

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 **sinemanu**.

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 desarraigar 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 con ducto 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 familiay 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 constituida 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 la 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. Recuértese, 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 tuuiere 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 deshonesto**, pues muchas veces el adúltero recurre a la clandestinidad, al sigilo y ocultamiento, en tanto que la **conducta deshonesto** 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 deshonesto que haga insostenible 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 deshonesto**; o entre la **homosexualidad sobreviniente al matrimonio** y la **conducta deshonesto** (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 deshonesto** 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 deshonesto**,

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 desempolvaren 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 desprotegía 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 manifestativa 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.