

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

Carmen Meza Ingar

Profesora de Derecho de Familia y
Directora de la Unidad de Investigación

SUMARIO : I.-Introducción. II.-La Familia. III.-Matrimonio.
IV.-El Futuro de la Familia. V.-Conclusión

I.- INTRODUCCION

Una seria reflexión sobre las normas que gobiernan las relaciones de la familia, nos obliga a pensar en dos extremos teóricos:

- Quienes se oponen a la llamada intromisión del Estado en el ordenamiento de la familia, porque se trata de una institución anterior, ya instituida por la naturaleza y por la religión. Más aún, algunos pensadores, llegan a afirmar que la educación corresponde a la patria potestad y que no se debe intervenir en la forma de pensar.
- Otras corrientes cuestionan el privatismo excesivo que atribuía a la familia el Derecho clásico, máxime si dentro de las paredes del hogar no siempre reina la antigua paz y tranquilidad.

En nuestros días los deberes generales nos sitúan frente a los seguidores del Derecho Público y otros del Derecho Social. En 1891, el gran Pontífice León XIII¹ afirmó: «... que si alguna familia se hallase en extrema necesidad y no pudiese valerse sin salir de ella por sí en manera alguna, justo sería que la autoridad pública remediase esta necesidad extrema, por ser cada una de las familias una parte de la sociedad. Y del mismo modo, si dentro del hogar doméstico surgiese alguna perturbación grave de los deberes mutuos, interpóngase la autoridad pública para dar a cada uno lo suyo: pues no es esto usurpar los derechos de los ciudadanos, sino protegerlos y asegurarlos con una justa y debida tutela».

En otro acápite de su misma Carta Encíclica León XIII dice:

¹ León XIII: «Encíclica Rerum Novarum», 1891.

«La sociedad civil ha sido instituida para defender, no para aniquilar el derecho natural».

En la defensa de los Derechos domésticos. Su Santidad agrega:» ... si los ciudadanos, si las familias, al formar parte de una comunidad y sociedad humanas, hallasen, en vez de auxilio, estorbo, y en vez de defensa, disminución de su derecho, sería más bien de aborrecer que de desear la sociedad». Vemos, pues, que hace cien años el Papa señalaba la urgencia de organizar la sociedad para proteger a la familia. Y dicho propósito está contenido en nuestras Constituciones Políticas de 1979 y de 1993.

El problema de la legislación peruana sobre la familia es de carencia de una sistemática que ordene la normatividad en un cuerpo de leyes, orgánico, con objetivos precisos.

La institución familiar tiene leyes dispersas, aun cuando los más notables juristas afirman que los alcances del Código Civil de 1984 obedecen a la naturaleza de las leyes. Algunos de ellos, no admiten discusión sobre la posibilidad de debatir con diversos estratos de la población, sobre la conveniencia de contar con un código propio, que responda a las aspiraciones de la familia peruana.

Uno de los grandes dilemas que se presenta como primera preocupación es ¿se quiere una compilación de normas? ¿o un Código propio de la familia?.

Compilación sería la reunión en un volumen de todas las leyes que se refieren o que afecten a la familia, como facilidad pedagógica, pero conservando su actual ubicación en los diversos códigos y leyes de donde proceden.

Varias personalidades se han pronunciado por independizar del Código Civil el articulado del Libro III Derecho de Familia, pero dejando intacto Código Civil, es decir, repitiendo el texto en un volumen exclusivo.

De todos modos, es ya un reconocimiento que por razones prácticas se debe formular un Código aparte.

Vencido el primer obstáculo, o sea, el de procurar un código, surge la interrogante:

¿Se mantiene la legislación vigente?

De responderse afirmativamente, el propósito de contar con un Código de Familia obedecería únicamente a objetivos de «facilitar la difusión».

Sin embargo, de la naturaleza y esencia de la normatividad vigente surge una gran preocupación por:

cubrir vacíos de la ley, y modificar infracciones expresas a la Constitución, detectadas en el Código de 1984.

Estos propósitos justifican la elaboración de un anteproyecto, máxime si -varios lustros atrás- en El Peruano de 12 de noviembre de 1975 por Decreto Ley N° 21307 se insinuó la posibilidad de redactar un Código de Familia en el art. 5 inc. b) que dice:

«Son objetivos básicos de la Reforma Judicial: b) El reordenamiento de la legislación sustantiva y procesal dentro de una orientación que responda a la realidad socio-jurídica peruana»².

Un detenido estudio de la institución familiar nos lleva a analizar sus instituciones de Derecho Privado, sin perjuicio que muchas normas de orden público regulen su organización, especialmente, si consideramos las referentes al matrimonio. El Código Civil Peruano regula la situación de las familias solventes en lo económico, pero no todas las familias peruanas pueden ejercer a cabalidad los deberes y derechos que señala el Código Civil de 1984. Las causas de orden socio-económico y cultural son numerosas.

De ahí la necesidad de proteger la familia, particularmente, a sus miembros débiles. Y, en este contexto las normas del Código de los Niños y Adolescentes, tendrían que estar formando parte del Código de Familia. Como información, es necesario aclarar que parte del articulado en el Código de Menores, de 1962 y posteriormente, el Código de los Niños y Adolescentes de 1992 modificó varios preceptos del Código Civil.

Además de señalar a miembros débiles de la familia; niños, mujeres, ancianos, urge reconocer que la pobreza y la miseria es un gran obstáculo para el fortalecimiento de la institución familiar. Los fenómenos como el desempleo y el sub-empleo fomentan crisis familiar. Hay niños que trabajan y la seguridad

² Vestigio de varios proyectos de Reforma Judicial.

social no protege plenamente sus derechos. Por eso, algunos expertos nominan al Derecho Familiar, como **Derecho Tutelar**, es decir, ni puramente privado, ni exclusivamente público.

Como antecedentes de un Código que regule la Familia podemos mencionar el Código de matrimonio y de familia de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, que data de 1918 y que ha sido modificado a la luz de la Constitución de la URSS de 1977; y en revisión posterior a la perestroika; el Código de Familia de Bolivia sancionado por Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972; y ratificado; el de Costa Rica promulgado con Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, el Código de Cuba, su fecha 14 de febrero de 1975 y originado en la Ley N° 1289 y los del Estado de Hidalgo, México en 1983, siendo de carácter sustantivo y de orden procesal, es decir, Código de Familia y Código Procesal de Familia.

Francia, desde 1939, se preocupa por la eficaz protección de la Familia, publicando en forma concordante sus normas sustantivas, procesales y laborales referidas a la seguridad social y a las que garantizan que los alimentistas, efectivamente perciban el beneficio, interviniendo cuando es necesario el Procurador Público.

Mencionamos únicamente los principales ejemplos de legislación familiar, para presentarlos como referencia de la ciencia jurídica en nuestro afán de encontrar una **tecnología propia** que garantice los derechos de la familia peruana³.

II.- LA FAMILIA

Para referirnos a familia, la célula básica de la sociedad, estudiamos el Libro III del Código Civil. Pero este texto nos obliga a buscar las Constituciones Políticas de 1979 y de 1993, el Código de los Niños y Adolescentes de 1992, el Código Penal de 1991, el Código Procesal Civil de 1993, el antiguo Código de Procedimientos Penales y su enmienda parcial, el Código Sanitario de 1969, el Decreto Legislativo N° 346 de Política Nacional de Población y sus enmiendas, la Ley de Municipalidades y sus enmiendas y el Reglamento Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

Esta sencilla enumeración obliga a todo ciudadano que desea conocer sus derechos, ser asesorado por un letrado. El Perú se caracteriza por tener una

³ Meza Ingar Carmen: «Ideas para un Código de Familia, Lima, 1990, pág 12

frondosa legislación. Pese a ello existen grandes vacíos, porque la riqueza de la casuística no puede estar encerrada en el espacio de una norma.

Hay partidarios de tener pocas leyes, pero varios reglamentos. Lo aconsejable es estudiar una sistemática que sirva a la comunidad nacional.

En el listado de normas he omitido las de carácter laboral que regulan los derechos de los menores y de las madres, miembros de las familias.

Sin embargo, se debe considerar que además del Libro III el mismo Código Civil tiene en diversas secciones legislación sobre Familia, por ejemplo la Sección Primera Persona Naturales del Libro I Derechos de la Personas. Igualmente el Libro IV dedicado a Sucesiones.

El Código Civil Peruano de 1984 fue promulgado sin exposición de motivos, de ahí la dificultad de conocer el pensamiento de los autores, miembros de varias comisiones reformadoras y revisoras, constituidas desde 1963, por iniciativa del entonces Ministro de Justicia, el notable jurista Dr. Carlos Fernández Sessarego.

Estas páginas obedecen al ánimo de estudiar todas las normas que afectan la vida familiar, para proponer el debate de un Código de Familia y distinguir así los asuntos de las personas y las familias de los intereses patrimoniales y de negocios y de contratos, sobre los que trata el Código Civil, en el ámbito del Derecho Privado.

El Derecho de Familia no debe quedar sujeto a la sola voluntad de las partes, como los negocios, en la esfera del Derecho Privado. La familia, regulada por normas de orden público (Registros, etc.), no pertenece exclusivamente al Derecho Privado. Los cónyuges se unen voluntariamente, pero los hijos llegan sin ser consultados.

Algunos tratadistas afirman que el Derecho de Familia tampoco es un Derecho que pueda ser clasificado como público, por cuanto tiene matices comprometidos con la intimidad de los miembros de la familia, sin embargo todos aceptan que la sociedad no puede ignorar los problemas que vive la familia, el abandono de los niños, las carencias y necesidades de la célula básica de la comunidad. De ahí que algunos juristas plantean que el Derecho de Familia es Tutelar.

Un Código de Familia fortalecería la actuación de la Familia al proponer mecanismos para resolver urgentes problemas que dan una imagen muy débil del núcleo familiar, especialmente de los infantes.

El debate nacional que auspiciaría la elaboración del Código de Familia nos daría la oportunidad de conocer las diferentes clases de familia peruana, particularmente, si reconocemos que hay una vasta tipología, que escapa del modelo diseñado en nuestra tradición jurídica, inspirada en la legislación europea.

Como ejemplo mencionamos el derecho al Nombre que protege los intereses de los adultos frente a los de los infantes, art. 21, pero que nada dice sobre los derechos de los Nativos. Ningún artículo del Código Civil regula el derecho a cambio de nombre que tienen algunos nativos habitantes de la selva, según su edad.

En el título dedicado al Domicilio no se considera la situación de las poblaciones nómadas de la selva. Ni los problemas de parejas que trabajan en diversas ciudades.

Con relación a los derechos del pueblo peruano hay vacíos y omisiones, si analizamos las tradiciones y costumbres, así como las formas de vida de todos los peruanos a lo largo y ancho del territorio⁴.

Al proteger a los menores en estado de abandono se fija la edad de 14 años, pero se es relativamente capaz a los 16 años. ¿Una joven de 15 años, sin padres, no es abandonada? podría trabajar, pero el art. 43 Del Código Civil dice:

«son absolutamente incapaces los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley». La incapacidad sólo cesa por matrimonio en mujeres mayores de 14 años. La joven del ejemplo es absolutamente incapaz.

No puede ser protegida como menor en estado de abandono, si lo estuviera, porque tiene más de 14 años. Hay vacío sobre esa edad⁵.

Por eso es importante tener una visión completa de la legislación vigente con relación a los sujetos de derechos: miembros de familias, familias incompletas, familias atípicas, personas solas, minusválidos, los excepcionales, gran número de infantes solos y las comunidades de menores que viven marginados.

⁴ Meza Ingar Carmen: Conferencia en el Consejo FIFCJ, Tel Aviv, 1990.

⁵ El Código de los Niños y Adolescentes de 1992 declara niños a los menores de 12 años, agudizando el problema social de los menores.

Decía que hay un aspecto laboral. Es que la familia es también un centro de trabajo para el personal que ingresa a laborar en las tareas domésticas. En otros casos en el trabajo no remunerado de la madre o de varios miembros de la familia en la producción de alimentos, limpieza del hogar, de la ropa, y, lo más importante, el proceso de educación de la prole, dentro y fuera del hogar.

Hay también un concepto formulado desde 1891 y es el referente al salario familiar, ideado por el Papa León XIII en su magistral Encíclica: «*Rerum Novarum*», cuando la Iglesia Católica, con la enorme fuerza moral que tiene señaló en el siglo pasado que se debe reconocer dicho salario, como un logro de la justicia social.

Rezagos de ese debate, mejor dicho, como influencia de esa notable propuesta los países europeos: Francia, Alemania, Suecia conceden subvenciones a las madres de familia, por cada hijo que tienen.

Entre nosotros, el Estado concede pequeños subsidios por concepto de hijos y por ser casado o casada, a los servidores públicos.

La familia peruana no está constituida únicamente por un modelo social. Hay jefes de familia hombres, a veces mujeres, otros menores de edad y aún niños, que asumen la responsabilidad de sus propios hermanitos. Hay familias nucleares, familias extendidas, familias compuestas y las denominadas «incompletas o monoparentales».

Familia nuclear es la integrada por padres e hijos, o el padre o la madre y sus hijos solteros.

La familia extendida es la familia, que además de sus miembros, viven con otros familiares. Y en la familia compuesta se considera, además de los familiares a otros que no son parientes.

La familia peruana está protegida por la Constitución Política de 1993. Sin embargo para hacer efectivos los derechos, particularmente, las mujeres y los menores, como parte débil en la relación familiar, deben acudir a los estrados judiciales, donde las partes no son iguales ante la Ley, si se tiene presente que el poder económico casi siempre, el marido, puede conseguir esmerado asesoramiento, que no siempre se concede en un Consultorio Jurídico Gratuito, a cargo de practicantes, a donde concurren amas de casa sin recursos económicos.

Muchas madres y esposas carecen de oportunidades para ejercer y defender sus derechos, especialmente las de habla vernácula, por no conocer la legislación y por no tener fácil acceso a la justicia.

Cuando no hay problemas, la familia es el lugar ideal donde se encuentran diversas generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social.

La familia es una sociedad natural y universal, es además una unidad jurídica, social y económica, pero sobre todo es una comunidad de amor y solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad.

La familia y la sociedad, vinculadas mutuamente por lazos vitales y orgánicos, tienen una función complementaria en la defensa y promoción del bien de la humanidad y de cada persona.

La Constitución Política Peruana de 1993 en su art. 4 preceptúa que «La Comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio».

El art. 6 defiende y promueve la Paternidad y Maternidad Responsable.

Asimismo reconoce los derechos de la unión estable, sin matrimonio formal. Para algunos juristas es la forma de reconocer en términos genéricos las diferentes formas de uniones que se dan en las poblaciones que conservan las antiguas culturas, algunas de las cuales permanecen aisladas y no han sido suficientemente estudiadas, como los casos de las familias aguarunas y jíbaras.

Nótese que la anterior Constitución Peruana de 1979 al mencionar varias formas de matrimonio, utilizaba como sinónimos: «unión estable» y «hogar de hecho».

III.- MATRIMONIO

Institución muy importante del Derecho y de la familia, se encuentra en todas las culturas y civilizaciones como base de la familia y como garantía de la perpetuidad de la especie.

Las Partidas decían que era «la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte».

Modestino definió el matrimonio romano, basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas, como *conjunctio maris et feminae*, *consortium omnis vitae*, *divine atque humani juris communicatio* (unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del Derecho Humano y del divino).

Entre los musulmanes el matrimonio no es monogámico. Al final del siglo casi todas las legislaciones civiles disponen que matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. La conciencia del mundo se expresa a favor de la monogamia. La Convención ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer en su art. 16 inc.1 a) dice: «Los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio.
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento».

No obstante ello, muchas tradiciones y costumbres influyen en las naciones ismaelitas. Las mujeres de las poblaciones musulmanas continúan con sus velos sobre la cara y aplicando normas originadas en el Corán, su Libro Sagrado, que permite a los hombres casarse hasta con cuatro mujeres a la vez. Aún cuando las jóvenes generaciones están cambiando esas antiguas costumbres, no entienden a plenitud el concepto de **igualdad** de derechos y responsabilidades. Los juristas islámicos prefieren el concepto de **equidad**.

En puridad, la palabra «matrimonio» es una voz latina, derivada de *matrimonium*, y ésta de *matri* (por *matris*), genitivo de *mater*, madre, y de *manus*, cargo u oficio de madre. Se afirma que se prefirió este nombre y no el de *patrimonio* (vinculado al aspecto económico de la vida familiar) por cuanto era la mujer la que determinaba el vínculo del parentesco, por la certidumbre de la filiación, en las primitivas épocas de promiscuidad sexual; y, más adelante, por entenderse que para la mujer son las mayores obligaciones del matrimonio, por los hijos y el hogar.

Del matrimonio dijo Planiol: «es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad».

Siendo la mayoría de peruanos católicos, que contraen matrimonio civil y religioso, conviene recordar los cánones de la Iglesia sobre la definición de matrimonio.

El Código de Derecho Canónico, de 1983, en su canon 1055 dice: «La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento».

Canon 1056: «Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento».

En algunos países se celebra un sólo matrimonio, según la religión de las personas, y tiene efectos civiles.

Gran Bretaña, Estados Unidos, reconocen efectos civiles a todo matrimonio. La constitución de la república Federativa de Brasil, sancionada el 5 de octubre de 1988, en su art. 226 inc. 2 dice: «El casamiento religioso tiene efectos civiles, en los términos de la ley».

La historia del matrimonio, en algunas naciones estuvo ligada a las clases sociales, por eso en España, durante la Edad Media se admitía la «barraganía» o concubinato, cuando la mujer no podía ofrecer dote suficiente.

Se menciona también los «matrimonios morganáticos» que eran llamados de la mano izquierda, porque durante la ceremonia el noble o príncipe daba la mano izquierda y no la derecha a su consorte, por tratarse de persona sin título nobiliario.

También hubo matrimonios clandestinos, desde el siglo IX, especialmente en pueblos anglo sajones, donde la pareja celebraba la ceremonia sin asistencia del párroco. Tenía validez, si después se podía probar y se consideraba a los hijos legítimos. El Concilio de Trento, en el siglo XVI prohibió los matrimonios clandestinos y secretos, que continuaron celebrándose en territorios protestantes, no sometidos a la autoridad pontificia.

Hubo, asimismo, matrimonios en la puerta de la Iglesia, cuando los padres entregaban a sus hijas a la otra familia, después los contrayentes, ya casados, entraban para la Misa nupcial a la Iglesia. Hoy sólo se celebran en la Sacristía si se trata de matrimonio entre católico y no católico, aun cuando las bodas con cristianos de otras confesiones no presentan ninguna preocupación, por el actual acercamiento. Solo debe prometerse educar a la prole en la religión católica. E igual deber subsiste si el otro cónyuge fuere no cristiano.

Es importante señalar también que la «dote» que mencionaba el anterior Código Civil de 1936, es un rezago refinado del antiquísimo matrimonio por compra, que subsiste en poblaciones rurales de Africa y Asia. Antes el hombre compraba a la novia. Hoy la familia de la novia es la que da el dinero o los objetos de valor, como vacas o automóviles, en dichas regiones.

Para tener una idea más clara de la institución matrimonial recogemos de la Suma Teológica cuatro acepciones de Santo Tomás:

1. Matrimonio es Matrem muniens, defensa de la madre.
2. Matrem monens, porque previene a la madre que no se aparte del marido.
3. Matre nato, por cuanto la mujer se hace madre del nacido.
4. De motos y materia, porque al ser dos en carne una, forman los cónyuges o matrimonio, una sola materia.

Nuestro Código Civil de 1984 en sus artículos 234 y siguientes regula sobre la materia.

Dice el art. 234: «El matrimonio es 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.

El marido y la mujer tienen en el hogar, autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales».

La sección primera del Libro III regula las disposiciones generales en sus numerales 233 al 238.

Se refiere a los deberes de los padres. La última parte del art. 235 señala que «Todos los hijos tienen iguales derechos».

Los arts. 236 y 237 regulan las clases de parentesco sanguíneo y por afinidad, como resultado del matrimonio. Y el art. 238 reconoce la adopción como fuente de parentesco.

El Libro III en su Título III Régimen Patrimonial, Capítulo II Sociedad de Gananciales, tiene un artículo novedoso, el N° 326 que reconoce derechos patrimoniales a las uniones de hecho voluntariamente establecidas y que hubieran durado por lo menos dos años continuos.

Este numeral suscitó un importante debate en 1987, a los tres años después de promulgado el Código en razón de haberse presentado en la Cámara de Diputados un proyecto para probar la existencia de dicha unión.

Veamos el texto literal del art. 326: «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, 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.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a la elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido».

El numeral precedente fue comentado por el maestro Héctor Cornejo Chávez en su libro: «Derecho Familiar Peruano», Tomo I Edición de 1985, pág. 80 de la siguiente forma: «En cuanto a la prueba del concubinato, parece evidente que cuando los mismos interesados están de acuerdo en el hecho de su unión, no debería obligárseles a litigar para demostrarlo, al menos para las relaciones entre ellos. La fórmula adoptada por el nuevo Código, aunque de alguna manera es posible que ya haya tenido inmente los intereses de terceros, resulta obligando a los concubinos en todo caso para todos los efectos a probar dentro de juicio su condición de tales».

El ilustre maestro repite definiciones de juristas como Cabanellas, que a las uniones de hecho las señalan igual que al concubinato, no siendo todos los concubinatos formados por personas libre de impedimento para contraer matrimonio, especialmente si consideramos el concepto romano de concubina o de otras legislaciones, como las musulmanas, en las que El Corán permite matrimonio de un varón con cuatro mujeres y además la presencia de concubinas, que no son casadas.

De los textos constitucionales y civiles pareciera que el legislador tuvo in mente proteger la unión de hecho sin impedimento para contraer matrimonio. Y lo dice expresamente el pre citado art. 326. En tal virtud, no sería conveniente mantener la palabra «concubinato» en los comentarios, ni en los textos legales, como el art. 402 inc. 3 referido a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, porque en este caso puede darse el hecho que fueron progenitores quienes estuvieron impedidos de contraer matrimonio entre sí o también quienes no estuvieron impedidos de hacerlo; y los adjetivos deben ser genéricos para ambos casos, no excluyentes.

Además, debe tenerse presente que el vocablo «concubinato» es despectivo, da a entender que los protagonistas son personas que no se estiman o que, por lo menos no conocen sus derechos.

La historia de las instituciones jurídicas no ha recibido en la mejor forma ese calificativo de los que conviven sin contraer matrimonio y siendo tan rico el idioma castellano más técnico es decir «uniones de hecho», «hogar de hecho» o «unión estable» como lo señala sabiamente la Constitución Política.

En el fondo del comentario el profesor Cornejo se refiere a la prueba «dentro del juicio» de la unión estable, protegiendo los intereses, aun cuando la norma no distingue y exige dicha prueba ante el juez, en todos los casos.

Es necesario clarificar que muchas parejas peruanas son constituidas como uniones de hecho, porque no han llegado al Municipio. Y, entre las formas de vida marital debe mencionarse las uniones ancestrales como el «servinacuy».

Es una forma de matrimonio de prueba que da lugar a matrimonios que observan fidelidad, y que, pasado el plazo que señala la comunidad o los padres de los futuros contrayentes, constituyen matrimonios estables y muy unidos.

Según las regiones se denomina «servinacuy» o «chachawarmi» a dichas uniones. También incluye si han consentido o no los padres y entonces es «huaywanacuy». También se da el «warmichacuy». Son diversas instituciones pre hispánicas que se conservan en las poblaciones andinas, aun cuando la influencia moderna ha llegado a muchas comarcas y hoy los padres más instruidos prefieren que sus hijos se casen por civil y por lo eclesiástico antes de iniciar la vida común.

De todos modos, las parejas, con costumbres ancestrales, cumplen fines similares a las del matrimonio y en puridad, están consideradas en los alcances del art. 326 del Código Civil, porque tienen la posesión constante del estado de casados.

Vale decir, que el Derecho natural tiene vigencia entre dichos peruanos, de ahí que se debe rechazar con el uso de la palabra concubinato y subrayar que el Código dice unión de hecho, es decir, convivencia.

El texto legal en las normas concordantes, debe decir «unión de hecho» como preceptúa la Constitución Peruana y lo consagra también el Código de Familia Boliviano en su art. 158, que incluso señala impedimentos a la referida unión de hecho, similares a las que contienen para el matrimonio los art. 44 al 50 del Código de Familia Boliviano. Y este mismo cuerpo de leyes del país vecino en su art. 160 considera unión de hecho, es decir, matrimonio, a las uniones pre-matrimoniales nativas como el «tantanacu» o el «sirvinacu».

Y algo importante es que el cuerpo de leyes mencionado en su art. 172 equipara las «uniones irregulares» a los matrimonios nulos y anulables, cuyos efectos menciona al art. 92, dejando a salvo los derechos de los hijos.

IV.- EL FUTURO DE LA FAMILIA

Como expresamos, el Derecho de Familia tiene profundas raíces sociales. Busca regular el bienestar de la célula básica de la sociedad. Y, como expresamos los profesores del curso, reunidos en la Universidad Interamericana de Puerto Rico⁶ hay cambios, como los casos de la familias ensambladas y las familias migrantes.

El primero de los casos se da cuando padres viudos o divorciados vuelven a contraer matrimonio y **sus hijos adolescentes se resisten a incorporarse a esos nuevos hogares**. Surgen nuevos problemas psicosociales, indudablemente.

¿Cuántos hogares re-hechos no armonizan? Pareciera que no se ha pensado en **los derechos de los hijos**, pese a la riqueza del principio universal que reconoce el **interés superior del menor**.

En ese marco social, y situados en el Perú, donde el Instituto Nacional de Estadística e Informática ha publicado que el 15.5% de los padres de 15 a 39 años de edad, son convivientes, es decir, que si estudiáramos a los mayores aumentaría dicho porcentaje. ¿Es justo pensar en favorecer los divorcios?⁷ ¿No sería mas urgente estudiar como fortalecer la Institución Familiar?.

Existen programas de matrimonios masivos, se puede responder, pero no se ha dado un sitio a los incipientes proyectos de las **Escuelas de Padres**.

No se prepara a los pretendientes para contraer matrimonio civil, para que asuman a cabalidad sus deberes con el otro cónyuge y con sus propios hijos.

En las familias existe conflicto de intereses y no nos detenemos a pensar en el derecho de los niños, salvo los que dictamos el curso de Derecho de Menores. El Código de los Niños y Adolescentes destaca derechos fundamentales, emanados de la Constitución y que superan algunas normas confusas, entre ellas, artículos del Código Civil (21, 43 Inc.1, 396) y otros, que deben ser modificados en aras de la primacía constitucional⁸. Dichos numerales impiden a

⁶ Segundo Congreso Internacional de Ciencias Sociales, Río Piedras Puerto Rico, Setiembre de 1999.

⁷ A propósito de un Proyecto de enmienda en debate.

⁸ Encontrándose en prensa la Revista, la Comisión de la Mujer ha aprobado la enmienda del art. 43 inc. 1 para facilitar a los menores de 14 a 16 años, reconocer a sus hijos.

muchos peruanos contar con el nombre adecuado, y a los padres de familia adolescentes, contraer matrimonio, debido a la edad.

Además, se encuentra en pleno debate la propuesta de, adicionar una causal denominada «abandono de hecho» para facilitar el divorcio, aclaremos que el Juez es el que califica dicho abandono según nuestro sistema jurídico, y en puridad como garantía de la comunidad familiar.

Reconozcamos que no vivimos en Francia, donde las familias no necesitan un juicio de alimentos cuando son desatendidas, acuden al Seguro Social, entidad que los atiende y que a su vez demanda al obligado, con la garantía que allí todos los ciudadanos tienen sueldo o pensión, ya que su Constitución declara que Francia es una sociedad de trabajadores.

En el Perú hay numerosos hogares sin padres y tenemos que advertir que muchos connacionales nuestros niegan a los hijos de su propia sangre. Sabemos también que las pruebas del ADN, para demostrar la filiación, son costosas y gran parte de la población no tiene acceso a dicha prueba biológica, pese a la disposición de la Ley N° 27048 sobre asistencia a quienes tienen menores recursos.

Facilitar el divorcio significaría agudizar la crisis familiar, favorecer al cónyuge que abandona a su hogar y promover matrimonios irreflexivos, con esa expectativa facilista.

También sufriría el sistema legal formal porque **no habría prueba fehaciente de la fecha cierta del abandono**. Además, viviríamos en una situación de retroceso en cuanto a la civilización, porque no se respetaría la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el matrimonio y en la disolución del mismo, equiparando la nueva causal al viejo repudio de las legislaciones religiosas judía e islámica⁹.

Nuestra legislación tiene diez causales de separación y divorcio (art. 333 del Código Civil) y una opción para la demanda consensual o convencional.

Es verdad que el Código tiene puntos débiles, el Defensor del Pueblo demandó la inconstitucionalidad del art. 337 del Código Civil sobre separación y divorcio porque calificó de discriminadora la facultad del juez de calificar la

⁹ Intervención de la autora en la Comisión de Justicia del Congreso de la República, el 6 de Octubre de 1999, en representación de la Facultad de Derecho UNMSM.

educación y costumbres de los cónyuges. El Tribunal Constitucional admitió en parte dicha demanda y el art. 337 queda en vigor sólo para injuria grave, no para maltratos ni conducta deshonrosa¹⁰.

En igual forma que el Señor Defensor del Pueblo, se debe seguir estudiando el articulado del Código Civil, para analizar debidamente cada causal, y estudiar por qué las demandas devienen improcedentes o infundadas.

No es simple agregar causales en base a dificultades en los resultados de la carga procesal. Máxime, si el Código Civil tiene tres libros dedicados a las personas, integrantes de las familias y los menores tienen otro Código, el de los Niños y Adolescentes.

En tal virtud, están pendientes los estudios de la sistemática y de un probable Código de Familia, sin perjuicio de advertir que la propuesta de «abandono de hecho» contraviene preceptos constitucionales que consagran la igualdad de las partes, base de la justicia.

V.- CONCLUSION

En suma, apoyar la propuesta referida, significaría contravenir la igualdad de derechos de hombres y mujeres consagrada en la Constitución y en los Tratados Internacionales, que son ley de la República, como la Convención para eliminar todas las formas de discriminación a la mujer, ratificada por el Perú en 1982.

A mi modesto juicio, mas importante que dar curso a la propuesta mencionada sería estudiar las causales de separación y divorcio, analizar el articulado de los Libros de Personas, Familia y Sucesiones del Código Civil y preparar un Código del Tercer Milenio, que responda a las aspiraciones de justicia de nuestra sociedad.

Lima, 17 de Agosto de 1999.

Nota: Estando en prensa la Revista, se promulgó la Ley N° 27201 del 14 de Noviembre de 1999, que modifica los Artículos 46, 241 inc. 1, 389 y 393, facilitando las inscripciones de recién nacidos. No obstante subsisten los problemas derivados de los Artículos 21 y 396 del C.C. y del Reglamento de RENIEC.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de Mayo de 1997.