

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

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

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

LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO

LIBRO HOMENAJE AL
DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1990

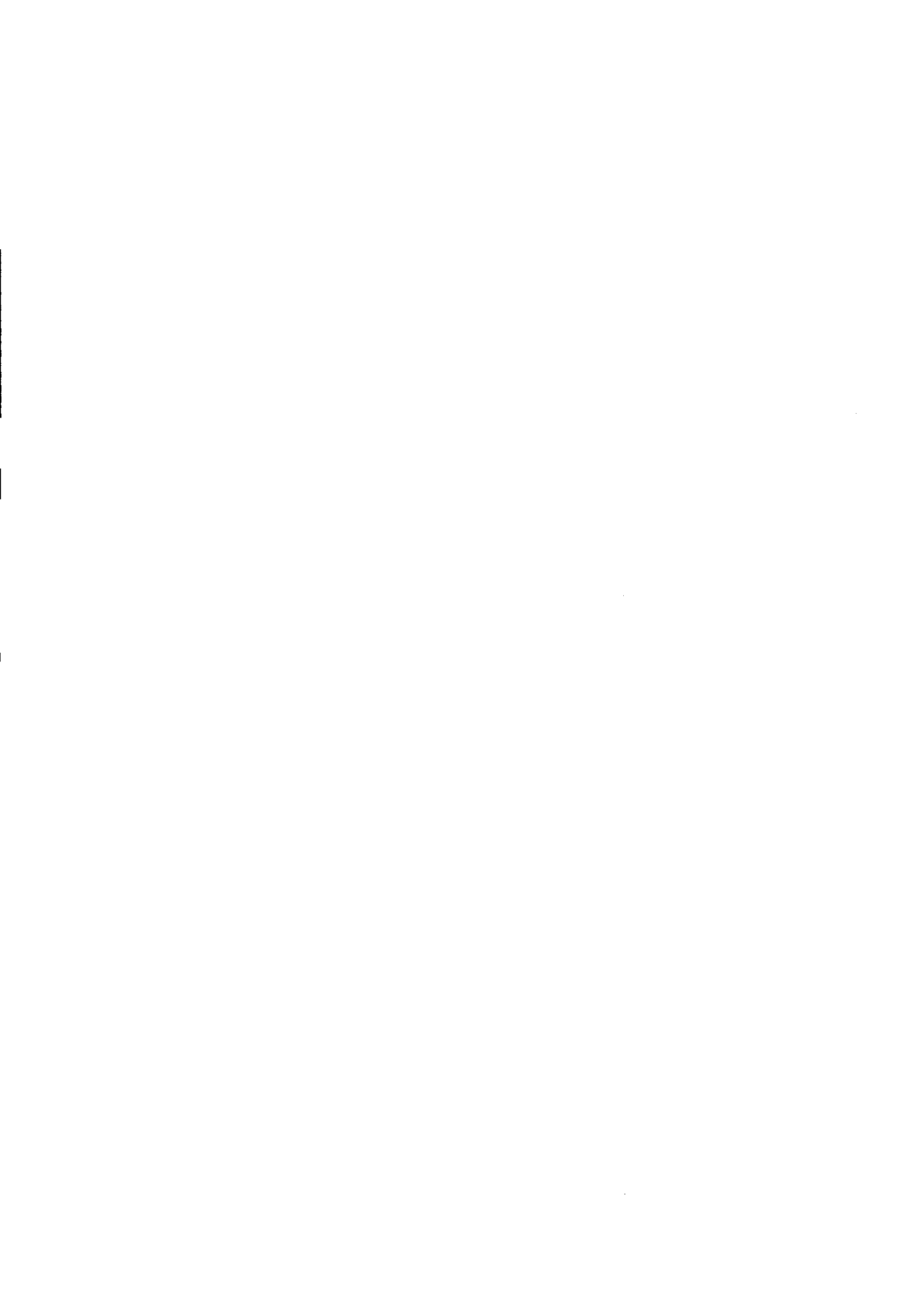
El Dr. Héctor Cornejo Chávez ha sido maestro de varias generaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Su fina inteligencia, su lógica férrea, su profundidad en el análisis, su amor por el Derecho y, sobre todo su honestidad intelectual, han contribuido a formar a muchos abogados peruanos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

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

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

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

LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO





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

LA FAMILIA

EN EL

DERECHO PERUANO

LIBRO HOMENAJE

AL

DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ



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

Primera edición, agosto de 1990

Cubierta: Carlos A. González R.

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

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

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

Derechos reservados

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

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

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

I. LA FAMILIA COMO PROBLEMA JURIDICO

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

II. HISTORIA Y SOCIOLOGIA DE LA FAMILIA PERUANA

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

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL

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

IV. LA VIDA JURIDICA DE LA FAMILIA

1. LA FAMILIA Y LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN

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

2. LOS BIENES DE LA FAMILIA

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

3. LA FAMILIA COMO CONTRATANTE

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

4. LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA FAMILIA

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

5. LA FAMILIA ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL

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

6. LA FAMILIA ANTE EL PODER JUDICIAL

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

7. LA FAMILIA EN EL AGRO

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

8. PERSPECTIVAS INTERNACIONALES

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

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

V. EL FIN DE LA FAMILIA

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

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

1. La personalidad del doctor Héctor Cornejo Chávez

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

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

PRESENTACION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fernando de TRAZEGNIES GRANDA

I. LA FAMILIA COMO PROBLEMA JURIDICO

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

Fernando de Trazegnies Granda

I. LA REALIDAD: VANIDAD DE VANIDADES

1. Realidades espontáneas y construcciones jurídicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El derecho y los hechos

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

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

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

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

3. Derecho y familia

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

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

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

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

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

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

II. NATURA Y CULTURA

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

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

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

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

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

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

III. LOS LAZOS DE PARENTESCO

1. Parentesco consanguíneo y parentesco por afinidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Familia y familias

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Inciso 1º del artículo 242 del Código Civil.

5 Inciso 3º del artículo 242 del Código Civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

8 Inciso 2º del artículo 242 del Código Civil.

9 Inciso 5º del artículo 242 del Código Civil.

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

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

10 Artículo 474 del Código Civil.

11 Artículo 724 del Código Civil.

12 Artículo 816 del Código Civil.

13 Artículos 820, 821 y 828 del Código Civil.

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

15 Artículo 820 del Código Civil.

16 Artículo 824 del Código Civil.

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

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

17 Artículo 821 del Código Civil.

18 Artículo 824 del Código Civil.

19 Artículo 825 del Código Civil.

20 Artículo 828 del Código Civil.

21 Artículo 828 del Código Civil.

22 Artículo 828 del Código Civil.

23 Artículo 830 del Código Civil.

24 Artículo 89 del Código de Procedimiento Civiles.

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

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

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

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

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

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

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

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

28 Vid. *supra*, nota 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 Artículo 288 del Código Civil.

33 Artículo 289 del Código Civil.

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

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

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

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

35 Inciso 3º del artículo 288 del Código Civil.

36 Inciso 5º del artículo 423 del Código Civil.

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

38 Inciso 3º del artículo 423 del Código Civil.

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

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

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

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

39 Artículo 295 del Código Civil.

40 Artículos 301, 302 y 310 del Código Civil.

41 Artículo 313 del Código Civil.

42 Artículo 315 del Código Civil.

43 Artículo 303 de Código Civil.

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

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

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

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

45 Artículo 312 del Código Civil.

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

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

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

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

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

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

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

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

II. HISTORIA Y SOCIOLOGIA DE LA FAMILIA PERUANA

FAMILIA, DERECHO E HISTORIA

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

Roger Rodríguez Iturri

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SIGNOS ESCOLASTICOS

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

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

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

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

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

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

TIPOS MATRIMONIALES EN LA CULTURA

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

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

Las culturas antiguas nos dan una muestra

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

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

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

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

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

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

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

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

Entre los romanos, según sostiene Bonaparte, el matrimonio tuvo carácter monogámico y admitió varias formas como la **confarreatio**, **coemptio**, **usus**, y el matrimonio **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 desarraigando la manera que éstos tenían de casarse, que tenían la costumbre y hasta ahora no

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

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

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

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

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

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

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

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

MUESTRAS ACTUALES DE SERVINAKUY

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

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

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

El fenómeno sociológico del concubinato persiste

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pueden iniciar otra experiencia de vida común

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

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

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

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

DINAMICIDAD DE LA FAMILIA

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

Al respecto Morgan dirá:

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

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

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

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

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

UN PERFIL DE LA FAMILIA PERUANA: HOY

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

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

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

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

TOTAL ENCUESTADOS: 390

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

Porcentaje

Limeños	74	18.98%
Provincianos	316	81.02%
	390	100.00%

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFLEXION FINAL

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

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

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

BIBLIOGRAFIA

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

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

René Ortiz Caballero

NOTAS PREVIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nuestra pretensión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. ESBOZO DE LAS FAMILIAS ANDINA E HISPANICA

Raíces andinas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Raíces castellanas

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

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

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

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

III. LA FAMILIA INDIANA: Familia en cambio

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

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

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

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

El problema, al parecer, radica en la rigurosidad mostrada por la doctrina católica en este tema, comprensible en tanto compete a la moral cristiana. Recuérdese, 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 encomenderos (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 matrimonial ¹². 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 traspassa 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 insoponible la vida en común** (Inc. 6°) que significa el comportamiento desdoroso, 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 insoponible la vida en común; y la **condena por delito doloso o pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio** (Inc. 10°) que también significa un comportamiento grave, represensible, socialmente repudiado y condenado, que afecta la honorabilidad de la pareja y afecta físicamente a la relación matrimonial con una separación forzada por hecho propio del ofensor que termina siendo ajeno al ofendido.

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

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

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

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

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

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

VII

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
- 31 En su origen, el **divorcio por mutuo disenso** sólo podía solicitarse transcurridos tres años de la celebración del matrimonio (Ver § 5 y cita 12). Luego el Código Civil de 1936 —ahora derogado—, redujo este plazo a dos años (inc. 2° del Art. 270), lo que ha sido repetido en el inc. 11 del Art. 333° del Código Civil de 1984 —en vigencia—.
- 32 Esta obligación, la de convertir la presencia de los cónyuges peticionantes de la **separación de cuerpos por mutuo disenso** en **personalísima**, no se contenía ni en la Ley 7893, de 1931, ni en el Código Civil de 1936 —ahora derogado—, ni en el Código Civil de 1984 —en vigencia—. Contradictoriamente ha sido "añadida" por el legislador del Decreto Legislativo 310 (parágrafo a), inc. 2° del Art. 12), que regula procesalmente la tramitación de los juicios de divorcio —haciéndolo más técnico, moderno y ágil—. Sin embargo, en la práctica es una disposición que hace retrocer la modernidad de la legislación del **divorcio**, pues exige la presencia personal de los cónyuges para el juicio por **mutuo disenso**, aleja al justiciable que no se encuentra dentro del país a venir obligatoriamente para asistir a esta diligencia de mero trámite, obliga a la pareja —muchas veces con relaciones personales muy difíciles— a una comparecencia indeseada e inconveniente y, finalmente, resulta contradictorio con el espíritu del propio Código Civil, que en materia de Derecho Internacional privado ha liberado al **divorcio** de la jurisdicción exclusiva de los Tribunales peruanos, pues para el juicio de **divorcio por mutuo disenso** esta disposición hace a la jurisdicción peruana exclusiva. El argumento para esta disposición nos parece fútil: se dice que la no presencia personal de los cónyuges (su representación por apoderados con mandato suficiente) hace jurídicamente imposible la obligación judicial de promover la reconciliación de los cónyuges (ver para el efecto la cita 23).
- 33 Art. 344° del Código Civil de 1984 —en vigencia—, repetido en el parágrafo b) del inc. 2° del Art. 12 del Decreto Legislativo 310, cuyo antecedente se encuentra en el Art. 279° del Código Civil de 1936 —ahora derogado—.
- 34 En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 276° del Código Civil de 1936 —ahora derogado—, no hacía distinción para la conversión de la **separación de cuerpos** en **divorcio vincular** tan sólo por el transcurso del plazo de un año, legitimando para ello a cualquiera de los cónyuges. El Dr. Héctor CORNEJO CHAVEZ, apoyado en cierta jurisprudencia originaria, opina por restringir la legitimación sólo al ofendido, restándole esta oportunidad al ofensor (Ver en: **Derecho Familiar Peruano**; Op. cit., p. 285 **ab-initio**). Esta posición doctrinaria la ha logrado insertar en el proyecto (Art. 121 in fiene) y finalmente en la versión final del Código Civil de 1984 —en vigencia—, en el Art. 354°, donde en su parte inicial se reduce el plazo de la conversión de la **separación de cuerpos** al **divorcio vincular**, y en su parte final consagra la legitimación activa para esta conversión sólo al ofendido, cuando dice: "Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica".

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

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

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

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

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

VIII

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

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

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

San Miguel, febrero de 1989.

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

LA FAMILIA Y LA VIOLENCIA SOCIAL EN EL PERU

Enrique Bernales Ballesteros
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

INTRODUCCION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. REGLAS SOCIALES, CRISIS Y FAMILIA

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

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

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

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

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

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

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

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL

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

César Landa Arroyo

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

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

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

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

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

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

1. Estado Democrático y Social de Derechos³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Los Derechos Sociales

2.1. Los Derechos Sociales Constitucionales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. La Constitución como norma jurídica singular

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Efectos Jurídicos de las Normas Constitucionales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4. Aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales

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

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

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

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

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

Usualmente, frente a las disposiciones constitucionales sociales se ha argumentado

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

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

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

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

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

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

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

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

2.5. Sujetos de los Derechos Sociales

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

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

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

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

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

2.6. Normas coactivas o redimensionamiento de las funciones del Estado

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

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

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

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

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

2.7. Interpretación constitucional operativa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.8. Los Derechos Sociales de la Familia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el supuesto que la autoridad administrativa emitiese un acto administrativo negativo a la petición de una familia sobre la declaración del derecho a adquirir una vivienda digna (basado en la falta o escasez de programas de vivienda) o tomase una decisión denegatoria de concretizar el derecho de una familia pobre a enterrar a su muerto gratuitamente en un cementerio público; correspondería a las familias interponer los recursos impugnatorios de conformidad con el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 006-SC del 11 de noviembre de 1967.

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

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

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

BIBLIOGRAFIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LA VIDA JURIDICA DE LA FAMILIA

1. LA FAMILIA Y LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN

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

Ricardo Marcenaro Frers

INTRODUCCION

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

1. REFERENCIAS HISTORICAS

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

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

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

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

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

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

2. LA CONSTITUCION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. CODIGO CIVIL : DERECHO DE LAS PERSONAS

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

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

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

4. CODIGO CIVIL: DERECHO DE FAMILIA

4.1 Relaciones Conyugales

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

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

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

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

4.1.1 Código Civil 1936 artículo 161

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

Código Civil 1984 artículo 290

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

4.1.2 Código Civil 1936 artículo 164

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

Código Civil 1984 artículos 287-291

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

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

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

4.1.3 Código Civil 1936 artículo 168

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

Código Civil 1984 artículo 292

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

4.1.4 Código Civil 1936 artículo 173

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

Código Civil 1984 artículo 293

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

4.1.5 Código Civil 1936 artículo 391

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

Código Civil 1984 artículo 419

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

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

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

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

4.2.1 Edad para contraer matrimonio

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

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

4.2.2 Separación de cuerpos

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

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

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

4.2.3 Filiación matrimonial y extramatrimonial

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

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

Para terminar estas breves reflexiones me permito formular algunas conclusiones:

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

BIBLIOGRAFIA

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

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

Carlos Cárdenas Quirós

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

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

1. INTRODUCCION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. INSEMINACION ARTIFICIAL. CLASES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) INSEMINACION HOMOLOGA

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

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

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

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

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

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

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

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

9 **Mater et Magistra**, Encíclica de S.S. Juan XXIII, Ediciones Paulinas, Lima, s.f., pág. 68.

10 Cit. por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 87.

La principal objeción a esta práctica es la de que constituye un medio antinatural para la procreación.

No compartimos esta opinión y hacemos nuestra la crítica que a esta posición formula Zannoni, cuando sostiene que "la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación (...). Si se recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado mediante el coito por sí mismo apto para la procreación. Es más, podríamos llegar a pensar que el no recurrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural de la unión matrimonial, desde la perspectiva ética que analizamos. En efecto, si los esposos no han excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural del matrimonio. La masturbación del marido para la obtención del semen no es, entonces, inmoral; es sólo el medio para posibilitar el fin natural (...). Queda dicho pues que, en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges"¹¹.

Debemos señalar asimismo que, desde un punto de vista jurídico, la inseminación artificial homóloga no ofrece mayores problemas, ya que al utilizarse los gametos de los propios cónyuges no se presenta dificultad alguna en torno a la filiación.

Los únicos problemas que podrían presentarse serían los derivados de la concepción o nacimiento del hijo después de la muerte, temas que trataremos en el punto III de este ensayo.

b) INSEMINACION HETEROLOGA

Se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de la mujer no es el del esposo, sino de un tercero. Extendiendo tal concepto, cuando para lograr el embrión en la fecundación extrauterina, a la que nos referimos más adelante, se utilizan gametos masculinos o femeninos o ambos no pertenecientes a los esposos, nos encontraremos frente a una fecundación extrauterina heteróloga.

La inseminación heteróloga ofrece serios problemas de orden ético y jurídico. Desde un punto de vista ético es reprobable porque, como expresa Zannoni, "los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin ha-

¹¹ Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 50.

cerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear (...). De un lado advertimos que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres, el hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación de la esposa con esperma que no es el de su marido compromete o repugna esa trascendencia genética. Genéticamente el hijo es de un tercero que no es el padre. El marido de la mujer ha contrariado la naturaleza al permitir que su esposa conciba con un tercero. Aludimos, obviamente, a contrariar la naturaleza ética que sólo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida. Es decir no aludimos a la pura naturaleza biológica, pues que la fecundación se produce, en esos casos, cumpliendo las leyes de esa naturaleza. Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrontar la naturaleza ética de la procreación humana"¹².

En la misma dirección, la Instrucción vaticana sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación expresa que "... el recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad... Es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el esperma de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el esperma del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador...".

Para realizar estas prácticas se utilizan los bancos de espermatozoides humanos congelados, los que empezaron a funcionar en la década de 1970, fecha en que como señala Paccard, centenares de miles de mujeres ya habían sido impregnadas artificialmente con espermatozoides humanos¹³.

Debemos dejar constancia de que quienes sostienen la necesidad de regular jurídicamente la inseminación heteróloga, lo hacen sobre la base de considerar que de este modo se logra que el ser humano, imposibilitado por múltiples razones de procrear, no vea frustrado su vocación de paternidad o maternidad.

A este respecto advierte Araguez que "problemas como el de la inseminación artificial verificada plenamente *in vitro*, el del tratamiento del feto, los 'lavados cerebrales', procedimientos para intensificar la capacidad intelectual humana, trasplantes de corazón, etc., suponen junto al avance que en el plano biológico o científico propiamente signifique, una indudable derivación ética, social y jurídica. Independientemente del desarrollo técnico que de sí tales experimentos entrañen, el tema alcanza una trascendental repercusión en cuanto a su posible legitimidad o a las condiciones para tal legitimidad, en su caso. Lo que no cabe es perseverar en la actual falta de consideración jurídica hacia tales adelantos científicos,

12 Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 51-53.

13 Cit. por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 102.

porque tal actitud equivaldría a abandonarlos en manos de posibles oportunistas quizá poco escrupulosos, y de otra parte, a que el derecho no supiera estar a la altura de su tiempo"¹⁴.

Independientemente de la posición contraria que sostenemos respecto de la práctica de la inseminación heteróloga, es preciso analizar los problemas jurídicos que derivan de ella y las soluciones a darse a esta cuestión en el marco del ordenamiento legal peruano.

III. ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

a) LA FILIACION

De acuerdo con el Código Civil Peruano, la filiación puede ser matrimonial o extra-matrimonial. Por la adopción, además, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En el Derecho de Familia prima el principio *mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant*. Este principio se verá destruido con la fecundación extrauterina como veremos más adelante, ya que puede darse el caso de que quien realice el embarazo no sea la misma mujer que ha proporcionado el óvulo.

A este respecto puntualiza Lacruz Berdejo¹⁵ que "los progresos de la técnica acabaron primero con la incertidumbre de la paternidad (*pater autem incertus*)... Pero las ciencias siguen adelantando que es una barbaridad, y la segunda mitad del siglo nos ha traído, con nuevos progresos de la Biología, la posibilidad contraria: la de dejar en la incertidumbre la generación materna acabando con la regla *mater semper certa est*. En efecto, merced a la actual posibilidad de fecundar in vitro, en una placa de cristal, con gametos masculinos, un óvulo extraído de mujer, fabricando embriones al aire libre, que luego pueden implantarse en el útero de cualquier mujer en situación de gestar, puede quedar en el misterio la procedencia genética materna de cualquier humano...".

Tratándose de la inseminación homóloga que se realiza dentro del matrimonio, ella dará lugar a un hijo matrimonial.

Ahora bien, el artículo 362 del Código Civil Peruano establece que "el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera". Esto quiere decir que si la mujer es inseminada artificialmente con semen que no es de su marido (inseminación artificial heteróloga) y sin consentimiento de éste, aunque la madre declare este hecho, si el esposo no niega la paternidad, el hijo será matrimonial y

14 Araguez Pérez, Felipe, "El derecho a la disposición del cuerpo", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 222, pág. 46.

15 Lacruz Berdejo, José Luis, "Hijos artificiales y madres de alquiler", en: ABC, Madrid, miércoles 6 de mayo de 1987, pág. 32.

tendrá por padre al marido. Si este último, en cambio, no ha prestado su consentimiento para la inseminación heteróloga y se entera de este hecho, podrá negar la paternidad, pero sólo sobre la base de las siguientes causales: que el hijo nazca antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio; si ha sido manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; si ha estado judicialmente separado; o si adolece de impotencia absoluta (artículo 363). El Código Civil Peruano no ha contemplado como causal de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya consentido en la inseminación artificial heteróloga.

Por consiguiente, la inseminación heteróloga sin negación de la paternidad por el esposo sobre la base de las causales que prevé el artículo 363 del Código Civil, dará lugar a un hijo matrimonial.

Vinculado con esta cuestión es necesario meditar acerca de si en un futuro cercano deberá considerarse la inseminación artificial no consentida por el marido como causal de divorcio.

b) NACIMIENTO DEL HIJO DESPUES DE LA MUERTE DEL MARIDO

En relación con esta hipótesis se debe dejar constancia de que la muerte del marido origina una serie de consecuencias jurídicas, entre las que cabe mencionar las siguientes: pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, cesan los derechos y deberes del matrimonio, el cónyuge supérstite puede volver a casarse, se extingue el régimen de sociedad de gananciales y se abre la vocación hereditaria del cónyuge supérstite y sus herederos.

Para comprender el supuesto planteado es necesario que analicemos el principio contenido en el artículo 361 del Código Civil, por el que se establece que: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido". La regla consagra la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Si se practica una inseminación homóloga o aún una heteróloga (sin ser contestada la paternidad luego del nacimiento) durante el matrimonio y el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, se entenderá que se trata de un hijo de éste y además será matrimonial. Si en cambio, el hijo nace con posterioridad a los trescientos días, no tendrá por padre al marido y se tratará de un hijo extramatrimonial.

No se suscita, pues, sobre el particular, mayor dificultad.

c) CONCEPCION DEL HIJO DESPUES DE LA MUERTE DEL MARIDO

El problema en cambio se plantea respecto de la inseminación artificial practicada luego del fallecimiento del marido con semen de éste obtenido antes de su muerte¹⁶.

16 Cabe mencionar sobre este particular, el caso que se presentó en Francia en 1984, cuando Corinne

Teniendo en cuenta que lo que interesa en este caso no es el momento del nacimiento, sino el de la concepción, pues el matrimonio ya ha quedado disuelto con la muerte del marido, el hijo que nazca no tendrá por padre a aquél y será extramatrimonial. Así se deriva del artículo 386 del Código Civil Peruano que establece lo siguiente: "son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio".

Es partidario de esta posición Raffo Magnasco cuando afirma que: "Si el hijo es concebido —mediante inseminación artificial o fertilización in vitro y posterior implante de embrión— utilizando los elementos fecundantes del matrimonio 'antes' del fallecimiento de o los progenitores, el hijo 'será matrimonial'. Por el contrario, si el hijo es concebido 'posteriormente' al fallecimiento, el hijo será 'extramatrimonial', porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte¹⁷."

Acercas del supuesto del hijo concebido mediante inseminación homóloga practicada después de la muerte del marido, Zannoni¹⁸ pone de relieve el hecho de que "la moderna biología... logra que los seres humanos... puedan transmitir la vida después de su propia muerte física. Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, **de ser**. Podría afirmarse, entonces, que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado **con** semen conservado de su padre, pero **no por** su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene **padre**. Sin embargo, la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenecía **no ha muerto** definitivamente? Advertimos, no obstante, que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido post mortem con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque, el día del fallecimiento ese hijo **no existía jurídicamente**".

Raffo Magnasco¹⁹ se muestra absolutamente contrario a la posibilidad de reformulación mencionada por Zannoni, y señala que "si bien es cierto que los elementos fecundantes, llevan en sí parte del ser que lo elabora, a tal punto que transmite caracteres, rasgos, en-

Parpalaix solicitó judicialmente al CECOS (Centro de Estudios y Conservación de Esperma de Francia) que le devolviera el esperma congelado de su marido Alain, muerto en 1983 de cáncer a los testículos, con el objeto de ser inseminada artificialmente. El Tribunal de Creteil resolvió favorablemente la solicitud. Empero, no obstante practicarse la inseminación, debido a que el esperma no tenía suficientes espermatozoides, no llegó a quedar embarazada.

17 Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 105.

18 Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 75.

19 Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., págs. 106-107.

fermedades, etc. y que será padre del mismo la persona de quien provenga el gameto y madre aquella mujer de quien provenga el óvulo, ello será cuando la persona 'está viva' y no cuando 'ha muerto', pues ha perdido los 'atributos de la personalidad' y quien 'no es persona, no puede ser padre'. Pensar de otra manera es un desafío a Dios y si bien es sabido que el hombre hará prodigios, esos prodigios sólo los podrá hacer dentro del marco del respeto a la Ley de Dios y a la Ley que El ha impuesto a las cosas y no fuera de ella, porque fuera de ella no hay lógica posible, cayendo irremediabilmente en el absurdo"²⁰.

IV. FECUNDACION EXTRAUTERINA

Al igual que la inseminación artificial, su práctica empezó con animales. Schenk fertilizó artificialmente a fines del siglo pasado óvulos de coneja en un tubo de ensayo. Con posterioridad, Austin, Blandau, Chang, Pavlok y otros perfeccionaron la fertilización *in vitro* de animales.

Merkin y Rock fueron los primeros que utilizaron este método para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978 se produjo el nacimiento de Louise Joy Brown en el Oldham Hospital, ubicado cerca de Manchester, Inglaterra, convirtiéndose en la primera bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años, tenía obstruidas las trompas de Falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado *in vitro* con espermatozoides de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento.

Con el nacimiento de Louise Joy Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad que dio lugar a que otras parejas, que se encontraban en la misma situación que los Brown, quisieran someterse a este procedimiento. Las fecundaciones *in vitro* continuaron realizándose y el jurista se encuentra hoy frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

20 El artículo 9, apartados 1 y 2, de la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988 establece, en relación con la hipótesis de la inseminación homóloga *post mortem*, lo siguiente:

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial".

Publicaciones como la que vamos a mencionar a continuación hacen que el tema de la fecundación extrauterina resulte de gran actualidad.

"Un tribunal norteamericano dictaminó que la vida de probeta puede ser incluida en la ley federal que permite obtener patentes a todo aquel que 'invente o descubra cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de materia, nuevo o útil'. Tal la opinión del presidente de la Suprema Corte de Washington, Warren Burger, que en acuerdo con la mayoría expresó que un organismo vivo puede encuadrar dentro de la definición legal de 'manufactura' o 'composición de materia'. De acuerdo con tal dictamen, podrán patentarse las nuevas formas de vida creadas en laboratorios científicos, mediante la llamada 'ingeniería genética'. Agregó el juez que 'el Congreso es libre de enmendar la Ley de Patentes como para excluir la protección legal de los organismos producidos por la ingeniería genética o de elaborar un estatuto específicamente creado para tales elementos vivientes...'21.

Es de observarse que a este problema que es fundamentalmente humano se le está dando un tratamiento comercial que no puede ni debe permitirse. A tal punto han llegado los excesos, que los medios de información han publicado una noticia como la siguiente: "Las 'donadoras de maternidad' podrían solucionar el problema de las parejas estériles en las que la mujer es la incapacitada para procrear. Así lo afirma un abogado de Detroit, que está organizando la nueva industria de la familia a nivel industrial. Todo comenzó cuando recientemente la prensa se ocupó del caso de una muchacha que dio a luz un niño 'por cuenta de terceros' y apareció por televisión otra joven que está embarazada de un hombre que no conoce. Esta última, fecundada artificialmente con el semen del hombre que 'le encargó' el hijo de acuerdo con su esposa, es virgen y recurrirá al parto con operación cesárea. En el caso del primer niño nacido por encargo, la pareja que 'alquiló' a la muchacha logró superar los obstáculos legales y adoptar al bebé. Por ahora la ley permite este tipo de servicio sólo a nivel gratuito, pero Noel Keane —tal el nombre del abogado— sostiene que el futuro de esta solución para las parejas estériles, residen en que pueda cobrarse por la donación de maternidad. Afirma que pagando diez mil dólares —poco más de mil dólares por cada mes de gestación— se podría encontrar muchas jóvenes sanas, dispuestas a 'vender' su capacidad procreativa. Aconseja que mientras la ley siga prohibiendo el pago por el servicio, no queda sino un solo remedio: trasladarse a Kentucky, el único Estado que no prohíbe este 'contrato comercial'"22.

El primer bebé probeta español nació el 12 de Julio de 1984 en el Instituto Dexcus de Barcelona. Su nombre Victoria Ana Perca es una expresión de agradecimiento a la labor de la bióloga Ana Veigas y de la victoria que significó para los padres la llegada del hijo tan largamente deseado. Tres años más tarde, en julio de 1987, nació en España el primer niño fruto de la implantación de un embrión congelado23.

21 Diario Clarín de Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

22 Femidiario, Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

23 "Alejandro, el bebé que vino del hielo", en: ABC, Madrid, 23 de julio de 1987.

Una muestra más de los problemas que puede acarrear la realización de esta práctica la encontramos en la siguiente noticia: "Volviendo a los probetas y a Estados Unidos, hay que mencionar el caso de los esposos del Río, que han denunciado al que fuera director de obstetricia y ginecología del Centro Médico Presbiteriano, de la Universidad de Columbia, doctor Raymond Wiele, quien hace unos años, cuando aún ocupaba dicho cargo, sin consultar a nadie más que a su conciencia, destruyó una probeta en la que un colega, el doctor Shettles, estaba tratando de conseguirles a los Del Río el hijo que no conseguían tener por los métodos tradicionales. La explicación dada por el doctor denunciado, tras años de vacilaciones comprensibles, por parte de los frustrados Del Río, ha sido que el doctor Shettles no había pedido permiso para llevar a cabo su experimento a algo llamado el comité de Reproducción Humana. Ya se sabe, en Estados Unidos hay comités por todo. La situación es aún más peregrina si se tiene en cuenta que el doctor Wiele se afirma contrario al aborto y partidario del Movimiento de Defensa de la Vida, que agrupa diversas corrientes antiabortistas, sin que tan aparente contradicción parezca turbarle en absoluto"²⁴.

No puede dejar de conmover el caso de la señora Pat Anthony, de 48 años, que gestó tres fetos originados en una fecundación *in vitro* de óvulos de su hija, Karen Ferreira, de 25 años, y esperma de su yerno, dando a luz a trillizos en octubre de 1987. La señora Anthony ¿quedó convertida en madre y abuela al mismo tiempo o solamente adquirió una de esas dos calidades?²⁵.

También puede mencionarse el caso de una mujer que dio a luz trillizos, habiéndosele implantado embriones fecundados *in vitro* con óvulos de su hermana y semen de su cuñado²⁶.

Se ha dado el caso, incluso, del nacimiento en Londres de quintillizos logrados mediante la técnica de la fertilización *in vitro*²⁷. Meses antes habían nacido en Jerusalén los primeros trillizos concebidos mediante este método²⁸.

En América Latina las técnicas de fecundación extrauterina han dejado de ser inusuales. En 1985 se anunciaba en Argentina que mediante la técnica de la fertilización *in vitro* se habían obtenido los primeros tres embarazos de ese tipo en dicho país²⁹, y en 1986

24 "Los bebés-probeta: Un problema de vida o muerte". en: *La República*, Lima, el 29 de marzo de 1986.

25 "Madre gesta a trillizos 'in vitro' de su propia hija", en: *El Comercio*, Lima, 9 de abril de 1987. "Se desata 'guerra periodística' por los trillizos sudafricanos" en: *El Comercio*, Lima, 6 de octubre de 1987.

26 "Madre por contrato alumbró trillizos en Perth, Australia", en: *El Comercio*, Lima, 20 de octubre de 1988.

27 "Nacieron los primeros quintillizos de probeta", en: *El Comercio*, Lima, 30 de marzo de 1986.

28 "Trillizos de probeta nacen en Jerusalén", en: *Ojo*, Lima, 9 de enero de 1986.

29 "Lograronse tres embarazos 'in vitro' en nuestro país", en: *La Nación*, Buenos Aires, 7 de agosto de 1985.

nacieron en la clínica bonaerense Sol-Arenales, los primeros trillizos concebidos por el método de fecundación *in vitro*³⁰.

En el Perú se produjo el nacimiento de una niña concebida mediante la técnica de la fecundación *in vitro* el 27 de febrero de 1989. Precisa aclararse, sin embargo, que, tanto la fecundación como la implantación correspondiente fueron realizadas no en el Perú sino en Colombia.

Después de lo señalado podemos definir la fecundación extrauterina, también denominada artificial, extracorpórea, en laboratorio o *in vitro* como una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer, el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión, el que será implantado en el útero de la mujer o en el de una tercera persona^{31 32}.

La fecundación será homóloga cuando intervienen los componentes genéticos de marido y mujer y heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de espermatozoide de un tercero o de óvulos y espermatozoide de terceros.

30 "Nacen trillizos de probeta, Argentina", en *Ojo*, Lima, 10 de febrero de 1986.

31 Señala Vila-Coro que: "Con anterioridad se somete a la paciente a unas dosis de hormonas para estimular la formación en los ovarios de ovocitos en mayor número de lo normal. Estos se extraen por medio de una pequeña intervención quirúrgica. Se depositan en un recipiente de laboratorio y se ponen en presencia de los espermatozoides. Si es indiferente el sexo del hijo que se desea, esta presencia se hace indiscriminadamente. Para conseguir un varón, se deben seleccionar los espermatozoides portadores de cromosoma Y. De esta unión surge la célula portadora del código genético que transmitirá los caracteres hereditarios del nuevo ser. Al dividirse ésta, adquiere las características de una zarzamora, por lo que recibe el nombre de mórula. Cuando adquiere el tamaño conveniente, lo cual ocurre a las 36-48 horas, se implanta en la matriz de la mujer. Si recibe una acogida favorable, anida y se produce el embarazo. De los óvulos que se extraen del ovario, y han sido fecundados, se implantan en la matriz tres o cuatro, como máximo, de los que tienen más vitalidad. Esta precaución tiene por objeto evitar los embarazos múltiples de fetos inviables. El resto de los embriones se puede congelar, conservándose en vida latente, pudiéndose descongelar en cualquier momento para ser utilizados" (Vila-Coro, María Dolores, "Aspectos jurídicos de la fertilización *in vitro*", en: *Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General*, Núm. 1/1985, enero-febrero, pág. 62.)

32 Interesa mencionar que en los Estados Unidos de América se ha desarrollado un nuevo método de fertilización denominado *gift* (transferencia intrafalopiana de gametos), que consiste en introducir espermatozoides y un óvulo en la trompa de Falopio de la mujer, que a diferencia del sistema *in vitro* permite que la fertilización se efectúe en la trompa, facilitando su posterior implantación en el útero (vid. *ABC*, Madrid, 6 de febrero de 1986, pág. 43).

V. PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA FECUNDACION EXTRAUTERINA³³

La fecundación extrauterina origina, como bien ha señalado Fernández Sessarego, "una ardua problemática ética, social y jurídica. La casuística que se puede presentar en esta materia da lugar a hechos que, de no estar sujetos a control jurídico, son susceptibles de causar grave impacto y tremenda perturbación en la vida de relación social. El prodigioso desarrollo de la genética hace factible, entre otras tantas posibilidades, obtener embriones sobre la base de donantes desconocidos; la fecundación de uno o más óvulos provenientes de la misma mujer mediante el esperma de diversos donantes; el logro de embriones sobre la base de donantes conocidos o anónimos para su implantación en útero diverso al de la cedente del óvulo; la selección eugenésica para obtener un cierto 'tipo étnico'; a la voluntaria determinación del sexo. El caso más frecuente que se presenta en determinados países es el de la fecundación homóloga, es decir la consecución en laboratorio de un embrión por decisión y con sola intervención de los cónyuges en caso de incapacidad de la mujer. El embrión así logrado puede implantarse en el útero de la propia cónyuge o, de existir impedimento, en el de otra mujer que se preste a su gestación"³⁴.

La fecundación extrauterina se presenta, según se ha indicado antes, cuando la fecundación se realiza fuera del útero de la mujer, es decir, sin la realización de la cópula.

"Parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde 'in vitro', es decir, en el laboratorio, un óvulo extraído de una mujer, con semen del marido, para que pueda conseguir un embarazo. Este caso se presenta cuando la paciente tiene obstruidas las trompas y el óvulo no puede circular libremente hasta la matriz. Se hace necesaria la intervención de un profesional para extraer el óvulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación parece que no presenta ningún problema, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista científico. Los fines que la provocan no rozan a falta de ética profesional que establece la de ontología médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza"³⁵.

Sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encontramos, como en el caso de la inseminación artificial homóloga, objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento empleado para que se produzca no lleve a la destrucción de algunos embriones, pues, en caso contrario, la fecundación extrauterina importaría una violación flagrante del derecho a la vida de seres humanos (vid. *infra* parágrafos a y b; *cfrse.* también notas 40 y 43).

33 Son aplicables, *mutatis mutandis*, a la fecundación extrauterina, las cuestiones tratadas en el punto III de este ensayo.

34 Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas*, Librería Studium Editores, Lima, 1986, pág. 50.

35 Vila-Coro, María Dolores, *op. cit.*, pág. 76.

Situación distinta es la que se plantea con la fecundación heteróloga, pues en este supuesto se hace uso de componentes genéticos extraños al marido, a la mujer o a ambos. Partimos del criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos.

Los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse una situación como la que se analiza, se daría el caso de un hijo que genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros. En tales situaciones, no podría excluirse que se presentase la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamase la maternidad del hijo concebido con aquél; o que el dador del semen reclamase la paternidad del hijo concebido; o que ambos lo hicieran³⁶.

Participamos enteramente de lo que se sostiene en la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética respecto de la fecundación extrauterina heteróloga: "La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad, opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestación y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, desórdenes e injusticias en toda la vida social".

a) LA CONCEPCION

El artículo 1 del Código Civil Peruano ha establecido una innovadora distinción entre la expresión "sujeto de derecho" y "persona".

Como expresa Fernández Sessarego: "'Sujeto de derecho' es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica —en la dimensión existencial— este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término 'sujeto de derecho' resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana

36 En opinión de Zannoni (op. cit., pág. 110), la dadora del óvulo fecundado carecería en el caso propuesto de acción para reclamar la maternidad si el hijo no ha sido desconocido por quienes están habilitados con interés legítimo. La misma solución es ofrecida en la eventualidad de que la paternidad fuera reclamada por el dador del semen (vid. págs. 66-67).

Zannoni reitera este planteamiento en la Base VI de las Bases mínimas para una legislación civil sobre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* contenidas en la ponencia que presentó en el Congreso Internacional sobre "Nuevas tendencias y perspectivas del derecho privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano", realizado en Lima en septiembre de 1988. La ponencia lleva por título "Tutela de la persona y manipulaciones genéticas".

en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión 'persona' se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de 'sujeto de derecho' que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término 'persona' al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como 'natural', y en el segundo ante la persona colectiva conocida como 'persona jurídica'³⁷.

Es importante destacar que el artículo 1 del citado Código señala, que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y que la vida humana comienza con la concepción. De este modo, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, con la salvedad de que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada resolutoriamente, no suspensivamente, a que nazca vivo³⁸.

Si la vida humana comienza con la concepción, es preciso preguntarse cuándo, cómo y dónde se produce la concepción, porque de las respuestas que se den a estos interrogantes podrá determinarse si cabe o no pensar en una concepción uterina y en una concepción extrauterina. Si la última fuese posible, como creemos, nos encontraríamos frente a un concebido extrauterinamente, sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y nadie podrá tener la menor duda de que el derecho a la vida sería el principal derecho que le correspondería, al que debe añadirse los derechos a la integridad física, a la salud, a la dignidad, entre otros.

Fernández Sessarego expresa que "el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide"³⁹. Por consiguiente, puede hablarse de un concebido extrauterinamente⁴⁰.

37 Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., pág. 26.

38 El proyecto de ley francesa de 1984 dedicado a la materia bajo estudio, coincidente con la fórmula del Código Civil Peruano, establece en su artículo 1 que, desde el momento de la concepción, el hijo es sujeto de derecho, su vida es la de un ser humano y debe ser respetada.

39 Fernández Sessarego, Carlos op. cit., pág. 28.

40 Sobre este particular, la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética, citando las enseñanzas contenidas en la declaración sobre el aborto procurado, señala que "desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre la genética moderna otorga una precisa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese ser viviente; un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar". Y más adelante agrega: "... el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal. El ser humano debe ser respetado y tra-

Expresa Zannoni que: "Todas las legislaciones, aun las modernas, presuponen —es obvio— que la concepción en el seno materno es obra común de padre y madre que engendran al hijo, mediante el coito o cópula. Sin embargo, la inseminación artificial —y ni qué decir la fecundación extrauterina— permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula aunque— como ocurre en la inseminación homóloga— biológica y genéticamente el hijo concebido sea fruto de marido y mujer"⁴¹.

Sobre la base de lo expresado y haciendo la salvedad de que debido a los avances de la genética es necesario que, mediante un trabajo conjunto en el que intervengan médicos, abogados, religiosos, etc., se determine con exactitud que se entiende por concepción, sostenemos que el artículo 1 del Código civil no descarta la idea de una concepción uterina y otra extrauterina y, por tanto, comprende en sus alcances al embrión que aún no ha sido implantado en la mujer.

Es importante señalar que algunos postulan la existencia del llamado "preembrión" o "embrión preimplantatorio", distinguible del embrión. El "preembrión", de acuerdo con ese planteamiento, designa al óvulo fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero. El embrión, en cambio, señala la fase de formación de los órganos que dura aproximadamente dos meses y medio más.

En el caso del Código Civil Peruano no hay razón para admitir esta distinción recogida, por ejemplo, por la Ley Española sobre técnicas de reproducción asistida (artículos 14 a 17), pues el texto del artículo 1 se refiere en forma genérica a la concepción, que constituye el punto de partida de la vida humana, sin aludir para nada a la necesidad de la implantación del embrión en la mujer.

En este orden de ideas, consideramos que el óvulo fecundado de un ser humano es, en sí mismo, una vida humana, a pesar de no haberse producido su implantación, siendo re-

tado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho de todo ser humano incente a la vida".

41 Zannoni, Eduardo, op. cit., pág. 29.

La discusión planteada por Zannoni está directamente vinculada con el status jurídico del embrión. Solucionando este problema las respuestas jurídicas a cada situación caen por su propio peso. Al respecto resultan ilustrativas las palabras de Vila-Coro para establecer los criterios que permitan diferenciar si hay vida o no en un embrión: "Si se considera que está vivo por el hecho de que tiene la capacidad de multiplicar sus células, como en el caso del embrión que está en el laboratorio, o necesita encontrarse en un medio apto para su supervivencia, ya que el laboratorio, por el momento, no puede conseguir que esa vida llegue a término. Existe otro criterio que es el mantenido por el doctor Edwards, quien junto con el doctor Steptoe, consiguieron el nacimiento por fertilización 'in vitro' del primer ser humano vivo: la niña Louise Brown. Este doctor mantiene que se puede investigar con el embrión hasta el 14 día de su vida, que es cuando se desarrolla el tubo neural con la aparición de los órganos de los sentidos. Si la persona se considera muerta cuando desaparecen las funciones cerebrales de los sentidos por qué no pensar que la vida también comienza cuando éstas aparecen" (Vila-Coro, op. cit., pág. 65).

probables la investigación que implique riesgos para el embrión, la experimentación que no tenga un propósito directamente terapéutico y la destrucción de óvulos fecundados *in vitro*.

b) EL ABORTO

El Código Penal Peruano contempla la figura del aborto en el Título II del Libro Segundo referido a los delitos, entre sus artículos 159 a 164 inclusive. De este modo, regula las figuras del auto-aborto, aborto consentido, aborto abusivo, aborto terapéutico y aborto preterintencional. Al tipificar cada una de estas figuras coloca como requisito *sine qua non* para que se presenten el que se practiquen sobre una mujer. No cabe en este caso, entonces, la menor duda de que para que cualquiera de estas figuras delictivas quede configurada se requerirá que la inseminación artificial o la fecundación extrauterina ya se haya practicado en la mujer. En el último caso, deberá haberse depositado el embrión en el útero de la mujer.

En este orden de ideas, cualquier manipulación que se efectúe contra el embrión fecundado antes de su implantación y que conduzca a su muerte, no será pasible de sanción penal porque dicha conducta no encuadra en ninguno de los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico peruano.

Ante esta situación, resulta indispensable que se configuren nuevas figuras delictivas. Si al embrión fecundado extrauterinamente se le considera como concebido, es decir, como sujeto de derecho, es indispensable tipificar un nuevo tipo de "aborto" del concebido extrauterinamente. En tal caso, la nueva figura delictiva estaría dada, como señala Raffo Magnasco, "por la circunstancia de que el procedimiento empleado consista en la fecundación de 'varios óvulos' para luego 'elegir' e implantar en el seno materno, el embrión que demostrase 'mayor vitalidad', es decir, de acuerdo a las informaciones que sobre la materia se han dado, se adopta un 'método selectivo' después de crear conscientemente, 'varias vidas humanas', eligiendo indiscriminadamente la más dotada, para proceder luego a la 'destrucción de las demás'"^{42, 43}.

42 Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 92.

43 Acerca de la destrucción de embriones, la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética indica lo siguiente: "los embriones humanos obtenidos 'in vitro' son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inusual producir embriones humanos destinados a ser explotados como 'material biológico' disponible. En la práctica habitual de la fecundación 'in vitro' no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, algunos son destruidos. La Iglesia, del mismo modo en que condena el aborto provocado, prohíbe también actuar contra la vida de estos seres humanos. Resulta obligado denunciar la particular gravedad de la destrucción voluntaria de los embriones humanos obtenidos *in vitro* con el sólo objeto de investigar, ya se obtengan mediante la fecundación artificial o mediante la 'fisión general'. Comportándose de tal modo, el investigador usurpa el lugar de Dios, y aunque no sea consciente de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quién permitirá vivir y a quién mandará a la muerte, eliminando seres humanos indefensos. Los métodos de observación o de experimentación que causan daños o imponen riesgos graves y desproporcionados a los embriones obtenidos 'in vitro' son moralmente ilícitos por la misma razón...".

En relación con la cuestión planteada, Vila-Coro señala que "lo que hay que concretar es si omitir el acto de facilitar al embrión un medio que haga posible su nacimiento, esa omisión es delictiva. Si es delictiva, también lo será el no proveer de una matriz a todos los doce o catorce embriones fecundados que en un período ovulatorio se hayan podido extraer de una mujer independientemente de sus debilidades o malformaciones, ya que el punto de partida es considerarlos vivos con derecho a la vida y sin discriminación, desde el momento de unión de los gametos de sus padres. Esto significaría lo contrario a colaborar con la naturaleza, sería ir en contra de sus planes de selección y superabundancia de medios. Está claro que ninguna mujer puede gestar un embarazo de doce óvulos que, sin embargo, su ovario si puede producir"⁴⁴.

c) OTRAS FIGURAS DELICTIVAS POR TIPIFICAR

Dados los avances producidos en la materia, consideramos indispensable contemplar como delitos, entre otras, las siguientes circunstancias:

- i) El comercio de gametos o embriones.
- ii) La inseminación artificial o la implantación del óvulo fecundado contra la voluntad de la mujer o mediando fraude o engaño.
- iii) La implantación del óvulo fecundado en mujer diferente de la que requirió la utilización del sistema de fecundación *in vitro* y aportó sus gametos.
- iv) La experimentación con embriones no dirigida a lograr el embarazo de la mujer⁴⁵.

VI. REGULACION LEGAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA. LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

Resulta de particular interés mencionar en relación con este punto el Informe Warnock de Gran Bretaña de 26 de junio de 1984, que estudia las implicancias morales y científicas en relación con la fecundación extrauterina⁴⁶.

Señala Vila-Coro⁴⁷ que los principios contenidos en este informe son los siguientes:

44 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., pág. 75.

45 Cfr. Gafo, Javier (editor), op. cit., págs. 136-137.

46 El informe publicado bajo el título de **Report of the Committe of Inquiry into Human Fertilization and Embryology** (Informe del Comité de Investigación sobre fertilización Humana y Embriología), fue redactado entre 1982 y 1984 por dieciséis expertos: médicos, teólogos, abogados y catedráticos bajo la presidencia de Mary Warnock.

47 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., págs. 65 y 66.

- 1.- Se rechaza totalmente la 'maternidad alquilada', es decir, la mujer que se ofrece para desarrollar en su útero durante nueve meses el embrión implantado, ya sea por dinero o por otras razones.
- 2.- Para evitar problemas de consanguinidad, se debe limitar el número de óvulos o de semen que puede donar una persona.
- 3.- La venta de semen, óvulos o embriones, será autorizada únicamente bajo licencia, permaneciendo siempre en el anonimato tanto donantes como receptores.
- 4.- Los hijos de estos donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figure como padre, sin que tengan los donantes ningún derecho ni deber respecto a ellos. El caso de la viuda que quiera ser inseminada con semen del marido muerto se puede permitir, considerando que el niño debería ser privado de los derechos sucesorios o de herencia del padre, para disminuir el número de inseminaciones.
- 5.- Los bebés nacidos por algunas de las técnicas autorizadas, tienen derecho en su momento a conocer su origen genético.
- 6.- Se pueden autorizar experimentos con embriones fertilizados, siempre que no sobrepasen los catorce días después de producida la fertilización. A partir de cuyo momento estos experimentos se deberían considerar delito".

Muchos países del mundo están tratando de regular la inseminación artificial y la fecundación extrauterina para evitar posibles conflictos legales o éticos que pudieran suscitarse en el futuro.

Señala Spencer Reiss que "en Gran Bretaña, en julio de 1984, un comité designado por el Gobierno recomendó crear una autoridad legal para vigilar y controlar la aplicación de la fecundación in vitro, las donaciones de esperma y óvulos, y otros aspectos de la investigación sobre la fertilidad. El comité propuso también la prohibición de las agencias de madres sustitutas. En noviembre de 1984, el Estado australiano de Victoria promulgó la primera ley general sobre la reproducción artificial. Estipula que se deben llevar registros detallados acerca de la verdadera identidad genética del niño, da al ministro de salud la autoridad final para decidir en los casos de embriones 'huérfanos' y prohíbe la donación, la reproducción entre especies diferentes y la maternidad sustituta"⁴⁸.

En Suecia, está en vigencia la ley de 20 de diciembre de 1984 que regula la inseminación artificial⁴⁹.

48 Reiss, Spencer, "Concepción humana artificial: Asombro e inquietud", en: *Selecciones del Reader's Digest*, Enero, 1986, pág. 33.

49 Cfr. Piga Rivero, Antonio, "Aspectos médico-legales de la inseminación artificial", en: *El Derecho en las fronteras de la Medicina*, Madrid, 1985, pág. 126.

En España, ha sido dictada la ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida. La misma, de acuerdo con su artículo 1, apartado 1, "regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE) y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)..."⁵⁰.

En los Estados Unidos de América, los Estados de Georgia y Oklahoma aceptan legalmente la inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido⁵¹.

La Administración Nacional de Sanidad de la República de China en Taiwan ha decidido establecer una serie de normas en este sentido⁵².

En Francia se ha admitido la inseminación artificial como método legal de procreación. El Secretario de Estado para la Salud, Edmond Gervé, anunció en una conferencia de prensa un proyecto de ley en relación con los nuevos métodos de reproducción y fertilización artificial; añadió que, como primera medida, "los Centros de estudio y conservación de espermatozoides o los Centros que se dedican a la fecundación in vitro, deberán tener un permiso oficial para poder seguir funcionando". El Gobierno pretende ante todo alejar los riesgos de consanguinidad y la tentación de manipulaciones genéticas. También determinará quién podrá tener acceso a estos nuevos métodos, si sólo parejas estériles o mujeres solteras que desean tener un hijo⁵³.

The Australian Medical Research Council (El Consejo Australino de Investigaciones Médicas), ha establecido las siguientes directrices para la fertilización *in vitro*⁵⁴:

- El óvulo, el espermatozoide y el embrión pertenecen a los donadores y las instituciones deben respetar en lo posible sus deseos respecto de su uso, almacenamiento y última voluntad (55).

También cfse. ABC, Madrid, 4 de setiembre de 1986, pág. 66 y Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988, págs 207-208.

El texto de la ley suca de 20 de diciembre de 1984 puede consultarse en Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., págs. 32-33.

50 Constituye antecedente de la ley, el Informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, publicado por el Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

51 Cfse. Zannoni, Eduardo A., op. cit., págs. 61 y 62.

52 "Planifican control sobre inseminación artificial", en: *Extra*, Lima, 21 de marzo de 1986.

53 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., pág. 67.

54 Vila-Coro, María Dolores, op. cit., págs. 67 y 68.

55 En junio de 1984 se informó de un caso insólito: el de unos embriones congelados existentes en el Centro Médico de la Reina Victoria en Melbourne, Australia, resultado de una fecundación extra-

- El programa debe ser aprobado por un comité ético oficial.
- Debe existir una relación familiar aceptable⁵⁶.
- Se admite implantar óvulos donados.
- No se aceptan las madres "alquiladas" o "sustitutas"⁵⁷.

terina con óvulos de una mujer casada con semen de un tercero. Con posterioridad a la fecundación *in vitro*, los esposos involucrados, Mario Ríos, chileno, y Elsa de Ríos, argentina, fallecieron en un accidente de aviación, habiendo manifestado en vida, aparentemente, su deseo de valerse del útero de otra mujer para la gestación de los embriones, pues la esposa no podía hacerlo.

A lo expuesto se agregaba el hecho de que existía un hijo del esposo producto de un matrimonio anterior. Según se informó en octubre de 1984, los embriones "huérfanos" congelados serían dados en adopción e implantados para su ulterior desarrollo y nacimiento en el útero de una mujer, en contra del propósito inicial de destruirlos, "en vista de que los padres no habían dejado instrucciones al respecto y nadie más tenía derecho a decidir por ellos", según lo había recomendado en setiembre de ese mismo año un comité de expertos. Para el efecto, la Cámara Alta del Parlamento del Estado de Victoria, Australia, aprobó una ley especial destinada a resolver el problema suscitado (Cfse. "En 'adopción' darán embriones congelados", en: *El Comercio*, Lima, 24 de octubre de 1984).

- 56 En Europa se plantean actualmente casos de lesbianas que hacen uso de los mecanismos de la inseminación artificial y de la fecundación extraterina para tener hijos. Así, puede mencionarse el caso suscitado en Utrecht, Holanda, donde se discute si un dador de semen tiene derecho a quedarse con el hijo que nació de una lesbiana inseminada artificialmente que vive con una amiga desde hace años. Según la información periodística, las dos mujeres decidieron tener un hijo, para lo cual optaron por la inseminación artificial a través de un dador conocido ("Nuevo problema sobre donación de espermia" en: *El Comercio*, Lima, 16 de octubre de 1988). Se presentan también situaciones en que los dadores de semen son homosexuales. Es indispensable poner término a estas prácticas que lesionan gravemente el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio.
- 57 En febrero de 1985, los esposos William y Elizabeth Stern firmaron un "contrato" con la señora Mary Whitehead, casada y con dos hijos, por el cual se comprometieron a entregarles diez mil dólares a cambio de que ella les trajera un hijo al mundo. Con ese objeto, la señora Whitehead fue inseminada con espermia de William Stern. El 27 de marzo de 1986, Mary Whitehead dio a luz una niña que fue entregada días más tarde a los Stern. Estos, a su turno, le pagaron la suma acordada. Empero, con ocasión de una visita a la niña, la señora Whitehead se la llevó con ella y devolvió el dinero. Planteado un proceso judicial con este motivo, la custodia provisional fue concedida a los Stern en setiembre de 1986. La sentencia dictada por el juez Harvey Sorkow de Nueva Jersey en abril de 1987, resolvió que el "contrato" celebrado fue válido y legal, concediéndose definitivamente la custodia de la niña al matrimonio Stern y excluyéndose todos los derechos de la madre natural sobre la niña. La decisión del Juez fue apelada. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en febrero de 1988, revocó la decisión anterior, "anulando el contrato de 10,000 dólares entre los esposos Stern y Whitehead. El Tribunal Supremo de ese Estado americano considera ilegal el alquiler de madres, pero devolvió la niña al matrimonio demandante, alegando diversas razones por las que los Stern podrían proporcionar un mejor hogar a la pequeña" (Vidal Martínez, Jaime, op. cit., págs. 184-185).

Sobre el mismo asunto puede confrontarse: American Bar Association Journal, *The Lawyer's magazine*, volume 73, June, 1987, págs. 38-39 y 52-56; y Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., págs. 162-166.

Cuestiones como la planteada hacen urgente una definición legal sobre este tipo de situaciones.

- Se prohíbe continuar el desarrollo embrionario *in vitro* más allá de cuando la implantación se llevaría a cabo.
- En caso de desacuerdo de los donantes sobre qué hacer con el embrión, debe decidir la Institución.
- El "cloning"⁵⁸, no mencionado en el Informe Warnock, se considera inaceptable. No se hace referencia a la fertilización entre especies.
- Permite investigaciones terapéuticas en ese campo.

La Sociedad Americana de Fertilidad "ha elaborado un código ético y unos estándares mínimos, para llevar a cabo un programa de fertilización 'in vitro'. En 1982 sólo la consideraba éticamente indicada en mujeres con ausencia o con lesión irreparable de las trompas de Falopio. En 1984... se refiere a la fertilización 'in vitro' como una alternativa ética a la infertilidad que no puede resolverse por otras vías. La citada sociedad, que representa a unos 8,000 profesionales del campo de la reproducción, opina que los óvulos fecundados sobranos no deben dejarse desarrollar más allá de catorce días, tras los cuales, siempre con el consentimiento de la donante, se pueden dar, bien a otra pareja estéril, o bien congelarlos para su futuro uso, en principio, por los mismos padres"⁵⁹.

El Consejo de Europa redactó un proyecto de recomendaciones a raíz del Simposium internacional sobre inseminación artificial humana en 1979⁶⁰:

- "1.- Las presentes reglas se aplican únicamente a la inseminación artificial de una mujer con espermatozoides de dador anónimo.
- 2.- La inseminación artificial no puede ser practicada sino cuando se dan condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.

La inseminación artificial deberá ser practicada solamente bajo la responsabilidad del médico.

- 3.- El espermatozoides de una persona no debe ser utilizado a los fines de una inseminación artificial, sin el consentimiento de aquélla. El consentimiento de la mujer y, si ella está casada, el de su marido, es necesario para practicar una inseminación artificial.

58 Consiste en extraer del óvulo fecundado el núcleo que es donde se encuentra el código genético y sustituirlo por el de cualquier otra célula del cuerpo que tiene una dotación cromosomática completa, de tal modo que el nuevo ser engendrado será idéntico al donante de la célula que sustituye el núcleo del óvulo fecundado.

59 Citado por Vila-Coro, María Dolores, op. cit., pág. 68.

60 Citado por Vila-Coro, María Dolores, op. cit., págs. 69 y 70.

El médico responsable de la inseminación artificial debe vigilar para que los consentimientos dados sean de forma explícita.

- 4.- Un médico o un establecimiento médico que reciban espermatozoides humanos para inseminación artificial, deben proceder a las investigaciones y exámenes médicos apropiados, a fin de prevenir la transmisión por vía del dador de enfermedades de carácter hereditario o de afecciones contagiosas u otros factores peligrosos para la salud de la mujer o del futuro niño. De otra parte, el médico que proceda a la inseminación, debe aportar toda medida apropiada, a fin de evitar un peligro para la salud de la mujer y para la del futuro niño.
- 5.- El médico y el personal del establecimiento médico que reciban espermatozoides o practiquen la inseminación artificial, deben preservar el secreto de la identidad del dador y, bajo reserva de exigencias de la justicia, de la identidad de la mujer y, si ella está casada, de su marido, así como el secreto sobre la propia inseminación artificial. El médico no procederá a la inseminación si estas condiciones hacen improbable el mantenimiento del secreto.
- 6.- La donación de espermatozoides debe ser gratuita. Sin embargo, la pérdida de salario, así como los gastos de desplazamiento y otros desembolsos directamente causados por la donación del espermatozoides, pueden ser reembolsados al dador.

La persona o el organismo público o privado que ceda espermatozoides para inseminación artificial, no deberán hacerlo con finalidad lucrativa.

- 7.- Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el niño será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido, y nadie podrá contestar la legitimidad por el solo hecho de la inseminación artificial.

Ningún lazo de filiación entre el dador y el niño concebido por la inseminación artificial, puede ser establecido. Ninguna acción con fin alimentario podrá ser intentada contra el dador o por éste contra el niño".

El Código de Familia de Bolivia en el segundo párrafo de su artículo 187 relativo al desconocimiento de paternidad, señala lo siguiente: "Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido".

Por su parte, el Código de Familia de Costa Rica en su artículo 672, tercer párrafo, referido a la impugnación de la paternidad, establece: "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherentes a tales calidades".

Finalmente, la ley para el Estado de Victoria, Australia, de 1984 contempla que el niño nacido de mujer casada que fuera inseminada con espermatozoides donados y cuyo esposo hubiera prestado su conformidad al procedimiento, será considerado como hijo del marido.

VII. CONCLUSION

A lo largo de este ensayo se han planteado algunos de los problemas que surgen como consecuencia de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, los que obviamente exigen una toma de posición. Por ello, acogemos el llamado formulado hace unos años por Fernández Sessarego, en el sentido de que debemos meditar, "honda y seriamente, en la impostergable necesidad de que los juristas asuman, cuanto antes y con valentía, la solución ético-jurídica de los innumerables casos que pueden presentarse como consecuencia de manipulaciones genéticas en el laboratorio y se determine, en su caso, la licitud o ilicitud de cada una de tales posibles prácticas genéticas. No es oportuno ignorar por más tiempo el problema. Se requiere, con urgencia, valorar éticamente estas situaciones a fin de encauzarlos normativamente"⁶¹.

61 Fernández Sessarego, Carlos, "Los embriones de Melbourne", en: **Suplemento Dominical, El Comercio**, Lima, 8 de julio de 1984.

**EL CAMBIO DE SEXO Y SU INCIDENCIA EN
LAS RELACIONES FAMILIARES**

Carlos Fernández Sessarego

1.- INTRODUCCION

El derecho a la identidad personal es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta específica situación jurídica subjetiva faculta al sujeto a ser socialmente reconocido tal como "él es" y, correlativamente, a imputar a los demás el deber de no alterar la proyección comunitaria de su personalidad. La identidad personal es la "manera de ser" como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural e ideológico. Es el derecho que tiene todo sujeto a "ser él mismo".

La identidad personal, pese a ser unitaria, presenta dos vertientes. La estática, que en principio es inmutable, tiene que ver con los signos distintivos de la persona, con su nombre, su imagen, su estado civil, su edad y fecha de nacimiento. A ella se le conoce, corrientemente, bajo la expresión de "identificación".

La identidad dinámica, recientemente tratada por un sector de la doctrina y la jurisprudencia comparadas, es la que se refiere, en cambio, al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos y religiosos hasta los políticos y profesionales.

La identidad sexual, considerada como uno de los aspectos más importantes y complejos comprendidos dentro de la identidad personal, se halla en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como son aquellos atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la tutela de la salud, a la protección de la integridad sicosomática y con el que se contrae a los actos de disposición del propio cuerpo. La discusión que se plantea en torno a la identidad sexual tiene, además un punto de partida previo, un esquema preliminar, el mismo que consiste en precisar cómo es que se constituye y determina el sexo de una persona.

A diferencia de lo que acontece con la literatura científica sobre el tema, que es relati-

vamente profusa, se advierte un cierto desinterés de parte de la ciencia jurídica por afrontar, desde su perspectiva, el problema referente al cambio de sexo. Son escasos los autores que tratan de este delicado asunto, de profundo contenido humano, no obstante que, como sagazmente apunta Perlingieri, no es ni conveniente ni proficuo eludirlo¹. Es obvio que el interés por este asunto se acentúa en aquellas sociedades donde él adquiere caracteres de cierta consideración, al punto de convertirse en un problema social que el derecho no puede soslayar.

Si bien no es amplia ni rica la doctrina jurídica sobre el particular, es posible comprobar que la temática no ha sido ajena para el "derecho vivo", es decir, para la jurisprudencia comparada. En efecto, ha correspondido a los jueces, a falta de disposiciones legales al respecto, resolver cuestiones relativas a tan especial y controvertida problemática.

2. El sexo como problema médico-legal

2.1. Distinción entre género y sexo

Una primera precisión, que es útil efectuar cuando se aborda la cuestión relativa al sexo, es aquella que se refiere al deslinde, bastante común, que efectúa la doctrina más atenta y sensible entre los términos "sexo" y "género". Esta distinción se sitúa dentro de una perspectiva que considera al sexo como un hecho complejo, en el que confluyen e interactúan diversos elementos. Los especialistas suelen mencionar un conjunto de factores como son, en síntesis, aquellos de orden biológico, de carácter psicológico o de naturaleza jurídico-social.

A partir de una visión en la cual dichos elementos se presentan estrechamente interconectados, se suele reservar la expresión "sexo" para referirse a sus connotaciones anatómicas y fisiológicas, mientras que al término "género" se le otorga un contenido conceptualmente más extenso, dentro del cual se comprende "todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana y, sobre todo, el momento psicológico y cultural"².

Una ulterior distinción, mencionada por los especialistas, es la que contrapone aquello que es estrictamente de orden "genital" frente a lo que se concreta con la expresión "sexualidad". Dentro del primer aspecto se alude a la anatomía funcional del aparato genital, mientras que a la "sexualidad" se le atribuye un más vasto contenido en tanto comprende "todas las manifestaciones del instinto sexual y todas las normas sociales, jurídicas y religiosas que lo regulan y castigan"³.

1 Pietro Perlingieri, *Note Introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso* en P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri y P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, E.S.I., Nápoles, 1981, p. 40.

2 Pasquale Stanzione, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, en: *Ob. cit.*, p. 15.

3 R. Pellegrini, voz *Sessualità* en *Novissimo digesto italiano*, XVII, Turín, 1970, p. 234

Mientras que lo genital se agota en el ámbito de lo biológico, la sexualidad, a más de abarcarlo, "tiene interferencias con múltiples órganos, con funciones extraordinariamente diversas dentro de ellos, con varias disciplinas médicas⁴.

2.2. Diversas posiciones en cuanto a la determinación del sexo

En doctrina se enfrentan diversas posiciones, fácilmente identificables, en lo tocante a la constitución y determinación del sexo personal. Un sector de la misma considera como criterio prevalente —y hasta exclusivo— para conocer el sexo de la persona, aquel que está dado por la morfología de los órganos genitales exteriores del sujeto, es decir, por la apariencia física. Se trata, en este caso, del sexo originario o biológico, el mismo que coincide con el que aparece inscrito en el registro del estado civil. Para los que propugnan esta solución, el sexo se constituye en un elemento inmutable, en una condición inmodificable del sujeto, que se adquiere por el hecho del nacimiento. Esta posición, que privilegia el elemento objetivo, se sustenta también en razones de seguridad y certeza jurídicas, las mismas que, según se precisa, deben presidir las relaciones de la vida social en cuanto al sexo de las personas.

El planteamiento anterior tiene así, como supuesto básico, el hecho de la inmutabilidad del sexo originario y la consiguiente ineficacia e ilegitimidad de las terapias médicas o intervenciones quirúrgicas tendientes a obtener ciertas modificaciones del aparato genital externo para adecuarlo a las exigencias sicosociales de una determinada persona, varón o mujer, a la que se conoce y denomina como "transexual"⁵. Con cargo a retornar sobre el particular, es del caso adelantar que el llamado transexual, desde una perspectiva médico-legal, es el sujeto "que siente, como algo que no le es propio, el sexo que le ha sido registralmente asignado". Por ello considera que el sexo con el cual nació es "un error de la naturaleza", por lo que "no sólo se comporta y se viste como un individuo del sexo opuesto sino que, sobre todo, tiene como máxima aspiración aquella de poder adecuar, a cualquier costo, la propia estructura anatómica a la del sexo que siente como propio y verdaderamente suyo"⁶.

El sexo, para la posición antes bosquejada, es aquél con el que se nace y que no es da-

4 Cfr. voz *Sessualità*, aludida en nota 3.

5 No encontramos esta voz en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española en su edición de 1970.

Se discute en torno a quién correspondió acuñar la expresión "transexualismo" para definir un estado intersexual. Como anota Stanzione (nota 31, ob. cit. en p. 23) H. Benjamin (*Il fenomeno transessuale*, trad. al italiano, Roma, 1968) reivindica la creación de dicho término, mientras que otros autores se lo adjudican a D.O. Cauldwell. Para una bibliografía sobre el tema cfr. Stanzione, ob. cit., nota 25 en p. 22. Para una breve nota sobre la evolución histórica del problema cfr. Cosimo Loré y Paolo Martini, *Aspetti medico-legali del transessualismo*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 17 y sgts.

6 Esta definición corresponde a los médicos-legales C. Schwarzenberg y T.L. Schwarzenberg, *Spunti medico-legali in tema di volontaria modificazione del caratter i sessuali sterna e di psico-sessualità en Diritto di famiglia*, 1973, p. 564 y sgts.)

ble cambiar, como está dicho, en base a tratamientos médico-quirúrgicos de cualquier género. Esta propuesta significa asumir un punto de vista estático y unilateral de la sexualidad, dentro de la cual se privilegia lo estrictamente de orden "genital", entendiéndose esta expresión con la connotación que les hemos atribuido anteriormente. De acuerdo con este planteamiento, lo único posible y lícito en el caso de un transexual sería el someterlo a un tratamiento médico-síquico que sea indicado y necesario para obtener la afirmación de su único sexo, que no es otro que el originario adquirido por el hecho determinante del nacimiento.

Dentro de la posición antes expuesta, lo decisivo consistiría en adoptar oportunamente las medidas preventivas y de rehabilitación que fueran indispensables a fin de lograr la afirmación del sexo biológico, es decir, de aquél con el cual se nació. Para los que sostienen este punto de vista, el problema del llamado "transexualismo" resulta ser, a menudo, el resultante de factores psicológicos, ambientales o educativos, o el producto de su combinación. En esta situación el paciente debe ser tratado hormonalmente o mediante una adecuada sicoterapia destinada a apoyar su propia identidad sexual que es aquella de carácter biológico-registral.

En actitud antagónica a la precedentemente esbozada se sitúan quiénes, contrariamente a lo expresado, postulan que el sexo no es sólo una expresión puramente biológica, somática, fundado únicamente en una mera apariencia física, sino que él comporta también una dimensión psicológica, un cierto comportamiento social, un sentimiento profundo de la persona que consiste en "sentirse" y estar "convencida" de pertenecer a un sexo diverso de aquel que la naturaleza erróneamente le asignó.

Los autores que adhieren a esta posición consideran que el sexo no es un factor inmutable de la personalidad sino que, por el contrario, su característica es la de presentarse como un elemento dinámico. El sexo, para este sector de la doctrina, no es sólo una expresión física, una determinada configuración somática, sino que también, y fundamentalmente, consiste en una actitud psicológica, en un sentimiento, en una opción personal. En base a este planteamiento, se preconiza la libertad del sujeto para vivir según el sexo que concilia con su decidida inclinación sicosomática, con aquel con el que se siente existencialmente identificado. En consecuencia, dentro de estos parámetros, la adecuación de los caracteres genitales externos al sexo "sentido y vivido" es un hecho posible y deseable, por lo que debería ser tenido como lícito, en tanto se origina en un acto de libre decisión del sujeto, teniéndose siempre en cuenta el interés de los terceros.

2.3.- La complejidad del sexo

De lo expuesto en los párrafos precedentes se deduce que, a estar a lo opinado por los especialistas, el sexo es, de suyo, un asunto complejo dentro de la rica e impredecible personalidad humana, el mismo que, consiguientemente, no se agota dentro de un simple y unilateral tratamiento del problema. El sexo, o más precisamente el género, se presenta como un hecho en el cual se integran e interactúan diversos elementos estrechamente vinculados en un delicado engranaje, del que aún queda mucho por descifrar. Es así que, en síntesis, al lado del factor representado por lo biológico deben tenerse en consideración otros

elementos como son aquellos constituidos por la vertiente psicológica y por el perfil jurídico-social. Los especialistas, por ello, suelen discurrir en torno al sexo morfológico, al cromosómico, al gonádico⁷, al genético, al psicológico, al social, al jurídico.

Las más recientes investigaciones científicas, de las cuáles se espera aún mayores y más profundos desarrollos no obstante los evidentes progresos obtenidos en la materia, han permitido tomar conciencia de la complejidad de todo cuanto se relaciona con la constitución y determinación del género y con todo lo atinente a la sexualidad en general. El problema se acentúa cuando se pretende señalar, dentro de los indicados elementos que componen el sexo, aquél que podría ser prevalente, y hasta determinante, en lo que concierne a su constitución.

Como se señala en la doctrina, y lo avala el sentido común, la armoniosa conjunción y concordancia de tan variados elementos resulta ser presupuesto o condición indispensable para el sano equilibrio sexual del sujeto. Ello depende, en última instancia, de una constante y normal convergencia de tales factores constitutivos del sexo, ya que un desigual desarrollo de los mismos originaría situaciones que se alejarían de lo que podría estimarse como un estado sexual carente de anomalías.

Lo ideal en este caso, como apuntan los expertos, es la permanente y equilibrada asociación de dichos elementos, dentro de una delicada y armoniosa integración en la que cada uno de ellos cumple su propio rol. Los problemas en torno a la incertidumbre en cuanto a la identidad sexual surgen cuando se manifiesta una ausencia de armonía entre los varios perfiles que definen integralmente al sexo. Es así que una elocuente disociación entre el factor biológico y el psicológico-social genera una situación en la que se advierte una seria perturbación de la personalidad que atormenta al sujeto y que debería ser tratada y corregida del modo más adecuado.

Los elementos antes citados, constitutivos del sexo, no son estables, por lo que debería descartarse, según calificadas opiniones, una concepción estática o inmutable de la sexualidad. Como bien lo sabemos, la personalidad se encuentra en permanente evolución. El ser humano, a diferencia de las cosas, no es algo acabado, terminado, compacto. La vida humana es un constante e ininterrumpido quehacer, un fluido discurrir entre el instante de la concepción, que es el comienzo de la vida, y el de la muerte, que es el fin de la existencia. En concordancia con lo expresado por Perlingieri, cabe sostener que carece de validez la posición que considera al género como un elemento inmutable de la persona, que se adquiere jurídicamente y para siempre con la inscripción en el registro del estado civil⁸.

La presencia de una multiplicidad de elementos que concurren a la conformación del género y que constituyen la sexualidad, pueden generar discordancias entre alguno o algunos de ellos. Esta indeseable hipótesis, que lamentablemente se presenta en la realidad coexistencial, nos coloca en la difícil coyuntura de inquirir, tanto en el plano médico como

⁷ La gónada es la glándula productora de gametos masculinos o femeninos.

⁸ P. Perlingieri, *ob. cit.*, p. 38.

en el jurídico y en el de la vida de relación social, sobre cuál de los indicados elementos conformantes del género es el que prevalecería para el efecto de la determinación del sexo de la persona.

La solución del problema planteado no es un asunto pacífico si se le enfoca desde una perspectiva médico-científica. No lo es tampoco si nos situamos en la sensible dimensión de lo jurídico. Para el derecho, y en relación con una determinada finalidad, no es sólo relevante, como apunta Perlingieri, el sexo sicológico-social o aquel de carácter biológico, sino que no deben descartarse todos y cada uno de los perfiles que concurren a la delicada definición de lo que constituye el género al cual se adscribe la persona. Es decir que, para una particular finalidad, alguno de ellos puede tener ocasionalmente una mayor relevancia para el derecho. No obstante, es conveniente advertir que es opinión prevaleciente la que estima que "para la mayor parte de las hipótesis es el perfil sicológico, aún más que el estructural y el biológico, el que prevalece como criterio calificante en dicha disciplina"⁹.

2.4. Alcances del cambio de sexo

Como se ha expresado en precedencia, el denominado cambio de sexo es un tema que ha sido y sigue siendo objeto de discusión. La pregunta sobre la posibilidad y alcances médicos y jurídicos de dicha mutación merece el intento de formular una respuesta a nivel del actual desarrollo de la investigación científica.

El cambio de sexo, en sentido amplio, es decir, entendido como género (*supra* 2.1), constituye un fenómeno histórico-social, por el cual determinadas personas, que nacen con las características biológicas que la ubican normalmente dentro de un sexo, pretendan y logren la adecuación quirúrgica de sus genitales exteriores al sexo que sienten como propio. Nos hemos referido brevemente al transexual que, no obstante pertenecer biológicamente y desde su nacimiento a un sexo, con el que aparece inscrito en el registro del estado civil, siente y vive como si fuera del sexo opuesto.

En el caso propuesto, con la ayuda de la cirugía, el transexual consigue superar la disociación existente entre su configuración biológica, de un lado, y su perfil sico-social, del otro. De este modo se produce, en un sentido amplio y para los efectos de la realización personal del transexual, el fenómeno que se designa latamente como "cambio de sexo".

Si nos colocamos en una posición rigurosa debemos reconocer que, a pesar de la inclinación sicológica manifestada por el sujeto y de su efectivo comportamiento como el de una persona perteneciente al sexo opuesto al registral, la intervención quirúrgica a la que se somete el transexual como un medio de liberación, comporta sólo la adecuación de los caracteres sexuales externos del sujeto al sexo sentido y, por tal, deseado.

En otros términos, la operación demoledora y reconstructiva del aparato genital

9 Perlingieri, *ob. cit.*, p. 42.

externo, tendiente a aproximar lo más posible al sujeto al sexo existencialmente vivido, no significa un cambio radical de su estructura biológica. La intervención quirúrgica no logra modificar la conformación genética y cromosómica del sujeto, las que se mantienen inalterables después de practicada la citada operación. En síntesis, y desde este estricto punto de vista, los resultados satisfactorios de la citada intervención quirúrgica autorizaría a referirse tan sólo a lo que podría designarse como un simulacro en cuanto al cambio biológico del sexo de la persona, sin que ello represente, en esta dimensión, la real y total adquisición de un "nuevo" sexo. En todo caso, dicha operación lograría el objetivo propuesto de eliminar una disociación que repercutía, de modo grave, en el nivel sico-social del sujeto.

Lo expresado en el párrafo anterior se refleja claramente en el texto de la ley alemana de 1980 sobre la materia. Esta ley, a la que nos referiremos en su lugar (*infra* 13), considera en su artículo 8 que uno de los presupuestos para el cambio de sexo es el que el sujeto se someta a una "operación quirúrgica de sus atributos sexuales externos, con la cual se alcance una clara aproximación al cuadro morfológico del otro sexo". Como se aprecia del texto antes glosado, de lo que se trata realmente es de adecuar, lo más posible, la apariencia de los genitales externos al sexo efectivamente sentido y vivido por el sujeto.

Lo manifestado en párrafos precedentes en cuanto a los alcances de la expresión "cambio de sexo" como resultado de una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva, suscita discusión y encontradas opiniones. Pero, al coincidir con Stanzione, somos del parecer que, a la altura del actual desarrollo científico en cuanto a la cuestión atinente a los resultados de dichas operaciones, es preferible abstenerse de emitir un juicio global y genérico. Es prudente, en todo caso, limitarse a seguir el desarrollo del proceso que se opera en cada caso, de modo singular¹⁰.

Como señala el propio Stanzione, la práctica de la citada operación quirúrgica no comporta, bajo el aspecto genético, la presencia de nuevos elementos en la situación originaria del sujeto. Es decir que, en sentido estricto, bajo el perfil genético, el varón no deja de ser hombre ni la mujer de ser tal. La castración o la esterilización que, en cuanto operaciones demoledoras, pueden practicarse en el paciente y las variantes morfológicas que se introduzcan en los órganos genitales exteriores no comportan, pese a su gravedad, un cambio a nivel gonádico¹¹.

La intervención quirúrgica que se opera en el transexual tiene como finalidad la de privilegiar, si se admite la opción del cambio de sexo, el factor sico-social sobre el biológico. Su pretensión es, como se ha repetido, superar la disociación existente entre el sexo biológico y el sexo psicológico y social. La transformación o cambio sexual se produce, cuando se trata de un verdadero transexual, para adecuar su apariencia genital exterior a la del sexo sentido y vivido en su cotidiana dimensión coexistencial.

10 P. Stanzione, *ob. cit.*, p. 33.

11 *Id.*, p. 34.

De lo hasta aquí expuesto resulta que el denominado "cambio de sexo" supone, de una parte, una adecuación morfológica para destruir una disociación entre el sexo biológico y el sico-social y, de la otra, para operar una modificación de carácter jurídico que tiene que ver con el género y el prenombre anotados en los registros del estado civil.

No todos los autores que admiten la posibilidad jurídica de permitir un cambio de sexo coinciden, sin embargo, en lo que concierne al procedimiento que debería seguirse para obtener dicha finalidad. Para una significativa minoría, bastaría para el efecto la libre y arbitraria declaración del sujeto, en base a sus propias vivencias, sin mayor formalidad o condiciones. Otros, en cambio, exigen que para tal mutación exista ya sea una previa autorización administrativa, como es el caso de Austria y Dinamarca, o una sentencia judicial como acontece en Suiza. Finalmente, el sector mayoritario considera necesaria la vigencia de un específico dispositivo legal que fije los requisitos y las garantías pertinentes. Ello ya ocurre, con mayor o menor acierto, en Suecia, Alemania Federal e Italia. En igual situación se encuentran algunos Estados de Norte América, como Arizona, California, Louisiana, Illinois, New York, algunas provincias del Canadá y Sud Africa, hasta donde alcanza nuestra información.

2.5. Licitud de las intervenciones quirúrgicas destinadas a afirmar el sexo originario

Más allá del debate bosquejado en torno a la admisibilidad jurídica del cambio de sexo y al procedimiento que debería seguirse para el efecto, nadie discute, a nivel de la doctrina, la pertinencia y licitud de las operaciones quirúrgicas que se dirigen a coadyuvar en la definición de un caso de ambigüedad en cuanto a los caracteres sexuales externos de la persona. Ello suele acontecer una vez que, por un proceso de evolución natural, resulta posible precisar, en alguna medida y a través de determinadas manifestaciones, el sexo que corresponde a la persona.

En la hipótesis antes señalada no se trata, por cierto, de un cambio de sexo, a la manera y dentro de los alcances perfilados con anterioridad, sino que, por el contrario, el objetivo perseguido es el de contribuir, mediante el apoyo de la cirugía, a afirmar el sexo de la persona una vez que, por el transcurso del tiempo, se ha logrado una cierta precisión sexual¹². Igual cosa podría decirse de las operaciones destinadas a corregir malformaciones de los genitales exteriores, situación que está expresamente contemplada en la ley sueca (*infra* 12).

En los medios científicos se señala que, muchas incertidumbres y esfuerzos interpretativos en torno a la problemática del transexualismo podrían ser rápidamente superados si se confirmase, a plenitud, un reciente descubrimiento de la ciencia médica. Se trata de una prueba biológica y objetiva que parte de la individualización del llamado antígeno H-Y, que es componente glicoproteico de la membrana de la célula masculina¹³.

12 Sobre este tema nos remitimos al punto 3.

13 Salvatore Patti y Michael R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Cedam, Padua, 1986, p. 14.

Las mujeres, en relación al citado antígeno H-Y, dan resultados negativos. Algunos investigadores alemanes, como señalan Patú y Will, han comprobado que casi la totalidad de los transexuales hombre-mujer no poseen, como sería de esperar, el mencionado antígeno, lo que si acontece tratándose de los transexuales mujer-varón. Si los resultados de estas investigaciones confirmasen su exactitud, resultaría evidente que el elemento síquico del transexual, opuesto al somático, contaría con la posibilidad de ser verificado en el plano objetivo a través de la comprobación "de la discordancia entre las características externas de un sexo y la presencia (o ausencia) del antígeno H-Y: es decir, de una discordancia entre elementos físicos"¹⁴.

3. El fenómeno del "transexualismo" y su relevancia jurídica

3.1. El transexualismo como fenómeno social

Es innegable, al margen de toda discusión teórica sobre el denominado cambio de sexo y a sus posibilidades y resultados, la presencia en la realidad social del fenómeno designado con la expresión "transexualismo"¹⁵. Este término ha sido recientemente acuñado a nivel científico, no obstante que el síndrome es conocido desde antiguo. Existen testimonios de esta inversión sico-sexual que se remontan a la época clásica. No es, por tanto, una manifestación de los tiempos que corren ni es tampoco una expresión exclusiva de nuestra cultura, por lo que debe ser examinada en su real perspectiva histórica¹⁶.

El fenómeno del transexualismo alcanza notoriedad a partir del famoso caso de "Christine" Jorgensen, el mismo que mereció una amplia e inusual divulgación a través de los medios de comunicación del mundo entero¹⁷. Ello fue explicable, en su momento, por tratarse de la primera intervención quirúrgica conocida de "conversión" que, practicada a comienzos de la década de los cincuenta, fue descrita con minuciosidad científica en las revistas especializadas de la época.

Al transexualismo se le describe como una situación existencial que se despliega en la dimensión intersubjetiva y que, en consecuencia, no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica. Compete al derecho definir si, en el caso del cambio de sexo, nos encontramos frente a un fenómeno social que, en principio, debería ser permitido o prohibido. Si se optase por la primera alternativa deberán precisarse las reglas de conducta que armonicen el interés personal con el interés social, especialmente con los que radican en el ámbito de la familia. Es ésta, sin duda, una problemática compleja en la que están comprometidas diversas disciplinas de lo humano, como la ética, la filosofía, la psicología, la sociología, la antropología, el derecho, entre otras.

14 Patú y Will, *ob. cit.*, p. 15.

15 Nos remitimos a la nota anterior 5.

16 P. Stanzione, *ob. cit.*, pp. 20 y 21.

17 Loré y Martini, *ob. cit.*, p. 22.

3.2. El síndrome del transexualismo

El transexualismo, como señala Ramacci, es una cuestión que se halla en una situación fronteriza, de penumbra, en la que se "comprende y confunde, a menudo dramáticamente, normalidad y desviación, apariencia orgánica e inclinación síquica, vida individual y vida de relación, sexo como identificación y sexo como prisión"¹⁷. Es un problema de frontera entre lo conocido y lo desconocido, donde se confrontan opuestas ideologías y diversas jerarquías de valores. El transexual representa emblemáticamente "la patología de lo incierto, del sexualmente inclasificable".

El transexualismo se suele considerar como un síndrome caracterizado por el hecho de que una persona, que desde un punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto. O, mejor dicho, de vivir a la manera en que lo hacen los sujetos del género contrario. El transexual tiene un profundo sentimiento de pertenecer al "otro" sexo, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. Ella, sin embargo, está poseída de una incontrolada aspiración a modificar quirúrgicamente su propio sexo somático —que le resulta intolerable—, para el efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación¹⁹.

El transexual es el sujeto en el que se aprecia un elocuente y definido contraste entre el elemento físcico, es decir, sus características sexuales exteriores, y aquel de naturaleza síquica. Ello conduce al transexual a una angustiosa y afanosa búsqueda de una correspondencia entre su apariencia física, que considera como "un maléfico error de la naturaleza", y sus comportamientos, hábitos, gestos, vestidos, ademanes y actitudes, en general, que son propios del sexo que realmente "siente", que hondamente vivencia en la cotidianidad. Esta manifiesta tendencia, destinada a lograr su propia identidad sexual, a "ser uno mismo", lleva a los transexuales, movidos por una constante desesperación, a someterse a intervenciones quirúrgicas de sus genitales externos, que le son mortificantes e insoportables, para "sustituirlos" por los que corresponden a su estado psicológico y a sus costumbres de vida.

En síntesis, y tal como lo resume Stanzione, al nivel del estado actual de las investigaciones científicas en la materia, existen dos claros síntomas que denotan la presencia de un transexual. El primero de ellos es el sentimiento, difuso y profundo, de pertenecer al sexo opuesto a aquél que, desde el nacimiento, le asignó la naturaleza, y cuyas características biológicas son evidentes y normales. El segundo síntoma es el de poseer un invencible deseo de cambiar de sexo dentro de las posibilidades de la ciencia y para los efectos de que se le reconozca jurídicamente un "nuevo estado".

En lo que concierne al primero de tales síntomas anteriormente enumerados, el tran-

18 Fabrizio Ramacci, en la *Presentazione* del libro de Loré y Martini, cit., p. 3.

19 Patti y Will, ob. cit., p. 129 y P. Stanzione, ob. cit., p. 12.

sexual siente realmente y está racionalmente convencido de ser "víctima de un trágico error de la naturaleza que ha operado una fractura entre la sique y la realidad corporal"²⁰.

Este anormal dualismo se manifiesta desde la infancia y se traduce a través del comportamiento del niño o de la niña, de su afición a los juegos del sexo contrario al biológico, mediante las amistades que frecuenta, en relación con sus ademanes, gestos, preferencias, modos de caminar y expresarse. Sus reacciones son, en general, aquellas propias del sexo opuesto al registral.

Con el arribo de la pubertad y de la adolescencia el transexual adquiere mayor conciencia de su anormalidad y el conflicto interior se agudiza. Se trata, como anota Stanzione, de un doble conflicto, de los cuales el primero tiene como ámbito el propio mundo interior de la persona. El transexual "siente disgusto por sus órganos genitales y por los otros atributos físicos de un sexo que no lo siente como propio", así como es también víctima de una laceración somática y síquica que absorbe y compromete cada uno de los aspectos de su vida²¹.

El segundo de dichos conflictos se despliega en el mundo de la intersubjetividad y está representado por el enfrentamiento del transexual con la curiosidad de los terceros o por la abierta hostilidad proveniente del ambiente en el que desenvuelve sus actividades. La actitud comunitaria que, frecuentemente es de rechazo y de marginación, suele afectar al transexual el que se encierra en sí mismo, se aísla, se incomunica y hace uso de una vestimenta con la cual trata de ocultar su indeseada realidad biológica.

El proceso del transexual no se detiene, sin embargo, en el fenómeno conocido bajo la expresión de "travestimiento"²² sino que, al tener patencia de la "precariedad y de la insatisfacción de tal procedimiento", espera y busca una transformación más radical concorde con su honda convicción personal. Es este el instante en que el transexual recurre al médico a fin de someterse a la terapia hormonal y a la intervención quirúrgica destinada a obtener una "conversión" que es apreciada por el sujeto como una auténtica liberación. La intervención quirúrgica suele ser, de este modo, el único recurso efectivo con que cuenta el "verdadero" transexual para superar sus conflictos éticos, religiosos, psicológicos y sociales²³. La aspiración final del transexual es el que se le reconozca jurídicamente en su nuevo estado en cuanto a su género y lograr el consiguiente cambio de sexo y de prenombre en el registro del estado civil.

Los síntomas del auténtico transexual son conocidos y no trata de ocultarlos o disimularlos a partir de una toma de conciencia de su conflictiva situación, la que constituye

20 P. Stanzione, *ob. cit.*, p. 24.

21 *Id.*, p. 24.

22 *Id.*, p. 25.

23 *Id.*, p. 25.

su drama vivencial. Si los síntomas y el proceso a que está sometido el transexual son manifiestos, no ocurre otro tanto tratándose de la causa o las causas que originan el transexualismo. En este aspecto existe incertidumbre, la misma que la ciencia no ha logrado todavía despejar de modo absoluto y satisfactorio. Esta circunstancia repercute en lo que concierne a las técnicas terapéuticas por lo que "es sintomático que no se discorra nunca sobre una solución total de curación sino, al máximo, de adaptación, de regularización, de persecución de una mayor tranquilidad síquica y social"²⁴.

Mueve a desconcierto que del examen de múltiples casos de transexualismo no se logren comprobar anomalías morfológicas en los sujetos sometidos a observación y diagnóstico. De otra parte, los especialistas opinan que los valores hormonales se conservan dentro de lo normal, lo que excluiría un origen endocrino de la transexualidad. Todo ello conduce a esperar que un futuro puedan profundizarse las investigaciones en este campo a fin de obtener mayores precisiones en lo que al tema se refiere.

Es de advertir que la doctrina tampoco se ha puesto de acuerdo en la pretensión de encontrar una derivación psicopatológica del transexualismo. Algunos autores ponen de relieve manifestaciones de tipo neurótico, mientras que otros destacan graves formas de psicosis, hasta llegar a casos extremos en los cuales se hace referencia al delirio paranoico y esquizofrénico²⁵.

La presencia cada vez más visible del fenómeno del transexualismo, especialmente en algunos países que no es del caso enumerar, unido al actual desarrollo científico, ha motivado que, por lo menos, a partir de la década de los cincuenta, la doctrina jurídica asuma, aunque limitadamente, esta particular problemática intersubjetiva a fin de proporcionarle un adecuado tratamiento en consideración a la realidad social y a los principios éticos vigentes, así como a los actuales desarrollos de la ciencia. En contraste con esta actitud, y como es sólito, correspondió a la jurisprudencia, ante el casi general vacío de disposiciones legales sobre la materia, resolver algunos casos vinculados con la problemática planteada.

3.3. Los estados intersexuales

La ciencia nos muestra que la distinción entre la masculinidad y la feminidad no es absoluta ni definitiva²⁶. La tradicional concepción que patentizaba una total y tajante diferencia entre uno y otro género, ha tenido que ceder el paso a una nueva visión en la cual masculinidad y feminidad no son dos valores netamente opuestos, sino grados sucesivos del desarrollo de una única función, como es la de la sexualidad. Esta última encuentra "su momento de mayor vigor en el período intermedio de la vida, con diferencias que son pura

24 P. Stanzione, *ob. cit.*, pp. 30 y 32.

25 *Id.*, pp. 30 y 31.

26 P. Perlingieri, *ob. cit.*, p. 38.

mente cuantitativas y cronológicas de un sexo al otro"²⁷.

El sexo se presenta así como un hecho complejo, en el cual los elementos biológicos se hallan estrechamente ligados con aquellos otros de carácter psicológico y social. Encuéntrase diversas modalidades, tipos y subtipos de sexo, como son el cromosómico, el gonádico, el morfológico, el psicológico, el legal. Según los científicos, desde un punto de vista rigurosamente biológico, tienen preeminencia las dos primeras modalidades, mientras que las otras influyen sobre la sique y la vida de relación en general²⁸.

La sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad. Existe un comportamiento generalmente masculino y otro propio de la feminidad. La sexualidad compromete e impregna todas las actitudes del ser humano y lo identifica socialmente. La morfología sexual, aunque constituye un elemento fundamental, no agota, sin embargo, la sexualidad. La ciencia ha puesto de manifiesto que existe lo que podríamos designar como una situación de "intersexualidad", es decir, de puntos intermedios entre dos extremos sexuales precisos y definidos. Ello, en virtud de que todos los seres humanos "encierran en sí mismos la posibilidad de entrambos sexos", por lo que la mujer y el varón se diferencian solamente en términos cuantitativos. De ahí la dificultad de encontrar índices exactos de distinción sexual. Algunos autores proponen, como criterios válidos para la identificación sexual, tanto el elemento sicosexual como la capacidad copulativa²⁹.

Bajo la genérica expresión de "estados intersexuales" se ha querido comprender todas las diversas hipótesis de falta de homogeneidad no sólo en relación con los factores biológicos y morfológicos sino también entre éstos y los elementos psicológicos. Como acota Benjamin, los estudiosos norteamericanos incluyen en tal expresión solamente los casos de hermafroditismo y de pseudo-hermafroditismo, mientras que los científicos europeos la utilizan otorgándole un más amplio contenido, al incorporar en ella situaciones tales como la de los "travestis", los transexuales y hasta los homosexuales³⁰.

Es útil mencionar, aunque fuere de modo esquemático, algunos signos sico-biológicos que, según los especialistas, caracterizan a cada uno de esos casos a fin de distinguirlos, al nivel del actual desarrollo científico, de aquel propio del transexual, que es al que nos referimos exclusivamente en el presente trabajo.

Son numerosas las hipótesis en las que, en una misma persona, se hacen ostensibles las características de los dos sexos. Ello suele ocurrir ya sea tratándose tanto de los caracteres anatómicos como de aquellos funcionales, los mismos que pueden presentarse en proporciones equivalentes o con prevalencia de alguno de ellos³¹.

27 P. Stanzione, *ob. cit.*, p. 13.

28 *Id.* p. 13.

29 *Id.*, p. 17.

30 *Id.*, pp. 19 y 20.

31 *Id.*, p. 17.

La situación más elocuente, pero al mismo tiempo la menos frecuente³², es la del llamado hermafroditismo verdadero, designación que se emplea para diferenciarlo del pseudohermafroditismo. El primero de ellos, como lo señala la literatura especializada³³ es un síndrome que se caracteriza "por la presencia simultánea, en el mismo individuo, de la gónada masculina y de aquella femenina", cuya coexistencia "influye, de modo variable, sobre la conformación de los genitales externos, el aspecto somático y el comportamiento síquico"³⁴.

El pseudohermafroditismo, tanto masculino como femenino, representa la carencia, en un mismo individuo, de homogeneidad entre los órganos genitales externos y el sexo genético. Esta situación se diferencia del transexualismo en tanto en éste no se presentan anomalías a nivel de la gónada o en lo que atañe a los genitales externos³⁵.

Más complejo resulta el distinguir entre lo que se conoce con el término de "travestis" y el transexualismo. Ambas anomalías se fundan "en una misma condición psicopatológica, es decir en la desorientación y en la incertidumbre del rol en cuanto al sexo y al género"³⁶. No obstante, se tiende a sostener que el fenómeno de los "travestis" es la expresión más moderada de dicha psicopatología, considerándose a la del transexual como la más grave y extrema.

Se suele precisar al respecto que el uso de vestimentas del sexo contrario al originario está presente en ambas situaciones aunque, como señala Stanzione, ella representa para el transexual el "contenido mínimo" de su drama.

Se ha propuesto una clasificación de los "travestis" en tres grupos en consonancia con el cuadro clínico que presentan. En el primer grupo estarían involucrados todos aquellos que aspiran simplemente a endosar, de modo esporádico y transitorio, la vestimenta del sexo contrario y a movilizarse con dicho ropaje. La mayor parte de las personas que conforman este grupo "siente, vive, trabaja como cualquier individuo de su propio sexo"³⁷.

El segundo grupo representaría un estadio intermedio entre el "travestis" y el transexual. Para los que integran este sector la vestimenta les resulta insuficiente para colmar sus aspiraciones. Desean alguna otra variación física, "tentando de avecindarse al otro

32 P. Stanzione, *ob. cit.*, pp. 17 y 18.

33 *Id.*, p. 18.

34 *Id.*, p. 18.

35 *Id.*, p. 26.

36 *Id.*, p. 26.

37 *Id.* p. 27.

sexo, sin pretender todavía la modificación quirúrgica de sus genitales³⁸.

En un tercer grupo se suele colocar a los sujetos que se pueden considerar como los verdaderos transexuales, situación dentro de la cual la desorientación de rol sexual es completa. La persona inmersa en este estado "odia sus propios órganos sexuales, la conformación física, la distribución de la vellosidad, la vestimenta: él vive sólo en función del día en el que, a través de una operación de conversión, podrá obtener la liberación total"³⁹.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto se comprueban las dificultades con que se suele tropezar cuando se pretende hacer una distinción neta y definitiva entre los integrantes de los diversos grupos antes referidos. El problema, como se ha podido apreciar, se plantea fundamentalmente en cuanto al grado o intensidad de la aspiración a vivir, parcial o totalmente, como un ser de sexo diverso al originario. Como corolario podría decirse que queda flotando una nota de vaguedad e insatisfacción en cuanto a la mencionada clasificación.

El transexualismo, por su parte, se diferencia claramente de la homosexualidad. En el primer caso el deseo de pertenecer al género opuesto es permanente y obsesivo, por lo que los transexuales están decididos a modificar su aspecto sexual mediante una dolorosa intervención quirúrgica a fin de adecuarlo al que corresponde a su propia vivencia. El transexual, tal como se ha apuntado, siente profunda repugnancia por sus órganos genitales, a los que califica como el resultado de un "error de la naturaleza". De otra parte, y en mérito a una honda convicción, no tiene un sentimiento de culpa en lo que atañe a sus relaciones amorosas y sexuales⁴⁰.

El homosexual, en cambio, carece de tales precisas características. De ahí que no esté decidido a modificar su morfología sexual ni experimenta repugnancia por sus órganos sexuales sino que, por el contrario, sienta por ellos atracción y complacencia. De otro lado, los homosexuales, generalmente, tienen un sentimiento de culpa en tanto son conscientes de la anomalía de su comportamiento.

4. La problemática relativa a la identidad sexual

El limitado debate jurídico que se ha desarrollado en torno al sexo, desde hace por lo menos dos décadas, tiene como principal finalidad definir si es lícito o no el admitir un cambio de sexo en base al "convencimiento" de la persona de pertenecer, por su inclinación psicológica, comportamientos y actitudes, al género contrario al de su origen, con las consiguientes repercusiones que ello significa en la vida de relación social (*infra* 10).

38 P. Stanzione, *ob. cit.*, p. 27.

39 *Id.*, p. 27.

40 Loré y Martini, *ob. cit.*, p. 41.

Han sido y son numerosas las interrogantes formuladas al respecto por los juristas que se han ocupado del problema en cuestión. Así, ellos se preguntan si sería jurídicamente posible que la persona decida, libre y arbitrariamente, un cambio de sexo o, como sostiene Perlingieri, que él sea "una consecuencia de terapias e intervenciones quirúrgicas destinadas a favorecer una natural tendencia, o a evitar efectos negativos sobre su salud"⁴¹.

Es dable también inquirir si la determinación sexual, y la consiguiente identidad personal, responde solamente a un "convencimiento subjetivo" o si, por el contrario, depende también de elementos físico-objetivos. De otra parte, cabe interrogarse sobre si el cambio de sexo comporta un atentado contra la integridad sicosomática de la persona. Finalmente, es posible preguntarse si la mutación de sexo es un asunto que tiene que hacer con la identidad personal y si, desde un punto de vista social, es conveniente propiciar o no la legitimación del cambio de sexo.

Las preguntas que hemos formulado en precedencia encierran sólo algunas de las múltiples y arduas cuestiones problemáticas que el jurista contemporáneo debe responder cuando afronta el asunto de la identidad sexual. Como es posible advertir, la temática involucrada en dichas inquisiciones no puede considerarse como materia de fácil solución, por sus implicancias tanto con la libertad de la persona como con el interés social en juego.

Se observa, en los últimos tiempos, un cada vez mayor desarrollo doctrinario en cuanto al tema que nos ocupa. Ello puede explicarse por la circunstancia de que algunos países del sistema jurídico romano-germánico han regulado, en años recientes, la materia concerniente al "cambio de sexo". En dichas legislaciones se establecen los respectivos requisitos que son exigibles para lograr tal propósito, así como se señalan los procedimientos para lograrlo.

Cabe preguntarse si la reciente experiencia legislativa de algunos contados países, a que hemos hecho mención (*supra* 2), indicaría que nos encontramos ante una generalizada tendencia dirigida a favorecer el cambio de sexo dentro de ciertos parámetros. Al respecto, es posible afirmar que, si bien en determinados países se ha visto la conveniencia de otorgar relevancia jurídica al cambio de sexo, ello no puede interpretarse como que asistimos a un generalizado movimiento jurídico en tal sentido. El que en ciertos países se haya legislado sobre la materia denota que en ellos se produjo un definido hecho social, como fue la incidencia de una fuerte presión de un sector de la opinión pública proclive a que se normase adecuadamente una situación dada en la realidad y que se encontraba marginada por la ley.

Tenemos presente, por haber vivido en Italia en los años precedentes a la promulgación de la ley de 1982, las constantes y espectaculares movilizaciones efectuadas ante el Parlamento, producidas en el curso de los años setenta, de parte de diversas y pugnares or-

41 P. Perlingieri, *ob. cit.*, p. 42.

ganizaciones de "transsexuales", así como de otros grupos que compartían su reclamo, con el definido propósito de obtener la regularización jurídica del cambio de sexo. Estas movilizaciones se concretaban tanto en bulliciosas manifestaciones públicas como en sostenidas campañas de un sector de los medios de comunicación. Es así que recordamos, en calidad de anécdota, la realización de un *sit inn* en la plaza romana de Montecitorio, lugar en que se encuentra ubicado el barroco y bello edificio de la Cámara de Diputados de ese país⁴².

Aunque la cuestión de la permisibilidad legal del "cambio de sexo" está sujeta actualmente a valoración y debate, puede adelantarse que, llegado el hipotético caso de tener que legislar sobre la materia en base a una insoslayable realidad social y a un reclamo comunitario, debería tenerse presente que la legislación a dictarse requeriría el que se contemplase, simultánea y equilibradamente, tanto el interés privado, representado por las comprobadas y definidas exigencias existenciales de ciertas personas, como el interés social que un cambio de sexo de suyo implica, sobre todo en los que atañe al grupo familiar.

No pueden ignorarse, en su momento, las graves repercusiones que un cambio de sexo produce, en ciertos casos, en la relación social de las personas directa o indirectamente implicadas en el asunto. Sus efectos se hacen sentir en todo cuanto concierne a la vida conyugal y familiar. No son difíciles de imaginar las perturbaciones que se originan tratándose de una persona que, después de haber contraído matrimonio y procreado hijos, decide cambiar de sexo (*infra* 10).

5. El cambio de sexo y el libre desarrollo de la personalidad

5.1. El debate doctrinario en curso

El debate jurídico en torno a la mutación de sexo se centra en el asunto concerniente a las relaciones que existen entre el derecho a la libertad personal, o al libre desarrollo de la personalidad como generalmente se le designa, y el derecho a la identidad sexual. Esta cuestión se afina en la dogmática jurídica luego de haber sido superados, en la medida que ello es posible, los problemas éticos, psicológicos, médicos y sociales que tan delicado asunto suele suscitar.

Como ya se ha referido (*supra* 2), la confrontación de opiniones médico-científicas en cuanto a los reales alcances del cambio de sexo, aún no se ha cerrado. Se discute, a nivel de la doctrina, si dicha mutación sexual, tal como se practica en los países que legalmente la admiten, representa ciertamente, en la dimensión biológica, el cruzar definitiva e irreversiblemente la frontera que separa un género de otro. Las posiciones sobre el tema

42 La presión social hizo que el Partido Radical presentara en la Cámara de Diputados un proyecto de ley, con fecha 27 de febrero de 1980, dirigido a modificar el artículo 454 del Código Civil a fin de permitir la inscripción de las sentencias de cambio de sexo. Este proyecto no prosperó. Finalmente se dictó la ley de 1982 sobre la materia, a la que nos referimos en el parágrafo 13.

no son ni pacíficas ni concordantes sino que, por el contrario y tal como se ha expuesto, ellas están enfrentadas.

Existen autores que, al considerar que el sexo trasciende los aspectos biológico-somáticos de la persona, sitúan el problema en un plano psicológico, dentro del cual se privilegian las inclinaciones de un determinado sujeto por el género opuesto a aquél que le pertenece por nacimiento. Los autores que propugnan este planteamiento, que consiste en colocar la cuestión en un nivel psicológico, estiman que las fronteras entre la masculinidad y la feminidad no son precisas.

Otros autores, desde un punto de vista médico-científico, aseveran, por el contrario, que el denominado "cambio de sexo" constituye en la práctica una intervención quirúrgica plástica de los genitales exteriores. Ella, en consecuencia, sólo está dirigida a modificar la "aparición sexual, sin que tal operación incida en el cambio de sexo originario.

Para los autores que se ubican en la posición antes enunciada sólo serían permisibles las intervenciones quirúrgicas destinadas, específicamente, a la afirmación del sexo originario cuando en la primera etapa de la vida existió una indefinición sexual. Es decir, se trataría de una operación enderezada a cooperar con la naturaleza para la definición del sexo biológico. Los propugnadores de esta tesis, frente a un caso de manifiesta inclinación psicológica por el género opuesto, aconsejan utilizar terapias adecuadas a la superación de este problema psicológico, siempre dentro del declarado propósito de contribuir a afianzar el sexo registral.

5.2. La valoración ética del cambio de sexo

El cambio de sexo no es exclusivamente un problema médico-científico, como el que hemos esbozado en el párrafo precedente, sino que debe tenerse también en cuenta una valoración ética en cuanto a lo que él significa. En realidad, no hay actividad humana frente a la cual pueda omitirse un juicio de valor.

Para un sector de la doctrina que se ocupa del cambio de sexo, esta supuesta operación constituye un acto que va contra los dictados de la naturaleza, por lo que resultaría además de éticamente inadmisibles, del todo inconveniente.

Para otros, en cambio, la valoración de este hecho es diferente. Estos últimos sostienen que cada persona, mientras no cause perjuicio a los demás, está en condiciones de decidir libremente su "modo de vivir", por lo que puede escoger su propia identidad sexual sin que ello signifique una actitud reñida con la ética social.

Para los autores que adhieren a la primera de las indicadas posiciones, el cambio de sexo resulta ser un escándalo intolerable o, al menos, una situación desagradable el tener que admitir la posibilidad o existencia de prácticas quirúrgicas utilizadas para satisfacer inclinaciones que no coinciden con el sexo que la sabia naturaleza otorgó a cada cual. Para los autores que se sitúan en la posición contraria, el cambio de sexo constituye un acto de

liberación que guarda concordancia con el derecho fundamental a desarrollar libremente la personalidad y con aquel de afirmar su propia identidad. Ambas valoraciones, la favorable y la opuesta al cambio de sexo, responden obviamente a una postura subjetiva, por lo que obedecen, en última instancia, a una particular visión del hombre, a una determinada concepción del mundo.

No faltan opiniones en el sentido que lo importante y éticamente decisivo no es "vivir" como mujer o como varón sino, en cualquier caso, hacerlo honestamente, en la más amplia acepción del vocablo, sin perjudicar en lo más mínimo el interés de los demás.

5.3. La libertad personal y el cambio de sexo

5.3.1. Posición favorable a la regularización del cambio de sexo

En el terreno jurídico, a nivel de la dogmática, se discute la relación que pudiera haber entre el "convencimiento" del sujeto de pertenecer a un sexo opuesto al originario y la situación jurídica subjetiva relativa a la libertad personal. En otros términos, el problema se plantea en el sentido de saber si la decisión de cambiar de sexo se encuadra dentro del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad o si, por el contrario, se opone al orden público y a las buenas costumbres que le sirven de límite social.

El inciso 1 del artículo 2 de la Constitución del Perú y el artículo 5 del Código Civil consagran la situación jurídica subjetiva atinente a la libertad personal o, como lo enuncia la Constitución, al libre desarrollo de la personalidad. El ordenamiento jurídico nacional tutela, de la forma más amplia que pueda imaginarse, el derecho de cada cual al desenvolvimiento de su personalidad dentro de la comunidad, en concordancia con el interés social y dentro del orden público y las buenas costumbres.

Como ocurre con toda situación jurídica subjetiva debe contemplarse, también en este caso, el correspondiente derecho de los demás que, correlativamente, constituye un deber para el propio facultado. Es decir, partimos de la nueva perspectiva en que se suele comprender al derecho subjetivo, es decir, como situación jurídica subjetiva en la cual junto al propio derecho se halla presente, en cierta y variable medida, el derecho de los demás. En otras palabras, dentro de una visión que no admite derechos subjetivos absolutos en tanto son contrarios a la naturaleza coexistencial del ser humano.

En términos generales el derecho de los demás, que es deber para el facultado, está representado por lo que se designa como interés social y, principalmente, por el orden público y las buenas costumbres. Claro está que, al lado de estos principios jurídicos generales, existen otros que también son pertinentes e integran, en consecuencia, la correspondiente situación jurídica subjetiva. Bastaría citar a este propósito, entre otros, los principios de la buena fe y la diligencia de un buen padre de familia. En el lenguaje ordinario se suele graficar muy claramente esta particular situación cuando se suele decir que "la libertad de uno termina donde comienza la libertad del otro".

Es decir, como lo hemos remarcado, no existen derechos subjetivos absolutos, ilimitados y sagrados, en la medida que el ser humano es coexistencial por naturaleza, por lo que se encuentra inserto en una comunidad con la cual debe necesariamente conciliar sus personales intereses, sin que ello signifique sumisión existencial ni a la sociedad ni al Estado.

El derecho a la libertad, radicalmente ligado al derecho a la vida, supone nada menos que la posibilidad natural de todo ser humano de realizarse libremente como tal. La vida es un bien, es un don precioso, que debe utilizarse de acuerdo con los fines axiológicos que cada persona se propone. La vida es una hermosa tarea, una extraordinaria y única obra de arte, que el hombre, que cada hombre trata de ejecutar de la mejor manera posible, dentro de los humanos condicionamientos provenientes tanto de la propia naturaleza, del mundo interior, como de los "otros" y del mundo exterior. Paradójicamente, esos mismos obstáculos son también, en otras circunstancias, instrumentos de los cuales se vale el hombre para realizarse como persona.

El derecho a la libertad supone, por tanto, la posibilidad de "todo ser humano a decidirse por un proyecto de vida dentro del bien común, de realizarse plenamente como hombre". En otros términos, de poder hacer todo aquello que está jurídicamente permitido, que no esté expresamente prohibido, siempre que no atente contra el derecho ajeno, el interés social y no signifique un abuso de derecho. El hombre, en cuanto ser ontológicamente libre, proyecta su vida, escoge opciones de acuerdo a su íntima vocación y a las posibilidades que le ofrece el mundo, tanto interior como exterior. El horizonte con que cuenta el ser humano para preferir un determinado proyecto ante un inmenso abanico de posibilidades existenciales, es de orden axiológico. Son los valores los que dan sentido a la vida.

La Constitución peruana se refiere a dicha situación jurídica subjetiva fundamental como el derecho que tiene el ser humano al libre desenvolvimiento de su personalidad. Es dentro de este amplio marco referencial que se inserta el supuesto derecho a la identidad en el plano de la sexualidad. Nos referimos a la posibilidad de vivir de acuerdo con el sexo que responde a las profundas inclinaciones psicológicas de la persona, a sus costumbres, hábitos, reflejos, actitudes, estilo. Es decir, el derecho a realizarse como persona dentro de aquel género, opuesto a su sexo originario y registral, al cual el sujeto está "convencido" de pertenecer, que siente hondamente, raigalmente. Los que sostienen la posibilidad de admitir legalmente la "conversión de sexo", que supone un cambio en curso de la identidad dinámica y uno futuro de la identidad estática a través de la modificación del prenombre, encuentran en la libertad personal el fundamento último para proceder a la adaptación somática de la persona de conformidad con sus aspiraciones existenciales.

El debate jurídico, que se inserta ineludiblemente dentro de un genérico marco interdisciplinario, gira así en torno a si la mutación de sexo se conforma o no con el derecho de cada cual al libre desenvolvimiento de su personalidad. Los propugnadores de la legalización del cambio de sexo, que deriva en un cambio registral del prenombre, no albergan dudas en cuanto a que la decisión de quién está "convencido" de pertenecer al género contrario

dentro del cual nació, condice con el derecho a desarrollar libremente la propia personalidad, siempre que no se agravie el derecho de los demás.

Se sostiene, por dichos autores, que el sexo no es una fatalidad biológica sino, fundamentalmente, una opción existencial. En consecuencia, el ser humano puede escoger vivir dentro del sexo que más conviene a su íntima vocación existencial, a sus tendencias psicológicas más profundas. Los propugnadores de la regulación legal de la mutación de sexo afirman que un cambio de sexo, tratándose de un hombre o de una mujer solteros, no ofende a los demás ni causa problemas de orden social. Por el contrario, anotan que esta "adecuación", en lo que se refiere a la identidad sexual, permite al ser humano superar un estado de angustiosa indefinición que sí es perturbador, contrario a su salud, entendida ésta como un estado de bienestar general de la persona. El cambio de sexo, sostienen, es una exigencia del sujeto a su plena identidad, a vivir su propia "verdad personal" y a proyectarla socialmente.

Si, de acuerdo con los avances de la ciencia, se deja atrás el principio de la "inmutabilidad" del sexo, debería concluirse por admitir, dentro de un preciso marco legal, que la persona, dentro del ejercicio de su derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, opte por el sexo que "siente" como propio, al cual está absolutamente "convencido" de pertenecer, el que responde a sus inclinaciones psicológicas, que se adecúa con sus actitudes y costumbres.

Dentro del principio de la libertad personal se encuadraría, según dichos autores, el derecho que cada persona tiene a que se le reconozca socialmente y se le atribuya una determinada identidad sexual, la misma que corresponde a su verdad personal, a su particular "manera de ser".

La identidad sexual, como es fácil apreciar, se enmarca dentro de la situación jurídica subjetiva referente a la identidad personal, en cuanto esta última es la síntesis o complejo de lo que significa la personalidad entendida como una totalidad. La verdad sexual, en otras palabras, se inserta dentro del más amplio espectro de la verdad personal, se constituye como un importante aspecto del concepto genérico de la identidad personal.

5.3.2. Posición contraria a la admisión del cambio de sexo

Los adversarios del llamado cambio de sexo expresan que el derecho a la libertad personal, como todas las demás situaciones jurídicas subjetivas, supone en el sujeto, frente al derecho de los demás, un correlativo deber a su cargo. Ello en virtud que, como lo hemos expresado, no existen derechos subjetivos absolutos en tanto que, siendo el derecho una experiencia de intersubjetividad, todo derecho subjetivo se presenta simultáneamente como un derecho-deber. En otras palabras, la libertad personal, esgrimida como fundamento del cambio de sexo, tiene muy claras limitaciones ya sea en el orden público como en las buenas costumbres.

Se argumenta, por los opositores a una transformación sexual, que son precisamente

razones de orden público las que limitan el cambio de sexo. Ellas se refieren a la necesidad social de certeza en cuanto a la identidad personal, y esto sólo se obtiene si se guarda concordancia entre la realidad y el sexo originario que figura en los registros del estado civil. Un cambio de sexo, se asevera, atenta contra la certeza que se requiere en lo que atañe a la identificación personal. De otra parte, los opositores al cambio de sexo esgrimen un argumento de carácter ético, en cuanto sostienen que tal mutación sexual no condice con las buenas costumbres que deben regir la convivencia humana.

En lo que concierne al primer argumento expuesto por los opositores a la admisión legal del cambio de sexo, debe tenerse en cuenta que es del todo discutible, ya que el procedimiento judicial que conduce al cambio de sexo en los países que lo han legalizado, tienen como finalidad última la adecuación de la partida de nacimiento al nuevo estado sexual adquirido por el sujeto como consecuencia de una intervención quirúrgica autorizada por el juez, teniendo a la vista una pericia médico-psicológica.

En lo que atañe al segundo argumento, es decir, el referido a las buenas costumbres, se observa que por tratarse de una valoración ética, ella está librada al consenso, a los criterios mayoritariamente imperantes en una sociedad dada. Existe, sin duda, en cada comunidad y en cada época una posición ética compartida que responde a una cierta concepción del mundo.

6. Identidad sexual y derecho a la salud

6.1. La salud como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad

El planteamiento referido en el párrafo anterior sitúa el cambio de sexo en la perspectiva del derecho que tiene todo ser humano al libre desenvolvimiento de su personalidad dentro del bien común. Adicionalmente, se suele mencionar otro derecho fundamental de la persona que afianzaría la posición permisiva al cambio del sexo dentro del marco de una adecuada regulación legal. Nos referimos al derecho a la salud.

El derecho a la salud, al cual no se hace frecuente referencia dentro de la doctrina jurídica nacional, está consagrado por el artículo 15 de la Constitución peruana. El mencionado dispositivo prescribe que "todos tienen derecho a la protección de la salud". Como ya lo hemos recordado en otro lugar, el concepto "salud" debe entenderse dentro de su más amplia acepción. La salud, como acertadamente se ha dicho, no sólo es no estar enfermo sino, fundamentalmente, significa el sentirse bien, el vivenciar un estado de bienestar integral. Es decir, la salud no debe comprenderse como un hecho negativo, en función de la enfermedad, sino más bien como una situación positiva al vincularla a la noción de bienestar.

La salud, como lo subraya Busnelli, no sólo tiene un sentido exclusivamente biológico, sino que debe ser considerada como "bien instrumental necesario a la protección y de-

sarrollo de la personalidad del individuo"⁴³. Esta comprensiva noción de salud se recoge en el preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud, que data de 1946. En él se declara, como lo hemos ya expresado, que la salud es un estado de completo bienestar síquico, mental y social, por lo que no consiste, solamente, en una "ausencia de enfermedad".

El mencionado artículo 15 de la Constitución encuentra su natural complemento en lo dispuesto en el artículo 12 del mismo texto normativo. Según este dispositivo el Estado "garantiza el derecho de todos a la seguridad social". Y, dentro de la seguridad social, se considera como objetivo primordial el cubrir no sólo el riesgo de enfermedad sino también otros propios de la vida del sujeto, tales como la maternidad, la invalidez, el desempleo, la vejez, la muerte, la viudez, la orfandad.

6.2. La salud del transexual

Un transexual, si nos atenemos a la amplia noción de salud que hemos enunciado, debería ser comprendido como un sujeto carente de salud. El transexual, antes de su conversión legal al sexo "vívido", que implica también un reconocimiento social de su identidad, no tiene estabilidad emocional, equilibrio síquico. Su vida transcurre en una constante pugna por lograr ser admitido en su verdadera identidad sexual, manifestada a través de la proyección de su personalidad. El estado del transexual se puede definir como uno carente de aquello en que consiste la salud, entendida como bienestar.

El transexual es un ser humano atormentado, que posee sentimientos contradictorios, que se avergüenza de una situación que generalmente no es social ni éticamente aceptada o, al menos, tolerada y respetada. A veces esta circunstancia puede conducir al transexual a asumir una actitud cínica, y hasta de escándalo, en su afán por llamar la atención, por reclamar la comprensión social que se le niega. A ello lo puede empujar la persecución de que es objeto, en su incontrolado afán de afirmar su "verdadero" sexo, el que realmente siente y vive.

En el ordenamiento jurídico italiano se recurre al artículo 32 de la Constitución, que garantiza la tutela de la salud, como uno de los argumentos esgrimidos, antes y después de la ley de 1982 que regula el cambio de sexo, para sostener la necesidad de permitir dicha transformación de la identidad del sujeto.

Si bien en la actualidad la mayoría de los autores no consideran al "transexual" como un "enfermo" en el sentido tradicional del término, ello no significa que goce de perfecta salud, entendida ésta como bienestar integral. Es por esta situación, que se utiliza el argumento de devolver la salud al "transexual" para viabilizar las intervenciones quirúrgicas destinadas a eliminar la disociación o contraposición existente en su personalidad entre el aspecto somático, de una parte, y el síquico, de la otra. Estas operaciones permiten supe-

43 Francesco Busnelli, *Danno biologico e danno alla salute in La valutazione del danno alla salute*, al cuidado de Bargagna y Busnelli, Cedam, Padua, 1986, p. 7.

rar el estado de anormalidad psicológica en que vive el sujeto, al conciliar el aspecto somático con el síquico. De obtenerse este resultado se lograría el que desapareciese una atormentada situación y que el sujeto alcanzase, por ende, el bienestar deseado.

Como Patti lo hace notar, "el deseo invencible del transexual de obtener el reconocimiento en cuanto que pertenece al otro sexo se expresa, de su parte, en la voluntad de someterse a una intervención quirúrgica demoledora y reconstructiva que opere, en lo que fuere posible, la transformación anatómica de los órganos genitales"⁴⁴. Esta operación es apreciada por el transexual como una liberación en cuanto "la presencia del órgano genital del sexo rechazado origina disgusto y estados de grave sufrimiento y de profunda angustia"⁴⁵. Es la lucha del transexual por hacer patente su "verdad personal" en lo que atañe a la proyección de su personalidad. Es decir, de hacer valer su identidad personal.

De acuerdo con el actual desarrollo de la ciencia, se admite que el síndrome del "transexual" no puede ser eficazmente superado mediante terapias hormonales ni tampoco con sesiones de sicoterapia, al menos en los transexuales adultos. Se reconoce que sólo a través de operaciones quirúrgicas se puede llegar a resultados satisfactorios, como se ha verificado en la mayoría de los casos sometidos a dicho tratamiento. La experiencia también demuestra que, en la generalidad de los casos, el "transexual" que ha sido sometido a una intervención quirúrgica, está capacitado para tener relaciones sexuales normales con una persona del sexo opuesto. Es decir, con un sujeto del sexo al cual el "transexual" estaba originalmente adscrito de conformidad con el registro del estado civil⁴⁶.

7. El cambio de sexo y el derecho-deber a procrear

El cambio de sexo comporta una grave consecuencia en lo que se refiere al derecho a procrear. La mutación sexual que se experimenta, como consecuencia de una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva impide, dentro del desarrollo científico actual, el que el sujeto pueda procrear. Esto significa, por tanto, que el "transexual", al solicitar la adecuación quirúrgica de sus órganos genitales, está renunciando a un derecho fundamental como es el que está representado por su capacidad de procrear. Ello constituye un aspecto muy importante de la problemática en torno a los derechos de la persona si nos colocamos, como en todas las situaciones jurídicas subjetivas, dentro de una perspectiva social. Es interés primordial de la humanidad mantener la especie, la misma que se vería amenazada en un mundo en el cual fuesen hipotética mayoría los transexuales sometidos a operaciones quirúrgicas de transformación sexual.

44 Patti y Will, *ob. cit.*, p. 129.

45 *Id.*, p. 129.

46 P. Stanzione, *ob. cit.*, pp. 32 y ss.

El problema del cambio de sexo no sólo está íntimamente ligado con el derecho a la libertad personal, o derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que también lo está con la situación jurídica subjetiva relativa a la procreación. El primero de estos derechos fundamentales, que reconoce como límite aquel representado por el interés social, avalaría la posibilidad de optar por una especial vivencia existencial, siempre que ella se mantuviera dentro del indicado confín. De otra parte, sin embargo, la mutación de sexo se encuentra también en estrecha conexión con el derecho-deber referente a la procreación. Es interés primario del género humano la conservación de la especie y poblar, racional y planificadamente, el planeta en que vivimos.

Como repetidamente se ha puesto de manifiesto a través del presente trabajo, toda situación jurídica subjetiva no sólo atiende al derecho subjetivo de la persona facultada sino que también en ella están presentes los intereses, los derechos subjetivos de los demás, en alguna medida y según los casos. Tratándose de la situación jurídica subjetiva relativa a la procreación, observamos que al lado del derecho fundamental a procrear, a perpetuarse genéticamente, existe el derecho de los demás a que el sujeto no renuncie a este derecho esencial en tanto ello iría contra el interés de la humanidad de conservar la especie humana. Al haber dejado atrás la concepción de los derechos subjetivos absolutos, es conveniente precisar los linderos dentro de los cuales se puede ejercer cualquier pretensión subjetiva.

8. La integridad sicosomática y el cambio de sexo

La doctrina dominante afronta la situación jurídica subjetiva atinente a la integridad sicosomática dentro de una nueva perspectiva. En ésta se produce una confrontación entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la salud. En principio, el sujeto puede disponer de su cuerpo dentro de ciertos precisos límites referidos a la conservación de su salud y del respeto al orden público y las buenas costumbres, es decir, sin dejar de tener en cuenta el interés social. Nuevamente nos encontramos con una situación jurídica subjetiva en la que se equilibran, en distinta medida según el caso, el interés privado y el interés público.

Dentro de esta perspectiva, el artículo 6 de nuestro Código Civil regula el derecho a la integridad sicosomática al disponer, excepcional y negativamente, que "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres".

No obstante lo preceptuado, el mencionado dispositivo prescribe que son válidos los actos de disposición que supongan una disminución permanente, si es que son motivados por un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Estos actos excepcionales tienen como claro límite el deber de conservar la propia salud, que es el correlato de un interés social de que cada persona se encuentre en

dicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante"⁴⁷.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, encuentra en la situación jurídica subjetiva atinente a la integridad sicosomática, un decisivo argumento que oponer al denominado cambio de sexo.

Se sostiene, por los autores que participan de dicha corriente doctrinaria, que las intervenciones quirúrgicas, dirigidas a eliminar la disociación entre lo somático y lo síquico, "terminan por complicar la anormalidad del sujeto". Para este sector de la doctrina tales operaciones sólo logran atribuir al sujeto, de modo "parcial y sustancialmente aparente", un sexo diverso al originario. De otra parte, lo que se logra con dichas intervenciones es privarlo irreversiblemente de la función endocrina y de la capacidad procreativa, lo que significa una disminución grave y permanente de la integridad física⁴⁸.

Los opositores a las intervenciones quirúrgicas destinadas a lo que consideran un aparente cambio de sexo, estiman que en base a la situación jurídica subjetiva relativa a la integridad sicosomática no es lícito privar a la persona de su función endocrina y de su consiguiente capacidad procreativa. Se trata de una función fundamental destinada a conservar la especie humana, por lo que el derecho subjetivo a disponer del propio cuerpo está limitado por este específico interés social. De ahí que cada sujeto, frente al interés de orden público antes mencionado, tiene el deber de no realizar actos de disposición de su propio cuerpo en cuanto puedan significar la pérdida permanente de una importante función del ser humano.

Este sector de la doctrina sustenta su posición en los textos constitucionales y civiles de diversos países en los cuales se tutela la integridad sicosomática. En el Perú, aparte de los dispositivos del Código Civil antes referidos, el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución protege la integridad sicosomática, comprendiéndose en ella, obviamente, la plena capacidad de la función procreativa. De ahí que, si se considerase al sexo como una "fatalidad biológica", sería jurídicamente impracticable el cambio de sexo.

Frente a este planteamiento, que coloca el acento en el aspecto biológico o somático de la persona, se alza aquella posición a la cual ya nos hemos referido, en el sentido que el sexo no es sólo un fenómeno somático sino que debe atenderse en este caso, de modo preferente, la vertiente síquica del sujeto. Esta confrontación hace que el problema no encuentre una fácil, pacífica y concorde solución.

47 Cfr. Carlos Fernández Sessarego, *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Studium, 3a. edición, Lima, 1988, pp. 51 y sgts.

48 El artículo 5 del Código civil Peruano de 1984 regula lo atinente a la situación jurídica subjetiva referente a la integridad sico-somática, la que comprende el deber del titular de no atentar contra su cuerpo. Este precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 7 del mismo cuerpo legal que regula lo relativo a la cesión de órganos y tejidos.

En el caso del cambio de sexo se presenta un claro conflicto entre diversos derechos de la persona. Esta circunstancia no es extraña en esta delicada y sensible área de la disciplina jurídica. Hemos tenido oportunidad, en otro lugar, de enfrentarnos a situaciones similares, de contraste entre algunos derechos de la persona. Uno de los más agudos es, sin duda, el que se presenta entre el derecho a la identidad personal, de una parte, y el derecho a la información, de la otra. En el caso del cambio de sexo asistimos también, como se ha expresado, a la confrontación entre distintos derechos de la persona.

El conflicto de derechos, en la específica situación relativa al cambio de sexo, es ostensible. De un lado la persona reclama, en base al fundamental derecho a la libertad personal, el que se le permita acceder al libre desenvolvimiento de su personalidad, dentro de los límites del interés social y los principios éticos dominantes en una comunidad dada. El sujeto exige también hacer efectivo su derecho a la salud, a fin de alcanzar un estado de equilibrio emocional, de tranquilidad síquica, que lo conducirá a disfrutar de una sensación de bienestar integral. Frente a los dos derechos antes mencionados, que sustentarían la posibilidad de recurrir a intervenciones quirúrgicas demolidoras-reconstructivas, dirigidas a obtener un cambio somático para adecuar el cuerpo a una decidida tendencia psicológica, se alza la situación jurídica subjetiva relativa a la integridad sicosomática, dentro de los alcances que han sido precedentemente enunciados.

La posición que se adopte frente al conflicto de derechos antes referido depende o está condicionada por los supuestos que se utilicen como fundamentos para una coherente argumentación. Si se parte del punto de vista de considerar al sexo como una realidad somática inmutable, es lógico derivar de ello que cualquier intervención quirúrgica tendiente a obtener como resultado un cambio de sexo es del todo irrelevante. Dicha operación, como se ha señalado, tiene efectos meramente plásticos, que inciden en la apariencia exterior, pero que no producen una auténtica mutación sexual. A través de tales intervenciones, se sostiene, no se logra el anhelado cambio de sexo originario. Por lo demás, y tal como se ha señalado, se alega que dichas operaciones lesionan la integridad sicosomática del sujeto, en tanto lo privan de su capacidad procreativa.

Por el contrario, si el supuesto del cual se parte es aquel que considera que el sexo se constituye, de modo preeminente, como un fenómeno síquico, que responde por tanto a las inclinaciones, sentimientos, actitudes y costumbres de cada persona, el cambio de sexo es una exigencia, un interés personal prevalente. Para ello, encuentran como fundamento el derecho del sujeto al libre desarrollo de su personalidad que la Constitución y el Código civil garantizan. Si esto es así, la intervención quirúrgica, que es una adecuación de los órganos genitales a dicho raigal sentimiento de la persona, no atenta ni lesiona la integridad sicosomática. Por el contrario, dicha intervención quirúrgica resulta psicológicamente liberadora para el sujeto. La persona obtiene, a través de ella, una sensación de bienestar que significa, en última instancia, adquirir un estado de equilibrio y una estabilidad psicológica. Ello supone, por tanto, disfrutar de una sensación de bienestar integral, lo que equivale a un genérico concepto de salud.

Si nos colocamos dentro de esta específica óptica, la intervención quirúrgica destinada

a lograr un cambio de sexo, aunque éste no fuere radical desde un punto de vista biológico, tendría como resultado que el sujeto, sometido a dicha intervención quirúrgica, demoledora y destructiva de los órganos genitales, adquiriese una "integridad psicológica" de la que no disfrutaba al no sentirse identificado con su sexo de origen. Dentro de esta visión, la "integridad síquica" responde y equivale a un profundo convencimiento de pertenecer al género opuesto a aquél con que la naturaleza originariamente lo signó.

De todo lo anteriormente expuesto se ha podido percibir parte de la compleja problemática en torno a la identidad sexual, derecho que conlleva al excepcional cambio de sexo, casuísticamente considerado, dentro de determinados límites que responden al interés social. En otros términos, la aspiración o interés personal al cambio del sexo de origen debe enmarcarse dentro de precisos límites, procurando no lesionar el derecho de los demás que podría ser afectado por un cambio de sexo. Nos referimos, como ejemplo, a los efectos que tal mutación sexual origina en el seno de la familia.

9. Cambio de sexo y orden público

Dentro de la esencial y compleja compenetración existente entre los derechos de la persona, en la medida que todos ellos se refieren a un solo y mismo ser, debemos advertir la relación que existe entre la identidad personal, en cuanto interés prevalentemente subjetivo, y la necesidad del preeminente interés público representado por la exigencia de certeza en lo que concierne a la identificación del sujeto. Es así fácil apreciar como el derecho a la identidad personal se constituye como una situación jurídica subjetiva dentro de la cual confluyen el interés personal y aquel otro de orden público y social.

Es de interés social la identificación estática de las personas para poderlas ubicar e individualizar dentro de la sociedad. Esta identificación se materializa frecuentemente a través de las partidas que, relativas a cada sujeto, aparecen en el registro del estado civil. Los datos que ahí figuran deben corresponder a la verdad personal para satisfacer la exigencia comunitaria de certidumbre en lo que concierne a la identificación del sujeto.

El interés público relativo a la exigencia de certeza en las relaciones intersubjetivas, comprende otros aspectos que no pueden ser descuidados cuando se indaga por soluciones jurídicas adecuadas al problema de la mutación de sexo. Existe una variada gama de consecuencias, en las que está en juego el interés público, como son las que se contraen al matrimonio, al servicio militar, a las sucesiones, a los casos de internamiento hospitalario o penitenciario, a las relaciones de trabajo, entre otras situaciones que requieren de certeza.

Existe, sin duda y como se ha remarcado, un innegable e insoslayable interés del ser humano en lo que atañe a la afirmación y reconocimiento social de su identidad personal, de la cual constituye elemento integrante la identidad sexual. Pero, y del mismo modo, en cuanto se trata de una situación jurídica subjetiva y en la medida que no existen derechos subjetivos absolutos, se observa una gravitación del interés social y público en lo que con-

cierno al derecho a la identidad personal. Ello obliga al legislador y al juez, en su caso, y como ocurre en todas las situaciones jurídicas subjetivas, a buscar un justo equilibrio entre los intereses en juego, teniendo presente que la sociedad y el Estado están al servicio de la persona.

10. El cambio de sexo y las relaciones familiares

10.1. Problemática familiar del transexual

Uno de los graves problemas, no solo de carácter privado sino también de orden público que se derivan del cambio de sexo, es aquel que se relaciona con las repercusiones, a todas luces negativas, que él conlleva en lo tocante a las relaciones familiares. Nos referimos a la situación que se puede presentar cuando la persona que se somete a una intervención quirúrgica, destinada a lograr una mutación sexual, está casada y tiene descendencia o, sin haber contraído matrimonio, tiene hijos.

El problema planteado supone el despejar varias interrogantes. La cuestión previa, de aceptarse la posibilidad jurídica de cambiar de sexo dentro de ciertas específicas circunstancias y de acuerdo a muy precisos requisitos —como ocurre en la legislación comparada—, es la de saber si una persona casada podría, en principio, proceder legítimamente a un cambio de sexo. Esta es la temática medular a la cual debe atenderse de modo preferente y previo. Es importante, por ello, sopesar cuidadosamente los conflictos de intereses que una pretensión de tal naturaleza ha de desencadenar y, de ser el caso, brindarle una justa y adecuada solución jurídica.

Si se admite que el transexual tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad y alcanzar la normalidad en cuanto a su salud se refiere, no puede perderse de vista el interés genérico que frente a estos pretendidos derechos tiene la humanidad, entendida como el sujeto colectivo de la máxima dimensión, y, específicamente, los miembros de su familia, como es el caso del cónyuge y de los hijos.

Bajo tales supuestos, y en la hipótesis —para nosotros absurda—, de que la ley facultase al transexual casado a adecuar su sexo originario a aquél que "siente", cabe inquirir sobre si el cónyuge del transexual tendría derecho a solicitar el divorcio o si, por el contrario, la sentencia que acogiese dicho cambio de sexo disolvería automáticamente el matrimonio. Esto en cuanto se refiere a las relaciones conyugales, ya que podríase también preguntar sobre la incidencia del cambio de sexo en lo concerniente a las relaciones con los hijos. Todas estas preguntas se formulan como hipótesis de trabajo, ya que se supone que, de admitirse jurídicamente el cambio de sexo y de dictarse una ley al respecto, el legislador debería necesariamente afrontar esta temática salvaguardando el derecho de la familia.

Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar, protegida por las diversas constituciones que rigen a todos los Estados del planeta, tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de

sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y el de los hijos, en particular si son menores de edad.

La psicología contemporánea ha demostrado, de modo fehaciente, que el niño para desarrollarse equilibradamente necesita vivir en un ambiente sereno, en el cual se sienta afectivamente acogido. El niño, desde los primeros días de nacido requiere, para su armónico despliegue psicológico, el contar con elementos parentales bien definidos. En otros términos, el niño necesita tanto de la madre como de la figura paterna. Exige de una familia bien constituida.

La posición expuesta explica el que en los últimos tiempos se prefiera otorgar a los niños huérfanos y a los moral o materialmente abandonados, lo que suele designarse como un "hogar sustituto". La idea del orfelinato ha sido superada, ya que en este ambiente el niño no puede suplir su exigencia existencial de afecto proveniente de "un" padre y de "una" madre. No es el caso referirse en este lugar a la biografía de muchos delincuentes o desadaptados sociales que no lograron superar su carencia afectiva en los años decisivos de su infancia.

Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los hijos menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán dos padres o dos mamás, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la formación del niño puede producir esta insólita situación. El problema no se reduce, por cierto, a que el juez pueda, llegado el caso hipotético, determinar a quien corresponde la tenencia de los hijos menores o fije las reglas de las visitas y aquellas concernientes al mantenimiento de los mismos. No se trata de manipular objetos inanimados e insensibles. La situación, como es fácil percibir, es mucho más profunda y preocupante. Ello obliga a tener muy en cuenta este aspecto en lo que atañe a un posible cambio de sexo de una persona casada.

10.2. Situación jurídica subjetiva del transexual y su incidencia familiar

Para comprender esta preocupante problemática debe tenerse en cuenta que, como hemos insistido en diversos pasajes de este trabajo, no existen derechos subjetivos tal como lo considera una tradición de raíz individualista. El derecho, en tanto fenómeno coexistencial o social, se despliega en un plano intersubjetivo. De ahí que todo derecho subjetivo debe atender en diversa medida, según los casos y circunstancias, al interés social. Todo derecho subjetivo es así, en última instancia, un derecho-deber del titular ante el cual se alza un deber-derecho del obligado. Si bien en el caso del facultado el derecho subjetivo es lo preeminente, no está ausente en su "situación" un deber frente a los demás. De otro lado, en el supuesto del obligado, si el deber es lo definitorio, no puede prescindirse en su "situación" de un cierto derecho frente al acreedor.

¿Cuál sería la situación jurídica subjetiva del transexual de acuerdo a lo anteriormente bosquejado? Si se admitiese la posibilidad del cambio de sexo como derecho a definir la propia identidad personal, en concordancia con los derechos a la libertad personal y a la

salud de que goza toda persona, es necesario determinar los alcances de esta específica "situación jurídica subjetiva". De un lado, tenemos la facultad de la persona a ser "ella misma", es decir, a definir su identidad personal en lo que concierne a su proyección social. La persona aspira a ser vista, tratada y considerada como del sexo que "siente", según el cual vive y se comporta, y no bajo la óptica de su sexo registral.

Pero, dentro de la situación jurídica subjetiva expuesta, en la cual se ha perfilado el aspecto definitorio concerniente a la facultad jurídica, es dable preguntarse por el correlativo derecho que los demás podrían alegar frente a tal derecho subjetivo. O, en otros términos, por el deber que, dentro de su específica situación jurídica subjetiva, le es atribuido al facultado en tanto el derecho es "intersubjetividad".

En este aspecto, aparte del genérico derecho del sujeto colectivo "humanidad", al cual se ha hecho referencia, es necesario contemplar preferentemente el derecho que corresponde al cónyuge y a los hijos en el caso que el transexual sea casado. Es evidente que el derecho al cambio de sexo, de ser reconocido, no puede ser absoluto. Tiene que admitir las limitaciones impuestas por el derecho de los demás, por el interés social.

El matrimonio comporta una trama de recíprocos derechos y deberes entre los cónyuges, que no es el caso recordar en esta ocasión. Es dable imaginar cuantos de ellos se verían lesionados si uno de los cónyuges decidiese, y fuera jurídicamente posible, el cambio de sexo. Esta actitud unilateral produciría en el otro, aparte de la frustración de su proyecto de vida, de ser el caso, un posible abandono material. En síntesis, acarrearía un daño a la persona, variable según los casos y las circunstancias.

La actitud del transexual decidido a definir su identidad sexual como diversa a la originaria produce también, simultáneamente, la lesión del derecho de los hijos menores de contar con sus elementos parentales debidamente definidos e identificables. El hecho de asistir a un cambio de sexo de uno de sus progenitores puede desencadenar en ellos consecuencias síquicas de imprevisible magnitud que los expertos deberían evaluar.

Lo hasta aquí expuesto, en cuanto a las relaciones familiares del transexual, nos permite afirmar que frente al derecho de éste a definir su identidad se yergue, a su vez y dentro de la misma situación jurídica subjetiva, el derecho que asiste al cónyuge y a los hijos menores de impedir la consumación de tal evento. Así ha sido comprendido por los legisladores suecos y alemanes federales, en tanto que en las leyes de sus respectivos países se establece, como previo requisito para el cambio de sexo, que el solicitante sea soltero. De este modo, se protege a la familia del transexual de los nocivos efectos que comportaría un cambio de sexo. En estas legislaciones, frente a un conflicto de intereses, se ha privilegiado el interés de la familia frente a aquel del transexual.

Tratándose de la ley alemana es del caso señalar que contiene dos distintas soluciones al problema del transexual. Mediante la primera, a solicitud del recurrente, sólo se le autoriza al cambio de sus prenombrados en los registros públicos correspondientes. La segunda solución le facilita la posibilidad que, previa la intervención quirúrgica, se declare el cam-

bio de sexo después de cumplirse determinados y muy precisos requisitos (*infra* 12).

En el primer caso, el cambio de prenombrés no incide sobre el matrimonio en el sentido que el vínculo puede subsistir válidamente, si existiese un acuerdo entre los cónyuges. No obstante, según las circunstancias, podría también ocasionar la anulación del matrimonio por error o al divorcio por "inevitableidad de la convivencia" o por no haberse consumado el matrimonio. Para la segunda solución, o sea para el cambio del sexo además del prenombre, la ley alemana exige que el solicitante no sea casado.

El proyecto de ley holandés, al igual que los dispositivos normativos suco y alemán, exige también que el recurrente no sea casado y que se encuentre simultáneamente incapacitado de procrear.

En Italia, contrariamente, se permite el cambio de sexo del transexual casado y, extrañamente, se deja sin tutela alguna tanto al cónyuge como a los hijos menores, situación que ha merecido la justa y acertada crítica de la doctrina.

10.3. Soluciones propuestas por la legislación comparada

Un aspecto importante que debería contemplarse, tratándose del transexual casado a quien se le autoriza judicialmente a proceder al cambio de sexo y, consiguientemente de prenombre, es el que se relaciona con los efectos que tal hecho ha de producir en cuanto al matrimonio. El cónyuge afectado por la mutación sexual de su pareja puede encontrarse frente a dos diversas situaciones. En primer término, el que las tendencias psicológicas del transexual fuesen un hecho sobreviniente al matrimonio, circunstancia que difícilmente suele presentarse.

En efecto, la experiencia médica demuestra que el fenómeno de la transexualidad suele eclosionar, de manera manifiesta, en el período de la adolescencia, a diferencia de la homosexualidad que si puede presentarse como un hecho sobreviniente al matrimonio. Tan esto es cierto que el inciso 9 del artículo 333 del nuevo Código civil peruano de 1984 contempla la homosexualidad sobreviniente al matrimonio como causal para la separación de cuerpos y el consiguiente divorcio, llegado el caso. Ello, por lo demás, nos hace pensar que no podría alegarse la separación de cuerpos si esta situación fuese anterior al matrimonio y presumiblemente conocida por la pareja.

No es fácil imaginar, por las características propias de la personalidad del transexual, a las que hemos hecho referencia, el que una persona no advierta, antes del matrimonio, esta lacerante realidad del sujeto. La obsesión del transexual le impide, en principio, disimular su estado de ánimo, su decidida inclinación psicológica. Por ello, de ocurrir un matrimonio con un transexual, es de presumir que su pareja no ignoraba este hecho y que, por lo tanto, contrajo un inexplicable matrimonio con el transexual a sabiendas de la existencia de esta seria anomalía. De producirse tal matrimonio, es de presumir que no llegaría a consumarse, por lo que, desde la óptica del derecho canónico, sería jurídicamente nulo.

Para orientarnos en esta problemática es útil revisar, aunque fuere de modo somero, las soluciones propuestas a nivel de la legislación comparada.

El primer asunto que definen las recientes leyes permisivas del cambio de sexo es el que concierne al derecho que podría tener una persona casada a solicitar tal mutación. Frente a esta concreta situación, la ley sueca de 21 de abril de 1972 adopta una tajante y precisa solución en resguardo de los intereses familiares. El artículo tercero de dicho cuerpo legal establece que la solicitud de cambio de sexo sólo puede ser formulada por un ciudadano sueco que no sea casado.

La ley alemana, de 10 de setiembre de 1980, más rigurosa y compleja que la anterior, es muy original en su sistemática ya que distingue claramente, como se ha dicho, dos diversas soluciones al respecto. La primera de ellas, designada por la doctrina como la "pequeña solución", se limita únicamente a regular el cambio del prenombre del transexual en el registro del estado civil. La otra, designada como la "gran solución", contempla la modificación del nombre y, al mismo tiempo, regula el cambio o adecuación sexual mediante una intervención quirúrgica. La primera de dichas soluciones no está contemplada en la ley sueca ni en los países del *common law*.

Los requisitos para solicitar judicialmente alguna de tales soluciones son, obviamente, diversos. La ley alemana, en lo que concierne al asunto que nos ocupa, establece que para solicitar la "gran solución" el recurrente no debe ser casado. Así lo prescribe en su artículo 8.

La ley italiana de 14 abril de 1982 no trae una disposición expresa sobre el particular, pero de la lectura de su artículo 4 se colige que, a diferencia de las leyes sueca y alemana, no considera como requisito previo para el cambio de sexo el hecho de no estar casado. Este artículo prevé que la sentencia que acoge la rectificación de sexo produce la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles consecuentes a la transcripción del matrimonio celebrado con rito religioso.

Para la ley italiana, en consecuencia, la preexistencia de un vínculo matrimonial no impide el que se pueda solicitar y obtener un cambio de sexo valiéndose de una previa intervención quirúrgica. Esta solución, como fácilmente se advierte, priva de tutela jurídica al cónyuge. En efecto, no se ha previsto ninguna específica medida sobre el particular. Por el contrario, dentro de un principio de economía procesal, la sentencia que acoge el cambio de sexo produce la automática disolución del vínculo matrimonial. Es decir, algo similar a lo que el artículo 64 del Código civil peruano prevé en el caso de la sentencia de declaración de muerte presunta. Este último dispositivo señala, en efecto, que tal declaración disuelve el matrimonio del desaparecido.

La ley italiana, que es muy breve y escueta, no ha previsto la solución de numerosos otros aspectos derivados de la disolución del matrimonio, como es el caso de la tenencia, educación y mantenimiento de los hijos menores. Para estos efectos deberán ciertamente aplicarse las normas del Código civil, contemplándose la correspondiente casuística. No obstante, todo ello ha de requerir de un nuevo procedimiento judicial.

Si de suyo es discutible la admisión del cambio de sexo, lo es en mayor grado, dentro de la hipótesis de una solución afirmativa, el asunto relativo a facilitar o no la mutación sexual de una persona casada. Son muchas y poderosas las razones que se esgrimen para que ello no suceda. En todo caso, la situación es problemática en la medida que, como ocurre con los derechos de la persona, nos hallamos ante un ostensible conflicto de intereses existenciales que hace muy difícil el encontrar una equilibrada solución jurídica que satisfaga encontradas posiciones. De una parte, tenemos los derechos al libre desarrollo de la personalidad del transexual, el derecho a su salud y a su identidad personal y, del otro, los opuestos intereses de raíz social. Entre estos, cabe señalar el derecho a la integridad sicosomática, el derecho a procrear, los derechos que surgen del matrimonio, de la patria potestad.

En verdad, esta discusión tendría mucho de teórica en el caso de facilitarse el cambio de sexo de una persona casada ya que, como se ha advertido, la transexualidad es una situación socialmente perceptible cuyo origen se encuentra generalmente en los primeros años de existencia de la persona y se hace manifiesta, de modo elocuente, con la pubertad y la adolescencia.

11. Requisitos para el cambio de sexo en el derecho comparado

11.1. Disposiciones generales adoptadas por la legislación comparada

La legislación comparada sobre el cambio de sexo, a la que haremos específica referencia en los párrafos siguientes, surge como consecuencia de la coincidente presencia de diversas circunstancias. Algunas de ellas se ubican en la esfera de los principios rectores de la sexualidad, apreciada a la altura del actual desarrollo científico, y otras dimanar de la propia realidad social que la normatividad debe regular según valores.

La legislación comparada, en lo que atañe al aspecto principista, supone la negación del postulado que sostiene la inmutabilidad sexual. Ello, a su vez, se fundamenta en la prevalencia otorgada por la legislación al elemento subjetivo, en lo que concierne al componente sexual, sobre el de carácter objetivo. Es decir, se privilegia el factor psicológico sobre aquel que atiende a la morfología genital exterior de la persona. Las leyes vigentes sobre la materia parten de esta base y tienden, en consecuencia, a facilitar, dentro de ciertos y muy precisos requisitos, la adecuación de los órganos genitales exteriores del transexual al sexo psicológico, de conformidad con su íntima vivencia, con su manera de "sentir" la sexualidad. Excepcionalmente, la legislación comparada permite tan sólo la modificación de los prenombrados del transexual sin el previo requisito de una intervención quirúrgica demolidora-reconstructiva de su morfología sexual.

La aceptación del hecho de la viabilidad jurídica de la mutación sexual no significa, sin embargo, que al privilegiarse la vertiente psicológica, se reconozca la posibilidad de un simultáneo cambio biológico, total y radical, del transexual hacia el sexo deseado y vivido. Lo que se pretende al autorizar el llamado cambio de sexo, y la consiguiente modificación de su estado y de su nombre en los respectivos registros públicos, es tan sólo la ade-

cuación de los órganos genitales exteriores del transexual, generalmente a través de una intervención quirúrgica, a fin de eliminar una disociación entre el plano psicológico-vivencial y la apariencia física. Lo que se persigue es que el transexual se avecine, al máximo posible en lo que concierne a su aspecto exterior, al sexo opuesto al que originalmente aparece registrado en su partida de nacimiento.

La legislación comparada afronta también el problema crucial del conflicto de intereses que a menudo se presenta entre aquellos del transexual y los de su familia, si la hubiere. Generalmente se privilegia el interés de esta última. Para ello se exige que el transexual que pretende un cambio de sexo no sea casado y que esté incapacitado para procrear.

11.2. La legislación comparada sobre el cambio de sexo

Estados Unidos es el país donde probablemente por vez primera se legisla en materia de cambio de sexo. En este sentido se recuerda que en Illinois, desde fines de 1961, se permite al registrador transcribir la rectificación de sexo producida luego que el sujeto se somete a una intervención quirúrgica. Esta inscripción se efectúa sobre la base de la correspondiente certificación del hecho formulada por el propio médico que ha efectuado la operación. Se trata, en consecuencia, de un simple trámite de carácter administrativo el que facilita dicha inscripción. Similar reforma legislativa opera en Arizona desde 1967⁴⁹.

En otros Estados, tales como Louisiana y California, existen también leyes permisivas del cambio de sexo, aunque a diferencia de los casos anteriormente citados, este hecho supone un previo trámite judicial en base a una intervención quirúrgica. En el primer caso la ley data de 1968 y, en el segundo, se remonta al año de 1977. En el Estado de New York la rectificación de sexo no requiere de una ley sino que se practica en base a una específica reglamentación de 1971.

En diversas provincias canadienses, generalmente sobre la base de una previa legislación se permite, a partir de 1973 y en mérito a un procedimiento administrativo, el cambio de sexo y la consiguiente rectificación del prenombre teniendo a la vista dos certificados médicos. En Sud Africa es suficiente una resolución del Ministro del Interior que autoriza la rectificación registral del sexo de haberse producido una intervención quirúrgica de adecuación morfológica.

En Europa, según nuestra información y tal como se ha señalado, son al menos tres los países que han legislado en esta materia. Se trata de Suecia, cuya ley data de 1972, y de Alemania Federal e Italia, según disposiciones legales de 1980 y 1982, respectivamente.

En Holanda existe un proyecto de ley que, empleando una técnica diversa a las anteriormente señalada para los casos de Suecia, Alemania e Italia, países que han preferido

49 Pau y Will, *ob. cit.*, p. 48.

tratar la materia del cambio de sexo mediante leyes especiales, dispone integrar la normatividad pertinente dentro del articulado del Código Civil.

Al lado de las soluciones legislativas antes referidas se cita algunas otras de carácter pragmático, a nivel administrativo, como son los casos de Austria y Dinamarca, así como aquellas de naturaleza jurisprudencial. Entre estas últimas cabe recordar el caso de Suiza, país en el que, frente a la presencia de una laguna legal en lo que atañe a la solución del problema atinente al cambio de sexo, se recurrió a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil. Según esta norma, que es aplicada con extrema prudencia, se establece que el juez, ante un vacío de la ley, debe decidir en base a la regla que él mismo habría adoptado de tener la calidad de legislador.

Sobre el particular vale la pena recordar que la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en los últimos años, ha resuelto algunos recursos vinculados con el asunto que venimos tratando en base a la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre. Entre ellos es dable citar el que en 1976 se interpusiera en relación con Bélgica. La Comisión encontró que este país había violado los artículos 8 y 12 de la Convención vinculados con la tutela de la vida privada y el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, respectivamente.

El Estado belga había negado al transexual el proceder a la modificación de su sexo en los registros públicos correspondientes, "costriniéndolo a dar penosas explicaciones de la enfermedad que sufría y sobre el tratamiento al que se había sometido", lo que suponía la indebida difusión de asuntos de la esfera íntima de la persona en contravención con lo dispuesto en el citado artículo 8. Al mismo tiempo, se había impedido que el transexual —originariamente mujer pero psicológicamente hombre—, pudiera contraer matrimonio con una mujer, ya que según el registro ello hubiera significado el matrimonio entre dos mujeres. Esta negativa se consideró por la Corte como violatoria del artículo 12 de la Convención⁵⁰.

12. Requisitos para el cambio de sexo en la ley sueca de 1972

Las leyes de los países europeos no siempre coinciden en lo que se refiere a los requisitos requeridos para el cambio de sexo y la consiguiente inscripción del hecho a través de una modificación del o de los prenombrados. Estas divergencias se presentan en lo que concierne a la edad y a la nacionalidad del recurrente, sobre la previa incapacidad de procrear, en cuanto al procedimiento a seguir y en lo que atañe al estado civil del recurrente, entre otros tópicos.

En cuanto a la edad que debe tener el solicitante, la ley sueca de 1972 exige que éste haya cumplido 18 años, a diferencia de la ley alemana que la fija en los 25 años.

La ley considera que es requisito indispensable, para la comprobación que debe hacerse

50 Patti y Will, *ob. cit.*, p. 13.

de la pertenencia al sexo opuesto, el que la persona haya sido previamente esterilizada o sea incapaz de generar por cualquier otro motivo.

De otra parte, sólo pueden recurrir al cambio de sexo los ciudadanos de nacionalidad sueca, a diferencia de lo que acontece con la ley alemana que es más liberal en este aspecto.

En principio, según la ley sueca, el sujeto que desca obtener el cambio de sexo debe probar, dentro de un proceso meramente administrativo, que después de la adolescencia no ha pertenecido más al sexo que se indica en la correspondiente partida registral, por lo que de hecho se comporta de conformidad con la manera de ser del sexo opuesto al que oficialmente pertenece y que, en base a ello, es de presumir que vivirá en el futuro dentro de este nuevo rol sexual.

En concordancia con lo dispuesto en la ley alemana de 1980, y apartándose de lo consignado en la ley italiana de 1982, la ley bajo comentario establece que la persona que solicita la comprobación de pertenencia al género opuesto al que emana de su inscripción registral, aparte de los requisitos antes señalados, no debe ser casada. Es decir, o su estado civil es de soltería o de viudez o ha cumplido previamente con divorciarse. De este modo se privilegia los intereses de la familia sobre aquellos del transexual.

La ley sueca, a diferencia de la alemana, no prescribe que sea obligatorio que el transexual se someta a una previa intervención quirúrgica de transformación morfológica de sus órganos genitales exteriores.

El recurrente, si además de obtener la comprobación de su "nuevo sexo", desca que se le practique una intervención quirúrgica de adecuación morfológica al sexo opuesto, debe solicitar, adicionalmente, autorización judicial para el efecto. En este caso, está facultado para indicar en su demanda el nombre del médico que ha seleccionado personalmente para que ejecute dicha operación. De no hacerlo, dicha intervención será realizada en un hospital, a cargo de un médico-cirujano especialista.

Es importante señalar que, según el parágrafo sétimo, la ley exige se guarde reserva sobre el evento de parte de las personas que, de alguna manera, han participado del proceso conducente al cambio de sexo. Esta prohibición se sustenta en el principio de que tal acontecimiento, por sus específicas características, pertenece a la esfera de la intimidad de la vida privada de la persona. La ley establece que, de producirse alguna contravención sobre el particular, el interesado puede solicitar se sancione el incumplimiento. Igual acción corresponde al ministerio público si es que el interés social se ha visto de alguna manera afectado. La ley prevé, si el caso lo amerita, la pena de un año de cárcel para el infractor.

La ley bajo comentario contempla también el caso de aquellas personas que, por presentar malformaciones en sus órganos genitales, origina el que se susciten dudas en lo tocante a su pertenencia a un determinado género. La ley permite a la persona que se hallare

en esta situación el solicitar la comprobación de su sexo, si ello fuere compatible con el desarrollo de sus órganos sexuales o, si fuese posible, efectuar un proceso correctivo de tales malformaciones para adecuarlas al género deseado.

Si la indicada corrección no fuera posible de realizar, la comprobación de la pertenencia sexual del interesado guardará concordancia con la que corresponda mejor en relación con la constitución física general del recurrente.

La persona que haya cumplido 18 años, y aún el sujeto más joven no sometido a tutela, está facultada para presentar personalmente la correspondiente demanda en la hipótesis a que hemos hecho referencia en los dos anteriores párrafos. En los otros casos, la solicitud puede ser tramitada por el tutor. Si la demanda comprende a un menor de más de 12 años, la comprobación sólo es admitida con el consentimiento de éste último.

13. La ley alemana de 1980 sobre cambio de sexo

13.1. Soluciones propuestas por la ley alemana

La ley de Alemania Federal, que como se ha señalado data de 1980, prevé dos diversas soluciones a las que, a manera de etapas sucesivas, puede acogerse el transexual en lo que concierne al asunto del cual venimos ocupándonos. Tal como precedentemente se indicara, el interesado puede escoger entre solicitar solamente la mera rectificación y consiguiente inscripción de un nuevo prenombre correspondiente al género opuesto al originario o, en cambio, el requerir que, además, se considere también el cambio de sexo en base a una previa intervención quirúrgica dirigida a la adecuación de los caracteres sexuales exteriores.

En principio no nos parece acertada ninguna de las soluciones propuestas por la ley alemana. En nuestro concepto, un cambio de sexo exige, para su confirmación jurídica, una previa, intensa y sostenida vivencia de pertenecer al otro género. Esta irrefrenable aspiración de ser del sexo contrario debería concretarse en una adecuación de los órganos genitales externos a fin de que ello contribuya, al máximo, a que dicha vivencia tenga una lógica correspondencia en la morfología sexual de la persona interesada. Un cambio de sexo debe ser, en consecuencia, la culminación de un proceso que aproxime lo más posible al transexual al sexo "sentido y vivido".

Lo expuesto nos lleva a criticar la propuesta de la ley alemana, ya que la primera solución no satisface los requerimientos de lo que debería ser un "cambio de sexo" entendido como la "máxima aproximación morfológica al sexo opuesto" a fin de evitar la disociación entre el aspecto físico y la actitud psicológica. De ahí que, a nuestro parecer, un simple cambio de prenombrados no resuelve de manera adecuada el problema psicológico del transexual, el que se mantiene en una situación de ambivalencia por la persistente disociación entre un exterior que denota la pertenencia a un sexo y una honda inclinación psicológica hacia el género opuesto.

Desde nuestro punto de vista consideramos que, dentro de un planteamiento que admite jurídicamente la posibilidad de un cambio de sexo, la modificación del o de los prenom-

bres del transexual resulta ser tan sólo una lógica y ulterior consecuencia de dicha modificación. Por ello, no aparece dotada de coherencia la solución de la ley alemana que permite un cambio de prenombre y, al mismo tiempo, mantiene vigente el vínculo matrimonial. Estimamos que, si se toma partido en el sentido de permitir jurídicamente un cambio de sexo, debe llevarse el proceso de transformación sexual hasta los últimos extremos permitidos por la ciencia, evitando así la persistencia de dañinas ambigüedades.

De todos modos, es lícito y conveniente preguntarse por las razones que habría tenido el minucioso legislador alemán para plantear un simple cambio de prenombre, situación que puede acarrear una divergencia entre éste y la morfología sexual de la persona. La respuesta la encontraríamos, tal vez, en la voluntad del legislador de otorgar cierta tutela al transexual, la misma que se concretaría al concederle la satisfacción psicológica de un cambio de nombre. Ello sería explicable en los casos en que, por razones de edad, por padecer de determinada enfermedad u otras razones, el transexual no se encontrase en condiciones de afrontar, pese a su deseo, una intervención quirúrgica destinada a la adecuación de sus órganos genitales exteriores con el sexo vivido. No puede perderse de vista que la operación, al decir de los expertos, es de suyo dolorosa y supone ciertos riesgos que no todas las personas están en condiciones de asumir.

Por otra parte, la solución alemana no imposibilita la supervivencia del matrimonio, situación que, aunque ambigua y aparentemente inexplicable, no es del todo descartable en la práctica si los cónyuges, por razones muy personales, admiten convivir bajo estas extrañas condiciones según el legislador alemán. Podría también pensarse que el hecho de que el transexual dé este paso previo no le cierra la puerta de una rehabilitación, circunstancia que, en opinión de los expertos, es altamente improbable.

En abono de la propuesta germana se observa, teniendo como fundamento el criterio de los especialistas, que la conversión de "mujer" en "varón" ofrece mayores dificultades en cuanto a su transformación morfológica, por lo que no es infrecuente que el transexual, pese a su deseo, no esté en condiciones de correr este riesgo. Las estadísticas parecerían avalar esta apreciación, ya que son mucho más numerosos los casos de "transformación" de varón a mujer que viceversa.

Finalmente, los partidarios de la fórmula que recoge la ley alemana aseveran que son positivos para la vida diaria los efectos que, en gran parte, dependen de la simple coincidencia entre el nombre y la apariencia, "mientras que en una serie de hipótesis aparece prácticamente inútil la modificación de los caracteres sexuales ligada a una intervención quirúrgica"⁵¹.

13.2. La modificación del prenombre del transexual

La ley alemana exige que para la modificación del o de los prenombrados, el recurrente debe ser una persona que sienta pertenecer al sexo opuesto por lo que, al menos desde tres

51 Patti y Will, ob. cit., p. 61.

años antes a la formulación de su demanda, debe haber vivido y comportado de acuerdo con tal sentimiento. La ley prescribe que debe atenderse al hecho que el solicitante, con mucha probabilidad, no haya de cambiar de actitud en el futuro.

La ley, apartándose de las normas referentes a la capacidad, requiere que el solicitante tenga veinticinco años de edad. Con esta prescripción se pretende que el demandante, por la madurez que comporta la edad, esté absolutamente convencido de su decisión.

Sin embargo, en lo que atañe a la edad del solicitante debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional de Alemania, tratándose de la llamada "gran solución", declaró la inconstitucionalidad del requisito legal que fija en veinticinco años la edad del demandante.

En lo que concierne a la nacionalidad del recurrente, la ley sólo concede el derecho a solicitar el cambio de sexo a los alemanes, a los apátridas o a los extranjeros sin patria que residan habitualmente en el país. Gozan también del derecho los que, de acuerdo con la ley de la materia, se acojan al asilo y los prófugos que domicilien en Alemania.

La ley bajo comentario prevé que el representante legal del incapaz debe obtener la autorización previa del tribunal de tutela para dar inicio a la acción judicial correspondiente.

Según el párrafo 4 de la ley en cuestión corresponde al tribunal escuchar personalmente al solicitante, lo que permite el que sus integrantes tengan una impresión directa e inmediata de la humana problemática del transexual. Podrán así conocer en detalle, a través de un interrogatorio-conversación, las aspiraciones y las características de la personalidad del recurrente.

El tribunal, si fuere el caso, podrá acoger la demanda solamente después de haber recibido la pericia de dos especialistas los que, como la ley expresamente exige, en base a su formación y experiencia profesional deben ser "suficientemente expertos" en los específicos problemas del transexualismo. Los peritos han de proceder en su trabajo en forma independiente. En sus informes periciales deben tomar posición en cuanto al hecho de si, según sus conocimientos de la ciencia médica, el recurrente, con mucha probabilidad, no cambiará en el futuro su sentimiento de pertenecer al sexo opuesto al originario. Es decir, deben examinar cuán profundo y arraigado es el sentimiento del transexual de "vivir" en contradicción con su sexo biológico.

La ley no considera el cambio de sexo como un hecho irreversible si se trata de la modificación del prenombre. El dispositivo legal en referencia ofrece la posibilidad de cancelar los efectos de la sentencia si es que se produce el hecho improbable de que el transexual deseara retornar a vivir dentro de la "manera de ser" de su sexo originario. Esto es explicable tanto por que la ley respeta la libre decisión de la persona en lo que concierne al desarrollo de su personalidad, como por tratarse tan sólo de una modificación a nivel del nombre, lo que no implica que el recurrente se someta a una previa intervención quirúrgica destinada al cambio morfológico de sus genitales exteriores.

La sentencia de cambio de nombre resulta ineficaz, entre otras circunstancias, cuando en el curso de trescientos dos días contados a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada, nazca un hijo del recurrente o si, después de vencido dicho plazo, se reconozca la filiación de un hijo.

La sentencia de cambio de pronombre deviene también ineficaz si la persona a quien se autorizó dicho cambio contrae matrimonio.

La ley tutela la intimidad de los actos de la vida privada del recurrente. Para tal efecto prescribe que no se debe divulgar ni practicar investigación alguna, sin consentimiento del interesado, en torno a los prenombrados que llevaba al tiempo en que se dictó la correspondiente sentencia autoritativa. Esta prohibición queda a salvo, obviamente, si existen de por medio intereses de orden público o intereses jurídicos que fueren atendibles.

De otro lado, el cónyuge, el cónyuge precedente, los progenitores, los ascendientes y los descendientes sólo están obligados a declarar los nuevos prenombrados cuando ello sea requerido por exigencias propias de los registros públicos. Esta limitación no funciona en relación con los hijos que el recurrente haya adoptado después de que la sentencia quedó ejecutoriada.

La ley precisa que, tratándose de la inscripción del nacimiento de un hijo del recurrente o de uno que hubiere adoptado con anterioridad a la ejecutoria, éste deberá declarar los prenombrados que llevaba antes de tal sentencia.

13.3. Requisitos exigidos por la ley alemana para el cambio de sexo

En lo que respecta a la "gran solución", o sea la que incide en la efectiva transformación de los órganos genitales exteriores mediante una intervención quirúrgica, la ley alemana exige, aparte de aquellos requisitos establecidos para la modificación del prenombre, otros de suma importancia por lo que ellos en sí significan.

La principal exigencia que trae la ley bajo comentario es aquella de que el transexual no sea casado. Esta previsión es del todo explicable ya que, como lo hemos anotado, la incidencia del cambio de sexo de uno de los cónyuges acarrea graves daños a las personas de su familia. Por lo demás, y tal como lo hemos apuntado, la situación del transexual es de tal naturaleza que no pasa desapercibida ya que, generalmente, eclosiona en la pubertad y se manifiesta en actitudes, inclinaciones, modales. El deseo de pertenecer al sexo contrario es de tal profundidad y magnitud que, normalmente, el transexual no piensa en contraer matrimonio con una persona de "su propio sexo psicológico" o, dicho en otras palabras, de "sexo contrario" al que biológicamente le pertenece.

La previsión de la ley alemana, que prohíbe el cambio de sexo de una persona casada, tiene en consideración, dentro de la situación jurídica subjetiva, el derecho de los miembros de la familia del transexual. Se considera que cada persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no cause graves daños a terceros, máxime si

éstos son integrantes del núcleo familiar que merece protección y respeto. El transexual no tiene un derecho subjetivo absoluto, sin límites ni condicionamientos, a imagen y semejanza del derecho de propiedad privada concebida por el individualismo decimonónico, que llegó a ser "inviolable y sagrado" en un momento de la historia. La situación jurídica del transexual es un derecho-deber. El deber consiste en no lesionar los legítimos derechos de los miembros de su familia.

El segundo requisito de importancia previsto por la ley alemana es el que el transexual que recurre a un cambio de sexo sea incapaz de procrear. Las probables razones que llevaron al legislador alemán a establecer esta prescripción, pueden encontrarse en los argumentos que hemos expuesto en otro lugar al tratar de cómo los opositores al cambio de sexo consideran que este hecho lesiona el derecho fundamental a procrear que tiene la persona humana. Derecho que, por instalarse en una "situación jurídica subjetiva", supone, a su vez, el derecho de la humanidad a impedir que el sujeto atente, a través de la esterilización, contra los derechos de la especie humana a "crecer y multiplicarse" dentro de una racional planificación. Lo que comporta, en última instancia, el deber de la persona de no renunciar a su derecho a procrear en consideración a los derechos de la humanidad, máxima expresión del sujeto jurídico colectivo.

Tal vez, en este punto, sea conveniente aclarar que la esterilización, que atenta contra el fundamental derecho de la persona a procrear, no es un sistema ni un método de control de la natalidad. Una función del ser humano, de tanta trascendencia, no puede confundirse con un método de planificación familiar que, por cierto, es lícito utilizar y poner en práctica sin atrofiar la función procreativa, salvo que llegue el día en que la esterilización sea reversible en todos los casos y sin perjuicio para la salud de la persona.

El tercer requisito de importancia fijado por la ley en cuestión es el que la persona se someta, previamente, a una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva tendiente a adecuar sus órganos genitales exteriores a los del sexo hondamente sentido y deseado. Como se expresa en el dispositivo legal bajo comentario, se trata de obtener mediante tal operación "un claro acercamiento al cuadro morfológico del otro sexo". Esta última frase nos conduce al presupuesto que, en el caso de los transexuales según el legislador alemán, no se produce un real y efectivo cambio de sexo sino sólo una "adecuación morfológica" para satisfacer exigencias existenciales de la persona.

Como condición previa al inicio del proceso judicial de cambio de sexo, la ley parte del hecho de que el transexual debe probar que "siente no pertenecer más al sexo indicado en su acta de nacimiento, sino más bien al otro y que por lo menos desde hace tres años se halla constreñida a vivir de conformidad con sus ideas".

Como se ha expresado cuando se ha hecho referencia al caso de la "pequeña solución", es decir, de la simple modificación del prenombre, es también indispensable en esta hipótesis, y con mayor razón, el informe de dos expertos en la problemática del transexualismo, quienes deberán emitir sus opiniones de modo independiente.

El parágrafo 10 de la ley alemana prescribe que, una vez que la sentencia quede ejecutoriada, el recurrente debe considerarse como que pertenece al sexo contrario a aquel con el cual nació, por lo que gozará de los derechos y deberes concernientes a su nuevo sexo, salvo disposición contraria de la ley.

La ley, en su parágrafo 11, deja inmutables las relaciones entre el recurrente y sus progenitores, así como aquellas relativas a sus hijos y a los hijos adoptivos si es que, estos últimos, hubiesen sido adoptados antes de que la sentencia quede ejecutoriada. Esta misma relación se mantiene tratándose de los descendientes de los hijos adoptivos.

En igual sentido, no varían las pretensiones a pensiones y a prestaciones periódicas subsistentes al momento del cambio de sexo. La ley contiene otras disposiciones sobre este particular, las mismas que no son del caso referir.

La ley consigna algunas disposiciones transitorias. Entre ellas, cabe señalar aquella que preceptúa que, si se hubiese producido el cambio de sexo de una persona casada con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley de 1 de enero de 1981, y si entre ambos eventos el matrimonio no hubiere sido declarado nulo, o no es anulado o no existe divorcio, dicho matrimonio queda automáticamente disuelto con la entrada en vigor de la ley bajo comentario. Las consecuencias de la disolución se regularán de conformidad con las disposiciones sobre el divorcio.

14. El cambio de sexo en la ley italiana de 1982

14.1. Consideraciones generales

Mientras que la ley alemana es relativamente extensa y minuciosa en lo que concierne a la enumeración de los requisitos que deben previamente cumplirse para lograr un cambio de sexo, así como en lo que atañe a la mecánica procesal y a la regulación de las consecuencias derivadas de tal evento, la ley italiana es breve, escueta y a veces superficial en lo que atañe al tratamiento de la materia por lo que da la impresión que fue dictada con apresuramiento, bajo la presión de las circunstancias. Por ello son justas y certeras las críticas que su promulgación ha despertado.

La primera reacción que produce el análisis de la ley, como señalan Patti y Will, es su "falta de claridad en cuanto concierne a aspectos fundamentales de la problemática, a la cual se contraponen soluciones claras en lo que atañe a otros aspectos"⁵². Pero, como también dichos autores apuntan, cabe observar que estas últimas soluciones, no obstante su claridad, "no resultan satisfactorias porque las decisiones adoptadas no siempre parecen ser las mejores"⁵³. Consideramos que estas precisas apreciaciones sintetizan, de modo elocuente, la opinión que nos merece dicha ley.

52 Patti y Will, *ob. cit.*, p. 54.

53 *Id.*, p. 54.

Uno de los aspectos más criticables de la ley italiana, como se apreciará más adelante, es el haber privilegiado de tal manera el interés personal del transexual, al extremo de dejar privados de tutela tanto a su cónyuge como a sus hijos, en la hipótesis de haber contraído matrimonio previo y haber tenido descendencia. En este tema se advierte un notorio distanciamiento con la solución que sobre el particular adopta la ley alemana, a la cual nos hemos anteriormente referido.

Una de las más elocuentes limitaciones de la ley italiana es su ausencia de claridad en lo que se refiere a los destinatarios de la ley, mientras que en la ley alemana se alude a la situación del transexual como aquella que es materia de regulación, la ley italiana carece de una concreta referencia en este aspecto. En esta última ley no se menciona ni a los transexuales ni a los intersexuales ni a ninguna otra categoría de personas como sujetos destinatarios de dicha ley. La ley bajo comentario menciona solamente que las personas que pueden acogerse a la ley son aquellas que se han sometido a una intervención destinada a la transformación de sus caracteres sexuales. De ahí que pareciera que no estén involucrados dentro del ámbito de la ley el caso de los intersexuales y, en especial, el de los hermafroditas⁵⁴.

A diferencia de lo que acontece con la ley alemana, la italiana la aventaja en cuanto no contiene una normativa autónoma relativa al cambio del o de los prenombrados, sino que sólo regula lo que imprecisamente denomina como la "rectificación de atribución de sexo", de donde la modificación del nombre resulta ser una lógica consecuencia de tal hecho. La ley italiana privilegia de este modo una solución unitaria, lo que nos parece más adecuado en tanto evita el que pueda presentarse, en un determinado momento, una divergencia entre el nombre y el sexo, lo que carecería de coherencia factual y jurídica. No obstante, consideramos que no pueden perderse de vista las razones que asistieron al legislador alemán para optar por la doble solución a la que se ha hecho referencia (*supra* 13.1).

14.2. Requisitos para acceder a las intervenciones modificatorias de los caracteres sexuales

La ley alemana, en la segunda de las soluciones previstas, es decir en aquella relativa al cambio de sexo, exige como uno de los requisitos previos para lograr tal objetivo, el que se produzca una "operación quirúrgica de transformación de los atributos sexuales exteriores, con lo cual se alcance un claro avencidamiento al cuadro morfológico del otro sexo". La disposición comentada no ofrece duda alguna en cuanto precisa que la intervención ha de ser de naturaleza "quirúrgica", así como que la transformación en referencia se circunscribe a los órganos genitales "exteriores".

La ley italiana, en cambio, sólo requiere para la rectificación del sexo que en la persona del recurrente se hayan producido, previamente a la admisión del caso, lo que imprecisamente designa como "intervenciones modificatorias de sus caracteres sexuales". Esta expresión, a diferencia de la contenida en el texto de la ley alemana, no indica si estas "inter-

⁵⁴ Patti y Will, *ob. cit.*, p. 54.

venciones" han de ser de naturaleza quirúrgica o sólo deben responder a terapias hormonales o de otro género. La ley italiana tampoco precisa, con lo que se aparta de la solución consignada en el texto de la ley alemana, si la modificación de los mencionados "caracteres sexuales" se contrae únicamente a los órganos genitales exteriores.

La ausencia de claridad que en esta cuestión denota la ley italiana es grave, máxime si se tiene en consideración que este dispositivo legal, también a diferencia de lo previsto en las leyes sueca y alemana, no exige como requisito previo para la rectificación del sexo el que la persona sea incapaz de procrear. Esta imprecisión podría dar lugar a que una persona originalmente del género masculino a quien se atribuye judicialmente pertenecer al sexo opuesto, termine absurdamente por generar —a pesar de haber sido jurídicamente reconocida como "mujer"—, un hijo, el mismo que tendría, paradójica y formalmente, dos madres, careciendo de la figura paterna.

Es conveniente advertir, en relación con lo que venimos tratando que, según lo dispone el artículo 3 de la ley italiana, el tribunal que se aboca al conocimiento de la causa de "rectificación de atribución de sexo" puede autorizar, a través de una específica sentencia, "cuando resulte necesario", la correspondiente "adecuación de los caracteres sexuales" a realizarse mediante tratamiento médico-quirúrgico. Como puede observarse del texto transcrito, la *intervención quirúrgica de adecuación de los órganos genitales exteriores* no es requisito previo para la atribución al interesado del sexo opuesto al que aparece en su partida de nacimiento. Dicha operación quirúrgica está librada, al igual que el recurrir a la asesoría de expertos, al criterio del tribunal.

La ley alemana, que en este aspecto es muy rigurosa, considera, tal como se ha apreciado en su oportunidad, que el tribunal, antes de emitir sentencia, no sólo escuche al recurrente sino que además, lo que es muy importante, se produzcan dos pericias previas formuladas, de modo independiente, por expertos en problemas relativos al transexualismo. La ley italiana, en cambio, no prevé ni la entrevista personal con el solicitante ni la obligatoriedad de las pericias médicas. En cuanto a este punto deja también librado al criterio del juez instructor el solicitar, "cuando sea necesario", un asesoramiento destinado a comprobar "las condiciones sico-sexuales del interesado".

El planteamiento de la ley italiana, por todo lo expuesto es, a nuestro juicio, impreciso e incierto en diversos aspectos los que, por su trascendencia, debieron haber sido cuidadosamente previstos por el legislador. Ello se pone en evidencia, entre otros casos, cuando la ley italiana no preceptúa para el cambio de sexo tres requisitos de importancia, exigibles al transexual, como son la incapacidad de procrear, el no ser casado y el someterse a una intervención quirúrgica de adecuación de sus órganos genitales exteriores. Estas carencias impiden, a nuestro entender, que se opere en el transexual una modificación morfológico-funcional que lo aproxime, al máximo, al sexo deseado, definiendo, de este modo, lo más categóricamente posible la sexualidad del transexual.

Contrariamente a lo expresado, no falta algún autor que considera al respecto que la solución más liberal que ofrece la ley italiana "podría considerarse preferible sobre todo con

referencia a los casos en los que, dada la edad o las condiciones de salud (física o síquica) del sujeto, la intervención quirúrgica aparece como inútil e inoportuna⁵⁵. Los autores se refieren, por ejemplo, al caso de una persona de avanzada edad que haya cumplido satisfactoriamente un tratamiento hormonal.

14.3. Edad, nacionalidad y estado civil del recurrente según la ley italiana

La ley italiana, a diferencia también de las precedentes leyes sueca y alemana, no establece en su texto un precepto referente a la edad que debería tener el transexual que pretende iniciar una acción tendiente a la rectificación de su sexo. Hemos apreciado, en su oportunidad, que la ley sueca fija en 18 años esta edad, mientras que la ley alemana prescribe que el solicitante debe tener 25 años. Es de presumir que, con extremo sentido de prudencia y cautela, el legislador alemán fijó dicha edad con la finalidad que el transexual, al alcanzar una relativa madurez, estuviera muy seguro y convencido de su radical decisión existencial. Se ha hecho también notar al comentar la legislación alemana que, en este último caso, la Corte Constitucional declaró como inconstitucional la fijación de esta edad, en la medida que esta disposición, entre otras razones, es contraria al principio jurídico de igualdad.

Es de suponer, ante este ostensible pero no grave vacío de la ley italiana, que para la posibilidad de accionar de parte del transexual deberá tenerse en cuenta la edad que el Código Civil fija como la de la mayoría de edad. El artículo 2 de dicho cuerpo legal establece que a los 18 años se adquiere la capacidad de cumplir con todos los actos para los cuales no se establezca una edad diversa.

En la ley bajo comentario se advierte también la notoria ausencia de un dispositivo relativo a la nacionalidad del recurrente. Esta opción del legislador italiano se distingue, como se ha podido apreciar en precedencia, de las soluciones adoptadas por las leyes sueca y alemana. En la primera de ellas, con sentido restrictivo, se ha limitado la acción de cambio de sexo a sólo los ciudadanos suecos, mientras que la alemana es más liberal en este aspecto. En efecto, tal como se anotó en su momento, esta última ley admite que, al lado de los ciudadanos alemanes, puedan también accionar los apátridas y los prófugos residentes en el país. El proyecto holandés, distanciándose de los modelos legales que lo antecedan, facilita la posibilidad de accionar también a los extranjeros siempre que tengan un mínimo de tres años de residencia en su territorio.

En lo que se refiere al asunto que venimos tratando Patti y Will consideran, al criticar la carencia de un dispositivo que regule la materia concerniente a la nacionalidad del accionante, que en base a los principios generales un ciudadano extranjero estaría en capacidad de solicitar la rectificación de su sexo de origen ante los tribunales italianos. En cuanto a la ley aplicable anotan que el artículo 17 de las disposiciones preliminares del Código Civil prevé que los asuntos referentes al estado de las personas, en el ámbito del derecho internacional privado, se deben someter a la ley nacional del solicitante. En la

55 Patti y Will, *ob. cit.*, p. 57.

hipótesis de que esta última ley no hubiere disciplinado la materia o en el caso concreto de existir una disposición que prohíba la rectificación de los caracteres sexuales, los citados autores opinan que, dentro de los límites del orden público internacional, podría considerarse que la ley italiana es de aplicación al caso⁵⁶.

La ley italiana muestra también una laguna en lo que respecta a la determinación de la competencia territorial en el caso de ciudadanos italianos no residentes dentro del territorio nacional, a quienes se considera también como destinatarios de la ley bajo comentario. Según los autores antes mencionados tendría competencia, en este caso, el tribunal de la capital de la República o el del lugar donde se encuentra registrada la partida de nacimiento del solicitante⁵⁷.

En lo que atañe al estado civil del solicitante ya nos hemos referido con anterioridad al asunto (*supra* 10.2) al tratar la problemática en torno a la incidencia del cambio de sexo en las relaciones familiares. Como se ha anotado, la ley italiana no exige como requisito previo para la rectificación de los caracteres sexuales que el recurrente sea soltero. Este vacío, que no se presenta en las leyes sueca y alemana, trae consigo una grave situación en lo que se relaciona con la tutela del cónyuge afectado y en lo que concierne a la situación de los hijos menores. La ley italiana no prevé esta circunstancia, dejando en el desamparo a la familia. El cónyuge del favorecido con la rectificación de sus caracteres sexuales, cuyo matrimonio queda automáticamente disuelto con la correspondiente sentencia, se verá obligado a iniciar una nueva acción que deslinde tanto su situación como la de los hijos menores.

15. La sentencia de 27 de febrero de 1987 pronunciada por un juez peruano de Primera Instancia

Conocemos una sentencia emitida por un juez peruano en lo atinente al problema del cambio de sexo. Nos referimos a aquella de 26 de febrero de 1987, dictada por el Vigésimo Segundo Juzgado en lo Civil de Lima la misma que, al no ser apelada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Ministerio de Justicia, quedó ejecutoriada.

Es interesante analizar los extremos de dicha ejecutoria que acoge una demanda de cambio de sexo de varón a mujer y el consiguiente cambio de prenombre. Se trata del caso de un transexual, soltero, que por propia y arbitraria decisión se sometió a una intervención quirúrgica de adecuación de caracteres sexuales en una clínica de la ciudad de Lima, el 26 de junio de 1981.

El recurrente, cuyo prenombre era Moisés según su partida de nacimiento, solicita en su demanda la rectificación, adición y cambio del antedicho prenombre por el de "Natalie Gisella" y la consiguiente anotación del hecho en el registro civil. El juez, de conformi-

56 Patti y Will, *ob. cit.*, p. 65.

57 *Id.*, pp. 65 y 66.

dad con lo opinado por el Fiscal Provincial, ordena que la demanda se entienda con el Procurador Público antes mencionado.

En los considerandos de la sentencia el juez estima que el supuesto jurídico planteado por el recurrente es *sui generis* en tanto se trata "de modificar la condición civil en su elemento sexo". De este hecho el juzgador deriva que no son de aplicación las normas del procedimiento no contencioso establecido por los artículos 321 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles vigente, en tanto estas disposiciones están dirigidas a lograr la corrección en cuanto a un error en el nombre de una persona, o a su sustitución, rectificación o adición, si ello estuviere debidamente justificado. El juez advierte que, en el caso que se somete a su conocimiento, se trata de un asunto diferente ya que implica el cambio de sexo de la persona como elemento constitutivo de su condición civil.

Por otra parte, el juez de la causa estima que si "bien la demanda no estuvo dirigida contra un supuesto demandado" ella debe entenderse, como opina el fiscal, con el Procurador Público antes citado, para lo cual hace uso de la facultad que le confiere el artículo 1087 del Código de Procedimientos Civiles.

El juez constata, como no podía ser de otra manera, que "la presente acción no se encuentra regulada legalmente, por lo que es facultad de este Despacho la de no dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley, debiéndose sujetar a las reglas establecidas por el artículo octavo del Título Preliminar del Código Civil". Es interesante advertir que el juez, en realidad, lo que no halla en el ordenamiento jurídico nacional es un derecho subjetivo, expreso y típico, que establezca la facultad de la persona a cambiar de sexo en determinadas circunstancias y de conformidad con requisitos fijados por la ley. Se trata de un caso de vacío legal que no supone, por cierto y como lo afirma implícitamente el juez, la existencia de una laguna del derecho. El artículo VIII del Título Preliminar, en efecto, obliga al juez a no dejar de administrar justicia por defecto o por deficiencia de la ley. El dispositivo señala que en estos casos el juez debe aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

La prueba actuada en el expediente consistió en la presentación de parte del recurrente del certificado médico, expedido por el cirujano que practicó la operación de adecuación de los caracteres sexuales del demandante, el mismo que acredita haber efectuado tal intervención, documento que fue debidamente reconocido por el citado médico. El juez no consideró oportuno solicitar un peritaje de parte de expertos en este tipo de situaciones, el que hubiera sido de suma importancia para corroborar a plenitud no sólo la adecuación de los órganos genitales exteriores sino también para precisar las características psicológicas del demandante. Como oportunamente lo hemos puesto de manifiesto, este peritaje es requisito indispensable para el pronunciamiento judicial sobre el cambio de sexo dentro de la ley alemana de 1980, a la que hemos hecho mención en páginas precedentes (*supra* 13.3).

No consta en los considerandos de la sentencia que el juez se hubiera entrevistado con el transexual para apreciar personalmente los rasgos definitorios de su personalidad. No

obstante, el juez declara que "de lo actuado se desprende que el recurrente desde pequeño mostraba inclinación hacia el sexo femenino y que a la fecha obra como tal" y que, además, "conforme aparece en el certificado médico correspondiente éste presenta las características sexuales morfológicas propias de una mujer, con la única limitación de la capacidad de procrear que lógicamente no es el elemento determinante de una mujer normal". Todo ello hace que el juez afirme que el actor "ha sufrido un cambio sustancial en su personalidad al haberse sometido a una operación a fin de lograr dicho cambio sexual".

No compartimos esta última apreciación del juez, pues el cambio que advierte en la "personalidad" del actor en la dimensión de su sexualidad, no se produce como consecuencia de "haberse sometido a una operación" sino que, más bien, esta intervención ha permitido que, a nivel biológico, la apariencia física del transexual se adecúe a los rasgos definitorios de "su personalidad", la misma que de tiempo se ha expresado a través de pensamientos y comportamientos, aspiraciones y modales, que son típicos de una personalidad del género femenino. Es decir, que su proyección social era la de "Natalie Gisella", no obstante que sus órganos genitales externos correspondieran a "Moisés, prenombre con que el recurrente figuraba inscrito en el registro civil.

El juez, para el efecto de sustentar su fallo, parte del supuesto que "es principio de carácter general que la evolución del derecho tiene que ir paralela a la evolución de la ciencia, a fin de regular situaciones o relaciones producidas en el ejercicio o descubrimiento de una labor científica aplicada al campo humano". Por otra parte, al sostener que no se debe permitir que en la realidad existan circunstancias que "hagan discutible la situación de las personas" —con lo que implícitamente alude al principio de certeza jurídica—, considera que las personas deben obrar dentro del principio de libertad establecido en el acápite a) del inciso veinte del artículo segundo de la Constitución del Estado, y que en el presente supuesto se ha cumplido puesto que no hay norma legal que lo prohíba".

El inciso veinte del artículo segundo de la Constitución recoge el derecho a la libertad y seguridad personales, dispositivo que debe concordarse con lo preceptuado en el inciso primero que declara que toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad. El acápite a), citado por el juzgador, contiene el gran axioma jurídico que consagra que la libertad es el *prius* en el derecho, por lo que todo aquello que no está expresamente prohibido debe considerarse como permitido. Claro está que este principio de libertad no se concibe en forma absoluta, en el vacío, sino que debe desplegarse en la dimensión intersubjetiva propia del derecho, en la cual la solidaridad es valor preeminente. No puede olvidarse que, por el principio de alteridad, la libertad de cada cual tiene como límite el orden público y las buenas costumbres. Es decir, el interés social y los principios éticos vigentes en una comunidad dada.

El fundamento del juez, tal como se desprende de lo anteriormente dicho, se inscribe en el marco del derecho de la persona al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al no encontrar una norma pertinente que sustente su pronunciamiento, acude para el efecto al

principio general contenido en el acápite a) del inciso 20 del artículo 2 de la Constitución antes glosado. El juzgador olvida, sin embargo, el amplio sustento legal que, para la tutela de la persona humana, ofrece el artículo 4 de la Constitución. Este artículo enuncia que "la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Es decir, la Constitución prescribe que la ausencia de un expreso derecho subjetivo consignado en el ordenamiento jurídico no debe impedir la tutela de un derecho de la persona que se derive de su propia dignidad humana.

El juez, al amparar la demanda en su extremo referente al cambio de sexo, consideró que de este hecho derivaba la rectificación del nombre del recurrente a fin de hacerlo acorde con su sexo, por lo que procedió a ordenar al Concejo Provincial de Lima para que no sólo modificara en la correspondiente partida del registro civil el sexo del recurrente, sino también se rectificara y adicionara su prenombre.

La sentencia que hemos comentado brevemente no fue apelada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Ministerio de Justicia por lo que, lamentablemente, nos privamos de conocer los puntos de vista que sobre el caso de cambio de sexo pudieron haber tenido, en aquella oportunidad, los magistrados de las instancias superiores. De haber sido así hubiéramos tal vez contado con un fallo que analizara más minuciosamente las circunstancias del caso a la luz del derecho y de las disposiciones del Código Civil vigente, en especial aquellas referidas al derecho a la integridad sicosomática y a los actos de disposición del propio cuerpo vinculados, a su vez, con el fundamental derecho-deber a procrear del ser humano.

La sentencia abre un importante debate sobre la problemática jurídica atinente al cambio de sexo en el Perú. Este acontecimiento obliga a los juristas a reflexionar sobre el asunto a fin de encontrar las soluciones legales que sintonicen con la dignidad de la persona humana dentro del interés social, que supone tener siempre presente en el horizonte jurídico el bien común y los principios éticos que sustentan, en lo fundamental, la convivencia humana.

2. LOS BIENES DE LA FAMILIA

LOS BIENES EN EL MATRIMONIO

Jorge Avendaño V.

I

Código Civil de 1936

En el Código Civil de 1936, el artículo 176 decía que por la celebración del matrimonio se constituía entre marido y mujer una sociedad en la cual existían bienes propios de cada cónyuge, y bienes comunes. El mismo artículo indicaba que los cónyuges no podían renunciar a esa sociedad ni a sus efectos.

La mayoría de autores que se han ocupado del tema (Echecopar García, Cornejo Chávez), coinciden en señalar que el legislador optó por establecer en el Perú, el régimen intermedio de la comunidad o sociedad de gananciales.

Decimos régimen "intermedio" porque en él se considera, tal como señalaba Emilio Valverde¹, que la unión de los cónyuges sólo trasciende a algunos bienes, evitando caer así en el llamado régimen de comunidad universal, dentro del cual se considera que el vínculo personal surgido impide que cada cónyuge pueda actuar en el campo económico independientemente respecto del otro, suprimiéndose así la existencia de bienes propios.

Por otro lado, tampoco se consideraba la posibilidad de que subsistiera la relación patrimonial como era antes del matrimonio, lo que habría dejado al marido y a la mujer independientes entre sí en cuanto a sus bienes. Por esto, se descartó también la posibilidad de un sistema de separación absoluta que impidiera la existencia de bienes comunes entre los cónyuges.

Durante la vigencia del Código del 36 se pensó que el régimen de sociedad de gananciales armonizaba con nuestra manera de concebir el matrimonio, en el que junto a la comunidad espiritual nacida entre los esposos debía existir un mínimo de comunidad económica.

1 Emilio Valverde. *Derecho de familia en el Código Civil Peruano*, ant. edición, p. 430.

Mucho tuvo que ver en esto la influencia de la Iglesia, que desde finales del siglo XII, por disposición pontificia de Urbano III, impuso al marido la obligación de dividir con la mujer los gananciales que hubiere².

Era la ley quien creaba este tipo de sociedad. Las partes no eran libres para decidir si era preferible acceder a un régimen de separación. Era la comunidad, en consecuencia, un régimen de orden público que el codificador calificó como irrenunciable.

Durante los debates de la Comisión Reformadora del antiguo Código de 1852, el Dr. Manuel Augusto Olaechea³ propuso que se facultara a los contrayentes para que pudiesen elegir el régimen de separación de bienes. Este último habría sido entonces un sistema facultativo, que podía responder a situaciones excepcionales en las que el marido y la mujer tenía intereses complejos y distintos.

El doctor Juan José Calle⁴ salió al encuentro de Olaechea y sustentó exitosamente la tesis de las ventajas del sistema de comunidad y gananciales.

Sin embargo, no fue intención del legislador de 1936 establecer un sistema absolutamente rígido. Hubo la posibilidad —aunque sólo en casos excepcionales—, de sustituir el régimen legal de gananciales por el de separación de patrimonios. Se introdujo igualmente la figura de los bienes reservados, que importó un cambio parcial del régimen de gananciales.

El Código de 1936 establecía que el matrimonio daba lugar a que se formaran hasta tres patrimonios distintos: el de cada uno de los cónyuges, integrado por sus bienes propios, y el patrimonio común de la sociedad conyugal.

Con respecto a los dos primeros se decía que cada cónyuge conservaba la libre disposición y administración de los bienes que los integraban, pero con una limitación para la mujer: si ella no contribuía con los frutos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el marido tenía la facultad de pedir que dichos bienes fuesen administrados por él en todo en parte.

En relación a los bienes comunes, el Código del 36 contenía una importante presunción que el Código actual repite: todos los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario. Del mismo modo se establecía, al igual que hoy, que los bienes sustituidos o subrogados por otros, se reputaba que tenían la misma condición de aquellos que fueron sustituidos o subrogados.

2 Luis Echecopar. "Régimen Legal de Bienes en el Matrimonio", p. 20.

3 *Ibidem*, p. 21.

4 *Ibidem*, p. 23.

El régimen de separación no fue adoptado como un sistema subsidiario u opcional frente al de comunidad o de gananciales, sino más bien como un régimen de **naturaleza excepcional**. Sin embargo, el Código Civil de 1936 sufrió una evolución en su artículo 241. En su texto original dicho dispositivo contemplaba la posibilidad de que el juez declarara la separación de bienes **solamente** a pedido de la mujer y en los casos taxativamente allí señalados.

Sin embargo, la Ley 15779, promulgada el 10 de diciembre de 1965, adicionó al citado artículo una causal más, por la cual se permitía que la separación de bienes fuese judicialmente declarada a solicitud de ambos cónyuges con la sola expresión de causa. De esta manera, si bien no se permitía aún que los esposos pudieran decidir por ellos mismos el régimen económico de su vida matrimonial, de alguna manera se les dió la oportunidad de cambiar el régimen de gananciales por el de separación en base a una declaración judicial expedida por la sola solicitud de ambos cónyuges.

El Dr. Cornejo Chávez⁵ distingue dos clases de separación de bienes: la principal, que se produce a pedido de la mujer o de común acuerdo entre ambos cónyuges; y la accesorias, consecuencia de una situación anterior judicialmente declarada.

El Código Civil del 36 nos habló también de los bienes reservados de la mujer, institución que despertó discusiones, tanto en el seno de la Comisión Reformadora del Código de 1852, como posteriormente entre los comentaristas del Código de 1936.

El Dr. Manuel Augusto Olacchca⁶ manifestó que la institución de los bienes reservados desnaturalizaba el régimen de gananciales adoptado por la Comisión, ya que en rigor no podía hablarse del trabajo de cada cónyuge individualmente considerado, sino de la familia como un todo. En consecuencia, los bienes reservados destruían el régimen al autorizar la separación de los resultados de la actividad industrial o profesional de la mujer casada, creando así una desigualdad en favor de la mujer y en perjuicio del marido.

Cornejo Chávez⁷ también señaló que cualquier trato privilegiado no sólo desfiguraba la índole del régimen de gananciales, sino que también rompía el principio de igualdad jurídica entre los sexos; sin embargo, decía él, se debe reconocer que por la misma estructura de la sociedad de gananciales, la mujer acostumbra acogerse al amparo del varón, lo que inevitablemente la coloca en una situación de dependencia.

Para la ley peruana eran bienes reservados únicamente el producto del trabajo de la mujer y lo que ella obtenía por el usufructo legal de los bienes de sus hijos. Tenía el derecho a administrar y gozar de ellos, enajenarlos a título oneroso y comparecer en juicio sin la

5 Héctor Cornejo Chávez, *Derecho Familiar Peruano*, p. 263.

6 Germán Aparicio y Gómez Sánchez. *Código Civil, Concordancias*, t. III, p. 26.

7 Héctor Cornejo Chávez. *Op. cit.*, pp. 229-230.

autorización del marido para litigar sobre ellos. Sin embargo, el marido tenía la potestad de exigirle que contribuyera con ellos de una manera equitativa al levantamiento de las cargas del matrimonio.

La condición de bien reservado no se presumía. Ella tenía que ser probada por la mujer.

La definición de "renta del trabajo" no debía entenderse como referido únicamente a conceptos como salario o bonificación, sino también relacionado al capital que se obtenía como consecuencia de las inversiones realizadas con ellos. Igualmente, era reservado lo que se obtenía a través del usufructo legal de los bienes de los hijos. Había que entender que se trataba de los hijos que la mujer había tenido en anteriores nupcias o aquellos del mismo matrimonio que no encontrarán bajo la patria potestad del marido, por lo que a ella correspondía la administración de sus bienes.

II

Código Civil de 1984

La organización patrimonial en el matrimonio ha sufrido un cambio importante en el nuevo Código: el régimen de separación de patrimonios no es más un sistema excepcional. Tanto antes de la celebración del matrimonio como después de celebrado éste, las partes pueden optar por el régimen que prefieran, ya sea el de sociedad de gananciales o de separación de patrimonios.

La opción por este último ha de ser expresa: el silencio de los cónyuges hace presumir *juris et jure*, que se ha elegido el régimen de comunidad. Más aún, la opción expresa en favor de la separación patrimonial tiene una formalidad esencial que comprende dos etapas: el otorgamiento de una escritura pública y su inscripción en el registro personal. El artículo 295 es muy claro cuando al referirse a esta última, dice que ella es indispensable para que la separación patrimonial "surta efectos" (no dice *ante terceros*). La naturaleza esencial de la inscripción queda reiterada por el numeral 296.

Una vez acordada la separación con las formalidades de ley, los bienes que adquiera cada cónyuge tiene la calidad de propios. Lo son igualmente sus frutos y productos. Por tanto, los actos de disposición y gravamen pueden ser practicados por el cónyuge propietario, sin la intervención ni el consentimiento del otro.

Cuando se ha optado por la separación, ¿hay que descartar la posibilidad de que ambos cónyuges adquieran conjuntamente un bien? En nuestro concepto, no. La adquisición conjunta es posible, y nacerá entonces, respecto de ese bien, un régimen de copropiedad. La propiedad exclusiva se mantendrá sobre el resto de los bienes. Nótese que lo que habrá es copropiedad y no comunidad, lo que quiere decir que se aplicarán las reglas del artículo 969 y siguientes y no del 301 en adelante.

La posibilidad de optar, consagrada en nuestro Código, ha merecido críticas de algunos sectores. Se ha señalado una ventaja de la simple unión de hecho sobre la relación matrimonial. En la primera el régimen de los bienes es necesariamente común, según lo establece el artículo 326, mientras que en el matrimonio puede haber separación patrimonial. La parte más débil económicamente —en la gran mayoría de los casos, la mujer—, estaría así más protegida en una relación de hecho que en la de derecho, lo cual no parece coherente. Ello, desde luego, podría disuadirla de contraer matrimonio en determinados casos.

En el Código de 1936 estaba prohibida la contratación entre cónyuges, excepto el otorgamiento de poderes. En el Código de 1984 cabe la contratación entre cónyuges, con la sola excepción que señala el artículo 312: no puede ser respecto de los bienes comunes. Lo cual abre la posibilidad de que marido y mujer contraten respecto de sus bienes propios, aún cuando mediare entre ellos un régimen de sociedad de gananciales. Con mayor razón esa contratación será posible cuando el régimen existente sea el de separación, ya que en este caso todos los bienes serán propios.

La comunidad de bienes en el matrimonio es diferente de la copropiedad. Algunos autores sostienen que aquella es el género y ésta es la especie⁸, lo cual quiere decir que la copropiedad es una forma de comunidad, pero con características propias.

La comunidad recae sobre un patrimonio. A ella queda sujeto **un conjunto** de derechos y obligaciones. Por tanto, ella rige tanto para el activo como para el pasivo patrimonial. La copropiedad, en cambio, recae sobre bienes singulares. La primera es, si se quiere, "a título universal"; la segunda es "a título particular".

Los cónyuges acceden a la titularidad exclusiva sobre los bienes cuando fenece la sociedad de gananciales (art. 318), lo cual supone inventariar previamente los bienes (art. 320) y liquidar la comunidad (art. 322). La liquidación es un proceso consistente en pagar las deudas sociales y entregar a cada cónyuge sus bienes propios. El remanente es lo que se denomina "gananciales", sobre los cuales —ahora sí—, hay copropiedad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Los gananciales son entonces los bienes singulares, existentes al término de la liquidación de la comunidad y una vez que los pasivos sociales ya no existen. Evidentemente, esa copropiedad termina con la partición a que alude el segundo párrafo del artículo 323.

Nuestro Código no ha descartado que la separación de bienes sea consecuencia de una decisión judicial y no del acuerdo expreso de las partes. A ello se refiere el artículo 329. Un cónyuge puede demandar judicialmente la separación patrimonial cuando el otro cónyuge abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. Las causales son genéricas. ¿A cuáles facultades se refiere la ley? A todas las previstas a partir del art. 301. Tan sólo a manera de ejemplo, creemos que cabría exigir la declaración judicial de separación cuando un cónyuge pretende renunciar a una herencia sin el consentimiento del otro

8 Vid, Victorio Pescio V., en *Manual de Derecho Civil*, IV, Editorial Jurídica de Chile, 1958.

(art. 304), o cuando el cónyuge a quien se ha confiado la administración de los bienes comunes incurre en mala gestión (art. 313), o cuando un cónyuge dispone de bienes muebles comunes sin el consentimiento del otro y sin aportar el producto de esa venta al caudal común (art. 315).

Agrega el Código que también cabe la declaración judicial de separación, cuando un cónyuge actúa con dolo o culpa. ¿A qué casos se refiere la ley? A falta de precisión, estimamos que basta que medie el dolo o la culpa en cualquier acto relativo a la comunidad patrimonial. En realidad se trata de un concepto más amplio que el anterior del abuso en las facultades, porque si bien en estos casos de ordinario media dolo o culpa, puede haber supuestos de dolo o culpa que no ocurran a propósito del ejercicio abusivo de facultades legales.

El legislador de 1984 ha simplificado, en consecuencia, el régimen de los bienes en el matrimonio. La regla es la comunidad. Pero también, puede haber separación, ya sea por pacto formal o por sentencia judicial. Quedan suprimidos los bienes reservados y los bienes dotales del Código de 1936, supresión del todo justificada por la escasísima vigencia que tuvieron.

III

Códigos de otros países

Dentro del contexto europeo, pueden tomarse cuatro ejemplos que son los más representativos. Ellos son los Códigos de Francia, Alemania, Italia y España.

El Código Civil francés ya se ocupaba de las convenciones matrimoniales. Por medio de éstas se determina el régimen que regirá a la sociedad conyugal desde el punto de vista patrimonial. Las convenciones deben ser otorgadas antes del matrimonio (art. 1394) y no pueden sufrir cambios después (art. 1395).

Podemos encontrar hasta cinco de regímenes matrimoniales en Francia.

El primero es el de la comunidad legal. Este régimen organiza económicamente a la sociedad conyugal al producirse alguna de tres situaciones distintas: si los esposos no han celebrado convención matrimonial, cuando la convención matrimonial celebrada está afectada por un vicio que determina su nulidad y si al casarse los esposos acuerdan la comunidad en la convención matrimonial celebrada.

Este sistema no comprende todos los bienes ni todas las deudas de los cónyuges. Hay que distinguir los bienes propios de cada cónyuge y los considerados como comunes a ambos. Por esto Josserand⁹ al diferenciar este régimen de la comunidad universal, lo llama "comunidad restringida".

9 Louis Josserand. *Derecho Civil*, t. III, Vol. I, p. 19.

Los futuros cónyuges pueden igualmente modificar a través de convenciones matrimoniales lo dispuesto para la comunidad legal. Por mínimo que sea el cambio adoptado, estaremos frente a un régimen de comunidad convencional.

Asimismo, existe el llamado régimen sin comunidad. En este caso, tanto el pasivo como el activo de cada uno de los cónyuges, es exclusivo de ellos, por lo que los bienes son tratados como propios. Sin embargo, como bien apuntan los Mazeaud¹⁰, este régimen mantiene el espíritu comunal en razón de que la unidad de administración y disfrute recae en el marido. Es por ello que Josserand¹¹ lo llega a calificar como "un régimen de comunidad sin bienes comunes".

Otro de los regímenes tratados en el Código Civil francés es el de la separación de bienes. Aquí cada uno de los cónyuges mantiene no sólo la propiedad sino también la administración y el goce de sus bienes. Se puede originar ya sea durante el matrimonio, en virtud de una sentencia judicial, o convencionalmente, antes que los futuros cónyuges contraigan matrimonio.

Por último hablaremos del régimen dotal. Lo que lo caracteriza no es la existencia de bienes dotales, sino la particular manera como estos son tratados, especialmente en lo que respecta a su inalienabilidad. Estos bienes quedan sustraídos del libre comercio en busca de proteger los intereses de la mujer. Por otro lado, junto a dichos bienes existen los llamados bienes parefernales, con respecto a los cuales la mujer se encuentra en una situación similar a la que tiene bajo el régimen de separación.

En el Código Civil alemán debemos mencionar la existencia de la comunidad universal de bienes, en la cual juega un rol preponderante la llamada propiedad o relación de "mano común".

En dicha institución ("la de mano común"), a diferencia de la copropiedad de origen romano, no existen partes alícuotas. Cada parte participa en el todo y está obligada a tener siempre en consideración a las demás.

La propiedad de "mano común" es en rigor una forma de comunidad de bienes —concepto más amplio que el de copropiedad—, que en Alemania no es exclusivo. Coexiste con el sistema romano de condominio tal como está regulado entre nosotros.

A juicio de Hedemann¹², las principales características de la "mano común" son las siguientes: nadie puede exigir libremente la división y partición, nadie puede tampoco dispo-

10 Henry, León y Jean Mazeaud. *Leciones de Derecho Civil*, t. IV, Vol. I, p. 674.

11 Louis Josserand. *Op. cit.*, t. III, Vol. I, p. 369.

12 Hedemann, *Tratado del Derecho Civil*, p. 130.

poner de su parte; y la administración ordinaria no es el régimen de las mayorías en razón de que para tomar cualquier decisión es necesaria la unanimidad.

La propiedad "en mano común" encuentra una de sus aplicaciones en la comunidad universal conyugal del derecho alemán. Lo mismo puede decirse de la sociedad de gananciales del derecho peruano y del mismo régimen en el Código francés. Por esto, coincidimos con Josserand¹³ cuando al comentar el régimen de comunidad legal existente en el Código Civil francés, señala que para él la comunidad conyugal es una forma de copropiedad sin indivisión, o lo que es lo mismo, una propiedad en "mano común".

No es posible considerar, en consecuencia, que entre los esposos exista una relación de copropiedad. Si fuese esto último, cada cónyuge podría disponer de su parte alícuota, lo que iría en contra de la idea misma del matrimonio, ya que permitiría el ingreso de un tercero, ajeno a la sociedad conyugal.

En el Código Civil italiano existen hasta cuatro regímenes patrimoniales entre los esposos. Ellos son el de separación, el de comunidad de utilidades y adquisiciones, el dotal y un cuarto que no sólo es de interés para los cónyuges, sino para toda la familia: el llamado de patrimonio familiar.

El Código toca también el punto referente a las convenciones o contratos matrimoniales. Estos deben ser hechos antes de la celebración del casamiento. Una vez celebrado éste, sólo pueden ser otorgados en los casos previstos por la ley.

Asimismo, no es posible a los cónyuges el modificar dichas convenciones una vez casados, en consideración, como señala Messineo¹⁴, a la estabilidad de la sociedad conyugal.

En cuanto a los regímenes mismos, comenzaremos por referirnos al de separación.

Este régimen puede existir en forma exclusiva o coexistir con el de patrimonio familiar, el de comunidad o el dotal. Esto se explica porque el sistema de separación comprende aquellos bienes (llamados parafernales), de propiedad de la mujer no constituidos en patrimonio familiar o en dote y que no formen parte de la llamada comunidad de utilidades y adquisiciones.

De dichos bienes parafernales la mujer conserva plenos derechos de administración, goce y disponibilidad.

Si es que los contrayentes no otorgan convención matrimonial, será el régimen de separación al cual se encontrarán sometidos.

13 Louis Josserand *Op. cit.*, p. 17.

14 Francisco Messineo *Derecho Civil y Comercial*, t. III, p. 102.

En relación al régimen de comunidad, éste puede abarcar todas las utilidades o beneficios provenientes de los bienes presentes y futuros de cada uno de los cónyuges y las adquisiciones hechas por ellos. En este último caso se encuentran excluidos los bienes recibidos en donación o herencia y las adquisiciones llevadas a cabo con el precio de la enajenación de bienes pertenecientes exclusivamente a uno de los cónyuges.

El régimen dotal se considera que es como consecuencia del aporte hecho por la mujer a título de dote de ciertos bienes, con el objeto de proporcionarle (como los frutos o los intereses que ellos produzcan), una aportación patrimonial para el sostenimiento de la familia.

El Código Civil italiano se refiere finalmente al patrimonio familiar, conocido en otros países como "bien de familia" o "homestead". Aquí no solamente entran los intereses de los cónyuges, sino también los de los hijos.

Como señala Messinco¹⁵, su finalidad es asegurar a la familia un patrimonio que sea intangible, es decir, darle las características de inalienabilidad e inexpropiabilidad.

Finalmente, nos ocuparemos del Código Civil español. Este dice que el régimen económico del matrimonio es el que los cónyuges estipulen en sus capitulaciones matrimoniales. En caso de que éstas no existan o fuesen ineficaces, el régimen que regirá económicamente a la sociedad conyugal es el de sociedad de gananciales. De igual forma que el Código Civil peruano, esta clase de capitulaciones puedan ser otorgadas antes o después de celebrado el matrimonio, pudiendo ser igualmente modificadas por pactos posteriores.

Existen tres tipos distintos de regímenes. El primero de ellos es el de la sociedad de gananciales, de características muy similares al derecho peruano. Luego viene el llamado régimen de participación, respecto al cual el Código español nos dice que "cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente" (art. 1411). Durante la vigencia de este régimen es como si los esposos estuvieran casados bajo el de separación; inclusive el mismo Código español señala que en todo lo no previsto para dicho régimen se aplican las reglas relativas al régimen de separación de bienes (art. 1413). Recién una vez extinguido este régimen, cada cónyuge participa en las ganancias del otro.

El último de los regímenes existentes en el Código español es el de separación de bienes. Al igual como lo señalan Códigos de otros países, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviesen al momento de iniciarse este régimen y aquellos que luego adquirieran por cualquier título, por lo que le corresponden la administración, el goce y la libre disposición de ellos.

15 Francisco Messinco. *Op. cit.*, t. III, p. 109.

También creemos importante señalar, aunque sea someramente, los diversos regímenes adoptados por las legislaciones basadas en el derecho anglosajón, especialmente los existentes en los estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y Escocia.

Así, dentro del Estado de Nueva York, se establece que la mujer casada conserva intactos todos sus derechos sobre los bienes que son de su propiedad, pudiendo usar, disfrutar y disponer de ellos y al mismo tiempo celebrar contratos respecto de ellos con cualquier persona, incluido su marido. El régimen de comunidad de bienes no es utilizado dentro de este Estado. La legislación del Estado de New Hampshire establece igualmente que la mujer casada conserva bajo su dominio, libre de cualquier interferencia o control del marido, todos los bienes adquiridos por ella bajo por cualquier circunstancia y en cualquier tiempo, ya sea antes o después de celebrado el matrimonio. Al igual que en el Estado de Nueva York, aquí tampoco tiene vigencia el régimen de comunidad de bienes. Igual cosa ocurre en los Estados de Utah, Virginia, Pennsylvania, Massachusetts, Mississippi y New Jersey.

En cambio en Lousiana, California, Nuevo México co-existen el régimen de separación y el de comunidad. En el último de los nombrados Estados, por ejemplo, se considera que los bienes adquiridos por cualquiera de los esposos antes del matrimonio bajo cualquier título, son de su exclusiva propiedad. En cambio aquellos adquiridos durante el vínculo se presumen comunes. Se considera que los bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio a través de un documento escrito en el que aparezca sólo su nombre, o el nombre de ella y de otra persona que no sea su esposo, se presumen que pertenecen a ella en exclusividad.

En Inglaterra la mujer casada se encuentra en igualdad de condiciones que aquella que no lo es, en lo que respecta la propiedad de sus bienes.

En Escocia, igualmente, una mujer casada puede disponer de los bienes que son suyos al momento de casarse, de igual manera que si no lo estuviera.

Finalmente, es interesante citar el régimen de bienes que las legislaciones socialistas han adoptado en sus respectivos códigos.

Tomaremos como ejemplo tres casos: Cuba, la Unión Soviética y la República Democrática Alemana.

El Código de Familia de Cuba dispone que el régimen económico del matrimonio será el de la comunidad de bienes, no dando por tanto cabida a otro. Se rechazan, en consecuencia, las convenciones o capitulaciones matrimoniales.

Por otra parte, el Código del matrimonio, la familia y la tutela, de la Unión Soviética, señala que el patrimonio perteneciente a los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio sigue bajo el dominio y la administración de cada uno de

ellos. En cambio, se considera comunes los bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del vínculo. El Código de Familia de la RDA sigue una tendencia similar al Código Soviético. Se consideran comunes los objetos, bienes y ahorros obtenidos por uno de los cónyuges o ambos durante el matrimonio, ya sea en el trabajo o con la remuneración recibida por uno de ellos. Igualmente, se establece que son propios los bienes y objetos adquiridos antes de celebrado el casamiento.

3. LA FAMILIA COMO CONTRATANTE

EL DERECHO DE FAMILIA Y LOS CONTRATOS

Max Arias-Schreiber Pezet

Me es sumamente grato colaborar en este libro de homenaje a Héctor Cornejo Chávez, tanto por la admiración que le tengo como docente y tratadista, como por la antigua y cordial amistad que nos une.

En un figurado escalafón de méritos corresponde a Cornejo Chávez el privilegio de ser calificado como el más brillante de los maestros y tratadistas del Derecho de Familia en el Perú. La profundidad y la técnica en el dictado de sus clases, su excepcional contribución como ponente del Proyecto del Código Civil y la difusión que viene efectuando del nuevo Código, tal como lo hiciera del anterior, constituyen prueba plena de esta afirmación.

Las instituciones que existen en el Derecho Civil están entrelazadas en mayor o menor intensidad, como evidencia de su inocultable integración.

En el presente trabajo se ha hecho una compaginación de las figuras del Derecho de Familia con los conceptos y normas contractuales, poniendo de relieve su interrelación y señalando los aciertos y también en algunos casos los vacíos y defectos que existen en el Código Civil de 1984, sin otro propósito que no sea el de colaborar a su futura reestructuración.

Conviene hacer una aclaración fundamental: mientras la sistemática contractual descansa –con mayor o menor rigor–, en el principio de la autonomía de la voluntad, las regulaciones familiares son en cambio imperativas y como tales no pueden ser modificadas ni ignoradas por la voluntad de las partes. En el curso de esta investigación se comprobará la coherencia que existe en el Código Civil de 1984 en este deslinde de conceptos antipódicos.

Para facilitar el trabajo hemos seguido el orden que tiene el Código en materia de Derecho Familiar, estableciendo en cada caso las vinculaciones existentes entre las normas que lo regulan y la contratación.

I. CON LOS ESPONSALES

En los artículos 239 y 240 del Código Civil se contempla la promesa recíproca de matrimonio y conforme a estos preceptos ella no genera obligación legal de contraerla; pero si se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ella daños y perjuicios al otro o a terceros, el causante estará obligado a indemnizarlos.

Se discute la naturaleza jurídica de los esponsales y existen diferentes posiciones, algunas de las cuales pasaremos a explicar.

Conforme a la teoría del derecho, los esponsales sólo motivan una relación de esa naturaleza, semejante al vínculo que genera la amistad.

Según la teoría del contrato, los esponsales suponen una promesa mutuamente aceptada y desde el momento en que existen oferta y aceptación formuladas y que han sido expresadas de un modo libre, por personas capaces y respecto de un objeto lícito, se dan los elementos esenciales del contrato.

Héctor Cornejo Chávez explica la teoría denominada del "avant-contrat", según la cual "los esponsales no pueden ser considerados sino como un antecontrato (que no es lo mismo que contrato preliminar o previo), ya que no es posible obligar a las partes a efectuar el objeto de la promesa debido a que nadie puede encadenar definitivamente su libertad de contraer matrimonio"¹.

El mismo Cornejo Chávez señala que "la Ley peruana no expresa su adhesión a ninguna de las teorías que se acaba de bosquejar; pero del texto de sus artículos 239 a 240 parece desprenderse que adopta la del contrato"².

Por nuestra parte, sostenemos que los esponsales no son un contrato sino una figura *sui generis*, dado que su cumplimiento no es exigible. En efecto, no cabe conminar a los novios para que celebren el matrimonio y lo único que admite es la reparación de los daños y perjuicios causados por quien injustificadamente determina la ruptura del noviazgo.

Desde luego conviene precisar que los esponsales no constituyen el simple galan-

1 Héctor Cornejo Chávez, *Derecho Familiar Peruano*, t. I, p. 121.

2 Héctor Cornejo Chávez, *Op. cit.*, p. 121.

to o enamoramiento y que son en realidad el pósito no exigible de la relación matrimonial.

En suma, los esponsales no son un contrato, ni un antecrato ni un acto preliminar contractual, pues no son vulatorios y por lo tanto no están destinados a la celebración de un matrimonio forzoso, inadmisble en la medida de que la libertad de crarlo es de su propia naturaleza y esencia.

II. CON EL MATRIMONIO

Al decir de Comejo Chávez, existen diferentes tesis destinadas a establecer cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio. Explica así la teoría del matrimonio-contrato, según la cual el matrimonio "participa de todos los elementos esenciales de los contratos, de donde le es por tanto aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento"³.

El mismo maestro se refiere al matrimonio como institución y sostiene que "se quiere expresar con ese nombre que el matrimonio se gobierna por un conjunto orgánico e invisible de normas que determinan las condiciones y requisitos, los deberes y derechos, la relación interna y exteriores de la sociedad conyugal, a las cuales deben someterse llanamente quienes deseen casarse. Los pretendientes son enteramente libres para consentir en el matrimonio y otorgar su adhesión a dichas normas, pero una vez celebrado el casamiento, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. La relación matrimonial no podrá, desde entonces, ser variada, interrumpida o concluida *ad divitum*, ni aun en el supuesto de que coincidan plenamente la voluntad de ambas partes; y ello diferencia irreductible y básicamente el matrimonio de los contratos"⁴.

El mismo autor manifiesta que "el desacuerdo entre los dos criterios enunciados ha sido objeto de la atención de la doctrina jurídica.

Algunos autores consideran que la discusión acerca de si el matrimonio es un contrato o no lo es, resulta ociosa. En efecto, si por contrato se entiende sólo el obligatorio, de orden patrimonial y compatible con la amplia libertad de las partes para destruir el vínculo o para regular y variar su contenido, el matrimonio no es un contrato; pero si se acepta el sentido lato de esta palabra –todo ejercicio económico y bilateral–, la conclusión del matrimonio es un contrato, sin que opte en contrario la imposibilidad de resolverlo por mutuo disenso en algunas legislaciones, modificar su contenido, al menos en los aspectos personales, por obra de la voluntad de las partes, pues ello no afecta a la esencia del contrato y existen otros en semejante situación. Tampoco obsta la

3 Héctor Comejo Chávez, *Op. cit.*, p. 60.

4 Héctor Comejo Chávez, *Op. cit.*, p. 61.

intervención de un funcionario público con carácter constitutivo, pues no hay inconveniente en aceptar un contrato que, además de la intervención de las partes, requiere la de aquel funcionario, aun cuando la función de éste, base constitutiva del matrimonio, es de índole notarial⁵. Culmina sosteniendo que "el matrimonio es al mismo tiempo un contrato y una institución, y sólo considerándolo así aparece luminosamente explicadas todas sus características. Porque es un contrato se explica la importancia preponderante que se da al consentimiento inicial –no hay matrimonio cuando no hay consentimiento–, sentencia enfáticamente el artículo 146 del Código Civil francés; la aplicabilidad, al menos parcial, de la teoría del oficio del consentimiento; la circunstancia de que no todas las nulidades son absolutas; y el hecho medular en todo de existir una convención dirigida a crear obligaciones. Y porque el matrimonio es una institución se explica que sea obra del estado y al mismo tiempo que de la voluntad de los contrayentes; que la teoría de la invalidez del casamiento se aparta, siquiera parcialmente, de la de los contratos en general, que en la casi totalidad de las legislaciones no puedan las partes modificar los efectos personales del matrimonio ni muchas de ellas ponerle *fin ad divitum*; y que se apliquen inmediatamente las leyes nuevas al otorgamiento ya celebrado. Agrega luego que, "se podría decir que, de acuerdo con esta concepción que mientras el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución".

Por cierto, está fuera de duda que el matrimonio consiste en una institución. No sucede lo mismo en cuanto a su naturaleza en forma lata y vinculado con el acto puede asimilarse al contrato, pues lo único que los identifica es el consentimiento de las partes –lo que también ocurre cuando dos personas convienen en efectuar un viaje juntos–, y faltan los elementos fundamentales de la contratación. Así, mientras en el contrato las normas que lo regulan son preponderantemente supletorias (autonomía de la voluntad), sucede lo contrario en el matrimonio, donde sus preceptos son en su totalidad imperativos o cogentes. Por otra parte ninguna de las figuras contractuales se dan en la relación matrimonial. No rigen, en efecto, las disposiciones que regulan el objeto del contrato o con mayor precisión, el objeto de la obligación (artículos 1402 a 1410); la forma del contrato (artículos 1411 a 1413); los contratos preparatorios (artículos 1414 a 1425); el contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434), la cesión de posición contractual (artículo 1435 a 1439); la excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1440 a 1446); la lesión (artículos 1447 a 1456); el contrato en favor de tercero (artículos 1457 a 1469); la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (artículos 1470 a 1472); el contrato por persona a nombrar (1473 a 1476); las arras confirmatorias (artículos 1477 a 1479); las arras de retractación (artículos 1480 a 1483); y las obligaciones de saneamiento (artículos 1484 a 1528 del Código Civil).

Por último y desde un punto exclusivamente legislativo, el matrimonio no es ni puede ser un contrato, entre nosotros, habida cuenta de la definición que hace el artículo 1451 del Código Civil y su exclusiva aplicación a la relación jurídica patrimonial.

5 Héctor Comejo Chávez, *Op. cit.*, p. 62.

III. CON LA UNION DE HECHO

La unión de hecho es materia de enconadas controversias y como apunta Cornejo Chávez, "sigue siendo en la actualidad, sobre todo en algunos países, un serio problema sociológico y jurídico. Más aun en una modalidad que empieza a tener significación en los países más industrializados, en los que el progreso científico, técnico y económico parece correr parejas con cierta descomposición moral, típica por lo demás, de las épocas de decadencia de la cultura. En efecto, mientras en otros lugares del mundo actual el concubinato suele originarse en el más bajo nivel cultural, la estrechez económica y las costumbres, en algunos de los más avanzados se registra, junto con estos casos, el de la unión de hecho deliberadamente elegida por hombres y mujeres de alto nivel cultural, como una expresión de repudio del orden tradicional o anhelo de una así entendida "liberación". Luego de hacer referencia a la evolución que ha seguido el concubinato en nuestra legislación, agrega Cornejo que "la nueva Constitución y el Código Civil recientemente promulgado introducen en esta delicada materia un tratamiento más directo y frontal, aunque no exhaustivo"⁶.

Es sabido que la Constitución y el Código Civil se han limitado al aspecto patrimonial de la unión de hecho y que al presentarse sus elementos condicionantes (unión libre que tenga una duración no menor de dos años continuos), se origina una sociedad de bienes, la que a su vez se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable.

Interesa conocer, dados los fines de este trabajo, de qué manera se entronca la contratación con la unión de hecho.

En primer término hay que establecer si los concubinos pueden contratar entre sí y respecto de terceros.

La unión de hecho permite a los concubinos celebrar toda clase de contratos entre sí, en la medida de que tengan capacidad de obrar. En efecto, si la ley lo autoriza tratándose de cónyuges, obviamente no existe impedimento para los concubinos. Funciona para ellos, por lo demás, la prohibición establecida por el artículo 312 del Código Civil, en virtud del cual los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad, habida cuenta de la remisión que se hace en el primer párrafo del artículo 326 del mismo Código, en cuanto concierne a la sociedad de bienes que se genera en el concubinato y a la correspondiente sujeción a las normas existentes en el régimen de sociedad de gananciales.

Un aspecto que ha sido tratado por Cornejo Chávez es el relativo a la facultad de gravar y/o disponer de los bienes comunes, desde que "no existe -ni podría existir-,

6 Héctor Cornejo Chávez, *Op. cit.*, pp. 73-80.

registro alguno que sirva a los terceros de fuente fidedigna de información. A menos pues, que por haber probado los concubinos la posesión de estado dentro del juicio correspondiente, pidan y obtengan del juez que se notifique de ello a tales o cuales terceros, éstos no tienen cómo ni por qué conocer la existencia de la unión de facto, para ellos, pues se tratará de dos personas individuales en situación, para estos efectos, semejante a la del soltero"⁷. (H. Comejo Chávez, Ob. cit., tomo II, página 81).

Debemos manifestar, empero, que el problema se presenta en lo referente al gravamen o disposición de bienes inmuebles, ya que tratándose de muebles será de aplicación la regla contenida por el artículo 948 del Código Civil, según la cual quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo, salvo que se trate de bienes perdidos o adquiridos con infracción de la ley penal (robo, estafa, etc.).

El artículo 326 plantea una incógnita cuando dice que en el concubinato se estará al régimen de sociedad de gananciales, **en cuanto le fuere aplicable**. Nos preguntamos, entonces, cuales son las disposiciones que no serán aplicables, pues son las menos y respondemos que a nuestro criterio tienen vigencia los artículos 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, con excepción de los incisos 1 (invalidación de matrimonio) y 3, (divorcio), así como el artículo 319 (salvo en lo que se refiere a la notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos) y los artículos 320, 321, 322, 323, 324 y 325 del Código Civil.

¿Pueden los concubinos efectuar el cambio de sistemas o sea, pasar de la sociedad de gananciales a la separación del patrimonio, en aplicación del artículo 295 del Código Civil?

Nosotros pensamos que ello no es posible, ya que la remisión que hace el artículo 326 está circunscrita a la sociedad de gananciales y por su misma naturaleza tiene carácter excepcional y no es aplicable, en consecuencia, el artículo 295, que permite la sustitución de un régimen por otro dentro del marco de las disposiciones generales.

IV. CON LOS GANANCIALES

Nos referimos ahora a los vínculos contractuales con la sociedad de gananciales en cuanto concierne a los concubinos, por mandato del artículo 9 de la Constitución.

Como sabemos, en la comunidad de gananciales existen bienes propios y bienes sociales (antes llamados comunes), y por lo tanto nos encontramos con diferentes normas contractuales aplicables a esta sociedad. En primer término y respecto de los bienes propios, cualquiera de los concubinos puede disponer de ellos y administrarlos. En

7 Héctor Comejo Chávez, *Op. cit.*, t. II, p. 81.

cambio, si se trata de bienes sociales, será necesaria la intervención conjunta de ambos para contratar.

Dentro de la sociedad conyugal, ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro. Así lo dispone el artículo 304 del Código Civil. El fundamento de esta norma está en que la herencia, el legado y la donación ordinariamente generan frutos, y éstos pertenecen a la sociedad de gananciales. La regla desde luego funciona respecto de los concubinos.

Uno de los preceptos de mayor trascendencia en el régimen de la sociedad de gananciales es el artículo 312, según el cual los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

Cuando elaboramos la ponencia sobre la Parte General de los contratos propusimos una regla según la cual los cónyuges pudiesen contratar entre sí, pues en la práctica lo venían efectuando (ejemplos del comodato, mutuo, etc.). Esta tesis prosperó, pero fue ubicada en el libro de Derecho de Familia y con la salvedad de que cuando se trate de los bienes de la sociedad no podrán los cónyuges contratar entre ellos, dado que esos bienes son de uno y otro, hasta el momento en que se produce la liquidación de la sociedad. Esta norma igualmente tiene cabida en la unión de hecho o concubinato.

V. CON LA SEPARACION DE PATRIMONIOS

A nuestro entender toda la normatividad de la separación de patrimonios es ajena al concubinato, por las razones que diéramos al establecer la imposibilidad de sustituir un régimen por el otro.

VI. CON EL PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio familiar consiste en la afectación de un bien inmueble para fines de vivienda y su origen está en el tercer párrafo del artículo 5 de la Constitución Política del Perú. El Código Civil desarrolla esta institución cautelatoria en los artículos 488 a 501.

Conforme al artículo 488 del Código Civil, el patrimonio común es inembargable e inalienable (a más de ser transmisible por herencia).

¿Cuáles son las reglas de la contratación aplicables al patrimonio familiar?

En primer término, están descartados aquellos contratos que supongan la transmisión o afectación de los bienes, sea a título gratuito u oneroso, dado que la inalienabilidad puede ser total (compraventa, permuta, suministro, donación y cualquier otro contrato típico o atípico que se ubique en este marco), como también parcial (usufructo, hipoteca y anticresis).

Por otro lado, el artículo 491 permite, por excepción, que los bienes del patrimonio familiar puedan ser arrendados, pero sólo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez. Se requiere esa misma autorización para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia.

Lo dicho en el anterior párrafo nos conduce a las reglas del contrato de arrendamiento (artículos 1666 a 1712 del Código Civil), pero con una advertencia previa: a) Sólo se permitirá celebrarlo en situaciones de urgente necesidad; b) Deberá ser transitoriamente; y c) Se requiere la autorización del juez. No se trata, pues, de un arrendamiento cualquiera y al permitirlo el juez tendrá la facultad de fijar las limitaciones y restricciones que sean coherentes con el estado de necesidad y la transitoriedad a que se refiere el artículo 491.

¿Qué sucede en la hipótesis mencionada en el segundo párrafo del artículo 491?

Desde luego es un caso distinto al establecido en el primer párrafo, pues se reduce al arrendamiento de una parte del inmueble –conservando la otra parte para el uso del hogar-, y condiciona su aplicación a una situación peculiar: que ello sea indispensable para asegurar el sustento en la familia.

VII. CON LA PATRIA POTESTAD

Conforme al artículo 418 del Código Civil, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Con el propósito de evitar que puedan cometerse abusos en perjuicio del patrimonio del menor, el Código autoriza la contratación respecto de sus bienes, pero en forma limitativa. En efecto, si se trata del arrendamiento a plazo determinado no debe exceder de 6 años (artículo 1688, segundo párrafo), y cuando es por más de 3 años –desde luego con el límite anterior–, se requiere autorización judicial (artículo 448, inciso 1).

¿Qué sucede cuando el arrendamiento es de duración indeterminada?

El artículo 1690 del Código, dispone que el arrendamiento de duración indeterminada se reputa celebrado por meses u otro período, según se pague la renta y se le pone fin dando aviso judicial o extrajudicial (artículo 1703). Nada se dice respecto al arrendamiento a plazo indeterminado de un bien perteneciente a un menor, cuando por inercia de las partes transcurra más del plazo máximo fijado por el artículo 1688, segundo párrafo. Esta omisión del Código nos conduce a interpretarlo y debido a la naturaleza misma de las cosas pensamos que ese arrendamiento se extinguirá al llegar al límite de 6 años, evitando de este modo que el contrato se perpetúe en el tiempo, con el consiguiente perjuicio en los intereses del menor.

También se exige autorización judicial para el efecto de que los padres puedan celebrar contratos de sociedad o continuar con la establecida, así como mutuo, contrato de obra y aceptación de donaciones, legados o herencias voluntarias con carga.

La enumeración hecha por el artículo 448 no es a nuestro entender completa y tiene vacíos, pues no menciona los contratos de prestación de servicios en sus diversas especies ni otros contratos típicos que contiene el Código Civil. Debe considerarse, por lo demás, que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos sin previa autorización del juez y por causas de utilidad o necesidad (artículo 447), lo que comprende la compraventa, permuta y, en general, todos los contratos en que se disponga o comprometa los bienes del deudor, así como también la prohibición de celebrar hipotecas, prendas y anticresis y en general cualquier contrato típico o atípico que suponga la disposición o afectación de los bienes de los menores.

VIII. CON LA TUTELA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 502 del Código Civil, al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor para que cuide de su persona y de sus bienes.

Uno de los requisitos previos al ejercicio de la tutela es constituir una garantía hipotecaria o una fianza que asegure la responsabilidad de su gestión (artículo 520, inciso 2, del Código Civil).

La obligación mencionada, exigida en resguardo de los intereses del menor, constituye lo que la doctrina conoce como el "contrato forzoso de carácter homogéneo", esto es, aquellas situaciones en que la ley impone la contratación de forma que las partes están sujetas a una relación obligacional que no pueden evitar.

Sabemos que la teoría del contrato forzoso está en debate y que para numerosos autores no existe como tal, habida cuenta de que falta la libertad para obligarse y ésta es una condición esencial del contrato. Pero lo cierto es que cada vez crece más la corriente opuesta, según la cual la ausencia de la voluntad no enerva los efectos del acto y, concretamente, su naturaleza contractual.

Desde luego, las facultades del tutor en lo que atañe a la administración de los bienes del pupilo están fiscalizadas con rigor. Vemos así que los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sin previa autorización judicial, concedida por razones de necesidad o utilidad y con audiencia del Consejo de Familia. Este último requisito es a nuestro entender objetable, pues la formación y los acuerdos de dicho Consejo toman tiempo y pueden frustrar la necesidad o la utilidad de una transferencia o gravamen. Por lo tanto y en nuestra opinión lo que debió exigirse es el dictamen del Ministerio Público, que por ser una institución organizada, cumpliría con mayor eficacia la función de supervigilancia para la enajenación y gravamen de los bienes del pupilo.

Además de lo expuesto, el tutor también requiere autorización judicial, respecto de los actos que señala el Código, en el ejercicio de la patria potestad y de allí la remisión que hace el artículo 532, inciso 1ro., al artículo 449 del Código Civil.

A lo dicho se agrega que conforme al inciso 5 del artículo 532 del Código Civil, el tutor deberá obtener autorización judicial, previa audiencia del Consejo de Familia, no sólo para aquellos actos enumerados en el artículo 448, sino también para celebrar contratos de locación de servicios, de seguro de vida y de renta vitalicia a título oneroso.

A nuestro entender existe error de redacción en el inciso 5 del artículo 532 pues se refiere textualmente a la locación de servicios y no se extiende a las demás especies de la prestación de servicios, que es el género. Es probable, empero, que el propósito no haya sido limitativo sino general, pues la prohibición para la locación de servicios se justifica también en las demás especies como son el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro (artículo 1756 del Código Civil). Toca a la doctrina y a la jurisprudencia aclarar esta incógnita y nosotros nos inclinamos por la tesis extensiva, pues donde existe la misma razón, existe el mismo derecho.

Interesa señalar que cuando el tutor celebra los contratos mencionados en los artículos 531 y 532 sin autorización judicial no son obligatorios para el menor sino dentro de los límites establecidos por el segundo párrafo del artículo 456 del Código Civil, esto es, la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. Así lo dispone el artículo 536 del Código Civil. Desde luego se supone que los referidos actos serán inválidos para el menor, salvo que éste los ratifique al desaparecer la tutela. La acción que confiere el Código para determinar la invalidez de esos actos prescribe a los dos años contados a partir del momento en que cesó la incapacidad (artículo 537 del Código Civil). Como cabe la ratificación por parte del menor, la invalidez está vinculada con la anulabilidad y no con la nulidad del acto y por lo tanto las consecuencias del acto anulable son distintas y menos drásticas que las del acto nulo (artículos 200 y 230 del Código Civil).

En lo que atañe a las limitaciones contractuales del tutor en relación con el pupilo, el primero está impedido de comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor, adquirir cualquier derecho o acción contra el menor, disponer de sus bienes a título gratuito y arrendar por más de tres años sus bienes (artículo 538 del Código Civil).

En este caso también han habido omisiones fundamentales. Así, en el inciso 1ro. no se ha considerado otros contratos, como el contrato de obra. Y en el inciso 3 debió extenderse la prohibición a todos los actos de liberalidad y no simplemente a la disposición de los bienes a título gratuito, dada la mayor variedad de las liberalidades.

IX. CON LA CURATELA

La proyección de los contratos sobre la curatela se presenta de diferentes formas, de acuerdo con los caracteres disímiles existentes.

En la curatela de los incapaces mayores de edad, que como es sabido requiere previa declaración judicial de interdicción (artículo 566 del Código Civil), el juez fijará la extensión y límites de ella, según el grado de incapacidad (artículo 581 del Código Civil). Como el artículo 568 establece la aplicación de las reglas de la tutela debemos remitirnos a los artículos 532 y 538 en todo cuanto concierne a la contratación. Dicho en otros términos, el Código Civil coloca al curador de incapaces en el nivel y con las limitaciones y restricciones que existen para el tutor.

En la curatela de los pródigos, esto es, de aquellos mayores que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible (artículo 584 del Código Civil), el incapacitado está limitado a celebrar contratos que sean de mera administración. En la misma situación se encuentran los sujetos a curatela por mala gestión, ebriedad habitual y toxicomanía, a tenor de lo dispuesto en el artículo 591 del Código Civil.

Para estos casos tiene particular interés el concepto y alcances de lo que se entiende por mera administración del patrimonio. No existe una norma que lo precise y de consiguiente el tema es propio de la doctrina y la jurisprudencia. Desde luego resulta posible que el incapacitado pueda celebrar contratos que no comprometan su patrimonio y entendemos que dentro de estas consideraciones se incluyen los contratos de compraventa para las actividades diarias (compra de alimentos, utilización de medios de transporte y otros similares), en tanto que no podrá efectuar compraventas de mayor volumen, ni celebrar mutuos, ni inclusive dar o tomar en arrendamiento un bien, pues se considera en la doctrina que este contrato va más allá de la mera administración.

Tiene particular interés el artículo 593 del Código Civil, en cuya virtud los actos del pródigo y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa, de modo que los contratos celebrados en estas circunstancias serán válidos. No existe la misma amplitud para los contratos del ebrio habitual y del toxicómano, si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria. La distinción ha sido hecha en virtud de que la prodigalidad y mala gestión pueden no ser visibles y sólo tienen efecto a partir del nombramiento del curador, en tanto que la ebriedad y la toxicomanía no son ocultas y por lo tanto resultan impugnables desde la celebración del contrato.

Interesa finalmente anotar que en la curatela de bienes, si bien es exacto que el curador no puede ejecutar otros actos administrativos que no sean los de custodia y conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas, existe la salida para que los actos que le están prohibidos puedan ser válidos, si se acredita

ante el juez su necesidad o utilidad. En efecto, se ha considerado con acierto la posibilidad de que se presenten situaciones en que por razones de salud del incapaz tenga que venderse bienes para financiar su recuperación, o que se tengan oportunidades de hacer una operación de venta sumamente ventajosa, de donde su utilidad. Lo expuesto responde a lo previsto por el artículo 602 del Código Civil.

X. CON EL CONSEJO DE FAMILIA

El Consejo de Familia es una institución de fiscalización y por lo tanto de apoyo a la familia. Sus funciones son diversas, pues mientras que en algunos casos actúa como un órgano de impulso, en otras lo hace con fines puramente consultivos y en menor proporción su intervención es también ejecutiva.

En nuestra opinión, esta institución tiene loables propósitos, pero en la práctica es ineficiente, pues la lentitud como se conforma no corre pareja con situaciones que por su misma naturaleza sean urgentes, como sucede cuando un incapaz sufre una grave enfermedad y su tutor necesita fondos para solventarla, para lo cual no sólo tiene que hacerlo previa autorización judicial sino que requiere también el informe favorable del Consejo. A ello se suma que en un país de escaso desarrollo intelectual los llamados a integrar los Consejos carecen a menudo de conocimientos y sólo se puede contar con su honradez y sentido común. Por otra parte las dificultades de transporte y sus costos lo hacen muchas veces inoperantes. A lo dicho se suma que se trata de organismos de difícil aplicación operativa, pues, se exige para sus decisiones, el mantenimiento de un libro de actas en que consten los intervinientes y las decisiones que adoptan según como se presenten las circunstancias. Es por estas razones que nosotros propiciamos reducir los casos en que debe funcionar esta institución y sea reemplazada por el Ministerio Público, pues éste tiene la ventaja de ser un organismo permanente y cuyo personal se supone que es apto y tecnificado.

En materia de contratación, el Consejo de Familia interviene para ejercitar funciones complementarias a la autorización del juez, como sucede en el expediente de adopción (artículo 378, inciso 6 del Código Civil); en la enajenación o gravamen de los bienes del menor, concedida por necesidad o utilidad; en el arrendamiento de los bienes del menor por acción de sus padres; en la partición extrajudicial; en la transacción; en la estipulación de cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje; en la celebración de un contrato de sociedad; en dar o tomar dinero en préstamo; en aceptar o renunciar donaciones y en edificar, excediéndose de los límites de la administración (esto último supone la celebración de un contrato de obra), todo ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 647 del Código Civil. También actúa el Consejo cuando se justifica la necesidad o utilidad de los actos (y por consiguiente de los contratos) que le están prohibidos a los curadores (artículo 602), así como indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta (artículo 647, incisos 9, del Código Civil).

En conclusión y salvo las deficiencias fundamentalmente terminológicas que hemos señalado en los párrafos anteriores, se advierte que la problemática de la contratación ha sido enfocada con acierto en el libro de Derecho de Familia y que con toda claridad se desprende que sus normas son imperativas y de consiguiente, no pueden ser modificadas por la voluntad de los interesados.

**LA REPRESENTACION EN EL AMBITO DEL
DERECHO DE FAMILIA**

Fernando Vidal Ramírez

1. Premisa y precisiones previas

Estudiar la representación en el ámbito del Derecho Familiar supone considerar esta figura jurídica tanto de la que emana de la voluntad del sujeto que desea ser representado como de la que emana de la ley, como consecuencia de la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto de las personas naturales que, por carecer de capacidad de ejercicio o por encontrarse en una determinada situación de hecho o de derecho, requieren de la cautela de sus intereses. Aún cuando nuestro estudio lo vamos a orientar a esta última, esto es, a la denominada representación legal, debemos dejar establecido que nada obsta para que la representación voluntaria pueda operar en el ámbito del Derecho Familiar, por lo que es conveniente formular algunas precisiones previas como las de la noción del Derecho Familiar y el concepto de familia, de las que podrá delimitarse el ámbito del Derecho Familiar en cuanto a la representación que nace del imperativo de la ley.

1.1. Noción del Derecho Familiar

La noción del Derecho Familiar está determinada por el objeto que disciplina que es, nada menos, que la "familia", y, que al decir de Barbero¹, se dice todo y nada mientras no se defina qué es la "familia". Sin embargo, podemos precisar una noción en el sentido de que el Derecho Familiar es el conjunto de normas que regulan a la familia, coincidiendo con la contenida en el art. 233 del Código Civil, adoptadas básicamente del Proyecto de la Comisión Reformadora, cuyo ponente fué, precisamente, el maestro Cornejo Chávez².

1 Barbero, *Sistema del Derecho Privado*, t. II, p. 15.

2 *Código Civil Peruano*. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, t. I, pp. 225-226.

El citado art. 233 remite la regulación jurídica de la familia a los principios y normas proclamados por la Constitución Política del Perú y le asigna el propósito de coadyuvar a su consolidación y fortalecimiento. De ahí que Cornejo Chávez³, su ponente, explique que las reglas que norman la existencia y desenvolvimiento de la familia sean múltiples y variadas en su origen, esencia y contenido, pues concurren las de la religión, la moral, la tradición y el derecho, las cuales no guardan completa armonía, por lo que sólo configuran el Derecho de Familia aquellas que la Filosofía del Derecho caracteriza como jurídicas.

1.2. El concepto de familia

La familia es el grupo natural por excelencia, entendiendo "lo natural" como los vínculos biológicos que le dan origen y que después se complementan en base a factores sentimentales, religiosos, morales y jurídicos, todos los cuales influyen en su ámbito conceptual. Viene a ser la institución jurídica cuyo origen se remonta a los albores de la humanidad y su evolución, a lo largo de los siglos, la ha ido insertando en preceptos jurídicos, cuya sistematización, como acabamos de ver, configura el Derecho de Familia, el cual, en nuestro sistema está incorporado a la codificación civil.

El Derecho de Familia moderno si bien ha receptado instituciones del Derecho Romano, no ha receptado el concepto de la familia romana, teniéndola tan sólo como un remoto antecedente. Lo característico de la familia típicamente romana fué el sometimiento de todos sus miembros a una sola autoridad, la del **paterfamilias**, vocablo que, según los romanistas, no aludía a la idea de generación ni se refería a quien tuviera descendencia biológica. La familia comprendía, entonces, a todos los que estaban sometidos a la potestas del **pater**, estuvieran o no vinculados biológicamente. A la muerte del **paterfamilias**, la familia se escindía en otras tantas asumiendo la potestas los hijos varones.

Dentro de la organización familiar romana, un elemento integrador de suma importancia fué, sin embargo, el parentesco, que lo podía ser por agnación, cognación y afinidad. El parentesco agnaticio era el que unía a todas las personas sometidas al **paterfamilias**, por vínculo civil, fueran los hijos y los descendientes de éstos y los extraños a los que el **pater** incorporaba al grupo familiar. El parentesco cognaticio era el fundado en vínculo de sangre, legitimado por el matrimonio y se desarrollaba en línea recta o de descendencia, y en línea colateral que se desarrollaba con las personas descendientes del tronco común. El parentesco de afinidad era el que nacía por razón de matrimonio entre los respectivos parientes de los cónyuges.

El Derecho Moderno ha receptado del Derecho Romano el concepto de familia fundado en los vínculos de parentesco, mas no en la de la potestas y del sometimiento

3 Derecho Familiar Peruano, t. 1, p. 26.

del grupo a la autoridad del paterfamilias, desde el Código Napoléonico hasta la codificación de nuestros días.

En el Perú, a la organización familiar prehispánica –de la que subsisten instituciones como la del *servinakuy*–, se yuxtapuso la del Derecho Español y luego, advenida la República, el modelo francés plasmado en nuestra codificación civil. Desde entonces y hasta la actualidad la familia está fundada en el parentesco, sea en el consanguíneo que puede ser en la línea recta y en la línea colateral (art. 236), en el de afinidad (art. 237) y en el de adopción (art. 238). Estas relaciones que pueden ser también de carácter patrimonial, han recibido una innovación al prescribirse por la Constitución Política (art. 9), la protección del concubinato, reglamentado por el art. 326 del Código Civil.

Pero visto el concepto de familia desde la perspectiva de su regulación legal creemos que no es suficiente. Es necesario delimitar su extensión y alcance para los efectos de la representación, máxime si el Código Civil la regula entre los cónyuges, entre los padres y los hijos, en razón de la patria potestad, y respecto de los incapaces, mediante las instituciones de la tutela y la curatela.

1.3. Delimitación del ámbito familiar para los efectos de la representación

Atendiendo al parentesco como fundamento de las relaciones familiares y a las instituciones del matrimonio, de la tutela y de la curatela, el ámbito familiar se extiende y alcanza, para los efectos de la representación, a los cónyuges, a los hijos –matrimoniales, extramatrimoniales o adoptados–, mientras se encuentren en la minoría de edad; a los abuelos, para los nietos que no estén bajo la patria potestad, para los efectos del nombramiento de tutor; a los descendientes y a los hermanos, para los efectos del nombramiento de curador; y, a los parientes que pueden ser llamados para la formación del consejo de familia.

2. Naturaleza jurídica de la representación

La Representación Legal, también llamada Necesaria, en el ámbito del Derecho Familiar tiene su fundamento en la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales que por una situación especial de derecho, por carecer de capacidad de ejercicio o por una situación de hecho, requieren de la cautela de sus intereses.

En esta representación, como precisa el segundo párrafo del art. 145 del Código Civil, la facultad de representación "la confiere la ley", lo que nos ha llevado a comprenderla dentro de la representación legal, pero haciendo nuestra la observación de Stolfi⁴ en cuanto que el adjetivo "legal" no se utiliza para indicar que la designación

4 Teoría del Negocio Jurídico, p. 239.

del representante sea siempre hecha por la ley, sino que falta en ella la libertad de decidir para hacerse representar, es decir, que las personas sometidas a ella necesitan para sus negocios jurídicos de la intervención de una persona física que preste el consentimiento en su lugar. Esta observación es válida para la que formula Lohmann⁵ en cuanto a que el citado art. 145 ha omitido referirse a la representación judicial, que es aquella en que el representante es nombrado por resolución judicial, pues en nuestra opinión ésta también se encuentra referida en el art. 145.

De lo expuesto puede ya inferirse la naturaleza jurídica de la representación en el ámbito familiar, pues como representación legal, ella se sustenta en la ley, en la función tuitiva del Derecho y en una finalidad práctica dirigida, fundamentalmente, a que nadie se quede sin la cautela de sus intereses. La ley no sólo confiere la facultad de representación sino además la obligación de representar. La representación surge de una situación jurídica prevista en la ley, que en algunos casos, como en la patria potestad, la impone, y, en otros, resulta de una declaración judicial, como en el caso de la ausencia. Así, pues, es la propia ley la que establece las modalidades de esta representación según los supuestos previstos para cada situación de la que se genere la necesidad de la cautela de los intereses.

La propia ley precisa los poderes del representante y sus limitaciones. Su ejercicio es obligatorio e irrenunciable, precisamente por estar la representación basada en el imperativo de la ley.

Por su misma característica la representación en el ámbito familiar es siempre directa. El representante se sustituye al representado, actuando a nombre de él, y los efectos de los actos jurídicos celebrados van directamente a la esfera jurídica del representado, quien no puede tener o no ha tenido ninguna participación en el acto. La capacidad de goce es la del representado, pues no se requiere de la del representante, aunque, éste, obviamente, debe ser persona con capacidad de ejercicio.

3. Representación de incapaces

Tratándose de incapaces la representación tiene por objeto hacer posible su participación en la vida jurídica. Por ello, la representación reposa en el Derecho objetivo y está supeditada a la ley, la que impone las facultades de las que puede hacer uso el representante, así como sus obligaciones y responsabilidades. Así, son representantes legales los padres respecto de sus hijos menores, y aún de los que están por nacer, en ejercicio de la patria potestad; lo son también los tutores, respecto de los menores no sometidos a la patria potestad; y los curadores, respecto de los incapaces, mayores de edad, sometidos a interdicción. En todos estos casos, la capacidad de goce existe en la persona del representado, pero éste, por razón de su incapacidad de ejercicio no puede celebrar por sí el acto jurídico. Es un **alieni juris**.

⁵ El Negocio Jurídico, p. 128.

La falta de capacidad del sujeto, que requiere, por ello, de la tutela del ordenamiento jurídico, da lugar a la representación legal, aún cuando, como en el caso de los tutores y curadores, pueden ser escogidos pero sin que a su designación concorra la voluntad del incapaz que va a ser representado. La voluntad del representante, de conformidad con las facultades que le confiere la ley, es la que da lugar a la formación del acto jurídico, cuyos efectos van a estar dirigidos al incapaz representado.

El Código Civil señala, en su art. 43, quiénes son absolutamente incapaces y, en el art. 44, a los relativamente incapaces. El art. 45 indica que sus representantes legales ejercen los derechos civiles de los incapaces, según las normas de la patria potestad, la tutela y la curatela.

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo, debiendo en caso de disenso resolver el juez de menores (art. 419). En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos (art. 420). La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido y, si ambos lo reconocen, el juez de menores determina a quién corresponde (art. 421). Los deberes y derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad están enumerados en el art. 423, indicándose entre ellos los de representar a los hijos en los actos de la vida civil (inc. 6) y administrar sus bienes (inc. 7). La enajenación y gravamen de los bienes de los hijos, así como los actos que enumera el art. 448, los consideraremos con los actos que requieren la autorización expresa (**Infra** N° 6.1).

La tutela se ejerce sobre los menores que no están bajo la patria potestad (art. 502). El tutor representa al menor en los actos civiles (art. 527). La enajenación y gravamen de los bienes de los pupilos, los consideraremos también con la autorización expresa que requieren (**Infra** N° 6.1).

La curatela se ejerce sobre las personas que por cualquier causa estén privados de discernimiento y los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, así como sobre los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (art. 564). Rigen para el curador las reglas relativas a la tutela (art. 568) y, si la curatela es ejercida por los padres, las de la patria potestad (art. 575). El curador sólo puede celebrar y ejecutar actos de administración relativos a la custodia y conservación de los bienes, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Para todos los demás actos requiere de autorización expresa (art. 602)

4. Representación de desaparecidos y ausentes

Desaparecido es la persona que no se halla en el lugar de su domicilio y de la que se carece de noticias sobre su paradero y siempre que no tenga representante con facultades suficientes (art. 47). Su representación corresponde a un curador interino, conforme al art. 579. Este curador, como representante, está sometido, obviamente, a las reglas de la curatela que ya hemos dejado expuestas.

Consideramos necesario poner de manifiesto que el art. 597 asimila la desaparición a la ausencia. El Código en el art. 47 precisa el concepto de desaparición, que es una situación de hecho, y el art. 49, el concepto de ausencia, que es una situación de derecho que da lugar a la transmisión de los bienes del ausente a sus herederos, a falta de los cuales se establece la misma curatela que para los desaparecidos.

5. Representación de la sociedad conyugal

Según el art. 292, corresponde conjuntamente a los cónyuges la representación de la sociedad conyugal. Es un caso especial de representación legal, pues como se puede apreciar en los casos anteriores, la representación emana de la ley por cuanto las personas que van a ser representadas no tienen capacidad para celebrar un acto jurídico del que emane la relación representativa o están en una situación de hecho que se lo impide. La hipótesis que plantea el art. 292 es la de dos personas capaces, pues los casos de incapacidad de uno de los cónyuges o la situación de hecho impeditivo, están previstos en el art. 294.

La representación legal de la sociedad conyugal es conjunta. Sin embargo, conforme al mismo art. 292, para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad conyugal puede ser representada indistintamente por el marido o por la mujer.

Como ya hemos advertido, se ha previsto la representación legal de la sociedad conyugal, por uno de los cónyuges, según el art. 294, si el otro cónyuge está impedido por interdicción u otra causa, si ha desaparecido o se encuentra en lugar remoto, o si ha abandonado el hogar.

Tratándose del régimen patrimonial del matrimonio, si los cónyuges optaron por el de la sociedad de gananciales, la representación legal es conjunta en cuanto a la administración del patrimonio (art. 313), así como para disponer de los bienes o gravarlos (art. 315), salvo para los actos de adquisición de bienes muebles, que pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges (art. 315). La intervención conjunta del marido y la mujer puede ser exceptuada para actos de disposición en los casos considerados en las leyes especiales (art. 315), como, por ejemplo, la disposición de valores bursátiles (art. 11 del Decreto legislativo N° 211).

La representación de la sociedad conyugal puede también dar lugar a una represen-

tación voluntaria, pues, como hemos advertido, se trata de personas capaces. El art. poder al otro para que ejerza solo la representación, en todo o en parte. Tratándose del régimen patrimonial, es posible la representación voluntaria, sea que hayan optado por la sociedad de gananciales, para que uno de ellos asuma la administración (art. 313) y para que realice actos de disposición o gravamen (art. 315), o, sea, que hayan optado por la separación de patrimonios, en virtud de la ya citada norma del art. 146. Obviamente, nada impide que la representación se la otorguen a un tercero.

6. Actos para los que el representante requiere de autorización expresa

El art. 167 del Código Civil enumera los actos para los cuales los representantes legales requieren de autorización expresa, siendo tales actos los que tienen por objeto bienes del representado. La norma fue establecida por la Comisión Revisora⁶, sin acusar antecedente en el Proyecto de la Comisión Reformadora ni en el Código de 1936. Se trata de una cautela especial de los bienes de la persona sometida a representación legal, pues la tuición está referida a los bienes y a actos cuya finalidad de alguna manera puede producir su salida de su esfera jurídica.

6.1. Actos de disposición y gravamen

Como se sabe, los actos de disposición son aquellos que suponen una traslación del dominio y dentro de esta categoría de actos la doctrina y la legislación dan cabida a los constitutivos de gravámenes. El Código Civil tiene adoptada esta asimilación y por eso el inc. 1 del art. 167 exige autorización expresa al representante legal que quiere disponer o gravar los bienes de su representado.

Tratándose de los incapaces sometidos a la patria potestad, el art. 447 prohíbe a los padres enajenar o gravar los bienes de los hijos, ni contrar en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El art. 448, excede el inc. 1 del art. 167 por que además exige autorización judicial para arrendar los bienes de los menores por más de tres años (*inc. 1*), hacer partición judicial (*inc. 2*), renunciar herencias, legados o donaciones (*inc. 4*), celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida (*inc. 5*), liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio (*inc. 6*), dar o tomar dinero en préstamo (*inc. 7*), edificar, excediéndose de las necesidades de la administración (*inc. 8*) y aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas (*inc. 9*). El art. 449 señala que la autorización se concede conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para enajenar u obligar bienes de menores, que consideramos aplicable a la autorización requerida por el art. 453 para invertir el dinero del menor en inversiones distintas en predios o en cédulas hipotecarias.

6 **Código Civil.** Compilación de Delia R. De Debakey, t. I, p. 160.

Tratándose de los incapaces sometidos a tutela, el art. 531 prohíbe la enajenación o gravamen de los bienes del menor, salvo autorización judicial concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia y aún del menor si tiene 16 años cumplidos (art. 533). El art. 532 lo exige también para que el tutor pueda practicar los actos indicados en el art. 448, anteriormente enumerados (inc. 1), hacer gastos extraordinarios en los predios (inc. 2), pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía (inc. 3), celebrar contrato de locación de servicios (inc. 5), y celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso (inc. 6). El procedimiento para obtener la autorización judicial es el establecido por el Código de Procedimientos Civiles para la enajenación u obligar bienes de menores.

Tratándose de los incapaces, los desaparecidos y ausentes sometidos a curatela, el art. 602 remite al curador al mismo procedimiento establecido por el Código de Procedimientos Civiles.

En el caso de representación legal de la sociedad conyugal, consideramos que la autorización expresa la debe otorgar el cónyuge que no la va a ejercer, con lo que la representación deviene en voluntaria.

6.2. Transacciones

La locución transacción tiene como acepciones las de acción y efecto de transigir y las de trato, convenio, negocio, y a éstas se refiere el inc. 2 del art. 167 del Código Civil y no como "transar", esto es, ajustar algún trato, especialmente en el terreno comercial y bursátil. En su sentido jurídico, la transacción es la designación de un acto jurídico nominado.

Según el art. 1302, "Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada". Como la transacción puede implicar un acto de disposición o una abdicación de un derecho, es que el inc. 2 del art. 167 exige para el representante legal autorización expresa.

Cuando se trata de incapaces, desaparecidos y ausentes, el representante legal, conforme al art. 1307, debe solicitar la autorización del juez, quien para este efecto deberá oír al Ministerio Público y al consejo de familia "cuando lo haya y lo estime conveniente". La aprobación del juez es la del que conoce del litigio. Si se trata de una transacción extrajudicial, el Código ha dejado un vacío al no indicar el procedimiento, por lo que deberá recurrirse a la vía ordinaria (art. 296 del Código de Procedimientos Civiles).

6.3. Compromiso arbitral

El inc. 3 del art. 167 del Código Civil exige autorización expresa al representante legal para la celebración de un compromiso arbitral, el cual implica un acto abdicativo al derecho a la instancia jurisdiccional (art. 1914). El compromiso arbitral es también un acto jurídico nominado que el Código legisla como un contrato.

Según el art. 1909, "Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente". Si hay juicio pendiente, la autorización que requiere el representante legal se la puede otorgar el juez que viene conociendo del litigio. Pero si no lo hay, el Código ha dejado otro vacío pues tampoco indica el procedimiento para obtener la autorización, lo que conduce a la vía ordinaria.

6.4. Otros actos que requieren autorización expresa

El inc. 4 del art. 167 del Código Civil se refiere, en cuanto a la autorización expresa que requiere el representante legal, a "los demás actos para los que la ley o el acto jurídico existen autorización especial".

El Código formula una advertencia a los representantes legales y, por ende, a los que actúan en el ámbito del Derecho Familiar, en cuanto que tienen sumamente restringida su autonomía privada y que es de orden público la cautela de los intereses sometidos a su representación.



**EL REGIMEN JURIDICO DE LA DONACION
MATRIMONIAL EN EL CODIGO CIVIL**

Miguel Torres Méndez

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el Título de la Donación, el artículo 1646 del Código Civil de 1984 establece que la donación hecha por razón de matrimonio está sujeta a la condición de que se celebre el acto

De lo dispuesto por esta norma se puede apreciar que el vigente Código Civil ha adoptado para la donación matrimonial el régimen condicional. Se trata entonces de una condición legal o condición de derecho ya que proviene de la ley y que es conocida también, doctrinariamente, como **Condicio Juris** para diferenciarla de la condición voluntaria; es decir, de aquélla que proviene de la voluntad del agente. MANUEL ALBALADEJO explica bien esta situación al definir la **Condicio Juris** de la siguiente manera: "cuando la eficacia de un negocio se hace depender de un acontecimiento incierto, pero esta dependencia procede de la naturaleza del negocio o la dispone el Ordenamiento jurídico, en vez de establecerla arbitrariamente el sujeto, se califica a tal acontecimiento de "Condición de Derecho" —en el sentido de impuesta por el Derecho—, **condicio juris**; contraponiéndola a la impuesta por voluntad del sujeto, que se califica de "condición de hecho", **condicio facti** ¹.

El régimen condicional, impuesto por la ley para la donación matrimonial consiste pues no en otra cosa que en el sometimiento del contrato, en este caso la donación, a una condición. Como se sabe, la condición es una modalidad del acto jurídico que puede ser a su vez de dos clases: Suspensiva o Resolutoria.

La aplicación del artículo 1646 no ofrece dificultad alguna en el caso que las partes de un contrato de donación, donante y donatario, acuerden o fijen el tipo de condi-

1 Manuel Albaladejo. *El negocio jurídico*, Barcelona, Lib. Bosch, 1959, p. 252.

ción a la cual debe quedar sometida la donación matrimonial que han celebrado. En tal caso, debe aplicarse pues la voluntad de las partes, lo que implica que la donación matrimonial quedará sujeta a la condición que acuerden las partes.

El problema se presenta entonces cuando celebrada una donación matrimonial, las partes no han acordado o fijado el tipo de condición a la cual debe quedar sometida esta clase de donación –cosa que es lo más frecuente o común en la realidad–, dado que la norma no contempla dicha determinación. Se supone que en defecto o ausencia de pacto (omisión contractual) debe operar lo dispuesto por la ley; pero, como se puede apreciar, en este caso la ley también ha incurrido en una omisión.

Tratándose entonces de una donación matrimonial en la que las partes no han fijado el tipo de condición a la cual debe quedar sometida esta donación, el problema se reduce en consecuencia al siguiente cuestionamiento: ¿Debe quedar sometida la donación a una condición suspensiva, o debe quedar sometida a una condición resolutoria?

El objeto del presente trabajo consiste en hallar la solución correcta al problema planteado.

CONCEPTO DE DONACION MATRIMONIAL

Antes de iniciar el correspondiente análisis jurídico que proporcione la solución correcta al problema planteado, es necesario previamente determinar bien el concepto de la donación matrimonial, es decir, determinar en qué consiste este tipo de donación, sus características, esencia y utilidad.

Tal necesidad la satisface en parte el concepto que el maestro HECTOR CORNEJO CHAVEZ proporciona para la donación matrimonial o también llamada donación por razón de matrimonio. Señala HECTOR CORNEJO CHAVEZ que: Se da el nombre de donación por razón de matrimonio a la transferencia gratuita de un bien, que se hace en favor de uno de los pretendientes o de los dos, con motivo o a causa de la celebración del casamiento”².

El concepto puede ser complementado aún más determinando las distintas clases o submodalidades en que a su vez se puede dar o celebrar este tipo de donación, así como las posibles partes que pueden intervenir en la celebración de la misma.

Respecto a las clases de donaciones matrimoniales que hay, desde Roma siempre se les ha clasificado en donaciones antes del matrimonio (*ante nuptias*) y donaciones después del matrimonio (*propter nuptias*). Como se puede apreciar, esta clasificación radica en función del momento en que se den o se celebren estas donaciones, según sean pues antes de la celebración del matrimonio o después del mismo.

2 Héctor Cornejo Chávez. *Derecho Familiar peruano*. Lima, Lib. Studium, 1982, t. I, p. 238.

ALFREDO DI PIETRO Y ANGEL LAPIEZA ELLI refieren esta antigua clasificación proveniente desde Roma, de la siguiente manera: "Se contraponen a las prohibidas, ya que no suceden en el matrimonio, sino antes del matrimonio, y juegan como una contrapartida de la dote"³. Para luego referir sobre las **propter nuptias** lo siguiente: "Justiniano, sobre la base de las donaciones **ante nuptias**, permitirá –incluso durante el matrimonio– hacer donaciones **propter nuptias** (a propósito de las nupcias); ..."⁴.

Ahora, respecto a las posibles partes que pueden intervenir en la celebración de una donación matrimonial o, lo que es lo mismo, quienes pueden ser donante y donatario; el maestro HECTOR CORNEJO CHAVEZ indica, para la donación **ante nuptias** lo siguiente: "Estas donaciones pueden ser hechas bien por uno de los prometidos al otro, bien por un tercero a uno o a los dos futuros cónyuges; ..."⁵.

En primer lugar, pueden ser donantes entonces en una donación **ante nuptias** cualquiera de los dos futuros cónyuges individualmente, o un tercero; y, por su parte, respectivamente, pueden ser donatarios cualquiera de los dos futuros cónyuges individualmente o los dos conjuntamente. El presente cuadro puede ayudar a visualizar bien estas distintas posibilidades:

DONACION ANTE NUPTIAS

DONANTE	DONATARIO
Futuro cónyuge varón	Futura cónyuge mujer
Futura cónyuge mujer	Futuro cónyuge varón
Tercero	Futura cónyuge mujer
Tercero	Futuro cónyuge varón
Tercero	Ambos futuros cónyuges

Para la donación **propter nuptias** se debe indicar que las partes pueden ser las mismas que para la **ante nuptias** siempre y cuando la ley permita la contratación entre cónyuges en cuyo caso ya no se tratará entonces de futuros cónyuges sino propiamente de cónyuges. Tal situación se presenta igualmente cuando la ley prohíbe limitadamente la contratación entre cónyuges como es el caso peruano en que el Código Civil sólo prohíbe dicha contratación respecto de los bienes de la sociedad (artículo 312). Lo único que variaría en este caso sería el bien materia de la donación y no las partes ya que dicho bien deberá ser pues necesariamente bien propio del cónyuge donante.

3 Alfredo Di Pietro y Angel Lapieza Elli. *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 384.

4 *Ibidem*, p. 385.

5 Héctor Comejo Chávez, *Op. cit.*, p. 238.

Así, pueden ser donantes entonces en una donación matrimonial **propter nuptias** cualquiera de los dos cónyuges individualmente, o un tercero, y, por su parte, respectivamente, pueden ser donatarios cualquiera de los dos cónyuges individualmente o los dos conjuntamente. Este otro cuadro puede ayudar a visualizar bien estas distintas posibilidades.

DONACION PROPTER NUPTIAS

DONANTE	DONATARIO
Cónyuge varón	Cónyuge mujer
Cónyuge mujer	Cónyuge varón
Tercero	Cónyuge mujer
Tercero	Cónyuge varón
Tercero	Ambos cónyuges

Por supuesto que estas posibilidades no se van a dar en una donación **propter nuptias** si la ley prohíbe absolutamente la contratación entre cónyuges tal como sucedía antes en el Perú con el derogado Código Civil de 1936 (artículo 1339). La situación en ese caso se verá limitada, pues sólo podrá ser donante un tercero y no ninguno de los cónyuges pudiendo ser sí igualmente donatarios cada cónyuge individualmente o ambos conjuntamente. Este sería el cuadro de posibilidades en esa situación.

DONANTE	DONATARIO
Tercero	Cónyuge mujer
Tercero	Cónyuge varón
Tercero	Ambos cónyuges

ANALISIS

Desarrollado ya ampliamente el concepto de la donación matrimonial, se puede ahora sí realizar el análisis jurídico correspondiente que permita hallar la solución correcta al problema planteado.

Dicho análisis debe iniciarse en primer lugar determinando que el vigente Código Civil peruano regula sólo una clase de donación matrimonial, la cual es la **ante nuptias**. Tal conclusión se desprende del texto del artículo 1646 que es la única norma que dedica este Código a la donación matrimonial. Tal como se ha señalado al inicio de este trabajo, el Código Civil ha adoptado para la donación matrimonial el régimen condicional consistiendo éste en el sometimiento del contrato a una condición. Ahora, como se sabe, la condición es una modalidad del acto jurídico que tiene efectos futuros, es decir, siempre su cumplimiento o verificación se va a dar en el futuro.

Por tal razón, NICOLAS COVIELLO define a la condición como: "La cláusula por la cual el autor o autores del negocio jurídico hacen depender su eficacia o resolución de un acontecimiento futuro e incierto, por lo cual se llama condición al mismo suceso futuro e incierto de que se hace depender la eficacia o la resolución del negocio"⁶.

Como la condición es un hecho futuro e incierto, la condición a la que queda sometida la donación matrimonial por el artículo 1646 consiste pues en la celebración del matrimonio; es decir, el hecho futuro e incierto consiste en la celebración de este acto tal como el propio artículo 1646 lo dispone.

Se puede apreciar claramente entonces que la donación matrimonial regulada por el artículo 1646 es aquella que se celebra antes de la celebración del matrimonio, por lo cual pues se trata de la donación **ante nuptias**.

Ya el maestro HECTOR CORNEJO CHAVEZ había advertido esta situación con respecto al Código Civil de 1936, el cual contenía para la donación matrimonial una norma idéntica al artículo 1646 del nuevo Código, al afirmar que: "...; pero siempre –dentro del ordenamiento legal de 1936– antes de la conclusión del matrimonio y a condición de que éste efectivamente se verifique"⁷. Complementa esta apreciación el maestro afirmando a pie de página lo siguiente: "No establece la ley expresamente el primero de estos requisitos, pero él se infiere inequívocamente de la redacción del artículo 215, pues si en estas donaciones "se entiende la condición de celebrarse" el matrimonio, y si la condición es un acontecimiento futuro e incierto, es obvio que aquéllas no pueden tener lugar sino cuando el casamiento aún no se ha verificado"⁸.

Ahora, el hecho de que el Código Civil no haya regulado la donación matrimonial **propter nuptias** puede llevar a pensar que este tipo de donación ha quedado indebidamente en la orfandad legislativa. Así lo consideraba el maestro CORNEJO CHAVEZ respecto al Código Civil de 1936 cuando afirmaba que: "A nuestro juicio, la ley debió autorizar expresamente las donaciones **propter nuptias** posteriores al casamiento, siempre que el donante fuera una tercera persona"⁹. Y agregaba el maestro que: "Empero, no hay inconveniente legal alguno en que una tercera persona done a los casados o a uno de ellos; pero en tal caso no se trata de una donación por razón de matrimonio, sino de una donación corriente"¹⁰.

6 Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil*. México, Ucha, 1949, t. II, p. 471.

7 Héctor Comejo Chávez, *Op. cit.*, p. 238.

8 *Ibíd.*, p. 238.

9 *Ibíd.*, p. 238.

10 *Ibíd.*, p. 238.

Sin embargo, se debe apreciar que esta situación no es realmente exacta. No era necesario en realidad dedicar una norma para la donación **propter nuptias** porque este tipo de donación matrimonial no necesita de ningún régimen jurídico en especial, por lo cual pues su regulación ya está cubierta por el resto de normas que sobre la donación contiene el Código Civil sin que esto signifique que ya no se trata de una donación matrimonial. Es decir, la donación **propter nuptias** no necesita de un régimen jurídico en especial como el régimen condicional que rige a la **ante nuptias**, porque aquélla se celebra después de contraído el matrimonio y teniendo como causa el mismo, en cuyo caso se trata pues de una donación pura y simple pero sin que ello implique que no revista la calidad de matrimonial ya que, como se ha señalado, esta donación siempre se celebra teniendo como causa la celebración de un matrimonio.

Como se puede apreciar, el maestro CORNEJO CHAVEZ, confunde en realidad el concepto de donación **propter nuptias**. Es decir, confunde a la donación **propter nuptias** con cualquier donación que se celebre en general después de contraído el matrimonio. Pero no entran dentro del tipo de donación **propter nuptias** en general todas las donaciones que se celebran después de contraído el matrimonio como expone el maestro, sino únicamente las que se celebraron teniendo como causa el matrimonio. De ahí su nombre de **propter nuptias** o "a propósito de las nupcias" y por ende su clasificación de donación matrimonial.

Y la configuración de esta situación no es una apreciación arbitraria, sino que ella proviene no sólo de su denominación, como ya se ha visto, sino también de sus antecedentes jurídicos. Tales antecedentes son los siguientes, averiguados por el propio maestro CORNEJO CHAVEZ: "Las donaciones **propter nuptias** eran las que hacían los padres a los hijos por consideración al matrimonio que iban a contraer y para que pudieran llevar más cómoda y dignamente las cargas de ésta"¹¹.

Respecto a esta última afirmación del maestro, se debe advertir sólo un pequeño error en cuanto a la utilización de algunos términos, los cuales son: "iban a contraer". Como se puede apreciar, los términos adecuados son "han contraído" en lugar de "iban a contraer" ya que se trata pues de las donaciones **propter nuptias** y no de las **ante nuptias**.

En consecuencia, una donación realizada después de celebrado el matrimonio y con motivo del mismo no deja de ser una donación matrimonial por no estar regulada legalmente.

Pues bien, ahora que ya se ha determinado que el Código Civil sólo regula la donación **ante nuptias** se puede entonces ahora sí determinar el tipo de condición a cual queda sometida esta clase de donación en virtud del artículo 1646. Tal condición no

11 Héctor comejo Chávez. *Op. cit.*, p. 239.

puede ser otra que la condición suspensiva. Esto obedece a que como se trata de una donación realizada antes de la celebración del matrimonio y dado que la condición consiste precisamente en que dicho acto se celebre, tal como textualmente lo establece el artículo 1646, se puede comprobar entonces que los efectos jurídicos que produce la donación no se aplican (están en suspenso) mientras no se cumpla la condición, lo que en este caso viene a traducirse pues en que los efectos jurídicos están en suspenso mientras no se celebre el matrimonio.

Como puede apreciarse, no puede tratarse en modo alguno de una condición resolutoria; por cuanto ello significaría que si se cumpliera la condición, que en este caso consiste en la celebración del matrimonio, cesarían los efectos jurídicos que ha producido la donación, o lo que es lo mismo, se resolvería el contrato de donación, lo cual pues, sería un contrasentido ya que esa no es la finalidad que busca la ley, sino todo lo contrario, lo que persigue la ley es que sólo si se cumple la condición se llegue a ejecutar dicho contrato y no pues que se resuelva.

Por tal razón, no resulta ser exacto lo afirmado por el legislador peruano en materia de donación cuando sostiene sobre la norma en cuestión que: "Estamos frente a un dispositivo que contempla una condición legal (*condictio juris*) cuyos efectos son semejantes a los de la condición resolutoria"¹². Es más, este mismo legislador se contradice en seguida al afirmar que: "Naturalmente nada impide que el donante estipule que el obsequio se hace sujeto a que el matrimonio se lleve a cabo, en cuyo caso la condición tendrá naturaleza suspensiva"¹³. Como se ha podido apreciar varias veces (y dicha apreciación resulta de una simple lectura del texto del artículo 1646), la condición a la que hace referencia el legislador es precisamente la condición a la que alude el artículo 1646: "a la condición de que se celebre el acto" (Artículo 1646), que es pues lo mismo en términos del legislador: "a que el matrimonio se lleve a cabo".

El desarrollo de los conceptos de estas dos clases de condiciones, suspensiva y resolutoria, va a demostrar contundentemente que se trata en realidad de una condición suspensiva y no de una resolutoria la regulada en el artículo 1646.

Como se sabe, por la condición suspensiva el acto jurídico crea o produce sus efectos jurídicos, pero estos no se aplican por estar suspendidos hasta que se cumpla la condición. Y, por su parte, por la condición resolutoria sí se aplican los efectos jurídicos producidos por el acto jurídico pero si se cumple la condición, dichos efectos cesarán o dejarán de aplicarse, o lo que es lo mismo, se resolverá el acto jurídico.

Es NICOLAS COVIELLO quien proporciona una adecuada definición doctrinal

12 Max Arias-Schreiber. "Exposición de motivos". En *Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios*, t. VI de Delia Revoredo de Debakey. Lima, Okura Editores, 1985, p. 306.

13 *Ibidem*, p. 306.

sobre estas condiciones al afirmar que: "Condición suspensiva es el acontecimiento futuro e incierto del que se hace depender el negocio jurídico, esto es, el negocio existe aún antes de que la condición se cumpla, pero permanece en suspenso su eficacia. La condición es resolutoria cuando del acontecimiento futuro e incierto se hace depender la eficacia ya nacida del negocio, en estos términos, el negocio existe y produce todos los efectos de que es capaz hasta que la condición se realice"¹⁴.

Si se tratara entonces de una condición resolutoria, como apunta el legislador, se tendría la siguiente situación: Como la condición consiste en la celebración del matrimonio, como lo establece la norma, si llega a cumplirse (se celebra el matrimonio) el contrato de donación deberá pues resolverse lo que implica que el donatario (uno de los futuros cónyuges o ambos, ahora cónyuges) deberá pues devolver el bien donado –porque toda resolución implica restitución de prestaciones–, pese a que se celebró el matrimonio, es decir, se cumplió la condición. Como se puede apreciar, la situación resultante sería pues completamente absurda y contradictoria a los fines de la ley.

Esta situación queda demostrada aún más con los conceptos que sobre estas clases de condiciones proporciona MANUEL ALBALADEJO. Señala este tratadista que: "Las condiciones pueden ser de diversas clases: Suspensivas o iniciales y resolutorias o finales, según que de su cumplimiento dependa el comienzo o la cesación de los efectos del negocio"¹⁵.

La condición de que se celebre el matrimonio, que el artículo 1646 somete a la donación matrimonial, no puede ser pues resolutoria o final sino suspensiva o inicial. Porque resulta obvio darse cuenta que lo que busca la ley si se cumple la condición no es que el contrato termine o se resuelva, sino por el contrario, que el contrato empiece a cumplirse o a ejecutarse.

No cabe duda pues que la condición a la que somete la donación matrimonial el artículo 1646 es suspensiva y no resolutoria. Ahora, es evidente que esa no fue la intención del legislador, tal como se ha podido apreciar de la exposición de motivos correspondiente, sino que más bien dicha intención fue que riga una condición resolutoria. Pero al haber el legislador presentado la norma en cuestión tal como figura actualmente en el Código Civil, la aplicación de una condición resolutoria ha quedado pues nada más que en una intención por haberse demostrado ya ampliamente que la condición que realmente rige por disposición del artículo 1646 es una suspensiva y no resolutoria.

Ahora, no debe pensarse que tal situación se debe únicamente a que el legislador omitió señalar expresamente que debe regir una condición resolutoria para la donación matrimonial. Es decir, no debe pensarse que lo correcto hubiera sido consignar la palabra "resolutoria" para calificar acertadamente a la condición.

14 Nicolás Coviello. *Op. cit.*, p. 476.

15 Manuel Albadalejo. *Op. cit.*, p. 240.

De haberse dado esa situación, si bien ya no habría duda de que rige una condición resolutoria para la donación matrimonial, se daría igualmente el absurdo y contradicción de que si se celebra el matrimonio (si se cumple la condición), deberá resolverse la donación.

La solución del problema no radica únicamente, entonces, en que la norma califique expresamente el tipo de condición que debe regir a la donación matrimonial, sino más bien en cambiar la condición misma. Es decir, variar el hecho futuro e incierto en que consiste la condición.

Si lo que se quiere es que rija una condición resolutoria para la donación matrimonial (tal como era la intención del legislador), la condición no debe consistir pues en que se celebre el matrimonio; sino, por el contrario, debe consistir en que dicho acto no se celebre. Esto se comprende debido a la naturaleza de la condición resolutoria o final que lo que hace, si llega a cumplirse, es resolver el acto jurídico o que terminen los efectos del mismo. Y también porque, como ya se ha expuesto, la finalidad que persigue la ley es que la donación matrimonial sólo se cumpla o se ejecute si llega a celebrarse el matrimonio, situación que obedece a que este tipo de donación tiene como causa únicamente la celebración de un matrimonio.

En consecuencia, para que en la donación matrimonial opere o rija una condición resolutoria ésta debe ser a su vez negativa. Es decir, debe consistir en la no verificación de un hecho que en este caso pues vendría a consistir en la no celebración del matrimonio. Como se sabe, la condición puede ser también positiva o negativa. MANUEL ALBALADEJO define bien esta clasificación al explicar que: "la condición es positiva cuando consiste en que acontezca algo que modifique el actual estado de cosas, y es negativa cuando consiste en que falte determinado suceso, y que, por tanto, las cosas no varíen"¹⁶.

La necesidad de que además de resolutoria deba ser negativa se debe a que como cumplida la condición el acto jurídico debe resolverse o extinguirse, tal condición, tratándose de una donación matrimonial, sólo puede consistir en consecuencia en la no celebración del matrimonio; de manera que con la no celebración del mismo se entienda pues cumplida la condición. Lo cual se ajusta pues a la finalidad perseguida por la ley que, como se ha visto, consiste en que la donación matrimonial únicamente se cumpla o se ejecute si es que se llega a celebrar el matrimonio. Por lo tanto, si no se celebra el matrimonio (se cumple la condición resolutoria), no debe pues cumplirse o ejecutarse la donación matrimonial, situación que se consigue con la resolución que opera sobre este contrato en virtud de la aplicación de la condición resolutoria.

De esta manera, debió ser, pues, la condición que el artículo 1646 somete a la do-

16 Manuel Albaladejo. *Op. cit.*, p. 241.

nación matrimonial para que sea una condición resolutoria y no de la forma en que figura en dicha norma que, como ya se ha demostrado, se trata de una condición suspensiva. Sobretudo, que respecto al régimen de esta última condición en la donación matrimonial, se debe señalar que su aplicación no es acorde con la realidad o la práctica contractual.

Esto se debe a que como por la condición suspensiva quedan suspendidos los efectos jurídicos que ha producido el acto jurídico, esto quiere decir pues que en la donación matrimonial la obligación que crea este contrato (que es el único efecto jurídico que produce), queda pues suspendido su cumplimiento hasta que se cumpla la condición. Lo cual significa pues que la obligación de transferencia de propiedad que ha asumido el donante no debe cumplirse mientras no se cumpla la condición, o lo que es lo mismo, mientras no se celebre el matrimonio. Esta debe ser en consecuencia la situación jurídica que debe darse con la aplicación de una condición suspensiva.

Sin embargo, como puede comprobarse, ésta no es la situación que se presenta en la realidad o en la práctica contractual, sino por el contrario, la situación que realmente se da es la totalmente opuesta. Como se sabe, a diario se contraen matrimonios, lo cual conlleva pues a que a diario se celebren donaciones matrimoniales, las cuales se acostumbra cumplirlas o ejecutarlas antes de que se contraiga el matrimonio. Es decir, siempre se cumplen o ejecutan sin esperar a que se haya llegado a celebrar el matrimonio.

Así, se da en la práctica que cuando se anuncia la celebración de un matrimonio los donantes envían sus regalos mayormente antes de que se haya celebrado el mismo, con lo cual pues están cumpliendo ya con su obligación de transferencia de propiedad. Con tal situación, no se está aplicando pues en modo alguno la condición suspensiva.

Como se puede apreciar, la realidad o práctica contractual ha hecho inaplicable una condición suspensiva a la donación matrimonial. Y esto se debe más que nada que no resulta muy decoroso en realidad que los donantes se vean obligados siempre a esperar a que se celebre el matrimonio para que recién pueda proceder el cumplimiento de su donación, como si lo común o normal fuera que no se lleguen a celebrar los matrimonios, cuando la verdadera situación es pues la inversa; es decir, que lo común o normal es que sí se lleguen a celebrar los matrimonios, razón por la cual pues se puede cumplir la donación sin tener que esperar a que ocurran dichas celebraciones.

La aplicación de una condición suspensiva a la donación matrimonial resulta entonces incongruente y desajustada a la realidad, razón por la cual pues el artículo 1646 ha devenido en realidad inaplicable.

Y esta situación, conduce a apreciar que la única condición que resulta útil a la donación matrimonial y se ajusta a la realidad, es pues, la condición resolutoria ya que con su aplicación el contrato de donación sí se cumple o se ejecuta, es decir, se aplican

los efectos jurídicos que ha creado el contrato; y sólo si se cumple la condición (que para este caso debe consistir como hemos explicado en que no se celebre el matrimonio), el contrato se resolverá o cesarán pues sus efectos jurídicos.

Como se puede apreciar, esta situación es la que se da en la realidad o práctica contractual.

En consecuencia, este debió ser el régimen condicional adecuado que debió contemplar el artículo 1646 y no el de la condición suspensiva que actualmente contempla. Si bien la verdadera intención del legislador no fue en este último sentido, el de una condición suspensiva, sino más bien el de una condición resolutoria; lamentablemente, tal como se ha podido demostrar ampliamente, tal como figura la norma actualmente ella sólo contempla una condición suspensiva.

Y la razón por la cual el legislador incurrió en este error se debe a que éste simplemente se limitó a copiar la norma que sobre el particular contenía el anterior Código Civil. Dicha norma era el artículo 215 del Código Civil de 1936 en el que se presentaba pues el mismo problema y el legislador, lejos de solucionar este problema mediante la dación de otra norma como corresponde a todo legislador, se limitó pues simplemente a copiar una norma insuficiente y defectuosa. Y es que legislar en realidad no es pues copiar normas, sino por el contrario es estudiar la realidad del país sobre el cual se va a legislar, revisarla minuciosamente, lo cual implica pues tomar conciencia de los problemas que engloban dicha realidad; y, recién en base a ello, elaborar una solución que pueda ser contemplada en una norma.

CONCLUSION

Por razón de todo lo expuesto, la conclusión a la que se llega consiste pues en que la condición que el artículo 1646 somete a la donación matrimonial es una condición resolutoria, Por lo tanto, el artículo 1646 debería ser modificado para su corrección pudiendo ser su posible nueva redacción la siguiente:

Artículo 1646.- La donación hecha por razón de matrimonio está sujeta a la condición resolutoria de que no se celebre el acto.

4. LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA FAMILIA

EMPRESA Y FAMILIA
(Posible contribución de la empresa familiar al desarrollo)

Carlos Torres y Torres Lara

I. El patrimonio de familia y la pequeña empresa familiar

Entre los argumentos que el Dr. Héctor Comejo Chávez recogió para fundamentar el "hogar de familia" estuvo aquél que sostiene que "favorece la mediana propiedad agrícola, artesanal o fabril y evita la disolución de empresas individuales que de otro modo desaparecerían al morir su propietario"¹.

Asimismo ha precisado que el objeto del patrimonio de familia, antes "hogar de familia", "se dirige a proteger, en primer término, la casa habitación en que se halla instalado el núcleo doméstico; y en segundo lugar y por extensión, el lugar de su trabajo, es decir la actividad de cuyo rendimiento vive la familia"².

Obsérvese que el "hogar de familia" o "patrimonio familiar" se constituye, normalmente, sobre la casa-habitación (de ahí su nombre —dice Comejo), pero en el nuevo Código Civil peruano se avanza hacia un concepto que va más allá de la simple protección inmediata del grupo familiar, pues, quiere promoverlo ampliando para esto el campo del patrimonio protegido.

La figura del patrimonio familiar protegido, ha estado ligada fundamentalmente a la vivienda y, en algunos casos, a la granja, establos y anexos (el **homestead** norteamericano), o a la parcela cultivable (en México) e incluso en el caso francés al material, máquinas e instrumentos dedicados al comercio o industria de explotación "de una familia de artesanos"³.

1 Exposición de Motivos y Comentarios -Código Civil t. IV- Delia Revoredo de Debakey 1985, p. 395.

2 Comejo Chávez Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Ed. Studium 1985, t. II, pp. 309.

3 *Ibidem*, pp. 309-310.

En el caso del nuevo Código Civil peruano de 1984, dice Cornejo, "es posible constituir también el patrimonio familiar sobre un predio agrícola, artesanal, industrial o comercial y esto no sólo cuando tal explotación sea anexa a la vivienda, sino en cualquier otro caso, o sea, aún si la figura no comprende a la vivienda, siempre que, esto sí, tal explotación sea fuente de sustento de la familia"⁴.

De las apreciaciones anteriores puede concluirse que el Libro de familia del nuevo Código Civil peruano (cuya autoría corresponde al Dr. Héctor Cornejo Chávez), tiende a proteger a la familia no sólo desde una perspectiva pasiva o defensiva (la casa hogar donde se vive), sino una visión además activa, promotora y afirmadora del grupo familiar extendiendo la protección hacia la actividad empresarial, que desarrollada dentro de la familia, le permite a ésta el sustento de los beneficiarios. Ese patrimonio así constituido es, como lo dice el art. 488 del C.C. "inembargable, inalienable y transferible por herencia."

Verón, señala que la importancia de las empresas familiares es reconocida en forma general, refiriéndose particularmente al caso italiano donde dentro del Código de 1942 la empresa familiar adquiere una significación cualitativa especial, así como al caso de Gran Bretaña donde la empresa familiar, "desde fines de la revolución industrial y hasta nuestros días asume un valor histórico trascendente..."⁵.

La familia –dice–, se encuentra protegida y desarrollada por la pequeña empresa de dimensión familiar y esta tiende incluso a asegurar la seguridad familiar de las futuras generaciones.

Empresa y Familia, pues, no son conceptos excluyentes sino de mutuo apoyo, siempre que la primera tenga una dimensión precisamente familiar donde, por lo general, los padres desarrollan sus labores con la colaboración de sus hijos y accidentalmente con la asistencia secundaria de terceros. Esto configura la llamada pequeña Empresa cuyo papel puede ser fundamental para el desarrollo futuro del país.

II. El problema vital del Perú

Whitehead dijo: "si se suprime el futuro, se desmorona el presente"⁶. Esta es una frase que debemos tener en cuenta para comprender el fenómeno de la violencia en el Perú y el desmoronamiento de nuestras instituciones. Gabriel Marcel lo dijo de otra

4 *Ibidem*, p. 311.

5 Verón, Alberto Víctor. *Sociedades Anónimas de Familia*. Ed. Depalma 1979. Bs. As. Argentina, p. 252.

6 Whitehead, Alfred. *Aventuras de las Ideas* (201) C.G. Fabril Editora. Buenos Aires 1961.

manera "la esperanza es para el alma lo que la respiración es para el organismo viviente: donde la esperanza falta, el alma se reseca⁷. Por eso el futuro es más importante que el presente ya que aquél sostiene a éste y no a la inversa.

La pobreza por más extrema que sea nunca ha llevado a un pueblo a la violencia. La historia, que es la maestra de la vida, nos enseña que el rompimiento institucional se produce mas bien cuando se ofrece la esperanza falsa o cierta de un futuro que supere las limitaciones del presente. Muchos, casi todos, pueden aceptar el sacrificio del presente, pero pocos, casi nadie, estaría dispuesto a sacrificar su futuro. Se puede aceptar tener hambre hoy, pero resultaría contrario a la naturaleza humana pedirle a un hombre aceptar que siempre padecerá hambre no importando el esfuerzo que haga.

Por eso, de la oferta del futuro depende el Perú de hoy. Ante la desocupación y la falta de salidas futuras para la juventud "Sendero ofrece estructuras, normas, valores; a las frustraciones, una ejecutoria y a su vida inútil un sentido"⁸. ¿Por qué una juventud que nunca recibió educación y normas familiares de auténtica disciplina y a quien hoy no se le ofrece un futuro laboral aceptable, no ha de recurrir a sus instintos más violentos de supervivencia y de dominio?

Juan Pablo II ha dicho: "El hombre sin trabajo es herido en su dignidad humana. Al convertirse otra vez en trabajador activo no sólo recupera su salario sino además aquella dimensión esencial de la condición humana que es el trabajo (...). Los subsidios de vivienda, nutrición, salud, etc. son indispensables, pero ahí el hombre no es el actor. Ofrecerle trabajo, en cambio es mover el resorte esencial de su actividad humana, en virtud del cual el trabajador se adueña de su destino y se integra a la sociedad..."⁹ Pues, el problema del Perú de hoy y de nuestro futuro, es esencialmente uno: ofrecer TRABAJO. Frente al mensaje de la violencia; de la destrucción total y la muerte ofreciendo una sociedad de fábula infantil, es necesario ofrecer un instrumento de generación de empleos que demuestre un futuro por el cual valga la pena el sacrificio de la disciplina que exige el presente: ante esta situación, la empresa familiar se presenta como una contribución eficaz.

III. La Profundidad del problema laboral

El problema laboral del Perú no sólo se sustenta en las razones dadas tradicionalmente: baja inversión, inestabilidad, educación administrativa más que empresarial, retraso cultural etc., razones todas ellas muy importantes, pero insuficientes sino se ob-

7 Marcel, Gabriel. *Metafísica de la Esperanza*. Ed. Nova 1954.

8 Favre, Henri. "Desexorcizando a Sendero". *Quehacer* 42, pp. 44-48, 1986, Perú.

9 Juan Pablo II - *Eclesia*, N° 2,317 -mayo 1987- España.

serva otra que es vital, que rebasa a las anteriores y que incluso las condiciona: es la explosión demográfica. Nunca antes en la historia del mundo, en ningún lugar de la tierra se ha presentado un fenómeno de explosión demográfica como el que está ocurriendo en Latinoamérica y particularmente en el Perú. Malthus asustó al mundo cuando anunció la catástrofe que se vendría al estimar el crecimiento de la población total en 1% anual. El Perú de hoy crece a un ritmo de 2.6%. Se trata de un fenómeno nuevo, nunca antes estudiado en tales magnitudes por los científicos¹⁰.

Sin embargo, el problema lamentablemente no se basa sólo en un crecimiento del número de nacimientos sino en el desajuste con el volumen de los que fallecen. Para decirlo con las palabras del sacerdote jesuita J. Wicht, al haberse mejorado en algo los servicios de salud se ha originado un crecimiento neto explosivo "no hace falta cambiar sustancialmente el nivel de vida de la población, basta con un leve incremento nutricional, mejores vías de comunicación, uso de agua limpia y vacunación para tener resultados espectaculares" en la reducción de la mortalidad y en consecuencia en el aumento neto de la masa poblacional "Lo que Europa logró en 150 años el Perú lo hizo en 25, la mortalidad bajó de 27 por mil a 13 por mil"¹¹.

La consecuencia de este extraordinario desajuste mezclado con las razones tradicionales del subdesarrollo producen el hecho concreto de que el 50% de la población peruana viva en condiciones infrahumanas según los parámetros internacionales generalmente admitidos.

Traducido en términos laborales, el panorama real es que de una fuerza laboral de seis millones seiscientos mil trabajadores sólo damos trabajo a unos tres millones de personas¹². La urgencia es, pues, que de alguna manera debemos cubrir rápidamente por lo menos unos nuevos tres millones de puestos de trabajo. Pero eso no es todo, lo más grave es que cada año se incorporan a la fuerza laboral 500,000 nuevos trabajadores, es decir medio millón de nuevos jóvenes en edad de trabajar que no son admitidos al trabajo porque el sistema no sabe producir nuevos puestos.

Si por arte de magia creáramos tres millones de puestos hoy día, aún así nuestro problema sería crear medio millón de puestos cada año. Para tomar el peso necesario a esta grave situación permítasenos decir que ello significa crear 41,666 puestos cada mes ó 2,083 puestos cada día útil, 1042 puestos cada mañana. Es decir unos 250 puestos de trabajo durante el tiempo que usted le toma leer este ensayo: así de crítico: durante el tiempo que usted lee este trabajo, hemos debido haber creado una mediana empresa de 250 o 300 trabajadores, o unas cincuenta pequeñas Empresas. Sin embargo

10 Juan Wicht, Natalidad en el Perú. Revista **Encuentro**, pp. 172-47-48, Perú.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*, pp. 172-173.

de los 2'380,000 trabajadores que aparecieron entre los años 1970 a 1985 sólo pudimos ocupar 210,000. En los próximos 15 años necesitamos cubrir no menos de 7 millones de nuevos puestos de trabajo¹³.

Tal es la gravedad de nuestra situación. Pero para poner las cosas peor todavía, debemos recordar que los países desarrollados cada vez nos pagan menos por lo que producimos en comparación con los precios de los productos que ellos nos venden. Hoy se paga por nuestros productos, aproximadamente, la mitad de lo que se pagaba hace diez años. Es decir debemos producir ahora el doble para tener acceso a la misma cantidad de bienes.

IV. Las soluciones tradicionales

¿Podemos resolver el inmenso problema laboral del Perú con las soluciones tradicionales: la gran empresa privada o la empresa estatal?

Es evidente que el modelo de la gran empresa privada con fondos internacionales no representa una alternativa viable sino sólo complementaria, debido a que como es de conocimiento público, su lógica se orienta a la sustitución de la mano de obra por la mecanización o la computarización. El modelo es bueno para la perspectiva del empresario, pero no es la solución directa para el problema del empleo en el Perú. Otra razón importante es el hecho de que en la actual coyuntura internacional es casi imposible lograr un financiamiento externo masivo que permita resolver el problema laboral en forma significativa. La gran empresa, de corte transnacional, resulta necesaria para resolver otros problemas tales como el de grandes inversiones de capital o tecnologías de punta, pero no para resolver masivamente el problema de empleo en el Perú. Vale la pena agregar que cada puesto de trabajo en una empresa de ese tipo requiere por lo menos una inversión de cinco mil dólares US que si es multiplicada por nuestras necesidades laborales significarían 15,000 millones de dólares, es decir tendríamos que duplicar el total de nuestra deuda externa para dar ocupación a los actuales desocupados y adicionalmente necesitaríamos 2,500 millones de dólares cada año para resolver la presión de nuevos puestos en cada ejercicio. Por todas estas razones es matemáticamente imposible que pueda pensarse que la solución de la generación de puestos de trabajo pueda estar en la gran empresa con capitales del exterior.

Por otro lado, la solución de las empresas estatales como elementos generadores de puestos de trabajo tiene por lo menos otras tres graves dificultades. En primer lugar el financiamiento: si para la Empresa privada es difícil obtenerlo, para el Estado de hoy, gran deudor, es simplemente casi imposible. Además, la lógica empresarial del Estado es la misma que la de la gran empresa, es decir la sustitución de la mano de obra para obtener la mayor rentabilidad posible sobre el capital invertido. La tercera razón es tan importante aquí como en la solución de la gran empresa privada: la concentración del

13 *Ibidem*, pp. 172-173.

poder que represenan las grandes unidades empresariales sean privadas o estatales implica un alejamiento de las grandes necesidades participativas que requiere la juventud emergente.

Consecuentemente, la gran empresa privada como la gran empresa estatal siendo parte del Sector Moderno de la Economía y por lo tanto necesarias, no constituyen sin embargo la solución al problema de la generación masiva de empleos que debe atender a la explosión demográfica. Este fenómeno explosivo se ubica precisamente en el otro Sector, el marginal y atrasado.

La solución al problema del empleo debe darse entonces por otras vías, particularmente apuntando a la generación de empresas descentralizadas y ubicadas en el sector marginal de la economía y de la sociedad. Un mecanismo que pueda generar un crecimiento explosivo del empleo y que parta desde el sector marginal y a su vez destine sus acciones fundamentalmente al propio sector marginal. En pocas palabras un desarrollo "desde dentro y hacia dentro" del sector marginal.

V. Los Modelos de desarrollo

Los expertos en desarrollo han experimentado varios modelos para lograr que las zonas subdesarrolladas o los marginales se integren en la economía y en la sociedad. Los problemas de las distintas fórmulas pueden resumirse de la siguiente manera¹⁴:

- a) Desarrollo a partir de las cuencas hidrográficas:
Ha quedado acreditado que el desarrollo a partir de cuencas hidrográficas no logra retener el excedente generado sino que simplemente lo retransmite a los centros económicos dominantes del país y del exterior. El método además implica el beneficio de un sector de la población muy pequeño olvidando a los necesitados y convirtiéndose más bien en un "enclave desarrollado" dentro de un mar de subdesarrollo.
- b) Desarrollo por polos de crecimiento:
El problema de este modelo –por polos- sigue siendo el mismo al anterior. Pero se agrega que no sólo se convierten en enclaves económicos sino además sociales y culturales, que si bien geográficamente están descentralizados constituyen en realidad "zonas liberadas del subdesarrollo", partes del mecanismo económico central accidentalmente colocados en una geografía distinta, pero mejor comunicados con el aparato central de la economía que con cualquier ciudadano que actúa a sólo unos cientos de metros. La separación es además cultural. Los técnicos

14 Nos basamos parcialmente en Mattos, Carlos. "Paradigmas, modelos y Estrategias en la práctica Latinoamericana de Planificación Regional" en *Pensamiento Iberoamericano*. Revista de Economía Política N° 10. 1986, España.

y sus funcionarios viven y actúan separados de la comunidad con la cual no quieren ni pueden integrarse. Esto llega a expresarse crudamente en las "zonas para funcionarios".

c) **Desarrollo rural integrado:**

Este modelo ha puesto su principal preocupación en la economía agrícola, tan necesaria en nuestro país. Sin embargo este modelo resulta incapaz de generar una explosión en el crecimiento de los puestos de trabajo no sólo por el tipo de sistema productivo sino por la carencia de tierras cultivables. Del total del territorio peruano sólo el 2.6% es cultivable siendo así el Perú uno de los países con menor disponibilidad de tierras en América Latina.

d) **El Modelo Neoclásico**

El desarrollo del juego liberal de la oferta y la demanda en las zonas marginales puede constituir, un instrumento conveniente para la generación explosiva de puestos de trabajo. No obstante, si los agentes en juego, dadas las liberalidades, no sólo son los propios elementos del Sector marginado, pronto el Sector moderno se apodera del juego económico, lo domina y traslada la masa del excedente económico, imponiendo su propia lógica externa.

Quedan pues por intentar dos fórmulas que en nuestra opinión son las siguientes:

- a) La contestataria, estatista y de planificación central, modelo rechazado no sólo por la experiencia mundial de las últimas décadas sino por nuestra propia Constitución Política e idiosincracia, y
- b) La Pequeña Empresa como generadora de un desarrollo realmente descentralizado y de crecimiento explosivo de la ocupación.

Ella puede lograr, particularmente en tiempos de tensión descentralizadora, el desarrollo.

VI. La Pequeña Empresa Familiar como generadora de empleo local

Está generalmente aceptado que la característica fundamental de la Pequeña Empresa, que generalmente es de tipo familiar, es el ser de la mejor generadora de puestos de trabajo por monto invertido. Son varias las razones para que esto sea así: en primer lugar, es el hecho de que el elemento promotor, vale decir el pequeño empresario, quiere maximizar fundamentalmente su trabajo, su habilidad, su capacidad administrativa, más que su capital y en consecuencia busca maximizar su rentabilidad, en la Pequeña Empresa el empresario invierte fundamentalmente su trabajo y por lo tanto busca maximizar la rentabilidad de su función como empresario trabajador. Lo que podría hacerlo con una máquina es posible que lo haga personalmente, si así le resulta más ren-

table, o contratando algunos ayudantes en vez de orientarse a una inversión de alto rango. Además el Pequeño Empresario convierte bienes de uso en Capital, cuando por ejemplo pone su automóvil a disposición de la carga o transporte que debe realizar su empresa.

La lógica natural de la Pequeña Empresa va pues fundamentalmente en dirección de la creación de puestos de trabajo y de la maximización de la renta del trabajo.

Pero la Pequeña Empresa no sólo es reconocida como la principal generadora de ocupación con el menor nivel de inversión por puesto de trabajo, sino que además hoy responde a las necesidades centrales y de la crisis del Perú¹⁵.

En efecto, la Pequeña Empresa permite al trabajador –empresario y a sus familiares, encontrar un sentido de independencia y de realización propia en la vida. Lejos de realizarse en ella el trabajo repetitivo de un obrero o empleado no especializado, el pequeño Empresario y su familia se encuentran como dueños de su propio destino, con sus riesgos, sus pérdidas y sus triunfos, es decir el hombre y sus familiares se vuelven a encontrar a sí mismos. La pequeña Empresa familiar es en ese sentido, una fuerza liberadora de las más profundas necesidades del hombre y su familia.

Pero además, dentro de una coyuntura como la actual, donde busca una descentralización efectiva, la Pequeña Empresa puede ser el motor de una generación explosiva de nuevos puestos de trabajo a nivel regional y local, consiguiendo la creación de riqueza y reteniendo el excedente económico, pues por su dimensión se trata de empresas surgidas y desarrolladas en cada localidad es decir "desde dentro", y no como enclaves "desde fuera". De esta forma la riqueza creada se mantiene en la localidad y si el sistema se generaliza, se obtiene progresivamente una real democratización de la economía local y regional, con una auténtica participación "desde abajo y hacia arriba". Para remarcar la importancia de estos conceptos es necesario tener en cuenta el funcionamiento del sistema económico vigente.

El centro se encuentra ubicado en los países dominantes y su periferia en los países subdesarrollados. Ese centro y la periferia operan como un sólo sistema no importando dónde se encuentren geográficamente.

Cuando esto se refiere a las empresas más potentes, entonces nos encontramos con un núcleo que es de carácter transnacional. Pero tanto en los países dominantes como en los subdesarrollados, existen otros sectores, que son los que están marginados del sistema.

15 Según José Lanz en su estudio sobre la "Pequeña Empresa" publicado en abril de 1984: con más de 5 millones de soles en activos, sólo se encontraban el 13% de las pequeñas empresas (al cambio unos 2,200 dólares US).

Por cierto que mientras tales marginados son una pequeña porción por ejemplo, en los E.E.U.U., en los países latinoamericanos la porción pequeña más bien corresponde al sector de la economía moderna. Los sectores de la economía moderna están estrechamente unidos, mientras que los sectores marginados de cada país no tienen relación entre sí. Cuando hablamos de esta relación no sólo nos referimos a la económica sino incluso a la social y cultural. En efecto, cualquier empresario o técnico de una gran empresa en el sector desarrollado de un país pobre, se entiende mejor con otra persona del mismo sector en un país desarrollado que con un hombre del sector marginal a sólo cien metros de su oficina. Esto se debe a que aprendió y desarrolló sus habilidades en base a las mismas lecturas e incluso colegios o universidades, mientras que el hombre del sector marginal y mayoritario, tiene otras costumbres e incluso otra perspectiva de la historia¹⁶. Este fenómeno que se presenta con la gran empresa no se produce en la Pequeña Empresa, la cual se convierte más bien en un elemento integrador de la sociedad ya que quienes son sus empresarios corresponden al nivel de la propia localidad, consolidan la familia y usan una tecnología apropiada al medio, no sólo en materia de maquinaria sino de administración y de relaciones humanas. El éxito de algunos países como Italia, que rápidamente ha alcanzado a Inglaterra en su nivel productivo, se ha debido fundamentalmente, al desarrollo de una democracia económica a partir de la Pequeña y Mediana Empresa¹⁷.

VII. La Estrategia

Son ya muchos los que se dan cuenta que la Pequeña Empresa es la solución a la generación del empleo masivo a efecto de enfrentar "las expectativas crecientes" de la explosión demográfica y competir correctamente con las alternativas esquizofrénicas de la muerte y el terrorismo. Pero ¿Cómo emprender esa tarea? ¿Cómo lograr ese crecimiento de las Pequeñas Empresas también en forma explosiva?

El Rol del Estado

El Perú se ha debatido siempre entre dos extremos de política económica: ningún control o excesivo control; y, nunca logró los efectos deseados. Hay que reconocer que ninguna de las dos soluciones son buenas pero tal vez juntas si lo puedan ser. En efecto, hoy en ningún país desarrollado, la economía empresarial queda sujeta a un liberalismo absoluto. El Estado juega un papel significativo, pero tal control se refiere al nivel macro económico y al sector de la gran empresa y no al nivel micro económico ni

16 Sunkel, Oswaldo. "Las Relaciones Centro Periferia y la Transnacionalización" en *Pensamiento Iberoamericano*, 31, N° 11, España.

17 En el caso de E.E.U.U. la Pequeña Empresa "asegura la existencia de cien millones de estadounidenses y abarca el 97% de todas las empresas a la vez que crea el 43% del producto nacional bruto" según Robert Nelson en *Educación y espíritu de Empresa*, OIT, p. 61.

a las pequeñas empresas. Entonces es necesario centrar el papel del control estatal al nivel macro económico y sobre las grandes empresas y dejar simultáneamente el mayor grado de libertad posible, a las pequeñas unidades empresariales. Esto no debe llamar la atención a nadie, ya que realmente es lo que sucede en el Perú como una forma de ilegalidad, pues las normas de control son iguales para todos, obligan a una gran transnacional como a un pequeño empresario, pero son pocos quienes las cumplen. No obstante, el sistema se descompone pues el Pequeño Empresario ingresa en la informalidad, ante la imposibilidad de dar cumplimiento a normas pensadas y dirigidas para grandes empresas. Este ingreso en la informalidad origina a su vez descomposición moral por vía de los sobornos.

El rol del Estado pues, en la economía del Pequeño Empresario debe limitarse a una normatividad básica. Es extraño sin embargo comprobar que justamente en este campo, el Estado no ha cumplido con su más elemental deber, ya que el Perú actualmente carece de una Ley de Pequeña Empresa, pues el Decreto ley N° 23189 publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de julio de 1980 contenía una disposición final (art. 47), señalando que su aplicación quedaba suspendida hasta que se dictara el Reglamento. Han pasado ocho años y al no promulgarse el Reglamento, la ley carece de vigencia; lo vigente de ella es el art. 46 que dejó sin vigencia las anteriores disposiciones sobre pequeña Empresa¹⁸.

Rol de las Regiones

Para lograr un auténtico desarrollo explosivo de la Pequeña Empresa y en consecuencia de las fuentes de trabajo, es preciso atacar el problema paralelamente por el lado de la oferta como por el de la demanda:

a) **Por el lado de la oferta:** es necesario desarrollar todo un sistema de apoyo a la generación de pequeñas empresas, mediante lo que se ha dado en llamar en otros países, los distritos empresariales, es decir zonas, áreas o manzanas destinadas a concentrar, en forma similar a los parques industriales, todas las facilidades necesarias para el desarrollo de las Pequeñas Empresas. Pequeños terrenos con instalaciones muy sencillas y básicas de agua, desagüe, teléfono, luz eléctrica, servicios bancarios y de correos, información, protección, leasing masivo, comercialización facilitada, etc. Aquí juegan un papel importante los pequeños Consorcios o Cooperativas de pequeños Empresarios.

El esfuerzo inicial lo deben hacer las municipalidades para la promoción de estas áreas de servicios comunes cediendo terrenos de propiedad pública y transfiriéndolos por lotes sólo al valor de la habilitación o arrendándolos¹⁹. De inmediato los consorcios

18 Ley de la Pequeña y Mediana Empresa D.L. N° 23189 *El Peruano* 28 julio 1980.

19 Philippe Nouvel, Jefe de la División de Desarrollo Industrial del Banco Mundial recomienda incluso "entrega de terrenos o edificios a bajo costo o gratuitamente, suministro de asistencia técnica gratuita, tarifas preferenciales etc."

cooperativos de pequeños empresarios ahí establecidos, deben asumir el financiamiento y administración, con lo cual las Pequeñas Empresas podrían lograr una fuerza y nivel de eficiencia típicas del mediano o gran empresario al constituirse en verdaderos conglomerados, sin necesidad de perder cada una su propia independencia. Más bien exhiben así una característica que no puede tener la gran empresa, cual es la "flexibilidad" para adaptarse muy rápidamente a los cambios que exige el mercado, sin tener que recurrir a grandes procesos de reconversión.

No se crea que esto es difícil en nuestro país. Aún en los sectores más modestos esta fórmula ha demostrado su eficacia. Hernando de Soto²⁰ ha demostrado que los comerciantes de mercados (que son microempresarios independientes) han construido con su propio esfuerzo y sin ninguna ayuda, más mercados que todos los gobiernos anteriores. Otro caso es el rural, cuando se observa el enorme cambio social producido en el sector de los cafetaleros, quienes agrupados en consorcios cooperativos de comercialización han logrado dominar el comercio nacional del café con todas las técnicas modernas. Hoy un agricultor en la Ceja de Selva se comunica por radio con su Central en Lima quien al momento le informa el precio del café en Nueva York a esa misma hora.

b) **Por el lado de la demanda**, es necesario aprovechar la propia explosión demográfica incorporándola en el sistema de consumo para que absorba la oferta de los Pequeños Empresarios.

Juan Pablo II señaló en su mensaje a la Cepal que la explosión demográfica si bien tiene aspectos negativos también los tiene positivos²¹. Uno de estos es precisamente ser una gran masa consumidora que bien encausada puede convertirse en el incentivo y motor para la creación y mantenimiento de las Pequeñas Empresas. Para ello, es preciso orientar y canalizar a esa enorme población a efecto de minimizar los costos y llegar a las capas más modestas. Aquí también puede jugar un papel fundamental la organización popular mediante las cooperativas de servicios públicos tan difundidas en otros países como Argentina y aún no desarrolladas en el Perú. Cada Municipio, promueve entre su propia población la organización de centrales de consumo y de servicios masivos. El propio Municipio colabora con los pobladores en la dirección de estas empresas de consumo masivo. La fuerza del *Ius Imperi* del Municipio sumada a los grandes números de la población pueden permitir activar, ordenar y concentrar la demanda. De esta forma y por el lado de la demanda se incrementa la presión del consu-

20 "El Estado dice -de Soto- sólo ha podido construir un mercado por cada cinco que han edificado los informales" frente a los 40.9 millones de dólares en infraestructura de los mercados informales, los municipios han invertido solamente 85 mil dólares.

21 "El desafío demográfico, como todo desafío humano, es ambivalente y ha de llevarnos a redoblar esa concentración, que antes formulé de las mejores fuerzas de la solidaridad humana y de la creatividad colectiva para convertir el crecimiento de la población en una formidable potencia de desarrollo económico, social, cultural y espiritual" en *Encuentro* 47-48, p. 367, 1988, Perú.

mo sobre los niveles actuales y ella comienza a absorber la producción de las Pequeñas Empresas locales.

Oferta y demanda libre para la pequeña empresa familiar, activadas por la autoayuda en consorcios cooperativos libres de la intervención del Estado pero con la actividad promotora de los municipios, pueden constituirse en el instrumento generador explosivo de nuevos puestos de trabajo a partir de la pequeña Empresa como elemento central de un orden de desarrollo en justicia "desde adentro" y "hacia dentro", sin perjuicio de que el resto de la economía pueda también continuar con su desarrollo en el Sector Moderno.

BIBLIOGRAFIA

- Exposición de Motivos y Comentarios - Código Civil - Tomo V** Delia Revoredo de Dabakey.
Ed. Studium 1985 - Lima Perú.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor **Derecho Familiar Peruano** Ed. Studium 1985 - Lima Perú.
- DE SOTO, Hernando **El Otro Sendero** Ed. El Barranco - 1986 - Lima Perú.
- FAVRE, Henri "Descorcorizando a Sendero" en **Quehacer** 42 1986 - Lima Perú.
- JUAN PABLO II **Eclesia**, Mayo 1987 - España. Discurso ante Cepal.
- LANZ, José **Diagnóstico de la Pequeña Empresa a nivel nacional**. Universidad del Pacífico 1984.
- Ley de Pequeña y Mediana Empresa D.L. Nº 23189 - **El Peruano** 28 Julio-1980.
- MARCEL, Gabriel **Metafísica de la Esperanza** Ed. Nova 1954 Buenos Aires - Argentina.
- MATTOS, Carlos "Paradigmas, modelos y estrategias en la práctica Latinoamericana de Planificación Regional". **Pensamiento Iberoamericano** - 1986 España.
- NOUVEL, Philippe "El Banco Mundial y el Desarrollo de la Pequeña Empresa" en **Desarrollo de Pequeñas Empresas: políticas y programas** -OIT 1978.
- NELSON, Robert "Educación y espíritu de empresa" Idem.
- SUNKEL, Oswaldo **Las relaciones Centro-Periferia y la Transnacionalización** 1987 España.

VERON, Alberto Víctor

Sociedades Anónimas de Familia Ed. Depalma 1979 - Buenos Aires Argentina.

WITEHEAD, Alfred

Aventuras de las Ideas C. Fabril Editora Buenos Aires - 1961.

**LA FAMILIA PERUANA Y EL IMPUESTO
A LA RENTA**

Luis Hernández Berenguel

El impuesto a la renta es considerado como un tributo que puede captar adecuadamente recursos para el Estado en función de una verdadera capacidad contributiva de los particulares, medida a través de la obtención de "rentas".

Sin embargo, es claro que el impuesto a la renta actúa dentro de un contexto en que existe toda una gama de tributos, y no bajo la idea nunca plasmada de un país con un único tributo. Es decir, el citado impuesto opera dentro de un sistema tributario de múltiples tributos y no dentro de un sistema tributario de impuesto único. Cuando hablamos de un sistema tributario estamos refiriéndonos al conjunto de tributos, organizados y correlacionados de manera orgánica y razonable, que se aplican en un momento dado en un determinado país.

Héctor B. Villegas¹, al expresar que todo sistema tributario ha sido directamente influido en los distintos países por el proceso de evolución histórica y económica, señala que en el siglo XIX los sistemas tributarios se caracterizaron por un predominio de los impuestos de tipo objetivo, mientras que al avanzar la industrialización y al ampliar el Estado su campo de acción, se comienza a desarrollar el impuesto general y progresivo de tipo subjetivo, por ser de gran rendimiento, por considerarse que consulta la equidad y la capacidad contributiva, y por ser un útil instrumento de redistribución de la riqueza.

Agrega² que en tal sentido los sistemas tributarios adoptan como "espina dorsal"

1 VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, 3a. ed., t. II, pp. 397 y 398.

2 VILLEGAS, ob. cit., p. 398.

el impuesto progresivo a la renta de las personas físicas, asociado a gravámenes al patrimonio y a la herencia, aún cuando reconoce que en la actualidad se estaría asistiendo a la decadencia relativa del impuesto a la renta, por cuanto desalentaría las inversiones, es fácil de evadir, es de compleja determinación y desalienta el incentivo de producir más. Para Villegas³ "Los sistemas fundados básicamente en impuestos personales tienden entonces a objetivarse, y se observa un avance hacia la imposición a los beneficios de las personas colectivas y hacia el impuesto a las ventas en su nueva modalidad de impuestos al valor agregado".

La realidad muestra una disminución de la importancia del impuesto a la renta, demostrada en los países occidentales de mayor desarrollo a través de la reducción de las tasas impositivas, del aumento en las deducciones y por la vía de otros mecanismos que, en definitiva, buscan atenuar la carga que para el contribuyente significa dicho tributo. Empero, en países como el nuestro aún se insiste en una tributación alta por la vía del impuesto a la renta y entonces nos encontramos con que ese impuesto tiene una influencia mayor, y representa una carga más alta cuando existe una unidad familiar.

El objeto de este trabajo es, pues, analizar como se aplica en el Perú el impuesto a la renta cuando las rentas son obtenidas por los cónyuges e inclusive por los hijos menores de edad. A su vez, analizaremos si la solución adoptada en la legislación peruana es la más acertada o si por el contrario debería ser objeto de cambios.

NUEVO REGIMEN DEL IMPUESTO A LA RENTA

El nuevo régimen del impuesto a la renta fué aprobado en el Perú por el Decreto Legislativo N° 200, y aún cuando ha sufrido múltiples modificaciones, inclusive después de su publicación pero antes de su entrada en vigencia, siempre ha considerado como contribuyente a la "sociedad conyugal". Lo que ha variado en diferentes oportunidades son los alcances de dicha expresión y, por lo tanto, las situaciones que hacen que cada cónyuge sea considerado un contribuyente distinto.

LAS SOCIEDADES CONYUGALES COMO CONTRIBUYENTES

En efecto, en cuanto al primer aspecto el primer párrafo del artículo 13° del citado Decreto Legislativo estableció como contribuyentes a las personas naturales, a las sociedades conyugales, a las sucesiones indivisas y a las personas jurídicas. Las sucesivas modificaciones al nuevo régimen del impuesto, introducidas por la Ley N° 23337 y por los Decretos Legislativos Nos. 298, 362 y 399, así como otros cambios previstos por las leyes anuales de financiamiento del Presupuesto de la República y por otras leyes, no han afectado la calificación de las "sociedades conyugales" como contribuyentes.

3 VILLEGAS, ob. cit., p. 398.

Esa misma redacción está recogida, como correspondía, en el primer párrafo del artículo 13º del Texto Unico Ordenado del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 185-87-EF de 24 de setiembre de 1987.

Cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 200, sustancialmente modificado por la Ley N° 23337, era posible que el periodo de un año, tomado como referencia para aplicar el impuesto en el caso de personas domiciliadas en el país, no coincidiera con el año calendario. Como se sabe, el impuesto a la renta, básicamente, es de periodicidad anual tratándose de personas domiciliadas, en tanto que es de realización inmediata en el caso de personas no domiciliadas. Por esa razón es que el artículo 109º de dicho Decreto Legislativo dispuso que se aplicara el nuevo régimen "... a los ejercicios gravables que se inicien a partir del primero de enero de 1982...".

En el caso concreto de las "sociedades conyugales" el impuesto entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1982, pues respecto de ellas no se daba en la realidad el caso de que el periodo gravado de un año pudiera ser distinto al año calendario. No conocemos caso alguno en que la ex-Dirección General de Contribuciones (hoy Superintendencia Nacional de Administración Tributaria), hubiera facultado a una "sociedad conyugal" para iniciar el periodo de un año en fecha distinta al 1º de enero.

Recordemos que al entrar en vigencia al nuevo régimen del impuesto a la renta, se aplicaba en el Perú el Código Civil de 1936. Fué el 14 de noviembre de 1984 en que entró en vigor el nuevo Código Civil.

¿Qué se entendía por "sociedad conyugal" según el Código Civil de 1936? ¿Qué se entiende por "sociedad conyugal" según el Código Civil de 1984? ¿Hasta qué punto el nuevo régimen del impuesto a la renta acogió el concepto de "sociedad conyugal" del Código Civil o, en uso de la autonomía del Derecho Tributario, reconocida hoy por la mayoría de los tratadistas, le introdujo modificaciones o lo rechazó? Estos son los aspectos que a continuación trataremos de dilucidar.

CODIGO CIVIL DE 1936

Gustavo Palacio⁴ distingue entre régimen de la comunidad universal de bienes y deudas, régimen de la separación de bienes y deudas, y regímenes mixtos entre los que está el de la sociedad de gananciales que se encontraba previsto en el artículo 176º del Código Civil de 1936. El primero es, para Palacio, un sistema basado en la unión de los patrimonios de los cónyuges, que eran independientes hasta el momento de la celebración del matrimonio, fusionándose con el matrimonio en un solo patrimonio. El segundo, lo define Palacio, como el sistema basado en que el vínculo matrimonial no debe afectar la autonomía económica de los cónyuges, cada uno de los cuales conserva

4 PALACIO PIMENTEL, Gustavo, *Elementos de Derecho Civil Peruano*, Editorial H.G. Rozas S.A., Cuzco, 1963, p. 516.

independientemente su patrimonio propio, sin que ello signifique perjudicar la atención de las necesidades económicas comunes de la familia.

En similares términos se expresa el maestro Cornejo⁵ cuando explica los alcances del régimen de comunidad universal y el de la completa separación de patrimonios, considerando en el intermedio, como un sistema mixto, el régimen de sociedad de gananciales.

El Código Civil de 1936 adoptó un sistema mixto, denominado "Sociedad de Gananciales", al señalar en su artículo 176º que "Por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en que puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes". Dicho artículo agrega que "Ninguno de los cónyuges puede renunciar a esta sociedad ni a sus efectos". De manera, pues, que el Código Civil de 1936 hacía nacer, por la celebración del matrimonio, el régimen de sociedad de gananciales. Sin embargo, no siempre que persistía el primero, persistía el segundo, pues contemplaba los casos de separación de bienes, sin disolución del vínculo matrimonial, de pleno derecho por declaración de quiebra de cualquiera de los cónyuges, según el artículo 240o., y los previstos en el artículo 241o. del citado Código a pedido de la mujer, así como el de separación de cuerpos, por mutuo disenso, que conllevaba la separación de bienes y que regulaba el artículo 271o. del mismo Código. Toda separación de bienes, según el artículo 246o. debía inscribirse en el registro personal para producir efecto contra tercero. Conforme al artículo 243o., declarada la separación de bienes, cada cónyuge recuperaba a plenitud el dominio, la administración y el goce de su patrimonio. No había lugar, según la norma del artículo 176o., para que los contrayentes escogieran un régimen patrimonial distinto, salvo los casos ya mencionados de los artículos 240o., 241o. y 271o..

Conviene recordar que la sociedad de gananciales terminaba, de acuerdo al artículo 199o. del Código derogado, por la muerte de uno de los cónyuges, por la nulidad del matrimonio, por el divorcio, por la separación de bienes y por la declaración de ausencia.

De otro lado, el inciso 3o. del artículo 184o. del Código de 1936 consideraba comunes los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiría por su trabajo, industria o profesión. Esto incluía los sueldos, salarios, honorarios, pensiones de jubilación, etc. Sin embargo, el artículo 206o. consideraba bienes reservados, el producto del trabajo de la mujer y lo que ésta obtenía por el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos, y el artículo 207o. concedía a la mujer la administración de estos bienes, su goce y, sin autorización del marido, la posibilidad de enajenarlos a título oneroso, permitiéndole comparecer en juicio para litigar sobre ellos. Sobre los bienes reservados el maestro

5 CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Librería Studium, Lima, 1985, 5ta. ed., t. I, pp. 277 a 280.

Cornejo⁶ opina que "... es preciso dejar inequívocamente establecido que dichos bienes son comunes(224) porque así lo determina el art. 184, 3o.. La protección que la ley les acuerda no consiste de ningún modo en despojarlos de ese carácter para darles el de propios de la mujer, por lo que no debe estimarse que el Título ha derogado o modificado la aludida disposición del art. 184 . Lo único que hace la ley, en favor de la mujer, es dar temporalmente a los bienes reservados ciertas características de propios, para sustraerlos al posible abuso del marido y colocarlos bajo el control de la mujer".

Posteriormente, la Ley N° 15779 de 10 de diciembre de 1965 prescribió que por común acuerdo entre los cónyuges éstos pudieran solicitar con expresión de causa, al juez, la separación de bienes. La sentencia del juez, aprobando la separación de bienes, una vez consentida, determinaba la extinción del régimen de sociedad de gananciales aún cuando subsistía el vínculo matrimonial.

Cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 200, estaba vigente el Código Civil de 1936, con las normas que hemos comentado y con la adición establecida por la Ley N° 15779.

Dentro de este orden de ideas, y en tanto estuvo vigente el Código Civil de 1936, el primer párrafo del artículo 13o. del Decreto Legislativo N° 200, cuando considera como contribuyente a la "sociedad conyugal" parecía referirse a la "sociedad de gananciales", bajo el supuesto de que, vigente el matrimonio, los cónyuges mantienen un sistema de bienes comunes, sin perjuicio de la existencia de bienes propios de cada uno de los cónyuges. Si esos bienes comunes generaban rentas, que tenían civilmente la calidad de comunes, éstas debían ser consideradas tributariamente como comunes así como las rentas comunes no provenientes de ningún bien, y por eso el contribuyente no debía ser el marido o la mujer sino ambos, a través de lo que el nuevo régimen del impuesto a la renta denomina "sociedad conyugal". Esta interpretación supone afirmar que para efectos del impuesto a la renta, consecuentemente, el concepto de "sociedad" está ligado a la existencia de rentas comunes, por lo que la expresión "sociedad conyugal" a que alude la ley tributaria es equivalente a la expresión "sociedad de gananciales".

Otra interpretación, que nosotros no compartimos, es la que pretende identificar, para efectos del nuevo impuesto a la renta y durante la vigencia del Código Civil de 1936, la expresión "sociedad conyugal" con la existencia del matrimonio, aún cuando no exista un régimen de sociedad de gananciales por haberse obtenido a pedido de la mujer o de ambos cónyuges, la sentencia judicial de separación de bienes o la senten-

6 CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Librería Studium, Lima, 1982, 4ta. ed., t. I, p. 233 y 234.

cia judicial de separación de cuerpos y de bienes por mutuo disenso, o por haberse producido de pleno derecho por la declaración de quiebra de uno de los cónyuges.

Si la primera interpretación es la correcta, ello significaría que dentro de la vigencia del Código Civil de 1936 nuestra legislación tributaria identifica a la "sociedad conyugal" como un contribuyente distinto, única y exclusivamente en razón de la existencia de un régimen de gananciales. Es decir, habida cuenta de una realidad económica que se caracteriza por la existencia de bienes comunes y, para el caso, de rentas comunes de ambos cónyuges. En cambio, en el negado caso que la segunda interpretación fuera la correcta, ello implicaría que en nuestro sistema tributario y dentro de la vigencia del Código Civil de 1936, la legislación del impuesto a la renta considera como un solo contribuyente a ambos cónyuges, independientemente de si tienen bienes comunes y rentas comunes, y, por lo tanto, aún cuando no los tengan y sólo obtengan rentas que, según dicho Código, constituyen bienes propios.

Nuestro impuesto a la renta grava dos tipos de ingresos. En primer lugar, aquellos que responden al concepto de renta de la teoría clásica, equivalente a la actual teoría del rédito-producto, pues, el artículo 1o. del Decreto legislativo N° 200 define el concepto "rentas" como las que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta del capital y el trabajo, en cuanto provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos. El segundo tipo de ingresos gravados está constituido por las ganancias y beneficios expresamente gravados por los artículos 2o. y 3o. del citado Decreto Legislativo⁷.

El nuevo régimen del impuesto a la renta peruano, como ocurre siempre con todas las legislaciones, adopta un concepto propio de "rentas" que no encaja exclusivamente en la definición adoptada por una determinada teoría.

Pero una cosa sí resulta evidente. El impuesto a la renta peruano grava la obtención de rentas. Si los cónyuges obtienen separadamente sus rentas y éstas resultan imputables a uno u otro, pero no a ambos, no vemos cómo se pueda inferir que el Decreto Legislativo N° 200 pretendió considerar como contribuyente a la "sociedad conyugal", entendiéndolo por ésta a la unión matrimonial que carece de bienes comunes. Es nuestro entendimiento que únicamente la existencia de bienes comunes de ambos cónyuges, bajo un régimen de sociedad de gananciales, y por lo tanto de rentas comunes, es lo que se tomó en cuenta para definir como contribuyente a la "sociedad conyugal".

Dentro de este contexto resulta pertinente que se acumulen las rentas de los bienes de propiedad de los hijos menores de edad que administran los padres. De acuerdo a los artículos 390o. y 391o. del Código Civil de 1936, por la patria potestad los pa-

7 HERNANDEZ BERENGUEL, Luis, "Las ganancias obtenidas por personas jurídicas no domiciliadas cuando venden acciones" en *Derecho*, N° 41, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1987, p. 246 y ss.

dres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, ejerciéndose dicha patria potestad durante el matrimonio, por el padre y la madre haciendo suyos, conforme al inciso 8 del artículo 398o., los frutos de dichos bienes (usufructo legal).

CODIGO CIVIL DE 1984

El Código Civil vigente define el matrimonio en su artículo 234o. como "... la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común".

La Sección Segunda del Libro III del Código actual se denomina "Sociedad Conyugal" y consta de cuatro Títulos, divididos a su vez en capítulos, que tratan sobre el matrimonio como acto, las relaciones personales entre los cónyuges, el régimen patrimonial y el decaimiento y disolución del vínculo, respectivamente.

Es preciso hacer notar que la simple denominación de la actual Sección Segunda determinaría como conclusión que bajo el sistema actual el matrimonio genera siempre una sociedad, la que es llamada "sociedad conyugal". Esta "sociedad conyugal", según se aprecia del Título III de dicha Sección, tiene un determinado régimen patrimonial pero, cualquiera que éste sea, ello no influye en la existencia de la "sociedad conyugal".

En cuanto al régimen patrimonial de la sociedad conyugal es preciso hacer algunas distinciones.

En primer término, es el artículo 295o. el que trata sobre la elección por los futuros cónyuges del régimen patrimonial al que quieren someterse durante el matrimonio. En efecto, pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios. Si optan por la separación de patrimonios, deben hacer constar su decisión mediante el otorgamiento de una escritura pública bajo sanción de nulidad, e inscribirla en el registro personal. Si tal escritura no es otorgada ello significará que en el matrimonio va a regir la sociedad de gananciales, aplicándose una presunción que es de pleno derecho.

En segundo lugar, se plantea el caso de quienes habiendo optado, con anterioridad al matrimonio, por uno u otro régimen, desean cambiar de régimen. La situación está prevista por el artículo 296o. del actual Código Civil cuando señala que "Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro", en cuyo caso el convenio tiene que constar en escritura pública e inscribirse en el registro personal, teniendo vigencia el nuevo régimen desde la fecha de su inscripción. Si los futuros cónyuges optaron, con anterioridad al matrimonio, por el régimen de separación de patrimonios, durante el matrimonio y en cualquier momento pueden decidir sustituirlo por

el régimen de sociedad de gananciales. Viceversa, si antes del matrimonio optaron por el régimen de sociedad de gananciales, en cualquier momento de la vigencia del matrimonio pueden sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios.

En su calidad de ponente del Libro de Familia del actual Código Civil, el doctor Cornejo⁸ expresó que "... el principio de igualdad del varón y la mujer, la especial situación en que pueden hallarse los cónyuges que aportan patrimonios considerables o desproporcionados, la conveniencia de no complicar innecesariamente el tratamiento legal de la materia y la de no producir, con un cambio que pocos reclaman, problemas mayores que los que se intenta resolver, pueden ser debidamente resguardados si es que, por una parte, se modifican todas las normas del régimen de comunidad de gananciales que actualmente supeditan la mujer al marido; y, por otra, se permite a los cónyuges optar libremente y sin necesidad de juicio, antes o después del matrimonio, por un régimen de separación de bienes".

En tercer lugar, cuando el régimen vigente es el de sociedad de gananciales, éste puede ser sustituido por un régimen de separación de patrimonios a pedido de uno de los cónyuges, que se cursa ante el juez, y ya no necesariamente por convenio, siempre que se produzcan determinadas causales previstas en el artículo 329º del Código Civil vigente. Así lo señala el artículo 297º de dicho Código. Las causales se configuran cuando un cónyuge resulta agraviado por el abuso que el otro hace de las facultades que le corresponden o porque este último actúa con dolo o con culpa. Estamos frente a un caso de separación de patrimonios que surge de una sentencia judicial, la misma que debe ser inscrita en el registro personal para que produzca efectos frente a terceros. Entre los cónyuges la sentencia produce efectos desde la fecha de la notificación con la demanda.

Hay que recordar que el artículo 327º del nuevo Código, al referirse al régimen de separación de patrimonios, señala que "... cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes".

De otro lado, el nuevo Código contiene una enumeración taxativa de los bienes propios de cada cónyuge en el artículo 302º, razón por la cual deben considerarse como bienes comunes a todos los demás, pese a lo cual el artículo 310º ha mencionado, como bienes comunes, sin que dicha enumeración sea taxativa, "los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventos..." así como "... los edificios, construidos a costo del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges...".

Los artículos 890º a 895º tratan sobre frutos y productos. Los frutos son los prove-

8 CORNEJO CHAVEZ, Héctor, ob. cit., 5ta. ed., t. I, pp. 284 y 285.

chos renovables que produce un bien, sin que se altere o disminuya su sustancia. Son productos, en cambio, los provechos no renovables que se extraen de un bien.

Como quiera que el impuesto a la renta debe ser aplicado teniendo en cuenta la realidad y considerando como contribuyente a quien verdaderamente ha obtenido las rentas, la legislación tributaria correspondiente debería ser interpretada en el sentido que, al calificar como contribuyente a la sociedad conyugal, ha pensado únicamente en aquellos casos en que los contribuyentes tienen un régimen de sociedad de gananciales, gravando los bienes de la sociedad y, por lo tanto, las rentas de ésta. No hay que olvidar que el artículo 301º del nuevo Código establece que "En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad".

Conviene tener presentes algunas otras normas del nuevo Código Civil. El inciso 2 del artículo 311º que, para la calificación de los bienes, establece que los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. El artículo 318º, según el cual el régimen de la sociedad de gananciales fenece por invalidación del matrimonio, por separación de cuerpos, por divorcio, por declaración de ausencia, por muerte de uno de los cónyuges y por cambio de régimen patrimonial. El artículo 330º que señala que la declaración de quiebra de uno de los cónyuges, determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, requiriendo la inscripción en el registro personal para que produzca efectos frente a terceros. El artículo 331º, en virtud del cual se establece que el régimen de separación de patrimonios fenece por invalidación del matrimonio, por divorcio, por muerte de uno de los cónyuges y por cambio de régimen patrimonial. Y el artículo 332º, según el cual, entre otros efectos, la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Si los cónyuges optaron con anterioridad al matrimonio por un régimen de separación de patrimonios, o en algún momento del matrimonio sustituyen el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, o simplemente fenece el régimen de sociedad de gananciales, no existirá como contribuyente del impuesto a la renta la "sociedad conyugal". En dichas hipótesis, las rentas obtenidas por cada cónyuge constituirán bienes propios de éste y, por lo tanto, cada cónyuge resultaría siendo un contribuyente distinto.

De otro lado, es bueno recordar que según el artículo 418º, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. En virtud de lo dispuesto en los incisos 7 y 8 del artículo 423º, los padres deben administrar los bienes de sus hijos y tienen el usufructo de los mismos.

APLICACION DEL NUEVO REGIMEN DEL IMPUESTO A LA RENTA A LAS SOCIEDADES CONYUGALES

En concreto, el nuevo régimen del impuesto a la renta se encontraba plasmado en el artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 200, que en su versión original nunca llegó a entrar en vigencia. Dicho texto original ha sido objeto de cuatro modificaciones.

Según el texto original, las rentas de la sociedad conyugal se consideraban como de una persona natural. En concreto, según dicho texto ello significaba que debían acumularse las rentas producidas en el ejercicio gravable por los bienes propios de los cónyuges, y por los comunes, así como las producidas por los bienes de los hijos menores de edad en cuanto dichos bienes eran administrados por los padres.

Hubiera bastado que el texto original del artículo 15º, consecuentemente con el régimen de la sociedad de gananciales que en ese momento resultaba de aplicación por estar en vigencia el Código Civil de 1936, hubiera señalado que debían acumularse todas las rentas obtenidas por los cónyuges, debido a su condición de bienes comunes. Lo que sí resultaba necesario y será objeto de posterior análisis, era incluir en forma expresa, para efectos de la acumulación, las rentas producidas por los bienes de los hijos menores de edad, siempre que dichos bienes estuvieran siendo administrados por los padres.

Hay un problema adicional en el texto original del artículo 15º citado, en cuanto excluye de la acumulación las rentas que la mujer obtenga de su trabajo personal, convirtiendo a ésta en contribuyente por dichas rentas, a cuyo efecto la mujer tenía que declararlas independientemente. Esta norma podría justificarse en la medida en que el artículo 206º del Código Civil entonces vigente señalaba a tales rentas como bienes reservados, sobre las cuales, conforme al artículo 207º del referido Código la mujer no solamente tenía la administración sino su goce y la capacidad de enajenación sin autorización del marido. Sin embargo, la realidad económica era una consistente en que tales rentas constituían legalmente bienes comunes, y en tal virtud resultaba objetable que la legislación tributaria decidiera no acumularlas a las rentas de la sociedad conyugal.

A su vez el texto original del artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 200 excluyó de la acumulación "... las rentas que obtengan los cónyuges cuando exista régimen de separación de bienes judicialmente declarado...".

Este texto coincide con lo que antes hemos expuesto sobre el propósito de gravar a la sociedad conyugal en tanto existían rentas comunes. Separados los bienes judicialmente, las rentas provenientes de los mismos correspondían a cada cónyuge, por separado, no existiendo "sociedad conyugal" dentro del significado que le daba la ley tributaria, equivalente a "sociedad de gananciales". Esta exclusión es la que ha sido objeto de mayores controversias.

En efecto, el artículo 11º de la Ley Nº 23337 sustituyó el texto del artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 200. La única diferencia con dicho texto consiste en que, bajo la nueva versión, se excluyen "... las rentas que obtengan los cónyuges cuando exista régimen de separación de bienes como consecuencia de una sentencia judicial de separación de cuerpos". En nuestro concepto esta norma carece de objetividad y rompe con la naturaleza del impuesto a la renta, por cuanto exige la acumulación de las rentas producidas por los cónyuges en aquellos casos en los que existe solamente un régimen de separación de bienes por sentencia judicial que no conlleva una separación de cuerpos. Sin embargo, es evidente que en los casos de separación de bienes sin separación de cuerpos, ha desaparecido también el régimen de sociedad de gananciales y por lo tanto la realidad económica muestra que las rentas de cada cónyuge constituyen bienes propios de éste, no existiendo razón alguna para que las rentas obtenidas por uno de los cónyuges sean acumuladas a las rentas obtenidas por el otro cónyuge, tributando como un solo contribuyente.

Por eso es que mediante la Ley Nº 23705 se regresó al texto original del artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 200 que es el que recoge una realidad económica. Dicha norma entró en vigencia, según su artículo 3º, el 7 de diciembre de 1983, esto es al día siguiente de su publicación y constituye el segundo cambio producido con respecto al texto original del artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 200.

Con arreglo a la Ley Nº 23705 bastaba pues que hubiera una sentencia de separación de bienes, solicitada por la mujer de acuerdo al artículo 241º del Código Civil de 1936 (incisos 1 al 4) ó a pedido de ambos cónyuges (inciso 5 agregado por la Ley Nº 15779), para que las rentas obtenidas por los cónyuges fueran declaradas separadamente por éstos para efectos de la aplicación del impuesto a la renta. No se incluía, injustificadamente, el caso de separación de bienes por declaración de quiebra de uno de los cónyuges, que opera de pleno derecho.

Cabe señalar que según el artículo 195º de la Constitución las leyes referidas a tributos de periodicidad anual rigen desde el primero de enero del año siguiente a su publicación. Esta norma, que en su redacción contiene dos errores –por cuanto se refiere sólo a los tributos de periodicidad anual y no a tributos de carácter periódico, cualquiera que sea su periodicidad, y porque, además señala que en tal caso la norma debe entrar en vigencia a partir del primero de enero del siguiente año calendario al de la publicación en vez de decir que debería entrar en vigencia el primer día del periodo gravable siguiente al de la publicación–, recoge un principio aceptado por gran parte de la doctrina en materia tributaria, según el cual las disposiciones referidas a tributos de carácter periódico resultan retroactivas si entran en vigencia en el mismo periodo gravable en que se publican.

Sin embargo, el cambio introducido por la Ley Nº 23705 no resulta violatorio de la Constitución si se da la retroactividad benigna, porque dicha Constitución permite en el artículo 187 la retroactividad benigna en materia tributaria, la que se produciría por ejemplo

si los cónyuges no hubieran obtenido otras rentas ni hubieren existido rentas de los hijos menores de edad. Justamente el cambio, en tal caso, resulta benigno porque el impedir la acumulación de las rentas de los cónyuges y hacer que éstos declaren por separado las que cada uno obtiene, determina un menor impuesto a la renta debido a que el mismo se aplica con tasa progresiva. La no acumulación permite que cada cónyuge pueda aprovechar de las tasas más bajas del tributo.

Pero al mismo tiempo tiene que interpretarse que la Ley N° 23705 rompe el ejercicio gravable de un año en dos periodos. Un primer periodo que va del primero de enero de 1983 al 6 de diciembre de 1983, en que las rentas de los cónyuges se acumulan a pesar de que existe una sentencia de separación de bienes. Y un segundo periodo en que las rentas son declaradas separadamente por el cónyuge que las obtiene y que va desde el 7 de diciembre de 1983 al 31 de diciembre del mismo año. Para la aplicación de la Ley N° 23705 en función de estos dos periodos, hay que tener en cuenta los criterios de imputación de rentas, que son el criterio de lo devengado, el criterio de lo percibido y el criterio de lo exigible. Según el tipo de rentas de que se trate, se van a considerar obtenidas cuando se devengaron, cuando se percibieron o cuando resultaron exigibles independientemente de si han sido percibidas o no.

Posteriormente, se produce un tercer cambio con el Decreto Legislativo N° 298 que regresa a la versión de la Ley N° 23337, al restituir en su artículo 4o. el texto del artículo 15o. del Decreto Legislativo N° 200, tal como había sido modificado por el artículo 11o. de la Ley N° 23337. Según el artículo 33o. del Decreto Legislativo N° 298 este cambio rige a partir del primero de enero de 1985. Consecuentemente, desde esa fecha los cónyuges debían acumular las rentas obtenidas por cada uno de ellos, a pesar de existir una sentencia judicial que exclusivamente era de separación de bienes.

Conviene aquí resaltar que el Decreto Legislativo N° 298 no tomó en cuenta las nuevas disposiciones del Código Civil, promulgado el 24 de julio de 1984 mediante el Decreto Legislativo N° 295 y publicado el 25 de julio de 1984. El Decreto Legislativo N° 298 se promulgó el 26 de julio de 1984 y se publicó el 29 de julio del mismo año, aún cuando por supuestos errores en su publicación se reprodujo íntegramente en el diario oficial **El Peruano** del primero de agosto del mismo año.

Finalmente, el cuarto y último cambio se produce con la promulgación y publicación de la Ley N° 24826, actualmente vigente, a la que nos vamos a referir más adelante y que, según su artículo 3o., rige al día siguiente de su publicación en el diario oficial **El Peruano**, esto es, desde el 29 de mayo de 1988, produciendo un efecto similar al que originó la Ley N° 23705 al dividir el ejercicio gravable 1988 en dos periodos. Un primer periodo que se inicia el primero de enero de 1988 y termina el 28 de mayo del mismo año, y un segundo periodo que empieza el 29 de mayo de 1988 y termina el 31 de diciembre del mismo año.

Es preciso reiterar que los cambios producidos con anterioridad a la Ley N° 24826 sólo estuvieron referidos a excluir de la acumulación las rentas provenientes de una sentencia judicial que incluía cualquier hipótesis de separación de bienes, o a hacer efectiva dicha

exclusión únicamente en la medida en que tal sentencia declarara la separación de bienes y la separación de cuerpos.

En definitiva, con anterioridad a la Ley N° 24826 no cambió la norma del artículo 15o. del Decreto Legislativo N° 200 respecto a la acumulación, en principio, de las rentas obtenidas por los cónyuges, salvo el caso expresado en el párrafo anterior y el caso de las rentas de la mujer provenientes de su trabajo personal que anteriormente debían ser declaradas por ésta en forma separada. Tampoco cambia la norma citada en cuanto obligaba a acumular las rentas producidas por los hijos menores de edad en tanto los bienes que las generan estuvieran siendo administrados por los padres.

El primer cambio introducido por la Ley N° 23337 rigió desde el primero de enero de 1982 hasta el 6 de diciembre de 1983. El segundo cambio introducido por la Ley N° 23705 rigió desde el 7 de diciembre de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1984. El tercer cambio introducido por el Decreto Legislativo N° 298, estuvo en vigencia desde el primero de enero de 1985 hasta el 28 de mayo de 1988. El cuarto y último cambio, motivado por la Ley N° 24826, está vigente desde el 29 de mayo de 1988.

REGIMEN VIGENTE PARA LAS SOCIEDADES CONYUGALES SEGUN LA LEY N° 24826

El artículo 1o. de la Ley N° 24826 sustituye el texto del artículo 15 del Decreto Legislativo N° 200, dándole la siguiente redacción:

"Artículo 15o. Para los efectos del impuesto, las rentas de la sociedad conyugal se considerarán como de una persona natural, acumulándose las producidas en el ejercicio gravable por los bienes propios de los cónyuges y por los de los hijos menores de edad que administren los padres.

Quedan excluidos de lo dispuesto en el párrafo anterior, las rentas que obtengan los cónyuges cuando exista régimen de separación de bienes, por sentencia judicial, por escritura o por sentencia de separación de cuerpos, así como las rentas que la mujer obtenga por su trabajo personal, las que deberán ser declaradas independientemente por ésta".

En nuestro concepto la referida norma debe ser interpretada en la forma siguiente:

a) Existencia de la Sociedad Conyugal

El concepto de sociedad conyugal, a la luz de las nuevas normas del Código Civil y aceptando la premisa de que el impuesto a la renta toma en cuenta la realidad económica, presupone el matrimonio bajo un régimen de sociedad de gananciales, salvo el único caso en que los bienes de los hijos menores de edad sean administrados por ambos padres y generen rentas.

Vale decir, que en el caso en que los cónyuges estuvieran sometidos a un régimen de separación de patrimonios, la sociedad conyugal entendida en su concepto civil más amplio de sociedad generada por el hecho del matrimonio y no necesariamente como una sociedad de bienes, resultaría contribuyente del impuesto a la renta solamente respecto de las rentas obtenidas por los hijos menores de edad, provenientes de bienes de éstos que son administrados por ambos padres. En esta hipótesis, todas las rentas obtenidas por cada cónyuge, tendrían que ser declaradas por separado, de forma tal que cada cónyuge resultaría siendo contribuyente por las rentas por él obtenidas. Un tercer contribuyente sería la sociedad conyugal únicamente por las rentas ya mencionadas que provienen de los bienes de los hijos menores de edad.

Si los hijos menores de edad no tuvieran bienes y los cónyuges estuvieran sometidos al régimen de separación de patrimonios, no habría "sociedad conyugal" para efectos del impuesto a la renta. En tal caso, cada cónyuge sería un contribuyente distinto y declararía por separado las rentas por él obtenidas.

b) Sociedad Conyugal bajo el Régimen de Sociedad de Gananciales

En este caso, resulta obvio, aunque la Ley N° 24826 no lo haya dicho, que las rentas que tengan la calidad de bienes comunes, deben ser declaradas para efectos del impuesto a la renta por la sociedad conyugal.

La Ley N° 24826 señala que hay que acumular las rentas producidas en el ejercicio gravable por los bienes propios de cada cónyuge. Es preciso aclarar que, según la legislación del impuesto a la renta, hay ingresos gravados, como las ganancias en la enajenación de bienes, que no son frutos ni productos, y en tal sentido creemos que la Ley N° 24826 ha incurrido en error en su redacción, pues obligaría a acumular rentas que no son frutos ni productos y que constituyen bienes propios. Si se analiza el artículo 302 del Código Civil, resultaría que el texto de la Ley N° 24826 se estaría refiriendo a las siguientes rentas:

– A aquellas obtenidas de acuerdo al inciso 2) de dicho artículo. Por ejemplo, uno de los cónyuges tiene como propios diversos bienes inmuebles y ha efectuado operaciones de compra y de venta de inmuebles que lo califican como habitual en dicho tipo de operaciones para efecto del impuesto a la renta. Estamos suponiendo que los cónyuges están sometidos a un régimen de separación de patrimonio y que bajo la vigencia de este régimen el cónyuge, que es habitual en la venta de inmuebles, vende uno de ellos a plazo mayor de un año, obteniendo una ganancia en dicha venta, la misma que según el artículo 650. del Decreto Legislativo N° 200 podrá imputar a los ejercicios en que se hagan exigibles las cuotas convenidas para el pago. Imaginemos además que la venta del inmueble se ha producido el 2 de enero de 1989 y que el precio va a ser pagado en cuatro cuotas anuales e iguales, la primera de las cuales resultaría exigible el 3 de enero de 1990, y las otras sucesivamente el 3 de enero de los años 1991, 1992 y 1993.

Imaginemos ahora que el 2 de enero de 1991 se inscribe en el Registro Personal el

convenio adoptado por los cónyuges al amparo del artículo 296° del Código Civil, previamente elevado a escritura pública, por el cual sustituyen el régimen de separación de patrimonios por un régimen de sociedad de gananciales. Si el cónyuge que vendió el inmueble el día 2 de enero de 1989, cuando existía un régimen de separación de patrimonios, obtuvo una ganancia de 100 y las cuatro cuotas convenidas para el pago del precio son iguales en su monto, la ganancia estaría gravada con el impuesto a la renta y debería imputarse a razón de 25 en cada uno de los ejercicios 1990, 1991, 1992 y 1993, pues en cada uno de esos ejercicios resultará exigible cada una de las cuotas convenidas para el pago del precio.

Como quiera que el 2 de enero de 1990 los cónyuges estaban sometidos a un régimen de separación de patrimonios, el cónyuge vendedor tendrá que declarar en forma separada la ganancia de 25 que corresponde a la primera cuota exigible el 3 de enero de dicho año, a cuyo efecto la incluirá en su declaración personal del impuesto a la renta del ejercicio gravable 1990. En cambio, la parte de la ganancia atribuible a las tres cuotas restantes, exigibles el 3 de enero de cada uno de los años 1991, 1992 y 1993, respectivamente, e imputables a esos años, deben ser declaradas por la sociedad conyugal y no por el cónyuge vendedor, para efecto del impuesto a la renta, a pesar de que dicha ganancia constituye un bien propio del cónyuge vendedor porque aquélla va a ser adquirida a título oneroso durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, aún cuando la causa de la adquisición de esa ganancia –es decir la venta del inmueble–, precedió al régimen de sociedad de gananciales vigente ya en los años 1991, 1992 y 1993 en que, para efectos del impuesto a la renta, se considera obtenida la ganancia contenida en las tres cuotas restantes del precio pactado.

En cambio, la situación es totalmente distinta, por ejemplo, en materia de indemnizaciones. Estas están gravadas con el impuesto a la renta cuando son en favor de empresas por seguro de su personal, en segundo lugar las que no impliquen la reparación de un daño, en tercer lugar la diferencia entre las primas o cuotas pagadas por los asegurados y las sumas que las compañías entreguen a aquellos al cumplirse el plazo estipulado en los contratos dotales de seguro de vida, y en cuarto lugar los beneficios y participaciones en seguros sobre la vida.

De otro lado, según el inciso 4) del artículo 302o. del Código Civil de 1984, son bienes propios de cada cónyuge "La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad".

Vale decir, que las indemnizaciones son bienes propios de cada cónyuge, conforme a lo que dispone nuestro Código Civil. Si dichas indemnizaciones constituyen rentas gravadas con el impuesto a la renta, deberán ser declaradas únicamente por el cónyuge que las obtiene, aún cuando exista un régimen de sociedad de gananciales. En efecto, la ley N° 24826 no obliga a acumular a las rentas de la sociedad conyugal, los bienes propios que constituyen rentas gravadas –como en el caso de determinadas indemnizaciones–, sino solamente las rentas producidas por los bienes propios de cada cónyuge.

Si a su vez esas indemnizaciones generan rentas –su importe se deposita en un banco y genera intereses, por ejemplo–, éstas constituyen bienes comunes y en tal caso no cabe duda

que deben ser declaradas, para efectos del impuesto a la renta, por la sociedad conyugal, bajo el supuesto de existir un régimen de sociedad de gananciales. Ello es así, porque tales intereses constituirían frutos de las indemnizaciones, teniendo dichos frutos la calidad de bienes comunes.

– Los derechos de autor e inventor a que se refiere el inciso 5 del artículo 302 del nuevo Código Civil, en cuanto por ejemplo constituyen rentas gravadas según el numeral quinto del inciso b) del artículo 3º del Texto Unico Ordenado del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo Nº 185-87--EF de 24 de setiembre de 1987, que grava los ingresos obtenidos por la enajenación de derechos de llaves, marcas y similares. Si uno de los cónyuges es autor de una obra literaria y la enajena, los derechos que obtenga por ella son bienes propios según el Código Civil, pues no tienen la calidad de frutos ni productos, ni creemos que sean las rentas a que se refiere el artículo 310o. de dicho Código –que en nuestro concepto suponen que el bien permanezca generando ingresos para su dueño,– y constituyen rentas gravadas con el impuesto a la renta, pero a mérito de lo que dispone la letra de la Ley Nº 24826 tales derechos tendrían que ser declarados por la sociedad conyugal y no por el cónyuge beneficiado con ellos.

– La renta vitalicia convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio, es también bien propio según el inciso 8) del artículo 302o. del Código Civil. De otro lado, esa renta vitalicia, suponiendo por ejemplo que proviniera de la enajenación de un bien inmueble y que el cónyuge vendedor tuviera la calidad de habitual en dicho tipo de operación, resultaría una renta gravada de tercera categoría. A mérito del tenor literal de la Ley Nº 24826 el cónyuge que obtiene la renta vitalicia, sin embargo, no resultaría contribuyente del impuesto a la renta sino más bien la sociedad conyugal, que tendría que declararla y pagar el impuesto a la renta que corresponda.

Creemos que los incisos del artículo 302 que hemos enunciado anteriormente son los únicos que pueden generar rentas consideradas como bienes propios de uno de los cónyuges pero que, para efectos del impuesto a la renta y bajo una interpretación literal de la Ley Nº 24826, tributarían a cargo de la sociedad conyugal y no de dicho cónyuge. Sin embargo, habida cuenta de la naturaleza del impuesto a la renta, hay que apelar a una interpretación lógica de la Ley Nº 24826 y concluir que las rentas antes mencionadas, en tanto son bienes propios, no deben acumularse a las rentas de la sociedad conyugal, y que la referida ley ha querido referirse a los frutos y productos de los bienes propios, pues aquellos tienen la calidad de bienes comunes.

De otro lado, es un error de la Ley Nº 24826 no haberse referido al caso de separación de bienes por declaración de quiebra de uno de los cónyuges, en que las rentas no deberían acumularse por no existir un régimen de sociedad de gananciales.

c) Las Rentas Obtenidas por los Cónyuges cuando existe régimen de Separación de Bienes

Para entender a cabalidad lo dispuesto en el segundo párrafo del nuevo texto del artículo 15o. del Decreto Legislativo N° 200, tal como ha sido sustituido por la Ley N° 24826, debemos partir siempre de la idea de que al referirse dicha ley a la "sociedad conyugal" la está entendiendo como la sociedad en que existe un régimen de sociedad de gananciales. Habría además que agregar un segundo supuesto, en virtud del cual dicha sociedad conyugal resultaría contribuyente única y exclusivamente por existir rentas generadas por bienes de propiedad de los hijos menores de edad, cuando esos bienes son administrados por los padres, a pesar de no haber un régimen de sociedad de gananciales. Como ya se dijo anteriormente, en ese caso la sociedad conyugal sólo va a resultar contribuyente por estas rentas derivadas de los bienes de propiedad de los hijos menores de edad.

Consecuentemente, el segundo párrafo del artículo 15 tiene por objeto excluir de la declaración del impuesto a la renta de la sociedad conyugal –existente si hay rentas de bienes de los hijos menores de edad–, las rentas que hubiera podido obtener cada cónyuge cuando ya existe un régimen de separación de bienes. Esas rentas las va a declarar por separado, para efectos del impuesto correspondiente, el cónyuge que las obtenga. No interesa el origen de la separación de bienes que puede ser una sentencia judicial, una escritura pública de separación de patrimonios o una sentencia de separación de cuerpos. Sin embargo, como ya se dijo, se ha omitido el caso de declaración de quiebra de uno de los cónyuges.

La norma que estamos comentando carecería de lógica si existiendo un régimen de separación de bienes no hubiera tampoco rentas provenientes de bienes de propiedad de hijos menores de edad, administrados por los padres, pues, en este caso para efectos del impuesto a la renta la sociedad conyugal no sería contribuyente, y si no lo es no tiene sentido ninguna norma de exclusión. La norma de exclusión parte de la premisa de que la sociedad conyugal es contribuyente.

d) Rentas Obtenidas por el Trabajo Personal de la Mujer

Siempre bajo el supuesto de que la sociedad conyugal es contribuyente por existir un régimen de sociedad de gananciales, carece de justificación que no se acumulen las rentas que obtiene la mujer por su trabajo personal. En tal caso, la realidad económica muestra que esas rentas son bienes sociales y no bienes propios de la mujer. En efecto, no solamente tales rentas no están consideradas como bienes propios en la enumeración taxativa que al respecto contiene el artículo 302o. del Código Civil, sino que por añadidura el artículo 310o. en la enumeración que contiene, que es solamente ilustrativa, expresamente considera como bienes sociales los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo.

Por otro lado, el nuevo Código Civil abandona el concepto de bienes reservados que traía el Código Civil de 1936, aunque como ya se dijo anteriormente tales bienes eran comunes.

Desaparecida la institución de los bienes reservados que hubiera podido forzar una interpretación justificatoria de la exclusión, y habida cuenta de que estas rentas son bienes sociales y que están adscritas a una realidad económica que las muestra como rentas de la sociedad conyugal, no tiene, pues, justificación alguna que en el nuevo texto del artículo 15o. del Decreto legislativo N° 200, tal como ha sido modificado por la Ley N° 24826, sean declaradas, para efecto del impuesto a la renta, en forma separada por la mujer y no sean acumuladas a las rentas de la sociedad conyugal.

Sólo nos resta afirmar que la Ley N° 24826 puede en algunos casos resultar inconstitucional en la medida en que rige por aplicación del artículo 3o. desde el 29 de mayo de 1988 y no desde el primero de enero de 1989, salvo en los casos en que tal vigencia determine una retroactividad benigna, plenamente válida según lo señala el artículo 187o. de la Constitución.

Finalmente, hay que señalar que las normas tributarias no califican como contribuyentes del impuesto a la renta, en lo que sería un vacío legal, a las uniones de hecho a que se refiere el artículo 326o. del nuevo Código Civil. Dicho artículo se circunscribe a la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. En ese caso, se origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos, lo que justificaría que se calificara como contribuyente del impuesto a la renta a esa unión de hecho.

San Isidro, 14 de febrero de 1989.

**LA FAMILIA EN EL DERECHO
BANCARIO PERUANO**

Pedro Arnillas Gamio

INTRODUCCION

La legislación sobre Derecho Bancario es joven. La primera autoridad bancaria en el Perú fue la Junta de Vigilancia, creada por Ley No. 1968 de 22 de agosto de 1914. Sus facultades estaban limitadas a sólo parte de lo que ahora es la regulación monetaria y la regulación del crédito del sistema financiero, consagradas en el artículo 149 de la Constitución, como función del Banco Central de Reserva.

En 1918, por Ley No. 2760 se dictan normas relativas a tasas de interés. Este hecho tiene particular importancia para este ensayo por cuanto uno de los puntos a estudiar es el relativo a los intereses derivados de los depósitos de menores y de cónyuges en el sistema financiero, especialmente depósitos de ahorro.

La autoridad competente y forma operativa para la determinación de las tasas máximas de interés, han evolucionado, inclusive en los requisitos y formalidades legales. Al final, lo vigente a la fecha es que la determinación de las tasas máximas de interés constituye función autónoma del Banco Central de Reserva del Perú, según lo dispuesto en los artículos 1243 y 1244 del Código Civil.

Esta función y facultad del Banco Central de Reserva no está ahora restringida a las operaciones activas y pasivas del sistema financiero, incluidas las del Banco Central de Reserva, sino que comprende —con sólo alguna excepción—, las operaciones de todos, incluidos los terceros ajenos al sistema financiero y todas las operaciones y contratos por los cuales se ocasione obligación de pagar intereses, sin que ello esté limitado a contratos de crédito directo o indirecto en dinero. Por ejemplo, los intereses derivados de un saldo de precio en una compra-venta a plazos de bien mueble o de bien inmueble. Estos contratos estuvieron sometidos a dos regímenes distintos hasta la entrada en vigencia del Código civil de 1984 y aún permanecen algunas normas especiales de ellos que no son contrarias a lo dispuesto en el mencionado Código.

Derivado del mismo tema (intereses de depósitos de ahorro de menores y de cónyuges), está el asunto sobre las normas relativas a la forma de cómputo del interés. Estas normas están contenidas en la legislación especial y propia del Banco Central de Reserva y su aplicación determina variaciones tan significativas como ser, por ejemplo, que una **tasa nominal** de interés de 125% para depósitos a plazo de 180 a 359 días, determina una **tasa efectiva** de 254.37%, es decir mayor al doble. El factor interviniente que ocasiona esta variación superior al cien por ciento, es la capitalización diaria de los intereses. En otros casos como el de depósitos en ahorros o mediante cédulas hipotecarias, la capitalización es sólo mensual y entonces el incremento de tasa nominal a tasa efectiva es de 120% y 121% a 218.87 y 221.82 por ciento respectivamente (Aviso del Banco Central de Reserva publicado el 31.08.88 y Superintendencia de Banca y seguros, Circular No. B-1787-88 de 01.09.88, *El Peruano* 03.09.88).

El segundo tema de legislación bancaria que trataremos en este ensayo es el de los límites individuales de crédito a que están sujetas las personas naturales y jurídicas, en función de la acumulación que deberá efectuarse con los créditos directos e indirectos que tengan otorgados las personas naturales hasta determinado grado de parentesco.

En este caso, los criterios aplicables a la limitación para otorgar créditos, están destinados a defender al público depositante. Se trata de impedir la concentración de créditos otorgados por las instituciones del sistema financiero, a fin de evitar el riesgo de insolvencia de dichas instituciones.

Para tener una composición de lugar de carácter jurídico; para poder analizar aún cuando sólo sea someramente el aspecto de la vigencia de las normas del nuevo Código Civil y de algunas disposiciones de carácter tributario anteriores y su eventual ultraactividad; para poder efectuar un análisis jurídico de los elementos sujetos del contrato de depósito de ahorros, resulta indispensable hacer un breve estudio del Contrato de Depósito Bancario. En este análisis habremos de conceder atención a la naturaleza jurídica de los intereses según la legislación peruana, teniendo en cuenta que ellos constituyen la razón de ser más importante para quien hace el depósito de ahorros.

Para terminar la presentación de los temas que son objeto de este ensayo, debemos mencionar algo que es particularmente importante y que constituye el gran marco de referencia, a saber: la naturaleza jurídica de la función bancaria y las características del Derecho Bancario.

Decía la Misión Kemmerer en la Exposición de Motivos de la Ley de Bancos en 1931: "Las leyes peruanas hasta ahora no han definido o precisado los poderes o facultades de los bancos. La misión cree que **siendo los bancos instituciones semipúblicas, afectadas por gran interés público, y desde el momento que disponen de fondos pertenecientes a los depositantes, sus poderes deberían ser establecidos definitivamente por ley**".

Ha sido necesario que transcurran cuarentiocho años para que una norma legal perua-

na, la de más alto nivel, la Constitución 1979, consagre este principio. Dice el artículo 152: "La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de actividad y población de acuerdo con los planes de desarrollo".

Lo que en su origen fue sólo un asunto privado e individual, el depósito de dinero, fundamentalmente por razón de seguridad, se convirtió luego en una forma de inversión y a la finalidad de seguridad se agregó —y tal vez con primera importancia—, el rendimiento económico derivado de los intereses que paga el depositario por el uso del dinero.

Sin duda no es necesario analizar el significado de la función bancaria; su gravitación en la economía de los países y esta suerte de dimensión internacional que particularmente en los últimos lustros ha adquirido. Pero sí es importante destacar que la fuente de energía de la actividad bancaria es el depósito de dinero del público.

Por esa razón el artículo 154 de la Constitución dice: "El Estado fomenta y garantiza el ahorro privado. La Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público y los alcances de esta garantía"¹.

Y por esa misma razón, el artículo 155 de la Constitución dispone que un organismo autónomo, la Superintendencia de Banca y Seguros, "ejerce en representación del Estado el control de las empresas bancarias, financieras y de seguros, y las demás que operan con fondos del público".

Ciertamente, la actividad bancaria tiene una dimensión de función e interés social que otorgan al Derecho Bancario un marcado grado de Derecho Público. Esta línea de pensamiento estuvo también presente en la Misión Kemmerer de 1931, como se puede apreciar del texto antes transcrito, tomado de la exposición de Motivos de la Ley de Bancos².

Como se ha indicado, a nivel constitucional, el Estado se encuentra comprometido a fomentar y garantizar el ahorro del público; la ley establece los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones de las empresas que lo reciben; y un organismo público las controla. Esto no significa que el desarrollo de la actividad bancaria deba estar limitado o restringido al Estado. Sin duda la banca de fomento de determinadas actividades como la agricultura, la minería, la industria, deben contar con bancos estatales de fomento. Pero no toda la actividad bancaria debe estar en poder del Estado. Contrariamente, pensamos que es mejor que una parte importante de la actividad bancaria esté en manos del sector privado.

1 Obsérvese cómo en este texto constitucional, dos veces es usado el término "ahorro" en el sentido genérico de depósito bancario.

2 Ley de Bancos. Superintendencia de Banca y Seguros. 5a. edición. Librería e Imprenta Gil S.A. Lima, p. 21.

Algo semejante ocurre, por ejemplo, con los medios de transporte. Sin duda se trata de una función de interés público, pero la prestación del servicio no necesariamente debe estar reservada al Estado.

Una última prevención que es obligatorio hacer es la relativa a la existencia de nuevas normas legales que también se refieren al ahorro y a la acumulación de créditos y los límites aplicables. Las nuevas normas están contenidas básicamente en el Decreto Legislativo No. 469 de fecha 07.04.88 que fue publicado en *El Peruano* el diez de abril.

El Decreto Legislativo No. 469 fue promulgado al amparo de la Ley No. 24723 de 09.10.87, cuyo artículo 17 delegó facultades determinadas al Poder Ejecutivo, por un plazo de 180 días. Esta Ley entró en vigencia "a partir del día siguiente a su publicación ...", lo que ocurrió el día 11 de octubre. Por tanto los 180 días vencieron el 08.04.88.

Sobre el mismo tema, otra observación que resulta necesario formular es el de los alcances derogatorios del Decreto Legislativo No. 469.

Una primera interpretación (que inclusive ha sido dada por varios legisladores a título personal), afirmarí que los Decretos Leyes que son expresamente mencionados, así como sus disposiciones ampliatorias y modificatorias han quedado derogados.

Dentro de esta interpretación, el texto de la Séptima Disposición Final que agrega que la derogatoria es "en todo lo que se opongan a lo dispuesto en la presente norma", tendría como alcance y estaría referida a los demás dispositivos legales, diferentes a los Decretos Leyes mencionados con su número y sus disposiciones ampliatorias y modificatorias. Por ejemplo, modificaría cualquier norma de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú; de la Ley de Bancos Regionales No. 18967, etc.

La segunda interpretación haría aplicable a todas las normas sobre el sistema Financiero, la disposición de que en ellas habrían quedado derogadas sólo los "dispositivos legales" contenidos en ellos, "en todo lo que se opongan a lo dispuesto en la presente norma" (Decreto Legislativo No. 469).

El presente ensayo parte de la base de que se considera que sólo han quedado sin efecto y por lo tanto derogadas las normas legales contenidas en los Decretos Leyes Nos. 7159, 14480 y 18957, así como las disposiciones ampliatorias y modificatorias, en tanto en cuanto en ellas existe alguna norma que es objeto de regulación diferente en el decreto Legislativo No. 469. Esta interpretación fue expuesta públicamente por el entonces Presidente del Consejo de Ministros Ingeniero Guillermo Larco Cox y por el doctor Hugo García Salvattecci, Superintendente de Banca y Seguros y, en opinión del suscrito, tiene sustento jurídico suficiente en el texto legal.

Es importante recordar que cuando una norma legal ofrece duda en su interpretación, de hecho todas las autoridades que deben aplicarla y, en su caso, los miembros del Poder

Judicial, si hubiera juicios, tienen que interpretarlas. Respecto de la actuación de los jueces, el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Civil, recogiendo lo que con algunas semejanzas estaba en los artículos XXI y XXIII del Código Civil de 1936, dispone: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

Igualmente es importante mencionar que el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil antes transcrito, está consagrado a nivel Constitución, en el inciso 6 del artículo 233, según el cual es garantía de la administración de justicia: "La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

Sin embargo, la interpretación de una norma jurídica que haga cualquier abogado, cualquiera autoridad de la administración pública, cualquier legislador a título personal e, inclusive, los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones, pueden ser discutibles, contradichas o modificadas. La única interpretación indiscutible es la que en doctrina se llama "interpretación auténtica", que es la que da el propio Poder Legislativo.

En el Perú esta función y facultad están otorgadas al Poder Legislativo en el artículo 186 de la Constitución, cuyo inciso 1 dice que es atribución del Congreso: "Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes".

Para el sólo efecto de que se tenga presente la dificultad que se estaría derivando de la Séptima Disposición Final del Decreto Legislativo No. 469, es pertinente mencionar que el artículo I del título Preliminar del Código Civil vigente dispone textualmente:

"La Ley se deroga sólo por otra ley.

"La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella.

"Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado".

Vinculado también al asunto de los alcances de la derogatoria de normas legales prevista en la Séptima Disposición Final, está el asunto de que el Decreto Legislativo No. 469, por su propia naturaleza, es una norma dada en base a facultad delegada por el Congreso, al amparo del artículo 188 de la Constitución, el cual dispone que la delegación debe ser "sobre materias y por el término que especifica la ley autoritativa".

En consecuencia, para conocer cuáles son las facultades delegadas, resulta necesario analizar el artículo 17 de la Ley No. 24723, cuyo texto dice:

"De conformidad con el Artículo 188o. de la Constitución délgase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante Decretos Legislativos y por 180 días, sobre el Siste-

ma Bancario, Financiero y de Seguros, con el propósito de asegurar su eficaz gestión y su contribución a la descentralización y regionalización del país, en armonía con los principios básicos de la presente Ley".

Analizando el texto transcrito, puede apreciarse que la facultad delegada es para "legislar... sobre el sistema Bancario, Financiero y de Seguros...". Sin embargo, a pesar de que el Sistema Bancario, Financiero y de Seguros, comprendería prácticamente todo lo relativo a la intermediación financiera, el texto siguiente limita el alcance cuando dice que ello será "con el propósito de asegurar su eficaz gestión y su contribución a la descentralización y regionalización del país...". Además, el texto final relativo a que las medidas se dictarán "en armonía con los principios básicos de la presente Ley", inclina a interpretar que la facultad legislativa no es genérica ni conllevaría la facultad de derogar toda la Ley de Bancos o toda la ley de Financieras, aún cuando ellas estén expresamente mencionadas con sus números correspondientes.

En lo que se refiere a las otras normas legales distintas a la Ley de Bancos, Ley de Financieras y Ley de Bancos Privados de Fomento de la Industria de la Construcción, habría que tener presente que entre dichas normas legales están la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y la Ley Orgánica del Banco Central de reserva.

Respecto a leyes orgánicas, el artículo 194 de la Constitución establece: "Los proyectos de leyes orgánicas se tramitan como cualquier ley. Sin embargo, para su aprobación se requiere el voto de más de la mitad del número de miembros de cada Cámara".

Para que la facultad delegada incluyera la capacidad de modificar leyes orgánicas, habría sido necesario que el artículo 17 de la Ley No. 24723, hubiera sido aprobado con dicha mayoría por cada Cámara, lo cual no ha sido el caso, por lo menos en el Senado.

Como primera conclusión respecto a los alcances derogatorios de las normas anteriores, mencionadas en la Sétima Disposición Final, parecería que debe entenderse que no están derogadas en su totalidad la Ley de Bancos y la Ley de Financieras, sino en aquello que esté normado de manera diferente por el Decreto Legislativo No. 469.

La segunda conclusión sería que la facultad legislativa delegada al poder Ejecutivo por la Ley No. 24723, no comprende la posibilidad de modificar leyes orgánicas. Sin embargo, aún cuando el artículo 87 de la Constitución Política del Estado establece que: "La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica", aún en la hipótesis de que efectivamente en el Decreto Legislativo No. 469, por el alcance interpretativo que se le de y/o porque directa o indirectamente incluya derogación o modificación de alguna norma legal que tenga la categoría de ley orgánica, dicho Decreto Legislativo tiene vigencia plena, mientras no se de, si se da, la declaración de "inconstitucionalidad parcial o total ... de decretos legislativos... que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo ..." (Constitución artículo 298 inciso 1).

La afirmación anterior está hecha al amparo de los artículos 300 y 302 de la Constitución que disponen:

"Artículo 300.- No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal (de Garantías Constitucionales) que declara la inconstitucionalidad de una norma en todo o en parte."

Artículo 302.- Cuando el tribunal declara la inconstitucionalidad de normas que no se originen en el Poder Legislativo, ordena la publicación de la sentencia en el diario oficial, la que tiene valor desde el día siguiente de dicha publicación."

Las reflexiones finales han sido hechas para explicar por qué se mencionan en este ensayo, respecto al tema concreto de los depósitos de ahorro de menores y en cuanto a las relaciones de parentesco para el cómputo de los límites individuales de crédito, las normas de la antigua Ley de Bancos y de sus modificatorias y ampliatorias y no solamente las disposiciones del Decreto Legislativo No. 469, pero también estas disposiciones.

I

EL DEPOSITO BANCARIO¹

1. El depósito bancario no ha sido incluido como un contrato típico en el Código Civil de 1984, diferenciado del contrato de depósito civil. Tampoco lo estuvo en el Código de 1936.

En cambio, el Código de Comercio de 1902, en el artículo 304, perteneciente a la Sección Cuarta del Libro Segundo, referida al Depósito Mercantil, disponía que "... los depósitos verificados en los Bancos, en los almacenes generales, en las sociedad de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán en primer lugar por los estatutos de las mismas, en segundo por las prescripciones de este Código, y últimamente por las reglas de derecho común, que son aplicables a todos los depósitos".

Como es sabido, el artículo 2112 del Código Civil de 1984 derogó el contrato de depósito mercantil.

En el mismo Código de Comercio existen y permanecen vigentes, los contratos de Cuenta Corriente Mercantil y Cuenta Corriente Bancaria. Este último contrato, es mucho más que una simple forma de depósito bancario, pero en una de las dos alternativas que da el artículo 579 del Código de Comercio está supuesto que el contrato opera "... con provisión de fondos, cuando el cliente los tiene depositados en él", es decir, en el Banco. La otra alternativa es que el cliente no tenga fondos depositados y el Banco "hace adelantos de dinero". El Código dice que entonces "la cuenta corriente bancaria es a descubierto".

¹ Por razón práctica usaremos la expresión "depósito bancario" para mencionar cualquier modalidad de depósito de dinero en las distintas instituciones del sistema financiero.

En la práctica bancaria, es sumamente frecuente que después de que un cliente tiene efectuado un depósito en cuenta corriente, el Banco, con relativa periodicidad, le permita sobregiros. Esta modalidad de crédito bancario se ha incrementado en las dos últimas décadas como consecuencia del servicio adicional que prestan los Bancos permitiendo que los recibos de luz, agua, teléfono, cuotas de clubs, etc. sean cargados en la cuenta corriente, previa autorización escrita del cuenta correntista y convenio con cada acreedor.

En sustitución de la remisión que hacía el Código de Comercio respecto del contrato de depósito bancario a la legislación especial sobre la materia, legislación que no existía a la fecha del Código y que no existió realmente hasta la promulgación del Decreto Ley No. 7159 en mayo de 1931 (Ley de Bancos), con acierto el nuevo Código Civil de 1984 dispone en su artículo 1853: "Los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras instituciones análogas se rigen por las leyes especiales que los regulan".

Las modalidades de los depósitos bancarios son, básicamente, depósito en cuenta corriente, depósito a plazo y depósito en ahorro.

Sin embargo, antes de analizar el depósito de ahorro y especialmente los ahorros de los cónyuges y los pertenecientes a menores, que constituyen el primer tema de este ensayo, parece conveniente hacer un análisis aunque sea casi esquemático, respecto a la naturaleza jurídica y las características del contrato de depósito bancario.

El concepto general de depósito bancario lo resumimos transcribiendo los cuatro últimos párrafos de mi artículo que sobre este tema publicó la revista **Banca** No. 3 de la Superintendencia de Banca y Seguros, correspondiente a marzo de 1983, en los cuales no se pretende definir, pero sí "describir" el contrato de depósito bancario:

"Depósito Bancario es la imposición en dinero que efectúa una persona capaz, natural o jurídica, en una institución debidamente autorizada por la autoridad competente para prestar servicios de intermediación financiera.

"La imposición en dinero deberá efectuarse en alguna de las modalidades previstas por las normas legales vigentes o autorizadas por la Autoridad Monetaria o el Organismo Estatal de Supervigilancia y Control de las instituciones financieras, según corresponda.

"El dinero recibido en Depósito Bancario por los intermediarios financieros puede ser usado por el receptor, en la proporción que exceda al encaje legal y al adicional que determine la Autoridad Monetaria, sin que para ello sea necesaria la autorización del depositante o imponente. Ambas partes podrán convenir los intereses que pagará el receptor del depósito, dentro de los límites que establezca la Autoridad Monetaria en función de la regulación monetaria y crediticia que le corresponde.

"El depositario financiero deberá devolver el importe recibido más los intereses respectivos en los plazos que corresponda a su modalidad y condiciones del Depósito pactado, incluido, en su caso, el incremento de capital".

Analizando lo expresado, observamos brevemente lo siguiente:

2. En primer lugar, es conveniente precisar que en cuanto al objeto del depósito bancario, éste es sólo dinero, sea en moneda nacional o en moneda extranjera. La referencia legal está contenida en el inciso c) del artículo 63 de la Ley de Bancos, que permite a los Bancos: "Recibir depósitos de cualquier clase de personas naturales o jurídicas, que no estén legalmente incapacitadas".

El inciso n) del mismo artículo 63 de la Ley de Bancos, artículo que contiene la enumeración de las operaciones que están los bancos autorizados a realizar, incluye una norma especial respecto a los depósitos de ahorros. Dice el texto: "Aceptar, (los bancos) siempre que hayan obtenido previamente la autorización especial del Superintendente de Banca y Seguros, depósitos de ahorros, sujetándose en todo lo relacionado con dichos depósitos a lo establecido en el Capítulo IV de esta Ley".

Cuando en los bancos se depositan otras cosas distintas a dinero, no se está hablando de depósito bancario. En la ley peruana el inciso m) del artículo 63 de la Ley de Bancos, permite a los bancos: "Recibir . . . objetos o valores en custodia y arrendar cajas con el fin de guardar, con la debida seguridad, tales objetivos o valores".

Los dos temas antes mencionados, recibir depósitos y recibir objetos y valores en custodia, también están previstos en los incisos e) y 1) del artículo 19 del Decreto Legislativo No. 469, que está referido a las "Operaciones de Intermediación Financiera, Capítulo I, de las Operaciones Bancarias".

En los textos se lee:

"Artículo 19o.- Las operaciones bancarias permitidas dentro de los límites establecidos en cuanto a monto y plazo fijados por la Superintendencia o el Banco Central de Reserva son: . . .

"e) Recibir depósitos a la vista y a plazo de personas naturales y jurídicas, así como depósitos de ahorro de persona naturales e instituciones sin fines de lucro; . . .

"1) Recibir objetos o valores en custodia, así como arrendar cajas de seguridad;"

3. En segundo lugar es importante destacar lo relativo a los sujetos que intervienen en un contrato de depósito bancario y la participación de dichos sujetos en la ejecución del contrato.

Sin duda existen el depositante y un depositario calificado.

Como contrato bilateral, depositante y depositario tienen obligaciones recíprocas, de carácter conmutativo. Según sea la modalidad del depósito (a la vista en cuenta corriente, a plazo, de ahorro), habrá variaciones respecto a la oportunidad en que el depositario estará obligado a devolver lo depositado, pero será obligación indiscutible del depositario la de "devolver lo depositado".

También el depositario está obligado a la "custodia y conservación" del dinero depositado. En el contrato de depósito bancario la realidad económico-jurídica sobre la "custodia y conservación" (Código Civil artículo 1819 y 1825), es muy particular. Respecto del depositante, el depositario no guarda el dinero recibido sino que lo usa como propio y para ello no necesita contar con la aprobación previa del depositante. Más aún el depositante no la podría dar ni menos aún negar, por cuanto es esencial al depósito bancario, que el dinero recibido del público depositante sea empleado **"en hacer adelantos en la forma de préstamos, de descuentos de documentos de crédito o en cualquier otra forma, así como en invertir en sus propios negocios los depósitos recibidos"**. El texto transcrito corresponde a parte de la definición de Empresa Bancaria contenida en el literal A del artículo 1o. de la Ley de Bancos, en el texto modificado por el Decreto Supremo No. 297-68-HC de 14.08.68.

También podría hacerse referencia al artículo 2o. del Decreto Legislativo No. 469 que dice: "Las instituciones cuya actividad es la de ofrecer **servicios de intermediación de dinero del público** cualquiera que fuere la modalidad, organización o forma de operar así como los organismos de control y regulación de las mismas, constituyen el Sistema Financiero Nacional . . .".

Pero hay una parte, un porcentaje de los depósitos de dinero que realiza el público en los bancos y demás instituciones de crédito, que no puede ser usada por los depositarios sino que tiene que ser guardada en caja y esta caja es el Banco Central de Reserva. Es la parte de los depósitos que constituye el **encaje**.

Con este elemento jurídico aparece en forma muy destacada lo que tal vez constituye el factor o característica que mejor tipifican al contrato de depósito bancario como un contrato autónomo, sustancialmente diferente al contrato de depósito civil.

El elemento jurídico "encaje", así como la ingerencia y participación que le compete respecto de él, así como de los intereses al Banco Central de Reserva del Perú, hace fácilmente notorio que en el contrato de depósito bancario existe un tercer sujeto que está constituido por el Banco Central de Reserva como organismo que tiene entre sus funciones la de regular la moneda y regular el crédito del sistema financiero.

El encaje fue originalmente el porcentaje de seguridad para que el depositario pudiera afrontar los pedidos excepcionalmente simultáneos de devolución de depósitos. En cambio, en el mundo económico-financiero moderno, mucho más importante es el constituir un instrumento muy eficiente para que la autoridad estatal (BCR) regule la emisión de moneda que él mismo haya hecho y la mayor o menor multiplicación de los medios de pago del sistema financiero general.

Algo semejante ocurre con los intereses que pagan los bancos por los depósitos bancarios. Desde antiguo, las tasas máximas de interés fueron fijadas por el Banco Central y ello constituye el segundo instrumento de la regulación monetaria, que conjuntamente con el encaje, influye sobre la emisión monetaria propiamente dicha.

Contrariamente a lo que ocurre en el contrato de depósito civil, que según la legislación peruana se presume gratuito (Código Civil, artículo 1818), el contrato de depósito bancario es, en principio, remunerado. Pero lo más importante de la remuneración es que mientras que en el depósito civil, cuando hay remuneración, la paga el depositante, en el depósito bancario la onerosidad está constituida específicamente por los intereses y el pago es de cargo del depositario, precisamente porque está facultado por principio y por ley para usar parte del dinero recibido en otorgar crédito a terceros, bajo distintas modalidades. Teniendo en cuenta estas características esenciales del depósito bancario que no sólo son diferentes, sino inclusive contrarias a las normas del depósito civil, debe concluirse en que el depósito bancario es un contrato diferente al depósito civil y aún cuando en la legislación peruana vigente las normas que lo tipifican se encuentran diseminadas, a ellas nos remite el artículo 1853 del Código Civil, según el cual —como antes se ha visto—, "los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras... se regirán por las leyes especiales que los regulan".

Un análisis concordado de todos estos elementos del depósito bancario, nos permite formular los siguientes comentarios:

a) Del dinero depositado en un banco, una parte es "colocada" por el banco —por ejemplo—, en mutuo a un tercero. Según el artículo 1653 del Código civil, "con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuuario...". En consecuencia, sobre esa parte del dinero depositado el banco tenía la propiedad pues en caso contrario no la habría podido transferir a su mutuuario. Por lo tanto, el Banco tenía "... el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar..." el dinero que recibió en depósito bancario (Código civil artículo 923).

b) Pero este poder no alcanza a la otra parte del dinero depositado que el banco tiene que conservar como encaje. En alguna medida (tal vez el encaje mínimo legal que es 15% sobre los depósitos a la vista o en cuenta corriente y 6% sobre los depósitos de ahorros y a plazo), en garantía a favor del depositante; y en todo lo que corresponda a encaje adicional ordenado por el Banco Central de Reserva, en razón de un principio sustancialmente diferente que es la regulación monetaria. Esta razón de ser, nada tiene que ver con cada contrato de depósito bancario que tenga celebrado un banco. Se trata de regular (disminuir), la multiplicación secundaria de los medios de pago que realizan los bancos y de reducir la velocidad de circulación del dinero.

c) Sin embargo, desde el punto de vista económico-financiero del depositante, es fundamentalmente cierto que él mantiene "la propiedad" de la totalidad del dinero depositado.

d) Respecto a los intereses que el depositario paga al depositante, sobre el total del dinero depositado, no sólo las partes no pueden exceder la tasa máxima que determine el Banco Central de Reserva, sino que cuando la reduce, el nuevo límite es aplicable a los contratos de depósito que estén vigentes cuando el Banco Central de Reserva lo establezca. Además el Banco Central de Reserva puede obligar al depositario financiero a pagar la tasa máxima, según lo dispone el artículo 5o. del Decreto Ley No. 21504 que dice: "Cuando la autoridad competente lo crea conveniente, el reajuste de las tasas para las obligaciones y contratos... podrá hacerse obligatorio".

Según este análisis, en el contrato de depósito bancario, sin duda existe un tercer sujeto interviniente que es el Estado por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.

No se trata de la presencia del Estado y de la autoridad en general, como orden jurídico y facultad coercitiva. Se trata de un sujeto de los contratos de depósito bancario y de cada contrato, en función de objetivos económicos y sociales absolutamente diferentes a los objetivos del depositante y del depositario.

4. Por último el contrato de depósito bancario, también es consensual, de ejecución continuada y sujeto a determinadas formalidades tanto para su celebración, cuanto para su ejecución. Ambas formalidades varían en función de la clase de depósito que se concierte (de ahorros, a plazo o en cuenta corriente).

Una evidencia de que el contrato de depósito bancario es consensual, está en la existencia de los programas de Inversión Acumulativa que el Banco Central autorizó a las empresas financieras para que pudieran recibir depósitos a plazo fijo, con entregas mensuales sucesivas. Fueron creados por acuerdo de Directorio que dio lugar a la Circular No. 36 de 31 de agosto de 1973.

Estos programas suponen un compromiso de futuros depósitos por parte del depositante y el otorgamiento de la tasa de interés preferencial correspondiente al plazo pactado. En la Circular SBS-B-1733 de 25.02.86, punto 5, el Superintendente hace referencia expresa a estos Programas.

Igual evidencia se encuentra en el depósito del sistema financiero llamado "Plan Progresivo de Depósitos" (P.P.D.), que fuera aprobado a las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito por Circular SBS No. 457-85 de 09.09.85.

II

NATURALEZA JURIDICA DE LOS INTERESES

Según los artículos 1242 y 1243 del Código Civil, en nuestra legislación se encuentran tipificadas como categorías distintas de interés, el interés compensatorio, el interés moratorio y el interés legal. Los dos primeros, el compensatorio y el moratorio, son además, convencionales.

A esta tipificación legal de carácter jurídico, habría sin embargo que agregar una calificación de carácter económico y financiero. Esta calificación conlleva una especie de división aplicable, eventualmente, a las tres clases de interés.

1. El primer análisis que procede hacer es el relativo a si los intereses son fruto o producto.

Según el artículo 890 del Código Civil "Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que altere ni disminuya su sustancia".

El artículo 894, en cambio, define que "Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien".

Nadie dudaría en calificar como producto, al mineral o al petróleo que se extraen de la entraña de la tierra. Tampoco habrá duda en calificar de frutos a las naranjas o a las paltas que se obtienen de los respectivos frutales.

En cambio, es posible que no haya unanimidad de opiniones si la pregunta se formula respecto a la extracción de anchoveta. Es sin duda un provecho renovable que produce un bien. Sin embargo, extraído en exceso o fuera de época, podría ocasionarse su exterminio, por lo menos durante un periodo prolongado.

Respecto de los intereses que ocasiona un depósito bancario, la primera respuesta sería que son frutos. Efectivamente, el mismo capital va a continuar devengando intereses. Pero la segunda parte de la definición de frutos supone que no disminuya su sustancia. Y ocurre que por diversos factores económicos, financieros, fiscales y tributarios, el capital depositado sí puede "disminuir su sustancia" si los intereses no se capitalizan y, en cambio, se retiran y se dispone de ellos.

Seguramente no es necesario precisar que nos estamos refiriendo al problema de la inflación. Más aún, en un caso que ya no es teórico, cuando la inflación es del orden de los mil por ciento, aún con una tasa efectiva de interés de más de doscientos por ciento, el depositante estará viendo disminuir significativamente su capital depositado.

2. La clasificación cuya existencia anunciábamos en el segundo párrafo de este punto 3 podría esquematizarse en:

a) Atendiendo al rendimiento

a.1. Interés nominal

a.2. Interés efectivo

a.3. Interés real y su opuesto, el interés negativo

b) Atendiendo a la forma y criterios que se aplican para cobrar los intereses:

b.1. Al rebatir.

b.2. No al rebatir (Interés "Flat")

b.3. Con capitalización, la cual puede ser con distinta frecuencia.

Para sugerir una breve idea de los distintos conceptos decimos que:

– Interés nominal es el que resulta de aplicar un porcentaje determinado (por ejemplo 120%), sobre el monto del capital. Se calcula anualmente.

– Interés efectivo es el que resulta de aplicar periódicamente (diario, mensual, trimestral, etc.) el porcentaje y capitalizar los intereses devengados y calcular los intereses para los sucesivos periodos sobre el monto ya capitalizado.

– Interés real es el que se obtiene aplicando cualquiera de los dos sistemas anteriores, siempre que el monto total resultante, sea superior a la pérdida o disminución del poder adquisitivo ocasionado por la inflación. Cuando el deterioro del poder adquisitivo del capital más los intereses es mayor que el total de dicho capital más los intereses, se dice que hay "intereses negativos".

III

DEPOSITO DE AHORROS

1. Generalidades

Con frecuencia se usan las palabras "ahorro" y "ahorro bancario" en un sentido genérico, para mencionar cualquier forma de depósito, incluidos los depósitos a plazo y en cuenta corriente. También en algunas normas legales se usan la palabra ahorro en este sentido genérico, como fue el caso del inciso o) del artículo 18 del Decreto Legislativo No. 200 de 12.06.81, Ley del Impuesto a la Renta, que declaraba inafecto al impuesto "los intereses de los depósitos e imposiciones en ahorros, cualesquiera sea su modalidad".

Este contexto fue posteriormente corregido en el Texto Unico del Impuesto a la Renta que fuera aprobado por Decreto Supremo No. 185-87-EF de 24.09.87.

Debe observarse sin embargo, que lo dispuesto en el artículo 18 del texto legal original, era inafectación al impuesto. En cambio la norma vigente habla de exoneración del impuesto "hasta el 31 de diciembre de 1990". Este asunto es desarrollado más ampliamente en la parte pertinente de este ensayo.

El texto legal más importante que usa el término "ahorro" en ese sentido general es el artículo 154 de la Constitución, cuyo texto se comenta más adelante.

Los "depósitos de ahorros" propiamente dichos, como nombre propio y con tipificación jurídica especial, sólo constituyen una forma de los depósitos del sistema financiero, que tiene características propias como son la inembargabilidad hasta determinado límite; el estar "exentos de todo impuesto fiscal o local" (Ley de Bancos artículo 80) etc.

Del depósito de ahorro, lo específicamente vinculado a la familia es el límite que rige para "lo depositado en uno o más bancos o sucursales, por el marido y la mujer que hacen vida común..."; y "los depósitos hechos en uno o más bancos o sucursales, pertenecientes a menores, y que no proviene de dinero adquirido por herencia o de utilidades generadas por ello..." (Ley de Bancos artículo 80).

Con el subrayado estamos pretendiendo destacar cómo la cuidadosa redacción de la Ley original de Bancos elaborada por la Misión Kemmerer que fuera aprobada mediante Decreto Ley 7159 de 23 de mayo de 1931, distingue claramente entre "lo depositado... por el marido y la mujer..." y "los depósitos hechos... pertenecientes a menores...".

2. Beneficios de los depósitos de ahorros

La Ley de Bancos de 1931 dedica el Capítulo IV a las "Cajas de Ahorros y Secciones de Ahorros" en los bancos comerciales. Este Capítulo no ha sufrido variación importante alguna, ni siquiera cuando al amparo de la Ley No. 17044 el Poder Ejecutivo dio el Decreto Supremo No. 297-68-HC que modificó varios capítulos enteros de la Ley de Bancos.

Las variaciones que se han introducido hasta la dación del Decreto Legislativo No. 469 (07.04.88), han sido para ajustar los montos límites de los ahorros. Como no se tenía experiencia alguna en inflación, la sistemática legal antigua señalaba los límites en montos fijos. Así por ejemplo el inciso 2 del artículo 80 de la Ley de Bancos dispuso en 1931 que los depósitos no serían embargables y los intereses "estarán exentos de todo impuesto fiscal o local . . .", "si el monto de los depositado en uno o más bancos o sucursales, por el marido y la mujer que hacen vida común excede, sumando el de ambos de un total de S/. 40,000.00, el exceso de dicho total podrá ser embargado". Algo semejante ocurrió en el Código de 1936, en cuyo artículo 1325 se disponía que la tasa de interés legal era de 5%. Esta norma rigió hasta el 24 de junio de 1982, cuando entró en vigencia la Ley No. 23413.

Los beneficios o privilegios previstos en la Ley de Bancos podrían diferenciarse observando que algunos de ellos están referidos a la especial seguridad que quiso dar la ley a los depósitos de ahorros. En cambio los privilegios propiamente dichos como son la exención tributaria y la inembargabilidad, son beneficios concretos que la ley otorga a todos y cada uno de los depósitos de ahorros.

Entre las seguridades genéricas mencionamos las siguientes:

- El artículo 71 dispuso la exigencia de capital adicional, "por cada sucursal que se establezca en lugar distinto al de la oficina principal . . ." de las Cajas de Ahorros.
- El artículo 73 prohibió el uso de palabras "Cajas de Ahorros" o "Sección de Ahorros", por parte de cualquier persona que no tuviera autorización especial.
- El artículo 74 concedió al Superintendente de Bancos la facultad discrecional para "autorizar a cualquier banco comercial nacional para que acepte depósitos de ahorros, siempre que se asegure que el banco solicitante se encuentra en buena condición y que el interés del público se beneficiará...". La prohibición para que las Sucursales de bancos ex-tranjeros reciban depósitos de ahorros está también contenida de manera expresa en el inciso j) del artículo 20 del Decreto Legislativo No. 469.
- El artículo 75 estableció que la recepción de depósitos de ahorros sólo podían realizarse "por ventanillas separadas y que se dediquen exclusivamente a ese negocio". La violación de esta norma determinaba la imposición de una multa de S/. 100,000.00 por cada una de las transacciones efectuadas incorrectamente.

- La operatividad de los depósitos de ahorros requiere la formalidad del uso de la respectiva libreta de ahorros (artículo 79).
- Las normas legales sobre ahorros y la reglamentación de cada banco, "deberán ser impresas en las libretas u otros comprobantes del depósito . . ." (artículo 82).
- Los bancos que son autorizados a establecer una "Sección de Ahorros" quedan obligados a mantener un fondo de reserva especial (artículo 84).
- Las entidades receptoras de depósitos de ahorros tienen límites especiales para invertir los fondos recibidos en ahorros (bonos, pagarés y otras obligaciones de la República, cédulas del Banco Central Hipotecario, préstamos garantizados con primeras hipotecas, etc.).

Entre los beneficios directos a favor de los depositantes de ahorros, además de la exención tributaria y de la inembargabilidad dentro de determinados límites, existe también la preferencia para la devolución de depósitos de ahorros "en el caso de liquidación de un banco comercial". La norma es que el activo del banco "será aplicado en primer término al pago de los depósitos de ahorros y sólo después de haberse pagado íntegramente esos depósitos podrá el sobrante, si lo hubiera, ser aplicado al fondo común de liquidación..." (artículo 86).

La razón de ser y la filosofía que inspiró las medidas generales de protección y también los beneficios directos a favor de los depositantes, está claramente expresada en la Exposición de Motivos de la Ley de Bancos elaborada por la Misión Kemmerer. Transcribimos dos párrafos de su texto:

"Los depositantes de ahorros, son, por lo general, gente de fortuna moderada o pequeña que no saben formularse juicio del grado de responsabilidad y seguridad de un banco. Es, por lo tanto, natural y justo que se les acuerde mayor protección de la que hasta ahora han recibido. Mientras que un depósito de ahorros representa, a menudo, una gran porción del capital acumulado por un hombre pobre, una cuenta corriente raramente significa parte importante del capital del imponente..."

"Con el objeto de proteger a las personas ignorantes o ingenuas contra el engaño producido por el uso indebido de la palabra ahorros, se propone medidas severas que impida dicho uso..."

Respecto de los privilegios a favor directo de los depositantes de ahorros, mencionamos anteriormente la exención tributaria y la inembargabilidad.

El primer principio es que "el total de los depósitos de ahorros de cada persona, incluyendo los intereses acumulados, no podrá exceder, en ningún momento, de..." determinada suma que originalmente fue de 20 mil soles (artículo 76). El mismo artículo agregó que "pueden efectuarse también depósitos de ahorros por cuenta de sociedades o asociaciones de caridad, religiosas, educativas, de beneficencia, obreras o cooperativas, y el total de la cantidad depositada a cada una de esas sociedades o asociaciones, incluyendo los intereses

acumulados no podrá exceder en ningún momento de...". El monto original fue de 40 mil soles. Todo exceso debe ser devuelto al dueño y si se trata de la sección ahorros de un banco comercial, puede ser abonado en una cuenta corriente a nombre del depositante. De este límite sólo se exceptuó "las libretas individuales de ahorros que la Ley No. 4916, de seguro del empleado establece...".

Los beneficios de inembargabilidad y de exención tributaria, como antes hemos indicado, sólomente están otorgados a los depósitos de ahorros "hechos de conformidad con la presente ley" (de Bancos).

La primera norma o exigencia es relativa al monto total depositado "en uno o más Bancos o sucursales", incluyendo los intereses no retirados. Pero el monto total varía en razón de quién es la persona o personas que son titulares de los depósitos de ahorro (artículo 80). El distingo en razón de las personas es el siguiente: a) Tratándose de una sola persona natural mayor de edad, sea ella capaz o incapaz; b) Si son marido y mujer "que hacen vida común"; c) Si el ahorro pertenece a menores y no proviene "de dinero adquirido por herencia o de utilidades ganadas por ellos y sumándolo al de su padre o padres..."; y, d) Si el total de los depósitos pertenece "a sociedades o asociaciones".

Los montos máximos que originalmente estuvieron beneficiados por la exención tributaria y la inembargabilidad fueron: a) Para una persona natural mayor, capaz o incapaz, 20 mil soles. b) Para marido y mujer que hacen vida común, 40 mil soles, es decir el doble. c) Para menores, conjuntamente con su padre o padres, 40 mil soles. d) Para sociedades o asociaciones, también 40 mil soles.

Estos límites fueron sucesivamente modificados, primero por Decreto Ley No. 20020 de 16.05.73, a montos mayores; después las variaciones se hicieron mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, según lo estableció el Decreto Ley No. 21520 de 22.06.76; luego el importe se determinó usando el sistema de vincular los límites a una unidad de referencia. Ello se hizo por el Decreto Supremo No. 098-78-EF de 16.08.78, que fijó los límites en 20, 40, 40 y 50 sueldos anuales mínimos vitales de la Industria, Comercio y Banca de Lima, respectivamente.

Respecto a los diferentes montos límites, se observa que hay un elemento importante de carácter familiar, de criterio práctico. Es obvio que los cónyuges, en conjunto, tengan como límite el doble que una persona natural sola. Pero para tener derecho a ese incremento del cien por ciento, se necesita como elemento adicional el hecho concreto de que hagan "vida común".

¿Cuál fue la intención original de este requisito? Hay que recordar que en 1931 no existía el divorcio. ¿Qué significaba entonces y qué significa ahora esa expresión "hacen vida común"? En todo caso, la verdadera eficacia de esta posibilidad para hacer uso de un mayor importe inafecto a impuesto e inembargabilidad, estaba y está condicionada a la cuita de firma que los cónyuges convengan con el Banco depositario, especialmente en lo relativo al retiro de los fondos.

En el caso del inciso tercero del artículo 80 de la Ley de Bancos, relativo a los depósitos de ahorros pertenecientes a menores, observamos lo siguiente:

– La ley distingue si los ahorros provienen o no provienen "de dinero adquirido por herencia o de utilidades ganadas por ellos". En el primer caso, es decir si los ahorros no provienen de herencia o de utilidades ganadas por ellos, entonces esos ahorros "pertenecientes" a menores se computan en conjunto con los ahorros de los padres y dentro del mismo límite. La ley es rigurosa en no permitir la exención tributaria, ni la inembargabilidad más allá de los límites previstos en ella. No permite que los padres usen el nombre de los hijos para beneficiarse indebidamente con inafectaciones tributarias o para evitar embargos de terceros, que sean procedentes.

La segunda alternativa es que los depósitos de ahorros "pertenecientes a menores", provengan de "dinero adquirido por herencia o de utilidades ganadas por ellos...". Puede apreciarse que en este caso hay a su vez dos hipótesis.

Antes de analizar estas dos alternativas debe hacerse notar que la Ley de Bancos es de mayo de 1931, es decir cuando estaba vigente el Código Civil de 1852; que luego, a partir del 14 de noviembre de 1936, rigió el Código Civil de 1936; y a partir del 14 de noviembre de 1984 rige el nuevo Código Civil.

Sin mayor análisis mencionamos que las principales normas del Código Civil de 1852 sobre este particular estuvieron contenidas en los artículos 28 inciso 2; 284; 287 inciso 6; 1087 y 1100.

Según estas normas, el interés del dinero es fruto civil y es derecho que otorga la patria potestad el hacer suyos los frutos de los bienes de sus hijos menores, "sin que se extienda este derecho de usufructo, ni a los que adquiriera el hijo con su trabajo, profesión o industria, ejercidos con consentimiento de sus padres, ni a los que gane por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos".

En el Código Civil de 1936 es de aplicación el artículo 401 y específicamente los incisos 4 y 5. Esta última norma excluyó del usufructo legal "las sumas depositadas en cuenta de ahorros a nombre de los hijos". Esta limitación debe entenderse referida a los intereses. Además, desde 1902, conforme a lo establecido en los artículos 4 y 5 del Código de Comercio, los menores tenían algunas posibilidades limitadas para ejercer el comercio.

En el Código Civil de 1984 las normas principales sobre menores, vinculadas a Derecho Bancario son las siguientes:

- a) En principio, son absolutamente incapaces "los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley" (artículo 43 inciso 1).
- b) Son relativamente incapaces los mayores de 16 y menores de 18 años (artículo 43 inciso 2).

c) "El menor **capaz de discernimiento** puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiere dejado con dicho objeto o que adquiriera como producto de aquella actividad, usufructuarlos y disponer de ellos . . ." (artículo 457).

d) El artículo 436 exceptúa del usufructo legal, entre otros bienes, "Los bienes de los hijos que les sean entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria" (artículo 436 inciso 4), así como "los que los hijos adquirieran por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el consentimiento de sus padres".

Es obvio que estos bienes entregados por los padres y los bienes que con ellos y su actividad personal adquirieran los hijos, incluyen al bien dinero y también es obvio que no sería razonable pensar que todo el dinero que reciba, tenga y obtenga un menor esté obligado a conservarlo "bajo el colchón". De esto se deduciría que resulta necesario que el hijo menor, en determinadas circunstancias, pueda realizar operaciones bancarias. Como antes hemos analizado, entre los servicios que presta el depositario al depositante están incluidos los de custodia y conservación (Código Civil 1819-1825). No sería razonable pensar que la ley desmejore la seguridad del menor.

Comentando los incisos antes mencionados del artículo 436 del Código Civil, dice el Doctor Héctor Cornejo Chávez que la no exclusión del usufructo de los padres de los bienes indicados "resultaría incompatible con la idea de capacidad del hijo que va implícita en la autorización para ejercer una actividad lucrativa autónoma y aun implicaría cierta explotación del hijo por sus padres, que excede los límites del aprovechamiento de los servicios a que se refiere el inciso 4 del artículo 423".

Es importante destacar la expresión "la idea de capacidad del hijo que va implícita . . .". Aplicada esta interpretación con ese alcance, cobra mucha mayor importancia y significación lo dispuesto por el artículo 457 que antes hemos comentado.

Cuando el Código se refiere al "menor capaz de discernimiento", no está dentro del distinguido rígido entre absolutamente incapaz y relativamente incapaz. Más aún, la salvedad establecida en el inciso 1 del artículo 43 del Código Civil permite que los menores de 16 años pueden realizar "aquellos actos determinados por la ley". El tema de este ensayo no permite profundizar más sobre el particular.

El inciso 6 del artículo 436 del Código Civil merece especial atención. Dice su texto que están exceptuados del usufructo legal: "6. Las sumas depositadas por terceros en cuentas de ahorros a nombre de los hijos."

Sobre este tema, dice el doctor Cornejo Chávez:

"v) En cuanto a las sumas depositadas en cuenta de ahorros en nombre de los hijos, el Código anterior preceptuaba, sin hacer distinción alguno, que quedaban excluidos del usufructo legal.

"Comentando adversamente esa norma, hacíamos notar entonces que si los padres hacen suyos los alquileres de un predio de propiedad de los hijos, no se ve por qué no pueden hacer suyos los intereses que produzca el precio de venta del mismo inmueble depositado en cuenta de ahorros aunque sea a nombre de los hijos; y que aquella norma podía llegar a inducir a los padres a no vender el bien aunque la venta fuera ventajosa para el menor.

"Aunque la solución entonces podía consistir en que los padres no depositaran el precio en cuenta de ahorros a nombre de los hijos, el nuevo Código, recogiendo la crítica, aclara que lo que sale del usufructo legal 'son las sumas depositadas por terceros en cuenta de ahorros a nombre de los hijos'."

El inciso que estamos estudiando, tiene que ser concordado con el artículo 451 del mismo Código que dice: "El dinero de los hijos mientras se invierta con sujeción a lo dispuesto en el artículo 453, debe ser colocado en condiciones apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor". El artículo 453, a su vez dispone que: "El dinero del menor cualquiera fuere su procedencia, será invertido en predios o en cédulas hipotecarias. Para hacer otras inversiones, los padres necesitarán autorización judicial. Esta autorización será otorgada cuando lo requieran o aconsejen los intereses del hijo".

Felizmente los 2 artículos transcritos abren caminos para buscar otras alternativas diferentes a depósitos de ahorros o cédulas hipotecarias, mientras el dinero del menor sea invertido en predios.

Cuando la economía de un país padece inflación efectuar depósitos de ahorros o adquirir cédulas hipotecarias, aún cuando no sea por conversión a valor nominal como lo establecía la Ley No. 12444 de 15.12.55, sino al valor del mercado secundario, es decir con un castigo porcentual importante, es, de todas maneras, una mala inversión económica y por lo tanto una mala decisión financiera. Llevado a extremos numéricos que sin embargo corresponden a la realidad de los últimos 25 años, si el valor de los bienes de un menor de un año de edad es convertido en dinero y depositado en ahorros o en adquisición de cédulas hipotecarias, hasta que alcance la mayoría de edad, se le estaría dejando en la indigencia. Para evitar este riesgo tan grave, parecería necesario realizar una variación en el texto legal, que lo evite.

En lo relativo al aspecto tributario que en el Capítulo III ofrecimos desarrollar más ampliamente, por razón de espacio, nos vemos precisados a sólo citar la norma general vigente que es el inciso o) del artículo 18 del Texto Único Ordenado del Impuesto a la Renta:

"Artículo 18o.- Están exonerados del impuesto hasta el 31 de diciembre de 1990:...

"o) Cualquier tipo de interés de tasa fija o variable, en moneda nacional o extranjera, que se pague con ocasión de un depósito en el sistema financiero nacional, así como los incrementos de capital de los depósitos e imposiciones en moneda nacional que den origen a Certificados de Depósito reajustables. No están comprendidos dentro de la exoneración los intereses correspondientes a los depósitos e imposiciones efectuados por entidades financieras o bancarias".

Sobre este tema tributario, es particularmente importante hacer notar que existe un problema o aspecto diferente a la retroactividad o ultraactividad de la norma legal. Se trata de la simultaneidad transitoria de dos normas y de permanencia de la más antigua.

Como hemos visto anteriormente, el artículo 80 de la Ley de Bancos de 1931 dispuso que "los depósitos de ahorros hechos de conformidad con la presente ley, así como los intereses correspondientes a dichos depósitos, estarán exentos de todo impuesto fiscal o local ...".

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo No. 200, la inafectación tributaria se hizo extensiva a "los intereses de los depósitos e imposiciones en ahorros, **cualquiera sea su modalidad**". Y la versión final sobre este particular, contenida en el Texto Único del Impuesto a la Renta, ha convertido la inafectación tributaria general en exoneración general pero limitada al 31 de diciembre de 1990. Cuando venza ese plazo, en nuestra opinión, mantendrá su vigencia la inafectación tributaria respecto de los intereses correspondientes a los depósitos de ahorros, en el sentido limitado como una de las formas especiales del depósito bancario.

IV

LIMITE INDIVIDUAL DE CREDITOS

Consideraciones del factor parentesco

Para las operaciones activas de las instituciones del sistema financiero existen —en lo que a monto se refiere—, dos límites: el límite global y el límite individual.

Como su nombre lo indica, límite global es el total de crédito que puede otorgar un intermediario financiero. El dinero que tenga un intermediario financiero, procedente de su propio capital, de sus inversiones o de reservas de libre disponibilidad, lo puede "colocar íntegramente, tratándose de créditos directos. En cambio, cuando el crédito lo otorga con recursos provenientes de los depósitos bancarios, lo disponible es aquello que excede al encaje legal y complementario. Si excede de ese límite, incurre en déficit de encaje y es pasible de sanción obligada que aplica el BCR, salvo que hubiera habido causales de fuerza mayor tratándose de créditos directos. Para créditos indirectos o créditos documentarios, el Decreto Ley No. 22475 estableció como límite máximo y en conjunto, el "equivalente de cinco veces su capital pagado y reservas" (artículo 1).

El cómputo del límite individual se calcula conjunta o separadamente, según se trate de bancos o financieras respecto de operaciones de crédito directo (mutuos, descuentos, etc.), de crédito indirecto (fianzas, avales) o de crédito documentario (cartas de crédito, etc.).

A. Las normas legales vigentes hasta antes del Decreto Legislativo No. 469 de 07.04.88 disponen lo siguiente:

1. Para Bancos:

a) El límite individual es 10% del capital y reservas del propio banco. Esta norma está contenida en el inciso a. del artículo 64 de la Ley de Bancos. La propia Ley de Bancos original, estableció excepciones hasta un monto máximo de 20% del capital y reservas del banco, en función del tipo de documentos de crédito. También la ley original dispuso alguna forma de acumulación de créditos de una persona natural, en función de su participación en compañías colectivas o comanditarias.

Límite individual es el aplicable a cada intermediario financiero, respecto de los créditos que bajo cualquier modalidad está facultado a otorgar a un sola persona natural o jurídica.

Tanto el límite global, cuanto los límites individuales pueden ser exceptuados por el directorio del BCR, según está previsto en el inciso v. del artículo 10 de la Ley Orgánica del Banco Central y en el artículo 3 del Decreto Ley No. 22475. Esta facultad es delegable por el Directorio, en el Comité Ejecutivo y de hecho ha sido delegada.

b) También respecto de bancos, es importante hacer notar que el límite del 10% del capital y reservas, para computar el máximo de crédito-otorgable a una persona, se calcula separadamente respecto de créditos directos, créditos indirectos y créditos documentarios.

2. Para las financieras:

a) Respecto de las empresas financieras, el límite global para créditos directos es también el encaje y para créditos indirectos y documentarios, es dos veces el capital y reservas de la financiera.

b) En cuanto al límite individual, es 20% del capital y reservas, en conjunto, considerando créditos directos, créditos indirectos, créditos documentarios y arrendamiento financiero.

En el caso de las financieras, los límites individuales no fueron señalados por la ley, sino que ella dispuso que sea el BCR quien establezca las limitaciones así como las excepciones (Decreto Ley No. 18957 de 14.09.71, artículo 16).

3. El aspecto familiar es tomado en cuenta para establecer los límites individuales de créditos para las personas naturales y jurídicas. Este factor vinculado a la familia fue incorporado como apartado segundo del inciso a. del artículo 64 de la Ley de Bancos, según fue dispuesto por el artículo 7 del Decreto Supremo No. 297-68-HC, dado al amparo de la ley autoritativa No. 17044. Esta norma dispone: "Al computar el monto de las obligaciones pendientes a favor de un banco comercial, deberán sumarse todas las deudas de cualquier sociedad de derecho civil o de derecho mercantil, de capitales o de personas y, en general, de toda persona jurídica en cuyo patrimonio tenga esa persona por si o en unión de su cónyuge, padres o hijos, una participación mayor del 50%.

"Igualmente al computar el monto de las operaciones pendientes de una persona ju-

rídica a favor de un banco comercial, deberán sumarse todas las deudas de cualesquiera personas que por sí solas o en unión de sus cónyuges, padres o hijos tengan una participación mayor del 50% en el patrimonio de dicha persona jurídica...".

La misma norma excluye del cómputo los avales, fianzas y otras garantías para cinco casos como el despacho aduanero de mercaderías importadas, el pago de impuestos, etc.

B. Con el Decreto Legislativo No. 469 (07.04.88) ocurre lo siguiente:

1. Se suprimen los límites porcentuales respecto de los créditos directos, indirectos y documentarios.
2. Se delega en la Superintendencia "o" el Banco Central de Reserva para que establezcan los límites individuales para créditos directos e indirectos "a personas naturales, jurídicas o grupos prestatarios por sumas que excedan a los límites y coeficientes..." que determinen las instituciones antes mencionadas. Hacemos notar la imprecisión de la norma, por haber establecido alternativa. Además, según se ha visto anteriormente, la función de la regulación de la moneda y la regulación del crédito del sistema financiero es, por mandato constitucional expreso, una atribución exclusiva del BCR.

También se observa que el Decreto Legislativo No. 469 no hace referencia alguna a la concentración de créditos entre personas naturales parientes y con personas jurídicas en las cuales participen personas vinculadas entre sí por razón de parentesco (Decreto Legislativo No. 469 artículo 20 inciso a, Disposición Transitoria Cuarta).

Respecto a esta Disposición Transitoria Cuarta que establece *límite individual* para las "instituciones financieras", se observa lo siguiente:

- La expresión institución financiera es usada en el artículo 8 comprendiendo a todos los intermediarios financieros, incluidos los bancos.
 - El límite que establece —9%—, debe calcularse sobre "su patrimonio". Este límite además de equívoco es una ampliación del límite porque está referido a patrimonio y no a capital y reservas.
 - Faculta indebidamente a la Superintendencia para variar el límite individual, "en concordancia con el Banco Central de Reserva del Perú".
3. Otras dos normas del Decreto Legislativo No. 469 que sí tienen contenido familiar son los incisos f) y h) del artículo 15 que dicen:

"Artículo 15o.- No pueden ser directores ni miembros del Consejo de Administración:"

...

"f) Los directores, de alguna institución del sector financiero ni sus cónyuges".

"h) Los miembros de una misma sociedad conyugal; en la misma institución financiera".

5. LA FAMILIA ANTE LA SEGURIDAD

LA FAMILIA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Mario Pasco Cosmópolis

Es propósito de este artículo comparar el concepto que de familia se extrae de la doctrina y normatividad fundamentales de nuestro país, y su reflejo en la Seguridad Social, para, desde allí, apreciar el tratamiento que ésta da a aquélla frente a las contingencias inevitables que son objeto de su protección.

EL CONCEPTO DE FAMILIA: CONCORDANCIAS Y DISCREPANCIAS ENTRE EL DERECHO COMUN Y LA SEGURIDAD SOCIAL

La familia, según Héctor CORNEJO CHAVEZ, puede ser entendida en sentido restringido como:

"a) El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse aun más cuando los hijos conviven con uno solo de los padres.

b) La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y,

c) La familia compuesta, que es la nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de la familia"¹.

En acepción amplia y siguiendo a ENNECCERUS, como "el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad"².

1 Héctor CORNEJO CHAVEZ, *Derecho familiar peruano*. Lima, Librería Studium, 1985, p. 22.

2 *Ibid.*, p. 21.

La Constitución, que dedica a la familia todo el Capítulo II del Título I relativo a los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, la define como "sociedad natural e institución fundamental de la Nación". El párrafo 2o. del artículo 6o. constitucional agrega: "Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres". Y ese mismo artículo, en su párrafo final, dispone que "Todos los hijos tienen iguales derechos".

El artículo 9o., una de las normas más innovadoras de nuestra Carta Magna, reconoce y protege a "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho . . . (la que) da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable".

El paso trascendental consiste en la virtual equiparación, dentro de ciertas condiciones, del concubinato con el matrimonio, y total entre los hijos legítimos y extramatrimoniales.

No obstante, todas las referencias de la Constitución a la familia parecerían limitadas al círculo inmediato de los padres y los hijos, acepción restringida que brota de una lectura literalista y que requiere ser completada con el cuerpo legal pertinente, esto es, el Código Civil.

Para el Derecho Civil la familia está integrada por las personas que descienden una de otra o de un tronco común; de acuerdo a ello, hay familia en línea recta y familia en línea colateral, además del parentesco por afinidad.

La familia en línea recta es ilimitada tanto respecto de ascendientes como de descendientes; en esta línea tenemos a los abuelos, los padres, los hijos, los nietos, etc.

En la línea colateral, el grado de parentesco se establece subiendo hasta el tronco común y después bajando hasta el otro; civilmente, este parentesco produce efectos sólo hasta el cuarto grado, es decir, hasta los primos-hermanos, pasando por hermanos y tíos carnales.

El parentesco por afinidad surge a raíz de un matrimonio; en este caso, el parentesco en línea recta se mantiene por siempre; en la línea colateral, el segundo grado subsiste, en caso de divorcio, mientras viva el ex-cónyuge.

La familia, entonces, para efectos civiles está integrada por los padres, los hijos, los abuelos, los hermanos, los tíos, los sobrinos carnales y los primos hermanos, así como por la familia del cónyuge.

Desde la perspectiva de la Seguridad Social, la familia se funda conceptualmente y se define a partir del Derecho Civil, pero su ámbito presenta algunas diferencias o matices en lo que a los cónyuges se refiere, así como en su alcance, ya que sólo comprende a los familiares en línea recta.

Por un lado, a la Seguridad Social le atañe sólo el vínculo formal, esto es, el matrimonio

legalmente perfeccionado. No ha llegado la Seguridad Social **todavía** a reconocer ni menos a proteger la unión permanente o concubinal no legitimada, a pesar de lo que al respecto consagran ya la Constitución Política (art. 9o.) y el Código Civil (art. 326o.).

De otro lado, la posición de varón y mujer, esto es, **del cónyuge y de la cónyuge**, no es idéntica: mientras que en términos de dependencia, se presume —en algunos casos **iuris et de jure** y en otros **iuris tantum**— que la mujer depende del marido, inversamente se presume **iuris tantum** que el varón **no** depende de su cónyuge.

Hay un trato diferencial en esta última situación, fruto en parte de atavismos pero fruto también, fundamentalmente, de una realidad social que no puede ser soslayada. Ese trato realista resulta, sin embargo, inconsecuente con la otra realidad: la del concubinato, que es ignorado por las normas previsionales.

Respecto de los hijos sí se respeta la Constitución, puesto que la Seguridad Social no distingue entre legítimos, legitimados, adoptivos o naturales.

La familia, para la Seguridad Social, está pues conformada por cónyuge (legítimo), hijos (de toda condición) y ascendientes (bajo ciertas condiciones).

La Seguridad Social es un sistema que se interpone entre una situación potencial inevitable —el riesgo—, y su concreción —el siniestro—, no para evitarlo, pero sí para contrarrestar o, al menos, atenuar sus efectos **económicos**.

El siniestro, cualquiera sea su naturaleza (enfermedad, vejez, muerte), es medido en sus términos económicos: se protege al individuo contra las consecuencias o efectos del siniestro, no contra el siniestro mismo. Esta protección puede darse en dinero, en bienes o en servicios, de modo que el afectado no tenga que pagar por ellos o deba hacerlo sólo en una fracción menor y soportable.

En función de ello, la Seguridad Social se vincula con tres tipos de personas: el contribuyente, el asegurado y el beneficiario, algunas de las cuales pueden ostentar más de una calidad. Así, el trabajador reúne las tres calidades; el empresario, en cambio, ostenta siempre sólo la primera.

La familia pertenece al tercer grupo: normalmente, los miembros de la familia no son contribuyentes ni asegurados directos, sino sólo indirectos, esto es, beneficiarios de ciertas prestaciones como consecuencia de su vínculo familiar con un asegurado.

No es ésta, sin embargo, la única relación de la familia con la Seguridad Social; existe otra, derivada de entender a la familia como una carga del trabajador, carga en el estricto sentido económico sobre el cual trabaja la Seguridad Social y que no tiene connotaciones peyorativas en lo moral.

LA FAMILIA (Y SUS MIEMBROS) COMO BENEFICIARIOS DIRECTOS

La Constitución Política, al definir al hoy llamado Instituto Peruano de Seguridad Social —IPSS— (art. 14o.), señala que tiene a su cargo la Seguridad Social "de los trabajadores y sus familiares". Pasando por alto el grueso error de confundir "asegurado" con "trabajador", lo que interesa rescatar es la necesaria extensión de la protección a "sus familiares".

Dígame de paso que no dice "y su familia", sino "y sus familiares", lo cual es correcto en tanto que las prestaciones son de naturaleza personal.

Como es sabido, las prestaciones de la Seguridad Social son de dos grandes tipos: asistenciales y pensionarias. Las primeras tienen que ver con la protección de la salud; las segundas, con la pérdida permanente, total o parcial, de la fuente principal de ingreso.

Las prestaciones pueden ser clasificadas de otros modos —por ejemplo, en especies, en servicios y en dinero, o en actuales y diferidas, etc.—, pero nos interesa la clasificación más usual y con ella trabajaremos.

I. PRESTACIONES ASISTENCIALES

La moderna Seguridad Social apunta a los efectos de un siniestro, más que a sus causas; así, la incapacidad temporal debe ser abordada de idéntica forma sea que se origine en un accidente, común o laboral, en una enfermedad, común u ocupacional, o en la maternidad.

Sin embargo y a pesar de ello, para adecuarlos a la realidad legislativa del Perú debemos seguir el camino opuesto: distinguir la incapacidad por su origen, y éste puede ser, precisamente, enfermedad y accidente comunes, accidente de trabajo y enfermedad profesional, y maternidad.

Por otra parte y en función de las prestaciones, los principios de la Seguridad Social señalan que las prestaciones deben ser completas, suficientes y oportunas: completas, en cuanto que deben cubrir todas las manifestaciones del siniestro; suficientes, en tanto que deben cubrir las de modo cabal; y oportunas, para ser otorgadas y recibidas en el momento preciso que se necesitan.

Con tal enfoque, las prestaciones asistenciales deben ser:

- En lo que a atención facultativa se refiere: preventivas, curativas y de rehabilitación.
- En lo médico-curativas: atención médica y paramédica, hospitalaria y quirúrgica.
- Las prestaciones farmacéuticas deben comprender todo tipo de específicos.

Las prestaciones asistenciales deben ser complementadas con subsidios que reemplacen el salario no percibido a raíz de la incapacidad temporal.

En tal sentido, el D.L. 22482 dispone que el régimen de Prestaciones de Salud otorga:

"Artículo 15o.: El Régimen de Prestaciones de Salud del Seguro Social del Perú otorga:
En el caso de enfermedad y/o maternidad:

a) Prestaciones Asistenciales:

- Atención médica integral y odontológica, tanto ambulatoria como de hospitalización;
- Servicio de farmacia de acuerdo al petitorio del Seguro Social del Perú;
- Material de curación;
- Aparatos de prótesis y ortopédicos indispensables;
- Servicios de rehabilitación; y
- Reorientación profesional

b) Prestaciones Preventivo Promocionales:

- Vacunaciones;
- Control del niño sano; y
- Educación sanitaria.

c) Prestaciones en dinero:

- Subsidio diario por enfermedad;
- Subsidio diario por maternidad; y
- Subsidio diario por lactancia

En el caso de fallecimiento del asegurado:
Prestaciones por sepelio."

1) PRESTACIONES POR ENFERMEDAD

El D.L. 22482 señala en su art. 1o. que el régimen de prestaciones de salud otorga atención integral de la salud al asegurado y **a su familia**; tienen derecho a ella –dice el art. 17 de la misma norma–, a más del propio asegurado, **la cónyuge no asegurada a cargo del asegurado obligatorio y el cónyuge incapacitado en forma total o permanente para el trabajo a cargo de la asegurada, siempre que aquél no sea pensionista del D.L. 19990, así como los hijos menores de 18 años que se encuentren a cargo de aquél y que no sean asegurados.**

La norma es amplia y general: no limita las prestaciones, de modo que debe colegirse que la atención familiar es idéntica a la que recibe el asegurado. Al respecto hay dos modalidades: atención directa, mediante los servicios propios del IPSS, e indirecta, a través de reembolsos, siendo ambas aplicables a los familiares.

Destaca, como en todo, que la dependencia económica de la mujer siempre se presume, mientras que la del varón debe ser objeto de demostración específica.

En cuanto a exigencia de que cónyuge e hijos no sean asegurados, la misma es superflua al grado del absurdo: si fueran asegurados, igual tendrían derecho a idénticas prestaciones, no por vía derivada sino principal.

2) MATERNIDAD

Antes del D.L. 22482, la única prestación familiar era la de maternidad, a la que tenían

derecho la cónyuge y el hijo, en la atención anterior al parto y durante éste, y hasta por un año después, a efecto de los controles de salud y suplementos alimenticios del niño sano. No se daba atención, en cambio, a problemas de enfermedad del neonato, situación que ha quedado superada con la norma actual.

Las prestaciones de maternidad comprenden todo lo indicado líneas arriba en el art. 15o. del D.L. 22482, o sea, básicamente todo lo necesario para la atención pre y post natal, y fundamentalmente obstétrica.

3) SUBSIDIOS

Como es obvio, siendo el subsidio un sustituto transitorio del salario que deja de generarse a consecuencia de la incapacidad temporal (por enfermedad, maternidad o accidente), sólo tiene derecho al mismo el asegurado.

Sin embargo, se otorga a la madre –sea como asegurada, sea como cónyuge–, un llamado "subsidio por lactancia" que consiste en entregas de bonos de leche o en dinero, hasta que el niño cumpla ocho meses de edad, y su valor diario es igual al 25% de la treintava parte de la remuneración mínima vital mensual.

4) ACCIDENTES (COMUNES Y DE TRABAJO) Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

El accidente común se asimila a la enfermedad en razón de los efectos y con prescindencia de la causa.

El accidente de trabajo y la enfermedad profesional, en cambio, como rezago de épocas privatistas, están a cargo de una Caja especial creada por el D.L. 18846 que se financia con un aporte exclusivamente patronal.

Por su propia naturaleza, ambos tipos de vicisitud sólo pueden ser sufridos por el trabajador, lo que excluye a los familiares como beneficiarios directos.

II. REGIMEN PENSIONARIO

En materia de pensiones, cónyuge, hijos y ascendientes son beneficiarios directos de las llamadas "pensiones de sobrevivientes", vale decir, las que se generan a raíz del fallecimiento del asegurado. Los familiares son, *mutatis mutandi*, causahabientes; causante es el trabajador, en analogía con el régimen sucesorio del Derecho Civil.

Los sistemas pensionarios derivan en el Perú de dos fuentes: del Sistema de Pensiones del IPSS, que regula la invalidez, la vejez y la jubilación (D.L. 19990); y del Régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (D.L. 18846).

1) SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

Reconoce y otorga pensiones de viudez o viudedad, de orfandad y de ascendientes.

a) VIUDEZ:

Tienen derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de 60 años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuera hombre y cincuenta años si fuera mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas (art. 53. D.L. 19990).

Según se ve, el requisito de la dependencia –"haber estado a cargo"– se exige al varón, no a la mujer. Tal situación existe cuando la asegurada le proporciona los medios de subsistencia y el dependiente reside en el país y no percibe remuneración o ingresos superiores a medio ingreso mínimo legal, cualesquiera sean el origen y la época del año en que los obtuviera y el lugar del país donde se encuentre. Tales circunstancias se acreditan con declaración jurada, renovada anualmente (art. 47° del Reglamento, D.S. 011-74-TR).

El plazo previo de matrimonio, en cambio, es común aunque distinto para uno y otra, lo que se explica en parte por el hecho de que el hombre y la mujer jubilan a distinta edad: 60 y 55 años respectivamente. Sorprende, sí, que en un caso la edad límite de matrimonio y jubilación coinciden en el varón (60 años) y difieren en la mujer (50 y 55 años respectivamente), lo cual podría hacer pensar que el riesgo de simulación o fraude –que es la explicación para el requisito– es más acentuado en un caso que en el otro, quizás por la exigencia adicional de la dependencia.

Se exceptúan los requisitos cuando el fallecimiento del causante se haya producido por accidente común o de trabajo (que excluye la premeditación y, por lo tanto, el fraude); si tienen o han tenido uno o más hijos comunes (lo que revela una unión auténtica y estable); o si la viuda se encuentra en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado (y opera la presunción *pater ist est quod nuptias demonstrant*).

El monto máximo de la pensión de viudez es el 50% de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante (art. 54o.). El monto se reduce proporcionalmente cuando la pensión de viudez, en conjunto con las de orfandad, excedan del 100% de la pensión originaria.

b) ORFANDAD:

Los hijos menores de 18 años del asegurado o pensionista fallecido tienen derecho a una pensión equivalente a 20% del monto de la pensión de invalidez o jubilación que aquél percibía o tenía derecho a percibir.

El límite de edad puede ser dispensado hasta 21 años siempre que el huérfano siga en forma ininterrumpida estudios de nivel básico o superior de educación, acreditados con constancias anuales expedidas por el respectivo centro de estudios; o indefinidamente para los inválidos, incapacitados para el trabajo.

Las pensiones de orfandad y viudez se colacionan y reducen proporcionalmente en conjunto, cuando sumadas exceden de 100% de la pensión real o presunta del causante.

c) ASCENDIENTES:

Tienen derecho a pensión el padre y la madre del asegurado fallecido a condición de ser inválido, o tener 60 o más años el padre ó 55 o más años la madre; depender económicamente del causante; no percibir rentas superiores al monto de la pensión que les correspondería; y no existir beneficiarios de pensión de viudez y orfandad o, de existir éstos, quedar saldo disponible de la pensión originaria, deducidas las pensiones principales (art. 58 del D.L. 19990). El monto máximo de la pensión es 20% de la del causante para cada ascendiente.

d) SUSPENSION Y EXTINCION:

Las pensiones a los familiares se suspenden en los casos siguientes: (i) no acreditar semestralmente su supervivencia el beneficiario que no cobra personalmente su pensión; (ii) no someterse el pensionista inválido a la evaluación de su estado en las oportunidades que se le indique; (iii) no acreditar estudios el hijo mayor de 18 años; (iv) percibir ingresos propios superiores a dos remuneraciones mínimas, situación que no alcanza a la viuda, la cual sí puede tener rentas de cualquier índole y cuantía.

La pensión caduca por: (i) contraer matrimonio el beneficiario; (ii) recuperar capacidad laboral quien recibe pensión por causa de invalidez; (iii) alcanzar el hijo la mayoría de edad o interrumpir sus estudios; (iv) fallecimiento del beneficiario.

A la viuda que contrae nuevo matrimonio, con la extinción de su pensión tiene derecho a una asignación, por una sola vez, equivalente a 12 mensualidades de la pensión que recibía, sin exceder en total del doble de la pensión máxima mensual (que es de 10 ingresos mínimos).

e) CAPITAL DE DEFUNCION:

Si al fallecer el asegurado ninguno de sus familiares tiene derecho a pensión, se otorga a sus herederos, por una sola vez, un capital de defunción equivalente a seis ingresos de referencia, o sea, la remuneración mensual del asegurado sobre la que se aplica contribución y con la que se calcula su pensión.

La prelación es: (1) cónyuge; (2) hijos; (3) padres; y (4) hermanos menores de 18 años; en la que cada grado excluye absolutamente al inferior, y produce prorrateo cuando existen varios beneficiarios con igual derecho.

2) REGIMEN DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Se generan pensiones para sobrevivientes cuando el asegurado fallece **a consecuencia del accidente de trabajo.**

Todas las pensiones, ya que derivan de muerte accidental, se basan en la pensión real o presunta del trabajador calculada como de incapacidad permanente total, la cual es equivalente al 80% de la remuneración ordinaria mensual que no puede exceder del monto de seis ingresos mínimos legales.

a) VIUDEZ:

El cónyuge sobreviviente tiene derecho a una pensión equivalente al 50% de la pensión que percibía o tendría derecho a percibir el accidentado al momento de su muerte. El derecho cesa cuando la viuda contrae nuevo matrimonio (art. 51o. del Reglamento del D.L. 18846, D.S. 002-72-TR de 24/2/72).

Sorprende en esta norma la ambigüedad del trato al varón y la mujer: en el enunciado principal se hace referencia a "el cónyuge", lo que debe entenderse aplicable a ambos sexos, porque el uso del masculino así lo permite. En cambio, en la caducidad se hace referencia sólo a la viuda, lo cual haría pensar que el nuevo matrimonio de un viudo no lo priva de pensión.

La interpretación parecería ser que, en realidad, la norma está prevista sólo para la mujer **en ambos casos.**

b) ORFANDAD:

Cada hijo menor de 18 años, o menor de 23 años que sigue con éxito estudios profesionales, tiene derecho a una pensión equivalente al 25% de la principal.

c) ASCENDIENTES:

De no existir cónyuge ni hijos con derecho a pensión, el padre y la madre tienen derecho a una pensión equivalente a 25% de la principal, siempre que no realicen actividad lucrativa ni gocen de pensión.

d) COLACION:

Las pensiones por supervivencia deben reducirse proporcionalmente si en conjunto –la de la viuda y los hijos– superen el 100% de la pensión que hubiera correspondido al causante en caso de incapacidad permanente total. De reducirse el número de beneficiarios por muerte o por extinción de derechos, se incrementan también en forma proporcional las rentas de los beneficiarios, sin sobrepasar los límites propios de su condición.

LA FAMILIA (Y SUS MIEMBROS) COMO CARGA ECONOMICA:

Desde la perspectiva **económica** (no economicista) en que se sitúa y con la que funciona la Seguridad Social, y que apunta a la protección contra los riesgos sociales inevitables, el tener familia: cónyuge, hijos, padres dependientes, constituye sin duda una carga económica, y ése es el estricto sentido que se le atribuye al término, sin ninguna connotación despectiva.

La familia como carga influye en dos órdenes de cosas o, por mejor decir, produce dos mecanismos de protección: las llamadas "asignaciones familiares" y los incrementos pensionarios.

I. SISTEMA DE ASIGNACIONES FAMILIARES:

El art. 43 *in fine* de la Constitución dice: "La ley organiza el sistema de asignaciones familiares en favor de los trabajadores con familia numerosa".

A las asignaciones familiares se les conoce doctrinariamente como "salario familiar" ya que, correspondiendo a los trabajadores en cuanto tales, toma en cuenta no sólo el trabajo en sí cumplido por el trabajador, sino la composición o estructura familiar de éste y las necesidades resultantes de la misma, a fin de procurarle suplementos económicos.

La determinación de las asignaciones familiares se hace usualmente de tres formas:

a) **Como obligación patronal directa**, que es la tendencia corriente en el Perú y que tenía su origen en la contratación colectiva, pero recientemente ha sido generalizado por la Ley No. 25129.

Como sistema –si se le puede calificar de tal–, es defectuoso y erróneo: eleva el costo del trabajo del servidor con mayores cargas, induciendo al empleador a preferir al de menores responsabilidades y necesidades sociales; no responde a ningún criterio técnico o redistributivo.

Por no ser un "sistema", no corresponden ni cumplen la prescripción constitucional.

b) **A través de Cajas privadas**: El sistema de las cajas de Compensación Familiar se ha revelado particularmente eficaz. Las cajas –a las que patrones y trabajadores se afilian libremente y por elección, o de manera forzosa, según el régimen legal de cada país– recaudan en relación directa al número de trabajadores y redistribuyen en proporción al número de cargas, de modo que el gravamen se aplica a prorrata sobre el costo del salario, indiferente de las cargas individuales, mecanismo al que se le conoce como "compensación".

El éxito del sistema en algunos países se basa en gran medida en que la redistribución no se entiende únicamente como pagos en efectivo sino en prestaciones sociales; así, las Cajas dan innumerables servicios asistenciales, culturales, deportivos, que contribuyen en gran medida a la elevación del standard de vida familiar.

No obstante su administración privada, el sistema es de Seguridad Social en su concepción más amplia.

c) **A través de la Seguridad Social estatal:** Basado en similar criterio redistributivo, pone su administración no en manos privadas sino en los entes oficiales de la Seguridad Social.

Es el sistema más difundido a nivel mundial.

II. INCREMENTOS PENSIONARIOS

No es idéntica la pensión de invalidez o jubilación de un asegurado soltero que la de un casado, ni la de éste si no tiene hijos menores que si los tiene.

El pensionista, según el caso, recibe una bonificación por cónyuge a su cargo, en un porcentaje comprendido entre el 2 y el 10% de la remuneración o ingreso de referencia; y entre 2 y 5% por hijos en edad de percibir pensión de orfandad (art. 43 , D.L. 19990). Estos incrementos se mantienen en tanto subsista la causa que les dio origen.

El reglamento del D.L. 19990 –D.S.011-74-TR (art. 43)– contiene una compleja fórmula para definir, entre los extremos, el porcentaje preciso en cada caso; así:

– Para determinar el incremento por cónyuge:
Monto del incremento = $0.1r + \frac{0.02 S - 0.1r}{S - r}$ (R - r); y

– Para determinar el incremento por cada hijo:
Monto del incremento = $0,05p + \frac{0,02 S - 0,05}{S - r}$ (R - r);

Fórmulas en las cuales:

r = ingreso mínimo;

R = remuneración o ingreso de referencia del asegurado;

S = remuneración máxima asegurable.

Como es obvio, cuando $r = R$, la bonificación por cónyuge e hijos alcanza su máximo: 10% y 5% respectivamente; mientras que si $R = S$, sólo se alcanza el mínimo: 2% en cada caso.

En otras palabras: a mínima remuneración, máxima bonificación; a máxima remuneración, bonificación mínima.

6. LA FAMILIA ANTE EL PODER JUDICIAL

**LA FAMILIA Y EL MINISTERIO PUBLICO
EN EL PERU**

Nelson Reyes Ríos

1. PRESENTACION

A manera de presentación del presente trabajo, resulta necesario abordar dos aspectos, que considero de mucha importancia.

En primer lugar, debo resaltar la forma especial y fundamentalmente original del título que se eligió para el libro Homenaje al maestro Señor Doctor Héctor Comejo Chávez, como **La Familia en el Derecho Peruano**. Como precisa el Doctor Fernando de Trazegnies Granda, en su carta invitación, se pretende abordar a la familia, como célula básica de la sociedad, desde todas las perspectivas jurídicas posibles. Con esta proposición no se hace sino, demostrar que todas las relaciones humanas, están comprometidas con los actos jurídicos familiares, desde la concepción de una persona, hasta su fallecimiento. Así tendrá que establecerse su vinculación parental primero, a fin de que esa persona tenga un nombre y pueda identificarse como sujeto de derecho. Es por eso que siguiendo con tal recomendación, hemos tratado de hacer un estudio de la familia, como receptora de la protección por parte del Ministerio Público, en gran parte en base del tema desarrollado en la Tesis Doctoral.

En segundo lugar, deseo reiterar públicamente mi reconocimiento al maestro Comejo Chávez, por su fructífera labor académica en el campo del Derecho Familiar Peruano, con el que nos encontramos identificados desde hace ya algún tiempo.

2. LA FAMILIA

Como menciona el autor, Augusto César Belluscio¹, el Concepto de familia no es preciso, en razón de los distintos sentidos en que la familia puede ser entendida. Para los efectos del tema que se desarrolla en el presente trabajo, es conveniente enunciar, que

1 Augusto César Belluscio. **Nociones de Derecho de Familia**. T. I y II.

interesa el concepto de familia desde el punto de vista jurídico, pues es en tal sentido que permitirá un estricto enfoque de dicha institución.

En principio, a diferencia de otras disciplinas, nos resulta relativamente fácil enunciar una determinación conceptual de la familia al inicio de su estudio, por la sencilla razón de que es en tal estado de familia –en que vivimos constantemente. Es decir que cada uno de nosotros formamos parte de una u otra forma de un agregado natural que se llama familia, aunque claro está, que su regulación por el Derecho no puede ser conocido por todos. Son estas las razones que nos lleva a incumplir, si cabe la expresión, la regla enunciada por Manuel García Morente², cuando dice que es absolutamente imposible definir en general ninguna ciencia, ni ninguna disciplina, antes de entrar directamente en el trabajo de hacerla o vivirla. Pero, como repito, si estamos viviendo constantemente en estado de familia, lógicamente allana dicha dificultad.

Etimológicamente, la palabra familia tiene tres orígenes: Una, la opinión más antigua, que hace derivar de la palabra FAMES, que quiere decir hambre, significando que en el seno de la familia se satisface esta primera necesidad de la vida.

Otra, según la opinión común familia deriva de la palabra latina FAMULUS, que quiere significar esclavo doméstico, de donde a su vez se denominó a este conjunto (de esclavos domésticos), familia, derivándose posteriormente la palabra familia. Finalmente, según investigaciones modernas se cree que la palabra familia se deriva del sánscrito de la voz VAMA O FAMA que tiene un significado complejo, de habitación, residencia, vestido o algo así como hogar o casa.

Como se ve, de esta concepción etimológica de la palabra, no encontramos una idea de la familia.

Para mejor comprensión del término jurídico de familia, analizaremos una definición tradicional romana que consideraba a la familia como a la reunión de personas, sin determinación de número que viven en un mismo techo, bajo la dirección de un jefe. Esta definición, evidentemente dista mucho de ser considerado jurídicamente, por faltar el elemento característico de toda organización familiar, que el VINCULO DE PARENTESCO (relación, lazo, vínculo que une a dos o más personas, resultantes de la consanguinidad, afinidad o adopción).

Incluyendo esta nota característica en referencia (vínculo de parentesco), podemos decir que la familia es el conjunto de personas que se hallan unidos por el vínculo de parentesco, resultante del matrimonio, la filiación o por la adopción. Encontramos en esta definición, que el parentesco, es resultante de un vínculo jurídico, como afirma Antonio Cicu³, cuando define a la familia con un "conjunto de personas unidas por vínculo

2 Manuel García Morente. *Lecciones preliminares de Filosofía*.

3 Antonio Cicu. *El Derecho de Familia*. Buenos Aires, Ediar Soc. Anón., 1947.

jurídico de consanguinidad o afinidad', que limitaría la concepción de la familia en su más amplio sentido, proyectadas sobre la plenitud de las relaciones, como afirma Díaz de Guijarro⁴, derivadas de la comunicación intersexual y de la filiación, fórmulas que se consideran más precisas y comprensivas. En consecuencia, de hecho, encontramos en la familia, como una institución social, formado por varias personas. Con estos elementos, Díaz de Guijarro, define: "la Familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación". Aclarando que cuando se menciona vínculo jurídico emergentes de la relación intersexual, se abarca tanto el matrimonio tradicional como el matrimonio anómalo o por equiparación, y todas las relaciones que brinda el amparo del concubinato; tanto la relación conyugal como el parentesco por afinidad que es su consecuencia. Y, cuando se expresa, vínculo jurídico emergente de la filiación, se involucra tanto el nexo biológico como la adopción que lo suple por obra de la voluntad; tanto los lazos consanguíneos directos como los colaterales que son el resultado de aquellos.

3. ELEMENTOS DEL VINCULO FAMILIAR

En todo vínculo familiar, dice Díaz de Guijarro⁵, encontramos esencialmente dos elementos: el biológico y el jurídico.

1. El elemento BIOLÓGICO, es originado por el carácter natural al vínculo familiar, por cuanto es conocido que la unión sexual como fenómeno de la naturaleza humana, determina el vínculo biológico entre los componentes por medio de la concepción (padre, madre, hijos), originando un estado natural que existe con independencia del que resulta de los preceptos que regula esta situación. De acuerdo con el vínculo biológico, todas las relaciones intersexuales son idénticas: se es madre o padre, se es hijo, se es hermano, etc., porque son producto de los fenómenos biológicos correspondientes, de donde resulta que la ley natural representa el elemento primario de la familia. En otras palabras biológicamente una persona ha tenido que tener madre y padre (engendrado), esto como una necesidad inexorable, ya que hasta ahora no se ha dado ninguna técnica científica de poder obtener el embrión y desarrollo del ser humano.

2. Desde el punto de vista jurídico, la relación intersexual y la filiación como fenómenos de carácter natural y humano, está regulado por una estructura normativa. La unión entre dos personas de distinto sexo será matrimonial o extramatrimonial o concubinato; la filiación legítima o ilegítima (matrimonial o extramatrimonial); el parentesco reconocido o desconocido, etc.

4 Enrique Díaz de Guijarro. *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1953.

5. Enrique Díaz de Guijarro. *Op. cit.*

La dificultad mayor, dice Díaz de Guijarro⁶, es la necesidad de correlacionar el vínculo biológico con el vínculo jurídico; necesidad que supedita, sin embargo, a capitales postulados, morales y religiosos. Como el fenómeno humano desborda los moldes legales, como las concepciones ideológicas evoluciona y como las costumbres suelen ser dispares según el país y la época, se produce, en consecuencia, la mutabilidad del vínculo jurídico emergente de la comunicación intersexual y de la generación, con el consiguiente cambio en las formas constitutivas de la familia o en la existencia de los derechos de sus integrantes. He aquí la fuente de la atenuación creciente del repudio a la filiación extramatrimonial: "El ciclo se va cumpliendo, aunque desaparejadamente, pero lo cierto es que el fenómeno biológico impulsa al jurídico y quiere nutrirlo vitalmente, con su misma y propia sustancia natural".

4. NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA

En Francia, se ha originado una concepción sobre la naturaleza jurídica de la familia, para considerarla como una persona moral o equivalente a cualquier persona jurídica de nuestros tiempos, siendo su principal sostenedor Savatier. Se fundamenta esta posición, refiriéndose a la legislación francesa anterior, que por haber ignorado los redactores del Código Civil a la familia como tal, la colectividad que constituye la familia no se beneficia, en nuestro derecho, de la personalidad moral, en consecuencia esa colectividad (familia), no puede vivir la vida jurídica, ser propietaria, concertar contratos, intentar acciones judiciales, etc., existiendo para el derecho sólo los miembros de la familia, considerada individualmente, cada uno titular de un patrimonio distinto, de derecho y obligaciones distintos. Esta idea no ha sido la única en Francia, por cuanto Mazeaud⁷ sostiene: "Actualmente, en que la familia ocupa un lugar en el derecho, sería lógico consagrar esa evolución, haciendo de la familia una colectividad dotada de personalidad moral".

Este criterio, de considerar a la familia como una persona moral o jurídica, quizá valga para la familia organizada sólo en base del matrimonio, pero no será útil para todas las otras formas de uniones, sobre todo en nuestro medio, donde predomina las uniones extramatrimoniales, como el concubinato. Precisamente, la falta de capacidad de adquirir derecho y obligaciones como conjunto, la falta de decisión plena, no solo de sus integrantes sino de todo el grupo, porque tiene que estar al servicio general, social y no solamente de sus integrantes, hacen que no puede considerarse como persona jurídica.

En la actualidad, parece haber coincidencia, señala Augusto César Belluscio⁸, para considerar en la doctrina, que la familia tiene la naturaleza jurídica de ser considerada como INSTITUCION. Esta posición también fue iniciada en Francia con Maurice Hauriou,

6. *Ibíd.*

7. Henri, Léon y Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, vol. III.

8. Augusto César Belluscio. *Op. cit.*

continuada especialmente por George Renard, y propagada en algunos países latinoamericanos por los autores, como Altalión y García Ollano, Guillermo Borda, Enrique Díaz de Guijarro, etc. Esto encontramos, en la definición que hace, como hemos dicho, para considerar a la familia, como una institución social y natural. Como menciona Guillermo Borda⁹ "después de los estudios de Hauriou en torno a la teoría de la institución, resulta ya muy clara la verdadera naturaleza jurídica de la familia. Hauriou llamó la atención sobre el hecho de que ciertas vinculaciones jurídicas no se explican satisfactoriamente por la idea del contrato o de la simple norma objetiva. Son elementos sociales cuya duración no depende de las voluntades individuales de sus integrantes y que la ley misma no puede desconocer; colocadas entre los individuos y el Estado, sirven intereses de grupos; tienen una vida propia, una organización y una autoridad al servicio de sus fines". Esta posición de carácter institucional, se consagra en la Constitución del Perú¹⁰ cuando en su artículo quinto dice: que el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

5. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE SU ESTUDIO

Bastaría concretarnos a decir que la importancia de la familia radica en que se identifica con la vida misma, es por eso que José Arias¹¹ dice "al hablar de familia en general, conlleva tratar otros aspectos que se vinculan estrechamente con ella, el sociológico, el religioso, el moral; en fin todo el social; de donde resulta una tarea muy difícil tratar lo estrictamente jurídico, y es en este aspecto de la vinculación que la familia se identifica con la vida misma". Por su parte Josserrand ha señalado la necesidad de la familia, cuando dice: "En cualquier que se la considera, la familia aparece como una institución necesaria y sagrada; apenas si se concibe una comunidad social en la que ninguna colectividad fuere a interponerse entre el individuo y el Estado; sociedad tal no sería viable; representaría un montón de individuos; es la familia la que, por una primera síntesis, no artificial, sino natural y bienhechora, contribuye a preparar la síntesis más vasta que realiza el concepto nación; es un elemento de cohesión, una condición de equilibrio social".

La familia tiene una importancia desde el punto de vista político, moral y económico, surgiendo también de aquí su importancia jurídica y social.

La organización de la familia tiene una relación con la Constitución y el desarrollo del Estado, por que su existencia armónica depende de ella, sin familia no puede concebir esta existencia del Estado, ya que éste no es sino la organización jurídica de una agrupación de familia.

La solidez del estado, organización jurídica de la Nación, reposa sobre la estrecha

9 Guillermo Borda. *Manual de Derecho de Familia*. 3ª ed. Argentina, Eda Perrot, cap. VII, VIII.

10 *Constitución Política del Perú*. Edición 1979.

11 José Arias. *Derecho de Familia*. 2ª ed. Buenos Aires, E. Guillermo Kraft, 1952.

unión que vincula el grupo familiar, lo que significa que, "si los vínculos que unen a los miembros de ella son débiles carecerá del vigor que le falta de sus elementos esenciales, y si está firmemente organizada de tal manera que exista solidaridad entre los mismos, la constitución del Estado tendrá una base estable"¹². Los pueblos son más fuertes cuando la familia está fuertemente constituida y protegida. Como también lo señala entre nuestros autores Emilio Valverde¹³ la familia influye sobre la vida entera de la sociedad porque sus cambios trascienden al desarrollo de ésta así como cada innovación en la actitud o la estructura social tienen inmediata repercusión y efecto sobre aquella.

Se ha dicho, y es indudable, que los males que atraviesa el Estado, no es sino producto y reflejo de los males que se manifiestan en la célula familiar, porque quien ha vivido sometido a que en la célula familiar se desarrolla un gran sentido del deber y del patriotismo; "el padre y la madre buscan el bienestar material y la altura moral de sus hijos esta altura moral, que representa los buenos y nobles instintos del hombre, es fomentada por las costumbres y el derecho positivo, y debe serlo, porque significa armonía y solidaridad entre los miembros de la misma familia, que es el núcleo esencial que forma la base de todo Estado bien organizado"¹⁴. Por ello es indispensable que el Estado tenga primordial interés por la familia, ya que ésta prepara al ciudadano para la realización de sus fines.

Lo mismo afirma Planiol¹⁵, si la familia se altera o se disuelve, todo el resto se desploma. Es en ella, y como se ha dicho, sobre rodilla de la madre que se forma lo que hoy de más grande y de más útil en el mundo, un hombre honesto. Los pretendidos reformadores que han soñado con la supresión de la familia eran insensatos.

Para resaltar la importancia de la familia desde el punto de vista económico, basta mencionar las palabras de Sánchez Román, cuando dice, la familia tiene una doble importancia, a saber; en primer lugar, de llenar fines esenciales, morales y propios de subsistencia, para los cuales necesita un patrimonio familiar, que generalmente es adquirido y conservado por el padre, pero que en muchos casos es el resultado del esfuerzo combinado de ambos cónyuges y hasta de los hijos, este patrimonio familiar es un medio para conseguir dichos fines. En segundo lugar, los miembros que constituyen el grupo familiar, como elemento esencial del Estado, son los que contribuyen con sus actividades, al progreso y aumento de la riqueza, sea de la familia, o bien de cada uno de los individuos que la componen, pero aquí ya no se trata de un medio para llenar los fines expresados por la familia, sino como fin de las aspiraciones económicas a la producción y aumento de la riqueza.

12 Cirilo Pavón. *La Familia en el Derecho Civil*. Argentina. Buenos Aires, 1938, p. 11 y ss.

13 F. Emilio Valverde. *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. Lima, Imp. del Ministerio de Guerra, 1952, t. I.

14 Cirilo Pavón. *Op. cit.*

15 Moral Planiol. *Traité Elementaire de Droit Civil*, t. I.

La importancia fundamental de la familia en su aspecto económico reposa sobre su calidad de elemento esencial del Estado, desde que todo el interés de éste se encuentra en fomentar las actividades económicas del grupo familiar, a fin de que este grupo cumpla sus fines.

En el orden social, la familia es la depositaria y la trasmisora de las tradiciones sociales y políticas del pueblo, que van pasando de generación en generación. Da lugar al nacimiento de nuevos seres que perpetúan la sociedad y propicia el mantenimiento del orden social, sin el cual no se podría vivir. El hombre, en el aspecto privado de su vida, encuentra en la familia satisfacción a sus legítimas aspiraciones y efectos.

6. AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA

Si hemos dejado establecido, que la familia y por lo tanto su regulación por el derecho, tiene una innegable importancia, apreciado por connotados e innumerables autores, y entre nosotros, tomando el concepto del homenajado Doctor Héctor Cornejo Chávez, que dice¹⁶; la sociología contemporánea y los estudios de tipo sociológico realizados aún antes de Compté ha coincidido en reconocer la extraordinaria importancia de la familia, hasta el punto de haberla convertido en un axioma. Naturalmente existen numerosas razones que explican ese consenso. La familia es sobre todo el primer medio social al que surge el hombre, la influencia cotidiana que ejerce el clima familiar imprime a sus miembros una determinada orientación, muy difícil de ser luego combatida y extirpada; y el hombre actúa en el campo social extra familiar en concordancia consciente o inconsciente con ese sentido impreso en la intimidad doméstica. De otro lado, la manera como la familia se organiza y se desenvuelve gravita sobre la vida entera de la sociedad, y sus cambios trasciende al desarrollo de ésta por ser una célula natural. Inversamente, toda innovación en la estructura social repercute sobre la familia. En fin –ésta no es por cierto– sociológica ni jurídicamente, la menor importante de las razones las peculiaridades de cada pueblo se marcan y sedimentan especialmente en el núcleo doméstico, por lo que éste resulta, no sólo la célula, sino el índice y el reflejo de aquél. La importancia de la familia definitivamente explica por qué, históricamente, su robustez o relajación se traduce en el florecimiento o decadencia de la sociedad.

Esclarecida la enorme importancia de la familia cuya valoración trasciende todos los ámbitos del acontecer humano, no se puede negar que, como institución, debe ser objeto de una especial atención por parte de cada Estado, de acuerdo a sus exigencias y modo de vida.

Como afirma Enrique Díaz de Guijarro¹⁷, dos manifestaciones originales han aparecido durante el corriente siglo, en orden a la regulación de la familia; la inclusión de

16 Héctor Cornejo Chávez. *Derecho Familiar Peruano*. Ed. Facsimilar. Lima, Ed. Universitaria, 1967, t. I, pp. 235-285.

17 Enrique Díaz de Guijarro. *Op. cit.*

normas sobre la familia en las Constituciones Políticas de los Estados y el cisma del Derecho Civil, CON LA AUTONOMIA DE LAS REGLAS SOBRE FAMILIA. Esto significa que la corriente actual se dirige hacia la formación de un cuerpo legal sobre Derecho de Familia, llámese Código de Familia, Ley sobre familia, o que se tome otras denominaciones como Estatuto de Familia como lo menciona Josemo Murillo Vacareza¹⁸, donde se contemplan en forma orgánica y sistemática normas con la concepción de una nueva organización familiar de acuerdo a los adelantos actuales y a las necesidades sociales imperantes en nuestros tiempos.

Se fundamenta esta posición, por cuanto la mayoría de las disposiciones del Derecho de Familia son considerados como de orden Público, porque las relaciones que forman su objeto no se gobiernan por la voluntad particular, es decir, que las decisiones individuales no son tomados en cuenta como en el Derecho de contratos por ejemplo, donde el instrumento que la estipula es considerada ley entre las partes en la generalidad de los casos, tesis en revisión en la época actual. No sucede lo mismo en las relaciones del Derecho de Familia. Así tenemos que una vez celebrado el matrimonio, los cónyuges no pueden alterarla a criterio propio por ejemplo, sus deberes y derechos recíprocos, sus obligaciones para con sus hijos o lo que es más en algunas legislaciones no pueden disolver a voluntad el matrimonio concertado. En el Derecho de Familia, la voluntad particular, apenas es tomado en cuenta en limitados casos, como por ejemplo en el instante de la celebración del matrimonio, en el acto del reconocimiento que el padre hace a favor del hijo. Fuera de estos excepcionales casos, rige de manera general un ordenamiento inflexible, al que están sometidos los sujetos de la relación jurídica, como afirma Emilio Valverde¹⁹.

Como consecuencia del carácter público, es que las relaciones de Derecho de Familia no son objeto de transacción, subrogación, ni extinción. A manera de ilustración mencionaremos lo dispuesto por el artículo 487° del actual Código Civil peruano que dice "El Derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable". De igual forma cuando en el artículo 380° del mismo Código se dice que la adopción es irrevocable.

Tomando en cuenta esta especial característica, en la doctrina, muchos autores se han pronunciado por la exclusión de las normas de familia del Código Civil, formando un cuerpo independiente.

El autor Emilio Valverde²⁰ señala, esto hace que se sostenga que el Derecho de Familia corresponde al Derecho Público. En apoyo de cuya opinión el profesor de Derecho, de La Habana, Minéndez, dice "Parece extemporánea someter ninguna institución del Derecho de Familia a la sola voluntad de las partes, semejante tendencia

18 Josemo Murillo Vacareza. "La nueva organización de la Familia". En *Revista Jurídica*. Nº XX. Cochabamba, 1942.

19 y 20 Emilio Valverde. *Op. cit.*

pugna con la corriente científica contemporánea, que en su afán de proteger debidamente los derechos de la familia, trata de substraerlos a la tutela del Derecho Privado y formar con ellos un cuerpo de principios autónomos, presididos por un criterio social y de Derecho Público. Esto que fue inicialmente una mera tendencia doctrinal, ha sido recogida en Rusia como Legislación vigente, habiéndose colocado el Derecho de Familia en un cuerpo especial fuera del Código Civil " ... " Por eso, asimilando las inquietudes que conturban el Derecho Civil moderno, nos hemos arriesgado a declarar que el Derecho de Familia debe, cada día más, substraerse a la esfera de la voluntad individual, para hacerse dependencia inmediata del Estado y proveerse las garantías que poseen las demás ramas del Derecho Público, en las cuales, como en el Derecho de familia, late un interés colectivo, al cual no puede darle la espalda el Estado. En este sentido, pensamos que insensiblemente los ciudadanos nos iremos convirtiendo, para los efectos de nuestras relaciones sociales y con el Estado, en verdaderos funcionarios públicos y que nuestras actividades recibirán la protección del Gobierno en la medida que aconseje el interés colectivo".

Entre las manifestaciones legislativas que han concretado, la autonomía del Derecho de Familia, podemos señalar: como precursora, el Código de la Familia en Rusia (1918) reformado varias veces; la Ley Francesa de 1939; Yugoslavia legisla en 1946; Bulgaria, aunque bajo el nombre de las personas y la familia en 1949, Checoslovaquia en 1950; considerado en forma vinculada a la organización familiar China, en las comunidades rurales chinas de 1958; Rumanía; Hungría; Alemania del Este; Cuba; Bolivia (1972); Costa Rica (1973), y en algunos Estados de México, como el Código de Familia del Estado de Hidalgo. En algunos casos se han promulgado estos cuerpos legales, con orientación política, como en los regímenes socialistas, donde la familia es instrumento del Estado, pero los otros responden a ideas propias, como afirma el tratadista Enrique Díaz de Guijarro²¹. Por otra parte en forma parcial, el Código del niño dictado en algunos países a veces denominado Código de Menores, como en el nuestro, en el de Uruguay, con el propósito concreto de proveer a la protección del incapaz en todos los aspectos, por lo cual engloba normas penales y asistenciales, conjuntamente con las civiles que toma el Derecho de Familia.

Estas concepciones, sobre la autonomía del Derecho de Familia, independiente del Derecho Civil, así como el carácter público que reviste sus normas, ha llevado a Antonio Cicu²² a propugnar una tripartición del Derecho; en Derecho Público, Derecho de Familia y Derecho Privado. Es decir que atribuye al Derecho de Familia una categoría intermedia. Señala dicho autor, si el agregado familiar está sujeto "a la vigilancia y a la tutela del Estado, los intereses que debe cuidar no son, como el ente público, un interés de la generalidad, por lo que no esta organizado como éstos". Dada la naturaleza de estas relaciones, "no se pueden incluir en el campo del Derecho Privado, sin estar en pugna con los más elementales criterios de sistematización científica, desde que en el Derecho Privado se regulan conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de

21 Enrique Díaz de Guijarro. *Derecho de Familia en Venezuela*. Arte Gráfica, 1979.

22 Antonio Cicu. *Op. cit.*

la responsabilidad de los particulares, interesados, mientras en el Derecho de familia se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos, que no pueden ser regidos por los principios propios del Derecho Privado, sino, al contrario, POR PRINCIPIOS Y CONCEPTOS ESPECIFICOS".

La tesis de Cicu ha sido seguida en Italia por De Ruggiero, en Alemania por diversos autores entre otros Dukow, Swoboda, Binder, Schmit, Hedemann y Nipperdey. Díaz de Guijarro²³ que no comparte esta posición, dice sin embargo "La posición de Cicu, en punto a la tripartición del Derecho Público, Derecho de Familia y Derecho Privado, alcanzó honda trascendencia y provocó vivas controversias. Adclantamos, por cierto en el repudio que hace de la clásica bipartición del Derecho; pero compartimos bastantes aspectos de su labor, sobre todo en cuanto representan una reelaboración de los principios básicos y típicos del Derecho de Familia...". Con todo, Cicu ha impuesto una especial atención en el examen de la naturaleza del derecho de familia; y es así como la mayoría de las obras modernas se preocupan por señalar su posición al respecto.

7. SOCIALIZACION DEL DERECHO DE FAMILIA

Si se toma en cuenta que la Constitución Política del Perú indica que la familia es célula básica de la sociedad, entonces se justifica la atención que debe merecer en función social.

La familia ha atravesado sucesivamente por varias etapas, plantéase la cuestión de saber si la forma actual puede ser duradera. Lo único que puede responderse es que debe progresar como progresa la sociedad, que debe modificarse conforme la sociedad se modifica, lo mismo que ha sucedido antes. La regulación de la familia, no es más que producto del sistema social y refleja su cultura. Lícito es por lo menos creer que es capaz de perfeccionamiento ulterior. Si por un momento queremos justificar el término de la socialización del Derecho de familia, en particular, bastaría mencionar la evolución de las concepciones sobre algunos aspectos del Derecho de Familia a través del tiempo o de los siglos; comenzando por las relaciones entre marido y mujer, antes, la mujer era considerado como un objeto de propiedad del marido, para luego ir alcanzando ser considerada como sujetos de derechos así como de obligaciones, propugnado en la actualidad la equiparidad de los sexos, hecho consagrado en el artículo segundo de la Constitución Política del Perú (1979). En cuanto a la relación de los padres e hijos, también antiguamente se consignaba solo los derechos y no las obligaciones, que se propugna actualmente en la nueva concepción de la patria potestad, cuando se dice que por la patria potestad, los padres tienen el derecho y deber de velar y cuidar por la persona y bienes de sus hijos, estableciendo actualmente el Instituto de la paternidad responsable. Si mencionamos otro aspecto como el de la determinación de la paternidad extramatrimonial, antiguamente estaba prohibido, habiéndose alcanzado en la actualidad la investigación de la paternidad, reconociendo inclusive iguales derechos.

23 Enrique Díaz de Guijarro. *Op. cit.*

Todos estos aspectos, mencionados así en forma muy limitados, no hace sino, determinar que el derecho de familia está evolucionando con claras y modernas concepciones en función social y el que se recoge inclusive con el título específico de "Tendencias Modernas del Derecho de Familia", en la obra del tratadista Francisco M. Ferrer²⁴. Es por eso que autores como Marc Ancel en un artículo publicado en una **Revista de Derecho Público y Privado** de Montevideo de 1949²⁵: "El Derecho de familia es seguramente la rama del Derecho Civil en la que desde hace 50 años se han producido las rémoras más numerosas, más profundas y a menudo más espectaculares. Las transformaciones económicas, sociales, morales y aún políticas de nuestra época tuvieron en él su repercusión inmediata y no es por circunstancia casual, que el primer Código de Rusia Soviética fue precisamente un Código de la Familia". "Durante todo el curso del siglo XIX, en efecto, la evolución del Derecho de Familia, fue analizado por los juristas y sociólogos, como arrastrada casi irresistiblemente hacia la desgregación del grupo familiar", donde se concebía a la familia del Consulado, idéntica a la familia patriarcal romano con absoluta prerrogativa del pater familia, casi con todos los derechos, sin mayores obligaciones, pero el siglo XX, estos hechos se modifican por la generalización del divorcio, se acentúa el movimiento de emancipación de la mujer, habiendo quedado amenguado aparentemente estas situaciones por la aparición de otros como: la corriente en favor de la protección del niño, que nace precisamente fuera de la esfera del Derecho Civil, en busca de solucionar el problema de la delincuencia infantil; y la segunda corriente orientado hacia una **SOCIALIZACION DEL DERECHO DE FAMILIA**.

Esta socialización del Derecho de Familia, se concreta con dos hechos fundamentales, 1. Transformando los derechos y antiguas prerrogativas en función social; y 2. Establecimiento contralor judicial o administrativo en el ejercicio de las funciones.

2.1. TRANSFORMACION DE LOS DERECHOS Y ANTIGUAS PRERROGATIVAS EN FUNCION SOCIAL

Como se ha señalado anteriormente en forma muy breve, el derecho de familia, desde la antigüedad estaba organizado con amplios derechos y prerrogativas de interés particular, mencionaremos algunos aspectos.

En cuanto a la condición de la mujer dentro de la organización familiar, constituía casi una opresión completa y denigrante a la condición humana, por cuanto se encontraba en primer lugar, bajo la potestad del jefe de su familia, el pater familia, para luego de contraer matrimonio (en cualquiera de las formas que se conoce) hasta por compra que hacía el marido a su padre, formaba a integrar la nueva familia siempre en las mismas condiciones de subordinación por parte del marido. Esto explica que con posterioridad se haya propugnado por su liberación buscando de ser considerada en la igualdad de condiciones y derechos que el marido, movimiento muy difundido como la liberación

24 Francisco M. Ferrer. *Cuestiones de Derecho Civil. Familia y Sucesiones*. 1979.

25 Marc Ancel. "Evolución moderna del Derecho de Familia".

feminista. ¿Qué significa estos hechos para el Derecho de familia?, en particular, sencillamente que esas prerrogativas se están transformando en función social, ya no ni siquiera en función propiamente de la mujer como ente individual, sino considerada como integrante de un núcleo social que se llama familia, proyectándose indudablemente este beneficio en forma general a la sociedad.

Desde el punto de vista general, en nuestra legislación también se aprecia este avance, estableciendo normas en beneficio de la mujer, primero reconociendo el derecho de sufragio, establecido en la Constitución del Estado²⁶. Posteriormente en el Código Civil de 1936, se introduce modificaciones estipulando el equilibrio sobre la facultad de disposición de los bienes comunes por Decreto Ley 17838, hasta que en la Constitución de 1979, se reconoce la equiparidad de derechos y obligaciones.

En cuanto a la situación de los hijos, ya en la actualidad no se concediera el absoluto derecho estipulado en la antigüedad para disponer hasta de la vida de los hijos, reservando para el padre solo los derechos. Actualmente el nuevo concepto de la patria potestad considera paralelamente tanto el ejercicio de los derechos así como de las obligaciones y aún más de obligaciones. Ya los padres por ejemplo convienen en el matrimonio de sus hijos, dejando la expresión voluntaria como condición esencial para la validez de dicho acto. Se ha permitido la investigación de la paternidad, prohibido en la antigüedad, entre nosotros en el Código de 1852.

Se propugna en la actualidad, por la igualdad de los hijos ante la ley, tanto a los nacidos fuera del matrimonio, así como los matrimoniales, así como se dijo, ya consagrado constitucionalmente en el Perú.

En cuanto a la adopción, dejó de estipularse en favor de los adoptantes y por medio de contrato, para luego ser estipulado en favor de los adoptados y considerado como Institución, aunándose a esto la legitimación adoptiva.

2.2. ESTABLECIMIENTO DEL CONTRALOR JUDICIAL O ADMINISTRATIVO EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES

También como se ha dejado establecido anteriormente, predomina en el Derecho de Familia el carácter de orden público de sus normas. Señalando Marc Ancel²⁷, que, "en todo ello se manifiesta lo que podría llamarse la publicización del derecho moderno de familia, corriente más generalizada que los precedentes y cuyas consecuencias son múltiples. Esta publicización, en efecto, implica en primer término, una nueva y constante intervención del Juez en el ámbito de la Familia, donde hasta ayer parecía deber mantenerse apartado, pues no intervenía sino en los casos más extremos y para pronunciar la disolución o desligación del vínculo conyugal. Interviene hoy día en forma cada vez

26 Constitución Política del Perú de 1933.

27 Marc Ancel. *Art. cit.*

más frecuente, ya sea como árbitro (en conflicto de marido y mujer), ya sea para mantener el orden familiar, ya sea para pronunciar una de las numerosas sanciones que el Derecho moderno contempla en sus normas". El carácter publicista del Derecho de Familia trae consigo, en efecto, el desarrollo de estas sanciones como el estipulado en los artículos 292 y 293 del actual Código Civil.

Algunas sanciones son de orden civil, entre los que podemos considerar, el embargo por incumplimiento de la pensión alimenticia, reparación del daño moral por incumplimiento de los esponsales, del daño que implica el divorcio o la nulidad de matrimonio. La pensión alimenticia con carácter de indemnización a que se refiere el artículo 301 del Código Civil Francés.

En otras, podemos encontrar las sanciones de carácter penal; tendientes a reforzar algunas obligaciones nacidas en la organización familiar. La pérdida de la patria potestad representa ya muy marcadamente un carácter represivo. En cuanto al abandono de familia, por incumplimiento de prestar alimentos. Los delitos contra la familia del Código Penal Peruano reprimiendo el adulterio los matrimonios ilegales, la supresión y alteración del estado civil y la sustracción de menores. Así como los delitos también contra la familia estipulados en el Código penal Italiano de 1930, la ley Francesa de 1942; es entonces que aparece la intervención del Ministerio Público que se analizará más adelante.

8. EL MINISTERIO PÚBLICO Y SUS FUNCIONES

El Maestro Luis A. Bramont Arias²⁸ señala que la razón de ser y el origen del Ministerio Público, se hallan en la necesidad de que el individuo y la colectividad cuenten con una real y efectiva protección de sus derechos, contra las arbitrariedades que pueden provenir del poder público o privado. En consecuencia, la institución del Ministerio Público surge como medio de control de los actos de la administración pública en general, tanto en el orden policial, política o judicial, así como de los actos derivados de las relaciones de particulares, como afirmó el Dr. Ricardo F. Molinas, Fiscal Nacional de Investigaciones administrativas de Argentina en el Primer encuentro Latinoamericano de Abogados y Magistrados realizado en Lima, en octubre de 1988. Su misión está fundamentalmente orientada a la protección de la persona tanto en forma particular como colectiva (la sociedad). Así se puede inferir del artículo 250 de la Constitución Política del Perú²⁹, que dice: "El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado". Le corresponde: 1. Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la Ley. 2. Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de Justicia. 3. Representar en juicio a la sociedad. 4. Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública. 5. Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte. 6. Emitir

28 Luis A. Bramont Arias. *El Ministerio Público*. 1984

29 Constitución Política del Perú. *Op. cit.*

dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Superior de Justicia, en los casos que la ley contempla, y 7. Las demás atribuciones que le señalan la Constitución y las leyes.

Con un origen no definitivamente esclarecido para muchos autores, sin embargo, existe casi uniformidad de criterios para reconocer su antecedente francés. Así el Dr. José Hurtado Pozo³⁰, señala "El Ministerio Público es de origen francés; algunos autores creyeron encontrar su origen en Grecia y Roma Antiguas, debido a que algunos de las funciones que se le atribuyen fueron ya cumplidos por algunos funcionarios de la época. Ahora existe casi unanimidad en admitir que los verdaderos antecedentes del Ministerio Público hay que buscarlos en el antiguo Derecho Francés y en su Derecho Revolucionario (Ganaud 1907, N° 77; Esmein 1982 p. 100 y ss, Rassat 1967, p. 12 y ss.). El Ministerio Público se formó en un largo proceso histórico, durante los siglos XIV y XVI. Es el resultado de la fusión de dos instituciones diferentes: la de los Abogados del Rey y la de los Procuradores del rey. La primera, se consolidó en el siglo XIV; sus miembros cumplían funciones puramente procesales. La segunda, de origen mas remoto, era de carácter administrativo, y sus miembros cumplían importantes funciones fiscales. Al aparecer en el siglo XVI, como una sola institución, en el Ministerio Público prevalecieron las funciones administrativas sobre las procesales. El Ministerio Público fue un instrumento importante del centralismo monárquico, en contra del "particularismo y de las fuerzas centrífugas del feudalismo". Se había gestado como "arma antinobiliaria de los reyes franceses" (Nobili 1979, p. 91).

En el Perú, encontramos como antecedente mas lejano del Ministerio Público al funcionario que se encargaba de la defensa de la Real Hacienda (Promotoría Fiscal, creada por cédula Real el 20 de noviembre de 1542), esto en la Real Audiencia de Lima que contaba con 2 Fiscales defensores de la Real hacienda y protectores de indios, y la audiencia del Cusco solo con un Fiscal.

En la época republicana, el Reglamento Provisional de Huaura creó los funcionarios llamados Agentes Fiscales, con atribuciones hacendarias y administrativas. La Constitución de 1823, instituyó 2 Fiscales en la Corte Suprema y Fiscalías en las Cortes Superiores. Las constituciones posteriores como de 1856 mantienen en general la misma organización, creó el Fiscal de la Nación el que no fue considerado en la Constitución de 1960. En la Constitución de 1920, se mantiene la designación de los miembros del Ministerio Fiscal, las que fueron reproducidas en la Constitución de 1933. Como se observa el Ministerio Público Fiscal siempre estaba unido al Poder Judicial.

En la Constitución de 1979, se instituye el Ministerio Público como organismo autónomo, que si bien forma parte de la estructura del Estado, pero no constituye un poder del mismo, como si lo son el Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo.

El Doctor Pedro Flores Polo³¹ señala "en su concepción contemporánea, el

30 José Hurtado Pazo. El Ministerio Público.

31 Pedro Flores Polo. Ministerio Público y Defensor del Pueblo.

Ministerio Público o Ministerio Fiscal interviene compartiendo responsabilidades con el Poder Judicial y representando esencialmente al "interés social", coadyuvando a la administración de justicia sin que ello implique función jurisdiccional porque esto es potestad exclusiva y excluyente de los jueces. Estudiando la institución, Cabanellas sostiene que la intervención actual del Ministerio Fiscal, en la legislación comparada, responde a los fundamentos o principios: 1) mantener el orden constitucional del Estado en las aplicaciones relativas a las materias en que ha de actuar este "ministerio"; 2) La protección y defensa de las personas y cosas puestas bajo el amparo del poder social, en cuanto se refieran a funciones de este mismo "ministerio".

FUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

Dada la naturaleza del Ministerio Público, las funciones que le corresponden son esencialmente complejas, no pueden limitarse a funciones meramente administrativas o de carácter judicial como se ha sostenido, sino que le asignan formas múltiples, como se puede inferir tanto de lo estipulado en la Constitución Política del Perú, así como de la Ley Orgánica del Ministerio Público: 1. Como defensor de la legalidad. 2. Como custodio de la independencia del Poder judicial y la recta administración de justicia. 3. Representando a la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces. 4. Ser abogado del pueblo ante la administración pública. 5. Ser Titular de la acción penal pública. 6. Asesor en la Corte Suprema en los casos que contempla la Ley; de esta enumeración muy simple como señala el maestro Bramont Arias ³², para los efectos de nuestro trabajo, solo analizaremos el tercero de los nombrados, es decir, la función que compromete a la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia a los menores o incapaces y el interés social, así como velar por la moral pública.

9. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN DEFENSA DE LA FAMILIA

En los acápites anteriores de este trabajo, al tratar específicamente sobre los aspectos, de la naturaleza jurídica de la familia, sobre la importancia y necesidad de su estudio, sobre la autonomía del Derecho de familia y su perfil de socialización, se toma en cuenta una característica especial de la familia, el de considerarse como célula básica de sociedad e Institución fundamental de la Nación. Bastaría este enunciado para justificar, sin mayor explicación la intervención del Ministerio Público, en defensa de la familia, sin embargo, solo a manera de ilustración redundaremos en su tratamiento. Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni³³ señalan "desde la óptica de la Sociología, la familia, es sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social en base de pautas estables de la sociedad. La función del derecho es

32 Luis A. Bramont Arias. *Op. cit.*

33 Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, 1988.

garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros –cónyuges, hijos, parientes, deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas. Esto no significa que el derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar. Suele haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones, que la ley no recoge, y otras que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia, y que obedecen a concepciones éticas o morales, e incluso religiosas, de los miembros de la familia". Por lo tanto, si se quiere una sociedad justa, se tiene que comenzar por proteger, amparar, su célula fundamental, que es la familia. Este criterio es preocupación de todos los Estados, sea cualquiera de las formas políticas que adoptan, por cuyo motivo se estipuló en tal sentido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Para el logro de este propósito deben concurrir todas las instituciones, y especialmente el Ministerio Público.

10. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE ORDEN FAMILIAR

Dentro de las múltiples y complejas funciones del Ministerio Público, por razón de la especialización, podemos precisar que intervienen en el campo penal, civil y administrativo en general. Nos interesa, por ahora, sólo incidir esta intervención en el campo del proceso civil y familiar. El Ministerio Público en este aspecto en particular, actúa como funcionario ilustrativo (Asesoría), o como parte en el proceso.

Como funcionario ilustrativo, el Ministerio Público a nivel del Fiscal Supremo, emitirá el dictamen previo a la resolución judicial que corresponda en los casos de: Nulidad o anulabilidad del matrimonio, separación de los casados o de divorcio, en cuanto se tienda a asegurar los derechos de los hijos menores de edad e incapaces, así como los del cónyuge sin bienes propios y la defensa del vínculo matrimonial; en los que tengan derechos e intereses morales o económicos, los menores e incapaces; en los de división y partición de bienes en las uniones de hecho a que se refiere el artículo 9 de la Constitución Política, en cuanto se tienda a asegurar los bienes y derechos de las partes y de los hijos comunes; en los casos de contestación o impugnación de la filiación matrimonial (art. 85 del Decreto legislativo 52, Ley Orgánica del Ministerio Público de 1981).

En cuanto a la intervención de los Fiscales Superiores, se señala en el artículo 89 de la referida Ley Orgánica del Ministerio Público, que también deben emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia, en todos los enunciados para los Fiscales Supremos, a que se refiere el artículo 85 ya citado, pero además: en los incidentes sobre oposición al matrimonio de quienes pretenden contraerlo. En consecuencia, a nivel tanto de los Fiscales Supremos y Superiores (Corte Suprema y Cortes Superiores respectivamente), el Ministerio Público interviene como funcionario ilustrativo, es decir, que se requieren del dictamen previo a la resolución, sin que obligue sus opiniones, ni tampoco su omisión cauce nulidad procesal en los casos que expresamente señala la ley.

Respecto a las atribuciones del Fiscal Provincial, se precisa que interviene en el proceso de las dos formas enunciadas (como parte o como funcionario ilustrativo), que

lógicamente, cuando interviene como parte ya no está obligado a dictaminar. Estos funcionarios del Ministerio Público, intervienen como parte (artículo 96 de la Ley Orgánica citada), en los juicios de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio. Cuando intervienen con esta calidad deben ejercer los recursos que confiere la ley procesal, incluso ofreciendo las pruebas pertinentes, con las atribuciones del artículo 14 de la referida Ley Orgánica.

Sin embargo, cabe distinguir, que esta intervención como parte en el proceso, puede ser a la vez como parte activa o pasiva. Como parte activa, puede ser cuando interviene accionando o como demandante, como en el caso que contempla el artículo 275 del Código Civil, cuando señala "la acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público..." con la limitación que contiene el mismo dispositivo, para los casos en que se ha disuelto el matrimonio materia de la impugnación. De igual manera, cabe aclarar que solo puede ser parte activa (accionante), en los casos de nulidad absoluta, mas no en los de anulabilidad, en virtud del interés privado y la menor gravedad de los vicios que contienen estos matrimonios susceptibles de anulabilidad, como por ejemplo el caso del matrimonio de una raptada, durante el lapso de dicha retención. Interviene como opositor del matrimonio (artículo 254 del Código Civil), cuando tenga noticia de la existencia de alguna causa de nulidad. También se encuentran determinadas las intervenciones del Ministerio Público como actores, en los artículos 460, 558, 563, 588 y 622 del referido Código Civil, cuando se refieren al nombramiento de un curador especial, a la remoción y responsabilidad de los tutores, al pedido de interdicción o a la formación del Consejo de familia en su caso.

El Fiscal Provincial, también interviene como funcionario ilustrativo, pero para los demás casos a que se refiere el artículo 89 de la Ley Orgánica y otros señalados por la ley, como en el caso del artículo 496 del Código Civil, sobre el patrimonio familiar y otros.

En la práctica judicial, si bien se observa de una manera más o menos uniforme la intervención del Ministerio Público como funcionario ilustrativo, sin embargo, no se conocen casos en los que haya sido parte activa (como actores), en un proceso en defensa de la familia. Nos reservamos posiblemente para otro trabajo a nivel de investigación, para comprobar estas intervenciones.

7. LA FAMILIA EN EL AGRO

DERECHO AGRARIO Y FAMILIA

Guillermo Figallo Adrianzén

LA PROPIEDAD FAMILIAR ANDINA

El Ayllu aparece en los albores de la historia como modelo de organización social entre los antiguos peruanos de la Región Andina cuando éstos domesticaron las plantas y los animales. La palabra Ayllu es común a los idiomas quechua y aymara, (parentesco, casta, linaje, comunidad). Según Jorge Basadre¹, en su acepción usual alude al conjunto de familias que se reconocen descendientes de un tronco común que no sólo es un vínculo de parentesco sino objeto de adoración religiosa (totem), que trabajan la tierra en forma colectiva y habitan un territorio determinado (marca).

Debido a la accidentada topografía y fuertes gradientes de los Andes, el territorio del Ayllu también se extendía en altura comprendiendo el terreno distintos pisos ecológicos y era discontinuo, lo que constituía una de sus más interesantes peculiaridades².

El territorio del Ayllu era dividido en la siguiente forma:

- a) tierras de cultivo inmediato (Llactapacha o tierras del pueblo);
- b) tierras de pastos (punas); y
- c) tierras de barbecho (marcapacha).

Aunque los trabajos no fueron individuales sino que se hacían en común, las tierras de cultivo inmediato eran objeto de distribución periódica entre las familias del ayllu que recibían la cantidad suficiente para el sustento de todos sus miembros. Cada familia gozaba de una vivienda construida bajo el sistema de ayuda mutua (Ayne) y participaba también de los rendimientos de la ganadería.

1 Jorge Basadre. **Historia del Derecho Peruano.**

2 María Rostworowski de Diez Canseco. **Historia del Tahuantinsuyo.**

Los ayllus se vincularon mediante ligas o alianzas dando lugar a agrupaciones más extensas (ruma-ruma) denominadas por los españoles "naciones".

Los incas no modificaron sustancialmente el régimen de tenencia familiar de las tierras de cultivo de los ayllus locales conquistados o incorporados al imperio. El padre Joseph de Acosta señala que "las tierras de la comunidad eran repartidas cada año y a cada uno se le daba el pedazo que había menester para sustento de su persona, mujer e hijos y así era en unos años más y en otros menos según era la familia para lo cual ya había medidas determinadas"³.

El Inca Garcilaso de la Vega expresa que se daba "a cada indio un tupu, que es una hanega de tierra, para sembrar maíz" que era equivalente a hanega y media española. Bastaba un tupu para el sustento de un plebeyo casado y sin hijos. Luego que los tenía le daban para cada hijo varon otro tupu y para las hijas a medio". Respecto de las tierras para sembrar maíz daban las otras tierras que no se regaban⁴. Concepto avanzado de unidad agrícola mínima que era desconocido aun para el Derecho Europeo.

Louis Baudin⁵ se pregunta ¿Qué es exactamente un tupu? y refiere que según "Beuchat el tupu es una medida de superficie igual a una fanega española o sea 0.64 de hectárea; de la Espada y Markham dan al tupu 60 pasos de largo por 40 de ancho; Castounct des Fosses lo avalúa en 50 áreas; Perrone, lo fija en 64 áreas y concluye señalando que si se tiene en cuenta estos datos, el tupu parece ser algo bastante elástico" por lo que está persuadido de que los esfuerzos de los historiadores para apreciar la superficie del tupu son vanos, porque esta medida debía ser variable. Concluye expresando que "hay en la política agraria incaica una curiosa analogía con la que puede ser considerada como la última palabra de la colonización Moderna".

Jorge Basadre concuerda en que la extensión del tupu "debió variar según la localidad"⁶. En las comarcas arenosas fue necesario otorgar un área tres o cuatro veces mayor que en tierras arcillosas" (Cunow -Las Comunidades de Aldea y de marca del Perú Antiguo). Se ha comprobado además que en el mismo Cuzco el tupu tiene una extensión variable (F. Ponce de León).

En síntesis, las diferentes extensiones del tupu según las localidades y aun dentro de éstas destacada por los autores citados demuestran que el tupu no era una unidad de medida sino una cantidad de tierras que variaba en razón de la capacidad de producir lo necesario para el sustento de un matrimonio y de la posibilidad de absorber su capacidad de trabajo. María Rostworoski indica que el tupu como medida de área tenía una extensión relativa,

3 Joseph de Acosta. *Historia Natural y Moral de las Indias*. Libro Sexto, cap. XV.

4 Garcilaso de la Vega. *Comentarios reales de los Incas*. Libro Quinto, cap. III.

5 Louis Baudin. *El Imperio Socialista de los Incas*. Cap. VI.

6 Jorge Basadre. *Op. cit.*, Libro Primero. Cap. VII.

pues se contemplaba la calidad de la tierra y el tiempo necesario para el descanso. Dicho en otras palabras se trataba de una medida relativa que variaba en su extensión pero era suficiente para la alimentación de una pareja.

Esta modalidad de distribución demuestra que no se miraba a cada individuo aislado sino formando parte de una familia a las que se asignaba a la tierra necesaria para el sustento de sus miembros.

CARACTER DINAMICO DE LA UNIDAD AGRICOLA FAMILIAR ANDINA

Los autores concuerdan en que las tierras de los tupus eran objeto de redistribución. Esta se hacía anualmente, según Garcilaso de la Vega. Aunque algunos autores han tratado de minimizar la importancia de este acto llegando a afirmar que el reparto era una mera fórmula, cabe responder, como dice Jorge Basadre, que entonces no había tenido objeto esta costumbre cuyo fundamento lógico y de justicia reside en la satisfacción de las necesidades de las familias dotándolas de las tierras que requirieran, de acuerdo a su ciclo evolutivo (nacimientos, definiciones, ausencias, etc.), así como el descanso periódico de las tierras.

De ahí que, como expresa Garcilaso de la Vega, cuando el empleo de técnicas sociales (mitimaes, yanacunas u otros), o técnicas agronómicas (andenes, irrigaciones, fertilizantes, etc.), eran insuficientes para afrontar el crecimiento de la población, se distribuían las tierras del Estado, llamadas del Inca por ser éste su personificación.

LA COLONIA

Durante la Colonia la Legislación de Indios en materia de Derecho Privado fue escasa. "Trasplantadas las instituciones básicas de la sociedad: familia y propiedad, los problemas con ellas relacionados, fueron resueltos de acuerdo con las normas ya elaboradas por el derecho Castellano⁷ y las vinculaciones feudales

Se implanta la forma sucesoria del mayorazgo que encerraba la ventaja de conservar la unidad del patrimonio familiar y la continuidad de la explotación de la tierra, pero debido al carácter discriminatorio del principio de primogenitura daba lugar a notorias injusticias.

LA REPUBLICA

En los albores de la República el Decreto Dictatorial dictado por el libertador Simón Bolívar el 8 de abril de 1824, que contiene medidas que pueden ser calificadas como propias de una Reforma Agraria de corte liberal, pues disponen el reparto de las tierras del Estado y de las Comunidades Campesinas y de los agricultores, indios y mestizos que las poseían, pero conserva algunos rezagos de la concepción de Unidad Agrícola Familiar del

7 Jorge Basadre. Op. cit, p. 1275.

tupu andino en cuanto dispone que a los caciques de sangre que carecieran tierras se le dote de estas a razón de 5 topos por cada hijo y de 1 topo a los indios de cualquier edad.

En la época de la promulgación de los Códigos Civiles de 1852 y 1936 no se habían señalado los límites entre la propiedad y la empresa que hasta ahora permanecen imprecisos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, debido a su acentuado "tono" individualista, que ha sido calificado como "romanista", no acogen la doctrina de la *Gesamte Hand* germánico para la comunidad de bienes por razón de herencia, ni distinguen entre condominio y comunidad, convirtiéndose en fuente de dispersión de la familia y de minifundización de la pequeña propiedad rural.

La solución adoptada por los referidos Códigos da lugar a que la acción de partición sea imprescriptible, salvo los casos de indivisión forzosa.

Por iniciativa del Dr. J.J. Calle, el Código Civil de 1936 permite que se establezca por el testador la indivisión de una explotación agrícola o fabril, condicionada a la aceptación por los herederos mayores de edad a quienes debe pagarse su porción en caso de retirarse (artículo 785°). La iniciativa toma como modelo, las disposiciones del Capítulo de los bienes de la Familia del Libro II de la Familia del Código Suizo. También se asemeja a las asociaciones conocidas en el derecho inglés con el nombre de *Sociedades de familia*⁸.

La Ley de Reforma Agraria N° 17716 de 24 de Junio de 1964 en el art. 79° reproduce la definición de Unidad Agrícola Familiar de la anterior Ley N° 15037.

DETERMINACION DE LA UNIDAD AGRICOLA FAMILIAR. De acuerdo con el art. 80° de la Ley 17716 la extensión superficial de la Unidad Agrícola Familiar se determina para cada Zona de Reforma Agraria para las distintas clases de tierras (de cultivo bajo riego, de secano y de pastos naturales), tomando como base la fuerza de trabajo de familia tipo expresada en unidades laborales. Esta determinación es efectuada por la Dirección General de Reforma Agraria. Sin embargo en el artículo 98° la Ley señala que la extensión de la Unidad Agrícola Familiar no puede ser inferior a 3 has.

Esta norma ha sido reproducida por el Decreto legislativo N° 002 que establece que los predios rústicos no podrán ser parcelados por unidades inferiores a 3 has. No señala, en cambio, la extensión máxima que debe tener la Unidad Agrícola familiar.

CARACTERISTICAS DE LA UNIDAD AGRICOLA FAMILIAR. Del análisis de las normas de Reforma Agraria puede distinguirse las Unidades Agrícolas Familiares *strictu sensu* que son las parcelas adjudicadas a favor de personas naturales beneficiarias de la Reforma y las unidades agrícolas familiares *latu sensu* que son los predios rústicos que responden al concepto de pequeña propiedad. Eran intransferibles e inembargables y no

8 Comisión Reformadora del Código civil de 1936. Actas. Fascículo VI.

hipotecables, salvo autorización expresa de la Dirección General de Reforma Agraria antes de haber cancelado su precio.

Al condonarse el saldo de precio que adeudaban los campesinos por la adquisición de sus parcelas, de acuerdo con lo ordenado por la Décimo-quinta Disposición Transitoria de la nueva Constitución, fue dictado el Decreto Ley N° 22748 (art. 3°), que limita la facultad de disponibilidad condicionándola a la autorización de la Dirección General de Reforma Agraria y prohíbe su transferencia a quienes no reúnen los requisitos de campesinos-agricultores y que se vendan a precio superior al que señale el arancel correspondiente.

Otra característica propia de estas unidades es su indivisibilidad.

En cuanto al segundo tipo de unidades agrícolas familiares están sujetas a la limitación general aplicables a toda clase de propiedad rural de ser conducidas directamente y son igualmente indivisibles si su extensión es inferior a 6 has.

PATRIMONIO FAMILIAR INALIENABLE

El Nuevo Código Civil de 1984 reconoce la autonomía legislativa y científica del Derecho Agrario a partir del concepto fundamental de "predio rústico" cuando señala que los derechos reales de éstos se rige por la legislación especial sobre la materia y supletoriamente por las normas del Código. Sin embargo, contiene diversas normas que se refieren a la agricultura y otras requieren ser complementadas en beneficio común de ambas ramas del Derecho. Pero, lo más grave es que en la regulación de algunas instituciones han pasado desapercibidos a los autores del Proyecto ciertos principios y conceptos de Derecho Agrario, inclusive de carácter Constitucional.

Tal es el caso del "Patrimonio Familiar Inalienable" que el Código de 1936 regulaba con el nombre de "Hogar de Familia", cuyo antecedente remoto se encuentra en el "Homestead" nacido en el Estado de Texas en 1836 que fue el pilar fundamental del desarrollo capitalista "tipo Farmer" de la agricultura Norteamericana. Según éste, cada ciudadano tenía derecho a recibir gratuitamente del Estado una parcela de 160 acres (64 has.) con el deber de residir en ella durante cinco años y explotarla personalmente.

La institución fue recepcionada por el Código de 1936 después de haberse difundido en varios países europeos con ciertas modificaciones que desnaturalizaron su carácter de instrumento para el desarrollo de la agricultura, concibiéndola como un patrimonio inalienable e inembargable que sirviera de medio de protección de la familia frente a las contingencias económicas o mala gestión del jefe de ella. Por esta causa la institución no ha tenido vigencia real significativa en el país.

Posteriormente, las crisis y transformaciones económicas y sociales del presente siglo han impuesto el principio, que tiene rango constitucional entre nosotros, de la distribución técnico-social de la tierra, lo que conlleva la eliminación del latifundio y del minifundio. Dicho principio se traduce en la configuración de la unidad agrícola familiar

indivisible, la concentración parcelaria, el reordenamiento rural e inclusive un nuevo régimen sucesorio que mantenga la intangibilidad de la parcela familiar aún después del fallecimiento del titular.

El Nuevo Código Civil de 1984 no recoge ninguna de aquellas nociones renovadoras, sino al contrario, persiste en la concepción del patrimonio familiar como "medio de protección al incapaz", la que ha sido superada desde hace tiempo en la legislación de los países que le han servido de modelo cuando se trata de predios rústicos.

No obstante que la unidad agrícola familiar es definida universalmente como la extensión de tierra necesaria para proporcionar al agricultor un ingreso neto suficiente para el sostenimiento de la familia, el pago del valor de la parcela y la acumulación de cierto margen de ahorro, el Código mantiene el criterio de que el rendimiento del predio rústico constituido en "patrimonio familiar inalienable" no debe exceder de lo necesario para el sustento de la familia, por lo que no pasaría de ser un minifundio. También atenta el Código contra el principio constitucional de la "conducción directa" del predio por su propietario al permitir que éste nombre como administrador a un tercero.

Por último, acercando la institución a la figura de la dote, que resulta exótica en nuestro medio y ha sido suprimida acertadamente, permite que el patrimonio familiar pueda ser constituido por un extraño.

LA PROPIEDAD AGRICOLA FAMILIAR EN LA REFORMA AGRARIA PERUANA

El proyecto de ley elaborado por la Comisión para la Reforma Agraria y la Vivienda designada por Decreto Supremo N° 1 de 10 de agosto de 1956 plantea por primera vez como modelo de la nueva estructura rural a la unidad agrícola familiar.

Señala sus características fundamentales las siguientes:

- a) Ser conducida por un agricultor labrador y los miembros de su familia.
- b) La Comisión expresa que una de las bases de la Reforma Agraria que propone es la difusión de la chacra familiar destinada a proporcionar a una familia de agricultores labradores manuales un satisfactorio nivel de vida. En cuanto a la extensión superficial advierte asimismo que no es posible determinar a priori la superficie de una unidad de este tipo, la que depende de múltiples factores entre los cuales tiene gran importancia la constitución de la familia, la naturaleza de las tierras, los cultivos de la zona, etc. Por ello se adopta como base de terminación la superficie que absorbe la capacidad de trabajo de una familia-tipo (unidades laborales), considerando 300 unidades de trabajo por unidad y asegure, por lo menos, un tipo de salario que sea doble del normal. Tal es el verdadero concepto de unidad familiar.
- c) Se advierte que el conductor debe ser labrador o trabajador manual, es decir, persona que realiza las faenas del campo personalmente, así como sus familiares.

Se trata indudablemente de la familia nuclear constituida por el padre y la madre y los hijos menores.

El proyecto también establece el método para determinar la superficie de la unidad familiar sobre la base de la capacidad de trabajo de la familia tipo de la zona apreciada en unidades laborales de acuerdo a la siguiente escala: hombre (18 a 60 años una unidad laboral), mujer (18 a 60 años) 0.60 unidad laboral, menores ambos sexos (12 a 18 años) 0.50 unidad laboral y mayores de 60 años ambos sexos 0.60 unidad laboral. Se fija como máximo 3 unidades laborales por familia y 300 jornales de trabajo anual por unidad agrícola familiar resulta así concebida como una empresa familiar en que los presuntos alimentistas son miembros de la empresa que alertan a ésta su trabajo.

- d) La adjudicación se hace en propiedad plena a título de compra-venta e hipoteca legal sobre la unidad agrícola familiar por el saldo de precio. Se limita la libre disponibilidad del predio condicionando su venta hipoteca o gravamen a la autorización del Instituto de Reforma Agraria mientras no estuviere cancelado el saldo del precio.

La Ley 15037 en términos generales reproduce los dispositivos del Proyecto de la Comisión antes indicada. Sin embargo, no contiene las precisiones de éste para la determinación de la superficie de las unidades. En cuanto a los requisitos para ser adjudicatario de unidad agrícola familiar señala los siguientes:

- a) Ser peruano;
- b) Tener no menos de 18 años ni más de 60 en este último caso tener un hijo mayor de 17 años que trabaje a su lado;
- c) Ser agricultor o trabajador agrícola;
- d) No estar inhabilitado para el trabajo agrícola;
- e) ser agricultor o trabajador agrícola o técnico agropecuario en caso de tierras nuevas.
- f) No ser propietario de tierras o tenerlas en cantidad insuficiente.

La ley de Reforma Agraria de Chile N° 16640 definía la unidad agrícola familiar como la superficie de tierras que, dada la calidad del suelo, ubicación, topografía, clima, posibilidades de explotación y otras características en particular la capacidad de uso de los terrenos y siendo explotada personalmente por el productor, permite al grupo familiar vivir y prosperar merced a su racional aprovechamiento.

LA HERENCIA Y LA PROPIEDAD AGRICOLA FAMILIAR

A la muerte del propietario de un predio rústico, sobre todo si se trata de una pequeña propiedad, la unidad y la eficiencia de la explotación alcanzada durante su vida corre grave peligro debido a que las normas del Derecho Civil sobre la herencia por su inspiración individualista reproducen instituciones contrarias a la permanencia de la empresa agrícola.

En efecto, las disposiciones de los Códigos Civiles sobre herederos forzosos y participación del patrimonio hereditario así como las relativas a la liquidación de la

sociedad de gananciales habida entre los cónyuge han propiciado o cuando menos permitido la fragmentación de los predios rústicos y, por ende, la proliferación del minifundio.

Solamente a partir de la primera Guerra Mundial se inicia un movimiento legislativo dirigido a corregir los defectos indicados. Una de estas instituciones fue la figura del "patrimonio familiar" que suscitó grandes entusiasmos en toda Europa hace más de medio siglo no sólo con relación a la agricultura sino en general como defensa de la economía familiar". Como era de esperarse nuestro Código Civil de 1936 la recepcionó con el nombre de "hogar de familia" y también la mantiene el que nos rige a partir del 14 de noviembre último. Pero, este trasplante legislativo efectuado sin distinción de la naturaleza de los bienes no ha cumplido sus finalidades y lo que es peor resulta incongruente tratándose de la pequeña propiedad agraria, pues durante la vigencia del Código Civil anterior no han sido los pequeños agricultores quienes hayan constituido en "hogar de familia" sus predios sino más bien lo han hecho comerciantes avisados con inmuebles valiosos para eludir a sus acreedores. En cambio, el derecho europeo ha perfeccionado notablemente la legislación sucesoria superando la figura del patrimonio familiar.

La Ley de Reforma Agraria (D.L. 17716), contiene ciertas disposiciones que pueden ser consideradas el punto de partida de un "derecho sucesorio agrario" entre nosotros dirigido a tutelar a la familia campesina, garantizar la permanencia de la empresa agrícola y evitar el minifundio; y que son las siguientes:

A. La indivisibilidad de la unidad agrícola familiar

La ley de Reforma Agraria prohíbe la participación de un predio rural en extensiones menores a las señaladas para la unidad agrícola familiar la que en ningún caso podrá ser inferior a 3 hectáreas; y considera indivisibles para todos los efectos legales los predios rústicos de una extensión superficial cuya partición arroje como resultado una o más unidades menores de 3 hectáreas (art. 98° TUC D.L. 17716). La unidad rural mínima es 3 hectáreas y son indivisibles todas las unidades inferiores a 6 has.

En cuanto a la extensión máxima de la unidad agrícola familiar la ley establece que debe ser fijada para cada Zona Agraria por la Dirección General de Reforma Agraria tomando como base la fuerza de trabajo de la familia tipo de 3 a 5 miembros), expresada en unidades laborales así como la capacidad económica de cada clase de tierras (art. 80° D.L. 17716).

La superficie máxima de las unidades agrícolas familiares es de 15 Has. de tierras de cultivo bajo riego ó 30 Has. de secano; y constituyen patrimonio separado por mandato legal (incisos II y IV in fine del art. 165° del D.L. 17716).

Siendo indivisible la unidad agrícola familiar o pequeña propiedad su transmisión "mortis causa" sólo puede hacerse a un heredero único elegido de acuerdo a un orden propio condicionado a la calidad de agricultor.

Cabe acotar, sin embargo, que la ley distingue las situaciones siguientes:

- a. Cuando el causante es beneficiario de la reforma agraria cuya unidad agrícola familiar le fue adjudicada mediante contrato de compra-venta por la Dirección General de Reforma Agraria y fallece sin haber cancelado su precio. En este caso la ley declara la caducidad del contrato y constituye un patrimonio familiar mediante la adjudicación gratuita que hace la Dirección General de Reforma Agraria a favor de la cónyuge o la "compañera permanente" y a los hijos menores de 18 años (art. 88° D.L. 17716).

La solución se explica por cuanto uno de los requisitos para la adjudicación de tierras con fines de reforma agraria es ser jefe de familia, entendida ésta como la familia nuclear compuesta de padre, madre e hijos menores. La ley no ha previsto expresamente que todos los hijos fueran mayores de edad y la madre (cónyuge o concubina), hubiera fallecido antes. En este caso la Dirección General de Reforma Agraria lo adjudicará al hijo que reúna los requisitos que señala para ser beneficiario.

Los nuevos adjudicatarios quedan obligados a liquidar el condominio cuando el último de éstos adquiera capacidad civil. De este modo se garantiza la unidad de la familia y la permanencia de la empresa agrícola para la satisfacción de las necesidades de ésta.

La Compañera permanente

Adviértase que la ley coloca a la "compañera permanente" en situación equiparable a la cónyuge, lo que se encuentra de acuerdo con la realidad toda vez que la unión sin vínculo matrimonial es muy frecuente en nuestras áreas rurales. En este aspecto el derecho agrario se adelantó a lo que establece por el art. 9° de la Constitución Política de 1979 que reconoce el concubinato.

La Ley Agraria no define a la "compañera permanente" por lo que se plantea si el término incluye las diversas situaciones que se dan en la realidad peruana:

1. Verdadero concubinato, que es la unión de hecho voluntariamente realizada por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio (art. 326° C.C);
2. Matrimonio católico exclusivamente;
3. Servinacuy (especie de unión a prueba iniciada con las ritualidades establecidas por la costumbre y con aprobación de los padre de la mujer).

Opinamos que las tres se hallan incluidas en el término "compañero permanente" que utiliza la ley agraria, atendiendo, por otra parte, a la vocación profundamente religiosa de la población campesina y a la práctica generalizada del servinacuy, sobre todo entre los campesinos de la región andina;

4. En el caso que el adjudicatario de la parcela estuviera separado de hecho de su cónyuge y mantuviera relaciones maritales estables con otra mujer, situación que no es poco frecuente en el campo, creemos que si la conviviente tiene hijos de él

se podría calificarla como compañera permanente, pues es indudable que la ratio legis de la norma se encuentra en la tutela de la familia manteniendo su fuente de subsistencia.

Respecto a los derechos hereditarios del cónyuge, tanto el Código Civil de 1936 como el vigente, han tratado de evitar el matrimonio por interés, pues el primero señalaba "que no tienen lugar la herencia forzosa, ni la legal del cónyuge, si el causante muere antes del año de celebrado el matrimonio, salvo que hubiere tenido hijos" (art. 770°); y el segundo establece que "la sucesión que corresponde al viudo o la viuda no procede cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho".

Aunque la legislación agraria no contiene una disposición semejante cuando no existe matrimonio, lo que podría perjudicar a los menores frente a la concubina, que no sea su madre, si concurre con ellos para recibir ese beneficio, creemos que la situación de hecho no puede ser ocasional o breve, pues se exige que sea "permanente", por lo que sería de aplicación supletoria el nuevo Código Civil que señala que la unión de hecho debe haber tenido una duración no menor de dos años continuos.

La décimo-quinta Disposición Transitoria de la Constitución ha distorsionado la situación al haber condonado a los beneficiarios de la Reforma Agraria el saldo de la deuda por la compra-venta de sus parcelas.

Sin embargo, se trata de una norma que por su naturaleza no es aplicable a las futuras adjudicaciones.

- b. Cuando fallece el propietario de una pequeña propiedad o unidad agrícola familiar. La ley (art. 104°) distingue si se trata de sucesión testamentaria o ab-intestado.

En el primer caso el testador sólo puede designar como adjudicatario del predio al heredero que trabaja directamente la tierra. Se infiere del texto legal que el testador pierde el derecho de hacer uso de la cuota de libre disposición sobre el predio rústico la que sólo puede hacerse valer sobre otros bienes, si los hubiere.

La ley no menciona en este caso a la "compañera permanente", sino que usa los términos "sucesor" y "heredero" lo que lleva a la conclusión de que ésta habría sido excluida de la herencia. Sin embargo, algunos autores sostienen que siendo el concubinato una modalidad de unión muy arraigada en las áreas rurales y uno de los requisitos para ser adjudicatario de la Reforma Agraria es tener a cargo, como jefe de familia, el sustento de la cónyuge o compañera permanente, debería considerarse a ésta también como heredera.

En la sucesión intestada los herederos designarán como adjudicatario al que reúna el requisito de ser agricultor y si no fuera posible este acuerdo dentro de un año, deberán presentarse a la Dirección General de Reforma Agraria para que haga la elección entre los

herederos que reúnan los requisitos señalados por el art. 84° del D.L. 17716.

En caso que no hubiera heredero hábil para ser titular de la unidad agrícola familiar o de haberlos no estén dispuestos a la explotación de la parcela o no se presenten a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, la tierra revertirá al dominio público abonándose a los herederos el valor de las mejoras efectuadas con deducción de las deudas contraídas para la explotación de la parcela (art. 106° del TUC del D.L. 17716).

En síntesis, el derecho agrario peruano prohíbe al testador:

- a) fraccionar la unidad agrícola familiar; y
- b) disponer libremente de la parcela porque la ley la reserva obligatoriamente en favor del heredero que reúne la calidad del agricultor.

La Ley de Reforma Agraria establece, tanto en la transmisión hereditaria de una pequeña propiedad (unidad agrícola familiar) como la de una mediana propiedad que los restantes herederos forzosos no pierden su calidad de legitimarios. En el primer caso señala que los herederos que no resulten adjudicatarios tendrán un derecho crediticio por el importe de la cuota hereditaria correspondiente contra el adjudicatario (art. 104° y 105° D.L. 17716); y dispone que el Banco Agrario organizará un régimen que permita financiar, a éste, las obligaciones inherentes a la partición. Cabe anotar que tratándose de la herencia testamentaria si bien en el derecho Civil la legítima no cubre todo el caudal relicto, cuando el patrimonio hereditario está constituida únicamente por el predio rústico el causante pierde la facultad de disponer de la parte que excede la legítima.

El Régimen de Gananciales

Mención aparte merecen los gananciales que se derivan de la sociedad legal que se constituye en virtud del matrimonio o de concubinato. Si el predio ha sido adquirido durante su vigencia forma parte de los bienes de la sociedad de gananciales que en caso de muerte se dividen por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido. El artículo 323° del Código Civil dispone que en dicho caso el cónyuge superstite tiene preferencia para la adjudicación del establecimiento agrícola de carácter familiar. Lamentablemente, esta norma no guarda concordancia con el sistema establecido por la Ley de Reforma Agraria, que hemos descrito anteriormente.

Resulta así que, tratándose de unidades agrícolas familiares, la cónyuge que generalmente colabora en el trabajo de la tierra o de la empresa agraria, si sólo hubiera hijos menores, consolidaría a su favor el goce del bien (la mitad como gananciales y la otra mitad por concepto de usufructo legal); y si hubiera un hijo mayor de edad que fuera agricultor el derecho de éste a la adjudicación del bien quedaría subordinado al ejercicio del derecho de preferencia de la cónyuge superstite aunque ésta por su edad no estuviese en aptitud de hacerse cargo del manejo de las empresas agrarias.

LA UNIDAD AGRICOLA FAMILIAR EN EL DERECHO AGRARIO LATINOAMERICANO

La Ley de Reforma Agraria Venezolana de 8 de febrero de 1957 establece que las parcelas objeto de adjudicación gratuita tendrá la extensión que se señale como mínimo indispensable para satisfacer las necesidades del beneficiario y su familia y explotable por ese grupo sin necesidad del concurso permanente de trabajadores asalariados.

La Unidad Agrícola Familiar fue el nuevo tipo de propiedad rural que buscaba obtener la Ley de Reforma Social Agraria de Colombia N° 135, de 1961. El artículo 50° señala que se entiende por está la que se ajusta a las siguientes condiciones:

- a) Que la extensión del predio conforme a la naturaleza de la zona, clase de suelos, aguas, ubicación, relieve y posible naturaleza de la producción sea suficiente para que explotado en condiciones de razonable eficiencia puede suministrar a una familia de tipo normal ingresos adecuados para su sostenimiento, el pago de las deudas originadas en la compra o acondicionamiento de las tierras, si fuere el caso y el progresivo mejoramiento de la vivienda, equipo de trabajo y rural general de vida;
- b) Que dicha extensión no requiera normalmente para ser explotada más del trabajo del propietario y su familia, salvo en ciertas épocas del año y la ayuda mutua que suelen prestarse los vecinos.

En términos semejantes define a la Unidad Agrícola Familiar la Ley de Reforma Agraria y Colonización del Ecuador del 11 de julio de 1961 (artículo 45°).

UNIDAD AGRICOLA FAMILIAR Y PEQUEÑA EMPRESA AGRARIA

Un analista de la "explotación familiar agraria" española (Agustin Luna Serrano), equivalente a la Unidad Agrícola familiar peruana, distingue un concepto básico que está dado como el "conjunto de bienes de derechos organizados empresarialmente para una actividad agraria de producción principalmente con fines de mercado". Este concepto marca una diferencia sustancial con la Unidad Agrícola Familiar peruana que no puede tener como finalidad cualquier actividad agraria tal como se enumeran éstas en la llamada Ley de Promoción y Desarrollo Agrario (Decreto Legislativo N° 002 - art. 2°) y la Ley Orgánica del Sector Agrario Decreto Legislativo N° 414 art. 2°) pues se refiere a una modalidad de agrícola constituida sobre la base de una pequeña propiedad rústica.

El concepto específico de la Unidad Agrícola Familiar comprende como notas características las siguientes:

Primero, que constituya el medio de vida principal de la familia, pues debe ser fuente de trabajo o actividad básica o principal de la familia. El trabajo tiene naturaleza asociativa, pues deben colaborar en el mismo todos los miembros de la familia.

Segundo, que la explotación tenga la capacidad de proporcionar al agricultor un ingreso neto suficiente para el sostenimiento de la familia cumplir las obligaciones de compra de la parcela y asimilar cierto margen de ahorro.

Este criterio se complementa con la capacidad de absorción de la mano de obra de la familia, tal como lo planteaba el Proyecto de la Comisión para la Reforma Agraria y la Vivienda.

Tercero, que el titular sea conductor directo de la unidad.

Al respecto nuestra Constitución establece que hay conducción directa cuando el poseedor legítimo e inmediato tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa (art. 159°).

Finalmente, solo por excepción debe emplearse mano de obra ajena y en proporción que no supere la cuarta parte del trabajo anual de la familia.

Se advierte que la unidad agrícola familiar trasciende de la simple categoría de bien objeto de relaciones meramente económicas y jurídicas externas para convertirse en la pequeña empresa agraria que es un ente jurídico estructurado por el capital representado por la tierra, la conducción directa y el trabajo de los miembros de la familia.

El Derecho agrario peruano se ha quedado rezagado respecto de las legislaciones de Francia, Italia, España, etc. que incorporan la participación laboral de los familiares a la empresa instrumentada bajo forma contractual y que tipifican como "colaboración" una de cuyas partes es el titular como empresario. "De ahí que la colaboración, sustentada por lazos familiares, ahonde en el sentido comunitario de la pequeña empresa, viniendo a desempeñar dos básicas funciones: la estabilidad de la aportación de trabajo y la continuidad de la entidad empresarial"⁹.

La Ley de Reforma Agraria N° 17716 sólo tiene en cuenta a los colaboradores de la Unidad Agrícola Familiar cuando se trata de la herencia de ésta para darles preferencia en su adjudicación (art. 104°).

9 José M. Caballero G. Explotaciones familiares agrarias. 1982, p. 95.

**LA FAMILIA CAMPESINA EN LA
LEGISLACION AGRARIA**

Ana Teresa Revilla

La familia en la legislación agraria peruana ha sido utilizada como término de referencia para la explotación de la tierra como unidad de producción, como unidad de medida, como impedimento para ser propietario de tierras. Sin embargo, a partir de la Constitución de 1979, en donde se ha reconocido la igualdad de derechos para hombres y mujeres, la legislación agraria ha ignorado en alguna medida el papel de la familia como unidad de producción, tomando en cuenta la participación del hombre y la mujer por separado.

Esto ha llegado a generar serios conflictos de aplicación al interior de las organizaciones agrarias. Este es el caso del proceso de parcelación que han sufrido las Cooperativas Agrarias (en el que a cada socio le correspondió una parcela), luego que se dió la Ley de Promoción y Desarrollo Agrario; el caso de las Comunidades Campesinas con su nueva ley general; y de otro lado, en el caso de las Rondas Campesinas, a raíz del reglamento publicado en marzo de 1988.

En el presente trabajo pretendemos realizar una revisión de la legislación Agraria, en la que está presente la institución familiar, con la finalidad de hacer una evaluación de la misma a partir de cuatro aspectos: La Reforma Agraria, las Cooperativas Agrarias, las Comunidades Campesinas y las Rondas Campesinas.

I. LA LEY DE REFORMA AGRARIA

La Ley de Reforma Agraria considera a la familia como una unidad indisoluble. El texto de la Ley hace referencia a ella como una unidad de medida, tanto para otorgar derechos sobre ella como para limitarlos; como imposibilidad de asumir el cargo de Juez de Tierras o de vocal del Tribunal Agrario por tener familiares que sean propietarios de predios rústicos.

De esta manera la legislación de la Reforma Agraria tomó en consideración la existencia de la institución familiar, y logró evitar burlar la implementación de la Reforma Agraria, al tomar en cuenta la unidad familiar.

I. A) La familia campesina:

La familia campesina constituye una unidad de producción, en donde todos los miembros participan activamente en el proceso productivo asumiendo diversas tareas. Así, por ejemplo, cuando llega la época de la siembra, lo primero que se hace es regar el terreno en que se va a sembrar, labor que recae siempre en los hijos menores, quienes tienen de 6 a 9 años.

Después, es el padre de familia quien se encarga de arar el terreno con la chaquitacla, si es terreno en pendiente, y con yunta o tractor si es terreno plano, mientras que la madre va dando vuelta al suelo, de forma que se mezcle la tierra de la superficie con la que ha permanecido bajo. Esto se hace cuando el terreno ha estado en descanso, ya que la superficie del mismo ha ido empobreciendo por las lluvias mientras que la parte baja se ha ido revitalizando. De esta manera, el suelo va a quedar nuevamente en capacidad de proporcionar los elementos necesarios para el sembrío. Generalmente en esta tarea participan también otras familias, junto con las que el grupo familiar conforma las llamadas *cofradías*.

Además de ocuparse de darle vuelta a la tierra, la mujer se encarga de quitar las piedras del terreno y de destrozarse los terrones grandes —"que se conoce como "terroncar"—, así como ayudar a su pareja en sacar los arbustos que han crecido en el terreno, labor que siempre es compartida con los hijos.

Luego de preparar y limpiar el terreno, se realiza la siembra en la que generalmente participa la mujer y los hijos. Ella va haciendo un hueco pequeño con una lampita y colocan en él la semilla con el abono. Los hijos apoyan esta labor alcanzando las semillas. Si la parcela está ubicada en un terreno que cuenta con agua, tanto el hombre como la mujer se dedican a mantener limpios los canales de agua y se van turnando para regar los sembríos. Además, en todo el proceso de crecimiento de las plantas tanto el hombre como la mujer se dedican a retirar las piedras, a "deshierbar" las plantas que crecen entre el cultivo y, en general, al cuidado permanente del mismo a fin de que no sea estropeado.

Finalmente, cuando llega el momento, se procede a cosechar los frutos en el más breve lapso posible. En esto participan incluso otras personas ajenas al núcleo familiar, con quienes se contrae el compromiso de apoyar los luego en sus parcelas; este es el caso de las *cofradías*. Muchas veces los hijos y familiares que están en Lima o en la capital del departamento, regresan a apoyar a su familia en esta parte del proceso.

En los casos en que la familia tiene ganado, generalmente este es llevado a pastar por las hijas mujeres, quienes hacen largos recorridos con los animales en busca de pastos. En algunas zonas las hijas deben permanecer semanas en las montañas donde pastan los animales, a donde alguno de los hermanos le lleva sus alimentos.

En caso de que la familia tenga ganado vacuno es la madre quien se encarga de ordeñarlo, y si tienen ganado lanar es ella también la encargada de trasquilarlo, en algunos casos apoya también el padre. Generalmente las familias campesinas crían aves de corral y cuyes; de estos animales se encargan también las mujeres y en algunas oportunidades los niños.

I. B) La Familia como unidad de medida:

I.B.1 La unidad agrícola familiar: definición

Hemos visto a grandes rasgos cómo cada miembro de la familia campesina participa plenamente en el ciclo productivo, por lo que podemos considerarla como una unidad de producción. Frente a esto la legislación de la Reforma Agraria, creó la figura de la "unidad agrícola familiar", la que ha sido definida por el Texto Unico Concordado del Decreto Ley 17716, como la "superficie de tierras que trabajadas directamente por el agricultor y los miembros de su familia en condiciones técnicas de eficiencia, absorbe toda la fuerza de trabajo de la familia y no requiere el empleo de mano de obra extraña, salvo en determinados periodos de la campaña agrícola y en proporción no mayor de la cuarta parte de la capacidad de trabajo anual de la familia. Esta unidad agrícola debe proporcionar al agricultor un "ingreso neto suficiente para el sostenimiento de su familia y cumplir con las obligaciones correspondientes a la compra de la parcela y acumular cierto margen de ahorro" (Art. 79).

En este artículo se señalan varios aspectos que debemos resaltar:

a) Este dispositivo define a la unidad agrícola familiar como la "superficie de tierras trabajadas directamente por el agricultor y los miembros de su familia". De esta forma al exigirse la conducción directa del predio por parte del agricultor, no cabe la posibilidad de ceder ni transferir la posesión de la tierra bajo ningún concepto a terceras personas.

b) Se señala, además, que el agricultor debe trabajar las tierras junto con los "miembros de su familia", lo que incluso se establece como "requisito" de la unidad agrícola familiar.

Hemos visto que la familia campesina participa activamente en todo el proceso productivo, por lo que con este dispositivo se está recogiendo una norma social. Ahora, si bien el texto no hace referencia expresa al trabajo realizado por los hijos menores de edad al decir que la unidad agrícola familiar "absorbe toda la fuerza de trabajo de la familia y no requiere el empleo de mano de obra extraña salvo...", consideramos que está comprendiendo dentro de éste incluso el trabajo de los hijos menores, ya que como hemos visto estos colaboran en el proceso productivo desde que están en capacidad de hacerlo. Muestra de esto la constituyen las uniones de pareja que se producen desde la minoría de edad, para la cual ambos están en capacidad de trabajar en el campo.

c) Un tercer elemento presente en la definición de la unidad agrícola familiar es que las

tierras deben ser trabajadas "en condiciones técnicas de eficiencia", lo que significa que ellas no pueden ser dejadas en estado de abandono, ni estar deficientemente explotadas, sino que deben tener un buen rendimiento. Este es un concepto exclusivo de la posesión de predios rústicos, que la distingue de la posesión de los predios urbanos, pues en éstos últimos no se exige la explotación económica del bien. El que un predio rústico no fuera explotado en condiciones de eficiencia constituía causal de afectación por Reforma Agraria (esto ha sido dejado en suspenso por la Ley de Promoción y Desarrollo Agrario D.L. N° 2).

d) Con la unidad agrícola familiar se establece que el agricultor va a disponer de "un ingreso neto suficiente para el sostenimiento de su familia y cumplir con las obligaciones correspondientes a la compra de la parcela y acumular cierto margen de ahorro". De esta manera se pretende garantizar un nivel de ingreso mínimo para el campesino o agricultor a fin de que esté en condiciones de llevar una vida digna. Cabe señalar que este aspecto es el que se debe tomar en cuenta para definir la unidad ganadera familiar. Es muy importante tomar el aspecto de la capacidad de ahorro, pues en la actividad agraria está presente el factor climatológico del que depende básicamente que exista o no buena producción. Si la temperatura baja súbitamente en la madrugada, se produce la "helada" que constituye en pocos minutos la pérdida total de la cosecha, o también se produce sequía o inundaciones por falta o exceso de lluvias, que traen las mismas consecuencias. Es por estos factores climatológicos contra los que muy poco se puede hacer –que los campesinos deben disponer de alguna reserva que les permita sobrevivir hasta la próxima temporada.

e) Por último, un aspecto esencial, inherente a la unidad agrícola familiar, es el de su indivisión; pues desde el momento en que ésta se divide deja de constituir una "unidad", perdiendo así la esencia de lo que constituye la unidad agrícola familiar (u.a.f.). Es por ello que el propio texto del art. 79 del Texto Unico Concordado del D.L. 17716 que comentamos, establece que los lotes adjudicados como u.a.f. son indivisibles.

I.B.2. Unidad agrícola familiar como unidad de medida

Por las características esenciales de la unidad agrícola familiar, no se podía establecer una extensión fija de terreno, pues era necesario tomar en cuenta la fuerza de trabajo de la familia expresada en unidades laborales, como la capacidad económica de cada clase de tierra (art.80). No rinde lo mismo una hectárea de tierra de cultivo bajo riego en la costa, que una hectárea de terreno de secano a 4,000 metros de altura sobre el nivel del mar, que apenas dispone de oxígeno y no cuenta más que con la temporada de lluvias para proveerse de agua. De esta forma, se dejaba en libertad a la Dirección General de Reforma Agraria para que fije la superficie de tierras que constituye la unidad agrícola familiar para cada zona.

Actualmente se entiende que ésta tiene una extensión de tres Has. de tierras agrícolas bajo riego o sus equivalentes en tierras de secano o pastos naturales; esto en base a lo que establece el reglamento de la Ley de Promoción y Desarrollo Agrario (D.S. 147-81-AG) que dispone expresamente que el fraccionamiento de la propiedad agraria individual no

podrá efectuarse en extensiones inferiores a tres hectáreas de tierras agrícolas bajo riego, o sus equivalentes en tierras de secano o pastos naturales (Art. 146). Esta cifra que constituye la extensión mínima de que debe disponer la familia rural en el país, a fin de que tenga lo indispensable para vivir; está muy por encima de las tierras realmente disponibles. A diciembre de 1985 existían en el Perú 905,000 fundos con menos de tres hectáreas de extensión, que constituyen el 0.8 hectáreas de área agrícola promedio por productor¹. Si tenemos en cuenta que dentro de estas cifras se consideran tanto las tierras de cultivo bajo riego como las de secano (éstas son las que sólo disponen del agua en la temporada de lluvias) y que tres hectáreas de tierra de cultivo bajo riego equivalen aproximadamente a seis Has. de tierras de secano; nos encontramos que esta cifra de tres hectáreas de tierras de cultivo bajo riego no constituye la unidad de medida mínima rural promedio, sino que más está muy por encima de la extensión promedio de tierras disponible para las familias del campo.

En el texto de la Ley de Reforma Agraria, la referencia a la unidad agrícola familiar como unidad de medida está presente a lo largo de buena parte del articulado; en donde está considerada como unidad indivisible a fin de tratar de controlar en alguna medida el minifundio en el país, que no es conveniente ni técnica ni económicamente.

Tenemos que la ley menciona la unidad agrícola familiar sobre todo para referirse al problema de transferencia de tierras tanto la que se produce por parte del Estado a particulares a través de la Dirección General de Reforma Agraria, como la que se produce por parte de los particulares mismos. Vamos a ver cada una de las situaciones:

a) La Dirección General de Reforma Agraria, es la entidad encargada de llevar a cabo los procesos de afectación de tierras rústicas, para su posterior adjudicación a los beneficiarios de la Reforma Agraria². Esta Dirección no puede adjudicar predios rústicos en extensiones menores a la unidad agrícola familiar (como lo vemos en el punto siguiente), ésto debido a que por definición del concepto mismo esta medida de extensión de tierras debe garantizar al campesino y su familia una producción eficiente, que les permita vivir adecuadamente y disponer de algún margen de ahorro.

Pese a ésto sabemos que la cantidad de tierra agrícola en nuestro país está muy por debajo del equivalente a tres hectáreas de tierras de cultivo bajo riego; por ello, la Ley autoriza a la Dirección General de Reforma Agraria a que, excepcionalmente, en los casos donde existiesen minifundistas y las tierras disponibles no fueran suficientes para dotar a los campesinos de unidades agrícolas familiares, las adjudique a grupos de agricultores sin tierras, aún cuando el conjunto total de éstas fuera inferior a las unidades agrícolas familiares que corresponderían (Art. 90 TUC).

1 Héctor Béjar, "Qué se puede hacer por las Empresas Campesinas" Documento de trabajo para discusión, mimeo. Marzo 1987, p. 3-A.

2 Si bien el proceso de Reforma Agraria se encuentra prácticamente paralizado, la Constitución de 1979 la recoge como instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo (Art. 159).

En este sentido también la Dirección General de Reforma Agraria puede autorizar transferencias de predios de una extensión menor a la unidad agrícola familiar, sólo si se realiza en favor de un adjudicatario que posea una parcela inferior a la unidad agrícola familiar (Art. 89 TUC).

b) El otro aspecto es el de la transferencia de tierras entre particulares, y dentro de ésta vamos a ver el que se refiere a la partición o el fraccionamiento de predios rústicos por iniciativa privada. Para poder realizar una división y partición de predios rústicos, los particulares debían contar con la autorización de la Dirección General de Reforma Agraria. Esto se fijó así para impedir que, vía división y partición de predios rústicos, los propietarios de grandes extensiones de tierras escapasen de la aplicación de la Ley; la que entre otras cosas establece en principio la afectación de todo predio rústico que exceda de ciento cincuenta hectáreas de tierras de cultivo bajo riego en la costa (Art. 28)³.

En el procedimiento de partición de un predio mayor al máximo permitido por la ley, se establece la necesidad de reservar una "unidad multifamiliar" para ser transferida al grupo de trabajadores agrícolas que habían estado prestando servicios en el fundo de la hacienda los dos últimos años (Art. 109 TUC).

La extensión de esta "unidad multifamiliar" deberá ser de un área equivalente a una unidad mínima por cada trabajador del fundo. De esta forma la ley pretendía garantizar una extensión de terreno mínima que asegure a los trabajadores estables del fundo, y a sus familias, disponer de un nivel de vida que asegure una cierta estabilidad económica.

El otro tipo de transferencia de tierras entre particulares que hace expresa referencia a la unidad agrícola familiar como unidad mínima, es el que se refiere a las transferencias realizadas entre los propietarios y los campesinos que poseen sus tierras. Como vamos a ver más adelante constituye causal de afectación el ceder la tierra a otra persona para que la trabaje a cambio de un pago en dinero, servicios personales o en especies. Por ello para que esas tierras no tengan que ser afectadas, se autoriza al propietario a realizar contratos de transferencia con los campesinos que las poseen siempre y cuando la extensión del terreno no sea menor a una unidad agrícola familiar (Art. 189 TUC).

c) La unidad agrícola familiar, como unidad de medida, también está presente en el arrendamiento.

El texto de Reforma Agraria no permite el arrendamiento de tierras rústicas de predios mayores a tres unidades agrícolas familiares, sin embargo, hace una excepción para los casos en que éstas sean de propiedad de menores o incapaces, mientras dure "la incapacidad o la minoría", o si el menor realiza estudios en profesiones estrictamente vinculadas a la actividad agropecuaria y siempre que no excedan de un periodo de seis años (Art. 127 TUC). Sin embargo en los casos en que se trate de parcelas de superficie menor a la unidad agrícola familiar, queda prohibido el arrendamiento de tierras. De esta forma la Ley pretende

³ Existen excepciones a esta cifra, en las que por la naturaleza del trabajo no vamos a profundizar. Hacen referencia a ellas los artículos 28 al 34 del D.L. 17716.

proteger la unidad agrícola familiar como unidad mínima de explotación de la tierra. Pese a estas prohibiciones, el arrendamiento de pequeñas extensiones de terreno está muy difundido a lo largo del territorio nacional, entre otros factores, por la poca extensión de tierra agrícola de que disponemos, por el difícil acceso al crédito, y por el escaso (por no decir nulo) papel que ha desempeñado el Estado a través de sus órganos competentes para sancionar esto.

Dentro de la figura del arrendamiento, encontramos también la prohibición absoluta de ceder el arrendamiento a otra persona o sub-arrendar el predio total o parcialmente. En caso de que esto suceda en un predio de una extensión inferior al triple de la unidad agrícola familiar, se establece que el cesionario o sub-arrendatario se sustituirá al arrendatario (Art. 141 TUC). Pasando de esta forma el sub-arrendatario a constituirse en arrendatario. Se establece como límite el arrendamiento de un predio de hasta tres unidades agrícolas familiares, pues extensiones mayores son consideradas como "conducción indirecta de la tierra" como veremos en el punto siguiente.

De lo expuesto vemos que la unidad agrícola familiar constituye el punto de referencia tanto para adjudicar como para afectar tierras de particulares, así como para autorizar transferencias, o para otorgar derechos sobre la posesión de predio rústicos. Esto debido a que la tierra es la base económica para el trabajador del campo, es más que un instrumento de trabajo, es la que permite la vida y en base a la que gira toda la vida del campesino.

I.C) La Mano de Obra Familiar como requisito para ser considerado Poseedor

La posesión en el Derecho Agrario se distingue de la posesión a que se hace referencia en el Derecho Civil, por los requisitos que se exigen a quien detenta la tierra para que sea considerado poseedor. Por ello, no basta tener cercado el terreno o tener la vivienda al interior de un predio para que una persona sea considerada poseedor. Es necesario que exista una explotación económica del suelo, que esté de acuerdo a la capacidad del terreno. Para ejercer la posesión de un predio es necesario que se cuente con el trabajo familiar, por ello, vamos a ver que entre los requisitos para que se considere que existe conducción directa de un predio, se exige el trabajo familiar, y para ser considerado beneficiario de la Reforma Agraria, es necesario ser "jefe de familia".

I.C.1. La Conducción Directa de la Tierra

El texto de la Reforma Agraria considera a la conducción indirecta de la tierra como una de las principales causales de afectación de un predio rústico, y es a la fecha la única causal de afectación vigente. Esto debido a que la Ley de Promoción y Desarrollo Agrario (Decreto Legislativo N° 2) emitida durante el régimen del arquitecto Belaunde, derogó todas las causales de afectación de predios rústicos, excepto el de conducción indirecta de la tierra. En virtud de esto, la Dirección General de Reforma Agraria, sólo puede iniciar procesos de afectación cuando se da esta situación.

En términos amplios la conducción indirecta de la tierra se da cuando el propietario ce-

de su tierra a otra persona para que sea ésta la que la trabaje, a cambio de un pago en dinero, en especie o en servicios personales. Entre las modalidades de conducción indirecta de la tierra se menciona la existencia de feudatarios, colonos, yanacunas, aparceros, arrendatarios, allegados, mejoreros, precarios y huacchilleros (Art. 18 TUC). La intención era la de suprimir todo tipo de modalidad que implique la conducción indirecta de la tierra, e impulsar que sea propietario de ella el que efectivamente la trabajase.

Como requisito para que exista conducción directa de la tierra, en predios no mayores a tres unidades agrícolas familiares⁴, se exige que sea el propietario quien trabaje "personalmente la tierra con ayuda de su familia, constituyendo este trabajo su actividad básica" (Art. 20 TUC). Se hace referencia expresa al trabajo de la familia, lo que guarda directa relación con lo que sucede en la realidad, pues como hemos visto la familia campesina participa activamente en todo el proceso productivo. Se señala además como requisito para que exista conducción directa de la tierra, que la actividad agrícola constituya la actividad básica de la familia; quedando fuera todas las otras situaciones en las que la actividad agrícola está en segundo lugar luego de otras actividades, como pueden ser el comercio o el transporte.

I.C.2. Requisitos para ser Beneficiario de La Reforma Agraria

Entre otros requisitos, como el ser peruano, mayor de edad o tener capacidad civil, ser campesino y no ser propietario de tierras, el texto de Reforma Agraria establece como requisito para ser postulante a una unidad agrícola familiar, el ser **jefe de familia**.

Con esto, si bien se deja de lado a la mujer casada (pues si están el hombre y la mujer es a él a quién se le considera el jefe de familia), se toma en cuenta tanto a la madre soltera como a la viuda o a la mujer abandonada. A pesar de la discriminación que constituye esto en la práctica, pues atenta contra la igualdad de derechos y obligaciones que tienen el hombre y la mujer (esté casada o no), la intención de la ley es proteger a la familia como una unidad, y no beneficiar al hombre ni a la mujer por separado.

En este sentido el Art. 88 del TUC establece que si falleciera el adjudicatario de una unidad agrícola familiar sin haber cancelado su precio, la Dirección General de Reforma Agraria la adjudicará a su cónyuge o a la compañera permanente⁵ y a los hijos menores de dieciocho años.

I.D. La Familia como impedimento para ser Propietario de Tierras

Como uno de los postulados de la Reforma Agraria fue el de eliminar el latifundio (lo que ha sido recogido actualmente por el Art. 159 Inc. 1 de nuestra Constitución) se esta-

4 No vemos los requisitos que se exigen al propietario de una extensión de tierras que superan las tres unidades agrícolas familiares, pues en ellas no está presente la necesidad del trabajo familiar.

5 En este aspecto la legislación agraria se adelantó a la legislación civil al otorgarle derechos patrimoniales a la concubina.

bleció que la persona no podía tener más de una determinada cantidad de tierras. Estas no pueden exceder las ciento cincuenta hectáreas de tierras agrícolas bajo riego ubicadas en la región de la costa.

Se eliminó también la presencia de sociedades de capitales en el agro, tanto para cumplir con el requisito de la conducción directa de la tierra, como para evitar que tras la figura de varias sociedades de capitales un pequeño grupo de personas sean propietarias de grandes extensiones de tierras.

Se permitió por ello únicamente la existencia de sociedades de personas como propietarias de tierras, para lo que se exigió varios requisitos, entre ellos, el que la dirección personal y la responsabilidad de la gestión financiera deberá ser cumplida por uno de los socios, la necesidad de comunicar al Ministerio de Agricultura cualquier transferencia de participaciones realizadas en el plazo de quince días, y el otorgar la calidad de socios natos a los trabajadores estables de la empresa otorgándoles una participación no menor del 50% de la renta neta (Art. 13 D.L. 18296 y Art. 2 D.L. 18366)⁶.

Para evitar se burle la aplicación de la Ley, se establece que una persona no puede tener el control de más de una persona jurídica, pues de ser así, ello constituye causal de afectación; y se entiende que tiene el control de más de una persona jurídica "cuando una persona por sí sola o por parientes dentro del 4to. grado de consanguinidad y el 2do. de afinidad, dispone de la propiedad o de la administración legal de un 40% o más de las participaciones (Art. 23 TUC).

De esta forma la Ley restringe la posibilidad de que una persona pueda adquirir tierras por el hecho de tener familiares cercanos que sean propietarios de tierras.

I.E. Vínculos Familiares como impedimento para ser Magistrado del Fuero Agrario

El Fuero Privativo Agrario fue creado por la Ley de Reforma Agraria a fin de que constituya el órgano judicial encargado de la implementación de la Reforma Agraria. Como lo que se buscaba era la aplicación de la ley, se estableció como impedimento para ser magistrado de este fuero privativo, el ser propietario de predios rústicos o tener familiares que lo sean. Pues no hubiera sido posible llegar a una implementación de la Ley, si entre los magistrados del fuero agrario hubieran estado presentes representantes de la clase terrateniente, como ya había sucedido con los magistrados del fuero común al momento de implementarse la primera Ley de Reforma Agraria (Ley 15037), dada durante el primer régimen del arquitecto Belaunde.

En este sentido el Art. 164 del TUC establece como requisitos para ser juez de tierras el no ser propietario de predios rústicos, ni tener parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad que sean dueños de tierras. Y de otra parte en el Art 157 se establece

6 El D.S. 29-88-AG contradiciendo el texto constitucional y la ley de Reforma Agraria ha autorizado la presencia de sociedades de capitales en el agro.

que para ser vocal del Tribunal Agrario se requiere no ser propietario de tierras ni que su cónyuge o hijos lo sean; y no tener parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad que sean dueños de tierras que excedan al triple de la unidad agrícola familiar correspondiente. Como se ve, para el caso de los vocales del Tribunal Agrario, la ley es más flexible, pues, el que un vocal tenga parientes cercanos propietarios de tierras no lo convierte en ningún terrateniente, cosa que si sucede con el Juez de Tierras que habita en una alejada provincia.

Al respecto y siguiendo este mismo criterio, el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial elaborado por el Colegio de Abogados de Lima y presentado a la Cámara de Diputados a principios de 1988, establece como requisitos para ser Juez de Tierras, el no ser propietario de predios rústicos.

De todo esto se observa que para impedir que los magistrados pertenezcan a una clase social determinada que de alguna manera les haga difícil implantar la ley de Reforma Agraria, se establecen requisitos que deben cumplir no sólo los magistrados, sino incluso sus familias, concibiendo así a las personas en su real dimensión, no como individuos aislados sino integrados a unidades familiares.

De lo expuesto vemos que la legislación de la Reforma Agraria toma en cuenta la unidad familiar, para regular diversos aspectos en materia de derecho agrario, pues reconoce el rol que desempeña cada uno de sus miembros. Así, se han creado conceptos como la "unidad agrícola familiar" que constituye la mínima extensión de terreno de que debe disponer una familia a fin de que le proporcione un ingreso neto suficiente para el sostenimiento de su familia y disponer de cierto margen de ahorro. Se ha utilizado a esta unidad agrícola familiar como unidad de medida a fin de garantizar la extensión mínima en que puede dividirse un predio agrícola, constituyendo ésta la menor extensión de terreno que puede transferirse, sea entre particulares o por parte de la Dirección General de Reforma Agraria, y para regular con ello la figura del arrendamiento y la conducción directa de la tierra.

Así también se establece como requisito para ser adjudicatario por Reforma Agraria, el ser Jefe de Familia, y para poder ser considerado poseedor de un predio rústico de mediana extensión, se exige expresamente la participación de la familia en la explotación del predio. Es decir, para el Derecho Agrario sólo se ejerce posesión de un predio rústico cuando existe explotación económica del bien, y se entiende que existe explotación económica de un predio rústico menor a tres unidades agrícolas familiares, cuando el propietario trabaja la tierra con ayuda de su familia, y la actividad agraria, constituye su actividad básica. De ésta forma se condiciona la posesión de un predio a la explotación del mismo por el cónyuge y los hijos.

En este mismo sentido de considerarle derechos al titular sólo si es que él y su familia cumplen determinados requisitos, está el caso del Límite máximo de tierras de que puede ser propietaria una persona, y de los requisitos que deben cumplir los magistrados del Fuero Privativo Agrario.

Así, se consideran limitaciones para ser propietario de tierras y ser magistrado del Fue-

ro Agrario, no sólo que el titular sea propietario de una determinada extensión de tierra, sino que incluso sus familiares lo sean.

Estos requisitos y condiciones que incluyen al titular y su familia, podemos afirmar, constituyen una exclusividad de la legislación agraria, pues como sabemos, lo que se pretendió con ella fue justamente eliminar los latifundios y la gran propiedad en general, que se encontraban en manos de unos pocos grupos de familias.

De esta forma la persona natural deja de ser considerada como sujeto de derechos y obligaciones en forma individual, para ser considerada como integrante de un grupo familiar, el que en conjunto debe cumplir con determinados requisitos.

II. LAS ORGANIZACIONES AGRARIAS

En el campo tenemos muchos tipos de organizaciones agrarias, de ellas vamos a hacer referencia únicamente a las organizaciones de base que son las más numerosas y aglutinan a un mayor número de familias. La primera organización a la que vamos a hacer referencia son las Cooperativas Agrarias, que si bien no son la mayoría, son las que están directamente vinculadas al proceso de Reforma Agraria; luego a las Comunidades Campesinas, para terminar con las llamadas Rondas Campesinas, que son las organizaciones de más reciente creación.

II.A) Las Cooperativas Agrarias

Durante el proceso de Reforma Agraria, en el que fueron expropiadas grandes haciendas, complejos azucareros y fundos en general, se constituyeron Cooperativas Agrarias de Producción con los trabajadores de las haciendas, a fin de adjudicar las tierras a éstas y no de manera individual a los trabajadores, lo que significaba la destrucción de la unidad empresarial. Para que ésto se cumpliera se obligó a los beneficiarios de la Reforma Agraria a constituir Cooperativas Agrarias o Sociedades Agrícolas de Interés Social (Art. 77 y 86 inc. f TUC), lo que sin duda es contrario al principio cooperativo de libre adhesión.

Con este mismo criterio se adjudicaron tierras a los llamados Grupos Campesinos, que inicialmente constituyeron una forma transitoria de modelo empresarial, pues, luego debían pasar a constituir Cooperativas Agrarias de Producción o Sais. Sin embargo, pese a las acciones del gobierno de la época para fomentar el desarrollo del sector cooperativo en el Perú, estos grupos no solicitaron su constitución en Cooperativas. Fue por ello que durante el gobierno de Morales Bermúdez se dictó el D.L. 21584 otorgando personería jurídica a los grupos campesinos, los que a diciembre de 1985 sumaban 972, que aglutinaban a 47256 socios⁷. Como los grupos campesinos no tienen una legislación propia (se rigen supletoriamente por la Ley General de Cooperativas), y muchos de ellos están pidiendo su conversión a Comunidades Campesinas, no nos vamos a referir expresamente a ellos a pesar de representar a un número elevado de campesinos.

7 Héctor Béjar, *op. cit.*, p. 3-A.

En lo que se refiere propiamente a las Cooperativas Agrarias de Producción, tenemos que a partir del segundo gobierno de Belaunde, y específicamente con la Ley de Promoción y Desarrollo Agrario (Decreto Legislativo N° 2), empezó el proceso de reestructuración y cambio de modalidad empresarial de las empresas agrarias asociativas, lo que en buena cuenta significó la "parcelación de las Cooperativas".

Es decir, al amparo de este texto legal, y por la crítica situación en la que se encontraban muchas de estas empresas, se generó un proceso de división y partición de las tierras a su interior. De esta forma, a diciembre de 1985 de 597 Cooperativas Agrarias de Trabajadores que contaban con 71736 socios, 278 se encontraban parceladas⁸. Se habían dividido las tierras entre los socios de la empresa.

Uno de los motivos que llevaron a la parcelación, además de la mala situación en la que se encontraban las Cooperativas y de la corrupción dirigencial en muchas de ellas, fue que gran parte de los socios se encontraban próximos a jubilarse, y entre la disyuntiva de retirarse únicamente con sus beneficios sociales o retirarse con una parcela de tierra, lógicamente optaron por lo segundo.

II.A.1. La parcelación y las madre de familia

Durante el proceso de formación de las cooperativas se integraron a muchas mujeres como socias de las mismas, a pesar de existir el requisito de ser "jefe de familia" para poder ser adjudicatario de la Reforma Agraria. Por ello, a la hora de producirse el proceso de parcelación de tierras, se encontró con la presencia de familias en las que tanto el padre como la madre eran socios, lo que a la hora de repartirse las tierras generó problemas. Lo que se hizo en muchos casos fue ignorar la calidad de socias de las mujeres, muchas de las cuales eran viudas o madres solteras, actitud de la que posteriormente tuvieron que retroceder por los recursos interpuestos por ellas ante el Instituto Nacional de Cooperativas. Posteriormente en algunos casos se optó por entregarles un poco menos de tierras a las familias en que tanto el padre como la madre tenían la calidad de socios, a fin de que la diferencia con las demás familias no sea el doble. Para el caso de las Cooperativas vemos entonces, que la legislación de Reforma Agraria era más coherente con la realidad al establecer el requisito de ser "jefe de familia" para ser adjudicatario de tierras; pues llevaba a evitar situaciones como las que finalmente ocurrieron, en las que algunas familias se ven en situación muy ventajosa, frente a otras en las que prácticamente se encontraban desprotegidas, como es el caso de las viudas y madres solteras.

II.A.2. La parcelación y la familia rural

Este proceso de parcelación ha influido directamente en la vida familiar de los socios, pues inicialmente con la existencia de la empresa, el único que tenía que trabajar era el socio, es decir el padre de familia (en algunos casos también la madre, cuando era socia). Pero, una vez parceladas las tierras de la cooperativa, tanto la madre como los hijos tienen que entrar a apoyar directamente, lo que para el caso de los hijos trae consecuencias negativas en su aprendizaje, pues deben abandonar la escuela para trabajar la tierra.

8 *Ibidem*.

En los casos en que se trata de un parcelero al que le va muy bien, no hay mucho problema, pues al tener recursos suficientes, puede disponer incluso de mano de obra asalariada. El problema existe cuando el agricultor no dispone de recursos suficientes, en donde tiene que empezar a ofrecer su parcela, su mano de obra y la mano de obra de su familia. Empezando a producirse un proceso de reconcentración de la propiedad en manos de unos cuantos paralelamente a un proceso de proletarización de los campesinos.

II.B. Las Comunidades Campesinas

La Comunidad Campesina constituye la principal organización de las familias campesinas en nuestro país. Según información de la Dirección de comunidades Campesinas, a Febrero de 1987 existían 4560 Comunidades Campesinas, de las cuales 3672 contaban con reconocimiento oficial, las que aglutinaban a una población de 4'369,800 personas.

Según algunos autores, las Comunidades Campesinas existen desde la época de las reducciones de Toledo, y según otros, provienen incluso de la época pre-incaica. En todo caso, actualmente constituyen la organización más representativa de los campesinos.

La Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656), aprobada en abril de 1987, las define como "organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país" (Art. 2).

La Ley recoge el precepto constitucional por el que se reconoce a las Comunidades Campesinas existencia legal y personería jurídica; cabe mencionar que la Comunidad Campesina es la única persona jurídica a la que la Constitución del Estado otorgó este reconocimiento (Art. 161). Esto debido a que como hemos dicho la Comunidad Campesina es una organización propia de nuestro país, y es la única organización que ha perdurado desde la época virreinal.

Ella está integrada por familias de campesinos que están vinculadas entre sí por distintos vínculos familiares, sociales, económicos y culturales, y están asentadas en determinados territorios, los que poseen desde tiempos inmemoriales. De esta forma se considera a toda la familia, y no sólo al padre, como miembros de la Comunidad. La participación de los miembros de la familia en la organización comunal se da a todo nivel: desde quienes son comuneros, quienes participan en las Asambleas y quienes colaboran en el trabajo comunal.

II.B.1. ¿Quiénes son comuneros?

Los comuneros son los nacidos en la comunidad, es decir como norma general se considera comunero a toda persona que nace en la comunidad, sin que necesariamente sean hijos de comuneros, pues esta calidad se adquiere con el nacimiento. Luego, son también

comuneros los hijos de comuneros, es decir los hijos de miembros de la comunidad que pueden no haber nacido en ella; y las personas "integradas" a la comunidad, es decir quienes conforman pareja estable con un miembros de la comunidad, o la persona mayor de edad que solicite ser admitido y sea aceptado por la comunidad (Art. 4 ley 24656).

De esta forma tienen la calidad de comuneros todos los miembros de la familia, y esto no sólo porque el texto de la ley así lo diga sino porque en la realidad es así. A pesar que una persona sale de su comunidad para estudiar o trabajar en otro lugar, la comunidad siempre lo va a reconocer como uno de los suyos. Esto es completamente distinto a lo que sucede al interior de otras sociedades, en donde el "socio" es el único al que se considera miembro de ésta, mas no así a su familia.

Para ejercer los derechos de elección y dirección de la comunidad se prevé otra calidad de comuneros, los que se denominan según la ley general de Comunidades Campesinas (Art. 5), "comuneros calificados"; ellos son los comuneros mayores de edad o con capacidad civil, que tienen residencia estable no menor de 5 años en la comunidad, no pertenecen a otra comunidad y están inscritos en el Padrón Comunal, además de otros requisitos que establezca el estatuto interno.

II.B.2. ¿Quiénes participan en la dirección de la comunidad?

Como hemos visto, la Ley establece otra calidad de comuneros, a los que se les otorga la facultad de participar en las Asambleas de la Comunidad, en las elecciones de los cargos dirigenciales y en el ejercicio de dichos cargos: anteriormente la norma que regía a las Comunidades Campesinas era el Estatuto de Comunidades Campesinas D.S. 37-70-A, que otorgaba la calidad de comunero calificado al "jefe de familia", con esto quedaba excluida directamente la mujer casada, lo que evidentemente es contrario a nuestro texto constitucional.

Sin embargo, pese a que la Ley actual pueda recoger el dispositivo constitucional, ésta trae problemas a las comunidades sobre todo para poder alcanzar la mayoría de votos, pues como sabemos, en las asambleas siempre participa el padre o la madre, no ambos, pues cuando el padre está presente, es el quien participa en la asamblea, mientras la madre se queda al cuidado de los hijos en casa; y en caso que el padre tenga que salir de la comunidad para trabajar en otra zona, es la madre la que ve la forma de participar en las Asambleas.

Es decir, en muchas Comunidades participan indistintamente uno u otro, pero no los dos al mismo tiempo. La nueva Ley General de Comunidades al otorgar el derecho a voto (conforme al texto constitucional), tanto al hombre como a la mujer, resulta trayendo problemas para su aplicación en la realidad.

En la práctica en muchas Comunidades, es el representante de la familia nuclear (sea el padre o la madre), quien participa en las asambleas, elecciones y cargos directivos de la comunidad. En otras comunidades son los dos los que participan activamente.

II.B.3. La participación de la familia en el trabajo comunal

Por lo general en estos trabajos participan todos: el padre, la madre, y los hijos en la medida de sus posibilidades. En algunos casos cuando la familia no es muy cooperadora restringe su participación a uno de los miembros.

En los casos en que se trata de realizar trabajos fuertes, como son el cavar zanjas o limpiar los canales de agua, generalmente sólo participan los varones mayores. En los casos en que el padre de familia no está presente, si no hay hijo mayor que pueda reemplazarlo, la familia queda exonerada de realizar ese trabajo, pero inmediatamente se compromete a asumir otro que no demande tanto esfuerzo físico.

Los trabajos comunales están destinados a realizar obras que tanto el Estado como Municipio no están en capacidad de asumir; este es el caso de la electrificación del centro poblado, el hacer o reparar caminos o carreteras, hacer o limpiar canales de agua, construir postas médicas, escuelas, etc. Como vemos todos ellos son trabajos que benefician a la comunidad en general, pese a ello no faltan familias que por uno u otro motivo no dan su cuota de ayuda.

II.B.4. El trabajo familiar

Existe una creencia generalizada -de quienes no conocen las comunidades campesinas- que en su interior sólo existe trabajo colectivo de la tierra. Esto no es así, pues, en ellas las tierras de cultivo bajo riego están distribuidas entre las familias miembros de la comunidad, estas tierras son poseídas por las familias mismas, por el padre, la madre y los hijos. La extensión promedio de estas parcelas familiares de tierras están entre media hectárea, y una y media hectárea de tierras, extensión que está muy por debajo del promedio de tierras que debe tener una familia.

Las tierras que están cubiertas por pastos naturales sí son poseídas en común, algunas con ganado de la comunidad, para los fondos de ella, y otras para que pascen el ganado de los comuneros. Generalmente estas últimas se encuentran a mayor distancia y son menos ricas en pastos. Como hemos dicho en la primera parte del trabajo, quienes se dedican a pastar los animales son generalmente las hijas mujeres, pues lamentablemente existe la creencia que ellas no necesitan de la educación escolar como sí la necesitan los hijos varones.

De lo expuesto podemos ver que todos los miembros de la familia son considerados miembros de la comunidad campesina y tienen una participación mayor o menor en la vida institucional de esta. A pesar de la división entre miembros calificados y no, todos y cada uno de los miembros de la familia colabora con ésta.

II.C. Las Rondas Campesinas

Las Rondas Campesinas son de organización reciente, la más antigua se señala que fue constituida en la provincia de Chota en Cajamarca en 1977. Inicialmente surgieron co-

mo organizaciones de autodefensa frente a los robos y asaltos de que eran víctimas los campesinos, y para los que no existe protección policial alguna. Como sabemos, los puestos policiales están siempre en las ciudades, mientras que en el campo los campesinos no tienen protección. Además, en los casos en que los campesinos lograban capturar al delincuente y era llevado al juez instructor o al puesto policial, éstos lo dejaban inmediatamente en libertad por "falta de pruebas". Frente a la incapacidad del Estado de protegerlos, los campesinos empezaron a organizarse realizando "rondas nocturnas" por todo el caserío o la estancia. De esta manera cuando encuentran a un sospechoso inmediatamente lo detienen y lo interrogan, en caso de encontrarlo con la prueba de haber cometido un delito, inmediatamente lo "detienen" hasta el día siguiente en que se convoca a todos los miembros del caserío para "juzgarlo", es decir, primero hacerlo confesar sus fechorías y luego aplicarle un castigo.

Inicialmente tanto los métodos para hacerle confesar sus fechorías, como para castigarlo eran básicamente castigos físicos, como sumergirlos en el río hasta la madrugada o pegarles, pero por las consecuencias que se han producido a raíz de ésto, los castigos han empezado a consistir sobre todo en obligarlo a rondar dos días seguidos o a realizar trabajos comunales forzados; como es el reparar un camino, una acequia, construir la iglesia, la escuela, entre otros.

II.C.1. El Reglamento de Rondas Campesinas

Frente a esta realidad, el poder legislativo emitió una ley "reconociendo" la existencia de las rondas campesinas, siempre que tengan la aprobación de la autoridad política de la zona (Ley 24571). Evidentemente las rondas campesinas siguieron funcionando sin este reconocimiento pues los requisitos que les exigían las autoridades políticas espantaban a los campesinos; entre otros estaba el decir la simpatía política de cada uno de los ronderos, lo que evidentemente es contrario al derecho que tiene toda persona de guardar reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas y religiosas o de cualquier otra índole previsto en el Art. 2 inc. 17 de la Constitución del Estado.

Posteriormente en marzo de 1988 se publicó el Reglamento de Rondas Campesinas (D.S. 12-88-IN) el que a juicio de Monseñor José Dammert Bellido, Obispo de Cajamarca y profundo conocedor de la realidad campesina, puede calificarse como lejano de la realidad andina y de las bases campesinas, no comprende el espíritu comunitario del pueblo, que aunque no esté organizado en comunidades campesinas, realiza tareas comunales en mingas o 'repúblicas' y entre ellas figuran las Rondas⁹.

II.C.2. ¿Quiénes son ronderos?

Ronderos se consideran todos los habitantes del caserío: hombres, mujeres y niños; a pesar que el servicio de ronda lo ejercen básicamente los varones mayores de 15 años.

9 José Dammert Bellido. Obispo de Cajamarca. "Reglamento Incalificable". Mimeo. Junio 1988, p. 3.

El reglamento considera únicamente "ronderos" a los varones comprendidos entre los 18 y los 60 años de edad, y los menores de 18 años que hayan constituido hogar de hecho.

El criterio del reglamento es erróneo, pues en los caseríos, estancias o grupos campesinos que están organizados en rondas, tanto la mujer como los hijos participan activamente. En el momento que una persona es detenida por sospechosa o por habersele encontrado robando, es toda la comunidad la que participa en la asamblea para desenmascarar y castigar al delincuente. En un distrito de la provincia de Hualgayoc, en Cajamarca, la comunidad detuvo a una persona por tratar mal a sus empleados, pagarles poco y casi no alimentarlos; y luego en el momento de realizarse la asamblea, dos de las empleadas menores de edad que trabajaban para él cuidando sus animales se animaron a denunciar los actos sexuales a los que las había sometido. Según el Decreto Supremo que reglamenta el funcionamiento de las rondas, las menores de edad no son consideradas ronderos "pues no son varones ni han alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo para los campesinos todos son considerados ronderos, a pesar de que no cumplen con realizar la ronda nocturna que cada cierto tiempo deben realizar los hombres mayores de edad; pues son las esposas por ejemplo las que empujan al marido a cumplir con el servicio de la ronda, ya que por éste ellas van a tener la tranquilidad necesaria para dormir sabiéndose protegidas de ladrones y malhechores.

II.C.3. Consecuencias de las Rondas Campesinas

El efecto casi inmediato de las rondas campesinas, ha sido lograr erradicar el robo de ganado, animales y de pertenencias de los campesinos en general, lo que en sí constituye haber alcanzado el objetivo para el que se crearon; sin embargo con las rondas se han alcanzado muchos otros logros que benefician a los campesinos de manera individual y a la comunidad entera en general.

A nivel personal los campesinos manifiestan que el haberse organizado en rondas, los ha ayudado a: perder temor a hablar en público, razonar y defender su posición, adquirir más responsabilidad y disciplina y superar falsas creencias.

A nivel grupal, además de constituir un buen elemento de autodefensa y de lograr la realización de obras comunales como son el construir o reparar caminos, construir la iglesia o la escuela, limpiar o construir canales de agua; la consecuencia más importante ha sido que las Rondas Campesinas han logrado reunir a todo un sector del campesinado que no contaba con organización. Las rondas han surgido básicamente en zonas donde los campesinos no estaban organizados en Comunidades Campesinas, sino únicamente pertenecían a estancias, caceríos o grupos campesinos, los que por lo general no llegan a tener vida comunal activa. Por ello, el haber encontrado una forma de organización propia para estos grupos de campesinos es la consecuencia más importante de la formación de Rondas Campesinas.

Gracias a la organización de las Rondas Campesinas, la familia campesina se ha visto protegida e integrada a una organización mayor, dejando de constituir un elemento aislado, para interrelacionarse con las otras familias. Con la organización en Rondas han disminuido los chismes y las habladurías que no hacían mas que perturbar la convivencia pacífica

entre las distintas familias, pues recién con las Rondas Campesinas se ha abierto un canal de comunicación que antes no existía.

CONCLUSION

De todo lo expuesto podemos decir que por lo general el Derecho Agrario toma en cuenta la institución familiar para regular distintos aspectos. Entre ellos tenemos a lo que se refiere la Ley de Reforma Agraria que toma en cuenta a la familia a fin de regular la menor extensión de tierras de que debe disponer una familia rural para vivir decorosamente. Así, la familia rural empieza a ser tomada en cuenta para legislar distintos aspectos sobre la propiedad, posesión, disfrute y disposición de la tierra agrícola.

En lo que se refiere a la propiedad, se fija la extensión máxima de tierras de que puede ser propietaria una persona, tomando en cuenta al titular y sus parientes dentro del 4to. grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Así también para considerar poseedor de predios rústicos no mayores a tres unidades agrícolas familiares, se le exige no sólo que sea el propietario el que trabaje la tierra sino que incluso cuente para ello con la ayuda de su familia. Para poder hacer uso del disfrute de la venta de la tierra, se exige entre otros requisitos, que la extensión de tierras sea menor al triple de la "unidad agrícola familiar y superior a una unidad agrícola."

Si bien esto está así previsto en el texto de la Ley, no se da en la realidad, en donde sabemos que predominan las extensiones de tierra que están muy por debajo de la unidad agrícola familiar. Por último la atribución de disposición de los predios rústicos, también está limitada en base a la unidad agrícola familiar pues ni la Dirección General de Reforma Agraria ni los particulares pueden transferir extensiones de tierras en predios inferiores a la unidad agrícola familiar.

En la legislación de Reforma Agraria se establece, también, la necesidad de ser jefe de familia para ser considerado beneficiario de Reforma Agraria, tomando, de esta forma en cuenta la protección que debe merecer la familia rural en el país. En otro sentido la familia es también tomada muy en cuenta, constituyendo impedimento para asumir el cargo de magistrado del fuero privativo agrario; pues queriendo evitar una resolución parcializada de este tipo de magistrados se establece, como requisito, el no ser propietario de tierras ni tener parientes cercanos que lo sean.

En lo que se refiere a las Organizaciones Agrarias a las que hemos hecho referencia, tenemos que la Ley no ha respetado del todo la institución familiar, lo que se ve con el proceso de parcelación de tierras de las Cooperativas Agrarias, en donde unas familias salían más favorecidas que otras por reconocerles separadamente derechos a sus miembros.

La legislación de Comunidades Campesinas sí toma más en cuenta la institución familiar, al considerarla tal cual como integrante de esta organización. Sin embargo lo que se refiere a la participación de las familias en la dirección de la organización no queda tan claro; en algunas comunidades se entiende que la ley, recogiendo el dispositivo constitucional que reconoce a la mujer derechos no menores que al varón dispone que ambos tie-

nen voto, lo que ha empezado a traer problemas, pues trastorna el funcionamiento que han tenido desde hace muchos años organizaciones de Rondas Campesinas; si bien en ellas existe una plena participación familiar, la normatividad que se ha emitido para regularlas ignora completamente el rol familiar.

Consideramos que si se quiere que la legislación en materia agraria tenga vigencia real en nuestro ordenamiento jurídico ésta va a tener que reconocer el rol vital que desempeña la institución de la familia rural en nuestro país, y por tanto no puede legislarse en favor de sus miembros separadamente como individuos aislados.

8. PERSPECTIVAS INTERNACIONALES

**ALGUNOS ASPECTOS DEL REGIMEN
INTERNACIONAL DEL MATRIMONIO
DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA EN EL
CODIGO CIVIL PERUANO (LIBRO X)**

Delia Revoredo Marsano



INTRODUCCION

El régimen internacional del matrimonio presenta múltiples y delicados problemas, cuyos análisis, sin duda, rebasan la intención de este trabajo.

Nos limitaremos, tan sólo, a algunos de tales problemas, particularmente al de la calificación del matrimonio, a los requisitos necesarios para su validez y a la eficacia internacional del matrimonio, dejando también para otra oportunidad el análisis de los matrimonios contraídos ante autoridades diplomáticas o consulares.

Seguiremos entonces el siguiente plan:

En primer lugar, es preciso distinguir entre el matrimonio nacional y el matrimonio internacional, pues cada uno de ellos recibe un trato jurídico distinto. Esto lo veremos en el punto 1: MATRIMONIO INTERNACIONAL.

Cómo el significado conceptual de la institución matrimonial puede ser distinto en las diversas legislaciones del mundo, debemos precisar su naturaleza jurídica en el ámbito internacional. Es lo que tratamos en el punto 2: CALIFICACION DEL MATRIMONIO.

Pero las diferencias legislativas entre los países no sólo existen respecto a la concepción del matrimonio, sino también respecto a los requisitos necesarios para contraerlo válidamente. Sin embargo, es pretensión de los contrayentes que el matrimonio que celebran valga y tenga eficacia en todo lugar. De estos asuntos nos ocupamos en el punto 3: EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DEL MATRIMONIO INTERNACIONAL.

Las soluciones propuestas a los problemas planteados en el punto 3 son analizadas en los puntos 4 y 5: INTENTOS DE SOLUCION (4) Y SOLUCIONES EN EL DERECHO PERUANO (5).

Respecto a los requisitos mismos necesarios para contraer un matrimonio válido y eficaz, analizamos la CALIFICACION DE LOS REQUISITOS en el punto 6 y la LEY REGULADORA DE LOS REQUISITOS en el punto 7.

La VALIDEZ FORMAL DEL MATRIMONIO INTERNACIONAL CELEBRADO EN EL PERU se comenta en el numeral 8a) y, en el 8b), la VALIDEZ FORMAL DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO.

Por último, nos ocupamos del derecho que se irrogan los Estados para desconocer validez a ciertos matrimonios internacionales, ya sea por razones de FRAUDE A LA LEY (punto 9) o de ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL (punto 10).

1. MATRIMONIO INTERNACIONAL

Una relación jurídica matrimonial puede ser nacional o internacional. Es nacional si todos sus elementos constitutivos importantes están vinculados a un solo país. Estos matrimonios se regulan por el derecho de familia nacional del único país al que están vinculados.

Un matrimonio es internacional cuando uno o más de sus elementos constitutivos importantes: domicilio de uno de los contrayentes, celebración, primer domicilio conyugal, nacionalidad, etc. está vinculado a otro país.

Estos matrimonios se regulan por el Derecho Internacional Privado de los países involucrados.

Desde la perspectiva peruana, el matrimonio nacional que tiene todos sus elementos vinculados al Perú se rige por el Libro III del Código Civil, que trata del Derecho de Familia. El matrimonio internacional que tiene sus elementos vinculados al Perú y a otro u otros países se rige por el Libro X del Código Civil, que trata del Derecho Internacional Privado o por los Tratados de Derecho Internacional Privado, si éstos fueran aplicables.

2. CALIFICACION DEL MATRIMONIO

Es importante y necesario esclarecer ante todo qué significado debemos darle jurídicamente al concepto MATRIMONIO, pues no todos los países coinciden en concebirlo de la misma manera; es decir, tenemos que calificar la categoría "matrimonio", lo que consiste en averiguar cuáles son sus elementos esenciales, de tal modo que, faltando uno de ellos, no se trataría ya de matrimonio y tal relación no podría regularse por las normas concernientes al matrimonio.

En el derecho interno peruano el Art. 234 del Código Civil define al matrimonio como "la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ello y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos deberes y responsabilidades iguales".

Esta definición plantea como elementos constitutivos del matrimonio la unión de dos personas de distinto sexo, descartando a las uniones homosexuales y a las poligámicas; descarta también a las uniones de hecho, ya que exige que la unión sea formalizada con sujeción a las disposiciones legales, y descarta a las uniones esporádicas pues impone la finalidad de hacer vida en común.

En el terreno internacional, sin embargo, existen uniones homosexuales, poligámicas y con plazos de duración, que son, pese a ello, llamadas por otras legislaciones "matrimonios".

Dichas relaciones jurídicas llamadas "matrimonio" por otros países pero que no quedan tipificadas dentro del concepto peruano de la institución matrimonial, pueden, en la práctica, vincularse al Perú y requerir protección judicial local. ¿Con qué normas, entonces, administrará justicia el juez peruano?

Los autores María del Carmen y Javier Tovar Gil señalan, a modo de ejemplo, el de "un musulmán que ha contraído matrimonio con una mujer de acuerdo con lo que permite la ley de su país, que se establece en el territorio nacional y siendo el Perú su domicilio, muere. Al momento de abrir la sucesión puede sin duda plantearse la existencia de más de una mujer que detente el carácter de cónyuge a efectos de la sucesión. En problemas como el descrito lo importante es señalar, que congruentemente con lo ya dicho en el sentido de que la unión poligámica no es matrimonio, el juez peruano no puede aplicar directamente las normas del Código Civil sobre esta institución. Vale la pena destacarse que una aplicación de nuestro concepto de matrimonio podría llevarnos además a una solución injusta pues se reconocería como cónyuge a la primera mujer desconociéndose todo derecho a otras. Debemos reconocer que el juez estará ante el caso de una institución extranjera desconocida, que no existe ni es reconocida en el país y tendrá que resolver el problema haciendo uso de normas que puedan aplicarse en casos análogos pero inspirado principalmente por los principios de justicia y equidad"¹.

Los autores citados también plantean el caso de personas vinculadas a una tradición poligámica que contraigan matrimonio con personas vinculadas a una tradición monogámica. Si esa unión se celebra en el Perú, habrá que analizar ante todo si se trata de un **matrimonio** conforme al concepto peruano. La definición del Art. 234 del Código Civil peruano exige que los contrayentes sean legalmente aptos para contraer matrimonio "¿existe impedimento para que un hombre que ya ha contraído matrimonio poligámico en otro país despose de acuerdo a las leyes del Perú a una mujer? ¿Sería nulo un matrimonio así contraído?"

En nuestra opinión que tal matrimonio si sería nulo. De acuerdo al Art. 2075, la capacidad y requisitos para contraer matrimonio se rigen por la ley del domicilio del contrayente. En consecuencia, si bien de acuerdo con la ley de su domicilio la persona ya vinculada a una unión poligámica puede contraer otro matrimonio, debe precisarse que puede

1 María del Carmen y Javier Tovar Gil. **Derecho Internacional Privado**. Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987, p. 267.

contraer una segunda unión poligámica, mas ya está impedido de hecho de contraer una unión monogámica. En consecuencia, siendo que la unión a contraerse en el Perú tendría forzosamente que ser monogámica, existe un impedimento y la violación del mismo haría que el matrimonio sea nulo. El hecho de que el contrayente domicilie en el momento de la celebración en un país monogámico no altera esta solución pues de acuerdo con nuestro Art. 2070 el cambio de domicilio no altera el estado de la persona"².

Otra situación vinculada al problema de la calificación de la categoría "matrimonio", es la de las uniones de hecho que conforme a algunas legislaciones son consideradas, una vez cumplidos ciertos requisitos, como matrimonio.

En los países que lo admiten, la validez del llamado "common law marriage" depende de la ley del lugar donde la cohabitación y el acuerdo de voluntades de vivir "como casados" coinciden.

Por lo general, no existe problema en identificar el país o Estado donde los actos significativos (cohabitación, acuerdo de voluntades), ocurren, aun si las partes cohabitaron en diversos países: el primero de esos países que dé a su conducta local efectos matrimoniales será el lugar de la "celebración del matrimonio".

Es ilustrativo a este efecto el caso *Boykin vs. State Indus. Acc. Comm's* 224 Ore. 76, 355 p. 2d. 724 (1960), en el que M y E vivieron juntos como marido y mujer desde 1947 a 1957 sucesivamente en Arkansas, Arizona, Nevada, Utah, Idaho y Oregón. De todos estos Estados, sólo Idaho –domicilio de M y E por 5 meses–, permitía matrimonios de common law. La corte sentenció que ellos adquirieron el status de casados –lo que equivale a decir que contrajeron matrimonio–, mientras domiciliaban en Idaho.

En el Perú, no se reconoce status matrimonial pleno a las uniones de hecho que tipifican el concubinato. Sin embargo, disposiciones constitucionales y del Código Civil asimilan algunos efectos patrimoniales de ellas a los del matrimonio.

Si una pareja de "common law marriage", reconocido tal status en la legislación extranjera de su domicilio, optara por domiciliar en el Perú, se presentaría un problema de calificación de la institución, que en nuestra opinión debería analizarse a la luz de las clasificaciones del **derecho peruano** y al amparo de los principios de analogía, justicia y equidad.

La Comisión Revisora del Código Civil peruano desgraciadamente suprimió del proyecto de la Comisión Reformadora el artículo que regulaba la solución a este tipo de problemas. En efecto, tal artículo expresaba que "la naturaleza de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros se determina de conformidad con las clasificaciones del **derecho peruano**."

2 María del Carmen y Javier Tovar Gil, *op. cit.*, p. 268.

Cuando la aplicación eficaz de la ley extranjera suponga necesariamente admitir la existencia de instituciones o procedimientos regulados en ella, pero no contemplados en el derecho peruano, se podrá prescindir de la aplicación de aquella ley, salvo que el asunto pueda ser resuelto por analogía".

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 7 de noviembre de 1962, un convenio sobre el consentimiento para el matrimonio, la mínima edad necesaria para contraerlo y la obligación de registrarlo, en base al Art. 16 de la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Aunque sólo referido a estos tres requisitos matrimoniales, el Convenio mencionado supuso un primer paso para una calificación uniforme de la institución.

Sin embargo, aun en los elementos esenciales que tipifican al matrimonio, las legislaciones del mundo difieren en ciertos aspectos importantes del mismo. Para algunas, el matrimonio es un contrato, para otras es, sobre todo, una institución de interés público, para algunas es acto religioso, para otras es acto civil; para unas tiene por finalidad la perduración de la especie y para otras, la realización personal y en conjunto, de los contrayentes.

Estas diferentes concepciones que las legislaciones tienen sobre el matrimonio hacen muy compleja la labor de regularlo en su dimensión internacional, es decir, regularlo de manera tal que:

- a) sea válido en todas partes, y,
- b) sus consecuencias o efectos sean aceptados en todas partes.

Conforme a la teoría clásica del Derecho Internacional Privado, sólo son válidos los matrimonios celebrados regularmente de acuerdo a cierto derecho nacional, sin que ésto signifique, necesariamente, el reconocimiento de dicha validez en los demás países.

Y aunque podamos contar con un matrimonio válido en todas partes, es necesario además precisar qué efectos produce.

En la misma línea clásica del Derecho Internacional Privado, los efectos del matrimonio válido dependen también de cierta legislación nacional, determinada por la norma de Derecho Internacional Privado. Pero tampoco esta sujeción a determinado derecho nacional, garantiza a los contrayentes que tales efectos serán reconocidos en todos los países.

En consideración a lo expresado, si no contamos con una legislación uniforme, de vigencia universal, que establezca las mismas condiciones de validez y los mismos efectos del matrimonio, ¿cómo satisfacer la justa pretensión de los contrayentes de que su unión matrimonial sea reconocida en todos los países?

Confiando en la expresión del Dr. Cornejo Chávez de que: "Tales requisitos o condiciones necesarias para contraer matrimonio difieren accidentalmente en la legislación com-

parada, pero son unánimemente aceptados en lo fundamental"³, pasaremos a analizar cuáles son las soluciones propuestas para alcanzar entre las legislaciones un mínimo de uniformidad en las exigencias para la validez de un matrimonio.

No debe perderse de vista, sin embargo, que las diferentes condiciones o requisitos y la distinta importancia que a cada uno de ellos confiere cada país, hace imposible la uniformidad universal en el reconocimiento de una validez.

Así, la impotencia, el alcoholismo, la drogadicción, son considerados como impedimento matrimonial en algunas legislaciones, pero no en otras. La edad mínima para contraer matrimonio es de 14, ó 16, ó 18, ó 21, ó 23, según de qué derecho interno o positivo hablemos; ciertas enfermedades son impedimento matrimonial en determinados países, pero no en otros; el parentesco es impedimento casi uniforme, pero tal uniformidad no existe en cuanto al grado de parentesco a partir del cual surge el impedimento. Tampoco hay uniformidad en lo que respecta a los impedimentos de naturaleza moral y religiosa.

4. INTENTOS DE SOLUCION

A fin de facilitar la validez universal de los matrimonios y ante la imposibilidad de uniformar los requisitos y efectos en las legislaciones de todos los países se ha intentado, a través de los tratados de Derecho Internacional Privado, uniformar al menos el criterio para seleccionar a la ley nacional que regule los requisitos y los efectos de los matrimonios (por ejemplo, que se regulen siempre por la ley del lugar de celebración).

Pero existen relaciones matrimoniales que escapan al ámbito de aplicación de los tratados, y estos mismos, por ser varios y entre distintos países, difieren en el criterio selectivo de la ley aplicable (algunos tratados regulan la capacidad nupcial por la ley del domicilio, y los requisitos de forma por la ley del lugar de la celebración y otros tratados regulan todos los requisitos por la ley de la celebración). En consecuencia, es muy relativa la "uniformidad" de los tratados y es relativa también su eficacia universal.

Sí constituyó un avance importante el convenio de la Asamblea General de Las Naciones Unidas del 7 de noviembre de 1962, al que hemos hecho referencia anteriormente. Por lo menos, estableció y reguló tres aspectos o requisitos fundamentales que deben tenerse presente para reconocer validez a un matrimonio: la mínima edad requerida para celebrarlo, el consentimiento, y la necesidad de registro.

5. SOLUCIONES EN EL DERECHO PERUANO

En lo que toca al Perú, son principalmente aplicables para regular el matrimonio internacional los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y el tratado de Derecho Civil Internacional de La Habana de 1928, o Código de Bustamente.

3 Héctor Comejo Chávez. *Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal*, t. I, Lima, Librería Studium, 1982, p. 64.

Para las relaciones matrimoniales internacionales que escapan al ámbito de aplicación de los tratados, rigen las disposiciones pertinentes del Libro X del Código Civil de 1984.

De lo dispuesto en los tratados mencionados nos referiremos más adelante, al tratar del orden público internacional.

Respecto al Libro X del Código Civil, en su título III, éste delimita el ámbito de aplicación de las normas que sobre el matrimonio nacional contiene el Libro III del Derecho de Familia.

Delimita en dos sentidos a las normas del libro de Derecho de Familia: Dispone en qué casos ellas son aplicables y dispone qué normas son aplicables en los demás casos.

Así, en el derecho de familia peruano (derecho interno), según el Art. 274 del Código civil, es nulo el matrimonio:

1. Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.
2. Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable.
Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.
3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.
Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de asusencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.
En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.
4. De los consanguíneos o afines en línea recta.
5. De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral.
Sin embargo, tratándose del tercer grado, el matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco.
6. De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive.
7. Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6.
8. De quienes lo celebren con prescendencia de los trámites establecidos en los artículos

248 a 268. No obstante queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

9. De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges.

El derecho familiar peruano, según el Art. 277 del Código Civil, declara anulable el matrimonio:

1. Del impúber. La acción puede ser intentada por él, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede intentarse la acción después que el menor ha alcanzado al mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Si la anulación hubiese sido obtenido a instancia de los padres, ascendientes o del consejo de familia, los cónyuges al llegar a la mayoría de edad, pueden confirmar su matrimonio ante el juez. La confirmación produce efecto retroactivo.
2. De quien está impedido conforme el artículo 241, inciso 2. La acción sólo puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.
3. Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta. La acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada y sólo será admisible si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta.
4. De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción solo puede ser interpuesta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa.
5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.
6. De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído, El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.
7. De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.
8. De quien, de buen fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.

¿Quiere decir que el Perú no reconoce validez a los matrimonios celebrados en otros países que incumplan alguna de estas condiciones" El Libro X del mismo Código civil dispone que:

- En primer lugar ha de diferenciarse entre requisitos de fondo y los de forma (punto 6 de este trabajo).
- Luego, hay que establecer la ley reguladora de cada uno de esos tipos de requisitos y sólo si resulta ser la ley peruana, se aplicarán las disposiciones del libro de derecho de familia del Código Civil peruano (punto 7). En los demás casos, se aplicará el derecho de familia de la Ley extranjera señalada como aplicable por nuestro Derecho Internacional Privado.
- Por último, debe analizarse si la ley reguladora ha sido aplicada fraudulentamente, o si viola el orden público internacional. De ser así, también puede resultar aplicable, en sustitución de la ley extranjera, el derecho de familia peruano (puntos 9 y 10).

6. CALIFICACION DE LOS REQUISITOS

En lo que se refiere al primer tema, cabe preguntarse qué legislación, de las varias involucradas en una relación matrimonial, es la que debe calificar a determinado requisito como de fondo (capacidad nupcial), o de forma.

Por ejemplo, ciertas legislaciones consideran que el consentimiento paterno para los menores de edad que deseen casarse, constituye un elemento de la capacidad nupcial, mientras que otras legislaciones, en cambio, consideran que dicho requisito corresponde al procedimiento del acto nupcial, es decir, constituye un requisito de forma. Otro requisito que presenta duda en cuanto a su calificación como de capacidad nupcial o de forma es el certificado médico que algunas leyes exigen como necesario para contraer matrimonio.

Debe precisarse que la distinción entre los requisitos de forma y los de fondo del matrimonio no es meramente teórica, sino de una importancia práctica relevante: ambos son regulados por la ley que señale el Derecho Internacional Privado, pero éste asigna generalmente –y así, ocurre en el Código Civil peruano–, leyes distintas según se trate de requisitos de fondo o de forma.

La calificación de un requisito como integrante de la capacidad nupcial o de la forma del acto matrimonial debe ser realizada "in ordinem". Es decir, "depende del orden jurídico al que pertenezcan las normas de Derecho Internacional Privado que regulan la capacidad y la forma"⁴.

De esta manera, si se trata de interpretar el Derecho Internacional Privado peruano (Arts. 2075 y 2076), buscaremos en el orden jurídico peruano (Derecho de familia Libro III), si el requisito de la dispensa judicial para el impúber constituye un elemento de la capacidad nupcial (Art. 2075, que ordena aplicar la ley del domicilio), o de la forma del acto, (Art. 2076, que ordena aplicar la ley del lugar de celebración), y veremos que, por estar

4 Alfonsín Quintín. *Régimen Internacional del matrimonio*. Montevideo, 1958, p. 19.

regulado en el Art. 241 referido a la capacidad nupcial, dicho requisito debe ser considerado como constitutivo de la capacidad nupcial y no de la forma.

7. LEY REGULADORA DE LOS REQUISITOS

En cuanto al segundo punto, es decir, a la determinación de la ley reguladora de la capacidad y de la forma matrimoniales, el Art. 2075 del Código Civil peruano establece textualmente que "La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos esenciales del matrimonio se rigen para cada uno de los contrayentes, por las leyes de sus respectivos domicilios".

El Art. 2076 del Código Civil se refiere a la forma del matrimonio y dispone que se regule en base a otra ley: "la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración".

Por consiguiente, los requisitos relativos a la edad, sanidad, consentimiento, vínculo, consanguinidad, afinidad, el llamado impedimento de crimen y los de derecho público, deben cumplirse por cada uno de los contrayentes en la medida y de la manera como quede establecido en la ley del país de su domicilio particular.

En cambio, requisitos tales como si el matrimonio debe celebrarse oralmente o por escrito, la documentación requerida, la presentación de testigos, la competencia de la autoridad, y todos los demás relativos a la forma del matrimonio, deberán sujetarse a la ley del lugar donde el matrimonio se celebre.

Bajo otra perspectiva, podría expresarse que las disposiciones del derecho de familia interno peruano (Libro III del Código Civil), referidas a la validez del matrimonio, se aplican sólo cuando la ley peruana resulta seleccionada por la norma del Derecho Internacional Privado como la ley reguladora del matrimonio.

¿Cuándo resulta ser la ley peruana la reguladora de los requisitos del matrimonio? Si se trata de capacidad nupcial, cuando el contrayente domicilia en el Perú (Art. 2075); si se trata de requisitos de forma, cuando el matrimonio se celebra en el Perú (Art. 2076).

De esta manera, si un irlandés de 17 años domiciliado en Dublín desea contraer matrimonio en el Perú, será el derecho irlandés, por ser el de su domicilio, el que determinará si puede casarse válidamente a esa edad, sin que interese revisar o aplicar a este aspecto el derecho del lugar de la celebración, es decir, el derecho de familia peruano.

Por otro lado, será el derecho peruano el que determinará las formalidades necesarias para el acto nupcial, por ser el del lugar de la celebración, sin que interese revisar o aplicar a este aspecto el derecho del domicilio, es decir, el irlandés.

Así, como el derecho irlandés otorga, en su derecho de familia, capacidad nupcial desde los 16 años, será válido el matrimonio contraído en el Perú por ese joven de 17 años, sin necesidad de autorización judicial o de sus padres, pues el mismo derecho peruano, en

su Derecho Internacional Privado, delega al derecho del domicilio del sujeto (Irlanda) la determinación de la capacidad nupcial.

Del mismo modo, Irlanda reconocerá validez al matrimonio celebrado en el Perú, bajo las formalidades exigidas por la ley peruana, aun cuando éstas sean distintas a las exigidas por el domicilio de familia irlandés, pues su Derecho Internacional privado delega la determinación de la forma del acto nupcial a la ley del país donde éste se celebre.

Sin embargo, cabe que los Derechos Internacionales Privados de los países involucrados en una misma relación jurídica difieran en el criterio para determinar la ley aplicable a los requisitos matrimoniales.

Grecia exige, por ejemplo, que todos sus ciudadanos contraigan matrimonio según el rito ortodoxo griego, aun cuando se celebre en otro país.

En este caso, Grecia no reconocería validez al matrimonio de un griego celebrado en el Perú conforme a las normas peruanas. Los contrayentes, si desean contar con un matrimonio válido tanto en Grecia como en el Perú, se verán obligados a cumplir no sólo con las formalidades peruanas que el Derecho Internacional Privado peruano exige –las de la ley peruana, por ser el país de la celebración– sino además con las formalidades del rito ortodoxo griego, exigidos por el Derecho Internacional Privado griego–, por ser uno de los contrayentes de nacionalidad griega.

Por otra parte, existen requisitos de fondo que aun cuando sean exigidos en la legislación de uno solo de los contrayentes y no en la del domicilio del otro, vincula a éste a su cumplimiento, por ser "bilaterales", o relativos. Tal, por ejemplo, el requisito de no parentesco, o, lo que es igual, el impedimento de parentesco. Es obvio que si la legislación del domicilio de la novia castiga con la invalidez al matrimonio contraído entre primos hermanos, el matrimonio será inválido en dicho país aun cuando la legislación del domicilio del novio no prohíba el matrimonio entre primos hermanos.

Muchos países prohíben el matrimonio entre primos hermanos, pero otros lo admiten. Han ocurrido casos en que primos hermanos que domiciliaban en un país cuya ley les prohibía casarse entre ellos, han celebrado tal matrimonio en otro Estado donde no existía la prohibición, para retomar luego al lugar del domicilio.

En Estados Unidos, la mayoría de los Estados no considera esta actuación como contraria al orden público y permiten la aplicación de la ley del lugar de celebración, favoreciendo así la validez del matrimonio. Por otro lado, otros Estados toman distinta posición y consideran a dichas uniones contrarias a la "ley de la naturaleza", e inválidas. En todo caso, depende de la ley del lugar del domicilio aceptar o no la aplicación de la ley del lugar de celebración para considerar válido o inválido al matrimonio (In re Mortensen's Estate, 83 Arizona 87, 316 P. 2d 1106); Meisenhelder v. Chicago and New York R.R. 170 Minn, 317 N.W. 32, 51 A.L.R. 1408 (1927) y Rhodes v. Mc Afee, 457 S.W. 2d. 522 (Tenn. 1970) en Robert A. Leflair, "American Conflicts of Law", P. 448).

Como se ve, no todos los requisitos son unilaterales, es decir que se dirigen a uno solo de los contrayentes. Hay requisitos bilaterales, que involucran a ambos contrayentes, como el ya citado del parentesco.

Lo mismo se aplica a los impedimentos que son unilaterales y relativos a la vez, como el de orden sagrado (*impedimentum ordinis*), que no sólo prohíbe casarse al sacerdote, sino también a la mujer que se case con él.

8a. VALIDEZ FORMAL DEL MATRIMONIO INTERNACIONAL CELEBRADO EN EL PERU

En cuanto a los requisitos formales necesarios para contraer matrimonio válido, el Art. 2076 de nuestro Código Civil, dispone que debe sujetarse a la ley del lugar de la celebración del matrimonio.

La ley de la celebración es única y, a diferencia del domicilio de los cónyuges, no puede ser variada sucesivamente en el tiempo. Además, es principio uniforme en Derecho Internacional Privado el de *locus regis actum*, en base a la presunción de que los contrayentes desean que su matrimonio sea válido en el país donde lo contraen, es decir, que debe adecuarse a la ley local.

Distinguiremos entre los matrimonios celebrados en el Perú y los celebrados en territorio extranjero.

Los matrimonios de carácter internacional celebrados en el Perú se sujetarán en cuanto a sus formalidades, de acuerdo al Art. 2076, a ley peruana, es decir a los Arts. 248 y siguientes del Código Civil. Vale la pena destacar que también es válido el matrimonio civil tramitado y celebrado en las comunidades campesinas y nativas ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad, tal como lo expresa la nueva disposición contenida en el Art. 272 del Código Civil.

En su novísima **Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Familia del Código Civil de 1984** (febrero de 1989), el Dr. Cornejo Chávez dedica varias páginas al análisis de la institución del *servinakuy* y concluye expresando que se conoce la existencia y difusión en el Perú de esta institución parecida al matrimonio, que se conoce también "el área geodemótica de su práctica, varias de las denominaciones que recibe, algunas de las características que lo tipifican según los lugares, y la presencia de factores ancestrales, educativos, geográficos, económicos y jurídicos que contribuyen a su persistencia, más no existe todavía, que sepamos, un esfuerzo sistemático para allegar información más completa y detallada, para someterla a una apreciación crítica, para integrar orgánicamente los elementos cuya gravitación sea seriamente comprobada, para configurar, en suma, un cuadro al mismo tiempo completo, coherente, profundo y extenso, sobre cuya base sea posible diseñar una política legislativa y fijar un tratamiento jurídico-legal adecuado (además, por cierto, de otras políticas no jurídico-legales cuya importancia es igual o mayor).

En tanto no exista esa base difícilmente podría el Código Civil asimilar el servinakuy al matrimonio o incluirlo entre las formas de celebrarlo.

Todo lo más y de momento, el nuevo Código ha incorporado en su Art. 262, la fórmula planteada por el ponente para facilitar el matrimonio civil en las comunidades indígenas, ante un comité especial integrado por la autoridad educativa del lugar y dos comuneros⁵.

En verdad, el método del Derecho Internacional Privado podría solucionar en parte la injusticia que resulta de no reconocerle efectos matrimoniales a uniones celebradas en vastas regiones de nuestro país, que cumplieron cabalmente con las formalidades impuestas por la comunidad local y se sujetaron a costumbres y tradiciones ancestrales. De confirmarse que las características constitutivas y esenciales del servinakuy son asimilables a las del matrimonio, bastaría una norma de conflicto, de la misma naturaleza que las contenidas en el Libro X del Código Civil, que disponga que la forma del matrimonio en las comunidades nativas se regulará por las costumbres reconocidas en el lugar de su celebración.

8b. VALIDEZ FORMAL DEL MATRIMONIO INTERNACIONAL CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

En cuanto a los matrimonios celebrados en el extranjero que están de alguna manera vinculados al Perú, sigue rigiendo la norma "locus regis actum", y deberán ceñirse a las formalidades establecidas por la ley del lugar donde se celebren. Queda claro, pues, que aun cuando dichas formas sean distintas a las exigidas por el libro de familia peruano, el Perú las aceptará como competentes, pues en virtud del Art. 2076, delegó a la ley del lugar de la celebración, la regulación de las formalidades del matrimonio.

Ya desde el 12 de junio de 1902 el Convenio de La Haya sobre conflictos de leyes en materia matrimonial expresa en su Art. 5 que será reconocido como válido en todas partes el matrimonio celebrado conforme a la ley del país donde se contrajo. Sin embargo, los países cuyas legislaciones exijan una celebración religiosa, podrán desconocer la validez de los matrimonios celebrados por sus nacionales en el extranjero, cuando no hayan observado tal forma.

Comenta Adolfo Miaja de la Muela que según el Art. 6, "también será reconocido en todas partes como válido el matrimonio celebrado ante un agente consular o diplomático cuando ninguna de las partes contrayentes es súbdito del Estado donde el matrimonio se celebra, y siempre que este Estado no se oponga. La oposición solamente puede basarse en que se trate de un matrimonio contrario a su legislación a causa de otro matrimonio anterior o de un obstáculo de orden religioso.

5 Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Lima, t. IV, 2a. edición, 1988, pp. 388-389.

Aún más allá, tratando de favorecer la validez del matrimonio, el Art. 7 del Convenio expresa que el matrimonio nulo en cuanto a su forma en el país donde fue celebrado, podrá ser reconocido como válido en otros países si ha sido observada la forma prescrita por la ley nacional de cada uno de los contrayentes⁶.

Debemos mencionar, además, que existen disposiciones en el reglamento de registros públicos de estado civil que exigen que a fin de que en un matrimonio celebrado en el extranjero tenga efectos en el Perú, dicho matrimonio sea inscrito en el lugar donde la pareja decida venir a domiciliar en el Perú, en el libro correspondiente del registro de estado civil.

Esta exigencia es poco conocida en nuestro medio y ha dado lugar a muchos problemas de índole matrimonial y sucesoria, pues los interesados generalmente desconocen la obligatoriedad que tienen de obtener una certificación del Cónsul peruano del lugar donde se casaron, de autenticarla en el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú y de inscribirla luego en el registro civil del lugar de domicilio en el Perú. Ciertamente es que el incumplimiento de dicho trámite no invalida al matrimonio, pero sí suspende sus efectos, lo cual crea problemas suficientes para difundir más este requisito.

Es ilustrativo a este respecto el juicio iniciado por la Sra. EC de R, boliviana, quien contrajo matrimonio en 1947 con CRR, peruano, en la ciudad de La Paz, Bolivia, conforme a las formalidades exigidas por la ley boliviana. La pareja cumplió con inscribir su matrimonio en el consulado peruano de La Paz y con autenticarlo en el Ministerio de Relaciones Exteriores peruano, adquiriendo doña EC de R la nacionalidad peruana por matrimonio y adquiriendo libreta electoral y pasaporte peruanos. Poco después fueron a domiciliar a Arequipa, pero olvidaron inscribir su matrimonio en el registro de estado civil de esa ciudad. Procrearon 4 hijos y vivieron públicamente como casados durante más de 30 años en la misma ciudad.

En 1979, 32 años después, el esposo don CRR contrae matrimonio en Tacna con, doña ERO constituyendo un nuevo hogar, también en Arequipa. Cuidaron de inscribir este segundo matrimonio en el registro de estado civil de Arequipa.

Doña EC de R, enterada del segundo matrimonio de su esposo, recurre al registro de estado Civil de Arequipa con los documentos que acreditaban la celebración de su matrimonio con CRR en La Paz, la inscripción en el consulado peruano y en el registro de Relaciones Exteriores, exhibiendo además su libreta electoral y su pasaporte como prueba de su nacionalidad peruana concedida "por matrimonio con peruano".

El registro le niega la inscripción aduciendo que don CRR aparecía en dicho registro como casado con ERO.

La primera esposa interpone demanda en vía ordinaria para que se inscriba en el registro de estado civil su matrimonio celebrado en La Paz, y se declare nulo, por impedimento

6 Adolfo Miaja de la Muela. *Derecho Internacional Privado*. 5ª ed. II Parte Especial, Madrid, Ediciones Atlas, 1970, p. 264.

de vínculo, el matrimonio recientemente contraído por su marido en Tacna con doña ERO.

Los demandados manifiestan en la contestación a la demanda que conforme a los Arts. 63 y 64 del reglamento peruano de los registros de estado civil, el matrimonio celebrado en La Paz entre CRR y EC de R es *inválido al no haber sido inscrito en dicho registro*. Añaden que la inscripción judicial tardía del primer matrimonio que pretende la demandante, es improcedente en cuanto no pueden coexistir válidamente dos matrimonios, y a de preferirse al ya inscrito.

Hacen suyo estos argumentos y declaran infundada la demanda –y por tanto válido el segundo matrimonio de CRR–, tanto el juez de primera instancia como la Corte Superior.

Tuvimos nosotros oportunidad de intervenir en el caso, y llegamos a la conclusión de que el primer matrimonio celebrado en La Paz era válido y existente, y que aún más, surtía efectos en el Perú sin necesidad de la inscripción en los registros de estado civil. Ello porque así lo disponen el Art. 11 del Tratado de Montevideo de 1889 y los Arts. 40 y 41 del Tratado de La Habana (Derecho Civil Internacional), textos que eran los *únicos* aplicables al caso en virtud de los Arts. 101 de la nueva Constitución y 2047, 2050 y 2051 del nuevo Código Civil, que establecen la prevalencia de los tratados internacionales ratificados por el Perú sobre la ley interna peruana (reglamento de registros de estado civil); en respeto a los derechos válidamente adquiridos en otro país, y la aplicación de oficio de las normas de Derecho Internacional Privado.

Efectivamente, el Perú se obligó en los tratados mencionados a reconocer la validez y los efectos de los matrimonios celebrados en Bolivia con la única excepción de las circunstancias que taxativamente enumeran y entre las que no se encuentra la falta de inscripción en el registro de estado civil en el país del domicilio conyugal.

Más aún: en la negada hipótesis que se aplicara el derecho interno peruano y no los tratados internacionales entre Perú y Bolivia, pensamos que el Art. 2076 del Código civil: "la forma del matrimonio se rige por la ley del país de su celebración", tiene prioridad jerárquica y sistemática sobre el reglamento de estado civil, y que dicho artículo nos remite (al igual que hacía el Art. XX del Código Civil de 1936), a la ley boliviana, la que no exige la inscripción para la validez del matrimonio.

Y es que no cabe confundir la *invalidéz* de un acto jurídico con la *suspensión de sus efectos*. No son una misma cosa: el derecho sólo suspende los efectos de actos que en sí mismo existen, y no de actos inexistentes ni nulos que, por definición, y en principio, no tienen efectos.

Además, el requisito de la inscripción no incide sobre la validez del matrimonio, pues no se encuentra entre los requisitos para contraer matrimonio válido ni entre las causales de nulidad del matrimonio (teoría de los impedimentos y teoría de la validez del matrimonio, Arts. 310 del Código Civil de 1936 y 274 del Código Civil de 1984).

La inscripción en el lugar del nuevo domicilio no es tampoco constitutiva del ma-

rimonio ya que ella puede hacerse en cualquier momento: dentro de tres meses desde que la pareja viene a vivir en el Perú (en la actualidad el plazo ha sido recortado), sin mayor trámite; o a través de un procedimiento judicial pasado dicho plazo, o a través de la vía ordinaria, si hay oposición.

Obviamente, si puede inscribirse en cualesquiera de estas etapas, no es la inscripción la que da validez al matrimonio: éste vale y existe antes de la inscripción. Precisamente porque vale y existe, es que puede inscribirse.

El derecho del cónyuge a inscribir un matrimonio válido y vigente no caduca ni prescribe nunca, porque no hay norma que así lo declare y porque la ley peruana favorece la inscripción de los matrimonios válidos y vigentes: de ahí las facilidades que para su inscripción otorga.

Pretender que la exigencia reglamentaria de la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero en los registros de estado civil peruanos, es constitutiva del matrimonio, y que su inobservancia lo convierte en inexistente o nulo sería transformar al Perú en un paraíso de bigamos: todo casado regularmente en el extranjero y que desee contraer segundas nupcias podrá casarse de nuevo en el Perú e inscribir apresuradamente este segundo matrimonio en el registro de estado civil; el primer matrimonio habría desaparecido, como si nunca hubiese existido.

No es ni puede ser así: la validez de un matrimonio celebrado en el extranjero no depende de su inscripción, y el derecho a inscribir un matrimonio válido a fin que surta plenos efectos en el lugar de domicilio, no caduca ni prescribe nunca.

La Corte Suprema, en aplicación de la Constitución y de los Tratados de Montevideo de 1889 declaró válido, y con efectos plenos, el matrimonio celebrado en La Paz y nulo el contraído en Tacna, por cuanto el contrayente era ya casado.

Interesa resaltar de esta experiencia judicial el hecho que tanto los tratados de Derecho Internacional Privado ratificados por el Perú y, sobre todo, los requisitos matrimoniales contenidos en las disposiciones de registro son poco conocidas y requieren de mayor difusión.

La prevalencia de los tratados internacionales sobre la ley interna y la obligación judicial de aplicarlos de oficio quedó expresada en los Arts. 2047 y 2051 del nuevo Código civil.

Sin embargo, la obligación de inscribir los matrimonios celebrados en el exterior en el Registro Consular peruano del país de la celebración, de autenticarlo en Relaciones Exteriores y de inscribirlo en el registro de estado civil del lugar del domicilio en el Perú, continúa pasando desapercibida, ocasionando no pocos problemas respecto a los efectos civiles de tales matrimonios, incluyendo los hereditarios. Tal vez la solución hubiera sido incorporar tal obligación en las normas de derecho de familia internacional del Libro X del

nuevo Código Civil. Lamentablemente, nuestra propuesta en tal sentido no encontró acogida dentro de la Comisión Revisora.

9. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO Y EL FRAUDE A LA LEY

La tendencia actual en los países americanos es regular el matrimonio —capacidad nupcial y requisitos de forma—, por la ley del lugar de su celebración, a fin de facilitar la validez de dicho acto jurídico.

La regulación de todos los requisitos del matrimonio por la ley de la celebración permite que los contrayentes "ubiquen" el lugar que mejor les convenga, es decir, el país cuya ley no exija los requisitos que sí exige la ley de sus domicilios y que no podrían cumplir. De esta manera "salvan" los impedimentos que obstaculizaban su matrimonio.

La excepción "in fraudem legis" funciona precisamente cuando los interesados provocan intencionalmente la realización del factor vinculante a determinada ley (en este caso la celebración), que les es más favorable, evadiendo la ley "naturalmente" aplicable, por lo general, la de sus domicilios. Ello, se dice, constituye un fraude a esta ley y debe ser sancionado aplicándose a la relación de la ley evadida y no la artificiosamente provocada.

Sin embargo, analizando el asunto en estricto sentido, no puede calificarse en este caso un fraude a ley alguna: la evadida no puede ser la ley del domicilio, pues el Derecho Internacional Privado no la señala como la aplicable a la capacidad matrimonial; ni tampoco podemos considerar que se evada la ley del lugar de celebración, pues a ella sí se sujetan los contrayentes.

Como ya hemos señalado anteriormente, los Estados Unidos de Norteamérica y varios países latinoamericanos prefieren favorecer la validez del matrimonio, en vista que se trata de un acto jurídico generador de tan importantes y duraderas consecuencias. Por ello la tendencia actual se proyecta a regularlo por la ley del país donde se celebra, y no por las leyes personales de los contrayentes.

Por otro lado, expresa Quintín Alfonsín "no se estima como una lesión a la sociedad a la que pertenecen los contrayentes, el hecho de que éstos puedan casarse en el lugar que mejor les convenga. Cualquiera que sea el lugar de la celebración, los impedimentos fundamentales impuestos por la civilización occidental lo mismo se han de observar; y si no se observara algún otro impedimento que la sociedad a la que pertenecen los contrayentes considera inexcusable, a esta sociedad le queda el recurso de oponer la excepción de orden público internacional"⁷.

El Art. 159 del Código Civil argentino, por ejemplo, descarta abiertamente la excepción del fraude a la ley, expresando que: "La validez del matrimonio, no habiendo ninguno

7 Alfonsín Quintín, *op. cit.*, p. 34.

de los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 Art. 166, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubieran dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen".

Lazcano y Goldschmidt opinan, sin embargo, que el artículo transcrito sí recoge el fraude a la ley respecto a los incisos que señala y que los requisitos contenidos en ellos se rigen por la ley del domicilio.

El Código Civil peruano, aunque descartó del proyecto el artículo que regulaba el fraude a la ley, distingue como hemos visto, a los requisitos de fondo o capacidad nupcial de los requisitos formales, regulando éstos por la ley del lugar de celebración y aquéllos por la del domicilio de cada cónyuge, criterio que imposibilita el fraude a la ley en base al lugar de celebración, en lo que a capacidad nupcial se refiere.

Pese a ello, podría alegarse fraude a la ley peruana si se provoca artificialmente el cambio de domicilio, con la intención de evadir los impedimentos de fondo impuestos por la ley peruana (lugar del domicilio anterior), y que no contiene la ley del nuevo domicilio.

En nuestra opinión, si el nuevo domicilio ha sido adquirido regularmente, conforme a la ley del nuevo domicilio, no procedería la excepción *in fraudem legis*. En primer lugar, porque es nuestro propio Derecho Internacional Privado el que señala aplicable a la capacidad nupcial, la ley del domicilio; en segundo lugar, porque la Comisión Revisora expresamente descartó el artículo del Proyecto que instituía el fraude a la ley; y por último, en consideración a lo dispuesto en el Tratado de Montevideo de 1889 ratificado por el Perú y cuyo artículo 11 rechaza el fraude a la ley.

Además, quedará siempre expedita la excepción de orden público internacional si, amparados por la ley del nuevo domicilio, los contrayentes incumplieran algún requisito que el Perú considera inexcusable.

10. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO Y EL ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL

Lor requisitos que exige el derecho familiar interno peruano son todos de orden público interno y deberán ser cumplidos por los que contraen matrimonio conforme a la ley peruana.

Sin embargo, y aquí seguimos a Quintín Alfonsín, los Estados confieren especial importancia a algunas de estas condiciones (las de orden público internacional), siendo su acatamiento inexcusable dentro de sus territorios, aun por parte de los matrimonios sujetos a una ley extranjera; y a la inversa, desechan algunas condiciones establecidas por leyes extranjeras que no pueden ser observadas dentro de sus territorios:

a) La ley peruana exige, por ejemplo, la dispensa judicial a los contrayentes varones im-

púberes menores de 18 años y mayores de 16⁸; el plazo de 300 días a la viuda que contrae segundas nupcias, la aprobación de las cuentas del tutor o curador antes de contraer matrimonio con el menor o incapaz, etc.

Estos requisitos son de orden público **interno**, y deben cumplirse por quienes contraigan matrimonio con sujeción a la ley peruana. Pero no son de orden público **internacional** y no obstan por consiguiente, a que dos personas celebren en territorio peruano un matrimonio con arreglo a una ley extranjera sin cumplir tales requisitos que la ley extranjera, por su parte, no exige. Ni obstan a que el Perú reconozca como válidos dentro de sus fronteras los matrimonios que fueron contraídos en el exterior con arreglo a una ley extranjera sin cumplir tales condiciones *.

- b) Por otra parte el derecho interno peruano exige que ninguno de los contrayentes estén casados, que no sean parientes consanguíneos ni afines en línea recta, que no sean hermanos, que sean de distinto sexo... Estos requisitos son de orden público interno e internacional. Por tanto, obstan a que dos personas contraigan matrimonio con arreglo a la ley peruana sin cumplir con tales condiciones. Impiden así mismo que dos personas celebren matrimonio en territorio peruano con arreglo a una ley extranjera sin observar dichos requisitos que la ley extranjera, por su parte, no exige. Y obstan a que el Perú que el Perú admita como válido dentro de sus fronteras un matrimonio que fue contraído en el exterior con arreglo a una ley extranjera sin cumplir esas condiciones.
- c) La ley interna peruana fija la edad mínima para casarse válidamente en 16 y 14 años para varón y mujer, respectivamente (con dispensa); pero no se siente vulnerada porque un matrimonio sujeto a una ley extranjera deba ser contraído entre personas de mayor edad.

Por ello, si debiera celebrarse en el Perú un matrimonio sujeto a una ley extranjera que exigiera 20 años, esta condición tendrá que ser cumplida, y si hubiera que considerar el reconocimiento de una sentencia extranjera que declara nulo el matrimonio contraído en el Perú con sujeción a la ley extranjera (que exige 20 años), en base a que los contrayentes tenían 18, la invalidez sería reconocida.

La ley peruana rechaza, por otra parte, que un matrimonio, aunque sujeto a una ley extranjera, no pueda celebrarse por diferencia de raza entre los novios, por estado militar, por distinta religión...

Si hubiera entonces que celebrar en el Perú un matrimonio sujeto a una ley extranjera y ésta impusiera tales impedimentos, no podrían ser cumplidos. Y si se tratara de reco-

8 Presumimos que el Art. 241 inc. 1) del Código Civil se refiere, en cuanto a la dispensa judicial del varón, a los impúberes menores de 18 años y mayores de 16, aunque, en realidad, no señala expresamente el límite máximo de la pubertad. Explica esta importante omisión el Dr. Héctor Comejo Chávez en su Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Familia del Código Civil de 1984 en Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, t. IV, Grafotécnica Editores, Lima, 1989.

* Ver comparativamente: Quintín Alfonsín, op. cit., p.24.

nocer eficacia a una sentencia extranjera que invalida el matrimonio regulado por una ley extranjera en base a la violación de uno de estos impedimentos, la sentencia no podría ser reconocida en el Perú⁹.

Son muy difíciles de precisar tanto los requisitos impuestos por el derecho peruano interno con carácter de orden público internacional, como los requisitos impuestos por las leyes extranjeras y rechazados en el Perú en base a la excepción de orden público internacional.

Por lo general, suponen una discriminación que repugna a la comunidad internacional actual y, más concretamente, podríamos visualizarlos en los tratados internacionales de Derecho Internacional Privado que intentan determinarlos, como veremos más adelante.

Al margen del ámbito de aplicación de los tratados internacionales, es posible que un matrimonio válido en el lugar donde se celebró no sea efectivamente válido en todos los demás países, ya que no le reconocerán validez los países que califiquen como de orden público internacional ciertos requisitos que no fueron cumplidos en el país de la celebración.

A este efecto es típico el ejemplo del matrimonio que un sacerdote celebra en cierto país que, aunque internacionalmente válido, no será reconocido en los Estados que estiman de orden público internacional el *impedimentum ordinis*, del mismo modo que "un matrimonio poligámico celebrado en donde es lícito, tampoco será reconocido en el Uruguay, aunque sea internacionalmente válido"¹⁰.

La mejor solución a esta nebulosa y diferente conceptualización del orden público consiste, obviamente, en lograr uniformidad legislativa en todos los países respecto a los requisitos o impedimentos matrimoniales. Con tal uniformidad desaparecerían los "Conflictos de leyes" en esta materia, y los matrimonios celebrados conforme a la ley de cualquier país, serían válidos en todos los demás (que tendrían la misma ley en sus territorios).

Pero conciliar diferencias religiosas, políticas y sociales tan enormes como las que existen actualmente entre los países es labor imposible, por el momento.

Sin embargo, sí es posible una solución intermedia, que consistiría en el compromiso de todos los países —vía tratado o convenio internacional—, de reconocer validez a todos los matrimonios contraídos conforme a la ley del lugar de su celebración y que cumplan, además, ciertos requisitos internos establecidos en una norma concreta o material incluida en el mismo tratado.

Aún esta solución, requiere de una estructura social y religiosa similar entre los Estados que suscribieran el tratado. De todos modos constituye un paso adelante, pues el matrimonio celebrado en cualquiera de los Estados-parte y que respete dichos requisitos, ten-

9 Ver comparativamente: Alfonsín Quintín, *op. cit.*, p. 25.

10 Alfonsín Quintín, *op. cit.*, p. 35.

drá asegurado el reconocimiento de su validez en los demás Estados-partes y no quedará expuesto a la excepción de orden público internacional en ninguno de ellos.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 contiene una norma que se acerca al criterio propuesto anteriormente:

"Art. 11.- La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rigen por la ley del lugar en que se celebra. Sin embargo, los Estados signatorios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiese celebrado en uno de ellos, cuando se halle afectado de alguno de los impedimentos siguientes:

- a) Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimum catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;
- b) Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;
- c) Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;
- d) Haber dado muerte a uno de los cónyuges, sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite;
- e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Como se nota, el tratado regula la capacidad nupcial y la forma del matrimonio por una sola ley: la del lugar de celebración.

La capacidad para contraer matrimonio es, según el tratado, distinta a la general, y no se rige por el Art. 1 del tratado, que señala: "La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio"

A tenor del Art. 11 y de las actas correspondientes, el Perú y los demás Estados-partes del tratado están obligados a reconocer validez a los matrimonios contraídos conforme a la ley del lugar de celebración y que cumplan con los cinco requisitos exigidos en el mismo artículo. No podrán tampoco desconocer su validez por razones de orden público internacional.

Por tanto, en las relaciones matrimoniales internacionales regidas por el Tratado de Montevideo, el Perú podrá desconocer validez al contraído en otro Estado contratante por un varón menor de 14 años... pero reconocerá validez al matrimonio de un varón de 15 años contraído conforme a la ley extranjera del lugar de celebración aunque, según el derecho del Perú (lugar del domicilio), dicha edad resulte insuficiente.

No cabe tampoco, según el tratado, fraude a la ley del domicilio de los contrayentes, pues ésta no es la que rige la capacidad nupcial ni la forma del matrimonio.

El Art. 40 del Código de Bustamente dispone, por su parte, que: "Los Estados contratantes no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en cualquiera de ellos, por sus nacionales o por extranjeros, que contrarie sus disposiciones relativas a la necesidad de la disolución de un matrimonio anterior, a los grados de consanguinidad o afinidad respecto de los cuales exista impedimento absoluto, a la prohibición de casarse establecida res-

pecto a los culpables de adulterio en cuya virtud se haya disuelto el matrimonio de uno de ellos, y a la misma prohibición respecto al responsable de atentado a la vida de uno de los cónyuges para casarse con el sobreviviente, o a cualquiera otra causa de nulidad insubsanable.

Y el Ar. 41 del mismo tratado expresa: "Se tendrá en todas partes como válido en cuanto a la forma el matrimonio celebrado en el que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe. Sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin observar esa forma".

El Tratado de La Habana, a diferencia del de Montevideo, regula la capacidad nupcial de los contrayentes por su ley personal (Art. 36), pero hace aplicable la ley local en cuanto a los impedimentos que ella establezca y que no sean dispensables (Art. 38). La ley del lugar de la celebración nupcial es aplicable a la forma del consentimiento (Art. 38), y la forma del acto nupcial, con la salvedad que permite a los Estados que exigen una ceremonia religiosa, no reconocer la validez de los matrimonios contraídos por sus nacionales en otro Estado si no se observara esa forma (Art. 41).

Con lo anteriormente señalado es fácil percatarse la distinta regulación internacional del matrimonio en el Perú, según resulte aplicable al caso concreto, el Tratado de Montevideo o el de La Habana, o el Código Civil de 1984.

En efecto, si la relación matrimonial internacional cae dentro del ámbito de aplicación del Tratado de Montevideo, por ejemplo, el matrimonio en cuanto a la capacidad nupcial y a los requisitos de forma se regirá por la ley del lugar de celebración, y sólo se podrá oponer la excepción de orden público internacional a los enlaces que incumplan con alguno de los requisitos taxativamente señalados en el Art. 11.

Si, en cambio, la relación matrimonial internacional debe ser regulada por el Libro X del Código Civil peruano o por el Código de Bustamante, habrá que distinguir entre los requisitos que atañen a la capacidad nupcial y los requisitos que atañen a la forma, para regular los primeros conforme a la *lex domicilii*, y los segundos conforme a la *lex loci celebrationis*.

La excepción de orden público internacional tendrá, además, distinto contenido y alcance, conforme a lo dispuesto en el Art. 40 del Código de Bustamante ya citado, o al derecho peruano, si su Derecho Internacional Privado fuera el aplicable.

V. EL FIN DE LA FAMILIA

**LA AUSENCIA Y SUS EFECTOS EN RELACION
CON LA FAMILIA**

Carlos Enrique Becerra Palomino

"La ausencia tiene importantes repercusiones en el orden familiar del ausente" *.

PRESENTACION

El Código Civil de 1984 ha regulado en forma sistemática la "Ausencia", en el Libro I Título Sexto, que comprende la desaparición y la declaración de ausencia. Se han superado de esta forma las deficiencias del Código Civil de 1936 en este campo. La singularidad de nuestro Código, frente a la legislación comparada, se manifiesta en el hecho de que se legisla la muerte presunta en el Título VII que corresponde al Fin de la Persona.

Si bien por lo general la regulación de la ausencia se orienta básicamente a la protección del patrimonio del ausente, resultan obvias sus implicaciones en el ámbito familiar. De allí que hemos tratado de aproximarnos a las instituciones del Derecho de Familia que tienen mayor relación con el tema. El primer capítulo se refiere a los aspectos generales de la ausencia y el segundo a sus efectos en relación con la familia.

Con este ensayo nos adherimos a la iniciativa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú de rendir homenaje con la edición del presente libro, al doctor Héctor Cornejo Chávez, ilustre maestro y jurista, cuya autoridad en el campo del Derecho de Familia es ampliamente reconocida.

* SERRANO y SERRANO, Ignacio. *La ausencia en el Derecho Español. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1943. p. 267.*

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA AUSENCIA

1. TRATAMIENTO DOCTRINARIO

1.1. NOCION

El sentido jurídico de la ausencia surgió a través del Código Civil Francés (Code o Código de Napolcón), en 1804, que hizo sobre ella la primera regulación sistemática, apoyándose en lo que se había desarrollado hasta entonces¹.

Planiol - Ripert y los Mazeaud diferencian al ausente del no presente; los primeros dicen: "el ausente se distingue del no presente en que su existencia es dudosa" y, los segundos: "no se debe confundir al ausente con aquél que solamente no está presente"². Como podemos

-
- 1 Según Alfredo Orgaz el Derecho Romano "no conoció la institución de la ausencia ni, mucho menos, consagró ninguna presunción de fallecimiento". Sin embargo, una corriente interpretativa de las fuentes romanas sostiene la existencia de una verdadera teoría sobre la ausencia en base a pasajes del Digesto (D. 2, 8, 12 y 13; 50, 16, 199), la Novella (N. 22, 7) y en el *jus postliminii*. En el antiguo derecho español existen algunas disposiciones relacionadas con la ausencia, entre las que cabe mencionar el Fuero Juzgo (F.J. 3, 2, 6) y la ley de las Siete Partidas (S.P. 3, 2, 12; 3, 14, 14; 4, 1, 8). Véase: ORGAZ, Alfredo. *Derecho Civil Argentino. Personas Individuales*. Buenos Aires; De Palma, 1946, p. 54. SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *La Ausencia en el Derecho Español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943, p. 12. GARCIA GOYENA, Florencio *Concordancias Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid, Sociedad Tipográfica, 1852 pp. 290-291. SILVA V., Armando. "Ausencia". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina S.R.L., 1984. T.I. P. 940. KRIEGEL, HERMANN Y OSSENBRUGGEN *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Imprenta de Redondo y Xumetra Barcelona 1897 T. I, p. 13 y 260, T. III, p. 936. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Fuero Juzgo en Latín y Castellano*. Madrid, Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1815, p. 51. LOPEZ, Gregorio *Las Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso El Sabio*. Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1843. T. II. p. 173 y 473.
 - 2 PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana: Cultural, 1927 - 1935. T. I. P. 38. MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América. 1965 T. I. Vol. II p. 13.

observar, en sentido material o común, la ausencia es una falta de presencia y, en sentido técnico-jurídico, como también lo señala Albaladejo, "la persona está ausente, no cuando simplemente no está presente o falta de su domicilio o residencia, sino cuando, habiendo desaparecido se carece de noticias suyas" Para Castán la *ausencia propiamente dicha* es "la del que se halla fuera de su domicilio desconociéndose su paradero y su existencia". Moisset de Espanés asevera que frente al concepto amplio de ausencia "tenemos la ausencia en sentido técnico, es decir calificada por alguna circunstancia particular, en virtud de la cual la ley atribuye determinadas consecuencias jurídicas"³.

Además, para que se configure la ausencia es menester que no exista representante del ausente con facultades. Si tiene representante, afirma Ramírez Valenzuela, "no se podrá considerar ausente a esa persona, sino presente para tales efectos"⁴. Asimismo, son muchos los autores que en su definición de ausencia agregan un nuevo elemento: la incertidumbre sobre la existencia. Rescigno expresa que: "... decisiva es entonces, la ignorancia sobre el hecho mismo de la existencia de la persona, más que la ignorancia del lugar donde ella se encuentra."⁵.

En síntesis, podríamos aseverar que, jurídicamente, la ausencia se refiere a la situación de una persona que: a) no se encuentra en el lugar de su domicilio, b) se ignora su paradero, c) carece de representante suficientemente facultado y d) respecto de quien puede llegar a dudarse sobre su existencia con el transcurso del tiempo.

1.2. Etapas

El tratamiento doctrinario de las etapas de la ausencia se desarrollará teniendo en cuenta la sistemática seguida por nuestro Código: a) desaparición y b) declaración de ausencia.

-
- 3 ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil - Introducción y Parte General*. Barcelona, Bosch, 1983
CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español y Foral*. 14ª Edición. Revisada por José Luis de los Mozos. Madrid, REUS S.A. 1987. Tomo I. Vol. II. p. 320-321. MOISSET DE ESPANES, Luis. "Ausencia y Desaparición". En: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires. Junio 12 de 1975. p. 1. Véase también: OGAYAR Y AYLLON, Tomás. *La Ausencia en Derecho Sustantivo y Adjetivo*. Madrid. Editorial REUS S.A. 1936. p. 6. OGAYAR AYLLON, Tomás y LETE DEL RIO, José Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. 2ª Edición. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado 1985. Tomo IV. p. 2. PUIG PEÑA, Federico. "Ausencia". En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona. Francisco Seix, Editor. 1989. Tomo III. p. 115.
 - 4 RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro. *Elementos de Derecho Civil*. México, Limusa, 1984. P. 65.
 - 5 RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli, Casa Editrice Eugenio Jovene, 1984. p. 133. (Traducción libre). Asimismo véase: COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México: Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1938. p. 196 y 197. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979 T. II, p. 136. GARCIA AMIGO, Manuel *Instituciones de Derecho Civil I Parte General*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979 p. 345. ESPIN CANOVAS, Diego *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982 Vol. I p. 351. DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. 4ª ed. México, Porrúa, 1970. Tomo II, p. 217.

La legislación comparada no sigue un criterio uniforme sobre este particular, lo cual puede apreciarse tanto en el Code, el B.G.B., el Código Civil italiano⁶ y otros Códigos europeos⁷, cuanto en los Códigos chileno, argentino y brasileño⁸ y otros latinoamericanos⁹.

1.2.1. Desaparición

Entre la diversidad de concepciones existentes en la doctrina respecto al término "desaparición", podemos referirnos a las tres más importantes.

En primer lugar, se considera a la desaparición como una institución independiente

-
- 6 El Code distingue tres periodos: la presunción de ausencia, la ausencia declarada y la posesión definitiva. Sin embargo, en el modelo francés el desaparecido es aquél cuya desaparición se produjo en circunstancias de grave peligro para su vida (por lo cual "existe casi la certeza de que ha muerto"), en tanto que el ausente, es el "individuo del que no se sabe si está vivo o ha muerto" (MAZEAUD, Henry, Léon y Jean. *Op. cit.* Parte I. Vol. II. P. 12 y ss). Así, en la legislación francesa cabe la posibilidad de declarar la presunción de muerte respecto del desaparecido pero no del ausente. El modelo alemán prevé, por un lado, la curatela de ausentes (art. 1911 del BGB), según la cual "el mayor de edad ausente cuyo paradero es desconocido tendrá un curador para sus asuntos patrimoniales siempre que sea necesario ocuparse de estos" (ENNECERUS, KIPP Y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil Barcelona, Bosch, 1979. T. IV - 2, p. 448 y ss.*) y, por otro lado, la declaración de muerte por razón de ausencia, en la cual se distingue la ausencia en general (artículo 14), derivada de la carencia de noticias durante un plazo prolongado de tiempo, y la ausencia calificada (artículos 15 al 17), constituida por los casos de desaparición en circunstancias de peligro para la vida. El modelo italiano, distingue tres periodos: desaparición (cuyo efecto es el nombramiento de un curador), declaración judicial de ausencia (que origina la posesión temporal de los bienes del ausente a sus sucesores) y declaración de muerte presunta (que concede a los herederos del ausente el ejercicio de los derechos sucesorios) (MESSINEO, Francesco *Op. cit.* T. I, p. 136).
 - 7 Entre otros Códigos europeos de nuestro sistema latino descamos hacer referencia a los de España, Suiza y Portugal. En el C. C. Español puede observarse tres etapas en la regulación de la ausencia: la de hecho, la legal y la declaración de fallecimiento. El C.C. Suizo contempla, por un lado, en sus artículos 392 y 393 la curatela en caso de ausencia y, por otro lado, la declaración de desaparición, que permite hacer valer los derechos derivados de la muerte del desaparecido como si su muerte hubiera sido probada (arts. 35 a 38). El C.C. portugués regula la ausencia en tres etapas: curatela provisoria, curatela definitiva y muerte presunta (arts. 89 a 121).
 - 8 El Código chileno regula la ausencia dentro de la "Presunción de muerte por desaparecimiento", distinguiéndose la mera ausencia, la posesión provisoria y la posesión definitiva. El Código argentino, de acuerdo a la modificación de la Ley 14.394 (Ausencia con presunción de fallecimiento), distingue: un período de declaración de ausencia, en el cual se designa curador de bienes al desaparecido (arts. 15 al 21); y, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, cuyo efecto principal es dar lugar a la apertura de sucesión del ausente (arts. 22 al 33). El Código brasileño establece: curatela de ausentes (cuyo efecto es el nombramiento de un curador de bienes), sucesión provisoria (se produce la apertura provisoria de la sucesión con prestación de garantías) y sucesión definitiva (se levantan las garantías otorgadas).
 - 9 Respecto a otros Códigos latinoamericanos, descamos hacer mención a los siguientes: el C.C. boliviano regula, bajo el título de ausencia, dos situaciones: la declaración de ausencia (que incluye el nombramiento de curador), y la declaración de fallecimiento presunto. El C.C. de Costa Rica considera medidas provisionales anteriores a la declaración de ausencia (consistentes en el nombramiento de un curador), la declaración de ausencia (origina la posesión provisional de los bienes del ausente) y la presunción de muerte (da lugar a la posesión definitiva de los bienes). El C. C. de Paraguay (v. 1987), prevé una curatela de bienes para la persona que se ausentare o desapareciere de su domicilio (Art. 272) y, establece la declaración de desaparición con presunción de fallecimiento, que da lugar a la posesión definitiva de los bienes del

vinculada a las situaciones de catástrofe o de peligro para la vida. Esta concepción se originó en Francia como complemento del régimen de la ausencia¹⁰.

En segundo lugar, se asimila el término desaparición al de ausencia, utilizándose ambos indistintamente¹¹.

En tercer lugar, se entiende a la desaparición como una de las etapas de la ausencia pero diferenciada de la declaración de ella. Dentro de este criterio se inscriben la mayoría de los autores contemporáneos y es la tendencia de la legislación comparada más reciente.

En este sentido, lo expresado por Messineo resulta significativo: "Por desaparición en sentido técnico-jurídico, se entiende, no el simple hecho del abandono o alejamiento del último domicilio, o de la última residencia, por parte del sujeto: es necesario además, que falten noticias de él, de manera que sea incierto si vive todavía"¹².

Diez Picazo y Gullón y Lete del Río¹³ no sólo consideran la condición de desaparecido, sino además el elemento falta de noticias. Fernández Sessarego agrega que: "... la desaparición no se configura si la persona tiene representante con facultades suficientes"¹⁴.

Así pues, los elementos de la desaparición son: 1) falta de presencia en el lugar del domicilio o residencia; 2) ignorancia del paradero de la persona y carencia de noticias; 3) no existencia de representante con facultades suficientes; y, 4) no requerirse de plazo alguno.

Respecto a la incertidumbre sobre la vida de la persona desaparecida -a la que alude Messineo-, creemos que ella no es elemento de la desaparición, debido a que por la inmediatez de su falta de presencia no hay razón para que exista una duda oficial sobre su vida. Esta incertidumbre se irá formando con el transcurso del tiempo.

La desaparición no requiere una declaración judicial, sino que ante el hecho¹⁵ de la

desaparecido (arts. 63 a 72). El C. C. cubano (v. 1988), con las particularidades inherentes a otro sistema jurídico, regula la ausencia en dos etapas: la declaración judicial de ausencia (da lugar a la designación de un representante) y la declaración de muerte presunta (permite a los interesados ejercitar los derechos que les correspondan a la muerte del desaparecido).

10 MAZEAUD, Henry, Léon y Jean. *Op. cit.* T. I Vol. II p. 19.

11 DE CASSO Y ROMERO, Ignacio y CERVERA JIMENEZ-ALFARO, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado*. Madrid; Labor, 1950. T. I. pp. 1541-1542.

12 MESSINEO, Francesco *Op. cit.* T. I p. 136.

13 DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 3ra. Ed. Madrid, Tecnos, 1979. T. I. p. 326. LETE DEL RIO, José *Derecho de la Persona*. Madrid, Tecnos S.A., 1986, p. 144.

14 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos *Derecho de las personas*. 3ra. Ed. Lima, Studium. 1988, p. 116.

15 ESSU, Marinella "L'Assenza e la Dichiarazione di Morte Presunta". En: *Tratatto di Diritto Privato*. Torino: Utet, 1982. Tomo 2. Pp. 435-436. MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.* Tomo II. p. 136.

desaparición comprobada por el juez y al no tener el desaparecido representante con facultades suficientes, se procede al nombramiento de alguien que se haga cargo de sus asuntos.

La institución se justifica en el deber del Estado de cautelar el patrimonio del desaparecido que se encuentra sin que nadie lo atienda y puede verse perjudicado debido a lo imprevisto de su alejamiento. Como bien lo expresara García Goyena "... hay también un interés público en que las propiedades no estén por demasiado tiempo en el abandono e incertidumbre"¹⁶. Borda asevera que "... esa persona puede haber dejado bienes, que es necesario conservar y que no podrían quedar abandonados sin grave perjuicio personal y aun social"¹⁷.

1.2.2. Declaración de Ausencia

García Amigo, asevera que tratándose de ausencia legal "entramos en una situación jurídica, producida por un acto jurídico —la declaración del juez— y regulada por la ley"¹⁸. La mayoría de los autores se refieren a ella como el segundo periodo de la institución de la ausencia, en el cual adquiere su sentido técnico. En cuanto a sus elementos configurativos —señalan—, en primer lugar, la falta de noticias sobre el desaparecido y, en segundo lugar, la incertidumbre sobre su existencia originada por el transcurso del tiempo¹⁹.

Por tanto, la incertidumbre, considerada por algunos como elemento de la desaparición, recién se consideraría tal tratándose de la ausencia declarada.

Es decir, la ausencia declarada se configura por: a) la no presencia y la carencia de noticias (desaparición); b) la incertidumbre sobre la existencia producto del transcurso del tiempo; y, c) la resolución judicial.

En síntesis, como asevera Marinela Essu, la doctrina predominante considera a la declaración de ausencia como situación de derecho frente a la desaparición, que es entendida como situación de hecho²⁰.

16 GARCIA GOYENA, Florencio. *Op. cit.* p. 290. Refiriéndose a nuestra legislación, J. de Belaunde, expresa que "lo que le preocupa claramente a la ley es que los bienes, los intereses de la persona que ha desaparecido no queden sin cuidado" DE BELAUNDE, Javier "Exposición del doctor Javier de Belaunde López de Romaña sobre el Libro I del Código Civil de 1984: Derecho de las Personas". En: *El Derecho. Arequipa: Colegio de Abogados de Arequipa*, 1985. p. 123.

17 BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I*. 3ra. Ed. Buenos Aires, Perrot, 1987. P.266.

18 GARCIA AMIGO, Manuel *Op. cit.* p. 351.

19 CLEMENTE DE DIEGO, Felipe *Instituciones de Derecho Civil Español*. Madrid, 1959. P. 227. ESPIN CANOVAS, Diego. *Op. cit.* T. I. P. 356. MAZEAUD, *Op. cit.* Parte Primera Vol. II. Pp. 14 y 15.

20 ESSU, Marinella. *Op. cit.* Pp. 435 - 436. MESSINEO, Francesco. *Op. cit.* T. III. P. 136 - 137.

2. LEGISLACION NACIONAL

2.1. Antecedentes

Nuestro derecho civil ha regulado a través de todas sus codificaciones el régimen de la ausencia, aunque no diferenciaba claramente las etapas en que ahora ella se divide. Llama la atención que los Códigos Nor - Peruano de 1836²¹ y de 1852²² tuvieron una regulación más completa que la contenida en el Código Civil de 1936. Asimismo es importante destacar los proyectos de Vidaurre²³ y de 1890²⁴.

En efecto, el Código de 1936 era pobre en el tratamiento del tema. La terminología era confusa y el texto carecía de sistemática. La crítica de la doctrina nacional es coincidente en

-
- 21 Durante la Confederación Perú-Boliviana, el General Santa Cruz se propuso modernizar la legislación vigente en ambos países, para cuyo efecto expidió el Código Civil por Decreto de 1.º de noviembre de 1836. Este Código, el Penal y el de Procedimientos no fueron bien acogidos por los peruanos, quienes los calificaron como los "Códigos bolivianos". Fueron derogados por el general Orbegoso, mediante Decreto de fecha 31 de julio de 1838. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. **La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX**. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1979. Pp. 159 y 160). El C. C. Nor-Peruano realiza un tratamiento muy amplio sobre la ausencia (28 artículos) dentro del Título IV denominado "De los Ausentes", en el Libro I "De las Personas" (Arts. 55 al 83). Este cuerpo legal contempla dos momentos: la ausencia presunta y la declaración de ausencia. Asimismo, se encuentran regulados los efectos de la muerte presunta tales como la posesión definitiva de los bienes, extinción de la fianza, etc., lo que nos lleva a afirmar que este Código trató la ausencia en tres fases, aunque no explícitamente, siendo ellas la presunta ausencia (regulada actualmente como desaparición), la declaración de ausencia y la muerte presunta.
 - 22 El Código de 1852 regula la ausencia en el Libro I "De los vecinos y ausentes", desde el artículo 56 al 82 (26 artículos entre los que se hallan el 71 y 72 que se refieren a muerte presunta). Basadre señala que, si bien para algunos en el Código hay una "recepción mecánica" del Código francés, las diferencias entre ambos "son resaltantes en múltiples tópicos", entre los cuales menciona el caso de la ausencia. (BASADRE, Jorge. **Historia del Derecho Peruano** 2da. Ed. Lima: Edigraf, 1984. Pp. 362 a 373). A.G. Comejo distingue cuatro períodos: 1.- presunción de ausencia, 2.- ausencia legal, 3.- presunción de vida, y 4.- presunción de muerte. (CORNEJO, Angel Gustavo **Comentarios al Código Civil de 1852**. Chiclayo: Dionisio Mendoza, 1921. p. 69). J. T. Pacheco criticaba la distinción establecida en este Código entre tres tipos de ausencia: 1) los que se hallen fuera de su domicilio ordinario, pero dentro de la República y en lugar conocido; 2) los que se hallen fuera de la República en lugar también conocido; y 3) aquéllos cuyo domicilio se ignora absolutamente, dentro o fuera de la República. (PACHECO, Toribio. **Tratado de Derecho Civil Lima**: Imprenta del Estado. 1872. Tomo I. Pp. 139 y 142.)
 - 23 El Proyecto de Vidaurre hace alusión directa e indirecta a la ausencia, e inclusive a la presunción de muerte, en varios artículos. Sin embargo, no contiene una regulación específica de esta institución, refiriéndose únicamente a la curatela de bienes de los ausentes y a la ausencia en determinados supuestos sin establecer cuando debe considerarse a la persona como ausente. En nuestra opinión, Vidaurre, si bien no ha alcanzado el renombre de los grandes codificadores latinoamericanos del siglo XIX, como Andrés Bello, Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield, fue un jurista que requiere ser revalorado, aunque su proyecto de C. C. no se concretara.
 - 24 El proyecto de 1890 contiene un Título denominado "De los Ausentes" que regula este tema en 28 artículos, en el cual puede apreciarse tres etapas. Por un lado, se regula la administración de los bienes del ausente, la que tiene lugar cuando un mayor de edad se halla fuera de su domicilio seis meses cumplidos o más y no hay apoderado, no exigiéndose que se carezca de noticias sobre su paradero (Art. 183); por otro lado, se establece la posesión de los bienes del ausente a sus herederos testamentarios o legales en dos casos: cuando no se tiene noticia de éste durante cinco años (Art. 192) y cuando la persona ausente está incurso en situaciones de peligro

el cuestionamiento²⁵. Cabe destacar en este Código tres inexactitudes: en primer lugar, se identifica impropriamente los términos "ausencia" y "desaparición", atribuyéndoles las mismas consecuencias jurídicas²⁶. En segundo lugar, se considera al ausente como un incapaz absoluto lo cual carece de fundamento, puesto que la ausencia no modifica la capacidad.²⁷ Finalmente, no se establece en qué casos procede declarar judicialmente la ausencia²⁸.

2.2. Legislación Vigente

El Código Civil peruano de 1984 en el Libro I, Título VI, divide la ausencia en dos etapas: desaparición y declaración de ausencia, como lo hemos señalado. El ponente de dicho Libro, Dr. Fernández Sessarego, afirma que se trata de una innovación sistemática en nuestra normatividad civil²⁹ y que "el Título Sexto responde, en alguna medida, a una inspiración

para su vida. (Art. 193) Finalmente, se refiere a la muerte presunta al establecer que el poseedor de los bienes del ausente puede pedir se le declare dueño condicional de los mismos, si acredita que, sin tenerse noticia cierta del ausente, ha transcurrido el tiempo suficiente para que éste haya cumplido ochenta años (Art. 203). En este proyecto es importante mencionar que ha previsto el caso de ausencia del menor de edad (Art. 185).

- 25 "No se llegó por consiguiente a estructurar un sistema integral. Los artículos 590, 611 y 612 (...), son insuficientes para configurar el régimen sustantivo de la ausencia". LANATTA, Rómulo **Derecho de Sucesiones** Lima, Editorial Desarrollo S.A. 1983, p. 160. J. de Belaúnde dice que "el tratamiento del tema de la ausencia y la desaparición y de la muerte presunta en el C.C. del 36 es verdaderamente caótico". DE BELAUNDE, Javier. *Op. Cit.* P. 120. Véase asimismo las notas (26), (27), (28).
- 26 "El C.C. de 1936 no distinguía ni los alcances ni las consecuencias jurídicas de la desaparición y de la ausencia. (...) lo cual ha sido superado por el Código vigente. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos "La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984". En: **Para Leer el Código Civil II**. Lima, Pontificia Universidad Católica, 1985, T. II, p. 35. (De acuerdo a la sistemática del Título VI del Libro I del Código vigente, la ausencia comprende la desaparición y la declaración de ausencia).
- 27 Respecto de la incapacidad del declarado ausente, contemplada en el artículo 9no. inciso cuarto de este Código, el maestro León Barandiarán expresa que tratase de una incapacidad de hecho, pero examinándola "con severo criterio crítico", se puede apreciar que se trata de una ficción. Asimismo, calificará a esta disposición de "Exótica" (Este inciso fue tomado del inciso quinto del artículo 54 del Código Civil argentino que ha sido derogado por la Ley 17.711). LEON BARANDIARAN, José. **Comentarios al Código Civil Peruano**, Librería e Imprenta Gilsa. 1952. T. IV. p. 217. **Manual de Derecho Civil. Derecho de las Personas** Lima: UNMSM, 1963 p. 45. Fernández Sessarego, en igual sentido, expresa que no cabe hablar de incapacidad de ejercicio del ausente, pues estamos ante "instituciones jurídicas de distinta naturaleza" y, desde el punto de vista técnico jurídico "un ausente no es necesariamente un incapaz" (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos **Derecho de las Personas. Op. cit.**, p. 102). Rodríguez Llerena, por su parte, trata de dar una explicación a la norma, sin ser convincente. RODRIGUEZ LLERENA, Darío. **Código Civil**, Chiclayo, Librería e Imprenta Mendoza. 1937. T. I. p. 460.
- 28 El artículo 590 regula en realidad la desaparición y en el artículo 9no. simplemente se menciona que el ausente declarado es un incapaz, pero no existe norma en el C.C. de 1936 que establezca bajo qué supuestos se declara la ausencia. Por esta razón había que recurrir al Código de Procedimientos Civiles que se formuló sobre la base del Código Civil de 1852. De allí la precisión hecha por el doctor Comejo Chávez en el sentido que "la situación del ausente no aparece nítida en el ordenamiento legal del Perú". CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Oficina de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica, 1970. Tomo III, p. 271.
- 29 Cabe observar, sin embargo, que la terminología relativa a la ausencia que se emplea a través del articulado

nativa", si bien reconoce la influencia principal de los Códigos italiano de 1942 y portugués de 1967, así como del Anteproyecto del Código Brasileño de 1963³⁰.

2.2.1. Desaparición

El artículo 47 del Código Civil de 1984 establece que ante el hecho de la desaparición, el juez puede proceder, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, a la designación de un curador interino, si no hay "mandatario".

Dado que el Código ha diferenciado los conceptos de representación y mandato, resulta incorrecto utilizar en el artículo mencionado el término "mandatario" en vez de "representante" o "apoderado", tal como lo han señalado, entre otros, los doctores Fernández Sessarego y Cárdenas Quirós³¹.

Existe duplicidad en las normas referidas a la competencia jurisdiccional. Ello puede crear problemas de interpretación debido a que el artículo 47 se refiere al lugar donde se encuentren "sus bienes" y el artículo 601, al lugar donde se encuentren "todos o la mayor parte de sus bienes". Nuestra opinión concuerda con la del Dr. Cornejo Chávez, en el sentido que es aplicable lo dispuesto por el Art. 47, por ser específico sobre la curatela del desaparecido y tener mayor amplitud³².

El ejercicio del cargo del curador de bienes del desaparecido tiene carácter interino y corresponde que lo ejerzan (Art. 597), en primer lugar, las personas llamadas a la curatela legítima (Art. 569); en segundo lugar, a falta de curador legítimo corresponderá el cargo al

del Código vigente no es coherente con la sistemática adoptada al regular esta institución. Así, puesto que el Título VI del Libro I se denomina "Ausencia" y su primer capítulo "Desaparición", debe interpretarse que el término "ausencia" es el género y "desaparición" la especie. No obstante, en el mismo Título VI puede apreciarse que se emplea el término "desaparecido" como genérico (arts. 49, 63, 64 y 65). Asimismo, se emplean los términos "ausencia", "ausente" y "desaparecido" muchas veces como equivalentes dando lugar a confusión, como luego se verá al revisar los efectos de la ausencia en la esfera familiar. Véase igualmente los artículos 334, 364, 637, 987, 1307, 1651, entre otros.

30 FERNANDEZ SESSAREGO. *Derecho de las...* Op. cit., p. 115.

31 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *La Desaparición...* Op. cit., p. 37. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos y CARDENAS QUIROS, Carlos. "Estudio Preliminar Comparativo de algunos aspectos del Código Civil Peruano de 1984 en relación con el Código Civil Italiano de 1942". En: *El Código Civil Peruano y el Sistema jurídico Latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1986. p. 115. Asimismo véase la nota 30 (p. 147). Respecto a la diferencia entre representación y mandato, Carlos Cárdenas expresa que la primera "se origina como consecuencia de un acto unilateral de voluntad de carácter recepticio (el acto de apoderamiento) que otorga sólo facultades", y el segundo "es un contrato del cual, por consiguiente, surgen obligaciones para las partes"; asimismo, agrega que, "para que el mandato surja es preciso que se produzca el acuerdo de voluntades entre las partes que van a celebrar el contrato. En cambio, el apoderamiento requiere sólo la declaración del poderdante". CARDENAS QUIROS, Carlos. "Exposición de Motivos y Comentarios Mandato". En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima, Studium, 1985. Tomo VI. Pp. 488 y 491.

32 CORNEJO CHAVEZ, Héctor *Derecho Familiar Peruano* 5ta. Ed. Lima, Studium, 1985. T. II, p. 442.

curador nombrado por testamento o por escritura pública (Art. 572); de no existir ninguno de los anteriores, será designado por el consejo de familia (Art. 573), y de no ser ello posible, lo nombrará el juez (Art. 597).

En principio, las facultades del curador del desaparecido son realizar los actos de custodia y conservación de los bienes, los actos necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas y la representación en juicio del desaparecido.

Como excepción a este principio, los actos prohibidos para el curador pueden ser válidos cuando, probada la necesidad o utilidad, son autorizados por el Juez con la previa audiencia del Consejo de Familia (Art. 602). Adicionalmente, el Juez señalará al curador sus facultades y obligaciones, según las circunstancias (Art. 605), lo cual nos parece acertado, puesto que las relaciones jurídicas patrimoniales del desaparecido pueden requerir de facultades mayores que las conferidas como regla general, y en consecuencia, esta norma permite una mejor protección de los bienes del desaparecido.

El artículo 597 incurre en el mismo error del artículo 590 del Código Civil de 1936, al tratar como equivalentes los términos "ausencia" y "desaparición". En este artículo no ha debido mencionarse a la ausencia puesto que regula la curatela del desaparecido y al mencionarla causa confusión.

La curatela del desaparecido cesa en tres casos: por el retorno del desaparecido, al ser declarado ausente o al ser declarada su muerte presunta.

El artículo 616 no contempla dos causales de cese de la curatela: 1) La muerte comprobada del desaparecido; y 2) La designación de apoderado con facultades suficientes hecha por el desaparecido con posterioridad al nombramiento del curador, como lo ha señalado Giancarlo Solari Aguela³³.

La resolución que nombra curador de bienes al desaparecido se inscribe en el Registro Personal de acuerdo a lo establecido por el inciso 2do. del artículo 2030. El inciso contiene una inexactitud al mencionar "resoluciones que declaren la desaparición", lo que rompe con la sistemática empleada en el Libro de Derecho de las Personas ³⁴.

33 SOLARI AGÜELA, Jorge Giancarlo. *Causales y Efectos de la Apertura de Sucesión*. Tesis de Bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1987. Pp. 149 y 150.

34 El doctor Fernández Sessarego ha criticado acertadamente este artículo, expresando que el error se debió a que el Libro de los Registros Públicos no fue puesto en conocimiento de la Comisión Reformadora. Véase FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "La desaparición..." *Op. cit.* p. 41. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos y CARDENAS QUIROS, Carlos "Estudio..." *Op. cit.* p. 115, 116 y 147. La Exposición de Motivos del Libro IX del C.C., elaborada por los doctores Jack Bigio y Víctor Raúl Ramírez, admite el posible cuestionamiento tratándose de la desaparición, pero justifica la redacción del inciso afirmando que el nombramiento de curador, "resulta siendo aunque el artículo 47 no lo señale, una declaración tácita de la desaparición, por cuanto si esta última no se produjera como tal, carecería de objeto la designación de curador interino". Véase: COMISIÓN REVISORA DEL C.C.: "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil". En: Diario Oficial *El Peruano* del 19 de julio de 1987. Separata especial, p. 29.

2.2.2. Declaración de Ausencia

Los elementos que configuran la declaración de ausencia a tenor del artículo 49 del Código Civil, son: 1.- El hecho de la desaparición; 2.- El transcurso de dos años desde las últimas noticias; y, 3.- La resolución judicial.

El segundo elemento caracteriza a esta figura jurídica. El transcurso del tiempo implica que al no reaparecer la persona desaparecida, se llega a tener una incertidumbre respecto de su existencia.

El Código no establece un plazo mayor para la declaración de ausencia cuando el desaparecido tiene apoderado con facultades suficientes. Consideramos que en este caso debió contemplarse un plazo mayor, puesto que los intereses del desaparecido están debidamente protegidos y puede presumirse que el sujeto previó su alejamiento³⁵.

El criterio del Código es que la ausencia se puede declarar aunque exista mandato o poder otorgado por el desaparecido, pues la inscripción de la declaración de ausencia extingue los mandatos o poderes que hubiere otorgado el ausente (Art. 53).

El artículo 49 de nuestro Código Civil señala quiénes pueden solicitar la declaración de ausencia de una persona desaparecida: cualquiera que tenga legítimo interés (artículo VI del Título Preliminar), y el Ministerio Público, por existir un interés social.

En cuanto a la competencia, según el artículo 49 puede conocer de la declaración el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre "la mayor parte de sus bienes". En este último extremo se ha adoptado contenido distinto al previsto en el artículo 47, que se refiere al "lugar donde se encuentren sus bienes", tratándose de la desaparición. Si bien ambas etapas son independientes y no se requiere nombrar curador al desaparecido para declarar la ausencia, creemos que ha debido seguirse un mismo criterio para determinar la competencia jurisdiccional.

El efecto de la declaración de ausencia, con relación al patrimonio, es el de dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos en el momento de la declaración (Art. 50), lo que significa que debe concordarse con el Art. 724³⁶.

Si el declarado ausente no tuviera herederos forzosos, en tal caso "continuará" la curatela

35 Al respecto, el Code establece que si el ausente ha dejado poder, los presuntos herederos no podrán pedir la declaración de ausencia sino transcurridos diez años desde la desaparición de aquél o después de sus últimas noticias (artículo 121), siendo necesario para el supuesto del ausente sin apoderado que lo represente, el transcurso de cuatro años (artículo 115).

36 Según el ponente, se ha señalado a los herederos forzosos porque: "El Código contempla el interés de aquellos que forman el núcleo íntimo de la familia, es decir de los que presumiblemente han dependido económicamente del ausente y que en cierta manera, han coparticipado de la posesión de sus bienes". FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos *Op. cit.*, p. 119.

establecida en el artículo 47 (Art. 50 *in fine*). En concordancia con Javier de Belaúnde consideramos que el empleo del término "continuará" no es acertado por cuanto sugiere que el nombramiento de curador del desaparecido es necesario para la declaración de ausencia³⁷.

Entendemos que, de no existir herederos forzosos del declarado ausente deberá continuarse con la curatela establecida por el artículo 47, si se hubiera nombrado curador. De no ser así, se declarará la ausencia y deberá nombrarse un curador como en el caso de la desaparición.

Creemos conveniente destacar el criterio seguido por el Código según el cual la declaración de ausencia no origina la apertura de los actos de última voluntad del ausente³⁸. Consideramos que este criterio es acertado, pues durante la declaración de ausencia, pese a crearse ya una incertidumbre sobre la existencia del ausente, se debe presumir la vida de éste hasta que se compruebe su muerte o sea declarada judicialmente. Coincidimos con la opinión del Dr. Rómulo Lanatta, ya que no se justifica que la declaración de ausencia "ponga en funcionamiento prematuramente el mecanismo sucesorio"³⁹.

En cuanto a los derechos sucesorios del declarado ausente, puesto que de acuerdo a nuestro Código Civil el ausente no es considerado un incapaz, Augusto Ferrero Costa dice que al "no haberse declarado su muerte (sólo es ausente), puede recoger bienes hereditarios"⁴⁰.

La terminación de la situación de ausencia declarada está regulada en el artículo 59, el cual señala las siguientes causales: 1.- Regreso del ausente. 2.- Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posteridad a la declaración. 3.- Comprobación de la muerte. 4.- Declaración judicial de muerte presunta.

Es interesante observar que el artículo 60 señala las consecuencias jurídicas originadas por las causales de cese. Estas consecuencias son dos: 1.- La restitución de su patrimonio al ausente, si es que regresa o designa apoderado suficiente con posterioridad a la declaración. 2.- La apertura de sucesión si se comprueba su muerte o se declara su muerte presunta.

37 DE BELAUNDE, Javier. "Desaparición, Ausencia y Muerte Presunta, Tres años después". En: **Themis. Revista de Derecho**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca, 1988. Nro. 10 p. 67.

38 *Contraria es la posición del Código italiano (artículo 50), que dispone la apertura de los actos de última voluntad del ausente, si existen, al quedar ejecutable la sentencia que declara la ausencia. Este último criterio está contenido asimismo en el Código de Portugal (Artículos 100 a 103) y también en el Código de Brasil en lo que denomina la "sucesión provisoria".*

39 LANATTA, Rómulo *Op. cit.*, p. 162.

40 FERRERO, Augusto. *El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil peruano*. Lima, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, 1987, p. 45.

Por razones de sistemática⁴¹ habría sido mejor ubicar la referencia a la apertura de la sucesión en el título VII del Libro I (Declaración de Muerte Presunta), que es donde corresponde.

41 SOLARI AGÜELA, Jorge Giancarlo. *Op. cit.*, p. 245.

CAPITULO SEGUNDO

EFECTOS DE LA AUSENCIA EN RELACION CON LA FAMILIA

En el presente capítulo analizaremos los principales efectos que origina el régimen de la ausencia en aquellos aspectos de la esfera familiar en que dicho régimen tiene incidencia, para cuyo efecto hemos tomado en cuenta las secciones en que se divide el Libro de Familia del Código Civil.

1. SOCIEDAD CONYUGAL

1.1. Invalidez del Matrimonio

El Código Civil señala que es nulo el matrimonio del casado (artículo 274 inciso tercero). Establece sin embargo, que si el primer cónyuge ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio sólo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que haya actuado de buena fe y dentro del plazo de un año contado a partir del día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

"Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe". El inciso concluye señalando que en el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.

El Código abrogado de 1936 al normar la nulidad del matrimonio, no concedía el derecho de impugnar el matrimonio contraído por el cónyuge del desaparecido mientras duraba el estado de ausencia (artículo 138)⁴².

42 El Proyecto de Vidaurte establecía que: "no se puede proceder a un segundo matrimonio sin prueba completa de la muerte del cónyuge" (artículo 33 del Título 2do). Su autor afirmaba categóricamente que "si los

Emilio Valverde señalaba al comentar este artículo que aunque respecto del ausente subsiste la prohibición para el consorte presente de contraer una nueva unión, si "en virtud de equivocadas informaciones, que le hacen creer en el deceso de éste, contrae segundas nupcias, una elemental prudencia aconseja dejar en suspenso el ejercicio de la acción de nulidad", mientras no se extinga la presunción. Para hacer más expresiva su explicación cita la frase de Gilbert Desvoisins: "La incertidumbre de la muerte de uno de los cónyuges no debe jamás bastar para contraer un nuevo matrimonio, pero ella tampoco debe bastar jamás para turbar un matrimonio contraído"⁴³.

Darío Rodríguez Llerena expresaba, por su parte, que no cabía la impugnación "porque existe la posibilidad de la muerte de ese cónyuge desaparecido, reputado absolutamente incapaz por el artículo 9 inciso 4. Si el desaparecido regresa, se inicia la impugnación, porque ya no existe la presunción de su muerte"⁴⁴.

Opinión contraria era la sostenida por H. Comejo Chávez, quien afirmaba—refiriéndose al Código abrogado— que en tanto "el matrimonio contraído antes de que se considere jurídicamente muerto al ausente, constituye delito de bigamia, debería darse al segundo cónyuge de buena fe la posibilidad de invalidar el matrimonio (...), pues resulta absurdo obligar al nuevo cónyuge a quedarse casado con el bigamo, no obstante existir un delito en el mismo matrimonio"⁴⁵.

Consideramos acertada la crítica del doctor Comejo Chávez, y así lo han entendido los demás miembros de la Comisión reformadora y la Comisión Revisora, puesto que la norma comentada (artículo 274 inciso 3ero., del Código vigente), ha quedado redactada en los términos del ponente (artículo 41 inciso 3ro. párrafo tercero del Anteproyecto), salvo el último párrafo que fue sustituido por el último del texto actual⁴⁶.

matrimonios se tienen por absolutamente indisolubles, cualesquiera que sea el tiempo de la ausencia, ella no habilita para proceder a un segundo matrimonio". El Código Nor-Peruano decía que no puede contraerse un segundo matrimonio antes de la disolución del primero (artículo 90) y que una de las causas que anulan el matrimonio es el estar ligado por casamiento anterior (artículo 107). Sin embargo, no hemos encontrado en este Código una norma expresa que regule la nulidad en los casos de ausencia o presunción de ausencia; tampoco la hemos encontrado en el Código de 1852, que se refiere a la nulidad del matrimonio del casado en los artículos 142 inciso 5to., 160 y 169. VIDAURRE, Manuel Lorenzo, *Op. cit.*, p. 83.

43 VALVERDE, Emilio. *El derecho de familia en el Código Civil peruano*. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra. 1942. T. I. p. 308.

44 RODRIGUEZ LLERENA, Darío. *Código Civil*. Chiclayo, Librería e Imprenta Mendoza. 1937, p. 120.

45 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima, Librería Studium, 1985. T. I, p. 218.

46 El párrafo en mención decía lo siguiente: "Terminado el estado de desaparición, ninguno podrá impugnar el nuevo matrimonio si se ha declarado la muerte presunta; mas el primer matrimonio recobrará plena validez y el segundo valdrá en su caso como putativo, si la ausencia terminase por el regreso del desaparecido". REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, *Op. cit.* T. I, p. 277-280.

Sin embargo, en nuestra opinión, la norma no tiene un texto claro por cuanto por un lado hace mención al cónyuge del "desaparecido" y por otro, establece que la impugnación sólo cabe "mientras dure el estado de ausencia". Esta redacción puede originar problemas de interpretación por cuanto la expresión "estado de ausencia" puede ser entendida como comprendiendo tanto a la desaparición cuanto a la ausencia declarada (dada la denominación genérica del Título VI del Libro I), o sólo como ausencia declarada (si se considera que la naturaleza de esta es la de estado civil)⁴⁷. En esta última hipótesis, tratándose de un desaparecido al que no se ha declarado ausente, no podría plantearse la nulidad del matrimonio, pues aún no hay estado de ausencia, lo cual implicaría que sería necesario esperar por lo menos dos años para plantear la acción de invalidez.

Consideramos que, en el inciso tercero del artículo 274, los términos "desaparición" y "estado de ausencia" se refieren a la ausencia en general; es decir, que el segundo cónyuge puede impugnar el nuevo matrimonio tratándose de desaparición o de declaración de ausencia. Además, en la ponencia del Libro de Familia se usa el término "desaparecido" con carácter genérico⁴⁸.

Creemos, pues, que la intención del legislador de 1984, en el párrafo que es objeto de nuestro análisis, ha sido proteger al nuevo cónyuge de buena fe otorgándole el derecho de proceder a la impugnación mientras no se haya producido el retorno del desaparecido o del declarado ausente y no se haya declarado su muerte presunta.

El concepto de buena fe toma relevancia a raíz de la teoría del matrimonio putativo, elaborada por los canonistas, la cual concede efectos al matrimonio anulado cuando ha existido buena fe en los cónyuges, teoría que fue recogida por los códigos modernos⁴⁹.

La tesis predominante en la legislación comparada es que la buena fe se presume y la mala fe debe ser probada, aunque se consideran ciertas excepciones entre las cuales está el caso de la bigamia. Belluscio, al comentar las tesis existentes, destaca la posición intermedia de Róbor, expresando que "ni podrían establecerse principios absolutos acerca de la buena fe y su prueba y la solución variaría según las causas de nulidad (...)"; en la bigamia, se

47 Véase sobre la naturaleza jurídica de la ausencia, entre otros: SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *Op. cit.*, p. 12, 94 y ss. CARREJO, Simón. *Derecho Civil. Introducción y Derecho de Personas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1969. p. 337. PERLA VELAOCIAGA, Ernesto. *Derecho de las Personas*. Lima, p. 21. LEON BARANDARIAN, José. *Manual de Derecho Civil*. Lima, Imprenta de la UNMSM, 1963, p. 45. ENNECERUS, KIPP Y WOLFF. *Ob. cit.* Tomo I. p. 331.

48 Al fundamentar el Anteproyecto aseveraba el doctor Comejo, refiriéndose al tema: "Se esclarece la situación, hoy confusa, del matrimonio contraído por el cónyuge del desaparecido, en lo que hace al derecho del nuevo cónyuge de buena fe para demandar la nulidad; se prevé la posibilidad del regreso del desaparecido; (...)". PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU "Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil. T. I. p. 548.

49 LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Talleres Gráficos "Ariel", Buenos Aires, 1930. p. 191.

presumiría la mala fe del bigamo y la buena fe de quien se case con él"⁵⁰.

En este orden de ideas, se presumirá la buena fe del nuevo cónyuge al que se refiere el segundo párrafo del artículo 274 inciso 3ero. de nuestro Código Civil; pero carecerá de ésta si existe nombrado curador del desaparecido o si éste ha sido declarado ausente, por cuanto ambas situaciones dan lugar a inscripción en el Registro Personal ⁽⁵¹⁾. En ese sentido deberá tenerse en cuenta el principio de publicidad consagrado en el artículo 2012.

La solución dada por el Código Civil peruano al asunto que venimos comentando, se aparta de la generalidad de la legislación comparada. En efecto, por ejemplo, el Código Civil italiano (art. 117 segundo párrafo), establece que el matrimonio contraído por el cónyuge del ausente no puede ser impugnado mientras dura la ausencia. Messineo justifica esta norma en base al principio "favor matrimonii"; Franceschelli expresa, a su vez, que el negado retorno del ausente, y con mayor razón su muerte, "convalida el matrimonio eventualmente celebrado por su cónyuge"⁵². Igual criterio sigue el Código venezolano, aunque estableciendo con mayor precisión que tanto el matrimonio de un presunto ausente cuanto el de un declarado ausente no puede ser atacado mientras dure la ausencia (artículo 122 segundo párrafo). El Code, por su parte, establece que el matrimonio contraído por su apoderado provisto de la prueba de su existencia (artículo 139).

Heinrich Lehmann, refiriéndose a la Exposición de Motivos del B.G.B., dice que según ésta, a pesar de la inseguridad sobre la vida o muerte del cónyuge de un desaparecido "hay que concederle la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio válido; para el caso excepcional que el desaparecido se presente sería erróneo considerar como inválido el segundo matrimonio a favor del primero, que de hecho era inexistente"⁵³. Sin embargo, es necesario hacer notar que el comentario trata de la posibilidad de ulteriores nupcias del cónyuge en el caso de declaración de fallecimiento (artículos 1348 a 1352).

1.2. Dirección, representación y administración de la Sociedad Conyugal

El Código dispone que la dirección y representación de la sociedad conyugal se asumen por uno de los cónyuges cuando se "ignora el paradero del otro" o éste se encuentra en lugar remoto (Art. 294 inc. 2). Al referirse la norma al caso en que se ignora el paradero de uno de

50 BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. 3a. ed. Buenos Aires. Ediciones De Palma, 1981. T. I. p. 334.

51 Sobre la buena fe, véase la Ejecutoria Suprema de fecha 19-12-56 y su comentario. En: CORNEJO CHAVEZ, Héctor y LAVADO-PALACIOS, Santiago *La invalidez del Matrimonio en la Jurisprudencia Suprema y en la experiencia del Distrito Judicial de Lima* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1972, p. 59-62.

52 MESSINEO, Francesco *Op. cit.* T. III, p. 76. FRANCESCHELLI, Vincenzo "Il Matrimonio haviel: l'Invalidita" En: *Trattato di Diritto Privato Op. cit.* T. II, p. 647.

53 LEHMANN, Heinrich. *Derecho de Familia*. Editorial de Derecho Privado. Vol. IV. Madrid, 1953, p. 231.

los cónyuges, tácitamente hace alusión a la desaparición (puesto que esta circunstancia constituye el requisito principal de la situación prevista en el artículo 47). Aunque el Código no lo señala expresamente, se entiende que esta dirección y representación unilateral es provisional y debe cesar al producirse el retorno del cónyuge no presente.

El Código Civil de 1936 establecía que la mujer asumía la dirección y la representación de la sociedad conyugal cuando se ignora el paradero del marido (artículo 174 inc. 2)⁵⁴. Emilio Valverde, comentando esta norma se refiere al caso en que el marido hubiera dejado apoderado, expresando lo siguiente: "si existe apoderado, su función estará confiada a la gestión de los comunes intereses económicos, con la extensión señalada por el poderdante, que no conciernen a los de la propia economía interior de la familia, que queden fuera de toda ingerencia o vigilancia extraña como habría de ser la de mandatario, que de ejercitarse atentaría contra el respeto debido a la mujer y la organización del matrimonio, que excluye dentro de él toda autoridad que no sea la personal del marido"⁵⁵. Este es el antecedente inmediato del artículo 294 del Código civil vigente cuyo inciso segundo comentamos. La innovación esencial, como es obvio, consiste en haber variado el criterio de considerar al marido como el representante y director de la sociedad conyugal (artículos 161 y 168 del código de 1936), y en tal virtud la norma se refiere a "los cónyuges" y no "al marido".

Nos parece interesante hacer referencia al artículo 314 del Código vigente, que está vinculado al inciso segundo del artículo 294 anteriormente comentado. De acuerdo a esta norma, cuando se ignora el paradero de uno de los cónyuges, la administración de los bienes de la sociedad y de los propios del cónyuge cuyo paradero se ignora, corresponden al otro.

54 El proyecto de Vidaurre establecía: "el marido puede ser separado de la administración de los bienes por impedimentos morales o físicos" (Título 4to., artículo 25). Su autor expresaba que "como sea justo que la muger sea habilitada á contratar y administrar en caso de resistencia o ausencia del marido, mucho más lo será, cuando su estado no le permita encargarse de ningún negocio interior ó exterior de la familia". El C. C. Nor-Peruano no hace referencia expresa sobre quién ejerce la administración y representación de la sociedad conyugal; sin embargo, se deduce que es el marido al exigirse que la mujer cuente con la concurrencia de aquél o con su consentimiento (que puede manifestarse por ratificación posterior), para dar, enajenar, hipotecar y adquirir a título gratuito u oneroso (artículo 134), e incluso para comparecer en juicio (artículo 132). En el supuesto de encontrarse el marido "impedido o ausente el juez con conocimiento de causa puede autorizar a la mujer, sea para comparecer en juicio, sea para contratar" (artículo 138). Según el Código de 1852 y el criterio de la época, la mujer requería de la intervención del marido o de su consentimiento escrito para contratar (Artículo 182), otorgándosele a éste la administración de los bienes de la sociedad conyugal (artículo 180). El artículo 186 inciso segundo establecía que para los efectos de la autorización judicial que requería la mujer no era necesario citar ni dar audiencia al marido cuando éste está ausente de su domicilio o residencia, se ignora su paradero o es urgente la necesidad de la autorización. Como puede apreciarse, esta norma hace mención no sólo a la ignorancia del paradero sino a la ausencia del domicilio o residencia, elementos que configuran la situación de desaparición. Angel Gustavo Comejo comentaba esta norma expresando que "la autorización judicial no puede estar subordinada a una condición imposible, y tal sería la de citar previamente al marido cuyo paradero se ignora". Véase: VIDAURRE, Manuel Lorenzo *Op. cit.*, p. 143. CORNEJO, Angel Gustavo. *Comentarios al Código Civil de 1852*. Chiclayo, Dionisio Mendoza, Librería y Casa Editora, 1921, T. I, p. 257.

55 VALVERDE, Emilio *Op. cit.* T I, p. 424.

El antecedente inmediato del artículo 314 antes mencionado es el artículo 192 del Código de 1936, según el cual la administración de los bienes comunes y los del marido se transfiere a la mujer en los casos del artículo 174.

A nuestro parecer, de acuerdo al comentario que hemos hecho sobre el artículo 294 inciso segundo, el artículo 314 está regulando una situación también prevista por los artículos 47 y 597, que se refieren a la desaparición y curatela correspondiente (que se ejerce de acuerdo a los artículos 569 y 573). En aplicación del artículo 569, en tal caso corresponde ejercer la curatela, en primer lugar, al cónyuge no separado judicialmente. Como hemos expuesto en el primer capítulo, las facultades de este curador son la custodia y conservación de los bienes del desaparecido, realizar los actos necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas, y ejercer la representación en juicio del desaparecido⁵⁶.

Es necesario hacer notar, no obstante, que el artículo 314 otorga al cónyuge presente facultades de administración en forma lata (sin más restricciones que las derivadas de la naturaleza misma de la administración), a diferencia de las conferidas al curador del desaparecido, quien debe solicitar al juez la concesión de mayores facultades si por necesidad o utilidad, o por las circunstancias, así lo requiriera (artículo 602).

Así pues, producida la desaparición de una persona casada, no separada judicialmente, al cónyuge presente le sería más conveniente ampararse en el artículo 314 para ejercer la administración de los bienes propios de su cónyuge sin las restricciones a las que está sujeto el curador instituido según los artículos 47 y 597.

Consideramos inconveniente la duplicidad existente en cuanto a la regulación de la desaparición de una persona casada. Creemos que el Código debió precisar una de estas soluciones: o señalar en el artículo 314 que de producirse la desaparición ("ignorarse el paradero"), de uno de los cónyuges se estará a lo establecido por los artículos 47 y 597; o, establecer en el artículo 597 que, de ser casado el desaparecido, se aplicará lo dispuesto en el artículo 314.

En cuanto a la declaración de ausencia, el artículo 294 no resulta aplicable ya que al declararse ésta fenece la sociedad de gananciales (art. 318 inc. 4to.), y en consecuencia no habrá bienes comunes que administrar, pasando los bienes propios del cónyuge declarado ausente en posesión temporal a los presuntos herederos de éste (arts. 50 y 51). Por consiguiente, al cónyuge presente únicamente le corresponderá la administración de los bienes propios de su cónyuge ausente, en el supuesto de ser único heredero forzoso.

En el derecho comparado, los Códigos Civiles alemán (art. 1418), chileno (art. 1758), francés (art. 213), italiano (art. 222) y paraguayo (art. 198), establecen que la administración

56 Emilio Valverde afirmaba respecto del antecedente de esta norma, que la administración conferida (en ese caso a la mujer), está de acuerdo con la curatela establecida en el artículo 590. VALVERDE, Emilio. *Op. cit.*, p. 504.

de la sociedad de gananciales es asumida por la mujer en caso de ausencia del marido.

El Código Civil argentino (art. 1284), no se refiere expresamente a la ausencia del marido, sino establece que la administración de los bienes de la sociedad conyugal se transfiere a la mujer cuando ella sea nombrada curadora del marido. El artículo 19 inciso primero de la Ley 14394 precisa que le corresponde ejercer dicho cargo tratándose del caso de ausencia de aquél.

1.3. Sociedad de Gananciales

En cuanto a la sociedad de gananciales, al no contemplarse entre las causales por las cuales ella fenecce a la desaparición o la ignorancia del paradero de uno de los cónyuges, queda claro que al producirse esta situación se mantiene el régimen de comunidad de bienes, aunque con la diferencia en lo relativo a la dirección, representación y administración de la sociedad, que será ejercida por el cónyuge presente según lo dispuesto por los artículos 294 inciso 2do. y 314 antes comentados. El Código Civil de 1936 no contemplaba la situación de desaparición como causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales.

En el derecho comparado tampoco encontramos ninguna legislación que establezca que la desaparición (o situación análoga), disuelva la sociedad de gananciales.

La declaración de ausencia en cambio, sí está considerada (artículo 318 inciso 4to) , como causal de fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales. El antecedente de esta norma es el inciso quinto del art. 199 del Código de 1936.

Fenecida por esta causal la sociedad de bienes y practicada su liquidación "el cónyuge presente asumirá el manejo de los bienes que le hayan sido adjudicados con las mismas características de un régimen de separación de patrimonios en tanto que la parte correspondiente al ausente será entregada en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos"⁵⁷.

El momento en que se considera fenecido el régimen de sociedad de gananciales es regulado en dos niveles por el artículo 319 del código vigente.

En un primer nivel, respecto a la relación entre los cónyuges, la sociedad de gananciales se considera fenecida en la fecha de la declaración de ausencia. En un segundo nivel, respecto a terceros, se considera fenecido dicho régimen en la fecha de la inscripción de la declaración de ausencia en el Registro Personal.

Es importante destacar la innovación contenida en el tercer párrafo del artículo 323 en el que se establece que al fenecer la sociedad de gananciales por declaración de ausencia de

57 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Op. cit.* T. 1, p. 310.

uno de los cónyuges, el cónyuge presente tiene derecho preferencial para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar.

Esta norma es concordante con el artículo 731 del Código Civil vigente que concede al cónyuge sobreviviente el derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre la casa en que existió el hogar conyugal.

En la legislación comparada, los códigos civiles italiano y español contienen el mismo criterio del art. 318 inc. 4to. de nuestro Código Civil. El Código Civil italiano (art. 225), señala entre las causales de disolución de la comunidad de bienes a la declaración de ausencia de uno de los cónyuges. El Código Civil español, (art. 1393 inc. 1ero.), establece que la sociedad de gananciales concluye por decisión judicial y a petición de uno de los cónyuges cuando el otro ha sido declarado ausente.

Diferente es el criterio seguido por el Código Civil francés (art. 124), según el cual el cónyuge de un ausente declarado que tiene bienes en común puede optar por la continuación de la comunidad de bienes o por la disolución provisional de ella.

1.4. Separación de Patrimonios

Respecto al régimen de separación de patrimonios cabe mencionar que el Código no hace referencia alguna a la desaparición.

Así, de haberse adoptado el régimen de separación de patrimonios y de producirse la desaparición de uno de los cónyuges, corresponderá al cónyuge presente, de acuerdo a los artículos 47, 569 y 597, el ejercicio de la curatela de los bienes propios del cónyuge desaparecido. Debe tenerse presente, sin embargo, la observación expresada líneas atrás al referirnos a la administración de bienes en caso de desaparición respecto al artículo 314 del Código Civil.

Para el supuesto de declaración de ausencia, los bienes propios del cónyuge declarado ausente pasarán en posesión temporal a sus presuntos herederos forzosos (art. 50), entre los cuales está el cónyuge presente.

1.5. Decaimiento y disolución del Vínculo Matrimonial

Nos parece importante comentar el artículo 334 relativo a la acción de separación de cuerpos. En este artículo se señala que la acción de separación corresponde, por regla general, a los cónyuges. Sin embargo, en forma excepcional, se faculta para accionar a los ascendientes si alguno de los cónyuges "es incapaz, por enfermedad mental o ausencia".

Consideramos que la redacción de este artículo no es acertada, pues se está entendiendo a la ausencia como una causal de incapacidad, lo cual guarda coherencia con la concepción de ausencia contenida en el Código Civil vigente.

Como ya hemos observado al referirnos a los antecedentes en nuestra legislación sobre la ausencia, su inclusión entre las causales de incapacidad constituyó una notoria inexactitud del Código de 1936⁵⁸.

El artículo 248 de dicho Código (antecedente inmediato del 334), sin embargo, no se refería a la ausencia sino únicamente a la incapacidad de uno de los cónyuges por causa de enfermedad mental.

En el proyecto del Código Civil, encontramos la introducción del término "ausencia" en su artículo 381; no obstante, la redacción de su texto es diferente al incorporado en el Código. En efecto, en el segundo párrafo del artículo 381 del Proyecto (que no es sino reproducción del artículo 100 del anteproyecto elaborado por el doctor Cornejo Chávez), se establecía lo siguiente: "Si alguno de ellos fuera incapaz de ejercerla, a causa de enfermedad mental o ausencia...", lo cual es diferente a decir, como lo hace el Código, "Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia..."⁵⁹.

Creemos que para una mayor claridad, el segundo párrafo del artículo 334 del Código vigente podría decir: "Si alguno está impedido por enfermedad mental o ausencia, ...", corrigiéndose la frase final que dice: "... el curador especial representa al incapaz".

En cuanto al sentido en que debe interpretarse el término "ausencia" en este artículo, consideramos que se refiere tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia.

No hemos encontrado norma parecida en la legislación comparada. Sobre este tema es interesante hacer mención al Código de Familia de Costa Rica que considera como causal de divorcio la ausencia del cónyuge legalmente declarada (art. 48 inciso sexto). Asimismo, establece que la reaparición del ausente no revive el vínculo matrimonial disuelto (art. 51).

2. UNION DE HECHO

"La actitud que debe asumir el derecho en relación con el concubinato —ha dicho el jurista Rafael Rojina Villegas—, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del derecho de familia". Asimismo, ha señalado las principales diferentes actitudes adoptadas por la legislación: ignorar en absoluto las relaciones que nacen del concubinato, regular exclusivamente las consecuencias de éste con relación a los hijos, prohibir el concubinato y sancionarlo desde el punto de vista civil o penal, reconocerlo y regularlo jurídicamente, concediendo derechos y obligaciones para las partes y equipararlo con el matrimonio. En todas estas soluciones, a través de la historia del derecho, el criterio moral o ético determina

58 J. de Belaúnde ha expresado que a pesar del desliz del segundo párrafo del artículo 334 del Código Civil, es indudable que la ausencia no es más en nuestro Código causal de incapacidad. DE BELAUNDE, Javier. "Desaparición, ...". *Op. cit.*, p. 62.

59 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Op. cit.* Librería Studium, 1985. T. I, p. 349.

la regulación del derecho positivo e inspira a la doctrina⁶⁰.

Francisco García Calderón expresaba, refiriéndose al Código de 1852, que a pesar de las prohibiciones, el concubinato existe y que, por tal motivo, las leyes tenían que ocuparse de los derechos de los hijos provenientes de esas uniones, expresando asimismo que las obligaciones otorgadas a favor de una concubina son nulas porque es ilícita la causa de la obligación. Dicho jurista definía el concubinato como la "comunicación o trato de un hombre con una mujer que vive y habita con él, como si fuera su marido, siendo libres o solteros, y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio"⁶¹.

Esta definición se refiere al concubinato *strictu sensu*, que es justamente el que regula nuestra Constitución Política en su artículo noveno. Dicho artículo ha merecido apreciaciones de los comentaristas de dicha Carta⁶². El maestro Comejo Chávez, quien tuvo notable participación sobre la materia en la Asamblea Constituyente⁶³, por su parte, señalaba que el tratamiento a la unión de hecho era una de las innovaciones importantes de dicha Carta, destacando los principales problemas que pueden generarse y haciendo notar que, al parecer, el legislador constituyente estuvo muy preocupado por la terminación del concubinato en base a los casos patéticos de abandono del concubino a la concubina, llevándose lo que habían adquirido; recalando que este tema le preocupó al codificador de 1936 que al final optó por aceptar el planteamiento del doctor Manuel A. Olaechea en el sentido que estos casos estaban previstos en el artículo 1136 del Código Civil derogado⁶⁴.

60 ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. I Introducción, Personas y Familia*. Vigésimo segunda edición. México D.F. Editorial Porrúa. 1988. p. 347-348.

61 GARCIA CALDERON, Francisco. *Op. cit.* T. I. p. 555.

62 En el Perú "miles de parejas conviven sin casarse". PAREJA PAZ-SOLDAN, José. *Derecho Constitucional Peruano*. 7ma. edición. Justo Valenzuela V. Editor. 1981. p. 493. "Este dispositivo reposa en la realidad nacional". RUIZ ELDREDGE, Alberto. *La Constitución comentada 1979*. Lima, 1980. p. 44. Se trata de uniones que son "matrimonio en todo menos en el nombre". CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*. 3ra. Edición. Afa Editores Importadores. Lima, 1984. p. 50. "Una cosa es la constitución de la familia y otra es la familia misma. Por eso, una cosa es el matrimonio y otra la existencia de la familia misma". RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES, Enrique. *Perú: Constitución y Sociedad Política*. Lima, DESCO. 1981. p. 176.

63 REPUBLICA PERUANA. *Actas de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente*. Publicación Oficial. Lima, 1978. p. 66-67.

64 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. "Derecho de la Familia en la Nueva Constitución". En: *La Nueva Constitución y su aplicación Legal*. Centro de Investigaciones y Capacitación Legal. Lima, 1980. Pp. 41-46. Refiriéndose a los antecedentes históricos del concubinato en nuestro país y la necesidad de su regulación, Rodríguez Iturri concluye que "... hay en todo lo dicho, una circunstancia histórico-cultural arraigada y afirmada a través de los tiempos, que por su permanencia, su autenticidad, su nutrido valor sociológico, su genuina expresión de cultura mediante la riqueza de su manifestación vital, no puede ser soslayada por el derecho, a riesgo de merecer severa interpelación". RODRIGUEZ ITURRI, Roger. "Concubinato y Fertilización In Vitro". En: *Derecho*. Nro. 39 diciembre, 1985. P.U.C. Fondo Editorial. 1986. p. 350. De otro lado, existe un significativo porcentaje de hogares concubinarios (17% según el censo de 1981). No obstante, tal, como lo ha aseverado el doctor Comejo Chávez, "es de presumir que el número sea mayor ya que por consideraciones de prestigio social o pudor, personas que son convivientes se declaran casadas". CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Op. cit.* T. I. p. 76 y 77.

El Código vigente regula lo concerniente a la unión de hecho en el artículo 326. En su tercer párrafo señala como una de las causas de su terminación a la "ausencia".

El empleo del término "ausencia", como ya lo hemos expresado, puede referirse tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia. Podría considerarse que, no habiendo distinguido el legislador, debe interpretarse que la unión de hecho termina al producirse cualesquiera de ellas.

Ahora bien, cabe hacer notar que como ya expresáramos, la curatela de bienes del desaparecido tiene lugar ante una emergencia, cual es que los bienes de una persona desaparecida queden abandonados, siendo la designación del curador la consecuencia jurídica de la desaparición. Así, esta situación que tiene carácter provisional o transitorio, no afecta el status personal del desaparecido y, en consecuencia, no puede producir el fin de la unión de hecho.

Debe tenerse presente que, de existir bienes que cautelar, podría solicitarse el nombramiento de curador con el exclusivo fin de proveer al cuidado de tales bienes y no con la voluntad de poner fin al concubinato, de modo que al retornar el desaparecido sería necesario que transcurrieran nuevamente dos años para que se constituya la sociedad de bienes.

Un argumento que podría esgrimirse para afirmar que con la desaparición de uno de los concubinos termina la unión de hecho, es que tratándose ésta de una situación de convivencia habitual o posesión continua de estado, al no encontrarse alguno de los concubinos la unión de hecho debe llegar a su fin.

En consecuencia, tratándose de la causal de ausencia a la que alude el Código, consideramos que sería excesivo poner fin a la unión de hecho con la sola desaparición; más bien, el término ausencia al que se refiere el artículo 326, debe ser entendido en sentido restrictivo, esto es, como declaración de ausencia, pues el transcurso de dos años es un plazo prudencial para poner fin a la unión de hecho, y por tanto, a la sociedad de bienes correspondiente.

En cuanto al momento en que debe tenerse por disuelta la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho, coincidimos con el doctor Cornejo Chávez quien, al referirse a las normas de la sociedad de gananciales aplicables a la sociedad de bienes (primer párrafo del art. 326), considera que para determinar la fecha de fenecimiento de esta última es aplicable el artículo 319 (que señala el fenecimiento en la fecha de la declaración de ausencia)⁶⁵.

En la legislación comparada, es interesante hacer notar que la unión de hecho tiene escasa regulación. En la legislación latinoamericana cabe mencionar al Código Civil de México (D.F.), a los Códigos de Familia de Bolivia y Cuba, y al Código Civil paraguay⁶⁶.

65 CORNEJO CHAVEZ, Héctor *Op. cit.* T. I. p. 315.

66 El Código mexicano regula la unión de hecho en la parte de sucesiones, prescribiendo que se concede derechos hereditarios recíprocos a los concubinos siempre que hayan vivido como cónyuges durante los cinco años precedentes a su muerte o si hay hijos en común (art. 1635). En el Código de Familia boliviano

En este último se establece que la sociedad de hecho formada entre concubinos se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones que regulan la comunidad de bienes matrimoniales (art. 221); dentro de estas disposiciones se considera como causal de disolución de la comunidad conyugal, la desaparición de uno de los cónyuges con presunción de fallecimiento, cuando se hubiere decretado la posesión definitiva de bienes (art. 208).

3. SOCIEDAD PATERNO FILIAL

3.1. Filiación

Respecto a la filiación matrimonial, cabe hacer referencia a los artículos 363 inciso 2do. y 364.

El inciso segundo del artículo 363 faculta al marido a negar la paternidad del hijo de su mujer cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con ésta en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo.

La norma vigente tiene su antecedente inmediato en el artículo 301 inciso segundo del Código derogado, cuyo texto ha sido reproducido casi exactamente⁶⁷.

El doctor Cornejo Chávez considera, dentro de las circunstancias de imposibilidad manifiesta de cohabitación, a la ausencia⁶⁸. Coincidimos con esta apreciación y entendemos que el término "ausencia" debe interpretarse en forma genérica, es decir que comprende a la desaparición y a la declaración de ausencia (e inclusive como falta de presencia).

Así, pues, consideramos que si el marido ha desaparecido o ha sido declarado ausente, y los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento estuvieran comprendidos dentro del periodo en que se carece de noticias sobre el paradero del desaparecido o dentro de los 2 años ausente, estaría dentro de lo previsto por la norma antes mencionada, puesto que estas circunstancias implican una imposibilidad manifiesta de que el marido pudiera haber cohabitado con su mujer.

esta institución se denomina "Unión conyugal libre" y produce efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales cuanto en las patrimoniales (arts. 158 a 172). Por su parte, el Código de Familia de Cuba regula la institución como "Matrimonio no formalizado" (arts. 18 y 19), exigiendo aptitud legal para contrar matrimonio, singularidad y estabilidad en la unión.

67 El artículo 7mo. del Título 8vo. del Proyecto de Vidaurre se refiere a la ausencia, pero entendida ésta como alejamiento, norma que señala: "No se admite otra prueba contra la legitimidad que de ausencia en tanta distancia, que fuese imposible la generación; (...)". El C.C. Nor-Peruano establece que el marido puede negar al hijo si prueba que durante los 10 meses o hasta 180 días antes del nacimiento estaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer "sea por ausencia ó por efecto de cualquier otro accidente" (artículo 160). Asimismo, el C.C. de 1852 decía que el marido puede impugnar la paternidad del hijo de su mujer por "Ausencia ó enfermedad del marido ú otro accidente, que hubiese hecho imposible la generación durante ciento veinte y tres días primeros de los trescientos cinco precedentes al día del nacimiento del hijo" (artículo 221 segundo párrafo).

68 CORNEJO CHAVEZ, Héctor *Op. cit.* T. II. p. 38.

El artículo 364, relativo al plazo para interponer la acción contestatoria de paternidad, señala que éste es de 90 días y se cuenta desde el día siguiente del regreso del marido, si estuvo "ausente".

El Código Civil de 1936, establecía como término para impugnar la paternidad, noventa días desde el regreso del marido, si estuvo ausente (art. 302), el mismo que sirve de antecedente al artículo 364 vigente⁶⁹.

En cuanto a este artículo debemos señalar que, el término "ausente" debe interpretarse en su sentido material, es decir como no presencia. Asimismo, debemos expresar que existe un vacío por cuanto se ha omitido contemplar la hipótesis en que se hubiera ocultado el parto al marido. Dicho supuesto sí estaba contemplado expresamente por su antecedente, el artículo 302 del Código Civil de 1936 y por el Proyecto de Código Civil en su artículo 412.

El doctor Cornejo Chávez observa al respecto, que la omisión se debe a una inadvertencia de la Comisión Revisora, la que suprimió como causal para la negación de la paternidad el ocultamiento del embarazo y el parto, y por ello consideró que carecía de objeto referirse a ésta situación al regularse el plazo para interponer la acción respectiva⁷⁰.

Así, concluye afirmando que: "Si ha de aplicarse la ley a la letra, el marido quedaría imposibilitado de intentar la acción si, habiéndosle ocultado el hecho del parto por 90 días, lo descubre o le es confesado después por la mujer (...)". En tal virtud coincidimos con el doctor Cornejo Chávez en que existe "un vacío que no será fácil de llenar en la controversia judicial"⁷¹.

En la legislación comparada no es uniforme el plazo establecido para interponer la acción contestatoria de paternidad: en el Código Civil italiano (art. 244), es de tres meses desde el retorno del marido al lugar del nacimiento o al domicilio conyugal; en el Código Civil francés (artículo 316 tercer párrafo), dentro de los dos meses de su retorno; en el Código Civil chileno (artículo 183), dentro de los sesenta días contados desde aquél en que tuvo conocimiento del parto; establecen un plazo similar, los Códigos boliviano (de Familia:

69 El Proyecto de Vidaurre no hace referencia alguna al plazo dentro del cual debe interponerse la acción impugnatoria. No obstante, en el artículo 9 del Título 9no. establece que: "Los términos para la demanda contra la filiación son perentorios. Para que concluidos se admita, ha de darse prueba completa de ausencia ó ignorancia". El C.C. Nor-Peruano establecía que "el plazo para reclamar es de un mes si el marido se hallaba en el lugar de nacimiento y si estuvo ausente a los 2 meses después de su vuelta, y de habersele ocultado el parto éste último plazo corre después del descubrimiento del fraude" (artículo 163). El Código de 1852, en su artículo 223, establecía que la acción de impugnación de paternidad no podrá ser interpuesta por el marido sino dentro de los sesenta días después de su regreso, si ha estado "ausente".

70 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. cit. T. II. p. 38. Véase asimismo el artículo del mismo autor: "Reflexiones sobre el Nuevo Código Civil (II)" En: Diario *La República*. Lima, Perú Domingo 23 de setiembre de 1984, p. 13.

71 IBIDEM.

artículo 217 primer párrafo) y ecuatoriano (artículo 243 primer párrafo). Además estos tres últimos establecen la presunción de conocimiento inmediatamente después del retorno del cónyuge a la residencia dejando a salvo el caso de ocultación.

El Código de Familia de Costa Rica al referirse a la legitimidad para impugnar la peternidad, señala que si el marido ha sido declarado ausente, podrán accionar sus herederos (art. 72). Cabe resaltar que en el último párrafo de este artículo se regula la filiación en caso de inseminación artificial, estableciéndose que: "la inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades".

En cuanto a la filiación extramatrimonial, en tanto que para ella se requiere del reconocimiento del padre o de la sentencia declaratoria de la paternidad (art. 387), en este último caso no prosperará la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial si el presunto padre se hubiera encontrado desaparecido o declarado ausente durante la época de la concepción, pues no habría sido posible que éste hiciera vida en común con la madre (art. 402 inciso tercero)⁷².

3.2. Patria Potestad

La institución de la Patria Potestad es concebida como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores para asegurar el cumplimiento de los correlativos deberes de sostenimiento y educación de dichos hijos⁷³.

Dentro del Título denominado "Patria Potestad", el artículo 466 en su inciso tercero prescribe que ella se suspende "cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla".

El antecedente de la norma vigente es el artículo 434 inciso tercero del Código Civil de 1936, el cual se distingue de la norma vigente en que se refiere a la comprobación de que "los padres" se hallen impedidos de hecho para ejercer la patria potestad⁷⁴.

72 Respecto a la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial, véase: CORNEJO CHAVEZ, Héctor. "La Declaración Judicial de la Paternidad Extramatrimonial". En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985. p. 59 a 74.

73 CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Civil y Foral*. T. V. Vol. II. 7ma. edición. Madrid. 1958. p. 124 y ss. MENDIZABAL OSES, L. *Derecho de Menores. Teoría General*. Pirámide S.A. Madrid. 1977. p. 164.

74 El Proyecto de Vidaurre establece que la autoridad de la madre está subordinada al padre mientras éste se encuentre con vida y en ejercicio de sus derechos (artículo 6to. del Título 12). Pero, "muerto el padre ó impedido por obstáculos físicos o morales, la autoridad queda íntegra en la madre". Aunque Vidaurre no lo dice expresamente ni en la citada norma ni en su comentario, la ausencia del padre sería un obstáculo que le impediría ejercer su autoridad y, en consecuencia, ésta pasará a la madre. El C.C. Nor-Peruano establece que el hijo está bajo la autoridad del padre hasta la mayoría o emancipación (artículo 186), y sólo reconoce

De acuerdo al artículo 466 inciso tercero del nuevo Código, cabe interpretar que al encontrarse desaparecido uno de los padres, se suspende la patria potestad respecto a él, puesto que al no contarse con su presencia e ignorarse su paradero se encuentra impedido de hecho de ejercer la patria potestad.

Al respecto los Códigos Civiles francés (art. 373) e italiano (art. 317) no consideran expresamente a la ausencia como causal de suspensión de la patria potestad, pero establecen que en caso de ausencia del padre, ésta será ejercida por la mujer. Asimismo, el Código Civil francés contempla el cese de pleno derecho de la administración legal de los bienes de los hijos menores en caso de que la persona que tiene dicha administración se halle en estado de ausencia (artículo 389-I noveno párrafo). Los Códigos Civiles chileno (art. 262), ecuatoriano (artículo 321) y colombiano (artículo 310), sí contemplan expresamente como causal de suspensión, la larga ausencia del padre.

De otro lado, el Código Civil venezolano establece que "desde que ocurre presunción de ausencia de uno de los padres, el otro ejercerá la patria potestad, y si éste ha fallecido o estuviese en la imposibilidad de ejercerla, se abrirá la tutela (artículo 420). De manera similar, aunque con diferente redacción, el Código Civil brasileño dice que si el ausente deja hijos menores y el otro cónyuge hubo fallecido, o no tiene derecho a ejercer la patria potestad, se procederá con los hijos como si fuesen huérfanos de padre y madre. Esta norma concuerda con el artículo 406-I del mismo Código Civil referido a la tutela que establece que los hijos menores serán puestos en tutela si fallecieren ambos padres o fueran juzgados ausentes.

En cuanto a la declaración de ausencia, el inciso segundo del artículo 466 señala como causal de suspensión de la Patria Potestad a la ausencia declarada judicialmente del padre o de la madre. Esta suspensión terminará al producirse cualquiera de las causas previstas en el artículo 59 para el cese de los efectos de la declaración de ausencia.

El antecedente inmediato de la norma comentada es el inciso primero del artículo 434 del Código de 1936, según el cual la patria potestad se suspende "por la incapacidad o por la ausencia de los padres, judicialmente declarada".

En la legislación comparada, el Código Civil argentino (art. 309, modificado por el art. 4 de la Ley 23264), y los Códigos de Familia de Costa Rica (art. 145 inciso 5to.), y Cuba (art. 94), contienen el mismo criterio que el adoptado por el inciso segundo del art. 466 de nuestro Código.

causales de cese, sin que ninguna de ellas se refiera a la ausencia (artículo 191). En cuanto al C.C. de 1852, el artículo 285 establecía que "los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos están sujetos a la autoridad del padre y en su defecto a la madre". Comentando la última parte de dicho artículo, García Calderón expresa que: "el bien de los hijos, y la necesidad de conservar la armonía que debe reinar entre los esposos, exigen que estando presente el padre él solo ejerza la patria potestad; pero en defecto de él, esto es, en caso de hallarse ausente de su domicilio, de estar fuera de la casa, ó de hallarse enfermo, ó de haber fallecido, el cuidado y dirección de los hijos corresponde a la mujer. En resumen, la mujer es el segundo jefe de familia, destinado a suplir las faltas del primero. (...) Este es el orden más conforme a la naturaleza y a la justicia". GARCIA CALDERON, Francisco, Op. cit. T. II, p. 192

Con relación al Código de Familia cubano es interesante hacer mención al inciso quinto del artículo 95 que establece la privación de la Patria Potestad a ambos padres o a uno de ellos cuando abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos.

Otros supuestos que deben considerarse son los de la desaparición y declaración de ausencia del menor sujeto a patria potestad. Nuestro Código Civil vigente no hace referencia alguna a este supuesto y tampoco la hemos encontrado en la legislación comparada. Comentando la legislación argentina Guillermo Borda expresa que "la simple ausencia del hijo no suspende la Patria Potestad; es necesario para ello que haya una declaración de fallecimiento"⁷⁵.

4. AMPARO FAMILIAR

4.1. Alimentos

En cuanto a los efectos de la desaparición y la declaración de ausencia con relación a los Alimentos, cabe distinguir dos supuestos: por un lado, que el ausente sea el obligado, y por otro, que se trate de la ausencia del alimentista. El Código no regula expresamente ninguno de los dos supuestos.

De tratarse de la desaparición o declaración de ausencia del obligado, consideramos que subsiste su obligación de prestar alimentos y que, en consecuencia, corresponderá acudir con la pensión alimenticia al curador que se designe al desaparecido (artículo 602), o a quienes hayan obtenido la posesión temporal, aunque el Código sólo lo incluya dentro de las obligaciones del administrador judicial (artículo 55 inciso segundo).

En el caso de la desaparición o la declaración de ausencia del alimentista, debe tenerse presente que conforme al artículo 486 la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, y en tal virtud, la obligación de prestar alimentos subsiste, quedando suspendida hasta el retorno del alimentista, siempre y cuando se mantenga el estado de necesidad y capacidad de acudir del obligado, o hasta su muerte.

En el caso específico de la declaración de ausencia, el Código ha previsto la asignación de una pensión alimentaria (art. 58), la cual puede ser solicitada por el cónyuge del ausente u otros herederos forzosos que hubieren dependido económicamente del mismo, siempre que no percibieran rentas suficientes. En forma acertada se aplica el principio general de tener en cuenta tanto la condición económica del solicitante cuanto la cuantía del patrimonio afectado. Esta norma tiene como antecedente el artículo 51 del Código Civil italiano. El artículo 427 del Código Civil venezolano se pronuncia en el mismo sentido.

75 BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia. II*. Séptima edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1987. p. 278.

4.2. Tutela

El artículo 550 del Código vigente, que señala las causas por las cuales cesa el cargo de tutor, no contempla el caso en que se produzca la desaparición o la declaración de ausencia de la persona que ejerce la tutela.

El antecedente inmediato del artículo 550 del Código vigente es el artículo 540 del Código Civil de 1936⁷⁶; que tampoco establecía como causal de cese del cargo de tutor, la desaparición y la declaración de ausencia de quien ejerce este cargo; en la misma omisión incurre el artículo 595 del Proyecto de Código Civil. Consideramos que aquí existe un vacío en tanto que, de encontrarse desaparecido o declarado ausente el tutor, el menor sujeto a tutela puede quedar desamparado, situación que el derecho no debe permitir. En tal virtud, debió haberse incluido como causales de cese del cargo de tutor, la desaparición y la declaración de ausencia de éste o establecerse que cesa el cargo de tutor cuando éste se encuentre impedido de hecho para ejercerla, ejerciendo el cargo interinamente los herederos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 551 hasta que se produzca el nombramiento de un nuevo tutor.

En la legislación comparada, el Código Civil mexicano contempla como causal de separación de la tutela el caso del tutor que permanece ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñarla (art. 504 VI). Por otro lado, algunos ordenamientos como el francés e italiano contemplan la institución de la tutela con un tutor y un protutor o tutor subrogado, donde las funciones del primero son similares a las de nuestro sistema, y las funciones del segundo consisten en vigilar la gestión tutelar y representar al menor cuando sus intereses estuvieren en oposición a los del tutor. Es con respecto a éstos últimos que el artículo 424 del Código Civil francés establece que "el tutor subrogado no reemplazará de pleno derecho al tutor, cuando quede vacante la tutela o cuando fuere abandonada por ausencia, pero en ese caso deberá provocar el nombramiento de un nuevo tutor so pena del abono de los daños y perjuicios que pudieran resultar de ello para el menor". En el Código Civil italiano, si bien el artículo 360 no regula expresamente el supuesto, la norma es bastante flexible de manera que puede válidamente aplicarse al supuesto que comentamos; así el artículo 360 segundo párrafo dice que "El protutor está obligado a promover el nombramiento de un nuevo tutor en el caso de que el tutor haya llegado a faltar o haya abandonado el cargo, entretanto, él tiene el cuidado de la persona del menor, lo representa y puede hacer todos los actos de conservación y los actos vigentes de administración".

Cabe preguntarse qué ocurre en caso de que el desaparecido sea el pupilo. No hemos

76 El Proyecto de Vidaurre, aunque dedica el Título 14 a regular la tutela y curatela, no regula ningún supuesto de cese o suspensión del ejercicio del cargo. El C.C. Nor-Peruano regulaba en el Capítulo V, Título X, Libro Primero las funciones del "tutor fiscal", quien era nombrado en toda tutela para controlar al tutor principal en sus funciones (artículo 215). Una de sus obligaciones era "provocar el nombramiento de un nuevo tutor si la tutela queda vacante o sea abandonada por ausencia" (artículo 217). En el C.C. de 1852, no se regula la institución de la tutela, sin embargo existía una figura regulada en la Sección V del Libro I denominada "guardador". Según lo dispuesto en el artículo 306: "Al menor y al mayor incapaz, que no estén bajo la patria potestad, se les nombrará guardador, que cuide de su persona y administre sus bienes". No hemos encontrado norma alguna que establezca el supuesto de cese o suspensión del cargo de guardador por ausencia.

encontrado en nuestro Código ni en la legislación comparada, salvo el BGB, una norma al respecto.

El artículo 1884 del Código alemán dice que "si el pupilo ha desaparecido, la tutela sólo termina con la supresión por el Tribunal de tutelas", el que ha de suprimir la tutela de oficio si llega a ser conocida para él la muerte del pupilo. Al respecto, Ennecerus, Kipp y Wolf comentan que el Tribunal de tutelas suprimirá la tutela cuando de acuerdo a sus averguaciones considere cierta la muerte sin que sea indispensable la declaración de muerte⁷⁷.

En lo que a nuestra legislación se refiere, consideramos que el tutor debe continuar con la administración de bienes, pues si bien el artículo 47 dice que no procede la designación de curador cuando haya mandatario con facultades suficientes (ya hemos dicho que debe interpretarse mandatario como representante), en todo caso el tutor al ser representante legal cumple con los requisitos suficientes para cuidar de los bienes del pupilo.

Si posteriormente se pasara a la etapa de la declaración de ausencia, resultarán aplicables las normas pertinentes (artículo 49 y ss.).

4.3. Curatela

En el Capítulo precedente, ya hemos indicado que el cese del cargo del curador del desaparecido está regulado expresamente en el artículo 616. No obstante, el Código Civil no contiene una norma específica respecto al cese del cargo de curador en general. De este modo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 568, se aplican las reglas relativas a la tutela⁷⁸..

Como ya hemos observado en su oportunidad, las normas vigentes sobre la tutela no contemplan el caso en que el tutor desaparezca o sea declarado ausente, ignorándose su paradero. En consecuencia, creemos que para el caso del curador ausente cabe la misma atingencia expresada respecto de la desaparición de quien ejerce el cargo de tutor (artículo 550), pues el sujeto a curatela queda desprotegido y es necesario que el derecho provea su cuidado mientras se nombre un nuevo curador.

Así pues, creemos que de establecerse las modificaciones (ya planteadas en el punto anterior), de los artículos 550 y 551, se llenaría este vacío que afecta tanto a la institución de la tutela cuanto a la de la curatela. En cuanto a la legislación comparada, tampoco hemos

77 ENNECERUS KIPP Y WOLF. *Op. cit.* T. IV parte segunda, p. 429.

78 El Proyecto de Vidaurre regulaba en el Título 14 tanto la tutela cuanto la curatela, estableciendo el artículo 22 que resulta aplicable a esta última lo referente a la primera. En consecuencia, respecto a este Proyecto nos remitimos a lo expresado en la nota (76). En el C.C. Nor-Peruano se recoge la institución de la curatela sin regular expresamente las causas de cese o suspensión de su ejercicio. Sin embargo, el artículo 277 remite a los mismos modos de terminación que los de la tutela, agregando algunos que le son propios, como llegar a los 25 años y fenecer la incapacidad por haber cesado las causas que la motivaron. En cuanto al C.C. de 1852, éste no regula la curatela, existiendo sólo la figura del guardador a la que hemos hecho referencia en el punto inmediatamente anterior.

encontrado norma alguna que contemple el caso, aún cuando los Códigos Civiles de Francia, Italia y Venezuela tienen normas de remisión a la tutela (artículos 508, 424 y 387, 408 respectivamente); sin embargo, las normas a las que hacemos referencia al tratar la tutela no son aplicables por cuanto no existe adyacente al curador, un procurador o curador subrogado como en la tutela.

4.4. Consejo de Familia

En la parte relativa al Consejo de Familia, encontramos que los artículos 637, 638, 653 y 654 están vinculados a la ausencia.

El art. 637 señala a la "ausencia sin dejar apoderado" como uno de los casos en los que, por no quedar cuatro miembros hábiles, el número de miembros del Consejo de Familia debe completarse.

Como puede observarse, el texto de la norma no es claro, pues al referirse a la "ausencia" no precisa si se refiere a la desaparición, a la declaración de ausencia o a ambas. Para interpretar el sentido de la norma debemos remitirnos a las normas específicas del Título de la Ausencia, las que hemos comentado en el capítulo I.

Creemos que esta norma debe referirse tanto a la desaparición cuanto a la declaración de ausencia, dado que en ésta última etapa, aún cuando existiera apoderado nombrado, de acuerdo al art. 53 la inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes de la resolución que declara la ausencia, extingue los otorgados por el ausente.

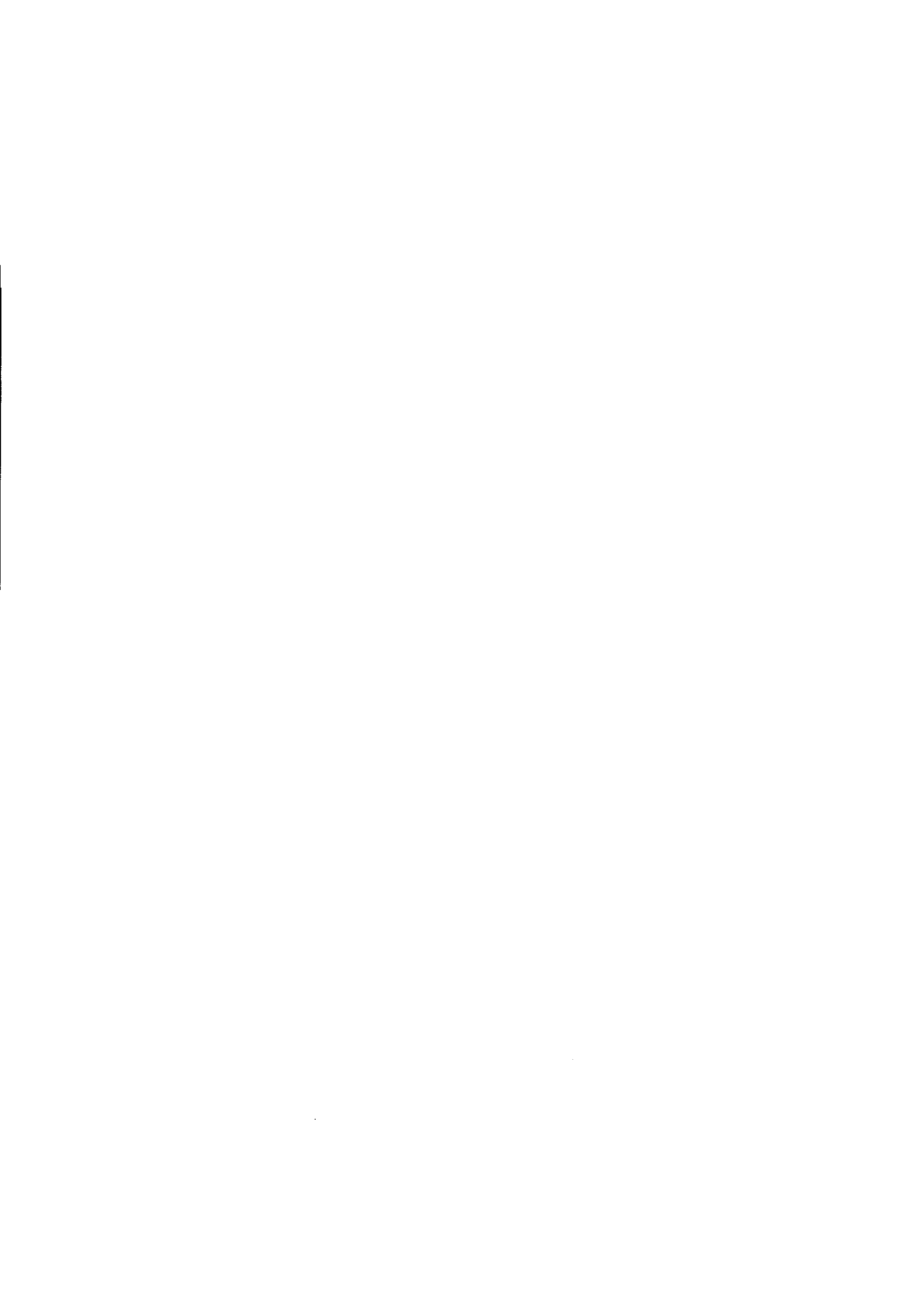
El artículo 638 establece que el consejo se forma para que ejerza sus atribuciones en favor de los "ausentes".

Consideramos que en este artículo el término "ausentes" únicamente tendrá efectos respecto a la situación de desaparición, específicamente sobre la curatela de bienes del desaparecido, siendo irrelevante en lo que se refiere a la declaración de ausencia.

La alusión al Consejo de Familia, dentro de las normas referentes a la curatela de bienes del desaparecido, la podemos observar en los artículos 573 y 602, referidos al nombramiento de curador y a sus facultades. En cambio, no existe norma alguna que mencione al Consejo de Familia tratándose de declaración de ausencia.

Los artículos 653 y 654, en los cuales se faculta en ciertas situaciones al Juez de Primera Instancia y a la Sala Civil de la Corte Superior a desempeñar las funciones del Consejo de Familia, emplean el término "ausente".

Estimamos que en ambos artículos el legislador se refiere al desaparecido, puesto que (como expresamos anteriormente), el Consejo de Familia interviene en la curatela de bienes originada por la desaparición y no en la posesión temporal de los bienes derivada de la declaración de ausencia.



MATRIMONIO Y DIVORCIO

Carmen Julia Cabello

MATRIMONIO Y DIVORCIO

Diversas son las perspectivas jurídicas desde las cuales podemos presentar la temática familiar en el Perú. El Derecho desde sus múltiples aristas provee las normas que oficialmente han de regir la institución familiar en sus diferentes facetas; lo hace a través de normas tutelares de carácter general e imperativo, a las cuales debemos someternos todos los ciudadanos en el país. No obstante, resulta pertinente preguntarnos ¿Las familias peruanas se incorporan plenamente o al menos tienden a incorporarse a estas pautas legales y con ello también a su amparo?, o como ocurre con la economía y otros aspectos de la sociedad "Informalizan" en la vida real sus relaciones.

Es pues, en esta línea de cuestionamiento del "Derecho en nuestra realidad y de su acción frente a la problemática familiar", que intentaremos, a modo de ensayo, un diagnóstico muy elemental de como viene desenvolviéndose en el país dos instituciones jurídicas claves en la vida de la familia, por ser precisamente las que determinan su constitución y fin: Matrimonio y Divorcio.

1. FAMILIA Y MATRIMONIO EN EL PERU

1.1 Aspectos legales sobre las uniones conyugales en el Perú

"La familia tiene una función social de enorme trascendencia, y el Derecho ha de organizarla en la forma más eficaz para su cumplimiento"¹.

Es a través del matrimonio que el Derecho institucionaliza jurídicamente la unión de pareja como cimiento de la organización familiar y social, reconociéndola, dotándola de

1 José Luis Díaz Pastor. *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio según la constitución*, Imprenta de Galo Sáez, Madrid, 1933, p. 62.

efectos jurídicos, de estabilidad, de seguridad; estableciendo para tal fin las condiciones y forma por las que deberá celebrarse.

La orientación secular del matrimonio en nuestro país es históricamente reciente, en 1930 mediante el Decreto Ley N° 6889, dictado por la Junta Militar de Gobierno de Sánchez Cerro se consagró como único matrimonio válido en el régimen legal peruano al contraído conforme a las leyes civiles², privándose de efectos legales al matrimonio canónico que los tenía hasta ese momento.

Nos encontramos así frente a dos formas de constitución familiar: Una legal — matrimonial—, y otra de facto de carácter concubinario.

En el Perú hasta antes de 1979, se normó excepcionalmente en materia laboral y agraria respecto al concubinato³; posición que se justificaba en el deseo de fortalecer la unión legal, ingnorándole en términos generales todo efecto a cualquier otra, enfoque jurídico orientado a conducir a la ciudadanía a integrarse al único régimen amparado plenamente. En los hechos dicho efecto no se produjo, reconociéndose por el contrario que estas uniones por sus caracteres y en especial su carencia de seguridad favorecían actos de despojo y atropellos de parte del más fuerte frente a un concubino privado de derechos. La ocurrencia de tales arbitrariedades como éstas no podían seguir siendo resueltas por medio de normas indirectas⁴, lo que requería un cambio de actitud.

La Constitución Peruana introduce en este sentido preceptos expresos en materia concubinaria contenidos en el Art. 9, que a la letra establece: "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 bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le es aplicable".

Al respecto el Código Civil en su Art. 326 puntualiza que el periodo mínimo de posesión del estado será de dos años continuos, pudiendo acreditarse por cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

2 Sin embargo cabe señalar que anteriormente por Ley del 23 de diciembre de 1897, se estableció el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquéllos que no profesaran la religión católica pudieran contraer matrimonio sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio de Trento.

3 Leyes 8439 y 8569 sobre compensación por tiempo de servicios en caso de fallecimiento del trabajador.
Ley 13517 sobre barrios marginales.
D.L. 17716 sobre Reforma Agraria.
D.L. 20598 sobre empresas de propiedad social.

4 Antes de la vigencia del Código Civil de 1984, la jurisprudencia admitió que en aquellos casos en que la concubina fuera abandonada y sufriera el despojo de los bienes que había contribuido a adquirir, debían aplicarse las normas generales sobre enriquecimiento indebido.

Cabe resaltar en estas normas su ámbito de aplicación, que excluye de su regulación a aquellas parejas que haciendo vida en común de facto, se encuentran impedidos de contraer matrimonio siendo el caso típico el de los casados que separados de hecho del cónyuge se unen maritalmente y en forma permanente con tercera persona.

En las situaciones referidas, de existir un menoscabo económico, por una de las partes, al concluir su relación, no pueden aplicarse las reglas del régimen de sociedad de gananciales, correspondiéndole al agraviado accionar por enriquecimiento indebido (Art. 1954 C.C.).

En el Perú hemos de tener en cuenta como lo plantea el Dr. Cornejo Chávez, que el concubinato presenta tres situaciones distintas⁵:

1. Los casos de verdadero concubinato, semejante al que se da también en otros países, esto es, aquellos casos en que un varón y una mujer sin ser casados, hacen vida de tales.
2. Los casos de matrimonio católico exclusivamente.
3. Los del llamado Servinakuy o designado con otras denominaciones usuales entre los campesinos indígenas de la sierra central y meridional del país.

La norma constitucional y el Código Civil otorgan a la relación concubinaria, efectos sólo de naturaleza patrimonial, al asemejarse con el régimen de la sociedad de gananciales propio del matrimonio, mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre los concubinos.

Presentados los lineamientos legales de ambas formas de constitución familiar; indagemos acerca de su incidencia y caracteres, tratemos de aproximarnos a través de los datos de la estadística a la actitud que ha asumido el poblador peruano frente a éstas a partir de su connotación geográfica y cultural.

1.2 La población peruana ante la institución del matrimonio. Información estadística sobre las uniones conyugales en el país.

Este aspecto habrá de desarrollarse en base a los datos obtenidos en los últimos tres censos, correspondientes a los años 1961, 1972 y 1981; información que será concordada con la proveniente de cuatro encuestas efectuadas a nivel nacional, por el Instituto Nacional de Estadística:

- Encuesta Demográfica Nacional del Perú (EDEN). 1974-1976

5 Héctor Cornejo Chávez. "La Familia en la ley y en la realidad del Perú", en *Para leer El Código Civil*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 86.

- Encuesta Nacional de Fecundidad del Perú (ENAF). 1977-1978
- Encuesta Nacional de Prevalencia de Anticonceptivos (ENPA). 1981
- Encuesta Demográfica y de Salud Familiar. (ENDES). 1986

Mediante estas referencias resulta interesante que comparemos nuestra conducta poblacional durante los últimos 30 años, a fin de determinar si las variaciones dadas son de significancia, en lo que esperamos sea una aceptación creciente de la unión legal sobre la factual.

CUADRO Nº 1

ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACION DEL PERU, DE ACUERDO A LOS CENSOS NACIONALES

(CIFRAS RELATIVAS)

	TOTAL	SOLTEROS	CASADOS	CONVIVIENTES	DIVORCIADOS	SEPARADOS	VIUDOS	NO ESPECIFICADO	TOTAL CIFRAS ABSOLUTAS
CENSO 1961 - 1 - 100.0		38.6	41.7	13.1	0.2	0.4	5.8	0.2	5'825,634
CENSO 1972 - 2 - 100.0		41.5	37.0	13.9	0.2	1.1	5.1	1.2	8'621,118
CENSO 1981 - 3 - 100.0		42.8	38.0	11.8	0.3	1.3	4.6	1.2	11'284,482

- 1 - Estado conyugal de la población de 14 años y más.
- 2 - Estado conyugal de la población de 12 años y más.
- 3 - Estado conyugal de la población de 12 años y más.

DEFINICIONES:

- SOLTERO (A): Que nunca se ha casado, ni vive en unión de hecho o convivencia.
- CASADO (A): Que ha contraído matrimonio civil y/o religioso y vive con su cónyuge.
- CONVIVIENTE: Que vive con su cónyuge sin haber contraído matrimonio civil o religioso.
- VIUDO (A): Que después del fallecimiento de su cónyuge o conviviente no se ha vuelto a casar ni vive en unión de hecho o convivencia.
- DIVORCIADO (A): Que terminó el vínculo matrimonial por sentencia judicial y no se ha vuelto a casar ni vive en unión de hecho o convivencia.
- SEPARADO (A): Que está separado (a) de su cónyuge o conviviente y no vive en unión de hecho o convivencia.

Antes de efectuar una comparación entre el rubro de casados y convivientes debemos incidir previamente en el significado asignado a ambos términos en la encuesta censal, casado en los tres censos es aquél que ha contraído matrimonio civil o religioso, mientras que el caso de conviviente su acepción es alta, no distinguiéndose entre los que se encuentran aptos para contraer nupcias de los que están impedidos.

Las cifras presentadas expresarían que mayoritariamente la población unida conyugalmente se encuentra casada, más debe tenerse presente que los datos incluyen a los unidos por vía religiosa que al entender legal son concubinos, que asimismo por tratarse de información declarada, la correspondiente a casados es susceptible de ser alterada por cuestiones de pudor, en especial en zonas urbanas en donde pueden declararse como tales muchos que no lo son, lo que es más difícil en el caso del que se califica de conviviente; no obstante cabe señalar

que si bien la unión legal no logra plenamente dichos porcentajes, no por ello deja de ser, en términos nacionales, preponderante sobre las uniones de hecho, pudiéndose sostener que dos de cada tres uniones conyugales son legales en el Perú.

La relación promedio entre la unión conyugal legal y la concubinaria en el país, ofrece dos tópicos interesantes de discusión, el relativo al grado de diferenciación que pudieran presentar las diversas regiones de la patria en torno a sus niveles, y en segundo término deducible de la contrastación precedente, la posible significación que adoptaría el concepto de unión legal como estado nupcial inicial en la comprensión del poblador peruano.

CUADRO Nº 2

ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACION TOTAL DEL PERU, SEGUN REGIONES NATURALES Y DE ACUERDO A LOS CENSOS NACIONALES

(CIFRAS RELATIVAS)

REGION	TOTAL	SOLTERO	CASADO	CONVIVIENTE	DIVORCIADO	SEPARADO	VIUDO	NO ESPECIFICADO	TOTAL CIFRAS ABSOLUTAS
COSTA 1									
Censo 1961	100.0	42.3	40.0	12.0	0.2	0.5	4.8	0.2	3'146,814
Censo 1972	100.0	44.8	36.0	12.0	0.3	1.3	4.3	1.3	5'108,617
Censo 1981	100.0	45.3	38.0	9.8	0.4	1.4	4.0	1.1	7'035,774
SIERRA 2									
Censo 1961	100.0	33.5	44.7	13.6	0.1	0.3	7.5	0.3	2'340,289
Censo 1972	100.0	36.0	39.8	15.6	0.2	0.7	6.6	1.1	2'965,089
Censo 1981	100.0	38.0	39.8	13.7	0.2	0.9	6.2	1.2	3'470,507
SELVA 3									
Censo 1961	100.0	39.2	36.6	19.5	0.1	0.6	3.7	0.3	338,531
Censo 1972	100.0	41.6	30.8	21.6	0.2	1.0	3.4	1.4	547,412
Censo 1981	100.0	41.8	29.8	22.1	0.2	1.3	3.3	1.5	778,201

1 Ancash, Arequipa, Callao, Ica, La Libertad, Lambayeque, Lima, Moquegua, Piura, Tacna y Tumbes

2 Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Pasco y Puno

3 Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.

Si observamos el cuadro por regiones naturales podemos apreciar que en la costa en general los casados conservan un promedio semejante a los niveles nacionales y en el caso de los convivientes es ligeramente menor. Si consideramos además la división por regiones y la disgregación de la Provincia de Lima y Callao, ésta última presenta caracteres singulares, conserva sus promedios aunque han descendido ligeramente de los años 1961 a 1981, en tanto el rubro conviviente presenta índices bastante inferiores a los nacionales, lo que podría revelar que por lo menos en la ciudad capital, sede del orden oficial, se está tendiendo a una

CUADRO N° 3

ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACION TOTAL DEL PERU, SEGUN REGIONES DE PLANIFICACION Y DE ACUERDO A LOS CENSOS NACIONALES (CIFRAS RELATIVAS)

REGION	TOTAL	SOLTERO	CASADO	CONVI- VIENTE	DIVORCIADO	SEPARADO	VIUDO	NO ESPECIFI- CADO	TOTAL CIFRAS ABSOLUTAS
NORTE 1									
Censo 1961	100.0	39.1	38.0	17.3	0.1	0.4	4.8	0.3	1'841,725
Censo 1972	100.0	41.3	33.4	18.1	0.1	1.1	4.7	1.3	2'635,898
Censo 1981	100.0	42.3	35.1	15.2	0.1	1.4	4.4	1.4	3'402,491
CENTRO 2									
Censo 1961	100.0	34.3	47.5	10.1	0.1	0.4	7.3	0.3	1'340,482
Censo 1972	100.0	38.1	41.6	11.9	0.2	0.9	6.2	1.1	1'790,990
Censo 1981	100.0	40.1	41.5	10.3	0.3	1.0	5.7	1.1	1'776,970
SUR 3									
Censo 1961	100.0	34.6	44.7	12.7	0.1	0.2	4.7	0.3	1'265,948
Censo 1972	100.0	36.4	40.9	14.2	0.2	0.6	6.6	1.1	1'613,733
Censo 1981	100.0	38.4	41.9	11.6	0.3	0.8	6.0	1.0	1'992,654
ORIENTE 4									
Censo 1961	100.0	38.5	31.0	26.1	0.1	0.6	3.4	0.3	194,453
Censo 1972	100.0	42.0	26.2	26.1	0.2	0.9	3.2	1.4	309,650
Censo 1981	100.0	41.5	25.8	26.2	0.3	1.5	3.1	1.6	424,046
LIMA M. 5									
Censo 1961	100.0	46.8	39.4	8.1	0.4	0.7	4.4	0.2	1'183,026
Censo 1972	100.0	47.1	36.7	9.2	0.4	1.5	3.9	1.2	2'583,029
Censo 1981	100.0	47.0	38.3	8.0	0.6	1.5	3.7	0.9	3'688,321

- 1 Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Ancash, Cajamarca, Amazonas y San Martín.
- 2 Ica, Junín, Pasco, Huancavelica, Lima (Excepto la Prov. Lima y Callao), Ayacucho, y Huánuco (Excepto la Prov. de Pachitea)
- 3 Arequipa, Moquegua, Tacna, Apurímac, Madre de Dios, Cusco y Puno.
- 4 Loreto, Ucayali y la Provincia de Pachitea
- 5 Provincia de Lima y Callao.

formalización legal de las uniones, producto posiblemente de las aún insuficientes campañas de difusión, cumpliendo en este aspecto un papel importante la convocatoria a matrimonios masivos, en los que se incorporan a la legalidad parejas que han estado unidas de facto, así como un porcentaje significativo de parejas jóvenes que optan por el cauce matrimonial y que muchas veces no cuentan con los recursos económicos necesarios para efectuarlos por los trámites normales.

La celebración de matrimonios masivos representan una medida saludable, a pesar de algunos inconvenientes que han creado en la práctica por la simplificación de sus exigencias, la de publicaciones por ejemplo, que ha dado lugar a la ocurrencia de algunos casos de bigamia, empero en términos generales es una oportunidad más que se ofrece para acceder a la legalidad.

Caso opuesto en materia de concubinato, se observa en especial en los datos de la región norte, en los que los niveles de convivencia son superiores a los nacionales.

La Dra. Violeta Sara-Lafosse⁶ explica que en la costa norte se presenta con mayor agudeza un fenómeno que denomina poligamia disfrazada, según el cual el marido entabla relaciones con una segunda mujer con la que establece otra familia, no abandonando del todo a la primera, cohabitando alternadamente con ellas, llegando a afectar éste a un cuarto de familias de la región.

Comentario anotado que expresaría rasgos diferenciadores de la práctica concubinaría en esta zona con el resto del país, en especial con el practicado en el Ande.

En la región sierra puede observarse los niveles más altos de unión matrimonial, que si bien han descendido son superiores a los promedios nacionales, en tanto las uniones convivenciales presentan rasgos superiores a los registrados en la región costa, pero inferiores a los de la selva.

Como puede apreciarse la unión conyugal en esta región reviste singular importancia, comprendiendo un mayor porcentaje de población que se declara casada o conviviente en relación a otras regiones.

"El matrimonio es una institución a la cual aspiran todos los comuneros. Una primera explicación para este deseo se encuentra en la división del trabajo por sexos que lleva a que un individuo sea considerado como un ser social incompleto si no tiene pareja. De aquí que, en estas comunidades, sólo se concede el status de adulto a partir de la unión conyugal"⁷.

Los cuadros muestran una incidencia significativa de uniones matrimoniales en esta región; que podría explicarse entre otras razones porque éstas, además de comprender a aquéllos que directamente han accedido a ellas por la vía legal, incorpora a los que se consideran casados por haber celebrado el acto religioso de matrimonio, que en el mundo andino posee una propia connotación legitimadora; asimismo, el estado matrimonial representa, para algunos sectores de su población, el fin de un proceso que ha estado precedido de una unión de hecho, diferente a la de otros contextos, en los que, tal vez, no podría llegar a ser legalizada por tratarse de relaciones adulterinas. En este sentido nos parece conveniente, referirnos a las uniones de hecho andinas, regidas por sus propias normas de derecho consuetudinario, y que algunos han venido a llamar, *servinakuy*, *warmichakuy*, *rimaykukuy*, *lytabiña*, *phaway tinkuska*, entre las múltiples denominaciones que adopta de acuerdo a la región en que se practique éste algunas veces llamado matrimonio de prueba o matrimonio sociológico.

6 Violeta Sara-Lafosse, "Crisis Familiar y Crisis Social", en *Revista de la Universidad Católica*, N° 15-16, p. 102.

7 Juan Ossio Acuña y Oswaldo Medina García, *Familia Campesina y Economía de Mercado*, Ediciones Crece, 1985, p. 100.

El fenómeno se registra aproximadamente en once departamentos del Perú: Cajamarca, Amazonas, Ancash, Junín, Pasco, Huánuco, Ayacucho, Huancavelica, Apurímac, Cusco, Puno, algunas provincias serranas de Piura, La Libertad, Tacna y Arequipa, así como en los asentamientos humanos limeños. En la región amazónica de San Martín, Loreto, Ucayali y Madre de Dios los niveles de relación concubitaria son elevados mas no se puede precisar, como lo trataremos posteriormente, si en estas comunidades acontece un fenómeno semejante al andino.

Seguidamente nos referiremos a dos investigaciones efectuadas en comunidades andinas de la zona sur y centro del país.

La primera fue realizada en el año 1986, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, dirigida por el Dr. Cornejo Chávez y en la que participó la investigadora Dra. Aída Molina, éste es un trabajo de campo efectuado en Puno, que ofrece importante información sobre el fenómeno del Servinakuy en las comunidades Quechuas y Aymaras⁸. Se señala en él que en cuanto a la elección de pareja, éstos se vinculan libremente, superando las designaciones paternas, lo que no niega que existan implícitamente ciertas pautas comunales que la condicionan, en especial si se considera que la unión conyugal en el mundo rural no sólo afecta a la pareja como tal sino que integra a dos grupos familiares que van a formar una alianza, manifestada a lo largo del proceso para llegar al matrimonio y que se consolidará con él; configurando, en este aspecto, el "trabajo" un valor preminente para la asociación.

La edad inicio de convivencia es similar para los aymaras como para los quechuas, en el caso de los hombres el promedio es 21.9 y en el de las mujeres 19.6.

Un aspecto muy interesante a destacar y que nos permitimos transcribir es el relativo a la acción legitimadora del grupo comunal. "Luego de que una pareja entra en el proceso de Servinakuy, la comunidad en pleno reconoce la nueva unión y la considera como una nueva unidad familiar. Sólo en casos excepcionales, no hay un reconocimiento e integración plena, como son los casos en que la pareja es foránea, en que las tierras son comunitarias y existen ciertos intereses para no asignar terrenos a las parejas nuevas".

En lo correspondiente a su duración es variable, en los quechuas alcanza un promedio de cuatro años y en los aymaras de dos años; los menores tiempos de duración y las incidencias están en relación con la actividad que desarrollan, las comunidades más cerradas y dedicadas a la agricultura y el pastoreo mantienen intactos sus rasgos primigenios, llegando en algunas a ser plena su ocurrencia, vale decir que el total de parejas antes de casarse, practican el servinakuy; en tanto aquellas comunidades que mantienen un mayor intercambio comercial con centros poblados o ciudades más importantes, van modificando sus características, para irse convirtiendo en simples uniones sin la fuerza espiritual de las originales.

8 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, *El Servinakuy en Puno*, 1986, p. 251.

En lo referido a su grado de estabilidad, cabe señalar, que los pobladores declaran que les es muy difícil imaginarse una separación, porque en su mayoría no conocen de casos semejantes. Cuando ocurren desavenencias entre los concubinos la presión familiar y comunal contribuye a que la separación no se produzca, las comunidades quechuas, en ese aspecto, ejercen una presión social mayor que las aymaras. Si finalmente se produce una eventual separación, los concubinos aymaras acostumbran repartirse los hijos si son más de uno, quedándose la mujer con los más pequeños; en los quechuas la madre conserva a los hijos y en cuanto a los bienes, su razonamiento es sumamente práctico se reparten en partes iguales lo que han poseído juntos, o conservan, cada uno, lo que le es propio.

Las relaciones al interior de la familia, especialmente en los quechuas son de carácter igualitario tomando la pareja sus decisiones conjuntamente; en el caso de los aymaras las determinaciones domésticas las toma la mujer y las demás el marido. Un aspecto que debemos resaltar es que el Servinakuy en esta zona tiene como nota distintiva, el de concluir con una formalización legal: "la etapa pre-matrimonial frecuentemente concluye con el matrimonio civil que lo celebran en forma sencilla, el matrimonio religioso lo efectúan posteriormente con motivo de la recepción de algún "cargo", en este caso los festejos duran dos días"... "La celebración del matrimonio está condicionada en general a factores económicos y se asocia a una fiesta relativamente grande en que la pareja debe estar en condiciones de realizar un gasto fuerte".

¿Presentará caracteres semejantes la unión concubinaria en la zona central Andina?' algunos detalles nos serán proporcionados por un trabajo efectuado en tres comunidades de Huancavelica: Pazos, Mullaca y Ñahum muy próximas a la ciudad de Huancayo, realizado por Juan Ossio Acuña y Oswaldo Medina García recogido en su libro **Familia Campesina y Economía de Mercado**.

"Warmi Orccooy", es el término quechua que se emplea como equivalente al matrimonio, tras todo un ritual en el que participan las familias extensas de ambos novios en un intercambio de expresiones de respeto y obsequios que consoliden sus vínculos de afinidad por el compadrazgo.

En forma semejante a lo descrito en las comunidades puneñas. "Para los ojos de la comunidad, este ritual consagra definitivamente el matrimonio, pero se considera que de todas maneras debe reafirmarse con el ceremonial católico y con el civil. Debido a que estos dos medios de institucionalizar la unión conyugal demandan gastos onerosos, generalmente esperan un poco. En algunos casos llega a tomar hasta más de un año o dos ... El ideal es que cada pareja tenga su casa propia, pero se admite que esto puede estar precedido por un periodo de residencia ya sea en la casa de los parientes de la novia y del novio⁹.

De acuerdo a los estudios aludidos la unión concubinaria en dichas regiones, se distingue

9 Juan Ossio Acuña y Oswaldo Medina García. Op. cit., p. 94.

por tratarse de relaciones conyugales estables, que anteceden al matrimonio civil y/o religioso, pudiendo ser prolongadas pero no indefinidamente permanentes, adicionándoles a su legitimación tradicional una formalidad legal o religiosa. No podría sostenerse que los caracteres descritos se repitan en el resto de comunidades del país, por lo que cabría la posibilidad de que la unión consensual pudiera presentarse, en algunas, como una forma matrimonial excluyente de la legal.

Retornando a los cuadros 2 y 3, en relación a la región selva, puede observarse que el rubro casados ha descendido notablemente, mientras que los niveles de convivencia son ascendentes, más aún esta última presenta porcentajes muy superiores a los registrados en otras regiones, en especial si tenemos en cuenta en particular a la zona oriente.

Explicarnos los alcances de estos datos, supone referirse a los modelos de familia que la amazonía presenta:

La urbana de caracteres nucleares, abierta a la sociedad dominante, incorporada a una cultura de lineamientos occidentales, que viene recibiendo un gran flujo migratorio, de dos lados, interno: del campo se desplazan para buscar mejores modos de vida a núcleos más poblados en la selva; y externo: proveniente de la costa y sierra, hombres en la búsqueda de tierra, oro y petróleo, un éxodo constante que viene provocando una gran movilidad social, afectando la estructura familiar, pudiendo, encontrar una de sus manifestaciones en el descenso de la nupcialidad legal.

La familia campesina propia de la selva baja, es de carácter nuclear pero como la andina adopta algunos rasgos de la extensa. Participa de la cultura predominante conservando aún valores ancestrales, de ahí que las uniones conyugales sean en su mayoría uniones de hecho, la revista *Shupihui* al abordar el tema problemas y esperanzas de la familia¹⁰ nos refiere:

"En el agro las uniones matrimoniales son en gran parte naturales y se realizan al margen de cualquier formalidad jurídica o ritual. Pero se caracterizan por la estabilidad, una vez que han superado el suficiente periodo de prueba. No podríamos precisar si en esta región la relación de facto luego del llamado periodo de prueba es además formalizada por la vía legal o religiosa como viene progresivamente ocurriendo en algunos sectores andinos".

De otro lado la familia nativa, es extensa, comunitaria, se sustenta en alianzas matrimoniales entre familias. Las comunidades nativas son grupos cerrados en los que las relaciones de parentesco, desarrollan un rol determinante en su organización social, sus miembros se encuentran integrados por vínculos consanguíneos o por afinidad, de ahí que no sea de extrañar que en estas poblaciones no existan mendigos, ni huérfanos, la comunidad los asimila como suyos y es que al fin y al cabo todos son parientes.

10 *Shupihui*, Vol. V, Nº 14, Abril-Junio 1980.

Las comunidades nativas forman 56 grupos étnicos cada uno con su propio idioma, pertenecientes a 13 familias lingüísticas; su población representa aproximadamente el 10% de la población amazónica y el 26% de la población rural de toda la región.

Permítasenos exponer el caso de uno de ellos, de los Chayahuita, se trata de una comunidad nativa del Alto Amazonas en la región de Mainas. El investigador Aldo Fuentes¹¹ nos describe "el matrimonio en el pueblo Chayahuita es objeto de largas y complicadas negociaciones entre la parentela de ambos cónyuges. En estas negociaciones, el status "superior" está del lado de la familia de la mujer, que es la que "entrega" una hija o hermana, aunque sólo después de varias rondas de conversaciones fuertemente ritualizadas en las que la tensión no deja de estar presente.

En caso de no existir otros obstáculos, se dan por terminadas las conversaciones. Se hace llamar entonces a la muchacha para proceder a la "entrega". Esta puede ser hecha por el padre o un pariente mayor, pueden estar presente las autoridades de la comunidad... A partir de aquí se considera realizado el matrimonio y el esposo procede a trasladar sus pertenencias a la casa de sus suegros, donde residirá en el futuro".

Los Chayahuita continúan practicando aún una forma de poligamia sororal (el matrimonio simultáneo de un hombre con dos o más mujeres, que son hermanas entre sí), alrededor de una por cada diez uniones tienen este carácter. "Sin ser pues, generalizada, se puede decir que la poligamia es un rasgo constante en la organización social nativa".

Ha de comprenderse que este tipo de práctica no es efectuada por cualquier miembro de la comunidad, ella es asociada al prestigio alcanzado por el poblador en su sociedad, por razones de edad, posición o sus cualidades personales, reforzará pues, su status, casándose con varias mujeres, permitiéndose una fuerza de trabajo más amplia, su posición es expectante respecto a las futuras alianzas matrimoniales que podrá atraer, subordinando a numerosos yernos que con su trabajo van a consolidar la importancia del grupo parental.

Presentados a grandes rasgos algunos caracteres de las uniones conyugales en el país, deducible que la unión conyugal prevalece en términos nacionales sobre la factual, se advierten notorias diferencias, una progresiva asimilación de la población a las pautas legales, en especial en ciudades y poblaciones rurales próximas a centros urbanos de desarrollo, en contraste con la aparente autonomía que experimentarían otras, en la medida que se van alejando de Lima y de las regiones más próximas consideradas matrices generadoras del derecho oficial.

A diferencia de lo que puede ocurrir en otras realidades la unión concubinaria, adquiere en el Perú, una connotación específica en determinados sectores poblacionales, exteriorizando como ha podido apreciarse fenómenos socio-culturales propios; así el matrimonio legal

11 Aldo Fuentes. *Porque las piedras no mueren* Historia, Sociedad y Ritos de los Chayahuita del Alto Amazonas, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica.

representa para muchos la conclusión de un proceso conyugal precedente de rasgos peculiares y no un estado nupcial inicial, aspecto éste muy vinculado a los múltiples caracteres que presenta la unión consensual tradicional, lamentablemente aún no suficientemente investigados por parte de los estudiosos del Derecho, desconocimiento que torna inviable su regulación en el presente.

Cierto es que, un porcentaje relevante de peruanos no observan las normas legales a las que se ha hecho referencia —matrimonio es tan solo un caso—, y no porque intencionalmente se propongan infringirlas, sino porque ellos consideran legítimo regir sus relaciones por un Derecho distinto al nuestro, un Derecho Consuetudinario, a través de cuyas reglas ancestrales ordenan sus vidas y resuelven sus controversias.

Conociendo de las limitaciones que encuentra la vigencia de la norma legal en una realidad pluricultural como la descrita, ¿Qué alcances pueden tener éstas normas como respuesta del orden frente a la problemática de las familias incorporadas formalmente al sistema legal?

Será objeto de nuestra reflexión en este aspecto una de las instituciones más controvertidas en Derecho de Familia: El Divorcio.

2. MATRIMONIO Y DIVORCIO

2.1 Aspectos legales sobre la Institución

El divorcio absoluto se introdujo en nuestra legislación mediante Ley N° 6890 del 8 de octubre de 1930. En esta materia El Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista moderada, admitiendo el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el Art. 247 inc. 1 al 9, de carácter específico, aunque además consintió el mutuo disenso como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio.

El actual Código, no incorpora modificaciones sustanciales al anterior régimen, el ponente del libro de Familia Dr. Héctor Cornejo Chávez, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances. No obstante algunos aspectos se han flexibilizado por efecto de las modificaciones efectuadas por la Comisión encargada de aprobar el Proyecto del Código.

2.1.1 Vías legales para acceder al divorcio en el Perú

La primera de éstas es directa, mediante una demanda de divorcio absoluto, para la cual debe invocarse cualquiera de las diez causales previstas en el Art. 333 del Código Civil. Acreditada la causal, la sentencia disuelve de manera inmediata y total el vínculo matrimonial.

La segunda, por conversión, es a través de una previa demanda de separación de cuerpos, la cual puede tener dos matices:

- Por cualquiera de las diez causales antes referidas.
- Por mutuo disenso (inc. 11 Art. 333 C.C), requiriéndose para ello el pedido de ambos cónyuges, y que hayan transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio. La sentencia que se dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente.

Este segundo medio se constituye en una forma mediata de obtener el divorcio, ya que después de transcurridos seis meses cualquiera de los cónyuges en el caso de mutuo disenso, y el inocente en los de causal, podrá solicitar la disolución del vínculo.

2.1.2 Principales cambios operados en la institución del divorcio en el Código Civil de 1984

En relación a su aspecto litigioso, es el Art. 333 del C.C. el que señala las diez causales por las que en nuestro país, puede obtenerse el divorcio.

Son las siguientes:

1. El adulterio.
2. La sevicia.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Las modificaciones en cuanto al régimen anterior, se hallan en el inc. 5 referido al abandono injustificado (antes llamado malicioso) de la casa conyugal, en tanto se admite que pueda ser no continuado, siempre que sumados los periodos de apartamiento éstos excedan los dos años. Una nueva causal introducida por la Comisión Revisora, incorpora expresamente en el inc. 9 a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio como motivo de divorcio, innovación que no representa como algunos han sostenido una mayor apertura divorcista, por cuanto, efectivamente, en la práctica los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonrosa.

El inc. 10 ve variado su texto, que distingue claramente, a diferencia del anterior, la condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años, por delito doloso excluyendo expresamente al delito culposo, del mismo modo, la norma del Art. 338 impide accionar por esta causal, cuando el delito fue conocido por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio

El Art. 354 regula lo relativo al proceso de conversión de separación de cuerpos a divorcio, estableciéndose dos modificaciones de interés:

– La primera, en cuanto al plazo después del cual es procedente su solicitud; el Art. 276 del C.C. de 1936 señalaba que transcurrido un año de la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges podía pedir se declare la disolución del vínculo, mientras que ahora dicho plazo es reducido a seis meses.

La jurisprudencia en lo relativo a la oportunidad para iniciar su cómputo, ha venido interpretando preferentemente que el término legal empieza a correr desde que queda ejecutoriada la sentencia que aprobó la separación. No obstante, también se han propuesto en la práctica judicial otros criterios.

– La otra, está referida a la separación por causal, limitándose la solicitud de disolución al cónyuge inocente negándosele al culpable, prohibición expresa que no existía antes y que por una interpretación literal del texto del Art. 276 del Código derogado, se admitió algunas veces en la jurisprudencia que cualquiera de los cónyuges, incluso aquél a quien le hubiera sido imputable la separación podía, vencido el plazo de ley, solicitar la conversión a divorcio.

2.2 Alcances reales de la Institución del divorcio en el Perú

Frente al problema conyugal la ley permite a la pareja por medio del divorcio poner fin a una unión matrimonial no querida. Determinar la vigencia real y los alcances de la institución frente a la problemática conyugal que pretende resolver, son los propósitos que alientan esta parte del trabajo, el que habrá de desarrollarse en dos niveles de información, una de carácter general en base a la referencia censal correspondiente a los años 1961, 1972 y 1981 así como de datos provenientes del órgano jurisdiccional relativos a los últimos 5 años.

De otro lado, habremos de desarrollar una pequeña investigación muestral efectuada en el Registro Civil de un distrito de Lima Metropolitana, que nos permitirá contrastar la información nacional, como también indagar sobre aspectos más específicos de la institución.

Nuestra primera inquietud se orientó a precisar el grado de incidencia que observa el divorcio como institución legal en el país.

CUADRO Nº 4

	DIVORCIADOS	SEPARADOS
CENSO 1961	0.2	0.4
HOMBRES	0.1	0.3
MUJERES	0.2	0.6
CENSO 1972	0.2	1.1
HOMBRES	0.2	0.7
MUJERES	0.3	1.5
CENSO 1981	0.3	1.3
HOMBRES	0.3	0.6
MUJERES	0.4	1.9

CUADRO Nº 5

CUADRO DE ESTADISTICA DE CAUSAS INGRESADAS POR DIVORCIOS EN LOS
JUZGADOS CIVILES

QUINQUENIO 1983 A 1987 POR DISTRITOS JUDICIALES PODER JUDICIAL

DISTRITOS JUDICIALES	AÑOS 1983		1984		1985		1986		1987	
	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.	Causal	Mut. Dis.
AMAZONAS	29	31	21	22	34	30	38	32	41	36
ANCASH	159	173	146	154	106	154	115	148	132	157
APURIMAC	37	34	29	34	33	30	35	33	34	33
AREQUIPA	269	388	285	417	375	352	384	414	328	393
AYACUCHO	33	40	49	46	17	54	41	55	35	49
CAJAMARCA	37	47	117	83	107	188	104	92	91	103
CALLAO	480	614	347	363	289	303	315	326	358	402
CUSCO, MADRE DE DIOS	653	616	200	296	298	220	309	298	365	358
HUANCAVELICA	47	40	0	2	8	6	23	21	20	17
HUANUCO, PASCO, UCAYALI	161	192	86	145	134	251	180	134	140	181
ICA	118	188	157	180	149	210	152	197	144	194
JUNIN	160	166	178	191	157	276	157	257	163	223
LA LIBERTAD	288	207	256	258	262	241	278	251	271	239
LAMBAYEQUE	100	125	132	137	225	236	143	153	150	163
LIMA	1631	2231	1547	2150	1620	1987	1987	3004	1696	2343
LORETO	120	96	97	190	78	71	79	75	94	108
PIURA	114	95	143	104	262	201	152	134	168	134
PUNO	175	211	202	263	65	215	63	145	126	209
SAN MARTIN	24	29	65	61	85	42	72	36	62	42
TACNA Y MOQUEGUA	106	162	168	116	133	299	141	126	137	176
TOTALES	4,741	5,685	4,225	5,212	4,437	5,366	4,768	5,931	4,555	5,560

Fuente: Dirección General de Estadística y Evaluación del Poder Judicial.

CUADRO Nº 6

PORCENTAJES DE DEMANDAS DE DIVORCIOS POR DISTRITO JUDICIAL

	1983	1984	1985	1986	1987	1983-1987 (promedio)
AMAZONAS	0.6	0.5	0.7	0.7	0.8	0.6
ANCASH	3.2	3.2	2.7	2.5	2.9	2.9
APURIMAC	0.7	0.7	0.6	0.6	0.7	0.7
AREQUIPA	6.3	7.4	7.4	7.5	7.1	7.2
AYACUCIO	0.7	1.0	0.7	0.9	0.8	0.8
CAJAMARCA	0.8	2.1	3.0	1.8	1.9	1.9
CALLAO	10.5	7.5	6.0	6.0	7.5	7.5
CUSCO, MADRE DE DIOS	12.2	5.3	5.3	5.7	7.1	7.1
HUANCAVELICA	0.8	0.0	0.2	0.4	0.4	0.4
HUANUCO, PASCO, UCAYALI	3.4	2.4	3.9	2.9	3.2	3.2
ICA	2.9	3.6	3.7	3.3	3.3	3.4
JUNIN	3.1	3.9	4.4	3.9	3.8	3.8
LA LIBERTAD	4.7	5.4	5.1	4.9	5.1	5.1
LAMBAYEQUE	2.2	2.9	4.7	2.8	3.1	3.1
LIMA	37.0	39.2	36.8	46.6	39.9	39.9
LORETO	2.1	3.1	1.5	1.4	2.0	2.0
PIURA	2.0	2.6	4.7	2.7	3.0	3.0
PUNO	3.7	4.9	2.9	1.9	3.3	3.3
SAN MARTIN	0.5	1.3	1.3	1.0	1.0	1.0
TACNA	2.6	3.0	4.4	2.5	3.1	3.1
TOTALES	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
CIFRAS ABSOLUTAS	10,426	9,437	9,803	10,699	10,115	50,480

Como puede observarse en términos globales el porcentaje de divorcios es de poca relevancia, aunque ligeramente creciente a nivel nacional. Si volvemos al cuadro Nº 3 distinguiremos que los mayores índices de pobladores divorciados los presenta Lima Metropolitana.

La última información resulta importante y se ve confirmada por los datos registrados por la Dirección General de Estadística y Evaluación del Poder Judicial, sobre el número de demandas de divorcio planteadas en los Juzgados de Primera Instancia en todo el Perú.

En lo relativo a las acciones judiciales por divorcio aproximadamente el 40% de demandas ventiladas en el Distrito Judicial de Lima, pero si a este porcentaje añadimos el registrado para el Distrito Judicial del Callao, que es el segundo en orden de demandas con cifras promedio de 7.5, puede sostenerse que cerca del 50% de este tipo de acciones tienen lugar dentro del ámbito capitalino.

De ese modo el divorcio parecería ser más un problema de carácter limeño que nacional, en tanto las diferentes regiones del país muestran porcentajes muy inferiores a éstos.

El segundo aspecto que descábamos verificar, se orientaba a determinar cual de las dos vías legales era la preferida por los cónyuges que pretendían iniciar un proceso de divorcio, así se pudo apreciar que era el procedimiento no litigioso al que accedían mayor número de

CUADRO Nº 7

DEMANDAS %	1983	1984	1985	1986	1987
MUTUO DISENSO	54.5	55.2	54.7	55.4	55.0
CAUSAL	45.5	44.8	45.3	44.6	45.0

litigantes, con una diferencia aproximada de 10% en relación a los divorcios por causal *.

El siguiente objetivo fue tratar de evaluar hasta que punto las modificaciones legales en materia de divorcio, fundamentalmente las operadas para los procesos de conversión de separación de cuerpos a divorcio, beneficiadas por la reducción del término legal de un año a seis meses, habían favorecido una mayor incidencia en este tipo de acciones.

Si observamos los cuadros 5, 6 y 7 y comparamos el número y porcentaje de demandas consignadas bajo el rubro mutuo disenso, durante los años 1983 y 1984¹² y de otro lado las interpuestas durante 1985, 1986 y 1987 veremos que no se han alterado significativamente, de modo tal que a pesar de que la ley ha flexibilizado sus exigencias en una de sus vías los litigantes no han alterado sus conductas procesales por lo menos en los tres años inmediatos a la vigencia del actual Código.

Teniendo una imagen aproximatoria del fenómeno del divorcio en nuestro país, continuamos su investigación a niveles más específicos; en ese sentido, comprendiendo que Lima es el centro de mayor incidencia de divorcios de todo el Perú, decidimos efectuar una constatación muestral de dicha institución, para esos efectos decidimos seleccionar el distrito de Barranco; en razón a la composición poblacional mixta que registra, mayoritariamente de clase media pero también con cierta presencia de sector popular, permitiéndonos contrastar de algún modo niveles de incidencia entre ambos sectores.

El trabajo de campo se llevó a cabo en el Registro Civil del Distrito de Barranco; en donde se nos permitió el contacto con las mismas actas de matrimonio, las cuales conservan en los casos de divorcio copia de la sentencia que lo declara; facilitando su seguimiento. El periodo en estudio comprendió los años 1960 a 1987.

* Debe tenerse presente que el concepto de divorciado para efectos censales corresponde a aquéllos cuyo vínculo matrimonial ha sido disuelto judicialmente, y no se han vuelto a casar o a unir convivencialmente con otra persona. Esto nos ayudaría a explicarnos porqué hay un porcentaje mayor de mujeres a hombres divorciados, además de indicar que los porcentajes reales de divorcio pueden ser algo mayores.

12 Código Civil entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

La información recopilada arrojó los siguientes resultados:

1. Relación entre el número de matrimonios celebrados durante el periodo en estudio y los que fueron disueltos por divorcio o invalidez judicialmente.

CUADRO N° 8

TOTAL DE MATRIMONIOS	NULIDAD DE MATRIMONIOS	DIVORCIOS
13,806	5	320
100.0	0.04	2.32%

CUADRO N° 9

TOTAL DE MATRIMONIOS, NULIDADES DE MATRIMONIOS Y DIVORCIOS POR QUINQUENIOS

PERIODO	TOTAL MATRIMONIOS	NULIDADES TOTAL	MATRIMONIOS %	DIVORCIOS TOTAL %
1960-64	1,600	2	0.13	68 4.25
1965-69	2,038	0	0	69 3.39
1970-74	2,248	1	0.04	88 3.91
1975-79	2,846	1	0.04	67 2.35
1980-84	2,926	0	0	28 0.95
1985-87	2,148	1	0.05	0 0

Como puede observarse de los cuadros precedentes el número de nulidades de matrimonio es insignificante, de las cuales podríamos mencionar que cuatro de los casos se sustentaron en la causal de bigamia y uno en el de impotencia sexual; los divorcios presentan comparativamente cifras más relevantes pero aún así su volumen no es muy significativo, lo que concordaría con la información general obtenida de los censos nacionales.

Son los matrimonios contraídos en los primeros quinquenios en los que el divorcio ha tenido mayor repercusión, información coincidente con el dato promedio obtenido sobre la duración de los matrimonios, que es de 10 años, 8.5 meses, razón por la que la tendencia es descendente cuanto más recientes son los años en referencia.

2. Comparación entre el número de divorcios por causal y los de mutuo disenso.

CUADRO Nº 10

PERIODO	DIVORCIO POR MUTUO DISENSO TOTAL	%	DIVORCIOS POR CAUSAL TOTAL	%
1960-64	57	88.82	11	16.18
1965-69	53	76.81	16	23.19
1970-74	68	77.27	20	22.73
1975-79	54	80.6	13	19.4
1980-84	23	82.14	5	17.86
1985-87	---	-----	---	-----
TOTALES	255	79.69	65	20.31

Nuevamente se reitera la tendencia predominante de las acciones de divorcio no litigiosas a través del mutuo disenso, cabe señalar que en los procesos de conversión que declaraban el divorcio, todos tenían como antecedente una separación de cuerpos por mutuo disenso no existiendo ningún caso de conversión de separación de cuerpos por causal, lo que revelaría que esta última no tiene mayor incidencia en la práctica, optando los cónyuges cuando pretenden invocar una causal expresa por el divorcio directamente.

Algo que sí difiere notablemente con los datos registrados por la Oficina de Estadística del Poder Judicial en cuanto a demandas de divorcio es la marcada distancia de las acciones por mutuo disenso y las de causal que a nivel de Primera Instancia llega alrededor del 10% y que en cuanto a divorcios registrados a nivel municipal su margen se amplía aproximadamente a un 60%, lo que confirma que las acciones de divorcio por causal presentan tendencias denegatorias a nivel judicial, justificándose entre otras razones por la dificultad de probanza de la falta conyugal, logrando éxito un número restringido de estas causas.

3. Relación de divorcios por causal, cónyuge demandante y causal acreditada

CUADRO Nº 11

NUMERO DE DIVORCIOS POR CAUSAL	CONYUGE QUE GANO EL PLEITO			
	EL TOTAL	%	ELLA TOTAL	%
63	23	36.51	40	63.49

Nº de divorcios por causal = 65
No se especifica quién gana = 2

CUADRO N° 12

RELACION DE CAUSALES ACREDITADAS

CAUSALES	NUMERO DE CASOS	%
Adulterio	29	44.62
Sevicia	11	16.92
Atentado contra la vida del cónyuge	2	3.08
Injuria grave	9	13.85
Abandono de la casa conyugal	21	32.31
Conducta deshonrosa	6	9.23

CUADRO N° 13

CAUSALES	CONYUGE QUE GANO EL PLEITO			
	EL		ELLA	
	Total	%	Total	%
Adulterio	13	20	16	24.62
Sevicia	0	0	10	15.38
Atentado contra la vida del cónyuge	0	0	2	3.08
Injuria grave	3	4.62	6	9.23
Abandono de la Casa conyugal	6	9.23	14	21.54
Conducta deshonrosa	3	4.62	3	4.62

Es la cónyuge la que demandando o reconvinando ha obtenido más divorcios a su favor por esta vía; como era de suponerse la causa legal de mayores rupturas matrimoniales es el adulterio seguido del abandono injustificado de la casa conyugal, teniendo cifras menores las otras causales previstas en los incisos 1 al 6 del Art. 333 del C.C., las restantes no han tenido ningún tipo de incidencia vale decir la de uso injustificado de sustancias estupefacientes, enfermedad venérea grave, y condena a pena privativa de la libertad, en el caso de homosexualidad es reciente su incorporación por lo que no habiéndose registrado divorcios en los matrimonios celebrados en los últimos cuatro años no ha sido posible su presencia.

4. Respecto a la patria potestad de los menores

CUADRO N° 14

LA PATRIA POTESTAD EN LOS DIVORCIOS POR MUTUO DISENSO

TOTAL DIVORCIO POR MUTUO DISENSO	NO SE ESPECIFICA QUIEN CONSERVA A LOS MENORES	EL TOTAL %	ELLA TOTAL %
255	129	15 11.90	88.1

En las acciones por mutuo disenso la madre conserva normalmente a los menores bajo su custodia, igual situación se refleja en las acciones por causal incluso en aquellas en la que es declarada culpable del divorcio.

5. Alimentos de la cónyuge

CUADRO N° 15

RECIBE ALIMENTOS		RENUNCIA ALIMENTOS		NO SE ESPECIFICA
TOTAL	%	TOTAL	%	
119	67.61	47	26.7	144

Los casos de renuncia expresa del derecho alimentario por parte de la cónyuge en las acciones por mutuo disenso no son mayoritarios, no obstante van revelando un poder de independencia económica de la mujer creado por su incorporación creciente al trabajo. información que concordaremos más adelante cuando hagamos referencia a los grupos ocupacionales y la incidencia de divorcio.

6. Posibles factores que favorecen las rupturas matrimoniales

Edad de los cónyuges:

CUADRO N° 16

NUMERO DE DIVORCIOS SEGUN RANGO DE EDADES DE LOS CONYUGES AL CONTRAER NUPCIAS

EDAD	EL		ELLA	
	TOTAL	%	TOTAL	%
15-19	16	5.02	100	31.35%
20-24	123	38.56	131	41.07
25-29	112	35.11	56	17.55
30-34	40	12.54	17	5.33
35-39	"	3.45	11	3.45
40-44	12	3.76	3	0.94
45-49	2	0.63	0	0
50-54	3	0.94	0	0
55-59	0	0	0	0
60-64	0	0	0	0
65 a más	0	0	1	0.31
no se especifica	1		1	

El mayor porcentaje de divorcios se da en las parejas que han contraído matrimonio a las edades de 20 a 24 años, con porcentajes semejantes entre varones y mujeres, ostentando esta última unos puntos más.

Así como también hay una incidencia significativa de divorcios en aquellas damas que han contraído nupcias muy jóvenes de 15 a 19 años, lo que podría corroborar aquella tesis que la falta de preparación e inmadurez para contraer el vínculo matrimonial, en muchos casos no puede ser superada con el transcurso de los años de convivencia marital.

Si este dato lo vinculamos al referido a la existencia o no de hijos en las parejas divorciadas, podemos señalar que el 88.37% de los divorciados tenían hijos mientras que el 11.63% no los habían tenido, de ellos podríamos indirectamente deducir que muchas de estas parejas jóvenes habrían contraído matrimonio precisamente por la presencia de un primer hijo, siendo éste la causa inmediata del enlace. Desde otro punto de vista podría suponerse que la circunstancia de no haber procreado familia no es para muchos factor precipitante de rupturas conyugales.

CUADRO N° 17

DIFERENCIA ABSOLUTA DE EDADES ENTRE LAS PAREJAS
DIVORCIADAS

Nº de Años de Diferencia	Nº de Casos	%
0	25	7.81
1	45	14.06
2	45	14.06
3	41	12.81
4	32	10.0
5	25	7.81
6	16	5
7	23	7.19
8	21	6.56
9	10	3.13
10	9	2.81
11	7	2.19
12	4	1.25
13	3	0.94
14	5	1.56
15	1	0.31
16	1	0.31
17	0	0
18	2	0.63
19	1	0.31
20	0	0
21	—	—
22	—	—
23	—	—
24	—	—
25	—	—
26	1	0.31
27	1	0.31
28	0	0
29	1	0.31
30	0	0

De acuerdo a esta información el porcentaje más alto de divorcios se da entre parejas contemporáneas y no precisamente en aquéllas que existe mayores márgenes diferenciales,

siendo las edades promedios al momento de divorciarse, 36 años 7.44 meses para el cónyuge y 32 años 9.6 meses para la cónyuge.

CUADRO N° 18

PROMEDIO DE EDAD AL DIVORCIARSE

RANGOS DE EDAD	EL		ELLA	
	TOTAL	%	TOTAL	%
15-19	0	0	0	0
20-24	5	1.56	28	8.75
25-29	47	14.69	85	26.56
30-34	104	32.5	94	29.38
35-39	71	22.19	53	16.56
40-44	41	12.81	39	12.19
45-49	21	6.56	15	4.69
50-54	19	5.94	1	0.31
55-59	7	2.19	2	0.63
60-64	3	0.94	2	0.63

El mayor número de divorcios se presenta entre los cónyuges de 25 a 45 años, de esta edad su ocurrencia decae notablemente, lo que nos permitiría conjeturar que son las personas de mediana edad las que poseen una actitud más liberal frente a esta institución en relación a los de mayor edad, además de revelar posiblemente un interés más concreto de formalizar legalmente una separación de hecho precedente, que le permita contraer nuevas nupcias o legalizar alguna relación existente.

Finalmente presentaremos un cuadro que nos parece muy importante y es el que corresponde al grupo ocupacional de los cónyuges al contraer matrimonio y que nos permitirá apreciar indirectamente grado de instrucción y procedencia social.

CUADRO N° 19

GRUPO OCUPACIONAL	EL		ELLA	
	DIVORCIOS TOTAL	%	DIVORCIOS TOTAL	%
PROFESIONAL	58	18.18	25	8.19
EMPLEADO(A)	129	40.43	83	27.19
CARRERA MILITAR O POLICIAL	33	10.34	0	0
ARTESANO	7	2.19	1	0.33
OBRERO	11	3.45	4	1.31
SU CASA	0	0	103	33.74
ESTUDIANTE	39	12.22	51	16.7
COMERCIANTE	20	6.27	1	0.33
TECNICO	15	4.7	1	0.33
INDUSTRIAL	2	0.63	1	0.33
CHOFER	3	0.94	0	0
SECRETARIA	0	0	9	2.95
NO SE ESPECIFICA	3		41	

La mayor incidencia de divorcio se da en aquellas personas de mejor grado de instrucción por su tipo de ocupación, es el caso de los profesionales, empleados y miembros de una institución militar o policial y estudiantes preminentemente de instrucción superior, la excepción la constituye el rubro su casa para las cónyuges.

Estos datos se verían confirmados por la encuesta ENDES realizada en 1986, en la que entrevistadas mujeres de todo el país respondieron que eran divorciadas:

Sin instrucción	0%
Primaria	0.2%
Secundaria	0.6%
Superior	1.1%

Como se ve la tendencia es creciente a mayor grado de instrucción, al respecto sólo aludiremos que la problemática que genera en ciertos sectores de familias la modificación de los roles asignados al marido y a la mujer en el grupo familiar con la incorporación creciente de ésta al sector trabajador, ha dado lugar sobre todo en urbes como las nuestras a tres tipos de familia: La tradicional patriarcal, una igualitaria y una en transición que es tal vez la más conflictiva por encontrarse en proceso de determinación de nuevos roles, y cuya presencia es significativa en los sectores medios, circunstancia que precipita en algunas parejas la frecuente generación de desavenencias conyugales.

Por las limitaciones de la muestra examinada, este trabajo no podría permitirse plantear una conclusión final respecto a la problemática de divorcio a nivel del Departamento de Lima y menos nacional, pero sería interesante anotar a modo de hipótesis susceptible de ser contrastada en una investigación de alcances mayores, que: el Divorcio es un fenómeno eminentemente urbano y que en el país se circunscribe a las ciudades de mayor desarrollo y modernización, siendo la capital de la República de que vive estrechamente este tipo de problemática ante el Poder Judicial, no en el mismo grado el resto del territorio, presentándose mayores niveles de incidencia en los sectores medios que en los sectores populares de la ciudad.

Reconocer el ámbito de incidencia de una institución como ésta de consecuencias determinantes en la vida de una familia en conflicto, resulta importante, a fin de elaborar políticas de carácter preventivo que actúen sobre las causas de fondo que subyacen en un problema legal de esta naturaleza.

Si bien la disolución de un matrimonio es mucho más de lo que una ley o un juez pueda o no disponer, la realidad revela una actitud pasiva de parte del Derecho frente a este tipo de problemática, se aguarda la iniciación de un proceso judicial, para intervenir en un problema familiar ya generado pudiendo muchos no llegar a la instancia judicial y lo preocupante es que estos casos bien pueden llegar a ser la mayoría. Asimismo, durante el juicio por contarse únicamente con recursos de carácter jurídico legal, se deciden bajo este único criterio asuntos fundamentales que afectan integralmente y en forma definitiva la vida de los miembros de una familia.

Se hace necesario implementar una legislación, orientada no sólo a remediar conflictos generados sino a evitar que estos se generen, resultando conveniente que se establezcan y difundan organismos previos a la instancia judicial, que porporcionen orientación psico-socio-legal, a las cuales puedan acceder las familias con problemas; que a través de una asesoría técnica les permita vislumbrar alternativas distintas de las que pueda representar un divorcio o una separación de cuerpos, o que inevitables las capaciten para asumirlas, ampliar la cobertura de este tipo de servicios a sectores que no puedan acceder a una consulta privada, a través por ejemplo de los propios centros de salud pública. Los Colegios Profesionales también podrían desarrollar en este aspecto una labor trascendente, constituyendo consultorios multidisciplinarios, entidades como el Colegio Médico, el de Psicólogos y Abogados podrían celebrar convenios de apoyo profesional, recíproco, prestando un servicio social de mayor efectividad.

A nivel judicial, creemos que es necesario una coordinación interdisciplinaria, requiriéndose el establecimiento de Tribunales de Familia, en los que magistrados especializados en esta rama del derecho con la colaboración de profesionales de otras áreas, puedan establecer soluciones más coherentes con el bienestar real de la familia, el régimen de tenencia de los menores, el de visitas y otros aspectos podrían contar con una asesoría especializada.

La problemática familiar por sus repercusiones individuales y sociales demanda de una acción conjunta de apoyo, tengamos presente que en este campo las soluciones legales resultan imperfectas si no son complementadas adecuadamente.

BIBLIOGRAFIA

- AMAT Y LEON, CARLOS y otros. **Los Hogares Rurales en el Perú**, Proyecto PADI, Fundación Friedrich Ebert, 1987.
- CABELLO, CARMEN JULIA. **Cincuenta Años de Divorcio en el Perú**, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, 1988.
- Censo Nacional de Población levantado el 2 de julio de 1961**. Resultados definitivos de primera prioridad a nivel nacional INP Dirección Nacional de Estadística y Censos. Lima, Marzo 1964.
- Censo Nacional de Población levantado el 4 de julio de 1972**. Resultados definitivos a nivel nacional, Tomo I. Oficina Nacional de Estadísticas y Censos. Lima, Agosto de 1974.
- Censo Nacional de Población levantado el 12 de julio de 1981**, Resultados definitivos a nivel nacional, Tomo I, INE. Lima, Julio de 1984.
- CORNEJO CHAVEZ, HECTOR. **Derecho Familiar Peruano**, Tomo I. Studium, sexta edición, 1987.
- CORNEJO CHAVEZ, HECTOR y Otros. **La Nueva Constitución y su aplicación legal. 9 ensayos criticos**, Centro de Investigación y Capacitación, 1980.
- CORNEJO CHAVEZ, HECTOR. **Para leer el Código Civil**, Tomo I, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987.
- Encuesta Demográfica Nacional del Perú (EDEN) 1974-1976**. Fascículo N° 4: "La Nupcialidad en el Perú: Su relación con la fecundidad en torno a 1975". INE - Dirección General de Censos, Encuestas y Demografía. Lima, Noviembre 1978.
- Encuesta Nacional de Fecundidad del Perú (ENAF) 1977-1978 Informe General**. INE - Dirección General de Censos, Encuestas y Demografía - Dirección de Demografía. Lima, Marzo 1979.
- Encuesta Nacional de Prevalencia de Anticonceptivos (ENPA) 1981**. INE - Dirección General de Demografía. Lima, Mayo 1983.
- Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (INDES) 1986**. INE - Dirección General de Demografía. Lima
- FUENTES, ALDO. **Porque las piedras no mueren. Historia, sociedad y ritos de los Chayahuita del Alto Amazonas**. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica.
- MAZEAUD, HENRY Y JEAN, **Lecciones de Derecho Civil, Europa - América**, Buenos Aires 1959, parte primera, volumen III.
- OSSIO, JUAN Y MEDINA, OSWALDO. **Familia campesina y economía de mercado**, Ediciones Crece, 1985.
- P.U.C. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. **Investigación sobre el Servinakuy en el Departamento de Puno**, 1987
- P.U.C. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, **El divorcio absoluto y la separación de cuerpos en la provincia de Lima**, 1970.
- Revista de la Universidad Católica** 15-16, 1987.
- SHUPIHUI, **Revista de la Coordinación Pastoral de la Selva del Perú**, volumen V, N° 14, Abril-Junio 1980.

**RELACION DEL DERECHO DE FAMILIA CON
EL DE SUCESIONES**

Rómulo E. Lanatta Guilhem

El derecho familiar y el sucesorio tienen íntima relación, la cual se aprecia en diversos lugares del Código Civil.

La Constitución Política vigente, en su artículo 6º declara que: "Todos los hijos tienen iguales derechos". En concordancia con esta disposición el Libro de Familia del Código Civil reitera la misma norma en la parte final de su artículo 235 y el Libro de Sucesiones, en el artículo 818, establece que: "Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres", y que "Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales, reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto de la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos".

Estas disposiciones configuran un sistema que, en el derecho comparado, es análogo al adoptado en el Código Civil de México y en los Códigos de la Familia en los países socialistas.

Otro tema, es el parentesco que está definido en el Libro de Familia en el artículo 236, según el cual: "El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco, produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado".

En el Libro de Sucesiones, definiendo los alcances del parentesco en el orden sucesorio, el artículo 816 dice: "Son herederos del primer orden los hijos y demás descendientes; del segundo orden los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo".

Con respecto al Código de 1936, el vigente ha introducido una importante reforma en el mencionado artículo, al ubicar al cónyuge en el primero y segundo lugar en concurrencia con los hijos y demás descendientes y con los padres y demás ascendientes, a falta de los cuales, el cónyuge recibe la totalidad de la herencia, con prescindencia de los hermanos y otros colaterales que sólo heredan a falta de cónyuge.

El Libro de Familia del Código legisla también sobre el parentesco de afinidad, estableciendo que: "El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge". El texto de esta norma permite aclarar un concepto y es que no existe parentesco de afinidad entre los cónyuges, pero existe el vínculo matrimonial o uxorio que es otra base de la sucesión.

Hay en el derecho de familia una disposición de naturaleza sucesoria. Es el asunto del menaje ordinario del hogar, en el cual, es pertinente la segunda parte del artículo 320, según el cual, no se incluye en el inventario el menaje ordinario del hogar en los casos de muerte de uno de los cónyuges o de ausencia declarada y se establece que dicho menaje corresponde al cónyuge *sobreviviente*, o al cónyuge del ausente en su caso.

El menaje ordinario del hogar está señalado por una fórmula negativa en el artículo 321, esto es, que el referido menaje no comprende las doce excepciones, de lo cual se deduce que el menaje ordinario de la casa está constituido no sólo por los muebles indispensables para el uso doméstico, sino también por los muebles y objetos destinados al adorno y comodidad del hogar.

El origen del citado artículo 320 proviene del artículo 200 del Código de 1936, que en su segunda parte, dice: "No se incluirá en el inventario el menaje ordinario de casa, que se entregará al cónyuge sobreviviente, o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio y de divorcio". En la jurisprudencia del artículo 321, citada por el Dr. Fernando Guzmán Ferrer, se reitera este concepto.

EL artículo 304 del Derecho de Familia del mismo Código establece que: "Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro", y el artículo 674 del Libro de Sucesiones, dice que: "Pueden renunciar herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes". Estas dos disposiciones no son contrarias, sino que se refieren a diferentes casos y por lo tanto, se complementan.

Legislando una nueva institución del derecho familiar y sucesorio, el artículo 323 del Libro de Familia señala que: "Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322. Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por

muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera". Son pertinentes en este caso los artículos 731 y 732 del Libro de Sucesiones, el primero de los cuales dice que: "Cuando el cónyuge sobreviviente concurre con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación, en forma vitalicia y gratuita, sobre la referida casa". El artículo 732 dispone que: "Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos inherentes al usufructuario". "Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar. Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien". Estas disposiciones de las que sólo se ha dado un resumen, en el derecho comparado representan una tendencia avanzada y que han sido adoptadas en los Códigos Civiles de Argentina e Italia.

Sobre la pérdida del derecho sucesorio del cónyuge, es pertinente el artículo 333 del Libro de Familia que declara: "Son causales de separación de cuerpos, en su caso, las que enumera en los seis incisos de que consta este artículo, y en el Libro de Sucesiones, el artículo 746 establece que las causales de desheredación del cónyuge son las previstas en el artículo 333, incisos 1 al 6. En el mismo Libro de Derecho de Familia el artículo 353 establece que: "Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí".

Análogas disposiciones existen en el Libro de Sucesiones, así el artículo 772, inciso 2) dice que: "Caduca el legado: 2) Si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa" y el artículo 805, inciso 2) señala que: "El testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero: si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o divorcio".

El artículo 488 del Libro de Familia establece que: "El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia" y en el Libro de Sucesiones el artículo 732, segunda parte, dice que: "Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar".

LA INTERPRETACION DE TESTAMENTOS

Guillermo Lohmann Luca de Tena

DEDICATORIA

Entre los apuntes universitarios que conservo, figura un ajado cuaderno en cuya cubierta, ahora algo desteñida, existió inicialmente una corta inscripción: "Familia-Cornejo". El rótulo fue después rectificado, y para subsanar la atrevida desconsideración estudiantil tras el guión agregué la siguiente abreviatura "Dr". No cabía duda alguna: el profesor de la asignatura era docto en la materia.

Muchas ramas del Derecho positivo son una suerte de borroso y opaco espejo de la vida social. Pero en el Derecho Civil y, particularmente, en el de Familia, eso se advierte sin particular esfuerzo. Y por cierto que los abogados que nos encontramos más cómodos o cercanos a esta rama jurídica que a otras, bien sabemos que ella es vida. Por ende, que a los hechos de la vida hemos de mirar cuando de veras queremos alcanzar una cabal comprensión de muchas instituciones civiles.

Héctor Cornejo Chávez ha contribuido a que generaciones de abogados encontremos menos técnico el Derecho. Más humano.

Desde mi particular perspectiva de estudiante del Acto Jurídico y comentador de las reglas que el Código le dedica, varias veces he sentido un cierto recelo, o acaso temor, de intentar una construcción coherente de los Actos y Negocios Jurídicos de Derecho de Familia y Sucesorio, que pudiera acoplarse armónicamente y sin roces a la disciplina codificada del Acto Jurídico, contenida en el Libro Segundo del Código Civil.

Como principio general se podría decir, sin caer en error, que las normas de este Libro Segundo son de aplicación subsidiaria en defecto de las que pudieran establecerse en otros lugares del Código. Más aún, como bien ha dicho José León Barandiarán, los preceptos sobre Actos y Negocios Jurídicos pueden tener una virtualidad generatriz respecto de relaciones

jurídicas que pertenecen a los contenidos que incumben a los demás Libros del Código. Sin embargo, también es cierto que las reglas codificadas en Familia y Sucesiones, contienen numerosas excepciones a las normas que gobiernan el Acto Jurídico. Por lo mismo, las figuras correspondientes exigen un tratamiento doctrinario independiente.

Como todo Libro Homenaje, este, en honor de Héctor Cornejo Chávez, constituye un apreciable abanico de trabajos y contiene artículos que reflejan las respectivas posiciones intelectuales de sus actores en busca de la verdad, o que enfocan un lado oculto o poco explorado de ella. En mi caso particular, mis inquietudes e investigaciones han discurrido por derroteros que, aunque afines y vinculados al Derecho Familiar, no le conciernen estrecha o directamente. Por eso, considerándome poco diestro e imperito en los agudos problemas que atañen a esa parte del Derecho, me pareció mucho atrevimiento entrar a tallar en ellos. He preferido quedarme al filo del abanico de este Libro y desarrollar unas ideas sobre los testamentos. Su íntima relación con el Derecho Familiar es incuestionable y el Dr. Cornejo fue igualmente profesor de la materia durante largos años. Se merece, pues, que en esta disciplina también le mostremos nuestro reconocimiento y afecto intelectual.

INTRODUCCION

No hubo en el Código Civil de 1936, ni lo hay en el actual de 1984, un artículo que directa y especialmente disponga o regule los criterios de interpretación de testamentos. Cabe observar, sin embargo, que tanto en la Ponencia o Anteproyecto del Libro de Derecho de Sucesiones que propuso el Dr. Rómulo Lanatta, como en el Proyecto de Código preparado por la Comisión Reformadora y publicado en 1981, sí existía un precepto dedicado a la interpretación de los testamentos.

Ese precepto, ubicado como artículo 31 del Anteproyecto de Sucesiones y 736 del Proyecto de Código, tenía en ambos casos idéntica redacción:

Las disposiciones testamentarias deberán ser entendidas en el sentido corriente de las palabras empleadas. En caso de duda se estará a lo que permita cumplir mejor la voluntad del testador.

Empero, el Código definitivo elaborado por la Comisión Revisora no recogió la norma prevista ni incorporó una sustitutoria. Y como hasta ahora carecemos de actas o expresiones de motivos de esta última Comisión, estamos ayunos de explicación sobre las razones que podrían haber justificado la supresión del artículo transcrito. En materia de interpretación, por cierto, la Comisión Revisora tuvo un singular y notorio afán mutilador; no sólo excluyó de los testamentos la norma respectiva, sino que desdeñó cinco artículos ubicados en el Libro de Acto Jurídico y otros cuatro de la Parte General de Contratos. Desde luego, que más de una de las disposiciones proyectadas merecían retoques; en otras, acaso debieron enmendarse imprecisiones o defectos de concordancia. Pero nada explica que, a costa de eliminar los textos proyectados, haya quedado la interpretación con tan mezquino tratamiento en el Código Civil.

En el caso de los testamentos se deja sentir, especialmente, la ausencia de una norma que enseñe u oriente al intérprete sobre los métodos a seguir en la etapa interpretativa, y sobre el sentido que debe atribuir a lo declarado. Además, sería iluso sostener que en los testamentos no hay nada que interpretar. Siempre son posibles criterios divergentes entre los sujetos llamados a suceder. Y hasta el propio Código obliga a interpretar, aunque no lo mencione con esas palabras: el artículo 801 obliga a examinar la compatibilidad entre los posibles testamentos: "el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último". A su vez, el artículo 777 señala que: "El derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador".

Una norma sobre interpretación testamentaria se echa muy de menos, porque además de la carencia de *criterio imperativo*, la *jurisprudencia tampoco ha sido pródiga en dictámenes* que ilustren sobre el particular¹ y que establezcan un derrotero a seguir. En lo que toca a doctrina nacional, sin restar mérito y valía a los demás estudios sobre los testamentos, solamente Lanatta, principalmente en su obra² y en menor grado en su ponencia, se ha ocupado de la interpretación con cierta holgura.

El presente estudio está destinado a intentar proyectar un poco de luz sobre la interpretación de los testamentos y a proponer algunas ideas que, confiamos, pueden orientar a quienes, al estudiar un testamento a sus disposiciones, encuentren dudas sobre su sentido.

Antes de atacar el núcleo del problema, es útil reseñar algunos aspectos atinentes a la interpretación, así como los principios que en particular rigen la disciplina testamentaria.

1 En la ancha compilación de José León Barandiarán: **La Sucesión Hereditaria en la Jurisprudencia Suprema**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, no llegan a seis las ejecutorias sobre las que verdaderamente pueda decirse que versan sobre interpretación.

2 Rómulo Lanatta: **Derecho de Sucesiones**. Lima, Editorial Desarrollo, 1983.

CAPITULO PRIMERO

1. INTERPRETACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

1.1 GENERALIDADES. Se entiende por interpretación, en líneas generales, el procedimiento y método de investigación del significado de una declaración de voluntad y como consecuencia del cual se explica el contenido de la misma y el precepto querido por el declarante dentro de un contexto personal o social determinado. En este orden de ideas, la interpretación de los negocios jurídicos no sólo consiste en un procedimiento para analizar y descifrar la existencia y sentido de una determinada declaración, sino que también cumple el cometido final de atribuir a tal declaración un determinado significado de carácter jurídico. Se trata, en suma, de extraer de una cierta manifestación humana un precepto de voluntad y atribuirle a su contenido un alcance cierto, una acepción unívoca y, por ende, un valor jurídico concluyente.

Ahora bien, puesto que la interpretación testamentaria se efectúa sobre declaraciones escritas de voluntad, es evidente que la materia de investigación no debe ser la eventual voluntad interna del testador, sino la que se deduce de lo que él ha revelado con la declaración. Dicho de otro modo, la interpretación no tiene como finalidad indagar, descubrir o atribuir sentido a una voluntad subjetiva cualquiera, sino a la voluntad que puede ser conocida a través de su forma exterior. El propósito de la investigación, en tal virtud, es atribuir sentido a lo declarado y sólo de un modo consecuente, a la voluntad que se ha patentizado a través de la misma. Sobre esta forma, sobre esta redacción y texto objetivo en que consiste la expresión de voluntad, es sobre la que recae la tarea de la interpretación, no sobre la voluntad en sí misma como conclusión de un devenir psicológico. Ni al Derecho en líneas generales, ni menos a la dogmática de los testamentos y negocios jurídicos le interesa el querer interno y no evidenciado.

De lo dicho se colige que el intérprete del testamento juzga con base a la declaración externa, porque ella está destinada a traducir un precepto del que se desea que sea considerado jurídicamente relevante. Además, no puede ser de otro modo, porque la voluntad interna sólo cumple una función en la medida que se dirige a un resultado práctico, que por su propia naturaleza pretende que sea conocido por medios sensibles. La voluntad que se declara exterioriza la intención del testador, para la cual se pretende validez y vigencia en función de la materia que se propone ordenar. Por eso se dice que el objeto de la interpretación es una declaración en el marco de circunstancias con significado y valor objetivos, y su función, entre otras, es reconstruir el precepto de voluntad más allá de la expresión inadecuada.

Las reglas de interpretación, en síntesis, pretenden investigar el contenido preceptivo de la declaración como único elemento objetivo cierto, que puede servir de punto de partida para entender la voluntad y su relación con todos los factores que sobre ella han incidido.

1.2. FASES DE LA INTERPRETACION. LA ACTITUD DEL INTERPRETE

Como fases de la interpretación se conoce aquel conjunto de etapas de interpretación y que, aunque tienen por finalidad desentrañar el sentido de la declaración de voluntad, no son propiamente las consistentes en la atribución de un significado determinado.

Las etapas del procedimiento interpretativo han de concordar muy estrechamente con la actitud perceptiva del intérprete. Las normas de interpretación, en tanto que procedimiento analítico, y las normas interpretativas, consideradas como atributivas de un sentido con valor jurídico a las declaraciones, a pesar de ser reglas doctrinales que el intérprete no puede desconocer, no son tampoco principio de un positivismo legal que deban ser aplicados de modo ciego y automático como ciertas reglas procesales. Las normas interpretativas no sólo son metodológicas sino, sobre todo, sustantivas y materiales, en cuanto contribuyen, merced a la aplicación que de ellas haga el intérprete, a la atribución de un sentido a la voluntad declarada hasta obtener una honesta certeza sobre su significado.

En este orden de ideas, a lo largo del proceso interpretativo el intérprete no sólo se limita a recibir una situación, identificar una duda y corresponderle una regla interpretativa que con frialdad matemática resuelva el conflicto, sino que asume el deber de imbuirse de todo el complejo de circunstancias que confluyen en la declaración testamentaria, asumiendo las razones justificantes de la voluntad cuya expresión ha de ser aclarada. Con esto queremos decir que para el intérprete la operación de interpretación no consiste en diagnosticar solamente dudas objetivas y en aparejarles de inmediato una solución. No, entre la duda y la aplicación de la regla que la solvente hay primero una actitud de adecuación mental por parte del intérprete. Es precisamente esta adecuación mental la que, auxiliada con todos los hechos que concurren a la duda, comprende y asimila, de alguna manera recorre hacia atrás el proceso volitivo del agente a partir del hecho jurídico significativo (declaración), y anuda la adecuada regla interpretativa, que dota de un unívoco sentido (significado), a la expresión de voluntad que parecía carecer de él o que admitía diversas posibilidades.

Sentada esta premisa puede decirse, que la primera fase de la interpretación se reduce para el intérprete a una labor de comprensión y entendimiento del problema y quizá en ello estriba la determinación del correcto enfoque de la duda y señalamiento de la dirección por la cual ha de investigarse. Por harta ciencia y experiencia que posea, el intérprete ha de entender, primero, objetivamente, el problema, saber en qué consiste, concretar sus alcances y sus consecuencias y, acto seguido, comprenderlo de un modo subjetivo, de algún modo intuitivo y no científico, pues las particulares circunstancias personales, económicas y sociales inciden sobre las voluntades reflejadas en declaraciones de un modo no susceptible de cuantificarse, cualificarse ni menos codificarse, pues las reglas de interpretación son sólo típicas (en cuanto reflejo legal de realidades sociales uniformes y ciertos casos límite).

Tras esta fase de entendimiento y comprensión, en la que todavía no hay un análisis razonado y coherente de las declaraciones sometidas al intérprete, éste debe fijar los hechos que habrán de influir de modo determinante en el resultado de la actividad interpretativa propiamente dicha. Según esto, los interesados habrán de poner al alcance del intérprete toda

aquella información conducente a resolver la cuestión planteada: ¿cómo se expresó la declaración de voluntad?; ¿qué palabras se utilizaron?; ¿qué circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la expresión de la voluntad han tenido lugar?; ¿cuál es el medio social en el que se desenvuelve el declarante?; ¿qué intereses, necesidades o deseos se pretendía regular? Y así sucesivamente, hasta proporcionar al intérprete todos los indicios y los elementos de hecho que puedan revelar, razonablemente, el sentido que el agente negocial quiso atribuir a su declaración de voluntad. Es decir, su contenido, en función de un resultado práctico que se quiso obtener. Con frecuencia, el error en la determinación del significado de la declaración, proviene de insuficiente información suministrada al intérprete.

Precisados los hechos y determinada la existencia de la voluntad, se indagan el sentido y su significado, esto es, los alcances del precepto contenido en la declaración, en relación con el resultado práctico que pudiera aparecer como pretendido en la declaración y en su contexto. En esto consiste la interpretación propiamente dicha.

En el testamento, sin embargo, no es posible que el propio agente declarante coadyuve a la explicación de su voluntad o defensa de la misma. Y tampoco es posible interpretar su declaración de igual manera como se interpretan los negocios bilaterales o los negocios 'intervivos'.

El testamento es un negocio jurídico, sin duda, pero es un negocio con ciertas notas particulares que hacen que también deba ser interpretado con respeto y concordancia a ellas.

CAPITULO SEGUNDO

2. CARACTERISTICAS DE LOS NEGOCIOS TESTAMENTARIOS

No les falta razón a las Partidas cuando señalan que "el testamento es una de las cosas del mundo en que más deben los hombres haber cordura cuando los hacen, y esto por dos razones. La una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad. Y la otra, porque después que los han hecho, si se muriesen, no pueden tornar a enderezarlos, ni hacerlos de nuevo".

Con menos humanismo pero más técnica jurídica, nuestro Código señala otros conceptos adicionales, que marcan las pautas claves de la institución. El artículo 686 señala que "por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas".

Por su lado, el numeral 690 preceptúa que "las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero".

De estas y otras disposiciones que iremos señalando con la secuencia de la exposición, pueden extraerse determinados principios rectores que gobiernan la institución y que deben tenerse presentes para la interpretación de las disposiciones testamentarias.

2.1. Siempre dentro de los marcos legales, como apunta el artículo 686 acotado, la voluntad expresada en el testamento constituye la ley rectora de sucesión. El testador, dice la norma, dispone para después de su muerte y ordena su propia sucesión -vale decir, establece el reglamento que gobernará la aplicación de sus bienes. Así concebido, el acto testamentario estatuye la manera y forma con la cual, con eficacia **post mortem**, el testador proyecta su patrimonio hacia el futuro. Sólo en defecto total o parcial de testamento, o por otras circunstancias excepcionales, legalmente tipificadas (artículo 815), cede la prevalencia de la voluntad del testador para entrar en juego con carácter supletorio la voluntad del legislador.

El testamento, así considerado, es fuente creadora de futuras relaciones jurídicas respecto de las cuales el testador manda y ordena, pero no ejecuta. Dentro del marco legal, su voluntad testada reina de manera soberana para reglamentar los intereses del testador de la manera que mejor le cuadre y satisfaga, disponiendo de sus bienes de manera completa o parcial, o estableciendo indicaciones extra patrimoniales: reconocimiento de hijo extra-matrimonial (artículo 390); designación de tutor (artículo 503), o de curador (artículo 572).

El testamento, pues, es el instrumento en el que queda plasmada y recogida la voluntad

del testador. Desde este punto de vista, podría afirmarse que lo que no está en el testamento (su interpretación explicativa es otra cosa), queda fuera de la voluntad reguladora de su autor.

2.2. El testamento es un negocio **personalísimo** en el más genuino sentido del vocablo. No es que se prohíba la participación de terceras personas en los actos exteriores del testamento; antes bien, ello es de obligatoria observancia en algunas modalidades testamentarias. De lo que se trata, al decir personalísimo, es que la formación y manifestación de la voluntad deben ser actos **propios y directos** del testador, sin terceros intermediarios. Ni en la voluntad como contenido, ni en la exteriorización de la misma se permite la intrusión de otras personas. Tampoco se permite que, por vía indirecta, se remita el testador a la futura e incierta voluntad decisoria de un tercero.

Lo anterior aparece gráficamente expresado en el artículo 690 del Código: las disposiciones testamentarias deben ser la expresión **directa** de la voluntad del testador. Y la norma agrega quien no puede darse poder a otro para testar, y esto vale no sólo para la representación voluntaria, sino también para la legal. La idea, en suma, es que el testamento no sólo sea acto personal en cuanto voluntad emanada directamente del propio interesado, sino que también excluye cualquier otra voluntad ajena con cuyo contenido pueda contaminarse, diluirse o confundirse.

Como para ratificar la absoluta independencia y autonomía tanto formal como material de la voluntad del testador, el artículo 814 fulmina con nulidad el testamento otorgado en común por dos o más personas. El legislador, por lo tanto, no sólo desea que el testamento sea acto **personalísimo** como expresión directa de la voluntad del testador, sino que además impone que sea un acto unipersonal, con el evidente propósito de "aislar" las voluntades de los declarantes y evitar, hasta donde es posible, una imbricación o interdependencia entre las mismas, de donde podría inferirse una común (o recíproca), intención que importa una autolimitación a la libertad al momento de testar y que constriñe la revocabilidad a la que más adelante nos referiremos. De todas maneras, el artículo 814 debe ser entendido con arreglo a su propósito: es decir impedir que un mismo testamento contenga dos voluntades con dos intervinientes y sus respectivas firmas. Pero eso, desde luego, no tiene nada que ver con el hecho de que un mismo pliego contenga por ejemplo, dos testamentos ológrafos escritos respectivamente en el anverso y reverso, siendo sustancial y materialmente autónomos entre sí.

A diferencia de los primeros preceptos del artículo 690 (expresión directa y prohibición de testamento otorgado con poder), el último párrafo de la norma suscita algunas dudas que conviene esclarecer. Esta última frase a la que nos referimos estatuye que el testador no puede "dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero". Tan enfática y contundente declaración, que pareciera no admitir duda alguna en sus alcances, no sólo es susceptible de varias interpretaciones, sino que su propia fuerza represiva se ve sensiblemente disminuida por efecto del artículo 758 del propio Código: "Es válido el legado de un bien mueble indeterminado, aunque no lo haya en la herencia. La elección, salvo disposición diversa del testador, corresponde al encargado de pagar el legado, quien cumplirá con dar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquél, debiendo tener en consideración la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario".

El artículo 690, en su última parte, nos obliga, en efecto, a una labor de precisión. Para entender bien el propósito querido por el legislador, conviene percatarse que el dispositivo regula las hipótesis de dos oportunidades o momentos históricamente diferenciados. El primero de ellos se refiere a la facción o ejecución misma del testamento, como asunto relativo a su génesis o formación. Para esas oportunidades, el legislador ha querido que la voluntad expresada sea la del propio disponente y manifestada por él mismo: no se quiere que el testamento lo otorgue una persona en nombre y con efectos para otra. En cambio, el último párrafo de la norma ya no regula el nacimiento o formación de las disposiciones testamentarias, sino a la integración, determinación o ejecución de las mismas. Es decir, cuando existiendo y habiéndose formado las disposiciones testamentarias por la propia voluntad directa del testador, éste pretende facultar a un tercero para que resuelva sobre ellas. Los alcances y poderes de tales terceros no inciden, por lo tanto, en la existencia del testamento como acto de voluntad y negocio jurídico documentado, sino en que, hasta cierto punto, el testador ha dejado su propia voluntad relacionada con la voluntad de otro. Los límites de las facultades de este otro, y su entroncamiento con la voluntad del causante es lo que nos interesa analizar.

El problema se centra, a mi modo de ver, en los alcances que le atribuyamos a la locución "arbitrio" en el marco del contexto en que se encuentra. Arbitrio puede ser utilizado como sinónimo de albedrío, voluntad, decisión, facultad o dependencia. Como es obvio, los alcances del precepto variarán de los alcances o significado que concedamos a la palabra. A mi modo de ver, el legislador perseguía un doble propósito. Por un lado, impedir que por vía testamentaria indirecta el testador concediera poderes para que otro decidiera en su nombre. En segundo lugar, cuando estatuye que no pueden dejarse las disposiciones testamentarias al arbitrio de un tercero, se ha querido impedir que el tal tercero disponga sobre las disposiciones. O, dicho de otra manera, que las disposiciones del testador, dependan, a su vez, de la voluntad de otro con facultad decisoria para cumplirlas o inexecutarlas. Así comprendido el artículo, el arbitrio de un tercero no recae sobre el contenido de la disposición, sino sobre la subsistencia de la misma. Interpretando dentro de su contexto la idea que el precepto contiene, lo que se ha pretendido es evitar que por vía testamentaria se eluda la obligatoria intervención personalísima de la voluntad decisoria del testador, haciéndola depender, en su nacimiento o en su subsistencia, de la decisión de un tercero.

No creo, en cambio, que el precepto impida una voluntad integradora o de simple determinación a cargo de un tercero. Esta cesión de autonomía que hace el propio testador deriva de su propia voluntad y en nada desdice el carácter personalísimo del testamento, por que no se concede o defiere a un tercero o a otras circunstancias un poder creador de disposiciones testamentarias o derogador de las mismas.

Todo dependerá, por supuesto, de la propia redacción del testamento, pero en la medida que éste constituya la expresión directa de voluntad del testador no veo inconveniencia esencial o principista para que el testador deje que una disposición testamentaria sea cumplida o interpretada del modo que un tercero determine. Ya no queda en este caso a cargo de este tercero la creación de la disposición, ni depende de él su cumplimiento o no cumplimiento, porque lo que se le han conferido es facultades de elección, determinación o precisión. Y eso sería lo único que queda a su arbitrio. A parte de una innumerable casuística

que la realidad podría aportar, el propio ordenamiento legal considera varios casos en los que interviene el arbitrio de un tercero: el artículo 758, sobre la elección del bien materia de legado; el artículo 763, sobre los legados a favor de los pobres o para fines culturales o religiosos; el artículo 765, que implica que el ejecutor testamentario tenga que disponer de bienes muebles o inmuebles para pagar legados en dineros; el artículo 787 que en diversos incisos deja a criterio de los albaceas la manera de administrar la herencia o cumplir ciertos encargos.

Obviamente, los casos de arbitrio por el tercero cuando está permitido, suponen un deber de interpretación para precisar si lo que ha quedado al arbitrio es la creación o subsistencia de la disposición de voluntad, o simplemente la manera de ejecución de la voluntad del testador ya plasmada y definida, o tal vez a una voluntad ya existente de un tercero y conocida por el testador a la que él se quiso remitir.

2.3. Intimamente emparentado con todo lo anterior, está el carácter **unilateral** del testamento. Se trata de un negocio jurídico que se perfecciona y consume (en su origen y existencia, no en sus efectos), con la sola voluntad del testador. Esto implica que el testamento ingresa a la vida jurídica sin necesidad de la adhesión o participación de otras voluntades. Bien es cierto que terceros pueden intervenir —y de hecho, según las formalidades, ocasionalmente deben hacerlo—, pero la hacen con una voluntad orientada a funciones particulares como son las de dar fe de la expresión de la voluntad y de su contenido o, simplemente, contribuir a documentar la voluntad del testador.

La unilateralidad del testamento no solamente está dada por la ausencia de dos partes, sino porque la única parte que interviene está compuesta de un solo sujeto, cuya exclusiva voluntad y declaración es suficiente para resolver sobre sus propios deseos. El testamento se distingue, así, de otros negocios unilaterales (una sola parte), cuya formación no obsta el consentimiento de dos sujetos con idénticos intereses (por ejemplo promesa unilateral solidariamente formulada por dos personas).

La connotación de unilateralidad no se ve disminuida ni de manera alguna reducida por la circunstancia de que el llamado a la herencia no la adquiere si no la acepta. Son voluntades conducentes a propósitos distintos con situaciones también distintas y la perfección del testamento, como voluntad reguladora que el testador establece **post mortem**, es perfecta independientemente de la aceptación o de la renuncia.

Dos ejemplos nos bastarán para ilustrar lo anterior. En primer lugar, el artículo 660 estatuye que desde el momento de la muerte la herencia se transmite a los sucesores del causante. El testamento, así, surte eficacia desde el instante del fallecimiento de su autor, prescindiendo de si se sabe o no de su existencia, o sabiéndola se desconoce el contenido. La apertura del testamento dará a conocer, simplemente, cuáles son las disposiciones que el testador quiso para después de su deceso. En concordancia con ello, el artículo 677 estatuye que la aceptación y la renuncia se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión (o sea a la muerte), como recalcando la autonomía de las voluntades del testador y del sucesor. Pero hay otro enunciado legal que también reafirma el carácter unilateral del testamento. De la lógica de los artículos 798 y siguientes del Código se infiere que la acep-

tación no surtirá ningún efecto vinculatorio para el afectante o el testador, si se descubre que el testamento materia de aceptación había sido revocado por otro posterior.

Corolario de lo que se ha expuesto es que el testamento contiene una **declaración no recepticia**, entendiendo como tal a aquella que para su perfeccionamiento no necesariamente requiere llegar al destino o conocimiento de los propios interesados. Obviamente toda declaración de voluntad está pre-ordenada a ser conocida más tarde o más temprano por ciertos terceros, determinados o indeterminados. Pero lo que aquí queremos decir es que así como hay otro tipo de declaraciones cuyos efectos jurídicos y sobre todo, prácticos, están supeditados a que previamente sean conocidas por aquellos a quienes van dirigidas, en la declaración testamentaria carece de influencia jurídica el hecho de que los terceros, sucesores o no, conozcan la voluntad del testador antes de su muerte. Esta voluntad es perfecta por sí misma, prescindiendo de cualquier otra.

La nota de **no receptibilidad** de la declaración testamentaria es de singular importancia, pues con ella el testador no persigue adhesión alguna, ni manifiesta sus intenciones con el propósito de provocar una respuesta del receptor beneficiario. El testamento opera por sí mismo, en el sentido que su autor no espera ningún tipo de respuesta de sus ejecutores testamentarios, ni espera que ellos adecúen su voluntad o intereses, como contrapartida de lo que el testador establezca.

2.4. El artículo 798 del Código establece que el testador tiene **derecho de revocar**, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias. Toda declaración que se haga en contrario carece de valor.

La norma, como se advierte, contiene dos supuestos distintos, aunque estrechamente vinculados. En la primera parte del dispositivo se establece el derecho de cambiar la voluntad expresada, sustituyéndola total o parcialmente por otra o derogándola por completo, para que el régimen sucesorio se regule, hasta que no exista otra disposición testamentaria diferente, por las reglas de la sucesión intestada. El derecho de revocación es la otra cara de la moneda del principio connatural de la libertad de testar y de hacerlo de una manera determinada dentro de los márgenes de la ley. Correlato de esta libertad de testar, está la de no hacerlo o la de modificar lo que se hizo.

La segunda parte del artículo establece la irrenunciabilidad del derecho a la revocación, que constituye un acto restrictivo de voluntad futura y, por tanto, de la libertad de disposición.

La revocabilidad se apoya en un doble fundamento. El primero de ellos está dado por la eficacia **post mortem** del testamento, de donde se deriva que si la voluntad está destinada a que antes de la muerte no tenga efectos, nada impide revocar aquellas disposiciones y orden sucesoral que todavía no han tenido ni van a tener efectos, hasta que la muerte se produzca (artículo 686).

El segundo fundamento se sustenta en la no receptibilidad de la que ya hemos hablado. Según dijimos, la perfección orgánica de la declaración testamentaria es independiente

del conocimiento que uno o más terceros, sucesores o no, pudieran tener de ella. Como en propiedad esa declaración de voluntad todavía no produce transmisión patrimonial ni ha creado ninguna relación jurídica, no pueden existir perjuicios ni confianza defraudada que pudieran obstruir la revocación.

Con todo, no obstante que el testamento es esencialmente un acto revocable, por excepción y en razón de su superior función social algunas de las disposiciones que se incorporen a la declaración testamentaria no consienten derogación que afecta a su permanencia y deben sobrevivir a la revocación. Particularmente de mencionarse el artículo 395 del Código, el cual señala que el reconocimiento de los hijos extra-matrimoniales es irrevocable. Pero la no revocabilidad de estas disposiciones se explica anotando que, en realidad, no son testamentarias con proyección *mortis causa*; sino de actos jurídicos autónomo y con vida y efectos jurídicos propios, que pudiendo haber quedado documentados separadamente se expresan con ocasión y en el mismo instrumento que las reglas de carácter sucesorio *sensu strictu*.

2.5. Como se deriva de todo lo expuesto, las disposiciones testamentarias de naturaleza patrimonial constituyen (para el momento en que deban surtir efectos), declaraciones **traslativas de dominio a título de liberalidad**.

Que el testamento una vez con plenitud de eficacia jurídica por efecto de la muerte constituya acto traslativo de dominio, es cosa que no requiere mayor análisis ni explicación. Salvo que exista renuncia, la transmisión patrimonial opera sin necesidad de actos, negocios o declaraciones complementarias. Por efecto de la muerte y del orden sucesoral impuesto por el testador, los sucesores reciben (a título particular en el caso de legados o general y partes alícuotas en el caso de herederos respecto de los cuales el testador no ha asignado bienes concretos), los bienes que integran el patrimonio del causante. En esta línea de pensamiento, la división y partición de la masa hereditaria sólo es una manera de poner fin al régimen de condominio. En consecuencia, esta división y partición es acto jurídico que vincula a los partícipes de la sucesión respecto de bienes que ya son suyos y que los habían adquirido por causa testamentaria.

La nota característica de **liberalidad** también es sustantiva. Adviértase que conceptuamos al testamento como acto a título de liberalidad, lo que es distinto de negocio gratuito. Y es que liberalidad y gratuidad son, definitivamente, conceptos que denotan situaciones jurídicas diversas. En efecto, todos los negocios a título de liberalidad son al mismo tiempo gratuitos; pero no todos los gratuitos son de liberalidad. Negocios genuinos de liberalidad son sólo el testamento y la donación. Negocios gratuitos en los cuales, en cambio, no hay liberalidad de ninguna especie, los hay de diversa especie y podemos citar algunos a título de ejemplo: la prenda y la hipoteca en garantía de obligaciones de un tercero no necesariamente tienen por qué ser remuneradas; el comodato también es gratuito (artículo 1728); también pueden serlo algunas modalidades de la prestación de servicios (artículo 1759) y así ocurre con el mandato, que no necesariamente es oneroso (artículo 1791); el depósito se presume gratuito (artículo 1818); nada impide tampoco pacto de gratuidad en el secuestro; la fianza también puede ser gratuita; lo mismo ocurre con la renta vitalicia.

La liberalidad radica en la absoluta falta de prestación o deber jurídico del beneficiado (con la salvedad del modo o cargo que, en todo caso, tienen un límite en el mismo monto de la liberalidad - artículo 187). La gratuidad, a diferencia, importa bien dependencia de otro negocio, bien que las dos prestaciones o una de ellas no son susceptibles de valorarse económicamente, o no se quiere hacerlo. En los negocios de liberalidad existe un enriquecimiento sin deber a cargo del enriquecido; en los negocios gratuitos existe una interdependencia en las prestaciones, lo que pasa que una de ellas no necesariamente obliga a un sacrificio patrimonial o desprendimiento económico para quien la debe.

De esta diferencia entre gratuidad y liberalidad se derivan consideraciones que inciden en un diferente modo de interpretación de los negocios jurídicos correspondientes.

2.6. Queda un último aspecto por destacar como característico del testamento. Es su esencial **solemnidad y formalidad**, que en algunos casos equivale a unidad de acto lo que implica, salvo excepciones, impedimento a la formación sucesiva o paulatina de la voluntad, cuyo momento es necesario fijar en el tiempo (y de ello se derivan consecuencias a la hora de interpretar esa voluntad).

Independientemente de ciertas corrientes doctrinarias, principalmente propias de otros sistemas jurídicos, que abonan por una reducción al mínimo de las formalidades testamentarias, la política legislativa civil en nuestro país ha continuado una firme tradición de los sistemas latinos, reclamando, para la validez testamentaria, el cumplimiento de diversos requisitos, en función de la fórmula testamentaria utilizada.

Las solemnidades formales desempeñan un doble rol o, mejor dicho, obedecen a un doble propósito. El primero de ellos, si podemos presentarlo así, está enfocado a que por efecto de las formalidades impuestas el testador medite bien sus disposiciones y el orden sucesoral y régimen que pretende. Ello implica no solamente forzar la creación de una voluntad firme, sino imponer, hasta donde sea posible, una clara expresión de la misma. De hecho, la escritura de propio puño y letra y firma en todas las páginas y pliegos por el testador en los testamentos cerrado y ológrafo, imponen, hasta cierto punto, una concentración mental y expresiva, y suponen que el autor ha releído o revisado y hasta repensado lo que firma. Y en el testamento por escritura pública, se impone que su texto sea leído "clara y distintamente" y que el notario "verifique, viendo y oyendo al testador si lo contenido (en la redacción) es la expresión de su voluntad" (artículo 696, incisos 5 y 6). La primera función de la formalidad se orienta, de esta manera, a constatar el contenido y la correcta expresión de la voluntad.

La segunda finalidad apunta más bien a certificar la propia realización del acto en su existencia fenoménica, con prescindencia del contenido de la voluntad.

Las solemnidades, en suma, no vienen impuestas o requeridas por capricho, sino como medio que garantiza voluntad madura y meditada y existencia de la misma. Todo ello conduce, evidentemente, a posibilitar una voluntad lo más libre y exenta de vicios posible y manifestada de una manera, lo suficientemente comprensible, que permita entender el contenido de las disposiciones y que se trata de un acto deliberadamente testamentario y no

un simple proyecto de indicaciones sobre los descos **post mortem**. Todo ello, desde luego, se enfoca a lograr que del testamento se pueda extraer la voluntad querida tal como fue en un momento determinado, evitando así incertidumbres sobre posibles cambios, modificaciones o dudas del autor. Si la duda o voluntad modificatoria fue posterior pero no expresada con las formalidades requeridas, carecerá de trascendencia para el mundo jurídico.

2.7. Hemos expuesto hasta aquí ciertos aspectos característicos del testamento que derivan de los textos legales y que consideramos indispensables a los fines de su interpretación.

Sin embargo, deliberadamente hemos dejado para el final un punto sustantivo que no está previsto en nuestra legislación pero que sí menciona el texto de las Partidas que hemos glosado más arriba. La Sexta Partida nos hace recordar un hecho que, aunque evidente en el terreno de la naturaleza, puede pasar desapercibido en el mundo jurídico si no se pone de relieve. La Partida apunta que una de las razones por las cuales "más deben los hombres haber cordura" es cuando hacen el testamento, porque si mueren después de haber hecho no pueden cambiarlos ni hacerlos de nuevo.

Las repercusiones jurídicas de ello, saltan a simple vista: el testador queda atado a su testamento mientras no lo modifique o revoque en vida, de tal suerte que cualquier voluntad no expresada con formalidades testamentarias, aunque persiga propósitos **post mortem** no tendrá relevancia de ninguna especie para el mundo del Derecho. El testamento puede eventualmente no reflejar la verdadera y última voluntad íntima del testador, pero el Derecho debe sujetarse a ella porque es la última voluntad conocida y formalmente expresada con virtualidad testamentaria. Como bien dice Cicu³ "acto de última voluntad no quiere decir acto que contenga la voluntad última, expresa o existente en el momento de la muerte. Significa más bien acto de voluntad que ha de ser eficaz después de la muerte y precisamente por ello acto que debe expresar la última voluntad entre las varias voluntades que el testador haya manifestado sucesivamente".

Si esto ocurre antes de la muerte, con mayor nitidez aún se advierte después del deceso. Producido el fallecimiento, cuando el autor del testamento ya no tiene posibilidad de volver sobre sus pasos para revocar o modificar sus disposiciones, tampoco hay modo ni manera de que aclare las oscuridades, que explique su voluntad o que precise sus intenciones.

En los negocios 'intervivos' siempre existe la posibilidad de que el declarante exponga sus planteamientos, defienda sus intenciones, o proporcione los elementos de juicios para que otros entiendan su declaración. Pero en los testamentos nada de eso ocurre, puesto que una vez declarada la voluntad con fines de ordenar la sucesión y regular sobre el destino de los bienes para después de su muerte, tal voluntad cobra vida propias, pues liga y vincula al propio testador hasta que no sea modificada por él mismo. Sólo el autor y nadie más que él puede modificarla o alterarla. Pero, mientras no lo haga, tal voluntad, con el conte-

3 Antonio Cicu: *El testamento*, p. 19.

nido y expresión o manifestación empleada, queda definitivamente incrustada con vocación de permanencia prescindiendo por completo de cualquier otra voluntad, posible impugnación o disposición.

Lo anterior forzosamente coloca al intérprete frente a un testamento cronológicamente ubicable, lo que le obliga a indagar el sentido de la voluntad sujetándose a las circunstancias en que el testador se situaba o que sobre él pudieron influir al momento en que hizo el testamento. Quiero decir con esto que el intérprete está constreñido a escrutar la voluntad testamentaria a través de la propia declaración misma, sin que le sea posible tener en consideración cualquier otra voluntad posterior (salvo que sea explicativa), porque se parte de la premisa que el Derecho debe operar sobre datos ciertos y, en tal virtud, cualquier eventual voluntad posterior no pasaría de ser un simple proyecto que el testador no quiso formalizar, a menos que de ella se deriven datos que hagan conocer y entender el sentido de la anterior voluntad testamentariamente expresada.

CAPITULO TERCERO

3. EL PROBLEMA CON LA APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES

3.1. EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD

Los artículos 168 y 170 del Código recogen cuatro reglas de interpretación. Las dos primeras están contenidas en el artículo 168; una de ellas es de carácter formal, por contener instrucciones metodológicas sobre el modo de proceder del intérprete y marco al que debe sujetarse. La buena fe, en cambio, es pauta interpretativa atributiva de sentido. La tercera disposición, contenida en el artículo 169, también es norma metodológica. La cuarta, recogida en el artículo 170, sí es norma interpretativa propiamente dicha, en el sentido de señalar el contenido que debe atribuirse al asunto materia de interpretación.

El problema estriba en determinar si tales normas son de forzosa aplicación a todos los negocios jurídicos o excluyen a los testamentos.

3.2. EL ARTICULO 168

Establece que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

La atenta lectura revela que el dispositivo contiene dos reglas completamente autónomas e independientes entre sí. Por un lado se estatuye lo que podríamos denominar criterio metodológico, según el cual la interpretación debe efectuarse de conformidad con lo que haya sido expresado; en segundo lugar, la norma anuncia un criterio hermenéutico y valorativo, como es el principio de la buena fe.

En opinión de Vidal (*Acto Jurídico*, pág. 234) este artículo 168, en razón de sus términos "es aplicable tanto a los actos bilaterales como a los unilaterales, ya que suprime la común intención de las partes, superando el alcance del artículo 1328 del Código de 1936". En otro lugar de su obra (pp. 239 y 240), Vidal señala que este artículo 168 "evidentemente se sustenta en un criterio objetivo y que su aplicación, sin ninguna duda, es tanto para los actos unilaterales como a los bilaterales". Y agrega que "el Código se sustenta en un criterio objetivista partiendo del supuesto que la voluntad manifestada expresa la voluntad real, toda vez que sólo la primera tiene relevancia jurídica". Ratificando este pensamiento, en su trabajo sobre el testamento como acto jurídico en el libro *Homenaje a Rómulo Lanatta* (p. 522), apunta Vidal que el artículo 168 "es aplicable a la generalidad de los Actos Jurídicos, incluyéndose, sin lugar a dudas, el acto testamentario". Puntualiza que "en el principio general del artículo 168 debe verse, pues, la prevalencia de la voluntad manifestada sobre la voluntad interna o real, consagrando una presunción de que ésta última está contenida en la manifestación y es en este sentido que debe entenderse la referencia a la buena fe".

A modo de conclusión, apunta Vidal que "en nuestra opinión no habría otra alternativa que aplicar el criterio adoptado por el Código (se refiere al objetivista), y traducido en las normas que hemos dejado expuestas, pues, como ya lo hemos advertido, no existe norma específica en materia de interpretación del testamento".

No obstante tan autorizada opinión como la de Vidal, soy del parecer que las peculiares características del testamento obligan a llegar a conclusiones contrarias.

En efecto, aunque en todo negocio jurídico la declaración de voluntad y, por consiguiente, la intención de su autor solamente puede ser perceptible a través de la forma exterior de su expresión, también es cierto que el testador (aunque persigue hacer conocer su voluntad existente en un momento dado), no tiene en ese momento intención vinculante de ninguna especie. En tal virtud, su declaración no está destinada a ser conocida con efectos jurídicos inmediatos para los destinatarios. Y ello no solamente porque la declaración testamentaria es esencialmente revocable, sino porque su eficacia dispositiva y traslativa está supeditada (no condicionada), a que se produzca la muerte. El criterio de la objetividad que apunta Vidal tiene plenitud de razón y sentido en los negocios "intervivos" recepticios, porque sobre la base de la declaración del agente el receptor de la misma adecúa su comportamiento, expresando a su vez la declaración correspondiente. En cambio, la situación es diversa en los testamentos. En ellos el testador ordena y dispone para que su voluntad se cumpla y ejecuta tal cual él quiso (siempre dentro de los marcos legales), sin que nada le obligue o constriña a que su voluntad se adecúe a la capacidad o grado de comprensión del receptor. Obviamente el testamento está destinado a ser conocido para que recoja los preceptos normativos bajo los cuales deja el testador, estatuidos sus intereses. Pero esta declaración de voluntad testamentaria, a diferencia de otras, no persigue ningún propósito de encuentro con intereses de otro legítimamente tutelados, obligando al declarante a manifestarse de una manera adecuada al recto entendimiento del destinatario de la declaración, según los propósitos que se quisieran regular y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Si por interpretación objetiva entendemos aquella que procura desentrañar el correcto alcance y sentido del precepto de voluntad contenido en la declaración, aplicando criterios que miran a entender la declaración tal como razonablemente debía entenderla el destinatario, soy del parecer que tal tesis objetivista no es de aplicación a los testamentos y por ello, a pesar de su versada opinión, debo discrepar con Vidal.

No pretendo sostener, como creo que resulta evidente, que en el testamento deba prescindirse del dato material y objetivo de la expresión. No, lo que quiero explicar es que la expresión del testador no está predeterminada a suscitar confianza alguna. Precisamente por la esencia de la revocabilidad, la de última voluntad no es algo del todo independiente de su autor mientras él viva. Esto es, el declarante no queda sujeto a las disposiciones por él diseñadas para que tengan mérito autónomo, firme, fijo e irrevocable. El criterio de la objetividad, que apunta a una interpretación por la declaración misma tal como, razonablemente (sin dobleces o negligencias), debiera entenderla su destinatario, no puede ser de aplicación a los testamentos.

Lo que el artículo 168 enseña es que es materia de interpretación lo que ha sido declarado. En efecto, según la redacción de este artículo es materia de interpretación la intención hecha objetiva por el agente, adoptando como punto de partida lo expresado en el acto jurídico. Esta regla de interpretación tiene preferencia sobre todas las demás por lo que el intérprete debe agotar todos los medios que le ofrece.

Para precisar la intención del agente por lo manifestado o expresado, se deberá apreciar su comportamiento total, incluso posterior a la conclusión del acto. Comportamiento total, qué duda cabe, no es únicamente el anterior y el posterior a la expresión de la voluntad, sino igualmente la conducta coetánea a través de la cual se materializa y evidencia —se expresa, dice el artículo—, la voluntad con mayor o menor dificultad.

Del texto del artículo 168 no debe llegarse a la conclusión que si las expresiones son claras el negocio no debe ser interpretado. Se aplicaría así el brocardo *in claris non fit interpretatio*, según el cual si no hay ambigüedad en las palabras, *non debet admitti voluntatis quaestio*. No creemos, sin embargo, que esta sea la correcta solución. Por el contrario, porque pueden ser expresiones muy claras por sí, pero manifiestamente contrarias a la intención, las palabras mismas sí pueden ser objeto de interpretación, especialmente cuando haya indicios que la voluntad del testador pudiera ser diversa a la luz de las circunstancias concurrentes.

Es de advertir, además que no siempre la intención de resultado que se quiere manifestar se lleva bien con el propósito práctico que traslucen los términos o signos con que se expresa la declaración de voluntad de suerte que el intérprete, además de tener en consideración el comportamiento del agente, habrá de asumir en todos los casos la condición, conocimiento y experiencia del declarante.

Con arreglo a este espíritu, cuando las palabras o signos utilizados para la expresión parecieran contrarios, no a la intención oculta sino al propósito evidente del agente, prevalecerá una interpretación vinculada a este propósito antes que sobre las palabras o signos utilizados.

La redacción del artículo 168, que hasta cierto punto nos restringe los elementos con que debe efectuarse la interpretación a lo que figura del propio texto de la expresión, plantea la duda de si es admisible la prueba extrínseca. Vale decir, si está o no está facultado el intérprete a utilizar otros elementos de juicio ajenos al testamento, que puedan aclarar el sentido de la expresión, aclarando la voluntad imperfectamente manifestada. Sobre ello volveremos más adelante.

El artículo 168 también indica que el acto jurídico debe ser interpretado según el principio de la buena fe. El problema que se plantea al analizar este artículo, consiste primero en determinar qué entiende por buena fe.

En primer lugar, ha de advertirse la necesidad de descartar las opiniones que pretendan leer y entender el artículo en el sentido que el intérprete debe actuar con buena fe en su actividad. En otras palabras, que la actividad de interpretación debe hacerse de buena fe. Eso se

da por sentado. No es a esa buena fe a la que alude el texto, que debe leerse de otro modo: para la interpretación del acto jurídico debe tenerse en cuenta la buena fe del agente declarante. Pero, con ello se incurre en una indebida generalización. A intentar precisar los alcances del concepto van dirigidas las líneas siguientes.

Se recordará que, más arriba, habíamos hablado de diversas categorías de normas de interpretación: a) Aquellas llamadas subjetivas, que apuntan a descubrir el significado de una declaración de voluntad indagando el espíritu que la motivó a la intención pretendida; para iluminar el alcance de la declaración se atiende fundamentalmente al agente emisor y a las circunstancias que sobre él han incidido; b) Las reglas objetivas están destinadas, por el contrario, a buscar con criterios objetivos el posible sentido de la declaración de voluntad, cuando ésta y otras circunstancias no pueden proveer indicios adecuados o completos.

Habíamos hablado también que la actividad de interpretación *sensu strictu*, se limita a intentar descubrir la intención querida a través de lo declarado. Pero agregamos que con frecuencia esto es insuficiente para esclarecer la voluntad y que por ello, además de la función declarativa, es a veces labor del intérprete complementar o integrar la norma de voluntad privada. Y precisamente porque en tales casos la interpretación pretende suplir los vacíos de lo declarado, no puede recurrir a la propia declaración para indagar la voluntad, sino a otras fuentes. Fuentes que son el propio ordenamiento positivo, que con sus normas supletorias integra la declaración, o la buena fe, o los usos admitidos.

Así planteada la cuestión, se observa cuán acertada es la observación de Messineo cuando señala que el concepto de la buena fe se expresa en dos vertientes claramente distinguibles. Por un lado, en la medida que la regla se dirige al Juez u otro intérprete, significa que el negocio debe ser interpretado como manda la buena fe objetiva, entendida como el comportamiento leal típico, que observarían persona correctas. De otro lado, en cuanto la buena fe se dirige a los agentes, carece de contenido específico, es subjetiva, pues no exige otro deber de comportamiento que el que venga precisamente determinado por el contenido del negocio, aunque éste, si fuera el caso, tenga prestaciones desequilibradas.

Presentado el caso de este modo, habiendo agotado el intérprete las posibilidades de esclarecimiento tendrá que recurrir no a la voluntad hipotética del agente, sino a un elemento objetivo como es la buena fe en un lugar y tiempo determinados. Así, pues la buena fe objetiva, primero como criterio de interpretación de la declaración determina el contenido negocial; solamente cuando es insuficiente, en un segundo término, se integra en la voluntad concreta para completarla o aclararla y, llegado el supuesto, corregirla con el sentido convencional de conducta leal que el intérprete debe conocer o averiguar.

Hay que accepar, pues, que la buena fe no es sólo elemento de interpretación de la declaración negocial, sino también —y ello es importante—, elemento de integración del contenido del negocio. Y la prueba de ello nos la ofrece el artículo 1362 cuando apunta que los contratos han de ejecutarse de buena fe. Este enunciado legal debe ser entendido, a nuestro parecer, de doble manera: por un lado impone el deber de cooperación franca y sin dobleces por las partes, no subjetivamente considerada, sino dentro de una concreta relación jurídica, de modo que tiene un carácter normativo negocial determinado; de otro lado,

en un segundo momento, la buena fe objetiva obliga, con un criterio integrador, a ejecutar y cumplir el negocio de acuerdo a la naturaleza, artículo 1148.

A mi entender, en suma, el principio de la buena fe mencionado en el artículo 168 ha sido incorporado a la legislación pensando sustantivamente en los negocios bilaterales, constituyendo un método de interpretación netamente objetivo, en tanto regla de conducta que exige tutelar la confianza del receptor de la declaración, que podría verse netamente distorsionada si prevalece el principio de interpretación subjetiva que mira exclusivamente a la intención del declarante.

No hay en los testamentos confianza o expectativas de terceros que deban ser objeto de protección. No existe, tampoco, una carga de responsabilidad del testador ante un tercero para que su declaración sea entendida adecuadamente por éste. Si el testador es responsable ante alguien sólo lo será real y exclusivamente ante sí mismo.

El principio de la buena fe, en síntesis, como criterio de conducta que obliga a un comportamiento determinado en el tráfico de bienes y servicios, resulta absolutamente inaplicable en sede de interpretación testamentaria.

3.3 EL ARTICULO 169

Preceptúa que "las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

Estamos en este artículo no ante una regla atributiva de sentido, sino simplemente metodológica, que obliga a una comprensión interdependiente, que en este caso es de las disposiciones testamentarias.

Por lo demás, esta norma general tiene un correlato en el capítulo testamentario, pues el artículo 801 establece que cuando "el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de éste último".

En la hipótesis del 801 ya no se trata, en propiedad, de una interpretación interdependiente de las cláusulas o disposiciones de un único acto jurídico —en este caso testamento—, sino que habrá que examinar en su conjunto las disposiciones de los dos testamentos, el anterior y el posterior, a fin de dilucidar la posible derogación de unas disposiciones por otras, lo que impone un examen integral del conjunto de ambos testamentos.

En general, sobre la interpretación sistemática de hacer observaciones adicionales.

Ha de aclararse respecto de esta regla que más que cláusulas de los negocios jurídicos, debe referirse con propiedad a las distintas disposiciones o estipulaciones que informan el conjunto del contenido del precepto de la voluntad.

Con el principio de interpretación sistemática, el intérprete ha de juzgar como una uni-

dad todo el contenido del precepto, en el entendido que razonablemente todo lo declarado debe de tener alguna utilidad, mayor o menor. Lo cual no significa que hay que interpretar todo lo declarado, sino que, cual un rompecabezas, cada pieza es necesaria para la visión del conjunto.

Ha de recordarse en este lugar, que si bien las declaraciones de voluntad forman un todo conceptual en el cual de declarante anuda sus distintas partes, esta unidad conceptual no necesariamente se integra en una unidad temporal o instrumental.

Así, por ejemplo, cuando el intérprete se enfrenta a la tarea de interpretar el contenido de las disposiciones testamentarias de un individuo, bien puede ocurrir que estas disposiciones, como un todo, consistan primero en un testamento en el que el causante instituye a sus hijos como únicos herederos; testamento modificado posteriormente, sin hacer alusión al anterior, instituyendo legados con cargo al tercio de libre disposición, a lo que acaso haya de agregarse una última disposición por la cual el testador, dentro de los límites que la ley le permite, impone algunos deberes como pudiera ser obligación de indivisión, o nombra albaceas, etc. El intérprete, claro está, se encuentra ante tres negocios jurídicos diferentes, tres declaraciones de voluntad aparentemente autónomas pero que forzosamente ha de analizar en conjunto, como un todo, para determinar el propósito final y realmente querido por el de cujus.

Las disposiciones de las declaraciones de voluntad, por lo demás, han de juzgarse según su importancia e influencia respecto del conjunto. Si bien es cierto que estas disposiciones deben entenderse las unas por medio de las otras y las claras y explícitas contribuirán a aclarar el sentido de las dudosas, el intérprete debe prescindir y no puede apoyarse para la labor interpretativa en aquellas disposiciones que, debidamente analizadas, queda claro que son secundarias o intrascendentes para el conjunto, y no contribuyen a tipificar o esclarecer dentro de un esquema negocial, o en el ámbito de lo usual para el testador, el propósito de la declaración emitida a la luz de una función social de lo preceptuado.

Por todo ello, la interpretación sistemática no solamente ha de apoyarse en el conjunto de las estipulaciones o disposiciones principales y accesorias, sino también a la luz del propósito querido por el agente. Esto es así porque los testamentos suelen ser un todo o conjunto armónico, de suerte que las estipulaciones que lo integran deben interpretarse de modo complementario, sin que parezca correcta su absoluta individualización, debido a que es el conjunto el que pretende unos propósitos globales, sin perjuicio de las particulares previsiones que a dichos fines o propósitos coadyuvan.

3.4 EL ARTICULO 170

Dispone que "las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".

Siendo esta norma la única de alcances propiamente hermenéuticos, su aplicación a los testamentos es discutible o, en todo caso, debe actuarse con suma cautela.

Efectivamente, el precepto estatuye que a las expresiones con sentido polivalente, debe atribuirse el significado "más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto". Es decir, el sentido de la expresión de voluntad no está anudado a la indagación que el intérprete haga sobre el sentido de la voluntad a través de lo declarado, sino que el significado de las palabras queda indefectiblemente anudado con carácter objetivo a la naturaleza jurídica del acto, o sea a la especie negocial correspondientes. Y cuando la norma alude al objeto del acto se está remitiendo claramente al asunto o materia sobre los que objetivamente recae la declaración.

Esta norma del artículo 170 se explica perfectamente en los negocios 'intervivos' de naturaleza recepticia, en los que la parte que recibe la declaración (y que puede no conocer a la otra parte: contratos por teléfono, télex, etc.), está sujeto al deber de entender lo declarado según la materia sobre la que versa la declaración, pues es la única manera de tener cierta estabilidad y evitar que cualquier parte —sea el declarante, sea el receptor—, pretendan atribuir un caprichoso sentido a las palabras empleadas, o un sentido manifiestamente ajeno al tipo de contrato o asunto objeto de la relación jurídica.

En los testamentos, sin embargo, cuyo sentido jurídico elemental es evidentemente conocido por el testador, y cuyo objeto es una transferencia gratuita de bienes, carece de lógica la aplicación del 170 que objetiviza la voluntad declarada sobre la base de criterios uniformes.

Nótese, además, la radical diferencia entre este artículo 170 y el que figuraba como 736 del Proyecto, el cual decía que "las disposiciones testamentarias deberán ser entendidas en el sentido corriente de las palabras empleadas. En caso de duda, se estará a lo que permita cumplir mejor la voluntad del testador". Ese artículo 736 del proyecto, inexplicablemente suprimido y cuya bondad resultaba evidente, hace girar la interpretación de las palabras dudosas en base al sentido usual de las mismas, tal como el testador razonablemente las hubiera empleado, agregando que sólo en caso de extrema duda debe optarse por la interpretación que permita cumplir mejor con la voluntad del testador, lo cual es lógico dentro del propósito de conservación del testamento, que no hay manera de enderezar, corregir o rehacer porque ya murió su autor.

A modo de conclusión de nuestro rápido examen de las normas generales de interpretación digamos, pues, que sólo la contenida en el artículo 169 es de directa aplicación.

CAPITULO CUARTO

4. LA SINGULAR INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

Habiendo dejado ya apuntadas las particularidades o características de los testamentos que los diferencian de otros negocios jurídicos y habiendo también ya reseñado las dificultades de extrapolar a los testamentos los alcances de las normas generales de interpretación, ha llegado el momento de mencionar (dentro del corto espacio que los editores han concedido), las pautas particulares que sí creemos de aplicación en los casos de interpretación testamentaria.

4.1. EL MOMENTO MATERIA DE INTERPRETACION

Aunque parezca ocioso, es menester insistir en el momento histórico sobre el que recae la interpretación, a cuyo efecto debe señalarse que es aquél en el que el testamento fue redactado. Consiguientemente, hacia aquél tiempo debe volcarse la actividad escudriñadora del intérprete, para descubrir el correcto sentido de lo declarado.

Retrotrayéndose en el tiempo, el intérprete debe colocarse en la situación en la que testador se encontraba, examinando su formación de entonces, conocimientos e imbuyéndose del conjunto de circunstancias en las que el testador estaba entonces inmerso y que sobre él pudieron influir de una manera determinante para declarar de una manera u otra su voluntad *post mortem*.

Obviamente, lo acabado de expresar, no significa que deban desdeñarse circunstancias anteriores a la facción del testamento. Ellas, cualquiera que fuera su naturaleza o especie, forman parte del conjunto de particulares experiencias vivenciales del testador. De esta manera, avocado el intérprete a su labor, comienza su examen desde la facción del testamento hacia atrás, y merced a las circunstancias o datos de hecho que puedan llegar a su conocimiento, estará en aptitud de comprender mejor los alcances de la declaración o las palabras empleadas, en atención al medio social, económico familiar, etc., en que el testador se encontraba en un momento dado.

Por supuesto, concluido y terminado el testamento, el tiempo que discorra entre su formalización y el deceso del autor, puede proporcionar criterios que cooperen con el entendimiento del intérprete para descifrar una declaración oscura. Así, por ejemplo, correspondencia o documentos o actitudes del testador posteriores a su testamento, pueden ilustrar al intérprete sobre el vocabulario del testador, su manera de expresión, los nombres o apodos con que se dirige a ciertas personas, cuya identificación resulte posible por esta correspondencia posterior si existían dudas sobre la persona nombrada en el testamento, etc.

Debe quedar claro, en suma, que para la debida comprensión y correcto entendimiento de la voluntad expresada por el testador, debe atenderse a su comportamiento anterior, coetáneo e incluso posterior a la realización del testamento.

4.2. LOS LIMITES DE PREVALENCIA DE LO EXPRESADO

Cuando el vocabulario y las disposiciones del testamento sean claras o explícitas y no susciten dudas sobre la voluntad y la intención del testador, debe prevalecer lo que se hubiere expresado, sin retorcer el sentido corriente y normal de las palabras, giros o frases empleadas.

Lo anterior tiene, como he dicho, sus márgenes o límites. Esto es, cuando las palabras resultaran contrarias a la intención **evidente** del contratante, debe prevalecer la intención antes que sobre las palabras, que son el mero vehículo traslativo de la voluntad (que en el caso del testamento, como hemos visto, no persigue resultado vinculante).

El propósito del principio no requiere mayor explicación: en la duda prima el espíritu sobre la letra, debiendo prevalecer la voluntad evidente sobre su forma exterior de expresión, cuya rígida aplicación, puede conducir al absurdo.

La intención de voluntad debe, en todo caso, resultar **evidente**, pues a falta de tal evidencia (y en defecto de otros criterios), subsistirá la interpretación resultante del sentido corriente que no se oponga a otra voluntad o intención claramente notorias.

En este sentido, resulta particularmente ilustrativo el artículo 675 del Código Civil español, según el cual "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento". Sobre esto último, es decir, sobre la limitación interpretativa a la declaración del propio documento testamentario, haremos más adelante algunas observaciones.

4.3. GENERALIDAD, ALCANCES Y LIMITES DE LA EXPRESION

Estrechamente emparentado del criterio anterior, conviene dejar sentado límite de las expresiones, vocabulario o palabras que se hubieran utilizado.

En los testamentos, a diferencia de otros negocios jurídicos, el ordenamiento ha previsto con mucha claridad la manera de suplir la voluntad del causante, a cuyos efectos ha regulado la sucesión intestada que suple los vacíos del testamento.

Pero no solamente por esas razones, sino porque siempre es más cauta y prudente una interpretación restrictiva, que una extensiva (que hace aparecer voluntad donde no existía), a los testamentos se aplica la regla según la cual cualquiera que sea la generalidad de las palabras y disposiciones del testamento, no deben entenderse comprendidos supuestos diferentes de aquellos sobre los cuales quiso el testador expresar su voluntad según las evidencias o indicios con que cuente el intérprete.

4.4. LA CONSERVACION DEL TESTAMENTO

Bajo las premisas que hemos apuntado al referirnos a las características fundamentales de los testamentos, su particularidad y función de acto de última voluntad obliga a que el intérprete lo entienda y aplique, tanto en sus disposiciones como un conjunto, procurando su conservación y subsistencia.

La imposibilidad de rehacer o reproducir la voluntad testamentaria obliga a buscar, dentro de las limitaciones que a continuación señalaremos, el mantenimiento del testamento como reflejo de una voluntad.

La regla de conservación, no obstante, no puede llevarse a extremos irracionales, pues sobre ella prevalecen las anteriormente anunciadas, de manera tal que no cabe propiciar una conservación a ultranza si con ello se vulnera la evidente voluntad del testador. Es decir, carece de sentido la conservación de una cláusula o disposición si con ello pudiera anularse o desmerecerse otra.

El principio de conservación sólo consiente ser invocado cuando la disposición admite doble significado y uno de ellos, de razón, o cuando caso de duda extrema la nulidad o exclusión de esa cláusula o disposición condujeran al vicio o exclusión de otras.

La idea, en suma, es que si caben dos interpretaciones donde una de ellas permite la validez y aplicación de la disposición o del testamento y otra conduce a la ineficacia, el intérprete debe inclinarse por la primera, salvo que exista incompatibilidad manifiesta con la intención del testador.

En los testamentos (a diferencia de los contratos), no existe un deber de "hablar claro", expresándose de una manera tal que la voluntad que se declara aparezca netamente accesible al nivel de comprensión del destinatario. En orden a ello, la expresión testamentaria debe juzgarse no con el criterio de comprensión del común de las gentes, sino tal y como podía y debía entenderlo el propio testador.

4.5. ELEMENTOS PROBATORIOS AJENOS AL TESTAMENTO

Ha sido y continúa siendo materia de discusión por la doctrina, con orientaciones distintas en las legislaciones, la posible admisión en materia de interpretación testamentaria de pruebas o elementos extraños al propio testamento.

Nuestro Código, desgraciadamente, calla sobre este punto y tampoco se pronunciaba sobre él el texto el artículo proyectado. Carecemos, pues, de datos formales que puedan orientarnos a dilucidar esta cuestión. En todo caso, antes de anunciar nuestra opinión, cabe realizar dos acotaciones.

La primera de ellas concierne el artículo 168, respecto del cual ya hemos visto que no es de aplicación. Por tanto no cabe extender a los testamentos su enunciado según el cual

"el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él", frase e idea que ni siquiera en la sede de negocios bilaterales 'intervivos' puede aplicarse al pie de la letra excluyendo otros elementos de interpretación ajenos al propio documento que recoja el acto.

Lo segundo concierne o respecta al artículo 777 del Código, el cual dispone que "el derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador". Aquí sí, para este caso singular, el legislador ha sido bastante explícito disponiendo que el derecho de acrecer queda excluido cuando del propio testamento se colige una voluntad contraria a la posibilidad de acrecer. El legislador parece haber querido limitar en sólo este caso el examen del intérprete al testamento mismo, con exclusión de otros elementos hermenéuticos. Fuera de este artículo, no hemos encontrado otro del que pueda derivarse una limitación al ámbito investigador del intérprete. Desde luego, tampoco pueden traerse a colación para sustentar una posición en esta materia, aquellos artículos que obligan a una declaración clara y expresa del testador (como podría ser, verbigracia, el 743).

A nuestro entender, la prueba extrínseca debe ser admitida, como elemento que ilustre al intérprete para iluminar las cláusulas oscuras. Pero se tratará, en todo caso, de prueba "auxiliar" que es la idea que textualmente admite el artículo 1302 del Código Civil de México para el Distrito Federal. Es prueba auxiliar; por ello no determinante, y siempre sobre la base de autenticidad indudable que tienda a confirmar una interpretación sobre la voluntad de la que se duda, más que a rechazarla. Como dice el artículo 2187.2 del Código Civil Portugués, se admite la prueba complementaria en la medida que tenga correspondencia en el contexto del testamento a pesar de la voluntad imperfectamente expresada.

Creemos, pues, que procede la admisión de pruebas extrínsecas, si bien que con carácter restrictivo, prevaleciendo el propio testamento sobre dicha prueba. Esto es, deben desestimarse tales pruebas cuando con la interpretación del testamento mismo se supera la duda, o cuando las pruebas sean contrarias a las disposiciones del testador, o cuando tales pruebas conduzcan simple y llanamente a "fabricar" una voluntad del testador de la que no existen indicios en el testamento. Las pruebas externas, de esta manera, sólo evidencian una voluntad probable o conjetural y adquieren relevancia, en la medida que lo que resulte del examen de tales pruebas, tengan apoyo en el texto testamentario.

4.6. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS NO IMPERATIVAS

Apunta Jorge Eugenio Castañeda (*Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Pág.44) que cuando el testador emplea frases de súplica o de ruego debe entenderse que son imperativas, puesto que su voluntad hay que respetarla.

4.7. EL PRINCIPIO DE MENOR TRANSMISION

En los contratos onerosos, particularmente cuando se trata de aquellos con prestaciones recíprocas, en los casos de extrema duda siempre se favorece aquella interpretación que mejor armoniza la equivalencia de intereses.

En los testamentos, sin embargo, donde no existen posiciones contrapuestas y que se afincan en la voluntad de liberalidad del testador, debe propiciarse una interpretación restrictiva según la cual, en caso de duda, debe entenderse lo menos.

Se pretende con esto favorecer antes a los herederos forzosos o voluntarios que a los legatarios (véase, por ejemplo, artículo 764).

4.8. LA EQUIVALENCIA DEL BENEFICIO

En los casos de duda sobre el monto de la liberalidad entre dos acreedores de la misma llamados a suceder, opera el criterio según el cual sucederán en partes iguales.

El principio puede extraerse de la regla contenida en el artículo 737.

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

NOTA

Los tres textos que siguen a continuación, son discursos pronunciados el 2 de mayo de 1988, en el Auditorium de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con motivo de la investidura del Dr. Héctor Cornejo Chávez como Profesor Emérito de la Universidad.

El texto del doctor Jorge Avendaño V. fue el Discurso de Apertura del solemne acto; el texto del doctor Roger Rodríguez Iturri fue el Discurso de Orden; y el texto del Maestro fue su Discurso de Agradecimiento, que constituyó una lección más de Derecho y una clara orientación de vida para los abogados en la difícil hora actual.

1. La personalidad del doctor Héctor Cornejo Chávez

JORGE AVENDAÑO V.

**La Universidad honra a uno de sus miembros
más distinguidos**

SEÑORAS Y SEÑORES

En 1956, quien les habla era alumno del Quinto año de Derecho en esta Universidad. Decano de la Facultad era nuestro querido maestro el Dr. Ismael Bielich Florez.

La Facultad contaba con aproximadamente 150 alumnos que recibíamos clases en el segundo piso del recordado local de Camaná 459 en el centro de Lima. En ese mismo inmueble, en el primer piso, estaba el Rectorado, la Secretaría General, la Tesorería, las oficinas administrativas de toda la Universidad y el Instituto Riva-Agüero.

El Secretario de la Facultad era el inolvidable Xavier Kiefer-Marchand, hombre singular que había dedicado su vida por entero a la Universidad Católica y a la Facultad de Derecho en especial. La nómina de profesores no llegaba a treinta.

Los años de Derecho eran cinco, con un promedio de ocho materias por año, todas ellas anuales, todas ellas obligatorias.

A esa facultad se incorporó, en 1956, un abogado que tenía antecedentes políticos, en el Gobierno de Bustamente, y académicos en su tierra natal, Arequipa. Si bien, Héctor Cornejo Chávez había tenido una fugaz presencia en la Universidad Católica en 1948, su incorporación en 1956 sería no sólo la permanente y duradera, sino además, en la materia que recibiría sus aportes más destacados, el Derecho de Familia.

Como el curso de Familia se enseñaba en Cuarto año, quienes llevamos Quinto en 1956 nos perdimos por poco las lecciones brillantes de este profesor que recién se incorporaba. Sucesiones tampoco nos dictó porque ese curso estaba a cargo, todavía, de don Luis Echeopar García.

El año 1956 marca entonces el inicio de la carrera docente en esta Universidad de uno de sus más brillantes profesores, Durante 31 años ininterrumpidos, con escrupulosa puntualidad, Héctor Cornejo Chávez dictó literalmente cátedra en Derecho de Familia. Formó numerosísimas promociones de abogados y cultivó la investigación jurídica desde una perspectiva entonces novedosa: la aplicación y vigencia de la norma en la realidad. Estos 31 años de actividad académica en nuestra Facultad fueron, por otra parte, el ámbito de reflexión y confrontación de sus conocimientos en derecho familiar, que le permitieron escribir una obra clásica en el derecho peruano y un Código Civil en el libro respectivo.

La Facultad de Derecho –su Facultad, Dr. Cornejo– se viste hoy de fiesta. A riesgo de reñirnos con la Universidad de San Agustín, en cuya Facultad de Derecho Ud. se formó, creemos que esta Escuela de la Universidad Católica tiene también derecho a decir que es suya porque a ella ha dedicado Ud. 31 años de su vida, que representan poco menos de la mitad de toda la existencia de nuestra Facultad.

Se viste de fiesta la Facultad de Derecho porque la Universidad honra a uno de sus miembros más distinguidos. Un centro docente no se hace en unos cuantos años. A su prestigio en el medio social contribuye su aporte permanente y duradero en la formación de profesionales que pasan a ocupar los lugares más destacados en la sociedad. La Facultad de Derecho de la Universidad Católica puede preciarse de que en sus 68 años de vida ha aportado al país profesionales que han destacado rutilantemente no sólo en el foro, sino también en la política, la judicatura, la docencia y la investigación, la diplomacia y las actividades productivas. A esa Facultad, señores, cuajada en el tiempo, con un largo historial y una importante producción jurídica, han contribuido sus profesores que, como el maestro Cornejo Chávez, dedicaron generosa y desinteresadamente sus mejores esfuerzos.

Una escuela de Derecho debe ser precisamente eso: escuela en cuanto centro de enseñanza, lugar donde se imparte docencia, donde los abogados futuros aprenden el derecho en el amplio sentido de la palabra. Pero también escuela porque allí se incrementa el conocimiento jurídico, allí se aporta a la ciencia y al quehacer de la abogacía. Una verdadera y auténtica escuela de derecho imprime rasgos nítidos y definidos en sus miembros. Esos rasgos responden a un trabajo conjunto, a una o más concepciones del derecho y de su rol social, a la manera de enseñarlo, a la forma de investigarlo. La Escuela de Derecho de la Universidad Católica estampa sin duda una marca en sus egresados. A ello contribuyen profesores que, como el Dr. Cornejo, entre otros de nuestros recordados maestros, hicieron del quehacer universitario no sólo un paso por las aulas sino un estilo de vida al servicio del derecho y la justicia.

A pesar de no haber sido su discípulo en clase, he tenido la suerte de compartir muchas tareas universitarias con el Dr. Cornejo Chávez. Durante mi primer decanato, él fué miembro del Consejo de Facultad y desde allí impulsamos una reforma en la enseñanza e investigación del derecho que dejó huella en el país y en el extranjero, integramos en años pasados numerosos jurados de exámenes finales, entre los que recuerdo los del curso de Reales, que el Dr. Cornejo presidió muchas veces, demostrando que no sólo domina los libros de Familia y Sucesiones; creamos con ilusión el Instituto de Investigación Jurídicas, que él dirigió durante muchos años; formamos parte del antiguo Consejo Superior de la

Universidad. En fin, compartimos las alegrías de muchas promociones que lo admiraron y le agradecieron por su entrega y generosidad.

En esta fiesta hay también algo de tristeza: marca el alejamiento físico del maestro. Por ello, si algún reproche me permite el Dr. Cornejo, debo hacérselo hoy y ahora: el que se haya retirado Ud. tan pronto. Ante su decisión, sin embargo, esperamos seguir contando con su consejo y apoyo en la elaboración de proyectos específicos. Entretanto, en nombre de la Facultad de Derecho quiero agradecerle por habernos acompañado durante más de tres décadas con brillo pocas veces igualado.

Gracias, nuevamente.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI*

Héctor Cornejo Chávez: Señor y Maestro

* Profesor Principal y Director de Estudios de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; miembro de su Consejo de Facultad y actual titular del Curso de Derecho de Familia.

SEÑORAS Y SEÑORES:

Pocos honores como éste, Señor Doctor Héctor Cornejo Chávez, el de pronunciar para Ud. este Discurso de Orden. Porque es un Discurso para el maestro, pero lo es también para un señor. Para un hombre especial, que conjuga la probidad con la inteligencia, la humanidad con la sabiduría.

Para un hombre que cree en la trascendencia de la persona, en una humanidad distinta, Es usted, señor, aquel que saluda con orgullo y alegría una humanidad nueva, donde el honor no pertenece necesariamente al hombre que en sus manos acumuló dinero, sino a todo trabajador honesto fraternal y digno.

Y han transcurrido varios, muchos años, desde que en la antigua escolita fiscal N° 952 de Arequipa cursó Ud. parte de su Primaria. Hoy, tiempo después, es Ud. maestro, por derecho propio e indiscutible, Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Y en esta Universidad eso es sólo privilegio de los hombres que dejan huellas insignes. De hombres que no pasan, que no mueren, que en todo caso dejan perpetuada su obra en la trascendencia magnífica de su pensamiento.

Por eso su retiro, señor, no debe, no puede, ser causa de tristeza; la tristeza sólo es nefasto patrimonio de aquellos que han vivido en vano.

Su vida en cambio está caracterizada por el pensamiento y por la acción.

Por su convicción, señor, de que es hora de que en el Perú se rescate en toda su vigencia esa tríada insigne que el cristianismo planteó 18 siglos antes que la Revolución Francesa: Libertad, Igualdad, Fraternidad, y su convicción igual, de que sin fraternidad no es posible la justicia, y sin justicia es imposible la libertad.

Enseñó usted, señor, con el mensaje y la ilusión de una sociedad libre y justa para los jóvenes del mañana donde no tengan cabida tan clamorosas desigualdades, ni el apuro que hoy nos toca vivir. Y eso —lo sabía, lo sabe usted, maestro— supone necesariamente nueva mentalidad, nuevas actitudes, nuevos comportamientos, es decir hombres nuevos que enriquezcan y afiancen la posibilidad de una transformación auténticamente cristiana. Imaginó Ud. una nueva juventud que no constituya parte del problema sino parte de la solución; que ostente aún la vieja actitud crítica de denuncia pero que implemente la fuente viva, audaz e innovadora de un inagotable plan cristiano de propuestas concretas y soluciones viables. Plan cristiano en el que se proponga con tenacidad y virilidad, el reconocimiento de la dignidad y la igualdad social de todos los hombres.

Supo y sabe Ud. que el pueblo y la juventud tienen hambre de verdad y de justicia. Por eso al recibir el cargo de instruirlos y educarlos, lo ha hecho Ud. con manifiesta responsabilidad y reconocida sabiduría.

Es la conciencia de que el cristianismo y su humanismo constituyen al hombre en centro. Porque ha enseñado Ud. desde su posición en doctrina que el hombre que descubre que él al igual que los demás, es hijo de Dios, descubre, señor, que todo hombre es libre, es responsable de sus actos, no puede ser instrumento de nadie, ni de otro hombre, ni del Estado.

Dijo Ud. en alguna entrevista a propósito de su vocación docente: "Con los años y al final de mi carrera política he venido a comprobar que yo soy antes que nada un profesor y si me dieran a escoger entre todos los trabajos que he desempeñado yo escogería el de profesor, incluso el de profesor primario".

Por eso, señor, dedicó 51 años de vida, uno tras otro, a la docencia.

Desde sus primeras experiencias, allá por el año 37, como profesor de lectura y caligrafía en el viejo colegio arequipeño de Francisco de Asís; profesor escolar de historia y economía era por el año 56; e inició luego una deslumbrante carrera como docente y catedrático en San Agustín de Arequipa, en la Escuela Nacional de Policía, en la Facultad de Teología Pontificia y Civil de Lima, breves pasos en San Marcos y San Martín, con una variedad tan impresionante como desconcertante de cursos. Fue Ud. profesor de organización y administración de empresas comerciales e industriales, pero también catedrático de economía política monetaria y bancaria; enseñaba igual realidad nacional, y en otros momentos Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Derecho de Sucesiones. Recuerdo cuando alguna vez me confió haber sido profesor escolar de química.

Pero nosotros tenemos el privilegio de que más de 30 años de su honestidad, sabiduría e inteligencia han sido puestos al servicio de esta Universidad Católica. Aquí ha actuado como miembro del Consejo, Director interino de Programa, como Director titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas; aquí hemos visto laurear sus obras de Derecho de Familia, en lo que es maestro de maestros, consagradas desde el año 50 con el primer premio de la Municipalidad de Arequipa y el año 57 con el Primer Premio Nacional "Francisco García Calderón". Sus volúmenes de **Derecho Familiar Peruano**, su obra, constituyen, maestro, un auténtico clásico nacional del Derecho que ha trascendido las fronteras, y que

me consta es obra de consulta en Universidades argentinas, venezolanas, chilenas, ecuatorianas y colombianas, alcanzando a las universidades españolas en Europa, si no más, señor.

Pero dotado de los talentos con que el Señor lo privilegió, aguda inteligencia y ejemplar consecuencia, recorrió Ud. también el camino de la vida pública, que no por ser éste un discurso en el ámbito académico podemos ignorar.

La política ha sido y es un deber cristiano.

Así cumplía Ud. vocacionalmente un precepto de la Iglesia. Desde la cátedra de Pedro, Juan XXIII nos enseñaba: "Al llegar aquí exhortamos de nuevo a nuestros hijos a participar activamente en la vida pública y colaborar en el progreso del bien común de todo el género humano y de su propia nación".

Sabía y sabe Ud. que los católicos estamos llamados por nuestra libre iniciativa y sin esperar pasivamente consignas y directivas, a penetrar de espíritu cristiano la mentalidad y las costumbres, las leyes y las estructuras de la comunidad en que habitamos. Para ello la política resulta un instrumento fundamental.

La idea, el proyecto, consistió, conforme enseña Pablo VI, en establecer una política cristiana; pues, al fin y al cabo, sin Dios no podemos menos que organizarla contra el mismo hombre; y en esencia patrocinaba una posición distinta, que no pretendió ser una transacción entre el capitalismo y el comunismo, entre el liberalismo y el marxismo, sino dialécticamente de profunda inspiración cristiana.

Ahí quedaron los votos de diputado y senador, por Arequipa y Lima, con la más alta votación nacional, dos candidaturas presidenciales de la Nación. Ahí quedó la propuesta sólo en proyecto; pero también quedó indeleble, marcada con fuego la huelga de su compromiso político y cristiano, del hombre que con resolución se arrojó a cosechar rosas sin el temor de recoger espinas.

Pocos saben, señor, que su amor por el derecho, en suma, su vocación por la justicia lo llevó, joven aún, desde el año 44, a integrarse a la noble causa del Poder Judicial como relator en la Corte Superior de Arequipa; como Agente Fiscal; hasta que en 1969 fue objeto de una honrosa nominación como Vocal de la Corte Suprema de la República, por aquellos mismos que luego recibirían, no sólo su ciencia y su integridad, su consejo y su decencia, sino hasta el mismo sacrificio personal en su vida pública.

Su amor por el derecho, sus 32 años de docencia en el Derecho de Familia, caracterizándose siempre, y hasta hoy, como el más destacado e insigne maestro peruano de la materia, lo llevaron desde 1965 a aceptar el encargo gubernamental de construir una innovadora ponencia en derecho de familia para un nuevo Código Civil en el Perú.

En tal Código Civil ya promulgado, no hay pincelada de la brocha artística de un gran hombre de Leyes; hay una obra maestra que corresponde al genio del gran jurista. Ver-

dadero y singular ponente del libro de familia que apenas en nada se animó a modificar la Comisión Revisora, cauteló Ud. ahí, señor, los principios fundamentales del orden jurídico familiar peruano.

Respondiendo siempre a la concepción de la familia cristiana, supo sin embargo con audacia pionera amalgamar como en la Constitución, los primeros pasos para un diálogo entre el derecho familiar clásico y las heterogéneas e intrincadas formas culturales de la ancestral familia autóctona.

La prudencia en unos pasajes, la audacia en otros, la tolerancia siempre y el respeto al pluralismo, enmarcan un trabajo en verdad científico y sistemático en que se aprecia, a veces hasta la admiración, la luminosidad de una fina inteligencia.

Pasa Ud., señor, a la historia del Derecho Civil Peruano a la historia de la Ciencia Jurídica nacional.

Pero no sólo por los grados y títulos que le han sido conferidos; por los variados cargos de autoridad y docencia universitaria desempeñados; por la proficua y silenciosa bibliografía producida; por las múltiples funciones públicas desempeñadas; conferencias, polémicas, certámenes y discursos pronunciados; por los honores y distinciones ya recibidos; pasa Ud. a la historia, Señor, sobre todo como maestro, por su consecuencia axiológica.

Hombre sin más compromiso que su deber cristiano y su propia conciencia.

En lo personal, maestro.

En la vida pública, maestro. Maestro en lo Jurídico y en lo Académico.

Por ello quiero al lado de su sabiduría, ponderar hoy, públicamente, tal vez por última vez desde este recinto, señor, su honradez. Podremos tal vez, como todos, equivocarnos en los aspectos técnicos de un problema, puesto que no disfrutamos de la infalibilidad. Podremos resultar envueltos de buena fe en las brumas del error, ya que no siempre la luz de la verdad está a nuestro alcance. Pero en esta Universidad, y en muy representativos grupos y sectores del país, existe la conciencia de que Ud. es un hombre que cree en lo que dice o hace, en el instante mismo en que lo hace o dice. Y esa es la esencia, esa es la cabal naturaleza de la honradez, en la que Ud., señor, ha sentado cátedra no sólo en esta universidad, sino en la vida.

Concluyo estas palabras con el agradecimiento multitudinario de las autoridades, profesores y estudiantes de esta Universidad a su persona, y permítame que añada, a título personal, tal vez sin derecho alguno, una breve expresión que brota de lo más íntimo de mi ser: reciba, Ud., Señor y Maestro, con gratitud y como mi más humilde homenaje, mi esfuerzo por ser y hacer algo de lo mucho que Ud. aquí me enseñó.

Muchas gracias.

HECTOR CORNEJO CHAVEZ*

SUUM CUIQUE TRIBUERE: REFLEXIONES DE UN ABOGADO

- * Profesor Emérito del Departamento Académico de Derecho, integrado a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tuvo a su cargo, entre otras materias, el Curso de Derecho de Familia I y II. Ex-Director de Instituto de Investigaciones y ex-Director Universitario de Investigación.

Para quienes, como miembros de la comunidad universitaria o ejerciendo la profesión de abogado o cumpliendo función legislativa, hemos dedicado la mayor parte de nuestra vida útil a la reflexión jurídica, el episodio de la jubilación invita a resumir, críticamente aunque en breves páginas, el esfuerzo realizado, en la esperanza de que quienes tomen la posta rectifiquen los muchos errores sin duda cometidos y tal vez, si los hubiera, perfeccionen los aciertos alcanzados. Después de todo, las historias, lo mismo las grandes que las minúsculas como la mía, son una carrera de postas en que cada etapa debe superar a la anterior y preparar la superación de la siguiente.

Hasta donde me parece recordarlo, mi primer encuentro con el Derecho se produjo por la vía de su dimensión axiológica, esto es, por la de la justicia, que es el más importante de los valores que el Derecho intenta realizar. Y con el primer encuentro, la primera duda acerca de qué es y cómo se puede alcanzar la justicia.

Tal como lo intuyó Aristóteles, la definió Ulpiano y la incorporó el Digesto, *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*. Dar a cada uno lo suyo me pareció entonces la más pura expresión de lo justo. A esto le llamó igualdad el Estagirita. El derecho busca fijar esa igualdad de tal modo que cada quien reciba exactamente lo que corresponde: no más y no menos. Quien cometa injusticia –explicaba alguno de sus comentaristas– vg, quien no paga sus deudas, tiene más de lo que corresponde, y su acreedor, por el contrario, menos de lo que le pertenece. La justicia exige igualar ese desnivel arbitrario y que a todos se les aplique el mismo rasero: "la justicia es tanto más perfecta cuanto más perfecta sea la igualdad entre la obligación y el cumplimiento de ella".

A la vista de esta concepción -la justicia aritmética o conmutativa- a quien no compare lo suyo superfluo con otro que sufre extrema necesidad, lo podemos tildar de duro de co-

razón o, en su caso, de avaro, pero no de injusto: porque el menesteroso no puede pretender como suyas tales cosas superfluas del afortunado, y negándose las éste, vulnera, sí, la caridad y la compasión, pero no la justicia. En el otro extremo y con semejante criterio, quien malgasta sus riquezas o se arruina por sus vicios no es calificado de injusto, sino de pródigo o de vicioso: en fin de cuentas dispone sólo de lo que es suyo, aunque lo hace irracionalmente.

Este concepto de la justicia, al menos en su dimensión conmutativa, me pareció entonces implacablemente duro, pero exacto; y el raciocinio aristotélico, irrefutable. Me subyugó pese a su dureza por su lógica sin concesiones. En alguna medida sospecho que una concepción así del Derecho como vía de realización del valor ético de la justicia debió haber estado presente, años después, en mi propio ejercicio de la profesión de abogado privatista, cuyo campo de acción —¿o sería acaso más apropiado denominarlo "campo de batalla"?— fueron los estrados judiciales, su tónica la actitud polémica, su arma principal el argumento dialéctico implacable y su victoria en la sentencia...

Sin embargo, en algún momento o, por mejor decirlo, a lo largo de una prolongada etapa de mi ejercicio forense, comenzaron a formarse en mi propio ánimo crecientes dudas acerca de aquella forma de entender la justicia.

Si la justicia no tiene nada que decir de la avaricia o del despilfarro del afortunado frente a la inopia del menesteroso, entonces la justicia no basta para asegurar una convivencia digna de llamarse humana. Una justicia silenciosa o fríamente indiferente en una tal coyuntura, tiene algo o mucho de inhumana. Por cierto que el pensamiento aristotélico deja ver claramente que semejante conducta debe tener corrección, pero la confía a la caridad, la compasión o la largueza al excluirla del campo de la justicia y por tanto del Derecho: insinúa que la solución puede o debe eventualmente estar "junto" a la justicia, pero no "dentro" de ella; que en consecuencia la norma que dicta la solución humanitaria no es coercitivamente exigible, al final de cuentas depende de que el Epulón enternecido quiera socorrer al Lázaro indigente.

Aplicada la fórmula aritmética a una multitud de otras relaciones incluso de Derecho privado en las circunstancias sociales vigentes, tendría el efecto de perpetuar y aun de acentuar situaciones de injusticia global o individual; y me pareció incuestionable que la justicia no puede, sin negarse a sí misma, asegurar la subsistencia de la injusticia. Y no ha de sorprender que así sea, porque esta justicia llamada conmutativa o aritmética fue concebida para ser de plena aplicación en las relaciones contractuales de contenido patrimonial, típicas del Derecho privado, como la compraventa, la permuta, el mutuo y acaso la locación de servicios; más no a otras relaciones de Derecho Privado, como la de índole hereditaria o las de Derecho familiar en que los deberes, obligaciones y derechos de los padres no se rigen por la fórmula del "doy para que des, hago para que hagas, doy para que hagas o hago para que des"; ni en las relaciones típicas del Derecho público, ni mucho menos en las que hoy llamaríamos del Derecho social.

Sería desconsiderado esperar que el más insigne pensador de la antigüedad clásica se

adelantara tantos siglos al Derecho de su época o intuyera las características de la sociedad humana varios milenios después de la suya tan diferentes; pero su genio intuyó otra alternativa que lo acerca a los términos actuales del problema de la justicia y la injusticia: la de que, al lado de la justicia conmutativa, que rige las relaciones entre particulares o miembros de una sociedad, existen la justicia legal y la distributiva que atañen más bien al campo de lo que hoy llamamos Derecho público. La primera ordena la conducta de las partes con relación al todo. La segunda dirige la conducta de la totalidad y de los gobernantes con respecto a los individuos. Aquella determina con cuánto debe contribuir cada uno a la vida colectiva. Esta determina que la colectividad, por medio de sus representantes, reparta las cargas públicas según la resistencia de cada miembro, y los bienes públicos según la capacidad y el mérito. No requiere igualdad absoluta entre el mérito del individuo y lo que recibe, sino solamente que la relación en que se encuentran, mérito y recompensa, capacidad y carga, sea la misma e igual para todos. Si quien da a la comunidad como cien recibe como ochenta, el que sólo le da como cincuenta ha de recibir como cuarenta. Esta es la justicia distributiva, que Aristóteles llamó geométrica.

Sospecho que el descubrimiento íntimo de este nuevo campo en que se puede hallar justicia más amplia, pudo determinarme subconscientemente a ir dejando mi intensa dedicación profesional al campo de la justicia conmutativa del Derecho privado y el litigio forense, para entrar cada vez más intensamente en el de la justicia distributiva, el Derecho público y la acción política.

La función parlamentaria que durante trece años hube de ejercer no fue, pues, ajena al Derecho, no sólo por la obvia circunstancia de que es en el Parlamento donde se construye el Derecho positivo de un país, sino, sobre todo, porque en él se concretaba mi propia proyección a una esfera en la cual era posible actuar en los ámbitos de la justicia distributiva.

La acción política fue para mí otra forma de expresión de lo jurídico: la búsqueda de lo justo a nivel de las relaciones entre el Estado y el individuo.

La dimensión geométrica con que Aristóteles concibió la justicia distributiva y la legal se orienta en alguna medida a atender las desigualdades individuales existentes al interior de la sociedad. Su preocupación fundamental, consistente en exigir más a quien más puede y distribuir los bienes públicos según la capacidad y el mérito de cada cual, apunta ya a integrar la noción de la justicia exigiendo más a quien más puede y dando más a quien más lo merece; pero no llega a cubrir por entero el ancho campo de injusticia que la justicia conmutativa dejó abierto: no llega hasta la raíz del problema que consiste en conseguir que sea más capaz quien hoy lo es menos y en que rinda más quien hoy rinde insuficientemente, a fin de que las diferencias entre unos y otros disminuyan y acaso desaparezcan. Mientras tanto, y precisamente para ello, dar más, no sólo al que más puede o lo merece, sino a quien más lo necesita en tanto lo necesita. La justicia de tal planteamiento reside en que, en muchos si no en todos, los casos, el que haya quienes son poco capaces o rinden poco puede deberse a su culpa —y entonces la justicia hace bien en darles menos—, pero también a que la organización y dinámica sociales han permitido o permiten que unos se realicen y otros se frustren que los primeros rindan mucho y muy poco los se-

gundos. Razonamientos de esta índole, como es notorio, conducen de la mano a encontrar en la justicia otra dimensión distinta de la conmutativa o aritmética y de la distributiva o geométrica: la justicia que hoy llamamos social o acaso trigonométrica. Así lo pienso yo mismo. No todos, sin embargo, comparten criterio semejante, sino que consideran que el remedio de las grandes desigualdades que afligen hoy a sociedades como la nuestra se sitúa más allá del concepto y los alcances propios de la justicia. Mas aún, si así fuera, nada impide que el Derecho añada a la justicia como valor ético que pretende realizar, otros valores —como la solidaridad, el bien común o la búsqueda de un cambio social hacia niveles más homogéneos— todo ello atendiendo a que, en fin de cuentas, todos los hombres son esencialmente iguales y el esfuerzo supremo de la sociedad debiera dirigirse a que lo sean cada vez más en lo vivencial y en lo convivencial.

Fue en este punto que mi reflexión hubo de plantearse el arduo problema de sí, frente a las urgencias de un proceso histórico que avanza vertiginosamente hacia encrucijadas de explosión social, el Derecho puede y debe sumarse al esfuerzo de cambio. Fue entonces que escribí frases que hoy puedo repetir letra sobre letra: "No es siempre igual el ritmo con que el mundo avanza a lo largo de la historia. Hay épocas en que la corriente discurre sin prisa por cauces conocidos, dentro de estructuras que, por lo menos en lo esencial, nadie discute: son los remansos de la historia y suelen durar siglos. Pero hay también momentos en que, como si la corriente se precipitara en rápidos y cataratas, bullen los hombres, se cuestiona los cánones, las estructuras se agrietan y estallan: son las revoluciones que en un momento pueden destruir el orden establecido y que a lo largo de alguna décadas preparan un nuevo remanso de siglos.

Dígame, sin embargo, que las dos formas de avanzar, la del remanso y la de la catarata, más que oponerse, se completan. Ni puede la humanidad progresar siempre a paso solemne sin quedarse a la zaga de su propia dinámica vital, ni puede precipitarse permanentemente en catarata sin vaporizar su mismo ser. La alternancia entre ambos ritmos se debe a que el hombre nace y vive sin remedio en el punto de cruce de dos fuerzas contrarias: su dinámica vital que lo insta a moverse, y su necesidad de orden que lo induce a instalarse. No puede eternizar una estructura social que aprisione la vida, porque la vida es, por esencia, movimiento; del mismo modo como no hay dique bastante alto, aun para la corriente más pequeña si es permanente, para evitar que un día el embalse lo sobrepase. De aquí que todo remanso termine un día en catarata. Pero tampoco es posible prescindir de una estructura, ni cambiarla todos los días, ni cuestionar sin descanso cada norma, porque la naturaleza del hombre repugna el caos, necesita y aspira a un orden dentro del cual cada quien se sitúe para vivir y progresar. Por eso, toda catarata termina siempre en un nuevo remanso. De aquí que el ritmo de la evolución preceda y subsiga al ritmo de la revolución y que ambos, a la postre, se corrijan y complementen. El remanso apacigua el furor de la catarata; ésta remedia los anacronismos del remanso. Tal como aparece en las épocas de remanso, el Derecho, inspirándose en las concepciones básicas predominantes allí y entonces, recogiendo los patrones sociales de aceptación general, asumiendo globalmente el fondo común de ideas y aspiraciones, las institucionaliza jurídicamente, es decir, organiza con ellas un orden de instituciones y figuras coherentes destinadas a prestar amparo a los valores e intereses que se estima dignos de protección; y erige un complejo de normas de cumpli-

miento obligatorio, jerarquizadas por razón de su importancia, que precisan las facultades y obligaciones, los derechos y las acciones de cada quien dentro de ese orden. El Derecho, entonces, concreta y legitima un orden social determinado, sitúa dentro de él a las personas, y lo impone con la fuerza y la garantía del Estado.

A partir de ese momento, la realidad social empieza a separarse del sistema apenas establecido. Por provisora que haya sido la ley, la vida, que es devenir constante, comienza a rebasar los límites originales de aquélla y aun la intención del legislador. La separación es muy lenta a nivel de las normas constitucionales, casi igualmente lenta en la norma codificada, se hace más rápida en la ley común y casi vertiginosa en cierto tipo de normas legales y resoluciones gubernativas.

El continuo distanciamiento entre la ley que tiende a quedarse y la realidad que tiende a irse, conduciría a un inmediato anacronismo del orden jurídico-legal y a una inacabable necesidad de cambiarlo si no fuera porque, una vez promulgada, la ley tiene su propia dinámica, según la cual, por el camino de la interpretación extensiva, de la analogía *legis* y *juris*, de los principios generales del derecho y de la iniciativa legislativa siempre abierta, puede y debe ir adecuándose a las nuevas circunstancias y, con ello, actualizándose, manteniendo su vigencia y conservándose como instrumento útil para la realización de la justicia en la interacción humana.

Esta capacidad de adaptación, que amplía y prolonga la vigencia de un sistema de Derecho a veces durante siglos, tiene, sin embargo, sus límites. Llega un momento en que ya no hay posibilidad de mantener la vieja estructura que, cumplido su ciclo vital, ha caducado en su esencia. Ha llegado la hora del cambio, a veces violento por el choque entre el ímpetu revolucionario del cuestionamiento y la resistencia de intereses arraigados por el tiempo.

Es en este momento que el Derecho doctrinario, atento a las aportaciones válidas de otras ciencias sociales, imagina una nueva estructura legal para el orden nuevo, de lo cual resulta que el Derecho, que fue capaz de crear, actualizar y defender una estructura legal mientras fue operante, es también capaz de reemplazarla cuando deja de ser útil. Conservador en su momento para defender el orden anterior, el Derecho se pone el gorro frigio y se hace aricte cuando la justicia demanda una revolución.

En otros términos, el Derecho está presente en el remanso, porque sin Derecho no es posible el orden que el remanso exige; pero está también presente en la revolución, porque sin la justicia, que el Derecho busca, la revolución traiciona al hombre.

Llegado a este punto, una comprobación —que hoy me parece obvia— me pareció entonces nueva e iluminante: las realidades no se transforman con sólo dar leyes. La contribución a solucionar los problemas profundos de la justicia social exige al hombre de Derecho reconocer con humildad que sus instrumentos no bastan para corregir con acierto las situaciones de injusticia: si el jurista no trabaja con el sociólogo, el antropólogo, el etnógrafo o el economista, jamás conocerá por entero la problemática que exige una solución

de Derecho. En mi caso particular, este convencimiento me llevó a intentar un esfuerzo de investigación inter-disciplinaria a la que, por desgracia, no estamos muy acostumbrados los juristas, que acaso hipertrofiamos el valor de nuestro aporte, pero que tampoco entienden del todo los demás científicos sociales que tienen el mal hábito de subestimar al Derecho, tildándolo sin más de conservador y declamatorio.

Un poco anecdóticamente, pero en torno de esta misma idea, me causa algún asombro que por mucho tiempo supuse que la vida me había llevado, sin yo buscarlo conscientemente, a ejercer en la docencia, actividades extrañas al Derecho. No, no eran extrañas al Derecho ni ajenas al ideal de justicia social que lo inspira: cuando, paralelamente a mis estudios como alumno de la Facultad de Derecho, enseñaba las historias —Universal, de América, del Perú y de la Cultura Peruana y Americana—; y cuando, años después, ya como profesor universitario, regenté las cátedras de Sociología, Economía Política General y Economía Monetaria y Bancaria—, en realidad estaba ya ejerciendo de algún modo el Derecho, tal como ahora lo entiendo. Porque sin conocimiento del devenir histórico, que hace del pasado la matriz en que se gesta el presente, sin adentrarse en los campos económico-sociales en que los seres de carne y hueso se realizan o se frustran y sin buscar la colaboración constructiva con otros científicos sociales, no es posible construir un habitat social en que alcance para todos la justicia conmutativa, la distributiva, la legal y la social, que no son, en esencia, sino facetas de una sola aspiración humana aun vista desde las alturas de la axiología jurídica.

A partir de este enfoque y proyectándolo a escala planetaria, comenzó a preocuparme, en la etapa más reciente de mi reflexión jurídica el problema de la justicia visto desde su faz negativa: la de la injusticia como tóxico del habitat humano de nuestra época. Comenzó a interesarme y a angustiarme como simple miembro de la especie, como ciudadano del mundo pobre, como peruano a veces insomne frente a las incógnitas del porvenir que aguarda a nuestros nietos.

La humanidad vive hoy inmersa en un mundo de injusticia. De una injusticia que a veces se maldisimula bajo ropajes de rectitud y compostura, y otras se perpetra con descaro y prepotencia.

Injusticia la hay de todas clases y a todos los niveles en el mundo de hoy. Desde la injusticia cósmica de las superpotencias que amenazan abusivamente a la humanidad entera, incluso a ellas mismas, con destruir el planeta, hasta la injusticia particular que aplasta al infeliz abandonado en todos los rincones del mundo en que vivimos.

Subsistimos sobre un volcán en trance de erupción. Injusticia diabólica e inenarrable: cinco mil millones de seres humanos vivos y miles de millones que debieran nacer en el futuro, amenazados de muerte por decisión de unos cuantos ¿Con qué derecho se han tomado atribución semejante sobre la humanidad entera? ¿por qué razón jurídica debemos esperar todos en la antesala a que ellos decidan nuestro destino a puerta cerrada en la belicosa intimidad de su Club Atómico?

Con la complicidad de algunos de los cerebros más brillantes del mundo, los países "cultos" y ricos parecen empeñados en la doble tarea de contaminar el ambiente y de agotar los recursos naturales de los que depende la subsistencia de la especie.

Están sacrificando el futuro para ganar más en el presente. Están derrochando lo suyo y lo nuestro. ¿Con qué derecho?

Rayos ultravioleta tras el escudo de ozono aguardan a que la ambición de utilidades de los productores de aerosoles les abran de par en par las puertas por las que la muerte masiva se descargará sobre la humanidad.

Luis XV pasó tristemente a la historia con su auto-lapidaria frase: "**Après moi, le déluge ...**". Los países "cultos" y ricos se librarán de que la historia lapide su insensato abuso, sólo porque van camino de acabar con la historia.

Así se ha generado en las relaciones mutuas un germen de terrible virtualidad destructora: la confrontación a escala planetaria entre la soberbia de los pocos epulones y el resentimiento de los millones de lázaros, cuyo resultado, matemáticamente previsible, sólo podrá ser la entera deshumanización del hombre sobre la Tierra. Nada más que porque los principios mueren allí donde nacen los intereses . . .

Bajo esta montaña de injusticia que aplasta a los pueblos pobres, a los hombres pobres y a los hombres buenos, casi todos los conceptos tradicionales de la justicia resultan diminutos.

El **do ut des** con que los romanos graficaron para ciertos contratos la fórmula aristotélica de la justicia conmutativa, suena hoy a veces a frío cálculo mercantil de equivalencia, a tacaño sentido del negocio, cuando no a fariseísmo. Esta concepción de una justicia de cambalache parece desprovista de calor humano. La justicia no puede seguir siendo, si alguna vez lo fue siquiera por completo, resultado de prolijos cálculos aritméticos o geométricos; el veredicto implacable de una deidad que, provista de balanza de precisión en la mano izquierda, busca con los ojos vendados el fiel de la equivalencia exacta para imponerla sin contemplaciones con la mano derecha cerrada sobre la empuñadura de la espada. La justicia que hoy necesita el mundo no puede tener vendados sino abiertos los ojos. Si se ha de poner bálsamo sobre las heridas que desangran a la humanidad, tiene que desembarazarse de la espada y la balanza para que sus brazos puedan abrirse a todos los hombres en gesto de amor y paz. Ha de discernirse bajo los imperativos morales de un corazón que palpita y no con las cifras, subtotales y totales, de una computadora que calcula.

Mantener que la justicia conmutativa exige la exacta equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, tendría hoy, a la vista de los hechos concretos que hacen la realidad del mundo, precisamente el efecto contradictorio de perpetuar las injusticias. No anduvo errada, en los siglos antiguos, la intuición de Cicerón cuando afirmó que **summa iustitia, summa iniuria**. Si lo que la justicia manda es que a nadie se le dé más de lo que él da, ¿cuánto puede dar un pobre diablo desnutrido y embrutecido? Si lo justo es que los pueblos atrasados, sin recursos financieros ni tecnología, reciban de los ricos exactamente

—pesado en balanza de precisión— el equivalente de lo que producen, ¿cuánto es, al fin de cuentas, lo que habrá de dárselos? Pobre justicia, sin duda, aquélla cuyo resultado final es arrinconar más al arrinconado, empobrecer más al miserable.

Lo cierto es que, a las honduras a que hemos llegado, el mundo sólo podrá salvarse si a todos los que necesitan se les da mucho más de lo que dan e incluso más de lo que por su propio esfuerzo merecen. Y esto lo mismo a nivel de hombres que de pueblos. El toma y daca que antes pareció la fórmula de la justicia civil tiene que superarse como se superó hace siglos la del "ojo por ojo y diente por diente" de la Ley del Talión en la justicia penal.

No, la justicia como nosotros la entendemos o la intuimos es muchísimo más que eso. Y algunos de los mejores hijos de la humanidad lo supieron desde hace milenios. Los antiguos llamaron Justo a Aristides, enfrentando con su probidad a toda prueba a las triquiñuelas de Temístocles. Cuando consultado el pueblo ateniense sobre quién de sus prohombres debía ser condenado al ostracismo, un analfabeto se acercó al Justo, sin saber quién era, para pedirle que escribiera en su cédula el nombre de Aristides como merecedor del destierro, por la única, absurda y sin embargo vigente razón de que ya estaba cansado de oír que le llamaran "el Justo". Aristides escribió un voto contra sí mismo, por pura rectitud moral, por insobornable honradez con el otro y consigo mismo, porque se habría asqueado su conciencia si se hubiera aprovechado de la ignorancia de su interlocutor. Pudo escribir el nombre de su adversario político; prefirió, por honradez, escribir el suyo. Esto no es todavía la justicia pero es una intuición genial de lo que ella debería ser.

Más tarde llegó Jesús de Nazareth. Y desde entonces supimos lo que es de veras la justicia; lo que debe ser para que brille en el hombre el destello de Dios. Y para que ese destello ilumine el camino de la redención de que está, una vez más, urgido el mundo de nuestros días. No fue a una justicia de cambalache que se refirió el Nazareno cuando invitó al hombre a "buscar a Dios y su justicia pues lo demás le sería dado por añadidura". No fue a la justicia del toma y daca que aludió cuando sentenció que "si vuestra justicia no fuere mayor que la de los escribas y fariseos, no entraréis en el reino de los cielos"; ni cuando anunció que "entonces los justos resplandecerán como el sol en el reino de su Padre"; o cuando predijo que "así será el fin del siglo: saldrán los ángeles y apartarán a los malos de entre los justos". A justicia más excelsa se refería el Hijo del Hombre cuando mandaba "al que pidiere, dadle", "amad a vuestros enemigos, bendecid a los que os maldicen, haced el bien a los que os aborrecen, y orad por los que os ultrajan y os persiguen".

Jesús de Nazareth, paradigma de justicia, no fue un mercader de la justicia. Y porque no lo fue es que salvó al mundo. El le dió a la humanidad muchísimo más de lo que merecía por sus obras y de lo que El mismo recibió de ella. Por eso la redimió. ¡Ay de los hombres si Jesús hubiera venido al mundo con su balanza de precisión en una mano, una espada en la otra, los ojos vendados y una computadora en el lugar del corazón ...!

Sin una justicia así —sin balanza, sin espada y sin vendas— el mundo de hoy no tiene salvación. Se hunde en la abyección, se sume en la locura homicida, se asfixia en sus propios humores.

Por el mismo hilo conductor de la solidaridad humana, la justicia así entendida empieza a hacerse sinónimo de caridad en el prístino sentido que le dio el Cristianismo desde la primera hora: de fraternidad, de espíritu de servicio, de generosidad en la entrega, sin la exigencia de recibir, de perdonar setenta veces siete. La justicia viene a ser, por esta vía, santidad y, por tanto, perfección.

¿Será el mundo capaz de entenderlo, antes de que la muchedumbre innumerable de los humillados, los pobres y los resentidos se alcen con puños y dientes, en una batalla perdida de antemano, contra los misiles y los millones de los poderosos: será el mundo capaz de asumirlo antes de que estallen las primeras bombas termonucleares la Última Guerra Mundial . . . ?

Ciertamente, yo no tengo la respuesta ni autoridad para darla. Pero sé que el Derecho debe hallarla y pido a dios que la humanidad sepa escucharla.

Gracias, señor Rector, por sus palabras;

Gracias también a los señores Vicerrector y miembros del Consejo Universitario por la distinción que me ha sido conferida y que excede largamente mis pobres merecimientos;

Gracias, señor Decano de la Facultad de Derecho por sus generosas expresiones; y a usted y al señor Jefe del Departamento Académico de Derecho por la iniciativa de pedir para mí el honor del Profesorado Emérito de la Universidad;

Gracias a mi antiguo discípulo y dilecto amigo, el señor doctor Roger Rodríguez Iturri, por las palabras que ha pronunciado y que reflejan más la nobleza de su espíritu que mis pocos merecimientos y por cuyo cumplido éxito en la cátedra de Derecho de Familia, en que me ha sucedido junto con otro distinguido exalumno y amigo, el doctor Aguilar, hago los más sinceros votos;

Gracias a todos los asistentes a este acto, y de modo especial a los catedráticos de Derecho y funcionarios de la Universidad, a muchos de quienes cuento en el recuerdo de mis mejores alumnos a lo largo de más de treinta años de docencia;

Gracias, en fin, a la Pontificia Universidad Católica del Perú, que fue mi hogar intelectual por tantos años y a la que siempre me sentiré vinculado por los lazos del afecto, el recuerdo y la gratitud.

2. Bibliografía del doctor Héctor Cornejo Chávez

PUBLICACIONES SOBRE TEMAS JURIDICOS

- 1943 **El Fundamento Jurídico de la Sucesión y del Derecho Sucesorio.** Arequipa, Imprenta Salesiana.
- 1944 **Proyecto de Libro III (Sucesiones) del Código Civil de 1936.** Arequipa, Imprenta Salesiana.
- 1949 **Fundamentos de Derecho Privado.** Arequipa, Imprenta César Cornejo
- 1950 **Derecho Familiar Peruano (Sociedad Conyugal).** Arequipa. Ed. Universidad Nacional de San Agustín.
- 1956 **Derecho Familiar Peruano (Sociedad Paterno-filial).** Arequipa Ed. Universidad Nacional de San Agustín.
- 1959 **Proyecto de Ley de Enmiendas del Libro de Familia del Código Civil de 1936.** Cámara de Diputados.
- 1956-62 **Proyectos e intervenciones jurídicos en la Cámara de Diputados.**
- 1963-68 **Proyectos e intervenciones sobre temas jurídico-legales en el Senado de la República.**
- 1970 **La Adopción en la Vida Real** (en colaboración con Augusto Millones Santa Gadca). Lima. Of. de Publicaciones de la PUC. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 1970 **El Divorcio Absoluto y la Separación de Cuerpos en la Provincia de Lima** (en colaboración con Teresa Besada). Lima. Of. de Publicaciones de la PUC. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 1970 **Derecho Familiar Peruano (Amparo Familiar del Incapaz).** Lima. Imp. de la PUC.
- 1971 **Derecho y Revolución.** Lima. Empresa Editora del Diario Oficial El Peruano.
- 1972 **Derecho Familiar Peruano** (ediciones 2a. y 3a.). Lima, Ed. Studium.

- 1972 **La Invalidez del Matrimonio en la Jurisprudencia Suprema y en la Experiencia del Distrito Judicial de Lima** (en colaboración con Santiago Lavado Palacios) Lima, Oficina de Publicaciones de la PUC. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 1977 **Realidad y Reforma Judicial en el Perú** (en colaboración con otros investigadores). Lima. PUC. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 1980 "La Justicia" (en la obra titulada **Un Alto en el Camino del Perú**, dirigida por Hernán Alva Orlandini. Lima, Ed. Universitaria.)
- 1978 Numerosas intervenciones en la Asamblea Constituyente durante el debate y aprobación de la Constitución de 1979. Lima, Diario de los Debates.
- 1980 Ponencia sobre el Libro de Familia del Código Civil de 1984 (publicada en **Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil**). Lima, Fondo Editorial de la PUC. También en la Colección "Código Civil Peruano", Editada por Delia Revoredo.
- 1980 "El Derecho de la Familia en la nueva Constitución" (en **Nueva Constitución y su Aplicación Legal**). Lima, Industrias Gráficas S.A.
- 1981 "La Familia en la Constitución de 1979". Lima. Revista **Derecho**, Nº 35, PUC.
- 1981 **Derecho de Sucesiones** (Impresión mimeográfica). Lima, PUC.
- 1982 **Derecho Familiar Peruano**, 4a. edición corregida y aumentada, 3 vols. Lima, Studium.
- 1984 **La Familia en la Ley y en la Realidad del Perú en Para Leer el Código Civil: Familia y Derecho**. Lima, PUC.
- 1985 "Régimen Matrimonial Peruano". Revista de **Derecho**, PUC, Nº 39.
- 1985 **Derecho Familiar Peruano**, 5a. ed. referente al nuevo Código Civil, 2 vols. Librería Editorial Studium.
- 1985 "La Declaración Judicial de la Paternidad Extramatrimonial" (en el **Libro de Homenaje a José León Barandiarán**). Lima, Cultural Cuzco S.A.
- 1986 "El Servinakuy" (Relación presentada al Encuentro Académico Italo-latinoamericano celebrado en Sassari, Cerdeña, Italia, en preparación de las celebraciones del V Centenario del Descubrimiento de América). También publicado en el **Libro de Homenaje a Rómulo Lanatta G.** Lima, Ed. Cultural Cuzco.
- 1988 "Exposición de Motivos y Comentarios de los artículos del Libro de Familia del Código Civil de 1984" (en la Colección "Código Civil Peruano", dirigida por Delia Revoredo) Lima. 2a. edición.
- 1988 Colaboraciones jurídicas en las revistas **Themis**, **Derecho** y otras.
Asesoramiento en investigaciones socio-jurídicas sobre el servinakuy en Puno y Cajamarca. Instituto de Investigaciones Jurídicas, PUC.
- 1988 **El Servinakuy en el Perú y especialmente en el Altiplano Puneña** (Trabajo presentado en el Encuentro sobre Instituciones de Derecho Indígena; Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires)
- 1988 Discurso de agradecimiento, sobre La Justicia y el Derecho, con motivo de su designación como Profesor Emérito de la PUC.
- 1989 Discurso de Orden en el Homenaje del Colegio de Abogados de Arequipa a la memoria de José Luis Bustamante y Rivero.

PUBLICACIONES SOBRE TEMAS HISTORICO-SOCIOLOGICOS

- 1941 **La Clase Media en el Perú.** Arequipa, Imprenta César Cornejo.
1945 **Historia de la Cultura Peruana y Americana.** (En colaboración con Favetta Fava Pinasco). Imprenta Salesiana.

PUBLICACIONES DE INDOLE POLITICA

- 1959 Discurso de Clausura del V Congreso Internacional DC.
1960 **Una Tercera Posición** (con otros líderes demócrata-cristianos del Perú y de otros países latinoamericanos) Ed. Universitaria.
1960 **Nuevos Principios para un Nuevo Perú.** Ediciones Juventud Demócrata Cristiana.
1961 **Una Tercera Fuerza para un Mundo Mejor.** Ed. Universitaria.
1961 "Alfonso Cobián: Honduras y Equilibrio". En **Mercurio Peruano** Nº 415.
1961 **Contra las leyes de represión política.** Editorial Universitaria.
1962 **Qué se Propone la Democracia Cristiana.** Ediciones del Sol.
1962 **Con los Pobres de América** (en co-autoría con Radomiro Tomic, Andrés Franco Montoro, Eduardo Frei Montalva y Rafael Caldera). Fondo Editorial Latinoamericano de Pensamiento Cristiano.
1963 "América Latina en la Hora Cero". En **Peruanidad**, Nº 1.
1967 **Democracia cristiana y revolución.** Ediciones CENADEC.
1964 "La Alianza para el Progreso". En **Universitas**, Año I, Nº 1.
1967 "La Democracia Cristiana ante el Futuro de Hispanoamérica" En **Cuadernos de Estudios de Problemas de Latinoamérica.** (En coautoría con Decamilli, Tomic y Franco Montoro). Berlín. Círculo Cultural Germano-Iberoamericano
1969 "Derecho y realidad social". En el Nº 27 de "**Derecho**", PUC
1969 I Congreso Ideológico de la Democracia Cristiana:
a) Memorándum sobre la Doctrina del PDC
b) Diagnóstico sobre la Realidad Peruana
c) El modelo societal comunitario
d) Conclusiones del Congreso
Ediciones del Partido Demócrata Cristiano
1969 **Diagnóstico del Perú Pre-revolucionario.** Ediciones PDC.
1969 **Solidaridad entre los demócrata-cristianos.** Roma.
1969 **El Poder Joven, la Política y los Partidos** (en el 1er. Seminario Nacional de Orientación y Problemas Juveniles).
1969 **Hacia la Sociedad Comunitaria.** Edic. DC.
1969 "La Tercera Posición Social-cristiana". Prólogo a un libro de Rafael Cubas Vina-
tea.
1969 "El Rol Histórico de la Democracia Cristiana: la Construcción de una Nueva So-
ciedad". En **Atti del X Congresso Nazionale della Democrazia Cristiana.**
Roma, Ediciones DC Spes.

- 1969 **Solidaridad entre los Demócrata-cristianos Ponencia Presentada al III Congreso Mundial de la Unión Internacional de la Juventud Demócrata Cristiana, Montevideo. En Cuadernos del Centro Internacional demócrata-cristiano de Información y Documentación, Roma.**
- 1975 **Social cristianismo y Revolución Peruana. Edics. Andinas.**
- 1978 "La Liberación Económica de América Latina". En **Panorama DC Nº 1: "América Latina: en Busca de una Nueva Democracia"**, Roma.
- 1978 **La Democracia Cristiana Responde: Mensaje al inicio de la campaña electoral para la Asamblea Constituyente. Conclusiones del II Congreso Ideológico de la Democracia Cristiana.**
- 1979 **La Esperanza del Mundo Pobre. Ediciones del Instituto de Formación y Estudios Sociales.**
- 1979 **La Constitución de 1979, ¿Avance o Retroceso? Ediciones del Instituto de Formación y Estudios Sociales.**
- 1983 **Visión Cristiana del Trabajo en las Encíclicas. Revista de la Universidad Católica, Nº 13-14.**
- 1956-1962 **Diario de los Debates de la Cámara de Diputados.**
- 1963-1968 **Diario de los Debates del Senado de la República.**
- 1970-1979 **Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente.**
- 1940-1989 **Artículos en El Deber y El Pueblo de Arequipa, El Comercio y La República, Caretas... de Lima.**

Conferencias académicas en las universidades de Chile, Quito, Columbia, Gainesville, San Francisco y Albuquerque y en I TempI Novi de Roma.

Este *Libro homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez* se terminó de imprimir el mes de setiembre de 1990 en los talleres de la Editorial e Imprenta Desa (R.I. 16521), General Varela 1577, Lima 5, Perú. Se hicieron mil ejemplares. La edición estuvo al cuidado de *Miguel Angel Rodríguez Rea*.

DE PROXIMA APARICION

ROCIO CARAVEDO

*Sociolingüística del español
de Lima*

PEDRO DE CIEZA DE LEON

*Crónica del Perú. Cuarta
Parte. Las guerras civiles.
Vol. 1*

CESAR LANDA ARROYO

*Derecho político: Del Gobier-
no y la oposición democrática*

ANIBAL QUIROGA LEON
(Compilador)

*Sobre la jurisdicción constitu-
cional*

JOSE LUIS RIVAROLA

*La formación lingüística de
Hispanoamérica*

MARCIAL RUBIO CORREA

*El sistema jurídico (Introduc-
ción al Derecho) 5a. ed. corre-
gida y aumentada*

CELIA WU BRADING

*Manuel Ferreyros y la patria
peruana. Epistolario*

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel, Apartado 1761.
Lima, Perú. Tlfs. 626390 y
622540 anexo 220.

Fotografía de Martin Chambi
(cortesía de la Dra. María Ele-
na de Chambi)

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

LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO

LIBRO HOMENAJE AL DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ