

# *El Derecho de Familia en el Tercer Milenio*

**David Percy Quispe Salsavilca**

*Magíster en Derecho Civil y Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

## **I. Generalidades.**

La rama del Derecho Civil que ha sufrido mayores transformaciones a fines del segundo milenio ha sido el Derecho de Familia. El matrimonio, institución central del derecho de familia, cuya calidad de natural y fundamental de la sociedad se consagró con una lógica precisa, con una técnica jurídica acabada, es curiosamente la que más transformaciones ha tenido. En el imaginario ideológico occidental, se ha apreciado tradicionalmente esta técnica como el desarrollo de la verdad revelada, la calidad de institución natural, de utilidad social o la culminación de un proceso lineal evolutivo de la historia que iba de la poligamia a la monogamia y de la monogamia a la monogamia perpetua. La aproximación acerca del alcance y sentido de esta transformación sólo puede apreciarse si se comprende las características de aquél derecho familiar clásico y se le compara con los lineamientos y el perfil de las transformaciones del derecho de familia acaecidos al finalizar el segundo milenio en cuyo ámbito la recepción y desarrollo de los derechos humanos han terminado por configurar un derecho de familia con una axiología sustantiva distinta dentro de una circunstancia novedosa particularísima y de creciente transformación en la que se plantean situaciones de hecho a ser reguladas factibles sólo en la actual circunstancia debido entre otras cosas al incesante avance tecnológico especialmente en el ámbito de la genética.

## **II. El Derecho Familiar Clásico.**

### **1. Concepto de Derecho Familiar Clásico.**

Denominamos derecho familiar clásico al paradigma conceptual construido a partir del conjunto de normas, conceptos e instituciones, sistemáticamente organizados que en la conjunción de la técnica romanista con la ética cristiana mantuvieron, no sin variantes y matices, vigencia histórica en la doctrina y en la normativa de los países de la tradición jurídica occidental re-

gulando las relaciones familiares durante cerca de mil años. La construcción del derecho familiar clásico se remonta al siglo XII cuando la Iglesia consagró la noción sacramental del matrimonio, con ciertas variantes que pasa por el matrimonio protestante de los países anglosajones y el derecho familiar secular de los autores clásicos como Planiol y Ripert, Josserand, Enneccerus, entre otros.

### **2. Características del Derecho Familiar Clásico.**

En el derecho familiar clásico encontramos las siguientes características:

#### **a) El Matrimonio es la institución central del Derecho de Familia.**

El matrimonio y no cualquier unión de pareja es la institución central, y para el derecho familiar clásico -así como para todo derecho familiar monogámico- sólo podía configurar matrimonio la unión: monogámica heterosexual; solemne, ritual o pública; con vida en común y actuación sexual compartida de sus miembros; y con finalidad reproductora.

En los orígenes del derecho familiar clásico, la concepción cristiana del matrimonio perfiló la noción sacramental juridificada como parte de una utopía en donde la relación de pareja era entendida como signo de la unión indisoluble del amor de Dios en la persona de Jesucristo, a la humanidad, posteriormente esta visión sacramental no fue compartida por la variante clásica protestante ni por la secular. Un aspecto común se advierte sin embargo, en todas ellas el matrimonio es la institución central cuya calidad de tal se manifiesta en tres extremos:

- i) El matrimonio tiene el monopolio de la reproducción legítima,

- ii) La unión matrimonial es la única con efectos legales, y
- iii) La noción de matrimonio goza de un aspecto transversal fuente de diversos conceptos en el ámbito del derecho de familia.
- i. El matrimonio tiene el monopolio de la reproducción legítima. Es decir sólo del matrimonio proceden los hijos "legítimos". En consecuencia, toda relación filial está marcada por el sesgo de su origen: el hijo o proviene de una unión matrimonial o extramatrimonial. La ley reconoce efectos al primero y al segundo los niega o les reconoce -en sus versiones menos ortodoxas- sólo limitadamente ciertos derechos disminuídos.
- ii. La unión matrimonial es la única con efectos legales. Toda unión de pareja diversa a la matrimonial no goza de efecto legal alguno, o en las variantes menos ortodoxas produce efectos legales muy limitados estableciéndose en el mejor de los casos una enorme distancia entre el matrimonio y el concubinato.
- iii. La noción de matrimonio goza de un aspecto transversal fuente de diversos conceptos en el ámbito del derecho de familia. De esta manera, diversos conceptos del derecho de familia han tenido la carga, el sentido en su construcción, de fortalecer la institución matrimonial. Es decir, por el aspecto transversal de la noción de matrimonio, esta ha servido para fundamentar entre otras cosas una serie de discriminaciones como la de hijos legítimos e ilegítimos, como la de varón y mujer al interior del matrimonio; ú operar como justificante de su distanciamiento con los efectos de la convivencia; así con el plurimodelo de primacía del divorcio-sanción; y con la regulación de la sociedad de gananciales como régimen patrimonial preminente pese a sus fuertes tensiones con la seguridad del tráfico.
- b) **En la Familia rige el principio de Jerarquía en la relación de sus miembros.**

La cabeza de la familia es el marido de ello se desprende de la institución de "potestad marital" con lo cual se establece una multiplicidad de privilegios del varón frente a la mujer: el marido es administrador de los bienes de la sociedad conyugal, hay necesidad de la mujer de presentarse en juicio por representación del marido, o requerir para su trabajo extrahogar el consentimiento marital o reconocer la facultad de oposición de aquél que fija además el domicilio conyugal, etc. A todo ello,

habría que agregar que indirectamente la jerarquía del marido se veía robustecida por la privacidad del hogar como justificador del silencio de la institucionalidad alrededor del tema de la violencia doméstica cuando no justificador abierto de la violencia como en el caso de la despenalización de la violación dentro del matrimonio.

c) **El Derecho de Familia es garantía de valores morales objetivos.**

Ciertamente la libertad es en la noción clásica un aspecto fundamental en el momento de la celebración del matrimonio, pero una vez celebrado el matrimonio configura un estado, una situación jurídica de los cónyuges sujeta a normas imperativas de fuerte limitación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. El estado matrimonial se estructura en relación a valores objetivos tendientes a fortalecer la institucionalidad familiar y matrimonial. De esta manera, no sólo la disolución del matrimonio será de difícil o imposible producción jurídica para cualquiera de los cónyuges sino que para la mujer si bien al igual que el varón es libre de elegir a su pareja, una vez casada su espacio jurídico de autonomía privada se ve sustantivamente reducida al deberle obediencia al marido a efectos de consolidar la institución matrimonial. Por consiguiente, el valor moral objetivo de fortalecer al matrimonio es garantizado constriñendo el derecho subjetivo: la libertad de la mujer por la potestad marital y la libertad de ambos cónyuges por el principio de indisolubilidad o tendencia a la perpetuidad del matrimonio .

III. **Posiciones encendidas sobre las transformaciones del Derecho de Familia a fines del segundo milenio.**

Difícilmente se puede encontrar otra institución que haya despertado valoraciones tan diversas y opuestas, que durante los dos últimos siglos haya inspirado de un lado entusiasmo, esperanza y del otro recelo, temor y hasta repugnancia sobre su futuro. Ahí, los seguidores socialistas de Saint Simon y Carlos Marx, los Kibutz israelíes, la familia soviética de la época bolchevique creyentes en la evolución lineal de la historia, advirtieron en el proceso de transformación social un cambio positivo y sustantivo en las relaciones familiares tendientes a la realización efectiva de los valores humanos de igualdad, libertad y vida afectiva en mayor plenitud; por el contrario George Orwell y Aldous Huxley temerosos de la supresión de la familia futurista retrataron la probable privación de todo sentimiento profundo, la sensibilidad reducida a una individualidad atomizada en vinculación con un estado totalitario; Olimpia de Gouges, Clara Zetkin, Simon de Beauvoir, Margrit Eichler, Alda Facio, desde un feminismo libertario, han criticado el

modelo patriarcal y han diseñado propuestas aspirantes a una igualdad efectiva de oportunidades atacando directa o indirectamente la estabilidad del matrimonio; mientras que en el extremo tradicional las voces de los juristas clásicos, como Portalis, Planiol y Ripert, Josserand, Kipp-Wolf y las oficiales de la Iglesia Católica han defendido la estabilidad de la familia y el matrimonio, incluso en su momento, abiertamente a costa de los derechos de libertad e igualdad de varón y mujer.

En el encendido actual debate encontramos autores con fuerte carga Cristiana, humanistas de diferente estilo, liberales defensores de la economía de mercado, seguidoras del discurso de género, etc. representantes de doctrinas que no se identifican y manifiestan una colisión dramática en la institución matrimonial y del derecho de familia<sup>1</sup>.

#### IV. La circunstancia condicionante de las transformaciones.

##### 1. Denominación de la circunstancia.

Particularmente la circunstancia actual denominada "tercera revolución industrial" (tecnología informática, genética y nuclear), "postindustrial", "postmoderna" o "sociedad de consumo" configura el escenario profundamente erosivo de la familia y, por ende, del matrimonio. Con la denominación postmoderna se alude a una continuidad con la modernidad, en tanto permanencia de predominio de la razón y de una actitud científica frente a la naturaleza así como una discontinuidad con esta tradición en tanto se acompaña a ello la duda de los beneficios de la razón y de la ciencia por el cuestionamiento ecológico así como un escepticismo frente a la evolución lineal histórica.

##### 2. La pérdida de las funciones familiares.

En cierta medida la crisis de la familia postmoderna, es concebida como resultado de la pérdida de las funciones familiares, vinculado al proceso de extrema interdependencia de las relaciones sociales, en el marco de globalización e innovación tecnológica incesante con presencia de creciente innovación tecnológica genética, informática y de comunicaciones (tercera revolución industrial).

La familia padece un recorte consentido o silencioso en sus funciones más fundamentales; como en la

procreación con la reproducción asistida; en la crianza y educación con las guarderías, centros educativos, medios de comunicación; en su carácter ya menguado de unidad de consumo, por el despertar temprano de los niños como sujetos económicos; en su función emotiva por un contexto ideológico de primacía del proyecto personal individual.

#### 3. Aspectos nuevos a regularse por innovación tecnológica.

La circunstancia actual en materia de familia se configura en el contexto tecnológico con la revolución genética manifestada en la factibilidad de reproducción asistida por laboratorio en sus diferentes modalidades (incluido el clon), la factibilidad de la explotación del pre-embrión como "productor de tejidos salvadores de vida" en el tratamiento de enfermedades, el reconocimiento de la huella genética (prueba del ADN, capaz de descubrir el vínculo biológico, producto del tradicional e ignorado secreto de las relaciones sexuales. Se presentan con esta tecnología supuestos de conducta inimaginados en épocas pretéritas.

La reproducción asistida introduce la intervención de terceros (Donante y Laboratorio) ajenos a los "procreadores voluntarios" en el momento de la reproducción, plantea así al legislador u operador del derecho, el tema de la responsabilidad de cada uno de ellos frente a los hijos resulten estos sanos o enfermos, el carácter anónimo del donante a fin de asegurarse la posesión del material reproductor versus el derecho del menor proyectado a conocer su identidad, la regulación de los Bancos de Esperma en el tema de la responsabilidad de transmisión de enfermedades, así como la situación y finalidad de los pre-embriones residuales en el proceso de reproducción asistida (desarrollo del huevo cigoto o mórula versus Conservación, eliminación y experimentación). Situaciones fácticas posibles de presentarse, que obligan al legislador simultáneamente a definir los sujetos a los cuales ha de permitírseles el acceso a la reproducción asistida lo que puede comprender a la pareja matrimonial, a una unión de hecho, a una unión homosexual, a una mujer sola, o con pareja fallecida (inseminación post mortem). De esta manera los valores del derecho de familia ya en crisis transmutados sin hallar aún su equilibrio y punto de consensuada ponderación son repensados polivalentemente ante esta nueva circunstancia.

(1) Donde el cristianismo ha recibido una no sólo no identificación con el humanismo contemporáneo, sino incluso una oposición diametral con él, es en la moral sexual y en el sentido de la reproducción.

**V. Bases axiológicas de un nuevo derecho de familia a inicios del tercer milenio.**

Aún cuando en general exista deficiente reflexión Filosófica jurídica sobre la crisis de las instituciones familiares tradicionales, es factible esbozar sólo a grandes rasgos y a manera de hipótesis las bases axiológicas subyacentes a los cambios normativos y de comportamientos en torno a las familias que viven la circunstancia de la postmodernidad.

**1. El Humanismo.**

A un nivel de discurso ético filosófico, el mundo occidental actual centra su eje alrededor del hombre mismo. En el ámbito político jurídico, los derechos humanos se han convertido en el pilar fundamental alrededor del cual se legitima y sustenta toda imposición de deberes y atribución de derechos. Es esta la ideología del consenso después de la derrota del nacionalsocialismo en la segunda guerra mundial; pero el humanismo convertido en norma positiva ingresa, se desarrolla en el ámbito de los derechos internos públicos y privados de los Estados; diez, veinte, treinta, cuarenta años después derogando en el ámbito de derecho de familia las nociones institucionales rígidas que limitaban apriorísticamente el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el debate alrededor de las transformaciones jurídicas de la institución familiar y matrimonial se ha centrado en el aspecto erosivo de las nociones clásicas, pero no se ha vinculado este aspecto erosivo con una perspectiva de conjunto articulada en relación a los valores humanistas. Es más la crítica de amoralidad de la vertiente tradicional no es exacta si consideramos que la noción moral no sólo no es que no exista, existe pero en nuevo hipocentro trasladado de la institución a la persona, el Estado deja de intervenir en la relaciones familiares para proteger al matrimonio pero interviene crecientemente en el tema de la violencia doméstica y el interés del niño; el esquema humanista ignora o relega de la tradicional primacía al divorcio-sanción, pero a diferencia del esquema moral sanciona toda violencia al interior del matrimonio penalizando la violación, situación en el que el esquema moral no era reprochado ni jurídica ni moralmente.

**2. La Libertad como esencia de lo humano.**

En la filosofía humanista, la conjunción de lo volitivo y cognitivo del ser (libertad) es lo específicamente humano que lo distingue de los otros seres vivos de la naturaleza. Esta noción guarda correspondencia con la subjetividad del agente económico de la economía de mercado donde la libertad supone capacidad de elección que significa razón y voluntad, razón para evaluar las alternativas y voluntad para escoger la

alternativa más beneficiosa y menos costosa. De esta noción de libertad filosófica y económica, se desprende la noción de capacidad e incapacidad de obrar en el ámbito del derecho. De esta manera, la esencia humana es abierta, la existencia precede a la esencia en palabras de Sartre, la vida es una pasión inútil no hay sentido que lo trascienda objetivamente.

**3. Recepción y desarrollo del Derecho Humano a la Libertad en el ámbito del Derecho de Familia.**

La recepción y desarrollo del derecho a la libertad individual en el ámbito del derecho de familia empieza por reformular la noción de familia transformándola de institución a espacio de encuentro de la libertad de sus miembros, las limitaciones impuestas por el derecho como la obligaciones y responsabilidades nacidas por el matrimonio, la unión de pareja y la relación filial biológica encuentran su fundamentación en la presencia de otra persona con su esfera propia de derecho subjetivo. De esta manera, no hay valores objetivos trascendentes al sujeto en el matrimonio ni en ninguna institución familiar. Consecuencia de ello es la puesta en debate del carácter heterosexual del matrimonio ("opción sexual"), la pérdida de la noción indisoluble o tendiente a la perpetuidad ("derecho a un proyecto de vida"), la percepción del concubinato como una opción, el establecimiento de una igualdad formal de varón y mujer y la aspiración a la igualdad real de oportunidades entre los cónyuges, la factibilidad de los métodos de reproducción asistida ("derechos reproductivos"), la conciliación en materia de familia, e incluso el conflicto libertad de expresión versus patria potestad.

Ha de tenerse presente que mientras el desarrollo de la libertad como derecho a la igualdad formal y aspiración a la igualdad efectiva de oportunidades entre los cónyuges (esta comprende la protección a la víctima de los actos de violencia familiar) es una axiología de consenso no sucede lo mismo con las otras materias desde que allí el Derecho de Familia tendrá que responder a las siguientes opciones: el reconocimiento de la unión homosexual, la inseminación post-mortem, la diferenciación del concubinato con el matrimonio, la compatibilidad de la sociedad de gananciales con un régimen de seguridad del tráfico.

**4. Ponderación del Derecho de Libertad en el marco del Derecho de Familia Humanista.**

Ciertamente es ella la base filosófica de los humanismos contemporáneos pero tal determinación no agota lo esencial humano. La humanidad vista como proceso del fenómeno vida donde aparece la situación de la libertad, desborda el momento en que el ser toma

conciencia de sí mismo. Lo humano, como proceso, comprende así no sólo la situación de libertad sino también la vida humana sin conciencia ni voluntad. Pese a este importante matiz hay que resaltar que el lenguaje de la filosofía humanista tiende acaso a considerar menos humano al recién nacido o al anciano con arterioesclerosis, y obviamente menos si consideramos a los locos, esquizofrénicos, los concebidos de tres meses y menos aún los concebidos "mórula" de 15 días, "huevos cigotos" de dos días o de una hora que todavía no anidan en el útero materno. En otras palabras, cuando la libertad aún no es perceptible por tratarse de seres humanos sin o con escasa capacidad para manifestarse. Y en todos estos supuestos, el ser no se encuentra en el mismo nivel de manifestación de psiquis, porque entre el recién nacido que llora y sin hablar manifiesta su actividad psicológica de dolor y sufrimiento frente a la mórula o huevo cigoto imperceptible incluso con los modernos medios tecnológicos se encuentra el feto que permanece en el vientre de la madre y no puede ser visualizado sino de una manera indirecta a través de la ecografía y cuando más pequeño de forma, menos perceptible.

Desde esta manera, el reconocimiento de la calidad de lo humano sin presencia volitiva ni cognitiva aparece en derecho con la figura de los incapaces y con el reconocimiento recepción y desarrollo en el ámbito del derecho de familia de los derechos de identidad del menor, derecho a la vida, interés superior del niño. La colisión y armonía de estos derechos fundamentales con el derecho a la libertad en sus diferentes modalidades (derecho a un proyecto de vida, derechos reproductivos, opción sexual). Dibujan el nuevo escenario de debate donde la polémica gira cada vez más en torno a un lenguaje conceptual y legitimador de valores humanistas y menos institucionales, en el mejor de los casos la institución matrimonial es promovida ya no por ser institución como fin, sino como medio que sirve al Interés superior del niño o es útil al proyecto individual al permitir predecir y desarrollar situaciones estables de vida común afectiva. De esta manera, estos otros derechos humanos han tenido también una recepción y desarrollo en el ámbito del derecho de familia que en el contexto de la factibilidad de la reproducción asistida limitan o colocan en debate las manifestaciones de los derechos reproductivos en temas como: la reproducción asistida del clon, de una pareja homosexual, mujer sola, inseminación post-mortem, destino de los huevos cigotos residuales, etc.

##### **5. El Derecho a la Libertad como límite al Derecho a Decidir.**

Las decisiones trascendentales con efecto no sólo en el momento de negociar sino en una sucesión de mo-

mentos que se proyectan en el futuro produce situaciones irreversibles. Así, como la decisión de casarse en el contexto clásico producía la situación jurídica irreversible de la indisolubilidad, la decisión del aborto produce la situación fáctica irreversible de evitar el nacimiento de un hijo. Precisamente, la maduración y el desarrollo del concepto de libertad terminó por desalojar la idea de la indisolubilidad del lazo matrimonial. La libertad se convierte así en una manera de limitar el derecho a decidir en los asuntos que tienen efectos prolongados.

Desde esta perspectiva, el concepto de libertad en el tema del aborto no debe agotarse con un sencillo "esa es su decisión". Ciertamente la situación es distinta que el caso de la indisolubilidad que era una situación jurídica irreversible que se convirtió en reversible únicamente por un cambio de regulación en el ordenamiento jurídico, en el tema del aborto estamos ante una situación fácticamente irreversible que una vez operada la decisión no hay vuelta de retorno por revocatoria o resolución del acto jurídico o derogatoria de norma jurídica. De acuerdo a experiencia, la decisión del aborto podría generar un "trauma post-aborto" consistente en el sentimiento de culpa producido por la extinción del hijo concebido y no nacido, el recuerdo de la fecha probable de su nacimiento, la imaginación de su presencia y edad que hipotéticamente tendría si no se hubiera impedido su nacimiento, sensación que se extiende en la medida que el sentimiento de soledad propia de la edad madura y avanzada de las sociedades contemporáneas se desenvuelve. Desde esta perspectiva, y dado que en un cultura de libertad el derecho a decidir ha de ir acompañado del derecho a la información bien se podría sostener la necesidad de la información para decidir el derecho de aborto, así como el requerimiento de una formalidad mayor para expresar tal decisión.

En resumen, en el debate del aborto la polémica se traslada cada vez más de fundamentos institucionalistas y de valores objetivos tendientes a su prohibición y penalización a una ética humanista donde los valores de vida, libertad, derecho a decidir entran en un juego dialéctico. El tema aún no está resuelto y se advierte que pese a la creciente despenalización en los derechos de tradición occidental el debate no concluye con la legalización del aborto.

#### **VI. Revolución normativa gradual en el ámbito del Derecho Familiar Peruano.**

##### **1. Enumeración de los actos graduales de introducción del Nuevo Régimen de Derecho Familiar Peruano.**

El ordenamiento jurídico familiar peruano ha tenido recientes transformaciones sustantivas que suma-

das acumulativamente dibujan un nuevo régimen de derecho familiar. No se trata de una sola fisura del derecho que inaugure por así decirlo un nuevo régimen familiar en un solo acto normativo de producción jurídica al estilo de una "revolución" sino de un proceso gradual de reformas parciales sustantivas acaecidas visiblemente en el último cuarto de siglo. La Constitución de 1979 introdujo el reconocimiento del concubinato en el texto constitucional, estableció la igualdad de varón y mujer y de las filiaciones, el Código Civil de 1984 derogó expresamente normas discriminantes produciendo en el ámbito patrimonial vaguedad o ambigüedad en el tratamiento de los bienes comunes, la ley 26102 Código de los Niños y Adolescentes introdujo el valor del "interés superior del niño", la ley 26260 reguló la protección frente a la violencia familiar, la ley 26872 de 1997 introdujo la conciliación en materia de familia la ley 27007 del 03.12.98 facultó a las Defensorías del Niño y Adolescente a realizar Conciliaciones Extrajudiciales. La ley 27048 introdujo la prueba del ADN en la determinación de la filiación, la ley 27495 adiciona dos causales remedio no culposas en el régimen de divorcio.

## 2. Especificaciones y precisiones al Nuevo Régimen de Derecho Familiar Peruano.

Todas estas transformaciones sumadas en su conjunto inauguran un nuevo régimen de Derecho Familiar Peruano con bases axiológicas propias y distintas a las del derecho clásico en materia de familia ajustándose con ello a lo que hemos categorizado como el Nuevo Derecho de Familia a Inicios del Tercer milenio y en el que adicionalmente a las ya mencionadas características adicionamos y/o precisamos en relación al Derecho Familiar Peruano lo siguiente:

### a) **En el escenario en el cual los Derechos Humanos son el centro valorativo de las regulaciones interfamiliares, el Matrimonio es materia de Promoción.**

El efecto indirecto pero inequívoco del establecimiento de los Derechos Humanos como centro valorativo de las regulaciones interfamiliares es que el Matrimonio pierde estabilidad institucional de protección. Esto se aprecia en la eliminación de las discriminaciones formales entre varón y mujer; hijos legítimos e ilegítimos, así como, el establecimiento de medidas políticas y civiles destinadas a proteger a la víctima de la violencia en la relación familiar, que comprende incluso la protección de personas que viven en concubinato, así como el reconocimiento de efectos patrimoniales y previsionales en la unión de hecho.

No obstante, el matrimonio mantiene aún en nuestra normatividad elementos institucionales de estabilidad la cual se aprecia en: a) La necesidad de una declaración judicial para la disolución del vínculo matrimonial (incluso cuando se trata de separación convencional con divorcio ulterior); b) La primacía dogmática del divorcio-sanción en el plurimodelo del régimen de divorcio (pese a haberse introducido la causal de separación de hecho y la abierta del divorcio remedio bajo la "la imposibilidad de hacer vida en común"); y c) La regulación de la sociedad de gananciales como régimen patrimonial preminente pese a sus fuertes tensiones con la seguridad del tráfico.

### b) **Dentro de los Derechos Fundamentales la Libertad Individual tiene un peso sobresaliente pero es ponderado por otros derechos fundamentales.**

La presencia del matrimonio como institución objeto de promoción pudiera ser comprendida como rezagos de la antigua visión institucionalista que explica la primacía dogmática del divorcio sanción en el plurimodelo del régimen de divorcio peruano. No creemos que esta sea una explicación satisfactoria ello debe ser comprendido dentro del actual contexto valorativo del derecho de familia en el que tiene particular significación: el interés superior del niño, el derecho a la identidad del menor, el derecho a la libertad como límite al derecho a decidir, la libertad del otro ente subjetivo, el derecho a la vida. Derechos Fundamentales de la persona que también operan como base axiológica en la concepción del matrimonio como unión heterosexual, la no equiparación entre matrimonio y concubinato, la penalización del aborto en materia penal, entre otros.

### c) **Se Reconoce el Pluralismo Jurídico en materia de Derecho Familia en su armonía con el centro valorativo de los Derechos Fundamentales de la Persona.**

El pluralismo jurídico en relación a la institucionalidad familiar en el Perú es evidente. Existen variadas valoraciones éticas, religiosas, políticas provenientes de diferente tradición. El Perú aunque ciertamente es un país preponderantemente católico, por la confesión religiosa de sus ciudadanos, es al mismo tiempo un país pluricultural donde en buena parte de su serranía rural subsisten aún y de manera plural el matrimonio en concierto en la forma del matrimonio andino, que establecen sistemas de creencias y valores disímiles entre sí y con el de las diferentes comunidades nativas. Asimismo, como país latinoamericano mestizo herede-

ro de la situación de conquista de padre conquistador y madre india vencida, es en gran medida "machista" de jerarquía del varón frente a la mujer; sin que ello sea obstáculo para experimentar en buena medida la vivencia de la postmodernidad en sus ciudades, ingresada en los hogares con los medios de comunicación masiva, o desarticulando la familia con el proyecto personal de ambos cónyuges que buscan realizar sus metas de vida no circunscrita a la maternidad o paternidad, con el trabajo extrahogar remunerado, etc.

Ante este hecho, el ordenamiento jurídico ha establecido dos mecanismos que permiten el reconocimiento de este pluralismo jurídico:

- i. El del artículo 149 de la Constitución que reconoce a la Comunidad Campesina y Nativa la facultad de ejercer función jurisdiccional dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario.
  - ii. El Reconocimiento de la Conciliación Extrajudicial como mecanismo alternativo de resolución de conflictos que permite que a través de la "ley interna" de las partes se arribe a un acuerdo mutuamente satisfactorio.
- d) La omisión de la regulación normativa en relación a los temas de Reproducción Asistida.**

El nuevo régimen de Derecho Familiar Peruano omite regular las consecuencias jurídicas producto de las nuevas técnicas de reproducción asistida. De esta manera el ordenamiento jurídico familiar peruano del tercer milenio se inicia sin haber concluido aún sus perfiles más fundamentales en relación a la época postmodernista. No pretendemos en el presente ensayo abordar tal omisión y menos realizar una labor de integración del ordenamiento jurídico ante los supuestos propuestos por la innovación tecnológica aún en su mayoría ausentes en nuestra sociedad y, por consiguiente de escaso valor práctico. Un trabajo de tal magnitud además tendría mucho de especulativo en temas que el

derecho comparado aún no arriba a soluciones de consenso. Pero a pesar de ello, no está demás hacer explícita la presencia de valores colisionados que en una eventual situación podrían inclinar la balanza en uno u otro lado. Al tema de igualdad de varón y mujer aunado al ejercicio de los "derechos reproductivos" y el libre ejercicio de la "opción sexual", se encuentran también los derechos fundamentales como el de la vida del pre-embrión, el derecho de la libertad versus el derecho a decidir, el derecho a la identidad del menor proyectado y del derecho al interés superior del niño. Son los valores en los cuales los operadores del derecho ante una situación específica deberán llenar el vacío legal.

## VII. Nuestra posición axiológica dentro de la Tradición Cristiana.

No queremos concluir estas reflexiones sin antes aludir a nuestra posición cristiana sobre el tema. Ciertamente se advierte de este ensayo nuestra posición crítica al derecho familiar clásico, una aceptación y desarrollo cauteloso de los derechos humanos como sistema polivalente que se orienta a asegurar la libertad e igualdad efectiva pero que apunta a posiciones demasiado abiertas y tiende en algunas de ellas a colocar al hombre como individuo en situación falsamente divina. Nuestra posición podrá parecer paradójica pero a un nivel más profundo se advertirá que su visible dualidad es propia de una perspectiva cristiana que coloca al ser humano en el centro de la creación pero que advierte que su finalidad última no redunde en la tautología de su ser mismo sino, que trasciende en alabanza y servicio a su creador. Así por ejemplo, no creemos que la derogación del matrimonio indisoluble y la reducción a la primacía del divorcio-sanción a uno de carácter dogmático con paridad del mutuo disenso, la separación de hecho e incluso el *numerus apertus* del divorcio remedio signifique la derogación de la tradición cristiana en el derecho occidental familiar; significa mas bien, la derogación de una particular noción cristiana juridificante de las relaciones familiares desarrollada a partir de la Edad Media y que ha configurado el derecho occidental clásico familiar. El cristianismo ha sido polivalente y la

---

(2) Como todas las realidades literarias profundas la parábola del hijo pródigo tiene un contenido profético muy marcado. Mientras Freud percibe el tema del parricidio como el común en tres grandes obras de la literatura universal presente en distintas épocas y culturas como la griega de Sófocles con Edipo, o la inglesa Isabelina en el Hamlet de Shakespeare, o la Rusia Zarista decimonónica en Los Hermanos Kamarosov de Dostoievsky. La parábola del Hijo pródigo advierte el parricidio como el inicio de la obra y no el final. El hombre postmoderno guarda semejanza con el hijo menor, la historia comienza con el drama Nietzscheano de la muerte de Dios, el pedir la herencia anticipada es un significado alegórico de un parricidio subliminal el complejo de Edipo freudiano es el comienzo de la historia y lo que sucede después es lo que en la circunstancia postmoderna estamos viviendo, con su actitud atea el hombre abandona la casa de Dios, experimenta y ejerce su libertad sexual pero los recursos económicos se van agotando, la energía, la ecología llega a su fin lo sabemos pero no lo tomamos aún lo suficientemente en serio para cambiar de actitud, lo que vendrá no queremos imaginarnos cerrando nuestros ojos al mero presente; pero si la parábola es acertada en este punto como interpretación de la realidad actual el parricidio es sólo alegórico la misericordia de Dios por el contrario es real, permanente e infinita los recursos se acabarán pero de allí y sólo en el movimiento dinámico de la libertad se redescubrirá el carácter amoroso de la trascendencia.

profundidad de su doctrina siempre agonizante ha sucedido a momentos más difíciles que el presente. Recogiendo otra tradición cristiana sostenemos que el legislador ha de tener la actitud del padre en la parábola del hijo pródigo<sup>2</sup>, el hijo quiere ejercer su libertad sexual y para eso necesita la anticipación de la herencia, el legislador debe reconocérsela, la defensa de la libertad humana es premisa de la tradición cristiana<sup>3</sup>, sólo en la dinámica de la libertad el hijo menor descubre lo errado de su actuación, el negar a darse la anticipación de la herencia hubiera significado el nacimiento de una confrontación ensombrecida, la percepción de la moralidad como enemiga del interés individual, como extraña a la sensibilidad vital. La actuación sin embargo del hijo menor se ejerce fuera de la casa paterna, no está con el padre, esta actitud del padre en el legislador ha de sig-

nificar que la conducta del ciudadano contraria a los fines previstos en el derecho objetivo ha de ser permitida, posibilitada fácticamente como ejercicio de la libertad individual incluso facilitándole los medios adecuados, pero no promovida. En esta perspectiva, se aprecia que la actitud tradicional del derecho familiar clásico ha sido análoga a la del hijo mayor, el legislador tradicional no ha tolerado el comportamiento "inmoral" de los culpables ciudadanos, y ha resuelto la elección de éstos sancionándolos sin la posibilidad de ejercer jurídicamente su decisión. Nuestra perspectiva va en la orientación de promover el contenido de una relación estable de varón y mujer en la institución del matrimonio, pero sin que esto signifique en absoluto ninguna transgresión a los derechos humanos de libertad e igualdad de varón y mujer. **D&S**

---

(3) No sólo por la enseñanza contenida en esta parábola sino por la misma actuación del hijo de Dios en la historia humana. Jesús sabe por quién va ser traicionado pero no impide la libertad de Judas A "Señor ¿quién es?" Jesús le contestó: "Voy a remojar un poco de pan . Al que se lo dé, ese es." Mojó un poco de pan en la salsa y se lo pasó a Judas, el Iscariote, hijo de Simón. Cuando Judas tomó el pan, Satanás entró en él. Entonces Jesús le dijo: "Lo que vas a hacer, hazlo pronto." @ Juan, 14: 26-27.