

I. LA FAMILIA COMO PROBLEMA JURIDICO

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

Fernando de Trazegnies Granda

I. LA REALIDAD: VANIDAD DE VANIDADES

1. Realidades espontáneas y construcciones jurídicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El derecho y los hechos

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

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

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

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

3. Derecho y familia

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

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

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

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

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

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

II. NATURA Y CULTURA

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

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

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

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

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

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

III. LOS LAZOS DE PARENTESCO

1. Parentesco consanguíneo y parentesco por afinidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Familia y familias

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Inciso 1º del artículo 242 del Código Civil.

5 Inciso 3º del artículo 242 del Código Civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

8 Inciso 2º del artículo 242 del Código Civil.

9 Inciso 5º del artículo 242 del Código Civil.

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

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

10 Artículo 474 del Código Civil.

11 Artículo 724 del Código Civil.

12 Artículo 816 del Código Civil.

13 Artículos 820, 821 y 828 del Código Civil.

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

15 Artículo 820 del Código Civil.

16 Artículo 824 del Código Civil.

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

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

17 Artículo 821 del Código Civil.

18 Artículo 824 del Código Civil.

19 Artículo 825 del Código Civil.

20 Artículo 828 del Código Civil.

21 Artículo 828 del Código Civil.

22 Artículo 828 del Código Civil.

23 Artículo 830 del Código Civil.

24 Artículo 89 del Código de Procedimiento Civiles.

25 Ley de Bancos N° 7159, artículo 69, inciso j, modificado por el artículo 6° del Decreto Supremo 297-68-HC de 14 de agosto de 1968.

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

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

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

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

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

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

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

28 Vid. *supra*, nota 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 Artículo 288 del Código Civil.

33 Artículo 289 del Código Civil.

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

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

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

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

35 Inciso 3º del artículo 288 del Código Civil.

36 Inciso 5º del artículo 423 del Código Civil.

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

38 Inciso 3º del artículo 423 del Código Civil.

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

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

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

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

39 Artículo 295 del Código Civil.

40 Artículos 301, 302 y 310 del Código Civil.

41 Artículo 313 del Código Civil.

42 Artículo 315 del Código Civil.

43 Artículo 303 de Código Civil.

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

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

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

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

45 Artículo 312 del Código Civil.

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

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

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

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

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

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

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

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