por primera vez en el ordenamiento civil de la República, el principio de la igualdad del varón y la mujer en el ámbito de las relaciones conyugales"⁶.

Considerando que aproximadamente el 50% de la población peruana está constituida por mujeres este ha sido el cambio más trascendente de la Constitución y Código Civil vigentes. Es esta la modificación más importante que ha producido nuestro sistema jurídico en el presente siglo.

Así como el Código Civil indica la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges regula lo mismo respecto a la relación de estos con sus hijos. Comparando el Código Civil vigente con el derogado de 1936 es evidente la evolución que esta concepción ha experimentado al incorporarse la igualdad de derechos y obligaciones entre el varón y la mujer.

A continuación me permito presentar una transcripción comparada de los artículos del Código Civil de 1936 y 1984 evidenciando así la profunda evolución que en este tema manifiesta la Legislación.

4.1.1 Código Civil 1936 artículo 161

"El marido dirige la sociedad conyugal. La mujer debe ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar."

Código Civil 1984 artículo 290

"Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo."

4.1.2 Código Civil 1936 artículo 164

"El marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación."

Código Civil 1984 artículos 287-291

"Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos."

6 Héctor Comejo Chávez. *Derecho Familiar Peruano*. Librería Studium S.A. Tomo I, p. 92.

"Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo."

4.1.3 Código Civil 1936 artículo 168

"El marido es el representante de la sociedad conyugal."

Código Civil 1984 artículo 292

"Corresponde conjuntamente a los cónyuges la representación legal de la sociedad conyugal."

4.1.4 Código Civil 1936 artículo 173

"La mujer puede ejercer cualquier profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso ó tácito del marido."

Código Civil 1984 artículo 293

"Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por Ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso ó tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia."

4.1.5 Código Civil 1936 artículo 391

"La patria potestad se ejerce por el padre y la madre durante el matrimonio. En caso de disentiimiento prevalecerá la opinión del padre."

Código Civil 1984 artículo 419

"La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

En caso de disentiimiento, resuelve el Juez de menores en la vía incidental."

4.2 Artículo en el que se expresan diferencias entre los derechos del hombre y la mujer

Tomando en cuenta la misma clasificación del Código Civil me permito hacer algunas reflexiones respecto de aquellos artículos en los que se hacen distinciones entre los varones y las mujeres.

4.2.1 Edad para contraer matrimonio

Respecto a este tema el Dr. Héctor Cornejo Chávez afirma "Siendo la procreación el fin principal del matrimonio, es lógico que para contraerlo se necesita poseer la capacidad genética."

En mérito a este argumento y considerando que la mujer tiene un desarrollo sexual anterior al hombre se ha establecido en el artículo 241 inc. 1) que el Juez podrá autorizar por motivos graves el matrimonio de varones de dieciseis años cumplidos y de mujeres de catorce. Opinamos que el matrimonio tiene dos fines primordiales: el amor y el sexo. También creemos que la edad mínima para contraer matrimonio debe estar su-peditada a la madurez de la pareja siendo la edad señalada por el código una cantidad arbitraria por cuanto cada ser humano se desarrolla diferente. Debería dispensarse el impedimento de la edad en términos iguales para el varón y la mujer.

4.2.2 Separación de cuerpos

En el caso de que ambos cónyuges sean culpables de la separación, el artículo 340 señala que los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre y las hijas mujeres menores de edad y los varones menores de 7 años al cuidado de la madre.

Esta distinción entre hijos varones y mujeres está en la concepción que la madre es la encargada de proporcionar amor, educar, alimentar, etc. a los hijos pequeños toda vez que el padre no es el más apto para hacerlo. Opinamos que los padres pueden proporcionar la misma dosis de ternura, afecto y cariño que la madre y que deberían participar activamente en todas las etapas del crecimiento y educación de sus hijos. Los roles existentes han sido establecidos por las distorsiones de nuestra cultura, pero no por razones naturales.

Las diferencias se dan exclusivamente como consecuencia de la educación o "des-formación que recibimos desde que venimos al mundo, sin embargo nacemos con la misma potencialidad de amar, educar, etc. Luego, la formación que recibimos nos va asignando roles de acuerdo a lo que se considera correcto para nuestro sexo. Por los fundamentos expuestos opinamos que debería derogarse el segundo párrafo del artículo 340 a fin de que el Juez señale en cada caso concreto a cargo de quién se quedan los hijos.

4.2.3 Filiación matrimonial y extramatrimonial

Consideramos que solamente tratándose de aquellos artículos en los que se desea fijar reglas que permitan establecer la filiación es posible distinguir entre las normas para el varón y la mujer tales como los artículos 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 402, 403, 404, 405, 406, 409, 411, 413, 414, 415.

El mismo argumento motiva el que no se permita el matrimonio de la viuda en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que dicere a luz (artículo 243 inc. 3)

Para terminar estas breves reflexiones me permito formular algunas conclusiones:

1. El texto Constitucional "La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón" está incorrectamente formulado.
2. El Código Civil al establecer que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los Derechos Civiles, eliminando las diferencias existentes en el Código Civil de 1936, ha introducido el mayor cambio de nuestra codificación.
3. Deben eliminarse los artículos en los que se discrimina entre varón y mujer por razón de su sexo.
4. En el Derecho de Familia solamente deben existir normas que distingan al varón y la mujer para fijar reglas que permitan establecer la filiación.

BIBLIOGRAFIA

1. ALZAMORA VALDEZ, MARIO.
Los Derechos Humanos y su Protección.
Editorial y Distribuidora de Libros S.A. 388 pp.
2. ALZAMORA VALDEZ, MARIO.
Libro Homenaje.
Cultural Cuzco, 1988.
3. CORNEJO CHAVEZ, HECTOR
Derecho Familiar Peruano.
Librería Studium S.A. Lima 1985.
Tomo I. 381 p.
Tomo II. 494 p.
4. CHIRINOS SOTO, ENRIQUE
La Nueva Constitución al Alcance de Todos.
Editorial Andina. Lima, 1979. 527 p.
5. EGUIRUREN PRAELI, FRANCISCO
La Constitución Política de 1979 y sus Problemas de Aplicación.
Cultural Cuzco S.A. Lima, 1987. 782 p.
6. FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS
Derecho de las Personas.
Librería Studium S.A. Lima, 1986. 279 p.
7. LANATTA GUILHEM, ROMULO E.
Libro Homenaje.
Cultural Cuzco, 1986.
8. MARSÀ VANCELLES, PLUTARCO
La Mujer en el Derecho Civil.
Ediciones Universidad de Navarra S.A.
Pamplona, 1970. 492 p.
9. PAREJA PAZ-SOLDAN, JOSE
Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979.
Ediciones y Distribuciones E.I.R.L.
Lima, 1981. 739 p.
10. SEGUIN, CARLOS ALBERTO
Amor, Sexo y Matrimonio.
Ediciones ERMAR S.A. Lima, 1979. 365 p.

**ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA
INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION
EXTRAUTERINA**

Carlos Cárdenas Quirós

Se está abusando en la actualidad de las palabras **técnica** y **tecnología** aplicadas al Derecho; estos conceptos pueden confundirse con los de destreza en el manejo de ficheros —de legislación, de bibliografía, de jurisprudencia— o de sus recientísimos sustitutivos, proporcionados por la informática. Pero, por grande que sea el progreso que estos elementos signifiquen para la organización científica de despachos y tribunales, nunca podrán suplir el bien hacer del Derecho y de la Justicia, que sólo puede tener por agentes a la inteligencia y la conciencia humanas.

(Ramón Serrano Suñer, **Dictámenes y Recursos de Casación Civil**, Tomo I, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1985, p. XV).

1. INTRODUCCION

Los avances, cada vez mayores de la ciencia, han llevado a desarrollos insospechados en el campo biológico que hacen necesaria una reflexión en torno al tratamiento jurídico que debe darse a estas nuevas circunstancias.

En 1980, con aguda percepción de este fenómeno, expresaba Albert Rosenfeld, Director de Ciencias en Saturday Review y Catedrático de Genética Humana en la Universidad de Texas, que: "... la biología atraerá cada vez más la atención de la religión —y de la política— aunque sólo sea porque el vertiginoso ritmo de su avance generará (y está generando ya), una multitud de dilemas morales. Algo que la biología nos dice claramente es que el futuro humano será muy diferente del presente humano, en gran parte por los poderes mismos que nos hemos conferido, un tanto inadvertidamente, gracias a nuestras entusiastas exploraciones por los confines de la biología"¹.

Los problemas jurídicos en torno a estos asuntos han dado como resultado que se planteen una serie de situaciones que requieren de análisis jurídico.

Como expresa acertadamente Comejo Chávez, en el fondo de todos estos casos "lo que se está planteando es el significado que se da al acto procreador de un ser humano, a las bases mismas de la relación conyugal y paterno-maternal-filial y, en fin de cuentas, a la posición del hombre frente al gran interrogante de su propia especificidad, dignidad e intangibilidad y la legitimidad o ilegitimidad moral de la manipulación genética. Más específicamente, se trata de saber qué fines se persigue o que necesidades se intenta satisfacer con el recurso a tales técnicas de la ciencia contemporánea; y si aquellas finalidades o necesidades no pueden

1 Alfred Rosenfeld, "Dilemas morales de la biología moderna", *Facetas*, Vol. 13, 1980, Núm. 1, p. 87.

ser atendidas de otro modo, como por ejemplo a través de la adopción; si el Derecho debiera permitir el empleo de dichas técnicas sólo en casos especiales y siempre que se trate de parejas matrimoniales o si también debiera permitirlo en parejas no casadas o incluso a quien o quienes no formen una pareja"².

En torno al fenómeno de la reproducción, los mayores problemas jurídicos que surgieron hasta el presente tuvieron que ver con lo que se denominó tradicionalmente como filiación legítima e ilegítima.

No se suscita ningún problema cuando el proceso de reproducción se presenta de manera total en una pareja de esposos. Cada uno de ellos proporcionará en la cópula sexual las células llamadas gametos: el esposo, el espermatozoide, y la esposa, el óvulo; la fertilización se llevará a cabo en la trompa de Falopio y el embarazo se realizará en el útero.

En todo este proceso se puede distinguir, según Seguín, tres etapas: 1) Las fuentes de los gametos (espermatozoides y óvulos); 2) La fertilización de los gametos (es decir, su unión dando lugar al embrión); 3) El lugar del proceso de desarrollo del embrión (preñez o embarazo). En relación a este proceso ha señalado el mencionado autor que, "pueden así los gametos del esposo o la esposa ser reemplazados por los de otros; puede la fecundación realizarse fuera del organismo de la esposa y el proceso del desarrollo fetal hacerse en un lugar distinto del útero de la esposa"³.

Todo esto da lugar a la utilización de las técnicas de inseminación artificial y fecundación extrauterina para solucionar fundamentalmente el problema de la esterilidad. La ley española sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988, señala a este respecto: "Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces" (artículo 1, apartado 2).

Sin embargo, como expresa Arias-Schreiber, debe declararse "si la esterilidad es un ti-

2 Comejo Chávez, Héctor, "Los avances de la genética", **La República**, Lima, 21 de noviembre de 1985.

3 Seguín, Carlos Alberto, "Sobre la reproducción humana", en: **Suplemento Dominical, El Comercio**, Lima, 19 de enero de 1986.

En relación con este artículo, reproducimos un cuadro de Wil y Waters modificado por el doctor Seguín, en el que se pone de manifiesto la multiplicidad de situaciones que se pueden dar por alteraciones en las fuentes de gametos, el lugar de la fertilización o el lugar de la preñez. Obviamente, cada una de estas situaciones merece un apropiado análisis jurídico.

po de sufrimiento y si la adopción constituye o no el medio suficiente para satisfacer el explicable deseo de la maternidad o paternidad frustrados"⁴.

Las opiniones al respecto se encuentran divididas. Para unos es una práctica que degrada la honestidad del acto sexual y contraría la creación divina. Para otros, en cambio, es el modo de permitirle al ser humano una realización completa cuando por una u otra causa se presente algún impedimento que no permita la realización natural del acto de procreación⁵.

Fuente de los Gameto		Sitio de la Fertilización	Sitio de la Preñez	Observaciones
Masculino	Femenino			
1. Esposo	Esposa	Esposa	Esposa	Embarazo corriente
2. Substituto	Esposa	Esposa	Esposa	Fecundación por otro hombre
3. Esposo	Esposa	Laboratorio	Esposa	Fecundación con esperma donado "Niño probeta"
4. Substituto	Esposa	Laboratorio	Esposa	
5. Esposo	Esposa	Laboratorio	Laboratorio	Huevo donado
6. Substituto	Esposa	Laboratorio	Esposa	
7. Esposo	Substituta	Laboratorio	Esposa	Ambos gametos donados Se extrae el embrión de la sustituta y se implanta a la esposa
8. Substituto	Substituta	Laboratorio	Esposa	
9. Esposo	Substituta	Substituta	Esposa	Subrogación de la Maternidad
10. Substituto	Substituta	Substituta	Esposa	
11. Esposo	Esposa	Esposa	Substituta	Subrogación de la Maternidad
12. Substituto	Esposa	Esposa	Substituta	
13. Esposo	Esposa	Laboratorio	Substituta	Subrogación de la Maternidad
14. Substituto	Esposa	Laboratorio	Substituta	
15. Esposo	Substituta	Laboratorio	Substituta	Subrogación de la Maternidad
16. Substituto	Substituta	Laboratorio	Substituta	
17. Esposo	Substituta	Substituta	Substituta	Procreación planeada Adopción
18. Substituto	Substituta	Substituta	Substituta	

Existen otras posibilidades más audaces, que se hallan en estudio y experimentación, como la concepción por una pareja humana y la implantación del huevo en el útero de un animal, que mantendrá la preñez. Veamos las posibilidades:

19. Esposo	Esposa	Esposa	Animal
20. Esposo	Substituta	Laboratorio	Animal
21. Esposo	Esposa	Laboratorio	Animal
22. Substituto	Esposa	Esposa	Animal
23. Substituto	Esposa	Laboratorio	Animal
24. Substituto	Substituta	Laboratorio	Animal

4 Arias-Schreiber Pavez, Max, "Genética y Derecho", en: *El Comercio*, Lima, 17 de noviembre de 1985.

5 Entre las opiniones que se vierten a favor, podemos citar las siguientes:

El asunto no ha sido objeto de especial atención por la doctrina nacional, siendo escasos los textos que se ocupan de la materia en nuestro país. Los problemas, sin embargo, se encuentran planteados y ello justifica el análisis, desde una perspectiva jurídica, de asuntos de tanta trascendencia para la humanidad.

Señala Zannoni que "si los esposos, manteniendo entre sí actos sexuales por sí aptos para la generación —como expresa el canon 1081 del Cód. Der. Canónico— no logran procrear (que constituye uno de los fines primarios del matrimonio, según la teología tradicional), el recurrir a los métodos o técnicas que la ciencia moderna pone a su alcance para la consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza. Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado, gracias a la razón, superar carencias naturales. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso que la naturaleza produce espontáneamente en su cuerpo conduciéndolo a la muerte en caso de no hacerlo, o que interviene quirúrgicamente en la apendicitis o acepta una transfusión de sangre o un transplante de riñón, el hombre asume su naturaleza y la completa, la perfecciona" (Zannoni, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Buenos Aires, 1978, pp. 48-49).

Zannoni se pronuncia a favor de la inseminación artificial y de la fertilización extrauterina homogámas, no así de la heteróloga. Belluscio coincide con este planteamiento, al señalar "que no habría problema, ni jurídico ni moral, mientras se extraiga un óvulo del organismo de la madre y se lo fecunde con espermatozoides del hombre que forma pareja con ella ... Sea cual fuere la apreciación que quepa sobre la cuestión desde el punto de vista moral o religioso, jurídicamente se trata de acciones privadas que no ofenden al orden y la moral pública ni perjudican a terceros, de manera que sobre ellas en nada influye el derecho ni cabría pronunciamiento judicial (art. 19 de la Constitución Nacional)" (Citado por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, "Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible. Sus implicancias éticas y jurídicas". En: *Prudentia Juris V*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, diciembre, 1981, p. 88).

Haring sostiene que "la creación es una obra inacabada que reclama la cooperación del hombre para llevarla a una mayor perfección. Y el hombre mismo es también una obra inacabada llamada a ser una imagen cada vez más perfecta de Dios. Por eso, sólo puede ser fiel a sí mismo y a su Creador, pugnando por el progreso mediante creatividad. Es un ser cultural. Nunca se adapta simplemente a la naturaleza, sino más bien, como cocreador y correvelador de Dios, debe tomar la naturaleza en sus manos y transformarla de acuerdo con la finalidad de crecer en su capacidad de devolver 'amor por amor' y de discernir lo que realiza la dignidad humana y lo que la bloquea (Cit. por Raffo Magnasco, *Op. cit.*, p. 65).

Simón Socorro señala que "en el primer Congreso Mundial de Esterilidad y Fertilidad, reunido en Japón, y en el Congreso Europeo de Esterilidad, reunido en Atenas en 1972, se hicieron ligeras o pocas oposiciones sobre bases morales y religiosas; se obtuvo un consenso de que el procedimiento tenía un carácter médico y social de valor que podría ser de gran ayuda a las parejas estériles, para alcanzar la fecundación y, por tanto, una relación familiar y marital más estables" (Simón Socorro, Emilio, "Inseminación artificial humana", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, año XVI, septiembre-diciembre, No. 51, pág. 226).

Entre las opiniones contrarias se encuentra la de Llambías, quien expresa que no basta la generosidad "para justificar arbitrios que lesionen la moral social y degraden la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización que repugna a su natural privacidad, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación in vitro, sin apuntar a la secuela ruinosa para la unión de los esposos que pueda traer para ellos la inseminación heteróloga a la que hubiesen recurrido" (cit. por Raffo Magnasco, *Op. cit.*, pág. 64).

Raffo Magnasco señala por su parte que "la ciencia debe estar al servicio de la defensa del hombre en su intangible dignidad. Si los experimentos en las diversas especies animales parecen legítimos

II. INSEMINACION ARTIFICIAL. CLASES

Consiste en la introducción del semen en el útero de la mujer, sin mediar la cópula sexual, para conseguir que se produzca la fecundación uterina, que por diversas razones no puede ser lograda normalmente por la pareja⁶.

Los primeros antecedentes de esta práctica los encontramos a nivel de animales. Así, "según Votta y Baldessari, en el año 1322, un jeque árabe fecundó a yeguas con semen ob-

y razonables, no lo son cuando se intenta desarrollar artificialmente un embrión humano, porque no constituiría un intento de cooperación con la obra del Creador, sino de 'suplantación'; supone, lisa y llanamente, rechazar las condiciones que El ha establecido para el desarrollo del hombre. El progreso del conocimiento no justificaría tales ensayos porque sería tratar a un ser humano como un medio en lugar de un fin que es en sí mismo" (Op. cit., p. 73).

Finalmente, la Instrucción vaticana sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación de 2 de febrero de 1987, señala lo siguiente:

"El sufrimiento de los esposos que no pueden tener hijos o que temen traer al mundo un hijo minusválido es una aflicción que todos deben comprender y valorar adecuadamente. Por parte de los esposos, el deseo de descendencia es natural: expresa la vocación a la paternidad y a la maternidad inscrita en el amor conyugal. Este deseo puede ser todavía más fuerte si los esposos se ven obligados por una esterilidad que parece incurable. Sin embargo, el matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación. Un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como objeto de propiedad: es más bien un don, 'el más grande y el más gratuito del matrimonio', y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho... a ser el fruto del amor conyugal de sus padres...".

Cabe señalar que la Instrucción vaticana mencionada se muestra contraria, incluso, a la inseminación artificial homóloga ("salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea facilitación y una ayuda para que aquél —el matrimonio— alcance su finalidad natural"), así como a la fecundación *in vitro* homóloga.

- 6 Participamos de la opinión de Lledó Yagüe en el sentido de que las técnicas de reproducción asistida en principio, "sólo deben permitirse a parejas casadas; entre otras razones, por la propia estabilidad que comporta institucionalmente el vínculo matrimonial, actuando éste a modo de garante formal de todo el urgente haz de relaciones jurídicas que desencadenan. Además, si el interés primordial que preside estas prácticas es el del hijo que va a nacer (*nasciturus* y/o *concepturus*), éste tendrá derecho a acceder a un padre y una madre, en una relación institucionalizada y permanente de principio" (Lledó Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y Derecho*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1988, pág. 94). **Cfr.** también: Gafo, Javier (editor), *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, pág. 64.

A este respecto, resulta severamente cuestionable que la ley española sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988 establezca lo siguiente: "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar" (artículo 6, apartado 1). Con lo cual se permite el acceso a tales procedimientos de procreación humana, no sólo de la mujer casada, sino también de la mujer soltera, separada, divorciada o viuda, lo cual no resulta conveniente.

tenido, colocando una esponja en la vagina de una yegua en celo. En el siglo XVII Malphigi y Biffiena, realizan experiencias en gusanos de seda y en el siglo siguiente Jacobi y Welthein logran la fecundación artificial de huevos de peces⁷.

En general, se considera que este método fue utilizado por vez primera en la especie humana por Hunter en 1799 obteniendo un éxito total, al aplicar a una mujer el esperma de su esposo que sufría una deformación de la uretra.

Sin embargo, López Saiz señala que "Munter, en una descripción que hizo de su viaje a España y Portugal a fines del siglo XV, refiere en detalle el **modus operandi** como médicos españoles practicaron la inseminación artificial en doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV 'El Impotente', con esperma del monarca que afirma era acuoso y estéril"⁸.

Luego de la experiencia de Hunter se continuó avanzando en el desarrollo de esta técnica, lográndose cada vez mejores resultados. Así, el doctor Mariom Sims, en 1866, perfeccionó el método inyectando el esperma directamente en el útero, con resultados satisfactorios. Actualmente, su utilización desde un punto de vista científico no ofrece mayores problemas.

Entre las causas que originan el sometimiento a la inseminación artificial, se encuentran la esterilidad, la falta de semen apropiado, la existencia de malformaciones genitales o aspermatismo, la incompatibilidad RH entre los esposos, la existencia de anomalías cromosómicas, trastornos endocrinos o del metabolismo, aplasia ovárica, atresias vaginales, etc.

Existen diversos métodos para obtener el semen para realizar la inseminación artificial. Entre ellos se encuentra el coito normal, el coitus interruptus, el coitus codomatus, la masturbación y la punción de los epididímos. Esto quiere decir, que la característica fundamental de la inseminación artificial es que la fecundación uterina se obtiene sin que medie cópula sexual en la pareja.

a) INSEMINACION HOMOLOGA

Se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de la esposa pertenece al marido. Este concepto se hace extensivo a la fecundación extrauterina, de la que nos ocupamos más adelante, cuando para lograr el embrión se utilizan gametos masculinos y femeninos provenientes de los esposos. En este caso, diremos que nos encontramos frente a una fecundación extrauterina homóloga.

7 Santi, Orlando A., **Inseminación artificial y fecundación in vitro con implante de huevo en el útero materno**, pág. 440. Cit. por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 67.

8 Cit. por Gómez Piedrahita, Hernán, **Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos**, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 1984, pág. 2.

Las principales críticas realizadas a esta práctica provienen de la Iglesia. El Papa Juan XXIII en su Encíclica **Mater et Magistra** sostiene lo siguiente:

"Respeto a las leyes de la vida. Tenemos que proclamar solemnemente que la vida humana se trasmite por medio de la familia, fundada en el matrimonio único es indisoluble, elevado para los cristianos a la dignidad de Sacramento. La transmisión de la vida humana está encomendada por la naturaleza a un acto personal de la vida humana y consciente y, como tal, sujeto a las leyes sapientísimas de Dios: leyes inviolables e inmutables que han de ser acatadas y observadas. Por eso no se pueden usar medios ni seguir ciertos métodos que podrían ser lícitos en la transmisión de la vida de las plantas y de los animales"⁹.

La Instrucción vaticana sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 22 de febrero de 1987, señala por su parte que "la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural... Por eso, la conciencia moral 'no prohíbe necesariamente el uso de algunos medios artificiales destinados exclusivamente sea a facilitar el acto natural, sea a procurar que el acto natural de modo normal alcance el propio fin'. Si el medio técnico facilita el acto conyugal o le ayuda a alcanzar sus objetivos naturales, puede ser moralmente aceptado. Cuando, por el contrario, la intervención técnica sustituya al acto conyugal, será moralmente ilícita. La inseminación artificial sustitutiva del acto conyugal se rechaza en razón de la disociación voluntariamente causada entre los dos significados del acto conyugal..."

Sin embargo, no son solamente las voces religiosas las que se levantan en contra de la inseminación artificial. Distinguidos juristas han expresado su opinión en contra de la utilización de este método. Así tenemos, que Borda ha señalado "que la regulación legal no debe ser contraria a los principios morales y religiosos firmes y universalmente vividos por la comunidad; asevera que la 'moral cristiana' ha venido conformando el espíritu del hombre occidental desde hace dos mil años, de manera que aun los no cristianos aceptan como válidas y vigentes muchas normas de la moral cristiana, una de las cuales es la repugnancia por la inseminación artificial. Es un procedimiento que rebaja, prostituye el misterio de la concepción divorciándolo del acto de amor y convirtiéndolo en un experimento de laboratorio"¹⁰.

Dejando a salvo la opinión contraria de la Iglesia y de los distinguidos juristas opuestos a la inseminación artificial, debemos señalar las ventajas que proporciona la inseminación artificial homóloga, sobre todo si se tiene en consideración que lo que se facilita con esta práctica es la fecundación uterina que por algún obstáculo de naturaleza orgánica o funcional no ha podido producirse a través de la cópula entre los esposos. Es, pues, solamente un medio para conseguir la procreación.

9 **Mater et Magistra**, Encíclica de S.S. Juan XXIII, Ediciones Paulinas, Lima, s.f., pág. 68.

10 Cit. por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 87.

La principal objeción a esta práctica es la de que constituye un medio antinatural para la procreación.

No compartimos esta opinión y hacemos nuestra la crítica que a esta posición formula Zannoni, cuando sostiene que "la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación (...). Si se recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado mediante el coito por sí mismo apto para la procreación. Es más, podríamos llegar a pensar que el no recurrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural de la unión matrimonial, desde la perspectiva ética que analizamos. En efecto, si los esposos no han excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural del matrimonio. La masturbación del marido para la obtención del semen no es, entonces, inmoral; es sólo el medio para posibilitar el fin natural (...). Queda dicho pues que, en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges"¹¹.

Debemos señalar asimismo que, desde un punto de vista jurídico, la inseminación artificial homóloga no ofrece mayores problemas, ya que al utilizarse los gametos de los propios cónyuges no se presenta dificultad alguna en torno a la filiación.

Los únicos problemas que podrían presentarse serían los derivados de la concepción o nacimiento del hijo después de la muerte, temas que trataremos en el punto III de este ensayo.

b) INSEMINACION HETEROLOGA

Se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de la mujer no es el del esposo, sino de un tercero. Extendiendo tal concepto, cuando para lograr el embrión en la fecundación extrauterina, a la que nos referimos más adelante, se utilizan gametos masculinos o femeninos o ambos no pertenecientes a los esposos, nos encontraremos frente a una fecundación extrauterina heteróloga.

La inseminación heteróloga ofrece serios problemas de orden ético y jurídico. Desde un punto de vista ético es reprobable porque, como expresa Zannoni, "los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin ha-

¹¹ Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 50.

cerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear (...). De un lado advertimos que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres, el hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación de la esposa con esperma que no es el de su marido compromete o repugna esa trascendencia genética. Genéticamente el hijo es de un tercero que no es el padre. El marido de la mujer ha contrariado la naturaleza al permitir que su esposa conciba con un tercero. Aludimos, obviamente, a contrariar la naturaleza ética que sólo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida. Es decir no aludimos a la pura naturaleza biológica, pues que la fecundación se produce, en esos casos, cumpliendo las leyes de esa naturaleza. Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrontar la naturaleza ética de la procreación humana"¹².

En la misma dirección, la Instrucción vaticana sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación expresa que "... el recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad... Es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el esperma de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el esperma del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador...".

Para realizar estas prácticas se utilizan los bancos de espermatozoides humanos congelados, los que empezaron a funcionar en la década de 1970, fecha en que como señala Paccard, centenares de miles de mujeres ya habían sido impregnadas artificialmente con espermatozoides humanos¹³.

Debemos dejar constancia de que quienes sostienen la necesidad de regular jurídicamente la inseminación heteróloga, lo hacen sobre la base de considerar que de este modo se logra que el ser humano, imposibilitado por múltiples razones de procrear, no vea frustrado su vocación de paternidad o maternidad.

A este respecto advierte Araguez que "problemas como el de la inseminación artificial verificada plenamente *in vitro*, el del tratamiento del feto, los 'lavados cerebrales', procedimientos para intensificar la capacidad intelectual humana, trasplantes de corazón, etc., suponen junto al avance que en el plano biológico o científico propiamente signifique, una indudable derivación ética, social y jurídica. Independientemente del desarrollo técnico que de sí tales experimentos entrañen, el tema alcanza una trascendental repercusión en cuanto a su posible legitimidad o a las condiciones para tal legitimidad, en su caso. Lo que no cabe es perseverar en la actual falta de consideración jurídica hacia tales adelantos científicos,

12 Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 51-53.

13 Cit. por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 102.

porque tal actitud equivaldría a abandonarlos en manos de posibles oportunistas quizá poco escrupulosos, y de otra parte, a que el derecho no supiera estar a la altura de su tiempo"¹⁴.

Independientemente de la posición contraria que sostenemos respecto de la práctica de la inseminación heteróloga, es preciso analizar los problemas jurídicos que derivan de ella y las soluciones a darse a esta cuestión en el marco del ordenamiento legal peruano.

III. ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

a) LA FILIACION

De acuerdo con el Código Civil Peruano, la filiación puede ser matrimonial o extra-matrimonial. Por la adopción, además, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En el Derecho de Familia prima el principio *mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant*. Este principio se verá destruido con la fecundación extrauterina como veremos más adelante, ya que puede darse el caso de que quien realice el embarazo no sea la misma mujer que ha proporcionado el óvulo.

A este respecto puntualiza Lacruz Berdejo¹⁵ que "los progresos de la técnica acabaron primero con la incertidumbre de la paternidad (*pater autem incertus*)... Pero las ciencias siguen adelantando que es una barbaridad, y la segunda mitad del siglo nos ha traído, con nuevos progresos de la Biología, la posibilidad contraria: la de dejar en la incertidumbre la generación materna acabando con la regla *mater semper certa est*. En efecto, merced a la actual posibilidad de fecundar in vitro, en una placa de cristal, con gametos masculinos, un óvulo extraído de mujer, fabricando embriones al aire libre, que luego pueden implantarse en el útero de cualquier mujer en situación de gestar, puede quedar en el misterio la procedencia genética materna de cualquier humano...".

Tratándose de la inseminación homóloga que se realiza dentro del matrimonio, ella dará lugar a un hijo matrimonial.

Ahora bien, el artículo 362 del Código Civil Peruano establece que "el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera". Esto quiere decir que si la mujer es inseminada artificialmente con semen que no es de su marido (inseminación artificial heteróloga) y sin consentimiento de éste, aunque la madre declare este hecho, si el esposo no niega la paternidad, el hijo será matrimonial y

14 Araguez Pérez, Felipe, "El derecho a la disposición del cuerpo", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 222, pág. 46.

15 Lacruz Berdejo, José Luis, "Hijos artificiales y madres de alquiler", en: ABC, Madrid, miércoles 6 de mayo de 1987, pág. 32.

tendrá por padre al marido. Si este último, en cambio, no ha prestado su consentimiento para la inseminación heteróloga y se entera de este hecho, podrá negar la paternidad, pero sólo sobre la base de las siguientes causales: que el hijo nazca antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio; si ha sido manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; si ha estado judicialmente separado; o si adolece de impotencia absoluta (artículo 363). El Código Civil Peruano no ha contemplado como causal de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya consentido en la inseminación artificial heteróloga.

Por consiguiente, la inseminación heteróloga sin negación de la paternidad por el esposo sobre la base de las causales que prevé el artículo 363 del Código Civil, dará lugar a un hijo matrimonial.

Vinculado con esta cuestión es necesario meditar acerca de si en un futuro cercano deberá considerarse la inseminación artificial no consentida por el marido como causal de divorcio.

b) NACIMIENTO DEL HIJO DESPUES DE LA MUERTE DEL MARIDO

En relación con esta hipótesis se debe dejar constancia de que la muerte del marido origina una serie de consecuencias jurídicas, entre las que cabe mencionar las siguientes: pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, cesan los derechos y deberes del matrimonio, el cónyuge superviviente puede volver a casarse, se extingue el régimen de sociedad de gananciales y se abre la vocación hereditaria del cónyuge superviviente y sus herederos.

Para comprender el supuesto planteado es necesario que analicemos el principio contenido en el artículo 361 del Código Civil, por el que se establece que: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido". La regla consagra la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Si se practica una inseminación homóloga o aún una heteróloga (sin ser contestada la paternidad luego del nacimiento) durante el matrimonio y el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, se entenderá que se trata de un hijo de éste y además será matrimonial. Si en cambio, el hijo nace con posterioridad a los trescientos días, no tendrá por padre al marido y se tratará de un hijo extramatrimonial.

No se suscita, pues, sobre el particular, mayor dificultad.

c) CONCEPCION DEL HIJO DESPUES DE LA MUERTE DEL MARIDO

El problema en cambio se plantea respecto de la inseminación artificial practicada luego del fallecimiento del marido con semen de éste obtenido antes de su muerte¹⁶.

16 Cabe mencionar sobre este particular, el caso que se presentó en Francia en 1984, cuando Corinne

Teniendo en cuenta que lo que interesa en este caso no es el momento del nacimiento, sino el de la concepción, pues el matrimonio ya ha quedado disuelto con la muerte del marido, el hijo que nazca no tendrá por padre a aquél y será extramatrimonial. Así se deriva del artículo 386 del Código Civil Peruano que establece lo siguiente: "son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio".

Es partidario de esta posición Raffo Magnasco cuando afirma que: "Si el hijo es concebido —mediante inseminación artificial o fertilización in vitro y posterior implante de embrión— utilizando los elementos fecundantes del matrimonio 'antes' del fallecimiento de o los progenitores, el hijo 'será matrimonial'. Por el contrario, si el hijo es concebido 'posteriormente' al fallecimiento, el hijo será 'extramatrimonial', porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte¹⁷."

Acercas del supuesto del hijo concebido mediante inseminación homóloga practicada después de la muerte del marido, Zannoni¹⁸ pone de relieve el hecho de que "la moderna biología... logra que los seres humanos... puedan transmitir la vida después de su propia muerte física. Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, **de ser**. Podría afirmarse, entonces, que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado **con** semen conservado de su padre, pero **no por** su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo **no tiene padre**. Sin embargo, la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenecía **no ha muerto** definitivamente? Advertimos, no obstante, que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido post mortem con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque, el día del fallecimiento ese hijo **no existía jurídicamente**".

Raffo Magnasco¹⁹ se muestra absolutamente contrario a la posibilidad de reformulación mencionada por Zannoni, y señala que "si bien es cierto que los elementos fecundantes, llevan en sí parte del ser que lo elabora, a tal punto que transmite caracteres, rasgos, en-

Parpalaix solicitó judicialmente al CECOS (Centro de Estudios y Conservación de Esperma de Francia) que le devolviera el esperma congelado de su marido Alain, muerto en 1983 de cáncer a los testículos, con el objeto de ser inseminada artificialmente. El Tribunal de Creteil resolvió favorablemente la solicitud. Empero, no obstante practicarse la inseminación, debido a que el esperma no tenía suficientes espermatozoides, no llegó a quedar embarazada.

17 Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 105.

18 Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 75.

19 Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., págs. 106-107.

fermedades, etc. y que será padre del mismo la persona de quien provenga el gameto y madre aquella mujer de quien provenga el óvulo, ello será cuando la persona 'está viva' y no cuando 'ha muerto', pues ha perdido los 'atributos de la personalidad' y quien 'no es persona, no puede ser padre'. Pensar de otra manera es un desafío a Dios y si bien es sabido que el hombre hará prodigios, esos prodigios sólo los podrá hacer dentro del marco del respeto a la Ley de Dios y a la Ley que El ha impuesto a las cosas y no fuera de ella, porque fuera de ella no hay lógica posible, cayendo irremediabilmente en el absurdo"²⁰.

IV. FECUNDACION EXTRAUTERINA

Al igual que la inseminación artificial, su práctica empezó con animales. Schenk fertilizó artificialmente a fines del siglo pasado óvulos de coneja en un tubo de ensayo. Con posterioridad, Austin, Blandau, Chang, Pavlok y otros perfeccionaron la fertilización *in vitro* de animales.

Merkin y Rock fueron los primeros que utilizaron este método para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978 se produjo el nacimiento de Louise Joy Brown en el Oldham Hospital, ubicado cerca de Manchester, Inglaterra, convirtiéndose en la primera bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años, tenía obstruidas las trompas de Falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado *in vitro* con espermatozoides de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento.

Con el nacimiento de Louise Joy Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad que dio lugar a que otras parejas, que se encontraban en la misma situación que los Brown, quisieran someterse a este procedimiento. Las fecundaciones *in vitro* continuaron realizándose y el jurista se encuentra hoy frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

20 El artículo 9, apartados 1 y 2, de la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988 establece, en relación con la hipótesis de la inseminación homóloga *post mortem*, lo siguiente:

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial".

Publicaciones como la que vamos a mencionar a continuación hacen que el tema de la fecundación extrauterina resulte de gran actualidad.

"Un tribunal norteamericano dictaminó que la vida de probeta puede ser incluida en la ley federal que permite obtener patentes a todo aquel que 'invente o descubra cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de materia, nuevo o útil'. Tal la opinión del presidente de la Suprema Corte de Washington, Warren Burger, que en acuerdo con la mayoría expresó que un organismo vivo puede encuadrar dentro de la definición legal de 'manufactura' o 'composición de materia'. De acuerdo con tal dictamen, podrán patentarse las nuevas formas de vida creadas en laboratorios científicos, mediante la llamada 'ingeniería genética'. Agregó el juez que 'el Congreso es libre de enmendar la Ley de Patentes como para excluir la protección legal de los organismos producidos por la ingeniería genética o de elaborar un estatuto específicamente creado para tales elementos vivientes...'21.

Es de observarse que a este problema que es fundamentalmente humano se le está dando un tratamiento comercial que no puede ni debe permitirse. A tal punto han llegado los excesos, que los medios de información han publicado una noticia como la siguiente: "Las 'donadoras de maternidad' podrían solucionar el problema de las parejas estériles en las que la mujer es la incapacitada para procrear. Así lo afirma un abogado de Detroit, que está organizando la nueva industria de la familia a nivel industrial. Todo comenzó cuando recientemente la prensa se ocupó del caso de una muchacha que dio a luz un niño 'por cuenta de terceros' y apareció por televisión otra joven que está embarazada de un hombre que no conoce. Esta última, fecundada artificialmente con el semen del hombre que 'le encargó' el hijo de acuerdo con su esposa, es virgen y recurrirá al parto con operación cesárea. En el caso del primer niño nacido por encargo, la pareja que 'alquiló' a la muchacha logró superar los obstáculos legales y adoptar al bebé. Por ahora la ley permite este tipo de servicio sólo a nivel gratuito, pero Noel Keane —tal el nombre del abogado— sostiene que el futuro de esta solución para las parejas estériles, residen en que pueda cobrarse por la donación de maternidad. Afirma que pagando diez mil dólares —poco más de mil dólares por cada mes de gestación— se podría encontrar muchas jóvenes sanas, dispuestas a 'vender' su capacidad procreativa. Aconseja que mientras la ley siga prohibiendo el pago por el servicio, no queda sino un solo remedio: trasladarse a Kentucky, el único Estado que no prohíbe este 'contrato comercial'"22.

El primer bebé probeta español nació el 12 de Julio de 1984 en el Instituto Dexcus de Barcelona. Su nombre Victoria Ana Perca es una expresión de agradecimiento a la labor de la bióloga Ana Veigas y de la victoria que significó para los padres la llegada del hijo tan largamente deseado. Tres años más tarde, en julio de 1987, nació en España el primer niño fruto de la implantación de un embrión congelado23.

21 Diario Clarín de Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

22 Femidiario, Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

23 "Alejandro, el bebé que vino del hielo", en: ABC, Madrid, 23 de julio de 1987.

Una muestra más de los problemas que puede acarrear la realización de esta práctica la encontramos en la siguiente noticia: "Volviendo a los probetas y a Estados Unidos, hay que mencionar el caso de los esposos del Río, que han denunciado al que fuera director de obstetricia y ginecología del Centro Médico Presbiteriano, de la Universidad de Columbia, doctor Raymond Wiele, quien hace unos años, cuando aún ocupaba dicho cargo, sin consultar a nadie más que a su conciencia, destruyó una probeta en la que un colega, el doctor Shettles, estaba tratando de conseguirles a los Del Río el hijo que no conseguían tener por los métodos tradicionales. La explicación dada por el doctor denunciado, tras años de vacilaciones comprensibles, por parte de los frustrados Del Río, ha sido que el doctor Shettles no había pedido permiso para llevar a cabo su experimento a algo llamado el comité de Reproducción Humana. Ya se sabe, en Estados Unidos hay comités por todo. La situación es aún más peregrina si se tiene en cuenta que el doctor Wiele se afirma contrario al aborto y partidario del Movimiento de Defensa de la Vida, que agrupa diversas corrientes antiabortistas, sin que tan aparente contradicción parezca turbarle en absoluto"²⁴.

No puede dejar de conmover el caso de la señora Pat Anthony, de 48 años, que gestó tres fetos originados en una fecundación *in vitro* de óvulos de su hija, Karen Ferreira, de 25 años, y esperma de su yerno, dando a luz a trillizos en octubre de 1987. La señora Anthony ¿quedó convertida en madre y abuela al mismo tiempo o solamente adquirió una de esas dos calidades?²⁵.

También puede mencionarse el caso de una mujer que dio a luz trillizos, habiéndosele implantado embriones fecundados *in vitro* con óvulos de su hermana y semen de su cuñado²⁶.

Se ha dado el caso, incluso, del nacimiento en Londres de quintillizos logrados mediante la técnica de la fertilización *in vitro*²⁷. Meses antes habían nacido en Jerusalén los primeros trillizos concebidos mediante este método²⁸.

En América Latina las técnicas de fecundación extrauterina han dejado de ser inusuales. En 1985 se anunciaba en Argentina que mediante la técnica de la fertilización *in vitro* se habían obtenido los primeros tres embarazos de ese tipo en dicho país²⁹, y en 1986

24 "Los bebes-probeta: Un problema de vida o muerte". en: *La República*, Lima, el 29 de marzo de 1986.

25 "Madre gesta a trillizos 'in vitro' de su propia hija", en: *El Comercio*, Lima, 9 de abril de 1987. "Se desata 'guerra periodística' por los trillizos sudafricanos" en: *El Comercio*, Lima, 6 de octubre de 1987.

26 "Madre por contrato alumbró trillizos en Perth, Australia", en: *El Comercio*, Lima, 20 de octubre de 1988.

27 "Nacieron los primeros quintillizos de probeta", en: *El Comercio*, Lima, 30 de marzo de 1986.

28 "Trillizos de probeta nacen en Jerusalén", en: *Ojo*, Lima, 9 de enero de 1986.

29 "Lograronse tres embarazos 'in vitro' en nuestro país", en: *La Nación*, Buenos Aires, 7 de agosto de 1985.

nacieron en la clínica bonaerense Sol-Arenales, los primeros trillizos concebidos por el método de fecundación *in vitro*³⁰.

En el Perú se produjo el nacimiento de una niña concebida mediante la técnica de la fecundación *in vitro* el 27 de febrero de 1989. Precisa aclararse, sin embargo, que, tanto la fecundación como la implantación correspondiente fueron realizadas no en el Perú sino en Colombia.

Después de lo señalado podemos definir la fecundación extrauterina, también denominada artificial, extracorpórea, en laboratorio o *in vitro* como una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer, el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión, el que será implantado en el útero de la mujer o en el de una tercera persona^{31 32}.

La fecundación será homóloga cuando intervienen los componentes genéticos de marido y mujer y heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de espermatozoide de un tercero o de óvulos y espermatozoide de terceros.

30 "Nacen trillizos de probeta, Argentina", en *Ojo*, Lima, 10 de febrero de 1986.

31 Señala Vila-Coro que: "Con anterioridad se somete a la paciente a unas dosis de hormonas para estimular la formación en los ovarios de ovocitos en mayor número de lo normal. Estos se extraen por medio de una pequeña intervención quirúrgica. Se depositan en un recipiente de laboratorio y se ponen en presencia de los espermatozoides. Si es indiferente el sexo del hijo que se desea, esta presencia se hace indiscriminadamente. Para conseguir un varón, se deben seleccionar los espermatozoides portadores de cromosoma Y. De esta unión surge la célula portadora del código genético que transmitirá los caracteres hereditarios del nuevo ser. Al dividirse ésta, adquiere las características de una zarzamora, por lo que recibe el nombre de mórula. Cuando adquiere el tamaño conveniente, lo cual ocurre a las 36-48 horas, se implanta en la matriz de la mujer. Si recibe una acogida favorable, anida y se produce el embarazo. De los óvulos que se extraen del ovario, y han sido fecundados, se implantan en la matriz tres o cuatro, como máximo, de los que tienen más vitalidad. Esta precaución tiene por objeto evitar los embarazos múltiples de fetos inviables. El resto de los embriones se puede congelar, conservándose en vida latente, pudiéndose descongelar en cualquier momento para ser utilizados" (Vila-Coro, María Dolores, "Aspectos jurídicos de la fertilización *in vitro*", en: Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Revista Jurídica General*, Núm. 1/1985, enero-febrero, pág. 62.)

32 Interesa mencionar que en los Estados Unidos de América se ha desarrollado un nuevo método de fertilización denominado *gift* (transferencia intrafalopiana de gametos), que consiste en introducir espermatozoides y un óvulo en la trompa de Falopio de la mujer, que a diferencia del sistema *in vitro* permite que la fertilización se efectúe en la trompa, facilitando su posterior implantación en el útero (vid. *ABC*, Madrid, 6 de febrero de 1986, pág. 43).

V. PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA FECUNDACION EXTRAUTERINA³³

La fecundación extrauterina origina, como bien ha señalado Fernández Sessarego, "una ardua problemática ética, social y jurídica. La casuística que se puede presentar en esta materia da lugar a hechos que, de no estar sujetos a control jurídico, son susceptibles de causar grave impacto y tremenda perturbación en la vida de relación social. El prodigioso desarrollo de la genética hace factible, entre otras tantas posibilidades, obtener embriones sobre la base de donantes desconocidos; la fecundación de uno o más óvulos provenientes de la misma mujer mediante el esperma de diversos donantes; el logro de embriones sobre la base de donantes conocidos o anónimos para su implantación en útero diverso al de la cedente del óvulo; la selección eugenésica para obtener un cierto 'tipo étnico'; a la voluntaria determinación del sexo. El caso más frecuente que se presenta en determinados países es el de la fecundación homóloga, es decir la consecución en laboratorio de un embrión por decisión y con sola intervención de los cónyuges en caso de incapacidad de la mujer. El embrión así logrado puede implantarse en el útero de la propia cónyuge o, de existir impedimento, en el de otra mujer que se preste a su gestación"³⁴.

La fecundación extrauterina se presenta, según se ha indicado antes, cuando la fecundación se realiza fuera del útero de la mujer, es decir, sin la realización de la cópula.

"Parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde 'in vitro', es decir, en el laboratorio, un óvulo extraído de una mujer, con semen del marido, para que pueda conseguir un embarazo. Este caso se presenta cuando la paciente tiene obstruidas las trompas y el óvulo no puede circular libremente hasta la matriz. Se hace necesaria la intervención de un profesional para extraer el óvulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación parece que no presenta ningún problema, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista científico. Los fines que la provocan no rozan a falta de ética profesional que establece la de ontología médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza"³⁵.

Sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encontramos, como en el caso de la inseminación artificial homóloga, objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento empleado para que se produzca no lleve a la destrucción de algunos embriones, pues, en caso contrario, la fecundación extrauterina importaría una violación flagrante del derecho a la vida de seres humanos (vid. *infra* parágrafos a y b; *cfrse.* también notas 40 y 43).

33 Son aplicables, *mutatis mutandis*, a la fecundación extrauterina, las cuestiones tratadas en el punto III de este ensayo.

34 Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas*, Librería Studium Editores, Lima, 1986, pág. 50.

35 Vila-Coro, María Dolores, *op. cit.*, pág. 76.

Situación distinta es la que se plantea con la fecundación heteróloga, pues en este supuesto se hace uso de componentes genéticos extraños al marido, a la mujer o a ambos. Partimos del criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos.

Los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse una situación como la que se analiza, se daría el caso de un hijo que genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros. En tales situaciones, no podría excluirse que se presentase la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamase la maternidad del hijo concebido con aquél; o que el dador del semen reclamase la paternidad del hijo concebido; o que ambos lo hicieran³⁶.

Participamos enteramente de lo que se sostiene en la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética respecto de la fecundación extrauterina heteróloga: "La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad, opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestación y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, desórdenes e injusticias en toda la vida social".

a) LA CONCEPCION

El artículo 1 del Código Civil Peruano ha establecido una innovadora distinción entre la expresión "sujeto de derecho" y "persona".

Como expresa Fernández Sessarego: "'Sujeto de derecho' es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica —en la dimensión existencial— este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término 'sujeto de derecho' resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana

36 En opinión de Zannoni (op. cit., pág. 110), la dadora del óvulo fecundado carecería en el caso propuesto de acción para reclamar la maternidad si el hijo no ha sido desconocido por quienes están habilitados con interés legítimo. La misma solución es ofrecida en la eventualidad de que la paternidad fuera reclamada por el dador del semen (vid. págs. 66-67).

Zannoni reitera este planteamiento en la Base VI de las Bases mínimas para una legislación civil sobre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* contenidas en la ponencia que presentó en el Congreso Internacional sobre "Nuevas tendencias y perspectivas del derecho privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano", realizado en Lima en septiembre de 1988. La ponencia lleva por título "Tutela de la persona y manipulaciones genéticas".

en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión 'persona' se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de 'sujeto de derecho' que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término 'persona' al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como 'natural', y en el segundo ante la persona colectiva conocida como 'persona jurídica'³⁷.

Es importante destacar que el artículo 1 del citado Código señala, que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y que la vida humana comienza con la concepción. De este modo, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, con la salvedad de que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada resolutoriamente, no suspensivamente, a que nazca vivo³⁸.

Si la vida humana comienza con la concepción, es preciso preguntarse cuándo, cómo y dónde se produce la concepción, porque de las respuestas que se den a estos interrogantes podrá determinarse si cabe o no pensar en una concepción uterina y en una concepción extrauterina. Si la última fuese posible, como creemos, nos encontraríamos frente a un concebido extrauterinamente, sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y nadie podrá tener la menor duda de que el derecho a la vida sería el principal derecho que le correspondería, al que debe añadirse los derechos a la integridad física, a la salud, a la dignidad, entre otros.

Fernández Sessarego expresa que "el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide"³⁹. Por consiguiente, puede hablarse de un concebido extrauterinamente⁴⁰.

37 Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., pág. 26.

38 El proyecto de ley francesa de 1984 dedicado a la materia bajo estudio, coincidente con la fórmula del Código Civil Peruano, establece en su artículo 1 que, desde el momento de la concepción, el hijo es sujeto de derecho, su vida es la de un ser humano y debe ser respetada.

39 Fernández Sessarego, Carlos op. cit., pág. 28.

40 Sobre este particular, la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética, citando las enseñanzas contenidas en la declaración sobre el aborto procurado, señala que "desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre la genética moderna otorga una precisa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese ser viviente; un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar". Y más adelante agrega: "... el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal. El ser humano debe ser respetado y tra-

Expresa Zannoni que: "Todas las legislaciones, aun las modernas, presuponen —es obvio— que la concepción en el seno materno es obra común de padre y madre que engendran al hijo, mediante el coito o cópula. Sin embargo, la inseminación artificial —y ni qué decir la fecundación extrauterina— permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula aunque— como ocurre en la inseminación homóloga— biológica y genéticamente el hijo concebido sea fruto de marido y mujer"⁴¹.

Sobre la base de lo expresado y haciendo la salvedad de que debido a los avances de la genética es necesario que, mediante un trabajo conjunto en el que intervengan médicos, abogados, religiosos, etc., se determine con exactitud que se entiende por concepción, sostenemos que el artículo 1 del Código civil no descarta la idea de una concepción uterina y otra extrauterina y, por tanto, comprende en sus alcances al embrión que aún no ha sido implantado en la mujer.

Es importante señalar que algunos postulan la existencia del llamado "preembrión" o "embrión preimplantatorio", distinguible del embrión. El "preembrión", de acuerdo con ese planteamiento, designa al óvulo fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero. El embrión, en cambio, señala la fase de formación de los órganos que dura aproximadamente dos meses y medio más.

En el caso del Código Civil Peruano no hay razón para admitir esta distinción recogida, por ejemplo, por la Ley Española sobre técnicas de reproducción asistida (artículos 14 a 17), pues el texto del artículo 1 se refiere en forma genérica a la concepción, que constituye el punto de partida de la vida humana, sin aludir para nada a la necesidad de la implantación del embrión en la mujer.

En este orden de ideas, consideramos que el óvulo fecundado de un ser humano es, en sí mismo, una vida humana, a pesar de no haberse producido su implantación, siendo re-

tado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho de todo ser humano incente a la vida".

41 Zannoni, Eduardo, op. cit., pág. 29.

La discusión planteada por Zannoni está directamente vinculada con el status jurídico del embrión. Solucionando este problema las respuestas jurídicas a cada situación caen por su propio peso. Al respecto resultan ilustrativas las palabras de Vila-Coro para establecer los criterios que permitan diferenciar si hay vida o no en un embrión: "Si se considera que está vivo por el hecho de que tiene la capacidad de multiplicar sus células, como en el caso del embrión que está en el laboratorio, o necesita encontrarse en un medio apto para su supervivencia, ya que el laboratorio, por el momento, no puede conseguir que esa vida llegue a término. Existe otro criterio que es el mantenido por el doctor Edwards, quien junto con el doctor Steptoe, consiguieron el nacimiento por fertilización 'in vitro' del primer ser humano vivo: la niña Louise Brown. Este doctor mantiene que se puede investigar con el embrión hasta el 14 día de su vida, que es cuando se desarrolla el tubo neural con la aparición de los órganos de los sentidos. Si la persona se considera muerta cuando desaparecen las funciones cerebrales de los sentidos por qué no pensar que la vida también comienza cuando éstas aparecen" (Vila-Coro, op. cit., pág. 65).

probables la investigación que implique riesgos para el embrión, la experimentación que no tenga un propósito directamente terapéutico y la destrucción de óvulos fecundados *in vitro*.

b) EL ABORTO

El Código Penal Peruano contempla la figura del aborto en el Título II del Libro Segundo referido a los delitos, entre sus artículos 159 a 164 inclusive. De este modo, regula las figuras del auto-aborto, aborto consentido, aborto abusivo, aborto terapéutico y aborto preterintencional. Al tipificar cada una de estas figuras coloca como requisito *sine qua non* para que se presenten el que se practiquen sobre una mujer. No cabe en este caso, entonces, la menor duda de que para que cualquiera de estas figuras delictivas quede configurada se requerirá que la inseminación artificial o la fecundación extrauterina ya se haya practicado en la mujer. En el último caso, deberá haberse depositado el embrión en el útero de la mujer.

En este orden de ideas, cualquier manipulación que se efectúe contra el embrión fecundado antes de su implantación y que conduzca a su muerte, no será pasible de sanción penal porque dicha conducta no encuadra en ninguno de los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico peruano.

Ante esta situación, resulta indispensable que se configuren nuevas figuras delictivas. Si al embrión fecundado extrauterinamente se le considera como concebido, es decir, como sujeto de derecho, es indispensable tipificar un nuevo tipo de "aborto" del concebido extrauterinamente. En tal caso, la nueva figura delictiva estaría dada, como señala Raffo Magnasco, "por la circunstancia de que el procedimiento empleado consista en la fecundación de 'varios óvulos' para luego 'elegir' e implantar en el seno materno, el embrión que demostrase 'mayor vitalidad', es decir, de acuerdo a las informaciones que sobre la materia se han dado, se adopta un 'método selectivo' después de crear conscientemente, 'varias vidas humanas', eligiendo indiscriminadamente la más dotada, para proceder luego a la 'destrucción de las demás'"^{42, 43}.

42 Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 92.

43 Acerca de la destrucción de embriones, la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética indica lo siguiente: "los embriones humanos obtenidos 'in vitro' son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inusual producir embriones humanos destinados a ser explotados como 'material biológico' disponible. En la práctica habitual de la fecundación 'in vitro' no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, algunos son destruidos. La Iglesia, del mismo modo en que condena el aborto provocado, prohíbe también actuar contra la vida de estos seres humanos. Resulta obligado denunciar la particular gravedad de la destrucción voluntaria de los embriones humanos obtenidos *in vitro* con el sólo objeto de investigar, ya se obtengan mediante la fecundación artificial o mediante la 'fisión general'. Comportándose de tal modo, el investigador usurpa el lugar de Dios, y aunque no sea consciente de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quién permitirá vivir y a quién mandará a la muerte, eliminando seres humanos indefensos. Los métodos de observación o de experimentación que causan daños o imponen riesgos graves y desproporcionados a los embriones obtenidos 'in vitro' son moralmente ilícitos por la misma razón...".

En relación con la cuestión planteada, Vila-Coro señala que "lo que hay que concretar es si omitir el acto de facilitar al embrión un medio que haga posible su nacimiento, esa omisión es delictiva. Si es delictiva, también lo será el no proveer de una matriz a todos los doce o catorce embriones fecundados que en un período ovulatorio se hayan podido extraer de una mujer independientemente de sus debilidades o malformaciones, ya que el punto de partida es considerarlos vivos con derecho a la vida y sin discriminación, desde el momento de unión de los gametos de sus padres. Esto significaría lo contrario a colaborar con la naturaleza, sería ir en contra de sus planes de selección y superabundancia de medios. Está claro que ninguna mujer puede gestar un embarazo de doce óvulos que, sin embargo, su ovario si puede producir"⁴⁴.

c) OTRAS FIGURAS DELICTIVAS POR TIPIFICAR

Dados los avances producidos en la materia, consideramos indispensable contemplar como delitos, entre otras, las siguientes circunstancias:

- i) El comercio de gametos o embriones.
- ii) La inseminación artificial o la implantación del óvulo fecundado contra la voluntad de la mujer o mediando fraude o engaño.
- iii) La implantación del óvulo fecundado en mujer diferente de la que requirió la utilización del sistema de fecundación *in vitro* y aportó sus gametos.
- iv) La experimentación con embriones no dirigida a lograr el embarazo de la mujer⁴⁵.

VI. REGULACION LEGAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA. LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

Resulta de particular interés mencionar en relación con este punto el Informe Warnock de Gran Bretaña de 26 de junio de 1984, que estudia las implicancias morales y científicas en relación con la fecundación extrauterina⁴⁶.

Señala Vila-Coro⁴⁷ que los principios contenidos en este informe son los siguientes:

44 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., pág. 75.

45 Cfr. Gafo, Javier (editor), op. cit., págs. 136-137.

46 El informe publicado bajo el título de **Report of the Committe of Inquiry into Human Fertilization and Embryology** (Informe del Comité de Investigación sobre fertilización Humana y Embriología), fue redactado entre 1982 y 1984 por dieciséis expertos: médicos, teólogos, abogados y catedráticos bajo la presidencia de Mary Warnock.

47 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., págs. 65 y 66.

- 1.- Se rechaza totalmente la 'maternidad alquilada', es decir, la mujer que se ofrece para desarrollar en su útero durante nueve meses el embrión implantado, ya sea por dinero o por otras razones.
- 2.- Para evitar problemas de consanguinidad, se debe limitar el número de óvulos o de semen que puede donar una persona.
- 3.- La venta de semen, óvulos o embriones, será autorizada únicamente bajo licencia, permaneciendo siempre en el anonimato tanto donantes como receptores.
- 4.- Los hijos de estos donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figure como padre, sin que tengan los donantes ningún derecho ni deber respecto a ellos. El caso de la viuda que quiera ser inseminada con semen del marido muerto se puede permitir, considerando que el niño debería ser privado de los derechos sucesorios o de herencia del padre, para disminuir el número de inseminaciones.
- 5.- Los bebés nacidos por algunas de las técnicas autorizadas, tienen derecho en su momento a conocer su origen genético.
- 6.- Se pueden autorizar experimentos con embriones fertilizados, siempre que no sobrepasen los catorce días después de producida la fertilización. A partir de cuyo momento estos experimentos se deberían considerar delito".

Muchos países del mundo están tratando de regular la inseminación artificial y la fecundación extrauterina para evitar posibles conflictos legales o éticos que pudieran suscitarse en el futuro.

Señala Spencer Reiss que "en Gran Bretaña, en julio de 1984, un comité designado por el Gobierno recomendó crear una autoridad legal para vigilar y controlar la aplicación de la fecundación in vitro, las donaciones de esperma y óvulos, y otros aspectos de la investigación sobre la fertilidad. El comité propuso también la prohibición de las agencias de madres sustitutas. En noviembre de 1984, el Estado australiano de Victoria promulgó la primera ley general sobre la reproducción artificial. Estipula que se deben llevar registros detallados acerca de la verdadera identidad genética del niño, da al ministro de salud la autoridad final para decidir en los casos de embriones 'huérfanos' y prohíbe la donación, la reproducción entre especies diferentes y la maternidad sustituta"⁴⁸.

En Suecia, está en vigencia la ley de 20 de diciembre de 1984 que regula la inseminación artificial⁴⁹.

48 Reiss, Spencer, "Concepción humana artificial: Asombro e inquietud", en: *Selecciones del Reader's Digest*, Enero, 1986, pág. 33.

49 Cfr. Piga Rivero, Antonio, "Aspectos médico-legales de la inseminación artificial", en: *El Derecho en las fronteras de la Medicina*, Madrid, 1985, pág. 126.

En España, ha sido dictada la ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida. La misma, de acuerdo con su artículo 1, apartado 1, "regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE) y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)..."⁵⁰.

En los Estados Unidos de América, los Estados de Georgia y Oklahoma aceptan legalmente la inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido⁵¹.

La Administración Nacional de Sanidad de la República de China en Taiwan ha decidido establecer una serie de normas en este sentido⁵².

En Francia se ha admitido la inseminación artificial como método legal de procreación. El Secretario de Estado para la Salud, Edmond Gervé, anunció en una conferencia de prensa un proyecto de ley en relación con los nuevos métodos de reproducción y fertilización artificial; añadió que, como primera medida, "los Centros de estudio y conservación de espermatozoides o los Centros que se dedican a la fecundación in vitro, deberán tener un permiso oficial para poder seguir funcionando". El Gobierno pretende ante todo alejar los riesgos de consanguinidad y la tentación de manipulaciones genéticas. También determinará quién podrá tener acceso a estos nuevos métodos, si sólo parejas estériles o mujeres solteras que desean tener un hijo⁵³.

The Australian Medical Research Council (El Consejo Australino de Investigaciones Médicas), ha establecido las siguientes directrices para la fertilización *in vitro*⁵⁴:

- El óvulo, el espermatozoide y el embrión pertenecen a los donadores y las instituciones deben respetar en lo posible sus deseos respecto de su uso, almacenamiento y última voluntad (55).

También cfse. ABC, Madrid, 4 de setiembre de 1986, pág. 66 y Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988, págs 207-208.

El texto de la ley suca de 20 de diciembre de 1984 puede consultarse en Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., págs. 32-33.

50 Constituye antecedente de la ley, el Informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, publicado por el Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

51 Cfse. Zannoni, Eduardo A., op. cit., págs. 61 y 62.

52 "Planifican control sobre inseminación artificial", en: *Extra*, Lima, 21 de marzo de 1986.

53 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., pág. 67.

54 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., págs. 67 y 68.

55 En junio de 1984 se informó de un caso insólito: el de unos embriones congelados existentes en el Centro Médico de la Reina Victoria en Melbourne, Australia, resultado de una fecundación extra-

- El programa debe ser aprobado por un comité ético oficial.
- Debe existir una relación familiar aceptable⁵⁶.
- Se admite implantar óvulos donados.
- No se aceptan las madres "alquiladas" o "sustitutas"⁵⁷.

terina con óvulos de una mujer casada con semen de un tercero. Con posterioridad a la fecundación *in vitro*, los esposos involucrados, Mario Ríos, chileno, y Elsa de Ríos, argentina, fallecieron en un accidente de aviación, habiendo manifestado en vida, aparentemente, su deseo de valerse del útero de otra mujer para la gestación de los embriones, pues la esposa no podía hacerlo.

A lo expuesto se agregaba el hecho de que existía un hijo del esposo producto de un matrimonio anterior. Según se informó en octubre de 1984, los embriones "huérfanos" congelados serían dados en adopción e implantados para su ulterior desarrollo y nacimiento en el útero de una mujer, en contra del propósito inicial de destruirlos, "en vista de que los padres no habían dejado instrucciones al respecto y nadie más tenía derecho a decidir por ellos", según lo había recomendado en setiembre de ese mismo año un comité de expertos. Para el efecto, la Cámara Alta del Parlamento del Estado de Victoria, Australia, aprobó una ley especial destinada a resolver el problema suscitado (Cfse. "En 'adopción' darán embriones congelados", en: *El Comercio*, Lima, 24 de octubre de 1984).

- 56 En Europa se plantean actualmente casos de lesbianas que hacen uso de los mecanismos de la inseminación artificial y de la fecundación extraterina para tener hijos. Así, puede mencionarse el caso suscitado en Utrecht, Holanda, donde se discute si un dador de semen tiene derecho a quedarse con el hijo que nació de una lesbiana inseminada artificialmente que vive con una amiga desde hace años. Según la información periodística, las dos mujeres decidieron tener un hijo, para lo cual optaron por la inseminación artificial a través de un dador conocido ("Nuevo problema sobre donación de espermia" en: *El Comercio*, Lima, 16 de octubre de 1988). Se presentan también situaciones en que los dadores de semen son homosexuales. Es indispensable poner término a estas prácticas que lesionan gravemente el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio.
- 57 En febrero de 1985, los esposos William y Elizabeth Stern firmaron un "contrato" con la señora Mary Whitehead, casada y con dos hijos, por el cual se comprometieron a entregarles diez mil dólares a cambio de que ella les trajera un hijo al mundo. Con ese objeto, la señora Whitehead fue inseminada con espermia de William Stern. El 27 de marzo de 1986, Mary Whitehead dio a luz una niña que fue entregada días más tarde a los Stern. Estos, a su turno, le pagaron la suma acordada. Empero, con ocasión de una visita a la niña, la señora Whitehead se la llevó con ella y devolvió el dinero. Planteado un proceso judicial con este motivo, la custodia provisional fue concedida a los Stern en setiembre de 1986. La sentencia dictada por el juez Harvey Sorkow de Nueva Jersey en abril de 1987, resolvió que el "contrato" celebrado fue válido y legal, concediéndose definitivamente la custodia de la niña al matrimonio Stern y excluyéndose todos los derechos de la madre natural sobre la niña. La decisión del Juez fue apelada. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en febrero de 1988, revocó la decisión anterior, "anulando el contrato de 10,000 dólares entre los esposos Stern y Whitehead. El Tribunal Supremo de ese Estado americano considera ilegal el alquiler de madres, pero devolvió la niña al matrimonio demandante, alegando diversas razones por las que los Stern podrían proporcionar un mejor hogar a la pequeña" (Vidal Martínez, Jaime, op. cit., págs. 184-185).

Sobre el mismo asunto puede confrontarse: *American Bar Association Journal*, *The Lawyer's magazine*, volume 73, June, 1987, págs. 38-39 y 52-56; y Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., págs. 162-166.

Cuestiones como la planteada hacen urgente una definición legal sobre este tipo de situaciones.

- Se prohíbe continuar el desarrollo embrionario *in vitro* más allá de cuando la implantación se llevaría a cabo.
- En caso de desacuerdo de los donantes sobre qué hacer con el embrión, debe decidir la Institución.
- El "cloning"⁵⁸, no mencionado en el Informe Warnock, se considera inaceptable. No se hace referencia a la fertilización entre especies.
- Permite investigaciones terapéuticas en ese campo.

La Sociedad Americana de Fertilidad "ha elaborado un código ético y unos estándares mínimos, para llevar a cabo un programa de fertilización 'in vitro'. En 1982 sólo la consideraba éticamente indicada en mujeres con ausencia o con lesión irreparable de las trompas de Falopio. En 1984... se refiere a la fertilización 'in vitro' como una alternativa ética a la infertilidad que no puede resolverse por otras vías. La citada sociedad, que representa a unos 8,000 profesionales del campo de la reproducción, opina que los óvulos fecundados sobranos no deben dejarse desarrollar más allá de catorce días, tras los cuales, siempre con el consentimiento de la donante, se pueden dar, bien a otra pareja estéril, o bien congelarlos para su futuro uso, en principio, por los mismos padres"⁵⁹.

El Consejo de Europa redactó un proyecto de recomendaciones a raíz del Simposium internacional sobre inseminación artificial humana en 1979⁶⁰:

- "1.- Las presentes reglas se aplican únicamente a la inseminación artificial de una mujer con espermatozoides de dador anónimo.
- 2.- La inseminación artificial no puede ser practicada sino cuando se dan condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.

La inseminación artificial deberá ser practicada solamente bajo la responsabilidad del médico.

- 3.- El espermatozoides de una persona no debe ser utilizado a los fines de una inseminación artificial, sin el consentimiento de aquélla. El consentimiento de la mujer y, si ella está casada, el de su marido, es necesario para practicar una inseminación artificial.

58 Consiste en extraer del óvulo fecundado el núcleo que es donde se encuentra el código genético y sustituirlo por el de cualquier otra célula del cuerpo que tiene una dotación cromosomática completa, de tal modo que el nuevo ser engendrado será idéntico al donante de la célula que sustituye el núcleo del óvulo fecundado.

59 Citado por Vila-Coro, María Dolores, op. cit., pág. 68.

60 Citado por Vila-Coro, María Dolores, op. cit., págs. 69 y 70.

El médico responsable de la inseminación artificial debe vigilar para que los consentimientos dados sean de forma explícita.

- 4.- Un médico o un establecimiento médico que reciban esperma humano para inseminación artificial, deben proceder a las investigaciones y exámenes médicos apropiados, a fin de prevenir la trasmisión por vía del dador de enfermedades de carácter hereditario o de afecciones contagiosas u otros factores peligrosos para la salud de la mujer o del futuro niño. De otra parte, el médico que proceda a la inseminación, debe aportar toda medida apropiada, a fin de evitar un peligro para la salud de la mujer y para la del futuro niño.
- 5.- El médico y el personal del establecimiento médico que reciban esperma o practiquen la inseminación artificial, deben preservar el secreto de la identidad del dador y, bajo reserva de exigencias de la justicia, de la identidad de la mujer y, si ella está casada, de su marido, así como el secreto sobre la propia inseminación artificial. El médico no procederá a la inseminación si estas condiciones hacen improbable el mantenimiento del secreto.
- 6.- La donación de esperma debe ser gratuita. Sin embargo, la pérdida de salario, así como los gastos de desplazamiento y otros desembolsos directamente causados por la donación del esperma, pueden ser reembolsados al dador.

La persona o el organismo público o privado que ceda esperma para inseminación artificial, no deberán hacerlo con finalidad lucrativa.

- 7.- Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el niño será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido, y nadie podrá contestar la legitimidad por el solo hecho de la inseminación artificial.

Ningún lazo de filiación entre el dador y el niño concebido por la inseminación artificial, puede ser establecido. Ninguna acción con fin alimentario podrá ser intentada contra el dador o por éste contra el niño".

El Código de Familia de Bolivia en el segundo párrafo de su artículo 187 relativo al desconocimiento de paternidad, señala lo siguiente: "Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido".

Por su parte, el Código de Familia de Costa Rica en su artículo 672, tercer párrafo, referido a la impugnación de la paternidad, establece: "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherentes a tales calidades".

Finalmente, la ley para el Estado de Victoria, Australia, de 1984 contempla que el niño nacido de mujer casada que fuera inseminada con esperma donado y cuyo esposo hubiera prestado su conformidad al procedimiento, será considerado como hijo del marido.

VII. CONCLUSION

A lo largo de este ensayo se han planteado algunos de los problemas que surgen como consecuencia de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, los que obviamente exigen una toma de posición. Por ello, acogemos el llamado formulado hace unos años por Fernández Sessarego, en el sentido de que debemos meditar, "honda y seriamente, en la impostergable necesidad de que los juristas asuman, cuanto antes y con valentía, la solución ético-jurídica de los innumerables casos que pueden presentarse como consecuencia de manipulaciones genéticas en el laboratorio y se determine, en su caso, la licitud o ilicitud de cada una de tales posibles prácticas genéticas. No es oportuno ignorar por más tiempo el problema. Se requiere, con urgencia, valorar éticamente estas situaciones a fin de encauzarlos normativamente"⁶¹.

61 Fernández Sessarego, Carlos, "Los embriones de Melbourne", en: **Suplemento Dominical, El Comercio**, Lima, 8 de julio de 1984.

**EL CAMBIO DE SEXO Y SU INCIDENCIA EN
LAS RELACIONES FAMILIARES**

Carlos Fernández Sessarego

1.- INTRODUCCION

El derecho a la identidad personal es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta específica situación jurídica subjetiva faculta al sujeto a ser socialmente reconocido tal como "él es" y, correlativamente, a imputar a los demás el deber de no alterar la proyección comunitaria de su personalidad. La identidad personal es la "manera de ser" como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural e ideológico. Es el derecho que tiene todo sujeto a "ser él mismo".

La identidad personal, pese a ser unitaria, presenta dos vertientes. La estática, que en principio es inmutable, tiene que ver con los signos distintivos de la persona, con su nombre, su imagen, su estado civil, su edad y fecha de nacimiento. A ella se le conoce, corrientemente, bajo la expresión de "identificación".

La identidad dinámica, recientemente tratada por un sector de la doctrina y la jurisprudencia comparadas, es la que se refiere, en cambio, al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos y religiosos hasta los políticos y profesionales.

La identidad sexual, considerada como uno de los aspectos más importantes y complejos comprendidos dentro de la identidad personal, se halla en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como son aquellos atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la tutela de la salud, a la protección de la integridad sicosomática y con el que se contrae a los actos de disposición del propio cuerpo. La discusión que se plantea en torno a la identidad sexual tiene, además un punto de partida previo, un esquema preliminar, el mismo que consiste en precisar cómo es que se constituye y determina el sexo de una persona.

A diferencia de lo que acontece con la literatura científica sobre el tema, que es relati-

vamente profusa, se advierte un cierto desinterés de parte de la ciencia jurídica por afrontar, desde su perspectiva, el problema referente al cambio de sexo. Son escasos los autores que tratan de este delicado asunto, de profundo contenido humano, no obstante que, como sagazmente apunta Perlingieri, no es ni conveniente ni proficuo eludirlo¹. Es obvio que el interés por este asunto se acentúa en aquellas sociedades donde él adquiere caracteres de cierta consideración, al punto de convertirse en un problema social que el derecho no puede soslayar.

Si bien no es amplia ni rica la doctrina jurídica sobre el particular, es posible comprobar que la temática no ha sido ajena para el "derecho vivo", es decir, para la jurisprudencia comparada. En efecto, ha correspondido a los jueces, a falta de disposiciones legales al respecto, resolver cuestiones relativas a tan especial y controvertida problemática.

2. El sexo como problema médico-legal

2.1. Distinción entre género y sexo

Una primera precisión, que es útil efectuar cuando se aborda la cuestión relativa al sexo, es aquella que se refiere al deslinde, bastante común, que efectúa la doctrina más atenta y sensible entre los términos "sexo" y "género". Esta distinción se sitúa dentro de una perspectiva que considera al sexo como un hecho complejo, en el que confluyen e interactúan diversos elementos. Los especialistas suelen mencionar un conjunto de factores como son, en síntesis, aquellos de orden biológico, de carácter psicológico o de naturaleza jurídico-social.

A partir de una visión en la cual dichos elementos se presentan estrechamente interconectados, se suele reservar la expresión "sexo" para referirse a sus connotaciones anatómicas y fisiológicas, mientras que al término "género" se le otorga un contenido conceptualmente más extenso, dentro del cual se comprende "todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana y, sobre todo, el momento psicológico y cultural"².

Una ulterior distinción, mencionada por los especialistas, es la que contrapone aquello que es estrictamente de orden "genital" frente a lo que se concreta con la expresión "sexualidad". Dentro del primer aspecto se alude a la anatomía funcional del aparato genital, mientras que a la "sexualidad" se le atribuye un más vasto contenido en tanto comprende "todas las manifestaciones del instinto sexual y todas las normas sociales, jurídicas y religiosas que lo regulan y castigan"³.

1 Pietro Perlingieri, *Note Introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso* en P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri y P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, E.S.I., Nápoles, 1981, p. 40.

2 Pasquale Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en: *Ob. cit.*, p. 15.

3 R. Pellegrini, voz *Sessualità* en *Novissimo digesto italiano*, XVII, Turín, 1970, p. 234

Mientras que lo genital se agota en el ámbito de lo biológico, la sexualidad, a más de abarcarlo, "tiene interferencias con múltiples órganos, con funciones extraordinariamente diversas dentro de ellos, con varias disciplinas médicas⁴.

2.2. Diversas posiciones en cuanto a la determinación del sexo

En doctrina se enfrentan diversas posiciones, fácilmente identificables, en lo tocante a la constitución y determinación del sexo personal. Un sector de la misma considera como criterio prevalente —y hasta exclusivo— para conocer el sexo de la persona, aquel que está dado por la morfología de los órganos genitales exteriores del sujeto, es decir, por la apariencia física. Se trata, en este caso, del sexo originario o biológico, el mismo que coincide con el que aparece inscrito en el registro del estado civil. Para los que propugnan esta solución, el sexo se constituye en un elemento inmutable, en una condición inmodificable del sujeto, que se adquiere por el hecho del nacimiento. Esta posición, que privilegia el elemento objetivo, se sustenta también en razones de seguridad y certeza jurídicas, las mismas que, según se precisa, deben presidir las relaciones de la vida social en cuanto al sexo de las personas.

El planteamiento anterior tiene así, como supuesto básico, el hecho de la inmutabilidad del sexo originario y la consiguiente ineficacia e ilegitimidad de las terapias médicas o intervenciones quirúrgicas tendientes a obtener ciertas modificaciones del aparato genital externo para adecuarlo a las exigencias sicosociales de una determinada persona, varón o mujer, a la que se conoce y denomina como "transexual"⁵. Con cargo a retornar sobre el particular, es del caso adelantar que el llamado transexual, desde una perspectiva médico-legal, es el sujeto "que siente, como algo que no le es propio, el sexo que le ha sido registralmente asignado". Por ello considera que el sexo con el cual nació es "un error de la naturaleza", por lo que "no sólo se comporta y se viste como un individuo del sexo opuesto sino que, sobre todo, tiene como máxima aspiración aquella de poder adecuar, a cualquier costo, la propia estructura anatómica a la del sexo que siente como propio y verdaderamente suyo"⁶.

El sexo, para la posición antes bosquejada, es aquél con el que se nace y que no es da-

4 Cfr. voz *Sessualità*, aludida en nota 3.

5 No encontramos esta voz en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española en su edición de 1970.

Se discute en torno a quién correspondió acuñar la expresión "transexualismo" para definir un estado intersexual. Como anota Stanzione (nota 31, ob. cit. en p. 23) H. Benjamin (*Il fenomeno transessuale*, trad. al italiano, Roma, 1968) reivindica la creación de dicho término, mientras que otros autores se lo adjudican a D.O. Cauldwell. Para una bibliografía sobre el tema cfr. Stanzione, ob. cit., nota 25 en p. 22. Para una breve nota sobre la evolución histórica del problema cfr. Cosimo Loré y Paolo Martini, *Aspetti medico-legali del transessualismo*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 17 y sgts.

6 Esta definición corresponde a los médicos-legales C. Schwarzenberg y T.L. Schwarzenberg, *Spunti medico-legali in tema di volontaria modificazione del caratter i sessuali sterna e di psico-sessualità en Diritto di famiglia*, 1973, p. 564 y sgts.)

ble cambiar, como está dicho, en base a tratamientos médico-quirúrgicos de cualquier género. Esta propuesta significa asumir un punto de vista estático y unilateral de la sexualidad, dentro de la cual se privilegia lo estrictamente de orden "genital", entendiéndose esta expresión con la connotación que les hemos atribuido anteriormente. De acuerdo con este planteamiento, lo único posible y lícito en el caso de un transexual sería el someterlo a un tratamiento médico-síquico que sea indicado y necesario para obtener la afirmación de su único sexo, que no es otro que el originario adquirido por el hecho determinante del nacimiento.

Dentro de la posición antes expuesta, lo decisivo consistiría en adoptar oportunamente las medidas preventivas y de rehabilitación que fueran indispensables a fin de lograr la afirmación del sexo biológico, es decir, de aquél con el cual se nació. Para los que sostienen este punto de vista, el problema del llamado "transexualismo" resulta ser, a menudo, el resultante de factores psicológicos, ambientales o educativos, o el producto de su combinación. En esta situación el paciente debe ser tratado hormonalmente o mediante una adecuada sicoterapia destinada a apoyar su propia identidad sexual que es aquella de carácter biológico-registral.

En actitud antagónica a la precedentemente esbozada se sitúan quiénes, contrariamente a lo expresado, postulan que el sexo no es sólo una expresión puramente biológica, somática, fundado únicamente en una mera apariencia física, sino que él comporta también una dimensión psicológica, un cierto comportamiento social, un sentimiento profundo de la persona que consiste en "sentirse" y estar "convencida" de pertenecer a un sexo diverso de aquel que la naturaleza erróneamente le asignó.

Los autores que adhieren a esta posición consideran que el sexo no es un factor inmutable de la personalidad sino que, por el contrario, su característica es la de presentarse como un elemento dinámico. El sexo, para este sector de la doctrina, no es sólo una expresión física, una determinada configuración somática, sino que también, y fundamentalmente, consiste en una actitud psicológica, en un sentimiento, en una opción personal. En base a este planteamiento, se preconiza la libertad del sujeto para vivir según el sexo que concilia con su decidida inclinación sicosomática, con aquel con el que se siente existencialmente identificado. En consecuencia, dentro de estos parámetros, la adecuación de los caracteres genitales externos al sexo "sentido y vivido" es un hecho posible y deseable, por lo que debería ser tenido como lícito, en tanto se origina en un acto de libre decisión del sujeto, teniéndose siempre en cuenta el interés de los terceros.

2.3.- La complejidad del sexo

De lo expuesto en los párrafos precedentes se deduce que, a estar a lo opinado por los especialistas, el sexo es, de suyo, un asunto complejo dentro de la rica e impredecible personalidad humana, el mismo que, consiguientemente, no se agota dentro de un simple y unilateral tratamiento del problema. El sexo, o más precisamente el género, se presenta como un hecho en el cual se integran e interactúan diversos elementos estrechamente vinculados en un delicado engranaje, del que aún queda mucho por descifrar. Es así que, en síntesis, al lado del factor representado por lo biológico deben tenerse en consideración otros

elementos como son aquellos constituidos por la vertiente psicológica y por el perfil jurídico-social. Los especialistas, por ello, suelen discurrir en torno al sexo morfológico, al cromosómico, al gonádico⁷, al genético, al psicológico, al social, al jurídico.

Las más recientes investigaciones científicas, de las cuáles se espera aún mayores y más profundos desarrollos no obstante los evidentes progresos obtenidos en la materia, han permitido tomar conciencia de la complejidad de todo cuanto se relaciona con la constitución y determinación del género y con todo lo atinente a la sexualidad en general. El problema se acentúa cuando se pretende señalar, dentro de los indicados elementos que componen el sexo, aquél que podría ser prevalente, y hasta determinante, en lo que concierne a su constitución.

Como se señala en la doctrina, y lo avala el sentido común, la armoniosa conjunción y concordancia de tan variados elementos resulta ser presupuesto o condición indispensable para el sano equilibrio sexual del sujeto. Ello depende, en última instancia, de una constante y normal convergencia de tales factores constitutivos del sexo, ya que un desigual desarrollo de los mismos originaría situaciones que se alejarían de lo que podría estimarse como un estado sexual carente de anomalías.

Lo ideal en este caso, como apuntan los expertos, es la permanente y equilibrada asociación de dichos elementos, dentro de una delicada y armoniosa integración en la que cada uno de ellos cumple su propio rol. Los problemas en torno a la incertidumbre en cuanto a la identidad sexual surgen cuando se manifiesta una ausencia de armonía entre los varios perfiles que definen integralmente al sexo. Es así que una elocuente disociación entre el factor biológico y el psicológico-social genera una situación en la que se advierte una seria perturbación de la personalidad que atormenta al sujeto y que debería ser tratada y corregida del modo más adecuado.

Los elementos antes citados, constitutivos del sexo, no son estables, por lo que debería descartarse, según calificadas opiniones, una concepción estática o inmutable de la sexualidad. Como bien lo sabemos, la personalidad se encuentra en permanente evolución. El ser humano, a diferencia de las cosas, no es algo acabado, terminado, compacto. La vida humana es un constante e ininterrumpido quehacer, un fluido discurrir entre el instante de la concepción, que es el comienzo de la vida, y el de la muerte, que es el fin de la existencia. En concordancia con lo expresado por Perlingieri, cabe sostener que carece de validez la posición que considera al género como un elemento inmutable de la persona, que se adquiere jurídicamente y para siempre con la inscripción en el registro del estado civil⁸.

La presencia de una multiplicidad de elementos que concurren a la conformación del género y que constituyen la sexualidad, pueden generar discordancias entre alguno o algunos de ellos. Esta indeseable hipótesis, que lamentablemente se presenta en la realidad coexistencial, nos coloca en la difícil coyuntura de inquirir, tanto en el plano médico como

⁷ La gónada es la glándula productora de gametos masculinos o femeninos.

⁸ P. Perlingieri, *ob. cit.*, p. 38.

en el jurídico y en el de la vida de relación social, sobre cuál de los indicados elementos conformantes del género es el que prevalecería para el efecto de la determinación del sexo de la persona.

La solución del problema planteado no es un asunto pacífico si se le enfoca desde una perspectiva médico-científica. No lo es tampoco si nos situamos en la sensible dimensión de lo jurídico. Para el derecho, y en relación con una determinada finalidad, no es sólo relevante, como apunta Perlingieri, el sexo sicológico-social o aquel de carácter biológico, sino que no deben descartarse todos y cada uno de los perfiles que concurren a la delicada definición de lo que constituye el género al cual se adscribe la persona. Es decir que, para una particular finalidad, alguno de ellos puede tener ocasionalmente una mayor relevancia para el derecho. No obstante, es conveniente advertir que es opinión prevaleciente la que estima que "para la mayor parte de las hipótesis es el perfil sicológico, aún más que el estructural y el biológico, el que prevalece como criterio calificante en dicha disciplina"⁹.

2.4. Alcances del cambio de sexo

Como se ha expresado en precedencia, el denominado cambio de sexo es un tema que ha sido y sigue siendo objeto de discusión. La pregunta sobre la posibilidad y alcances médicos y jurídicos de dicha mutación merece el intento de formular una respuesta a nivel del actual desarrollo de la investigación científica.

El cambio de sexo, en sentido amplio, es decir, entendido como género (*supra* 2.1), constituye un fenómeno histórico-social, por el cual determinadas personas, que nacen con las características biológicas que la ubican normalmente dentro de un sexo, pretendan y logren la adecuación quirúrgica de sus genitales exteriores al sexo que sienten como propio. Nos hemos referido brevemente al transexual que, no obstante pertenecer biológicamente y desde su nacimiento a un sexo, con el que aparece inscrito en el registro del estado civil, siente y vive como si fuera del sexo opuesto.

En el caso propuesto, con la ayuda de la cirugía, el transexual consigue superar la disociación existente entre su configuración biológica, de un lado, y su perfil sico-social, del otro. De este modo se produce, en un sentido amplio y para los efectos de la realización personal del transexual, el fenómeno que se designa latamente como "cambio de sexo".

Si nos colocamos en una posición rigurosa debemos reconocer que, a pesar de la inclinación sicológica manifestada por el sujeto y de su efectivo comportamiento como el de una persona perteneciente al sexo opuesto al registral, la intervención quirúrgica a la que se somete el transexual como un medio de liberación, comporta sólo la adecuación de los caracteres sexuales externos del sujeto al sexo sentido y, por tal, deseado.

En otros términos, la operación demoledora y reconstructiva del aparato genital

9 Perlingieri, *ob. cit.*, p. 42.

externo, tendiente a aproximar lo más posible al sujeto al sexo existencialmente vivido, no significa un cambio radical de su estructura biológica. La intervención quirúrgica no logra modificar la conformación genética y cromosómica del sujeto, las que se mantienen inalterables después de practicada la citada operación. En síntesis, y desde este estricto punto de vista, los resultados satisfactorios de la citada intervención quirúrgica autorizaría a referirse tan sólo a lo que podría designarse como un simulacro en cuanto al cambio biológico del sexo de la persona, sin que ello represente, en esta dimensión, la real y total adquisición de un "nuevo" sexo. En todo caso, dicha operación lograría el objetivo propuesto de eliminar una disociación que repercutía, de modo grave, en el nivel sico-social del sujeto.

Lo expresado en el párrafo anterior se refleja claramente en el texto de la ley alemana de 1980 sobre la materia. Esta ley, a la que nos referiremos en su lugar (*infra* 13), considera en su artículo 8 que uno de los presupuestos para el cambio de sexo es el que el sujeto se someta a una "operación quirúrgica de sus atributos sexuales externos, con la cual se alcance una clara aproximación al cuadro morfológico del otro sexo". Como se aprecia del texto antes glosado, de lo que se trata realmente es de adecuar, lo más posible, la apariencia de los genitales externos al sexo efectivamente sentido y vivido por el sujeto.

Lo manifestado en párrafos precedentes en cuanto a los alcances de la expresión "cambio de sexo" como resultado de una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva, suscita discusión y encontradas opiniones. Pero, al coincidir con Stanzione, somos del parecer que, a la altura del actual desarrollo científico en cuanto a la cuestión atinente a los resultados de dichas operaciones, es preferible abstenerse de emitir un juicio global y genérico. Es prudente, en todo caso, limitarse a seguir el desarrollo del proceso que se opera en cada caso, de modo singular¹⁰.

Como señala el propio Stanzione, la práctica de la citada operación quirúrgica no comporta, bajo el aspecto genético, la presencia de nuevos elementos en la situación originaria del sujeto. Es decir que, en sentido estricto, bajo el perfil genético, el varón no deja de ser hombre ni la mujer de ser tal. La castración o la esterilización que, en cuanto operaciones demoledoras, pueden practicarse en el paciente y las variantes morfológicas que se introduzcan en los órganos genitales exteriores no comportan, pese a su gravedad, un cambio a nivel gonádico¹¹.

La intervención quirúrgica que se opera en el transexual tiene como finalidad la de privilegiar, si se admite la opción del cambio de sexo, el factor sico-social sobre el biológico. Su pretensión es, como se ha repetido, superar la disociación existente entre el sexo biológico y el sexo psicológico y social. La transformación o cambio sexual se produce, cuando se trata de un verdadero transexual, para adecuar su apariencia genital exterior a la del sexo sentido y vivido en su cotidiana dimensión coexistencial.

10 P. Stanzione, *ob. cit.*, p. 33.

11 *Id.*, p. 34.

De lo hasta aquí expuesto resulta que el denominado "cambio de sexo" supone, de una parte, una adecuación morfológica para destruir una disociación entre el sexo biológico y el sico-social y, de la otra, para operar una modificación de carácter jurídico que tiene que ver con el género y el prenombre anotados en los registros del estado civil.

No todos los autores que admiten la posibilidad jurídica de permitir un cambio de sexo coinciden, sin embargo, en lo que concierne al procedimiento que debería seguirse para obtener dicha finalidad. Para una significativa minoría, bastaría para el efecto la libre y arbitraria declaración del sujeto, en base a sus propias vivencias, sin mayor formalidad o condiciones. Otros, en cambio, exigen que para tal mutación exista ya sea una previa autorización administrativa, como es el caso de Austria y Dinamarca, o una sentencia judicial como acontece en Suiza. Finalmente, el sector mayoritario considera necesaria la vigencia de un específico dispositivo legal que fije los requisitos y las garantías pertinentes. Ello ya ocurre, con mayor o menor acierto, en Suecia, Alemania Federal e Italia. En igual situación se encuentran algunos Estados de Norte América, como Arizona, California, Louisiana, Illinois, New York, algunas provincias del Canadá y Sud Africa, hasta donde alcanza nuestra información.

2.5. Licitud de las intervenciones quirúrgicas destinadas a afirmar el sexo originario

Más allá del debate bosquejado en torno a la admisibilidad jurídica del cambio de sexo y al procedimiento que debería seguirse para el efecto, nadie discute, a nivel de la doctrina, la pertinencia y licitud de las operaciones quirúrgicas que se dirigen a coadyuvar en la definición de un caso de ambigüedad en cuanto a los caracteres sexuales externos de la persona. Ello suele acontecer una vez que, por un proceso de evolución natural, resulta posible precisar, en alguna medida y a través de determinadas manifestaciones, el sexo que corresponde a la persona.

En la hipótesis antes señalada no se trata, por cierto, de un cambio de sexo, a la manera y dentro de los alcances perfilados con anterioridad, sino que, por el contrario, el objetivo perseguido es el de contribuir, mediante el apoyo de la cirugía, a afirmar el sexo de la persona una vez que, por el transcurso del tiempo, se ha logrado una cierta precisión sexual¹². Igual cosa podría decirse de las operaciones destinadas a corregir malformaciones de los genitales exteriores, situación que está expresamente contemplada en la ley sueca (*infra* 12).

En los medios científicos se señala que, muchas incertidumbres y esfuerzos interpretativos en torno a la problemática del transexualismo podrían ser rápidamente superados si se confirmase, a plenitud, un reciente descubrimiento de la ciencia médica. Se trata de una prueba biológica y objetiva que parte de la individualización del llamado antígeno H-Y, que es componente glicoproteico de la membrana de la célula masculina¹³.

12 Sobre este tema nos remitimos al punto 3.

13 Salvatore Patti y Michael R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Cedam, Padua, 1986, p. 14.

Las mujeres, en relación al citado antígeno H-Y, dan resultados negativos. Algunos investigadores alemanes, como señalan Patú y Will, han comprobado que casi la totalidad de los transexuales hombre-mujer no poseen, como sería de esperar, el mencionado antígeno, lo que si acontece tratándose de los transexuales mujer-varón. Si los resultados de estas investigaciones confirmasen su exactitud, resultaría evidente que el elemento síquico del transexual, opuesto al somático, contaría con la posibilidad de ser verificado en el plano objetivo a través de la comprobación "de la discordancia entre las características externas de un sexo y la presencia (o ausencia) del antígeno H-Y: es decir, de una discordancia entre elementos físicos"¹⁴.

3. El fenómeno del "transexualismo" y su relevancia jurídica

3.1. El transexualismo como fenómeno social

Es innegable, al margen de toda discusión teórica sobre el denominado cambio de sexo y a sus posibilidades y resultados, la presencia en la realidad social del fenómeno designado con la expresión "transexualismo"¹⁵. Este término ha sido recientemente acuñado a nivel científico, no obstante que el síndrome es conocido desde antiguo. Existen testimonios de esta inversión sico-sexual que se remontan a la época clásica. No es, por tanto, una manifestación de los tiempos que corren ni es tampoco una expresión exclusiva de nuestra cultura, por lo que debe ser examinada en su real perspectiva histórica¹⁶.

El fenómeno del transexualismo alcanza notoriedad a partir del famoso caso de "Christine" Jorgensen, el mismo que mereció una amplia e inusual divulgación a través de los medios de comunicación del mundo entero¹⁷. Ello fue explicable, en su momento, por tratarse de la primera intervención quirúrgica conocida de "conversión" que, practicada a comienzos de la década de los cincuenta, fue descrita con minuciosidad científica en las revistas especializadas de la época.

Al transexualismo se le describe como una situación existencial que se despliega en la dimensión intersubjetiva y que, en consecuencia, no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica. Compete al derecho definir si, en el caso del cambio de sexo, nos encontramos frente a un fenómeno social que, en principio, debería ser permitido o prohibido. Si se optase por la primera alternativa deberán precisarse las reglas de conducta que armonicen el interés personal con el interés social, especialmente con los que radican en el ámbito de la familia. Es ésta, sin duda, una problemática compleja en la que están comprometidas diversas disciplinas de lo humano, como la ética, la filosofía, la psicología, la sociología, la antropología, el derecho, entre otras.

14 Patú y Will, *ob. cit.*, p. 15.

15 Nos remitimos a la nota anterior 5.

16 P. Stanzione, *ob. cit.*, pp. 20 y 21.

17 Loré y Martini, *ob. cit.*, p. 22.

3.2. El síndrome del transexualismo

El transexualismo, como señala Ramacci, es una cuestión que se halla en una situación fronteriza, de penumbra, en la que se "comprende y confunde, a menudo dramáticamente, normalidad y desviación, apariencia orgánica e inclinación síquica, vida individual y vida de relación, sexo como identificación y sexo como prisión"¹⁷. Es un problema de frontera entre lo conocido y lo desconocido, donde se confrontan opuestas ideologías y diversas jerarquías de valores. El transexual representa emblemáticamente "la patología de lo incierto, del sexualmente inclasificable".

El transexualismo se suele considerar como un síndrome caracterizado por el hecho de que una persona, que desde un punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto. O, mejor dicho, de vivir a la manera en que lo hacen los sujetos del género contrario. El transexual tiene un profundo sentimiento de pertenecer al "otro" sexo, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. Ella, sin embargo, está poseída de una incontrolada aspiración a modificar quirúrgicamente su propio sexo somático —que le resulta intolerable—, para el efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación¹⁹.

El transexual es el sujeto en el que se aprecia un elocuente y definido contraste entre el elemento físcico, es decir, sus características sexuales exteriores, y aquel de naturaleza síquica. Ello conduce al transexual a una angustiosa y afanosa búsqueda de una correspondencia entre su apariencia física, que considera como "un maléfico error de la naturaleza", y sus comportamientos, hábitos, gestos, vestidos, ademanes y actitudes, en general, que son propios del sexo que realmente "siente", que hondamente vivencia en la cotidianidad. Esta manifiesta tendencia, destinada a lograr su propia identidad sexual, a "ser uno mismo", lleva a los transexuales, movidos por una constante desesperación, a someterse a intervenciones quirúrgicas de sus genitales externos, que le son mortificantes e insoportables, para "sustituirlos" por los que corresponden a su estado psicológico y a sus costumbres de vida.

En síntesis, y tal como lo resume Stanzione, al nivel del estado actual de las investigaciones científicas en la materia, existen dos claros síntomas que denotan la presencia de un transexual. El primero de ellos es el sentimiento, difuso y profundo, de pertenecer al sexo opuesto a aquél que, desde el nacimiento, le asignó la naturaleza, y cuyas características biológicas son evidentes y normales. El segundo síntoma es el de poseer un invencible deseo de cambiar de sexo dentro de las posibilidades de la ciencia y para los efectos de que se le reconozca jurídicamente un "nuevo estado".

En lo que concierne al primero de tales síntomas anteriormente enumerados, el tran-

18 Fabrizio Ramacci, en la *Presentazione* del libro de Loré y Martini, cit., p. 3.

19 Patti y Will, ob. cit., p. 129 y P. Stanzione, ob. cit., p. 12.