

"(...) se hace urgente reformar el tratamiento legal de la familia, para responder, entre otros, precisamente a lo que la Constitución fija como deber del Estado, y de la Sociedad, la protección de la familia en general (...)"

Las nuevas tendencias del Derecho de Familia

Benjamín Aguilar Llanos*

228

INTRODUCCIÓN

Se pretende a través de este artículo, no solo aludir a las nuevas corrientes del Derecho de Familia, sino también describir el tránsito de la familia tradicional, occidental y cristiana, a la familia democrática del siglo XXI. Es indudable que, en el presente, las familias patriarcales, bajo la égida del hombre como jefe de familia y el sometimiento de la mujer al marido, se han reducido a su mínima expresión. Más bien, lo que observamos no es un único modelo de familia, sino expresiones variadas de familias, en las que coexisten la familia nuclear, extensa, compuesta, de hecho o concubinatos, monoparental, ensamblada y, por qué no, parejas integradas por personas del mismo sexo. A la par que se ha ido modificando el concepto de familia, también debió irse modificando la normatividad legal; sin embargo, ello no fue así: hoy en el Perú tenemos una regulación de las relaciones de familia pensada principalmente en la unión matrimonial que solo por vía de excepción, regula las llamadas uniones de hecho heterosexual -pero solo en cuanto a la sociedad de bienes que se genera en esas uniones-, más bien, es el Tribunal Constitucional el órgano que va reconociendo las distintas formas de familia para reconocerles derechos que el sistema legal positivo, llámese Código Civil, les niega; por ello, se hace urgente reformar el tratamiento legal de la familia, para responder, entre otros, precisamente a lo que la Constitución fija como deber del Estado y de la Sociedad: la protección de la familia en general. Además, el Derecho no puede estar de espaldas a estas realidades, pues su ceguera condena a la privación de derechos y lleva a una serie de injusticias en que se ven enmarcadas estas nuevas formas de familia.

Por otro lado, no solo debe verse las nuevas formas de familia, sino también acoger en la legislación los avances científicos que tienen que ver con el Derecho de Familia y que inciden principalmente en la filiación, que es una institución que sirve de pilar para establecer las relaciones familiares, así como plantearse los temas referidos a la maternidad asistida. Tema igualmente importante para reflexionar sobre el mismo y tomar una posición, lo constituye la disolución del vínculo matrimonial cuando se está ante situaciones límites, contemplando qué hacer cuando la pareja matrimonial ya no viene funcionando como tal y no hay forma de posibilitar una reconciliación; entonces nos preguntamos si el divorcio es la salida efectiva, en la medida que no tendría sentido seguir reconociendo algo que en los hechos ya no existe, o pensamos en políticas públicas que atiendan estos problemas, por ejemplo, vía las consejerías familiares. Tema afín al matrimonio son las relaciones patrimoniales que se dan entre los cónyuges, relaciones que merecen

* Bachiller en Derecho por la PUCP (setiembre de 1971). Título profesional de conciliador extrajudicial (1999). Universidad Católica, facultad de Trabajo Social (1981-1982). Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Catedrático de Derecho (desde 1985 hasta la actualidad). Catedrático de Derecho de Familia y Sucesiones. Academia de la Magistratura (2001). Educación Continua de la PUCP (1996 - 2005). Centro de Conciliación de la PUCP (2000 - 2002). Universidad Católica, Trabajo Social, Curso de Especialización en Intervención Familiar Sistemática (1999 - 2000). UNIFE, Maestría de la familia, organizado por el Colegio de Abogados de Lima (2002 - 2004). Además, es autor de la obra titulada: "La Familia en el Código Civil Peruano" (2008).

ser revisadas a nivel de legislación en tanto que la actual normatividad no termina cubriendo todas las situaciones y conflictos que se dan sobre estos temas, pero todo ello siempre dentro de un marco de respeto a las personas, llámese cónyuges o hijos.

Entonces vamos a dividir el trabajo con varios títulos, que pasan por describir cómo era la familia patriarcal y su normatividad legal que la amparaba, la familia democrática, las nuevas formas de familia, los avances científicos sobre la filiación, la maternidad asistida y sus implicancias en el Derecho de Familia, y la nueva normatividad que debe regular estas relaciones familiares. También nos ocuparemos del sistema de amparo del incapaz, y las propuestas sobre el particular.

FAMILIA PATRIARCAL

Desde el primer Código Civil republicano, esto es el Código Civil de 1852 bajo la presidencia de don José Rufino y Echenique, pasando por el Código Civil de 1936, se concibió este modelo de familia, que descansaba principalmente en la figura paterna -el marido-, denominada “potestad marital”, con amplísimos poderes, en tanto que la representación de la sociedad conyugal y la dirección del patrimonio social y la fijación del domicilio conyugal recaían sobre él. En el caso de la patria potestad, si bien es cierto ambos cónyuges la ejercían, la facultad de decisión última la tenía el marido. Este, además, se encargaba de autorizar o no a que su cónyuge trabaje, mientras que la mujer estaba obligada, entre otras cosas, a adicionar a su apellido el de su marido. Este sistema se explicaba en tanto que en esa época la situación de la mujer era de un sometimiento total, primero a la autoridad del padre, y luego a la de su marido. Incluso la educación que recibía de sus padres tenía como fin la de ser una buena esposa, madre y cuidadora de su hogar; en esa circunstancia, se explicaba que dentro de una familia exista un jefe, y que todos los que componían el núcleo familiar, dependieran de este jefe, al cual, como ya se ha indicado, se le rodeaba de amplísimas facultades legales; sin embargo, si bien es cierto que se le reconocía derechos, también se establecía obligaciones que debía cumplir a favor de su cónyuge e hijos: es así que la legislación del Código Civil de 1936 establecía que la obligación de los alimentos con respecto a la cónyuge e hijos recaía en el marido.

Esta familia vertical, en donde la autoridad del jefe de familia era total, ha ido perdiendo presencia para dar paso a la familia horizontal y democrática, en donde la presencia de la mujer se hace sentir cada vez más y en donde los deberes familiares son compartidos por los cónyuges. Con respecto a los hijos, el ejercicio de la patria potestad ahora es ejercido por ambos padres en igualdad de condiciones.

FAMILIA DEMOCRÁTICA

El tránsito de la familia patriarcal a la familia democrática se ha debido, entre otros factores, a la educación de la mujer, su capacitación y, como consecuencia de ello,

su presencia en la actividad económica como un agente de importancia; de este modo, al haber elevado su nivel educativo y cultural, ha dado lugar a que ya no dependa del marido, y se abra un espacio propio no solo dentro del hogar, sino de la sociedad misma. Es así que la Constitución de 1979 reconoce la igualdad legal de la mujer y hombre, igualdad que tiene amplias repercusiones en el Derecho de Familia, con la desaparición de la potestad marital y lo que implicaba esta potestad.

Hoy la responsabilidad compartida dentro del hogar es algo que se ha aceptado y asumido por las personas que forman una familia. Ciertamente existen todavía algunos rezagos de familias en donde impera el machismo y la presencia de la mujer todavía dependiente; sin embargo, se pretende que estos casos se vayan reduciendo cada vez más.

La presencia de la familia democrática también va creando ciertos riesgos que ponen en peligro la estabilidad de las familias, riesgos como la libertad de cada uno de los cónyuges llevada a su máximo expresión, olvidando que son parte de una familia; o la relativización de la autoridad parental respecto de los hijos con sus fatales consecuencias, porque terminan otorgando una libertad casi irrestricta a los hijos, lo que conlleva a que esa relación estrecha y constante comunicación de padres e hijos quede de lado.

También debe resaltarse cada vez más la independencia económica de la mujer casada, que la hace cada vez más autónoma respecto de su patrimonio, separando éste del patrimonio social, lo que puede dar lugar a que las necesidades económicas del hogar terminen siendo discutidas en cuanto a quién o quiénes deben asumir este pasivo, o surjan conflictos respecto de cómo se debe afrontar estas necesidades.

Hoy, una familia democrática, se caracteriza por la independencia con que actúan los cónyuges y, en muchos casos, la libertad de los hijos respecto de la autoridad de los padres. Si este modelo se lleva con respeto por el otro, y conscientes de que hay algo que trasciende el interés individual, que es el interés familiar, entonces dará buenos resultados; sin embargo, si se prefiere lo individual a lo familiar, entonces estaremos dentro de una familia que de tal sólo tiene apariencia de la misma, en tanto que se habrían dejado de lado los principios de solidaridad, compañerismo, respeto mutuo e interés por el futuro de los hijos. Todo ello redundaría, prontamente, en una disgregación de la familia.

NUEVAS FORMAS DE FAMILIA

La historia nos demuestra cómo ha ido variando la composición de la familia. Es así que antes de la Revolución Industrial, la familia estaba integrada no sólo por padre, madre e hijos, sino que a ellos se sumaban otros parientes e incluso personas ajenas al entorno familiar que dependían del jefe de familia. Esta familia tenía una función económica importante, porque fundamentalmente era una familia de artesanos; sin embargo, la revolución industrial sacó a los miembros de la familia hacia la ciu-

dad a desarrollar labores productivas, con lo que, poco a poco, se fue reduciendo el número de miembros familiares hasta llegar al siglo XIX y XX a una familia integrada básicamente por el padre, la madre y los hijos, la que se viene a denominar “familia nuclear”. En el presente, las familias extensas y compuestas, muy presentes en el siglo XVIII, se encuentran principalmente en las comunidades nativas e incluso selváticas, y en lo que se refiere a las grandes ciudades, las ubicamos en los llamados asentamientos humanos, sobre todo por motivos de orden económico, siendo muy frecuente el caso de familias que nacieron como nucleares, pero cuyos hijos, al alcanzar la mayoría de edad, formaban parejas y seguían viviendo en la casa de sus padres.

Los problemas de orden económico han llevado a que cada vez más el individualismo empuje a las personas a recluírse en sus hogares, convirtiendo a los parientes lejanos en perfectos extraños. Las necesidades de la familia solo van a ser asumidas por ellos como propias, no interesándoles lo que ocurra con esos familiares, por tratarse -así lo ven ellos- de otras familias. Pero el problema económico, sumado a la falta de educación de muchas mujeres y la irresponsabilidad de buen número de hombres, ha dado lugar a una nueva forma de familia en la que la jefatura es principalmente asumida por la madre de los hijos. Esto es lo que se conoce como las “familias monoparentales”, que obviamente están en desventajas con respecto a las familias en donde están presentes ambos padres, lo que debe demandar una mayor atención por parte de las autoridades.

Por otro lado, es fenómeno corriente que las parejas con serios problemas decidan no continuar con su vida en común, dando lugar a separaciones, que igualmente se dan a nivel matrimonial o extramatrimonial. Sucedido ello, la mujer o el hombre ingresa a una nueva relación llevando a sus hijos del primer compromiso, o ingresa a una relación en la que su pareja tiene sus propios hijos; ello ha dado lugar a lo que se denomina “familias recompuestas” o, como le llama el Tribunal Constitucional, “familias ensambladas”, en la que igualmente se tiene que velar por el derecho de esta nueva forma de familia, que de seguro no fue pensada por el constituyente del 1993.

El caso más conocido de familias no basadas en el matrimonio lo tenemos con las uniones de hecho. La Constitución de 1993 la recoge, pero solo para pronunciarse sobre el aspecto patrimonial, en tanto que estas uniones de hecho, así como las matrimoniales, también forman sociedad de bienes, con derechos y obligaciones; sin embargo, queda pendiente una serie de derechos por reconocer a estas familias, tales como alimentos entre ellos, goce de los beneficios del patrimonio familiar, herencia y, en el plano laboral, el reconocimiento de pensión de viudez (aun cuando el Tribunal Constitucional ha reconocido este derecho), el goce de seguros a favor de los concubinos, entre otros.

Queda toda una labor por revisar a propósito de estas nuevas formas de familias, a las que habría de agregar las integradas por personas del mismo sexo, surgiendo la pregunta inmediata: ¿a estas relaciones también se les

puede denominar familias?, y en todo caso, ¿qué protección depara el Estado a estas personas que comparten no solo techo, lecho y mesa, sino que igualmente asumen deberes de asistencia, fidelidad y respeto entre ellos?

LA FILIACIÓN Y SUS PROBLEMAS.

Filiación viene de *filos*, que alude al hijo; ahora bien, si la filiación aparece dentro de un matrimonio, entonces estaremos ante una filiación matrimonial (antes legítima), pero si se da fuera del matrimonio, tendremos una filiación extramatrimonial, llamada antes ‘ilegítima’.

En cuanto a la filiación matrimonial, nuestro sistema se basa en presunciones legales para determinar al hijo. Así, la presunción “*pater is quem nuptiae demonstrant*” (padre es quien las nupcias demuestran), y basándose en esta presunción *juris tantum*, se dice que si una mujer casada alumbró un hijo se tiene como padre a su marido. La presunción existe en tanto que el matrimonio impone, entre otros deberes, los de la vida en común y la fidelidad; sin embargo, como hemos señalado, esta presunción admite prueba en contrario: el Código recoge, a través del artículo 363° del Código Civil, lo que se conoce como la impugnación de la paternidad matrimonial. Estas acciones de negación de paternidad por parte del marido, que no se crea padre del hijo que alumbró su mujer, deben plantearse dentro de un plazo muy corto (90 días del hecho del parto), plazo que dificulta el legítimo derecho del padre legal que desea enervar la presunción. Con esto se contraría el derecho no solo del marido, sino también del hijo, pues si no se acciona dentro del plazo que establece el artículo 364° del Código Civil, se estaría desconociendo su derecho a la identidad, esto es, conocer a su verdadero padre (el biológico, el genético), dejando de lado al padre que le ha dado la ley (el padre legal). Por ello, el Tribunal Constitucional y numerosas resoluciones casatorias están inaplicando el referido artículo para, así, dar paso al control difuso; sin embargo, es evidente que la normatividad legal debe cambiar para adecuarse a la realidad, no solo en lo que se refiere al plazo, sino también al observar, a propósito de los artículos 396 y 404 del Código Civil, supuestos referidos a solicitar el emplazamiento de la calidad de padre respecto de un hijo habido dentro de una relación matrimonial. Pues bien, para que el padre biológico pueda accionar, previamente el padre legal tendría que haber negado esa paternidad y resultar victorioso en el juicio respectivo; por lo tanto, si el padre legal, por diversos motivos, no desea accionar, sencillamente el padre biológico (el padre verdadero) estaría condenado a aceptar esta situación y sentenciar a su hijo a tener como padre al que fija la ley y no la naturaleza, con lo que se violenta el derecho a la identidad del niño.

En el caso de los hijos extramatrimoniales -estos son los concebidos y nacidos fuera del matrimonio-, no hay presunciones legales que valgan, pues no existe matrimonio, por lo que la relación paterno filial se llega a establecer a través del reconocimiento o la declaración judicial de paternidad. Ahora bien, en este caso también nos encontramos ante dificultades que presenta la misma normatividad, pues el reconocimiento de un hijo puede haberse

efectuado por error o por engaño que ha sufrido el reconociente. En esa circunstancia, el Código Civil establece en su artículo 399° que el reconocimiento puede ser impugnado por el padre que no intervino en ese proceso; ergo, si el supuesto padre hizo el reconocimiento y luego conoce que fue timado, sorprendido en su buena fe, no podría impugnar el reconocimiento, pues intervino en el mismo, quedándole solo la oportunidad de que algún familiar suyo pueda impugnarlo (pues tendría legítimo interés), o quizás con una buena orientación, pueda acudir a las normas del acto jurídico para pedir la nulidad del reconocimiento ya que, al fin y al cabo, el reconocimiento es un acto jurídico que, en este caso, nació viciado por fraude.

Por otro lado, igual que lo que acontece con la impugnación de la paternidad matrimonial, aquí también tenemos el problema del plazo, pues el artículo 400° establece que solo se puede impugnar dentro de los noventa días de haber tomado conocimiento del reconocimiento; entonces, otra vez ha sido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema quienes han resuelto en un caso y en otro han aprobado las consultas de sentencias emitidas por jueces, quienes han inaplicado el artículo referido al plazo, pues se opone al derecho de identidad que, en pocas palabras y en el campo de la filiación, alude al derecho de los hijos a conocer quién es su padre, es decir, averiguar de dónde viene, quiénes son sus ancestros. Todo ello viene revelando que la normatividad actual ha quedado desfasada por la realidad y, por ende, demanda una modificación urgente.

AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL SOBRE MATERNIDAD ASISTIDA

Desde hace más de dos décadas, ya se vive en el Perú la llamada maternidad asistida, que no es otra cosa que recurrir a los avances científicos sobre la procreación para ayudar a las personas que, por diversos motivos de orden natural o accidental, no pueden llevar una paternidad o una maternidad natural; entonces se ven las diversas formas de cómo se puede llegar a la maternidad a través de la fecundación artificial, dentro de ellas, la homóloga, la heteróloga, la fecundación in vitro, el trasplante de embriones, la fecundación post mortem y demás. Sin embargo, lo curioso del caso es que estando presente todas estas formas de transmitir vida, el Derecho las ignora y no se ocupa de ella, existiendo en el Perú una sola ley que se pronuncia y un solo artículo. Nos estamos refiriendo al artículo 7 de la Ley General de Salud, el que alude a que las personas pueden recurrir a la ciencia médica para resolver su problema de esterilidad, siempre y cuando la madre genética y biológica sea la misma.

Es obvio que esta ausencia de regulación no solo ha creado serios problemas a la magistratura que, ante un caso de esta naturaleza, no sabe cómo resolver y, debe apelar al Derecho comparado. Decíamos que los problemas no solo lo tienen los magistrados, sino igualmente también las personas que desean hacer uso de estos métodos científicos, pues deben hacerlo ante entidades que muchas veces se valen de esta necesidad natural para

lucrar con ellos, y lo que es peor, los resultados no siempre terminan siendo los más convenientes. Por ello, se hace necesaria y urgente una ley especial que regule no sólo las formas de cómo se dan estas fecundaciones, sino también regular a las entidades que proporcionan estos servicios y pronunciarse por el anonimato o no de los donantes. Si la opción fuera el anonimato, los problemas estarían referidos al derecho a la identidad.

Comencemos brevemente a describir las formas de cómo aparecen estos métodos científicos de ayuda a la fecundación.

Fecundación artificial homóloga.-

Se trata del caso de una pareja matrimonial, en la que uno de ellos no puede procrear naturalmente, por lo que el semen del marido se inserta en la vagina de la cónyuge, produciéndose la fecundación. Cuando la mujer no puede naturalmente procrear, entonces el óvulo de la mujer extraído previamente se hace fecundar con semen del marido, todo ello ocurriendo extracorpóreamente. Luego de la fusión, el embrión se implanta en el útero de la mujer y se desarrolla la fecundación. Esta fecundación artificial y su variable, la fecundación in vitro, no ofrecen mayores problemas legales en tanto que se da entre personas que están unidas por el vínculo del matrimonio; incluso, en esta forma se aplica sin problemas la presunción *pater ist*, y no hay mayores inconvenientes en cuanto a la titularidad de la patria potestad.

Fecundación artificial heteróloga.-

Existen dos modalidades: a) el semen de un tercero se fecunda a la cónyuge, produciéndose la fecundación, y b) el óvulo de una tercera persona se hace fusionar con el semen del marido, implantándose el embrión en el útero de la cónyuge, dando inicio a la fecundación. En esta forma de aparición de la maternidad asistida, sí se generan problemas en el ámbito legal. En el primer caso, el padre biológico no resulta ser el padre legal, -(el cual lo es solo por la presunción *pater ist*); ahora bien, si la mujer para hacerse la fecundación no obtuvo el consentimiento de su consorte, ¿podríamos estar ante la causal de adulterio? Evidentemente no, porque no ha habido cópula sexual; sin embargo, estamos seguros de que existe un impedimento que obsta la continuación de la vida en común. Por otro lado, si el padre biológico desea reclamar a su hijo, nos encontraríamos con barreras legales para ello; más complicado aún si se trata de discutir la patria potestad. En el segundo caso, también se da el supuesto de que la madre genética no es la madre biológica; por lo tanto, estaríamos ante los supuestos de madre genética (madre biológica), la que también termina siendo la madre legal por haber dado a luz a un hijo dentro del matrimonio. Problemas de ejercicio de patria potestad también pueden presentarse. Aun si tuviéramos una norma que establezca que el parto determina la maternidad, conoceríamos que madre es quien da a luz, independientemente de que ella no haya aportado su óvulo.

Fecundación in vitro.-

Supone que la fecundación se da en el laboratorio presentándose variables; por ejemplo, que el óvulo no co-

responde a la mujer que alumbró al hijo, que el semen no corresponde al marido de la mujer, e incluso que óvulo y espermatozoide no corresponden a la pareja matrimonial; sin embargo, ese embrión generado con fusión de óvulo y espermatozoide de terceros termina implantándose en el útero de la mujer casada, y es ella la que desarrolla todo el proceso de gestación hasta el alumbramiento. Como es de observar, en esta forma de maternidad asistida se pueden presentar innumerables problemas de orden jurídico; así, tenemos que el padre o madre genético podría reclamar la maternidad o paternidad de ese niño, problemas de titularidad de patria potestad, entre otros.

Fecundación post mortem.-

Se inverte el óvulo o el espermatozoide de la mujer o del marido y, luego de fallecido uno u otro, se utiliza ese óvulo o espermatozoide para hacer fecundar a la viuda o, en su defecto, el óvulo se hace fusionar con el espermatozoide del viudo, haciendo que el embrión generado se implante en el útero de una tercera mujer. Estos problemas se dan no solo a nivel académico, a fin de saber qué calidad de hijo tiene el nacido de una fecundación post mortem, sino que se dan problemas en cuanto a conocer la procedencia o no de una mujer de usar el semen de su marido muerto para hacerse fecundar. Cuando la autorización no aparece para ello, entonces nos preguntamos si es un derecho de la mujer a realizarse como madre; sin la autorización, no podría hacerse fecundar, pues incluso estaría condenando a un niño a vivir no en una familia con los padres, como lo sugiere la Convención de los Derechos del Niño recogido en el Código de los Niños y Adolescentes. En el ámbito sucesorio, igualmente, se va a dar problemas en tanto que, para que una persona pueda ser heredera, debe sobrevivir al causante o estar concebido cuando ocurre la muerte del causante. En este caso, no se ha dado ni uno ni otro y, pese a que ese hijo está ligado parentalmente con el padre o madre fallecido, no lo podría heredar, lo que resulta absurdo e injusto. Por otro lado, también se plantea en el ámbito de los derechos de los niños y adolescentes, el perjuicio de no proporcionarle al nacido un ambiente familiar con la presencia del padre y de la madre, por cuanto o uno o el otro está fallecido.

Es de observar la variedad de situaciones que se pueden presentar con respecto al tema de la maternidad asistida; sin embargo, reiteramos que nuestro sistema legal no se pronuncia, aun cuando existen proyectos sobre el particular, pero que se hace urgente y necesario su debate y -un estudio profundo sobre el tema; así, se llegaría a un pronunciamiento que tenga por fin no solo procurar otorgar maternidad o paternidad, o ambas cosas, sino también traer a un niño o niña al mundo bajo estas técnicas, pero con un respaldo legal que garantiza su derecho a la vida, su protección y su legítimo derecho a su identidad.

PROPUESTAS SOBRE ALGUNAS INSTITUCIONES FAMILIARES

A modo de ejemplo solo trataremos algunas instituciones que merecen revisarse y otras replantearse, conscien-

tes de que en su mayoría, las instituciones del Derecho de Familia, tienen que ser actualizadas acorde con la realidad imperante.

1.- El divorcio.-

Comprende la disolución del vínculo matrimonial, convirtiéndose a los ex cónyuges en extraños entre sí, y dando la posibilidad a ellos a entrar a una nueva relación. Se entiende que el Derecho debe proporcionar una vía a las parejas desavenidas para poner fin al grave conflicto que enfrentan; sin embargo, a la luz de la Constitución, que ordena al Estado y a la sociedad la protección de la familia, y el propósito que tiene el Código Civil al regular las relaciones familiares (propender a su consolidación y fortalecimiento), entonces cabe preguntarnos si una política de liberalización del divorcio es la respuesta a este tema, o es que el Estado, incumpliendo su deber de proteger a la familia, ha encontrado como única respuesta crear más causales para que las parejas puedan divorciarse acortando los plazos para que ello se pueda dar, como es el caso de los divorcios a través de las notarías o municipalidades, en donde está comprobado que una pareja que sigue una separación convencional notarial logra conseguir el divorcio ulterior en un término que apenas supera los tres meses. Creo que merece reflexión el tema antes de buscar salidas fáciles, pues con ello se está relativizando la trascendencia e importancia de la institución matrimonial.

2.- Régimen económico del matrimonio.-

Es de conocimiento público que a partir del Código Civil de 1984, existen en el Perú dos regímenes económicos para el matrimonio: el de sociedad de gananciales, el más conocido y de mayor aplicación, y el de separación de patrimonios, que actúa en forma excepcional en defecto del primero, pero que, para llegar a él, es necesario cumplir con las exigencias formales. Sin embargo, desde que apareció el Código hasta la actualidad, este régimen de separación de patrimonios ha tenido una aceptación muy limitada en nuestra población. Se arguyen razones de desconocimiento, de alto costo y, cómo no, que el citado régimen no responde a la idiosincrasia del pueblo peruano respecto de lo que debe ser el matrimonio (comunidad de personas, en donde ambos fusionan sus proyectos de vida en uno solo y, en esa medida comparten todo, no existiendo lo suyo o lo propio). Ahora bien, esto último es cierto, pero que no se vea como una suerte de barrera o crítica directa al régimen -porque éste tiene bondades-. Hoy es necesario que si los cónyuges desean tener sus patrimonios separados, debemos respetar su decisión; además, porque el citado régimen no debería ser un factor disociativo de la pareja, ya que aun con la existencia del régimen, los deberes de los cónyuges con respecto al matrimonio deben seguir siendo cumplidos por ambos en igualdad de condiciones, dependiendo de las rentas que cada uno genere.

Se hace necesario establecer un sistema mucho más expeditivo y menos formalismos para llegar al régimen de separación de patrimonios, pero sobre todo una campaña

agresiva de información sobre la naturaleza del régimen, quizás aceptando una de las propuestas de reforma del libro de familia, esto es, hacer descansar en el funcionario que celebre el matrimonio la responsabilidad de llevar adelante la separación de patrimonios- si ese es el deseo de los contrayentes-, y consignar en la partida respectiva tal elección, para luego pasar la información al registro personal para su inscripción.

También es necesario precisar el manejo del pasivo patrimonial cuando estamos ante una sociedad de gananciales. La actual legislación es poco clara y confusa respecto de cuándo estamos ante deudas personales de los cónyuges y cómo deben ser asumidas estas, lo que lleva a un serio problema que ha creado confusión a nivel de la jurisprudencia como, por ejemplo, determinar si es posible embargar bienes sociales por deudas personales de uno de los cónyuges. Sobre el particular, el autor de este artículo no lo considera factible, y más bien, esta negativa debería ser postura oficial hasta que se liquide la sociedad de gananciales, momento en el cual se conocerá con exactitud cuál es el patrimonio del deudor para así dirigirse contra él y cubrir sus compromisos.

Otra de las imprecisiones del Código sobre este tema es el mal manejo de la disposición de los bienes sociales en lo referido a la adquisición de los bienes por parte de los cónyuges. Cuando estamos ante un régimen de sociedad de gananciales, se menciona que si se trata de adquisición de bienes inmuebles ambos cónyuges deben concurrir, pero si se trata de bienes muebles, pueden hacerlo indistintamente cualquiera de ellos. Esto llevaría a situaciones de perjuicio para el patrimonio social, pues hay bienes muebles que tienen mucho más valor que los inmuebles, de modo que si el cónyuge adquiriera un bien mueble con el patrimonio social y luego lo perdiera, o resultara una mala adquisición, termina afectándose a la sociedad conyugal.

3.- Las Uniones de hecho.-

Fueron recogidas por primera vez en la Constitución de 1979 y reiteradas en la Constitución de 1993. Este hecho jurídico por excelencia alude al estado de vida de un hombre y una mujer que, sin estar casados, se comportan como tales asumiendo deberes y derechos propios del matrimonio, destacándose la vida en común. En nuestro país, este concubinato ha sido gobernado solo en lo que se refiere al aspecto patrimonial: la sociedad de bienes que se genera dentro del concubinato se equipara a la sociedad de gananciales, lo que implica que, mientras siga el concubinato, habrán bienes con la calidad de “sociales” en atención a que han sido adquiridos dentro de la vigencia de él, sin perjuicio de reconocer la existencia de bienes llamados “propios”, si la adquisición responde al patrimonio de alguno de ellos o se han adquirido a título gratuito. Cuando termina el concubinato, tendrá que liquidarse como se liquida una sociedad de gananciales, esto es, repartir los bienes sociales en partes iguales entre los concubinos.

Sin embargo, hay vacíos - que el Derecho debe prevenir en la regulación que llevan a situaciones injustas, como

por ejemplo, desde cuándo existe equiparidad de la sociedad de bienes con la sociedad de gananciales: si desde que los concubinos deciden vivir juntos (fecha cierta) o si desde que cumplen las exigencias de la ley, esto es, dos años de vida en común sin impedimentos para contraer matrimonios. Es cierto que la exposición de motivos del Código Civil referente al concubinato establece que la equiparidad se va a dar cuando las condiciones se han llevado a cabo, señalando que el cumplimiento de estas debe ser concurrente; sin embargo, nos parece que ello nos puede llevar a situaciones injustas al tratarse de concubinos que, viviendo juntos pero aún sin haber llegado a los dos años, pasan por situaciones complicadas. Situémonos en el caso que uno de ellos haya comprado un bien a su nombre (sabemos que el concubinato no crea estado civil), y luego de los dos años de convivencia este decida separarse de su pareja: en esa situación, el bien comprado solo corresponderá al concubino que lo adquirió, no correspondiéndole nada a su compañero.

Por otro lado, el concubinato, tal como está regulado en nuestra legislación, otorga derecho alimentario a la concubina solo cuando la unión de hecho termina por abandono de uno respecto del otro. Esto es una situación que debe variar, en tanto que esos alimentos deben existir no solo cuando la unión de hecho ha desaparecido, sino incluso cuando el concubinato esté vigente y uno de ellos se niegue en forma injustificada a socorrer al otro. Se trata, pues, de un estado de vida semejante al matrimonio, en el que, los cónyuges se deben alimentos entre sí.

Se encuentran aún en discusión otros derechos que pueden ser concedidos a los concubinos, como ser beneficiarios del patrimonio familiar, o derecho a heredarse recíprocamente, entre otros.

4.- Supresión de los esponsales.

El noviazgo o promesa esponsalicia es una figura que en el presente no tiene mayor presencia, por lo que muchas legislaciones han dejado de regularla. La promesa esponsalicia implica un compromiso por parte de un hombre y una mujer de contraer matrimonio; ahora bien, si ello se incumple por parte de algunos de los esposos (así se les llama a los que hacen la promesa) no hay exigencia legal para cumplir con el compromiso asumido, pues, como sabemos, el matrimonio supone un ejercicio de libertad en el que se manifiesta la voluntad de celebrarlo sin presión ni coacción alguna; sin embargo, la ley sí prevé consecuencias patrimoniales a este incumplimiento, otorgando derecho al esposo afectado, a solicitar una indemnización. Ahora bien, esta indemnización también está prevista en nuestra legislación para todo aquel que cause un daño; en este caso, se trataría de un daño moral, sin descartar también la existencia del daño material. Pero ¿para qué mantener una institución que no tiene aceptación y que resulta fácilmente prescindible?

5.- Instituciones de amparo del incapaz.-

En este punto vamos a tocar la tutela y la curatela, sin desconocer que igualmente requieren revisión las insti-

tuciones de la patria potestad y del consejo de familia -de las que muchos piden su eliminación-. Hemos escogido la tutela y curatela porque creemos que muy pocos se ocupan de estas instituciones a pesar de que tengan gran presencia en los tribunales, donde se topan con las imprecisiones que al final terminan creando situaciones injustas.

-Tutela.-

Institución de amparo del incapaz que entra en defecto de la patria potestad o cuando esta resulta inconveniente para los intereses de los menores. Esta institución confiere al tutor facultades semejantes a la patria potestad; se justifica en tanto el menor necesita cuidados, protección y asistencia, y los llamados a brindárselo no se encuentran, sea porque han fallecido, porque han sido suspendidos del ejercicio de la patria potestad o, lo que es peor, han perdido la patria potestad.

La regulación legal de la tutela deja mucho que desear, pues choca frontalmente contra una realidad que nos presenta a menores abandonados moral y materialmente, o que, teniendo a sus padres, no vienen cumpliendo con los deberes que le impone la patria potestad. Las exigencias formales y legales nos llevan a pensar que se reguló la institución solo para menores con patrimonio propio, siendo la realidad otra: una inmensa mayoría de menores sin recurso alguno, quienes se encuentran abandonados a su suerte. Para ellos debió ser la tutela, sin perjuicio de que funcione igualmente para los pocos menores con patrimonio propio. Estas exigencias son muy difíciles de cumplir por los convocados a la tutela, quienes no tienen bienes para ofrecer en garantía, a la par que para el ejercicio del cargo, se deben cumplir con trámites judiciales, engorrosos y que generan un costo, como el discernimiento del cargo.

Si tenemos en cuenta la situación de los menores ubicados en las zonas marginales o en los poblados alejados de las grandes urbes, vamos a comprobar que la normatividad legal no es de aplicación a ellos, comprobando otra vez el divorcio existente entre lo que se regula (aplicable a las grandes ciudades) y lo que aparece como realidad de la infancia desvalida y desprotegida.

En el presente, cuando se solicita el discernimiento del cargo de tutor -aun cuando este aparezca en testamento-, nuestros magistrados no lo conceden si es que existen padres que no han sido separados del ejercicio de la patria potestad pese a que no estén con sus hijos -pues lo único que hicieron fue reconocerlos y luego desaparecieron- o porque estando con sus hijos, estos se encuentran en situación de abandono material o moral. En una situación como la que se describe debería proceder la tutela; sin embargo, los jueces, ante la existencia de los padres, desestiman la solicitud sin entrar a analizar siquiera cuál es la situación de ellos con respecto a sus hijos. La tutela debería ser concedida, incluso cuando los padres existan y estén al frente de sus hijos pero no cumplan las obligaciones que entraña la patria potestad; no se debería esperar a que se siga un juicio de suspensión o pérdida

de la patria potestad para recién actuar, sobre todo con lo implica estos procesos en cuanto a tiempo y costo.

De una revisión de las normas sobre tutela que existen en el Código Civil, vamos a comprobar cómo estas se han regulado con un criterio patrimonialista, minimizándose la atención personal de los infantes bajo tutela. Al respecto, se debe precisar que estas relaciones personales son las que deberían demandar mayor atención, pues la tutela ha nacido precisamente para atender al menor en cuanto a su persona, siendo importante el cuidado de su patrimonio, pero no debe hacerse descansar la institución preferentemente en lo patrimonial, sobre todo porque en el Perú el número de menores con patrimonio propio es insignificante en comparación con aquellos que no tienen nada.

Curatela.-

Es otra de las instituciones de amparo del incapaz, principalmente dirigida a atender y cuidar a las personas mayores de edad que, por diversos motivos, no pueden valerse por sí mismas y requieren de una tercera persona que cuide de ellas y su patrimonio. Esta tercera persona toma el nombre de “curador”.

La curatela en el Perú ha sido entendida como una institución dirigida no solo a cuidar al mayor de edad incapaz sino que, en una suerte de confusión, también se dirige a cuidar bienes cuyo titular, por diversas circunstancias, no se encuentra al frente de los mismos; en este caso toma el nombre de “curatela de bienes”, pero igualmente ha sido pensada y regulada para atender asuntos específicos, particulares, concretos, por lo que se le denomina “curatela especial”. Desde nuestra perspectiva, no tiene sentido hacer esta clasificación de curatelas, pues estas dos últimas no responden en puridad a la naturaleza propia de lo que es la curatela que, en esencia, es ocuparse de la persona y patrimonio del mayor de edad incapaz, cuidándolo, protegiéndolo, asistiéndolo y siendo su representante legal en vista de que no goza de capacidad de ejercicio. No podemos condenarlo a una permanente indefensión, con un serio perjuicio para sí mismo; mucho menos, la sociedad puede mostrarse impávida ante estos hechos -por ello, desde el Derecho Romano se previó esta figura-. Las otras clases de curatela pueden incluirse, quizás dentro del proceso civil, como procesos no contenciosos para ventilar intereses cuyo cuidado aparentemente no incumbe a nadie.

La forma como se ha regulado la curatela, por decir lo menos, no es la más feliz, en tanto que se parte de hacer una clasificación de los incapaces en absolutos y relativos. Se entiende por los primeros a aquellas personas que no pueden valerse por sí mismas, requieren de asistencia permanente y son totalmente dependientes. Los relativos, se supone, aun cuando padecen de ciertas incapacidades, no tienen desaparecida totalmente su capacidad de discernimiento ni requieren permanentemente de cuidados; en otras palabras, son incapaces para determinadas cosas, pero mantienen su capacidad de ejercicio para ciertas actividades. Bajo esa circunstancia, debió considerarse que, en estos casos, cuando se designa a un cura-

dor para los llamados incapaces relativos, debe señalarse expresamente cuáles son las facultades de estos, a fin de no convertir al incapaz relativo en una suerte de personas que no tienen presencia alguna en el campo jurídico, como viene sucediendo en la actualidad. Todo ello parte de la deficiente clasificación que ha hecho el legislador respecto de los incapaces absolutos y relativos.

En efecto, si uno observa con detenimiento a los incapaces absolutos, estos en verdad lo son por cuanto no pueden valerse por sí mismos y, al estar privados de esa capacidad (como el privado de discernimiento, el sordo-mudo, ciego-sordo y ciego-mudo que no puede darse a entender inteligentemente), requieren de asistencia y cuidados permanentes. En estos casos, se justifica designarles un curador que los asista en todos los actos de su vida, no solo en lo concerniente a su quehacer jurídico, sino principalmente en el cuidado de su persona, velando porque no le falte nada y, si fuere el caso, internándolo en un centro de atención especializada. En estas circunstancias -reitero-, se justifica la presencia del curador, a quien se le dota de amplias facultades para que represente al incapaz.

Ahora bien, si observamos con detenimiento la clasificación que hace el Código con respecto a los incapaces relativos, vamos a observar que muchos de ellos requerirán asistencia, sobre todo legal para determinados casos; sin embargo, no podemos declararlos como muertos civiles a fin de que el curador pueda sustituir en todo a estos incapaces, pues estos tienen capacidad para actuar en determinadas situaciones sin mayor dificultad. Tal es el caso del pródigo o el mal gestor, quienes no requieren ninguna atención en el campo personal, o el caso del que sufre deterioro mental leve o retardo mental leve, a quienes por esta deficiencia no podemos privarlos de realizar actividades que no requieren de la presencia del curador. En consecuencia, cuando se les designa curador, deberá precisarse claramente qué tipo de facultades son las que se están concediendo, a fin de que el incapaz relativo pueda seguir actuando dentro de su contexto social sin mayor dificultad. Esto es lo que viene ocurriendo en países como Alemania a través del nuevo sistema llama-

do *Beetreung*, que apunta a que los incapaces no pierdan su presencia de seguir siendo sujetos de derecho cuando están facultados para hacerlo, justificando la presencia del curador solo para determinados actos. A este sistema debemos tender. Esto supone cambiar la deficiente clasificación que hoy tenemos de los incapaces absolutos y relativos, por cuanto en el presente, varios de esos incapaces a quienes se les denomina relativos son en verdad absolutos, como las personas con retardado mental o los que han sufrido deterioro mental cuya incapacidad no les permite atender ni siquiera sus propias necesidades (como el arreglo personal, o el velar por su salud); entonces, en estos supuestos aquellos incapaces deberían calzar dentro de los llamados incapaces absolutos.

Por otro lado, la situación de los llamados incapaces relativos, como el ebrio habitual, el toxicómano, el pródigo y el mal gestor, debería ser tratada aparte, pues no es la misma situación de los incapaces absolutos ni de los relativos; sin embargo, hay en ellos una cierta deficiencia que, en el caso de los pródigos y el mal gestor, se centra en la parte económica pues, si son declarados interdictos, lo son porque han perdido parte de su patrimonio. En el caso del ebrio habitual y el toxicómano, también su situación es particular: hay algunos que requieren de asistencia permanente porque ya dependen del vicio, constituyendo incluso peligro no solo para ellos, sino también para la sociedad; sin embargo, hay aquellos que aún no son dependientes, sino consumidores habituales, los cuales requieren de ayuda para superar el problema, pero cuyo discernimiento sigue siendo intacto, no justificándose así la presencia de un curador.

En cuanto a las formalidades para el funcionamiento de la curatela, nuestra crítica es la misma que hicimos a propósito de la tutela: son exigencias muy formales que en vez de ayudar terminan dificultando el funcionamiento de la curatela; por ejemplo, el proceso de interdicción no solo es moroso, sino que, en forma inútil, la sentencia que declara la interdicción debe ser consultada en la instancia superior, prolongando aún más el hecho de que el curador entre en funciones.