

Yuri Vega Mere*

El nuevo rostro de la familia

Cuadros de una exposición¹

RESUMEN: En el presente ensayo el autor realiza un análisis de los diversos aspectos en los cuales se han producido cambios en el Derecho de Familia así como en el concepto mismo de familia. El ensayo se inicia con la influencia que han tenido los instrumentos internacionales en la consagración de derechos personales y relativos a la familia como un antecedente de la protección constitucional de la familia. Luego analiza (brevemente) los cambios ocurridos en la familia misma, tales como la presencia de la mujer en el mercado de trabajo; la democratización de las decisiones familiares, el problema de la vigilancia de los hijos a cargo de terceros; cómo la intimidad familiar cede ante la protección necesaria para combatir la violencia familiar; los nuevos tipos de familia; el matrimonio homosexual; la flexibilización de la legislación sobre el divorcio y los usos del Internet en el Derecho de familia. El ensayo contiene fundamentalmente referencias al Derecho Peruano y a la vez se vale de la experiencia extranjera.

ABSTRACT: In this essay the author analyzes the changes that have occurred in several areas of family law as well as the change in the concept of family itself. The essay begins with the influence of international instruments in the consecration of personal rights and on the rights related to the family as an antecedent to the constitutional protection of the family. Then discusses (briefly) the changes in the family, such as the presence of women in the labor market, the democratization of family decisions, the monitoring of children by third parties, how family privacy yield to the protection needed to combat domestic violence, the new ty-

* Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María (Arequipa).

¹ El subtítulo es deliberado. Alude a la composición que hiciera Modesto Mussorgsky al visitar la exposición de un pintor al que conoció antes de morir, Viktor Hartmann, que también trabajaba en el campo de la ilustración de libros y la arquitectura y del que se hizo gran amigo. Al contemplar los cuadros de Hartmann, Mussorgsky decidió hacer un homenaje al pintor fallecido. Así, en junio de 1873 creó la suite para piano Cuadros de una exposición de la que comúnmente se conoce la extraordinaria orquestación que de ella hizo Maurice Ravel. La intención es que el lector ingrese a esta galería que muestra el nuevo rostro de la familia por medio de cuadros que, sin duda, no son de la calidad de los de Viktor Hartmann.

pes of family, the same-sex marriage, the changes in the statutes law on divorce and usages of the Internet in Family Law. The essay mainly contains references to Peruvian law and also refers to the foreign experience

1. Ideas preliminares

Las leyes que han acogido modificaciones al régimen legal de la familia en los últimos años encarnan dos procesos contrapuestos pero, paradójicamente, compatibles. Por un lado, encontramos leyes que se condicen con un proceso –parcial– de *privatización* de la familia. Por otro, se han promulgado leyes que traducen un claro propósito de injerencia del Estado en los hogares.

A ello debe sumarse que el bloque normativo relativo al derecho de familia, tal como existe hoy en el Perú, muestra un mosaico de principios y reglas no necesariamente coincidentes y a veces hasta –esta vez sí– contradictorios.

Desde aquella perspectiva, advertimos que la protección de la familia por obra del Código Civil (de 1984) se sustenta en el matrimonio, mientras que la Constitución (de 1993) protege a la familia sin más, y sin perjuicio de promover el matrimonio como un mecanismo de obtención (inmediata) de efectos que son alcanzados en el tiempo –legalmente establecido– para otra clase de uniones.

La regulación del Código Civil –se sabe– responde a una visión *corporativa* de la familia, enfoque que –históricamente– privilegió al grupo por sobre las personas que la conforman. Tal visión, no obstante, es matizada por algunos espacios que se consideran esenciales para la participación de todos los integrantes de la familia (administración del patrimonio familiar, crianza de los hijos, etc.). A su turno, la Constitución es rica en derechos personalísimos que al sustentarse en la dignidad de la persona excluye toda subordinación a una idea o entelequia.

A quienes nos colocamos en la posición de observador no nos es difícil advertir que el continuo crecimiento de normas que atañen a la familia responde a motivaciones distintas. Así como las leyes sobre el divorcio y la promoción de la conciliación familiar buscan espacios mayores a decisiones propias de los componentes del grupo familiar, el bloque complementario de disposiciones se relaciona más con la situación de los menores y de las mujeres tanto por la violencia que se ha descubierto en los hogares como a la necesidad de arbitrar soluciones que son adoptadas por el Juez cuando las partes no llegan a

ningún resultado en un proceso que trasunta la debacle familiar.

No puedo dejar de señalar que el concepto de familia del Código Civil se encuentra en crisis y que quizá la crisis ha sido ya superada gracias a que la familia tiene una gran capacidad de acoplamiento a opciones que la realidad va configurando², lo que equivale a decir –según entiendo– que la noción que el Código Civil tiene de ella quedó rezagada y no se ajusta más a los hechos que se revelan ante nuestros ojos pero que muchos no quieren ver (menos aceptar).

Una nota curiosa adicional. Los cambios legislativos más intensos en la familia siguen dando mayor cabida al Estado al interior de ella, mientras que los cambios conceptuales (y no siempre contradictorios) relacionados con la disolución de la familia se acercan más a una suerte de privatización de aquella.

2. Constitución, Instrumentos internacionales y Derecho de Familia

La historia del derecho nos enseña que el movimiento codificador fue empujado, entre otros factores, por el anhelo de los representantes de la Escuela Moderna del derecho natural de contar con una legislación acorde a los dictados de la razón y al derecho natural. Pese a considerar como contingente el derecho positivo, estimaron que el derecho romano podía servir de derrotero para legislar determinados sectores de la realidad³.

Es necesario hacer notar que también los miembros de aquella Escuela perfilaron nítidas definiciones que pretendieron separar lo público de lo privado.

Pero hay un dato que es el que mayormente concita nuestra atención. Los Códigos que parió el siglo XIX no plasmaron normas relativas a todos los derechos de las personas (algunos ni siquiera se habían descubierto: la *privacy*, la imagen, la voz, la identidad, etc.). Posiblemente porque se creyó que ello formaba parte del derecho natural y no era necesario acogerlos en normas del derecho positivo.

Desafortunadamente la evolución de los hechos contradujo este presupuesto, pues el éxito de la codificación trajo como resultado que muchos creyeran que el derecho había quedado reducido a la ley. Lo que no está en la ley no existe: monismo jurídico. Y, por supuesto, la ley no contemplaba una amplia regulación de los derechos de la persona ni normas de protección de determinadas facetas de la familia que, por la época, transitaba de la familia extensa hacia

2 Coincide, IGLESIAS DE USSEL, Julio. *Crisis y vitalidad de la familia*. En: *Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones*. En: Revista de Occidente, Diciembre de 1997, N° 1999. Madrid, p. 33.

3 Entre otros, DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz, Paris, 1978, pp. 37-61, sostiene esta tesis.

el modelo nuclear que fue parido por la revolución industrial.

En el siglo XX, tras la aparición (y desaparición) de regímenes totalitarios y luego de las confrontaciones bélicas globales que hicieron añicos el respeto a la dignidad de las personas; las naciones se vieron obligadas a concertar esfuerzos por consagrar instrumentos internacionales que sirvieran de acicate a los Estados para redescubrir del rol central de la persona y proteger su dignidad. Convenciones, Declaraciones, Tratados y otros mecanismos fueron (y siguen siendo) muestra de esta preocupación.

Es curioso advertir que a partir de esos instrumentos, las Constituciones (con algunas excepciones) que se dieron en muchos países introdujeron largos catálogos de derechos de la persona (derechos fundamentales) y algunos pocos relacionados con la familia.

Aquella internacionalización motivó que, a nivel local, las Constituciones nacionales “constitucionalizaran” ciertos derechos que la legislación de derecho privado había callado o que contenía pero en un plano normativo que no tenía jerarquía constitucional.

Dentro de este proceso de constitucionalización se acogieron soluciones que se enfrentaron abiertamente con normas tradicionales del derecho privado que exigían urgente reforma (p. ej. la igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, la igualdad entre varón y mujer en la familia, la protección de las uniones de hecho, etc.).

Debido a ello, muchos Códigos Civiles concebidos en la segunda mitad del siglo pasado trasvasaron los aportes de aquellos instrumentos internacionales con el fin de *humanizar* y *democratizar* las relaciones familiares. Pero el modelo nuclear, por lo general basado en el matrimonio entre varón y mujer, se mantuvo como escenario de la familia.

Por ello, he venido sosteniendo en los últimos años que la constitucionalización del derecho de familia ha provenido, en gran medida, de instrumentos internacionales erigiéndose principios que han exigido (y que aún exigen en instituciones básicas) un acomodo a los nuevos principios constitucionales y que bien podrían servir de sustento para declarar algunas leyes inconstitucionales por inconstitucionalidad sobreviniendo a partir de la Constitución de 1993.

Lo paradójico de esta constatación es que ha sido el derecho público el que ha abierto trocha al legislador común, pero el camino de la reforma del Código Civil aún no ha terminado de ser transitado. La reciente Ley de filiación lo demuestra, pues permanece anclada al modelo legal de la familia matrimonial del Código Civil ignorando la protección de la familia en general por parte de la Constitución, matrimo-

nial o no. No debo dejar de mencionar la importante labor que ha cumplido, en los últimos años, el Tribunal Constitucional al irradiar los alcances del modelo constitucional para cuestionar la exclusión de ciertos derechos a favor de las uniones de hecho (la pensión de viudez en el sistema público) y la decisión de extender el manto protector de la Constitución a las familias ensambladas.

Otra paradoja: en la gran mayoría de aquellos instrumentos internacionales ha primado la tendencia a plasmar derechos personales antes que grupales (pese a sentarse principios a favor de la familia), creándose una suerte de contradicción intestina que ha generado mayores demandas de autonomía al interior de los propios grupos familiares, cuya “superioridad” viene siendo cuestionada severamente si no constituye un medio de realización de los individuos. Aquí, como siempre, la prudencia y la adecuada ponderación de intereses en juego debe exigir que el respeto a la dignidad de los miembros del grupo familiar no se traduzca en una acentuación irrestricta y desbordada de los intereses individuales que bien podría devorar los intereses familiares sobre los cuales, sin regresar a una concepción corporativa de la familia, conviene rescatar y delinear de una manera adecuada.

3. La familia democrática y la renuncia a la descendencia

Uno de los aspectos que quizá goce de más vieja data tiene relación con el papel que le atañe a la mujer en la familia. Para el antiguo derecho codificado – pasando por los Códigos Civiles y de comercio- la mujer tenía un protagonismo limitado a cuatro paredes. De la custodia del padre pasaba a la del marido; entre las labores aprendidas en la casa paterna se encontraba, como una de las principales, la de tomar lecciones de atención al marido y cuidado de los hijos: esa era su única contribución y por ello no era importante que tuviera mayor educación superior. El marido era quien debía llevar dinero a la casa.

Los movimientos feministas, pese a sus conocidas expresiones radicales, contribuyeron a liberar a la mujer de las tareas domésticas y de la dependencia económica del marido. La mujer decidió que debía capacitarse, depender de ella misma y salir al mercado de trabajo⁴. Las decisiones al interior del hogar dejaron de tener un matiz exclusivamente masculino (y hasta machista) para pasar a ser motivadas por el consenso. Inclusive, su contribución a la economía familiar le hizo ganar espacios.

El progreso de los niveles de educación de una generación a otra, especialmente en las clases media y baja, sobre todo con el más fácil acceso a la educación universitaria gratuita y a los estudios de especia-

lización (en el caso de los sectores más favorecidos), determinaron el ingreso de la mujer al mercado de trabajo⁵.

Los espacios ganados, inclusive, empujaron a un aumento (discreto, por ahora) de los matrimonios convenidos bajo un régimen de separación de matrimonios. De esa manera la mujer ha cobrado más independencia y adquiere libertad económica.

Es cierto que en un contexto social como el nuestro aún existe un porcentaje nada despreciable de analfabetismo (que las estadísticas, a mi juicio, esconden) y, especialmente, de pobreza. Y es por estas razones primarias que en los sectores más deprimidos la ausencia de educación afecta con mayor rigor a las mujeres. Pese a que éstas también salen a las calles a “conseguir lo que se pueda” las carencias cognitivas se expresan en su innegable desconocimiento de los derechos que la ley le franquea al interior de la familia.

Sin embargo se trata de una constatación relativa y hasta curiosa. Relativa porque las madres de los hogares pobres han aprendido a organizarse y a buscar la cooperación entre ellas para obtener, al menos, los medios más elementales de supervivencia: la alimentación. Lo curioso es que los obtienen fuera de sus hogares y cuando regresan a ello, pese a su invaluable contribución, siguen teniendo voz pero no voto en muchas decisiones familiares, pues éstas suelen ser impuestas por los maridos.

Por cierto, el consenso en las decisiones familiares no debería depender de que la mujer trabaje fuera del hogar. El rol que ella cumple en la casa tiene un costo inapreciable y es un valor que, en mi opinión, debería traducirse en un dato muy concreto en el momento en que una familia se disuelve: su contribución debe “sumarse” matemáticamente al tiempo de repartirse los bienes y si ello no es posible debería recibir una indemnización por el trabajo no remunerado que cumplió, especialmente en lo relativo a la crianza de los hijos. En países como España, cuando se produce el divorcio, se busca compensar al cónyuge que abandonó trabajo e ingresos propios o estudios para dedicarse al hogar, con el fin de que se *reinserte* en el mercado profesional, lo que sin duda constituye una fórmula que le restituirá dignidad e independencia y que, a la larga, implicará una gruesa disminución de conflictos por temas económicos luego del divorcio. Por supuesto, cuando he propuesto públicamente una medida como la que comento he recibido gestos que expresan que me he ido muy lejos en mi imaginación.

Otro de los temas, a tratar es el relacionado al trabajo doméstico. Hoy en día los hombres dedican más horas en trabajos del hogar. Suzanne M. Bianchi y Lynne M. Casper han mostrado (con estadísticas) que en los Estados Unidos de América los hombres dedicaban a las labores domésticas 4.9 horas por semana en 1965; y en 1995 destinaban 10 horas semanales⁶. Las labores domésticas expresan la democratización de la familia.

La familia igualitaria o democrática es el camino a seguir. Ella parece ser una transición hacia una familia en la que la igualdad y la dignidad de los esposos o convivientes y sus descendientes reflejen lo que el Estado quiere de la familia: familias sanas y en armonía. Y es que la familia es una clara meta o tema del Estado y a ella debe ofrecer un adecuado marco protector.

No debo terminar esta parte sin mencionar que como lo ha mostrado el ganador de premio de economía, Gary Becker, que la llegada de la mujer al mercado de trabajo se tradujo en la reducción del índice de natalidad y en el aumento de la tasa de divorcios. Hoy en día, consolidada la posición de la mujer en la escena laboral, académica, política, etc., también se advierte una tendencia hacia las uniones sin hijos. En no pocos casos pueden mediar simples motivos de no querer hacerse cargo de la responsabilidad de educar a los hijos por temor o por verlos como un costo (que lo son, sin duda). Con ello, es altamente probable que, sobre todo en Europa, siga descendiendo el índice de natalidad. Por lo pronto, ya existe un porcentaje nada despreciable de familias con un solo descendiente, mientras se incrementan las familias sin hijos y el número de “hogares” unipersonales, es decir, de individuos que viven solos y sin intención de constituir una familia o procrear vida.

4. Nanas, guarderías e hijos “autosuficientes” (*home alone*)

Otro de los efectos que ha traído consigo la presencia de la mujer en el mercado de trabajo es su reticencia al matrimonio o convivir (aunque esta última puede ser una mejor opción) hasta no haber alcanzado cierta capacitación y estabilidad económica.

Inclusive, después de ello, y tras contraer matrimonio o iniciar una convivencia, las mujeres, que ya han gozado de esa independencia, son reacias a dejar de trabajar. Ello supondría dejar de lado el esfuerzo de años, los logros obtenidos, los recursos invertidos, y pasar a administrar la economía familiar con una única fuente de ingresos: la del marido. Ni siquiera

5 Ver las interesantísimas apreciaciones de FUKUYAMA, Francis. *La gran ruptura*. Atlántida, Buenos Aires, 1999, pp. 144 ss, así como las cifras, más actualizadas, DAVID POPENOE. *Cohabitation, marriage and child wellbeing. A cross-national perspective*. The National Marriage Project, Rutgers, The State University of New Jersey, New Jersey, 2008, p. 2.

6 BIANCHI, Suzanne M. & LYNNE M. CASPER, *American families*. Population Bulletin, a Publication of the Population Reference Bureau, December 2000, Vol. 55, N° 4, p. 33.

cambia este escenario cuando llegan los hijos, si es que la mujer capacitada ha decidido tenerlos, pues no deja de ser un dato a tener en cuenta que las mujeres que dedican energías a su realización profesional empiezan a ser renuentes a tener descendencia.

Cuando la mujer trabajadora o profesional tiene hijos y no puede hacerse cargo de ellos durante la jornada laboral, la familia echa mano a terceras personas para que se hagan cargo del cuidado de los descendientes. O bien se recurre a instituciones organizadas que cuidan hijos ajenos de padres trabajadores o bien éstos introducen a su casa extraños que terminan teniendo mayor contacto con los hijos que los propios progenitores. No son raros los casos en que los padres se dan con la ingrata sorpresa que sus retoños adoptan costumbres de las amas que no están dispuestos a aceptar, pero que desgraciadamente se tornan inevitables. Es irónico comprobar, por lo demás, que muchas “nanas” son más amas de casa que las madres. ¿Serán las nuevas reinas de los hogares? Inclusive, en los tiempos que corren, se viene afirmando el respeto a la dignidad de las “trabajadoras del hogar” en diversos sentidos, llegando al punto de considerar vejatorio exigirles vestimenta especial.

Por otro lado (y debo dejar constancia que esta idea no es mía, en lo absoluto), debo mostrar insatisfacción que la legislación laboral solo imponga como obligatorio ante el empleador descanso pre y post natal a la madre trabajadora sin pensar en la posibilidad de conceder un derecho similar al padre para que éste asuma y comparta responsabilidades (que muchos cumpliríamos gustosamente)⁷.

¿Y qué podría hacer el derecho para evitar tales consecuencias? Bernard Russel ideó, hace muchas décadas, una posible solución: que se pague a las madres para tener hijos. No me cabe la menor duda que muchas mujeres no aceptarían esta propuesta⁸. Además, ¿y qué de su realización profesional o personal más allá del rol de madre? Esa salida, además, es imposible en países en los que el Estado apenas puede subsidiar los estudios de los hijos de las familias pobres a través de la educación gratuita (por lo general de escasa calidad por la carencia de apoyo a los docentes). Además, significa un empequeñecimiento de la potencialidad y de la libertad de la mujer fuera de cuatro paredes.

¿Y qué ocurrirá cuando los padres se separen o se divorcien? ¿Serán las guarderías las que se harán cargo de los hijos de padres trabajadores? Sin temor a equivocarme, gran parte del día ocurrirá ello. ¿Se dividirá la labor de educación entre los padres y las cunas? Es parte de lo que está pasando.

Por otro lado, debe resaltarse que al menos en países de esta región, las “nanas” no representan un costo considerable. En cambio, en países como Estados Unidos de América, los costos son muy elevados, por lo que la ausencia de los padres en los hogares ha generado la figura del niño solo al cual se refieren Bianchi y Casper con el nombre de una famosa película *Home alone*⁹. Cuentan estas investigadoras que los costos del cuidado de los niños de padres que laboran fuera de la casa son elevados y que en 1995, 15% de niños (5,2 millones) con edades que oscilan entre los 5 a 13 años pasaban una semana típica americana bajo su propio cuidado (*self-care*)¹⁰. Esperemos que esos cuadros no se presenten en nuestro medio, aunque no deja de ser cierto que la formación de las “nanas” no es muy sólida como ocurre con las personas que laboran en una guardería.

5. La batalla entre la Intimidad familiar y protección contra la violencia en los hogares. Noticias que sorprende: la violencia contra los varones

La familia, a mi parecer, no debe ser más concebida como un ente abstracto, como una *entelequia* a la cual sus integrantes hayan de someterse sin más, subordinando y sacrificando sus intereses. No es una corporación sino un agregado de seres portadores de dignidad “individual”.

La familia –se afirma con razón– es un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de los años.

Pero también es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconden de la mirada de los demás.

Sin embargo, el incontestable avance del valor solidaridad ha movido al Estado liberal de la indiferencia con que miró los problemas que se suscitaban al

7 En el Congreso se debate, en la actualidad, un proyecto de ley que daría a los hombres el derecho a tomar como días de *licencia de paternidad* aquellos que se computen desde que la esposa o concubina dio a luz hasta que se reintegre al hogar. El tema espera en el Congreso desde el año 2001. De acuerdo con la información que aparece en la p. 216 el Diario “El Comercio” del día 10 de mayo de 2009, en el informe *¿Qué buena madre es... mi padre!*, existen países como Francia, el Reino Unido, Dinamarca, Bélgica y Suecia que conceden hasta 14 días remunerados a los padres. Otros países van desde 2 (España, Paraguay, Argentina y Guatemala) pasando por 3 (Uruguay), 4 (Colombia) hasta llegar a 5 días (Portugal, Hungría, Brasil, Chile y Puerto Rico). En el Perú, la Municipalidad del Callao mediante Decreto de Alcaldía 00014 publicado el día 28 de junio de 2000 permite a sus trabajadores tomar una licencia de 3 días contados desde el nacimiento del hijo/a. En el 2003 lo hizo la Municipalidad de Morropón (Piura) en términos similares. El Ministerio de Trabajo ha emitido opinión favorable pues va de la mano con la Resolución 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que fue ratificada por el Congreso el 28 de mayo de 1986.

8 RUSSEL, Bertrand. *Matrimonio y moral*. Ediciones Leviatán, Buenos Aires, pp. 152-153.

9 En nuestro medio el film (comedia) se conoció con el título “Mi pobre angelito”, protagonizada por Macaulay Carson Culkin en 1990 escrita y producida por John Hughes. Macaulay Culkin interpretó al personaje Kevin McCallister, un niño de ocho años, que es dejado olvidado por error en su casa cuando su viaje a Francia para tomar unas vacaciones los días de Navidad.

10 BIANCHI Y CASPER. *American families*. Op. cit., pp. 34 y 35.

interior del hogar, hogar al cual el Estado burgués obsequió el escudo de la intimidación familiar.

Hoy en día, el Estado ha promovido una legislación acorde con las aún persistentes diferencias sociales y económicas entre los miembros de una familia, especialmente cuando ellas desencadenan en la violencia contra la mujer o contra los niños. No importa más que se sostenga que se trata de una cuestión “doméstica” que sólo pueda ser resuelta por los miembros de la familia. Al Estado (al menos a través de esa legislación *ad hoc*) le interesa preservar familias sanas y solidarias -quizá también con un afán de contar con buenos ciudadanos y buenos trabajadores y contribuyentes- asumiendo, para ello, el firme propósito de evitar y sancionar el abuso, la violencia, la humillación y la enorme miríada de consecuencias sociales que se pueden derivar de una familia en la que existe tiranía, explotación o maltrato.

Para ello, ha sido necesario penetrar la intimidad familiar, privilegiar la salud de aquellos miembros que son víctimas de flagelación puesto que la salud -como derecho fundamental-, así como el libre desarrollo de la personalidad, gravitan más para el derecho que el escudo de la vida privada familiar. Sin duda, se trata de un atisbo de “publicación” del derecho privado.

La violencia familiar es un punto de inflexible atención por parte del Estado. Sin perjuicio de la norma general (Ley de Protección frente a la Violencia Familiar), se han creado hogares de acogida temporal para las víctimas de violencia familiar, que brindan protección, albergue, alimentación y atención multidisciplinaria especializada de acuerdo con las necesidades específicas de las víctimas por razón de sexo y edad, propiciando su recuperación integral. Nuestro país, por lo demás, desde el año 1996, se adhirió a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Las últimas noticias arrojan cifras *in crescendo* de mujeres que son asesinadas por su pareja. Instituciones como el Ministerio de la Mujer y el Ministerio Público han decidido crear registros *ah doc* del ahora llamado “feminicidio” con la finalidad de mensurar los índices extremos de la violencia familiar que aún no se morigera en nuestro medio.

Del mismo modo, según una noticia difundida en marzo de 2008¹¹, cada año en Lima se denuncian 2,500 casos de violencia familiar contra los hombres. De acuerdo con la información provista por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, que es la entidad que cuenta con tales datos, el 65% de los casos son por maltrato psicológico. Las principales

agresoras son las esposas o convivientes que agreden a su pareja masculina cuya edad oscila entre los 26 y 45 años (de las víctimas). En menor proporción, las mujeres agreden a sus padres, hermanos, cuñados u otros varones. En el año 2007, se reportaron 633 casos de hombres que sufrieron maltrato psicológico, 332 casos de violencia física y 9 de agresión sexual. Generalmente, las mujeres que ejercen tal violencia tienen problemas con el consumo de alcohol, desórdenes psicológicos, cambios de humor severos (repentinos), son mitómanas o manipuladoras. En dicha nota, se comenta que la psicóloga clínica Alejandra Palacios sostiene que los padres maltratados soportan el maltrato porque temen dejar a sus hijos en manos de una mujer violenta. Finalmente, debe tomarse en cuenta que a nivel nacional existían, hasta la fecha de la nota periodística, 5,539 denuncias ante las comisarías, de violencia contra los varones. Es evidente que la violencia familiar no reconoce género.

6. Las corrientes puerocéntricas¹²

El derecho familiar tradicional sujetó a los hijos a las decisiones de los padres anulando, de esa manera, la participación del niño o adolescente en temas de directo interés que atañían más al propio menor que al deseo de los padres. La autoridad de los progenitores, inclusive, se concentró en cabeza del padre.

Los menores eran tratados como incapaces de expresar opiniones propias, de cultivar inclinaciones o tendencias, de profesar credos diversos a los de los padres. Esta situación se encuentra en franco proceso de retirada hace varios buenos años. Los niños, hoy, parecen ser el centro de atención de los Estados, al menos en cuanto atañe a la profusa normatividad nacional e internacional que hemos venido conociendo en la última década. También se refleja este hecho en la legislación sobre maltrato infantil.

Inclusive, en nombre del conocido estándar referido al interés superior del niño muchas normas del derecho común han sido abiertamente desconocidas o puestas a un lado, o bien interpretadas de un modo distinto al usual. Casos conocidos son aquellos de condena al pago de una pensión alimenticia a cargo de quien no siendo cónyuge aparece mencionado por la madre declarante del nacimiento de un hijo, a pesar de la invalidez de dicha referencia dispuesta por el art. 392 del Código Civil peruano, que luego dio pie a una jurisprudencia de exclusión de nombre a favor del varón cuyo nombre fue consignado en la partida.

11 Me refiero al informe que apareció en la p. a18 del Diario “El Comercio” el día 16 de marzo de 2008, en el que se reporta, bajo el título *Cada año 2,500 hombres son víctimas de violencia familiar en la capital*, casos de violencia contra los varones.

12 Expresión que tomo de NAVARRO VALS, Rafael. *Matrimonio y derecho*. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 51 y ss.

La legislación sobre niños y adolescentes, además, ha revolucionado conceptos como el de la incapacidad de ejercicio, pues se ha anticipado la habilidad de los adolescentes (y en otros casos a los niños) para obrar válidamente con relativa autonomía al permitirle poner en marcha, defender y ejercer algunos de sus derechos, fundamentalmente ligados a situaciones subjetivas existenciales antes que patrimoniales¹³.

Por otro lado, ello ha supuesto una mayor injerencia de parte del Estado, pues éste es el receptor de las quejas y denuncias de los niños maltratados o bien por medio de los Jueces que deciden, en no pocas ocasiones, el destino de menores cuando existe un conflicto de intereses entre los padres. Todo ello muestra que las decisiones familiares sobre los hijos dejaron de ser un asunto meramente privativo (no así el no querer tenerlos).

7. La unión de hecho, las familias monoparentales y las familias ensambladas como expresiones del nuevo concepto de familia

Como parte de la vocación excluyente de la legislación ochocentística, los Códigos Civiles -que arrebataron al derecho canónico el modelo familiar basado en el matrimonio y lo convirtieron en convención (lo laicalizaron)- condenaron al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. Los concubinatos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocérseles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho, por lo demás, fueron estigmatizados como *bastardos*.

Los hechos han desbordado esta hermética actitud de pasar por alto una realidad que ha ido en incremento. Así, durante el siglo XX se abrió paso a la equiparación de los hijos [una forma indirecta, si se quiere, de reconocer a los frutos de las familias proscritas por la legislación]; se aplicó -como recurso de la propia legislación cerrada- principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes cuando se desconocía la contribución de alguno de ellos a la unión *more uxorio* hasta llegar a reconocer en las parejas estables libres de impedimento patrimonial-aún de modo mediatisado- una comunidad patrimonial acreedora del régimen de la sociedad de gananciales.

Las parejas estables, han obtenido, en muchos países, legislación o jurisprudencia protectora o, cuando menos, no han sido exiliadas. Las legislaciones han

sido, en no pocos casos, contradictorias al instaurar un régimen cercano al matrimonio, pues con ello se erige un régimen que los concubinos han querido evitar, especialmente cuando tienen el firme propósito de huir de las formalidades y efectos que tradicionalmente estuvieron ausentes en ese tipo de uniones.

En los Estados Unidos, en 1976, la Corte Suprema de California decidió el caso *Marvin v. Marvin*¹⁴, que es considerado uno de los casos más importantes en el Derecho de familia en dicho país. El caso reconoció una realidad social inocultable como lo reconoce Sanford Katz¹⁵. Se trataba de la convivencia sostenida por el actor Lee Marvin con su compañera Michelle, quienes vivieron como pareja pese a que el actor estaba casado con otra mujer, de la que luego se divorció. Vivieron seis años juntos sin casarse. En los Estados Unidos existía el denominado *common law marriage*, que era un matrimonio informal que exigía vivir juntos como una pareja y comportarse como una comunidad, como si estuvieran casados. Sin embargo el Estado de California había abolido ese status en 1895 y no deseaba resucitarlo.

Bajo el derecho familiar tradicional, Michelle no habría tenido a la mano ningún remedio legal a disposición. De todos modos, el abogado de Michelle Marvin inició un proceso para determinar la posición contractual y propietaria de su cliente. En el juicio alegó que la pareja tenía un acuerdo verbal para comportarse como matrimonio y compartir beneficios económicos. Michelle buscaba que la Corte reconociera la existencia de una relación fiduciaria que obligase a Lee Marvin a compartir con su conviviente los bienes que este había adquirido a su nombre. Cuando se denegó tal pedido, Michelle apeló y la Corte Suprema californiana revocó la decisión al existir incumplimiento del contrato de cohabitación y reenvió el caso para una nueva decisión.

Dos argumentos de la Corte merecen destacarse como lo hace Katz:

“Nuestra opinión no excluye la evolución de adicionales remedios para proteger las expectativas de las partes de una relación no matrimonial en los casos en que los remedios existentes son inadecuados; la perseguibilidad de tales remedios puede ser determinada en casos posteriores a la luz de los hechos dentro de los cuales surgen”.

“Nosotros no nos detendremos sobre la cuestión de si, en ausencia de un expreso o implícito acuerdo contractual, una parte de una unión no matrimonial está legitimada a exigir pagos de la otra luego que la relación termina”.

13 VEGA MIERE, Yuri. *El ocaso de la incapacidad de ejercicio (¿O el ocaso de sus defensores?)*. Gaceta Jurídica, Lima, Tomo 37, Diciembre 1996, pp. 41-B y ss.

14 557 P.2d 106 (Cal. 1976).

15 KATZ, Sanford N. *New Directions for Family Law in the United States*. Boston College Law School Faculty Papers, Year 2007, Paper 202, pp. 3-6.

El primer argumento dio a Michelle oportunidad de buscar remedios adicionales (*equitable remedies*¹⁶) a los contractuales. La Corte Superior, a pesar de no tener convicción sobre la existencia de un acuerdo, concedió a Michelle una suma de dinero para que se pudiera re-educar para poder conseguir empleo, a lo que Lee apeló (ante la Corte de Apelaciones), la que revocó la decisión de la Corte Superior basándose en que no existía doctrina alguna que sustentara la concesión del remedio.

Tras años de litigio, la *Supreme Court of California* reconoció que las parejas que viven juntos sin casarse pueden generar consecuencias legales; en particular, la Corte reconoció el poder a las uniones de hecho el poder para celebrar acuerdos con los cuales regulen su convivencia recurriendo para ello a los principios contractuales y la concesión de *equitable remedies* si los hechos lo permitían.

Pese a que la Corte californiana no aplicó las reglas del divorcio para la conclusión de la cohabitación, otros Estados de la Unión Americana sí lo han hecho. En *Wilcox v. Trautz*¹⁷, el Vocal de la Corte Suprema de Massachusetts, Greany, señaló que:

“Las costumbres sociales en relación con la convivencia de parejas no casadas han cambiado drásticamente en los últimos años y las condiciones de vida que alguna vez fueron criticadas son relativamente comunes y aceptadas. Con la prevalencia de relaciones convivenciales, hoy hay un número considerable de personas que viven juntas sin el beneficio de las normas de derecho que rigen la propiedad, las finanzas y otros asuntos en una relación matrimonial (...). Por lo tanto, hacemos bien al reconocer los beneficios que pueden obtenerse al fomentar a las personas no casadas a celebrar acuerdos escritos respetando estas cuestiones, así como las consecuencias que para cada una de las partes pueden ser considerables a la terminación de la relación o, en particular en el caso de la muerte de uno de ellos (...). Esto puede ser especialmente importante en una jurisdicción como Massachusetts, donde no se reconoce el matrimonio de derecho común¹⁸, no se extiende a las parejas de hecho los derechos que poseen los casados cuando se divorcian, y rechazan los remedios

*equitativos*¹⁹ que podrían tener el efecto de dividir la propiedad de los bienes entre las partes no casadas”.

Como bien dice Katz, no se trata que las familias americanas no prefieran el matrimonio. La decisión en el caso *Marvin v. Marvin* fue un hito sumamente importante en el derecho familiar norteamericano que vale la pena mirar, pues motivó una tendencia jurisprudencial en diversos Estados de la Unión al permitir los contratos de cohabitación sin que existiera, en defecto de dichos acuerdos, un modelo presuntivo, y sin desconocer que tales contratos también pueden colocar a una de las partes en situación desventajosa. El caso Marvin, por lo demás, generó la aparición de registros para parejas no casadas en los Estados Unidos²⁰.

En muchos otros países sus respectivas Constituciones han extendido su manto de protección a la convivencia sin matrimonio y esa consagración se ha volcado luego en legislación ordinaria que regula no sólo las consecuencias patrimoniales sino también personales, hereditarias y la relación de los convivientes entre sí y ante los hijos; efectos en materia de derecho previsional o derecho tributario.

Nuestra actual Constitución, como hemos dicho, dejó a un lado el modelo de la Constitución de 1979 que protegía a la familia matrimonial. La Constitución vigente (art. 4) protege a la familia y promueve el matrimonio, lo que equivale a proteger a la familia en general, independientemente de que exista o no vínculo nupcial. El matrimonio ha sido reconducido a la categoría de derecho subjetivo en el sentido de que las personas tienen el derecho a contraer o no contraer matrimonio²¹, lo que representa un cambio sustancial respecto de la consideración y tutela que merece la unión de hecho o cohabitación en tanto puerta de ingreso para la conformación de una familia (que es la beneficiaria de la protección constitucional).

El Prof. Alex Plácido ha efectuado un extraordinario análisis sobre los alcances del cambio de ruta en cuanto al modelo familiar acogido por la Constitución y, en efecto, mira al matrimonio como un derecho subjetivo de los individuos y cree en que la diferencia con la unión de hecho y el matrimonio es un asunto relacionado a los mecanismos que permiten

16 La frase alude a las decisiones que históricamente eran concedidas por la jurisdicción de la *Equity* a cargo del *Chancellor*, pero que fueron fusionadas como parte del *common law* tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos y que trataban de morigerar la dureza de las soluciones que provenían de los jueces ordinarios.

17 693 N.E.2d 141 (Mass. 1998).

18 Se refiere al *common law marriage* al cual aludí cuando evocamos la decisión de la Corte Suprema californiana en el caso *Marvin v. Marvin*.

19 Nuevamente se refiere a los remedios equitativos, ver nota 16.

20 KATZ, Sanford, N. *Op. cit.* p. 6: “Registered domestic partnerships began as a status recognized by cities and municipalities and were designed to give employees of local government economic benefits ordinarily reserved for married couples. For the most part, individuals who registered were living in a same-sex relationship and would not be able to marry, thus preventing them from receiving the benefits of marriage, primarily health insurance. (...) By 2007 at least seven American jurisdictions, California, Connecticut, the District of Columbia, Hawaii, Maine, New Jersey, and Vermont have enacted some form of registered domestic partnership statute ...”

21 Sobre el particular, ver el excelente ensayo de SERRANO, JOSÉ LUIS. *La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España), 4, 2001, pp. 45 y ss.

a las parejas acceder a los efectos personales y patrimoniales que respondan al mandato constitucional de protección²².

Con ello, y ya no sólo en lo social sino también jurídicamente, el concubinato ha dejado de ser un matrimonio de segundo rango y su admisión por diversos ordenamientos no ha sido ni es considerada como un atentado contra las uniones conyugales pues aquella no se regula desmontando los principios del matrimonio. Son opciones que el legislador ha tenido, finalmente, que admitir por cuanto lo que se privilegia es la *familia* y no la ceremonia o la formalidad que rodea su inicio. También las uniones paraconyugales son fuentes de afecto, solidaridad, ayuda recíproca y muestran a dos personas compartiendo valores, metas y amor entre sí y para sus hijos. Según el censo del año 2007, 24,6% de las familias en el Perú son concubinos.

La protección constitucional de la familia exige, por lo demás, una urgente modificación al régimen alimentario y sucesorio de los concubinatos (propios o perfectos) pues ambos derechos son expresión del deber de asistencia a favor de los miembros de la familia, algo que mis amigos conservadores no han querido reconocer en el tantas veces fallido (por suerte) proceso de reforma del Código Civil.

Pero también han surgido otras formas de familia²³. Allí están, como por ejemplo las reconoce la Constitución del Brasil, las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciado, separado o viudo. Allí están las familias reconstituidas, formadas por solteros, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él²⁴. Allí están las uniones de personas que sin ser de sexo opuesto, a aún siéndolo, no tienen vida íntima y confluyen como una unión de asistencia, compañía, afecto y como comunidad de techo, ingresos y gastos (uniones de socorro mutuo).

¿Y cómo regulará el derecho estas nuevas expresiones de la familia? ¿Está en crisis la familia o es más bien el concepto de familia del derecho tradi-

cional el ha sido hecho añicos por la estrechez de su contenido? ¿Cómo se resolverán los conflictos de intereses en esas familias que parecen sociedades de ayuda mutua? ¿Cómo se protegerá la buena fe de los terceros que creen en la apariencia de una relación formal cuando estamos ante un concubinato? ¿Se dejará todo esto a un régimen consensuado, privado, o el Estado intervendrá aportando elementos de derecho público? Lo único cierto es que el legislador no puede seguir anclado a una única forma de constitución de la familia e ignorar vivencias existenciales con potenciales consecuencias jurídicas. Pero también debemos tener por cierto que la verdadera familia crea lazos indisolubles. ¿Todas esas nuevas uniones serán, realmente, dignas de ser llamadas familias? En mi opinión, sí son familias las uniones de hecho y las familias recompuestas. Allí está el texto constitucional y el principio de protección de la familia en general. Allí está la sentencia del Tribunal Constitucional tutelando a la familia ensamblada²⁵.

8. Los matrimonios homosexuales y el recurso a la maternidad subrogada

En sociedades diversas, incluyendo la nuestra, hoy en día se advierte una mayor tolerancia hacia los homosexuales y los transexuales²⁶. Cuando se quiso redactar una nueva Constitución durante el gobierno de Alejandro Toledo (esa especie de enfermedad política que alguna vez calificué de *constitucionitis* y que obedece al afán protagónico de los gobiernos latinoamericanos de turno) pudimos presenciar cómo los homosexuales lucharon por obtener el reconocimiento, al más alto nivel jurídico, de un derecho a la “orientación sexual”.

Pero también advertimos una paradoja: mientras la unión de hecho parece erigirse en una opción de los heterosexuales, los gays exigen el reconocimiento de sus uniones al estilo de un matrimonio. Ya países como Holanda, Canadá²⁷, España²⁸ y el Estado de Massachusetts protegen el matrimonio homo-

22 PLÁCIDO, Alex. *Familia, matrimonio, convivencia y Constitución*. En: Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Grijley, Lima, Junio 2008, N° 06, pp. 83 y ss, espec. pp. 93 y 94.

23 IGLESIAS DE USSEL, Julio. *Op. cit.*, pp. 27 y ss.

24 FERNANDO HINESTROSA, *Diversas formas familiares*. En El derecho de familia y los nuevos paradigmas, (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, Tomo I, pp. 207 y ss. Igualmente, VEGA MERE, YURI. *La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*. En: Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Grijley, Lima, Junio 2008, N° 06, pp. 35 y ss. o bien en Jurisprudencia Casatoria, Motivensa, Derecho Civil y Procesal Civil, Lima 2009, Tomo III, pp. 33 y ss.

25 Sentencia del 30 de noviembre de 2007, Causa N° 09332-2006-PAICT.

26 Encuestas difundidas por un programa periodístico (reportaje de “Panorama”, día 19 de abril de 2009) indican que en el Perú cada 5 días un homosexual o un transexual son víctimas de homicidio, presuntamente por homofobia.

27 Cf. BOWAL, PETER y CARLE CAMPBELL. *The legalization of Same Sex Marriage in Canada*. American Journal of Family Law, Summer 2007, 21, 2, pp. 37 y ss.

28 POLO SABAU, José Ramón. *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*. Thomson – Civitas, Madrid, 2006.

“La familia –se afirma con razones un medio de realización de las personas (...). No es una corporación sino un agregado de seres portadores de dignidad “individual”.



sexual²⁹, otros países admiten la protección de uniones no matrimoniales³⁰. Un alboroto conceptual y factual que ha recibido críticas y rechazo por parte de la Iglesia Católica y de organizaciones en defensa de la familia. ¿A dónde nos conducirán estos hechos? Algunas legislaciones inclusive permiten la adopción de hijos por parte de las uniones homosexuales. Así, por ejemplo, permiten (entre otros) la adopción del hijo de la pareja las legislaciones de Dinamarca, Valencia, Connecticut, New Hampshire; ampliamente sin restricción la Constitución de Vermont, etc. En verdad, son pocos los países o Estados americanos que permiten la adopción.

Precisamente por la negativa a la adopción, se conoce que las parejas gays están optando por el “vientre de alquiler”. En efecto, según un informe especial denominado *Gays optan por vientres de alquiler*³¹, las parejas homosexuales pagan hasta 100 mil dólares para tener una familia propia. En Estados Unidos de América, las leyes de California y Massachusetts no lo prohíben. De acuerdo con las declaraciones de John Weltman, presidente de Circle Surrogacy, con sede en Boston, una agencia que cuenta con 80% de clientes homosexuales, sostiene que se trata de un negocio exitoso. Dicha compañía ha incrementado sus servicios en 6.000% desde que inició sus actividades. De acuerdo con el informe de la Academia Americana de Pediatría 9 millones de niños menores de edad de 18 viven con padres del mismo sexo. La

selección es muy rigurosa de acuerdo con el Centro de Reproducción Asistida Internacional de Minnesota, agencia que asegura que el número de mujeres dispuestas a “alquilar” su vientre es amplio. Las candidatas son examinadas psicológicamente para conocer su madurez y estabilidad emocional y para conocer sus motivaciones. El costo puede estar repartido entre el pago de 25 mil dólares para la madre sustituta, 5 mil para la donante de óvulo y 70 mil entre abogados, agencia y administradores clínicos. Las ofertas de las mujeres dispuestas a ser madres sustitutas ya se encuentran en Internet.

Para las legislaciones latinoamericanas, las uniones homosexuales no encajan en ninguna institución reconocida en el Código Civil. Sin embargo, la ciudad autónoma de Buenos Aires sancionó en el año 2002 la Ley de Uniones Civiles que protege a las parejas hetero y homosexuales.

Si bien no existe a la fecha prueba científica que exhiba el mérito de haber descubierto el origen de la homosexualidad, las sociedades aún se encuentran, en su mayoría, reticentes a la idea de extender el modelo institucional del matrimonio a gays y lesbianas. Pese a ello, la mayor aceptación del concubinato ha sido la puerta de ingreso para dar forma legal a las demandas de los isosexuales tal como se vive en Europa desde la aparición, en mayo de 1989, de la *Registered Partnership Act* danesa hasta la consagra-

29 VEGA MERE, Yuri. *Homosexualidad, matrimonio y adopción*. Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, Enero 2008, Tomo 170, pp. 45 y ss. La Corte Suprema de Massachusetts (bajo la opinión formulada por su Chief Justice Margaret H. Marshall) decidió en el año 2003 (*Goodridge vs. Department of Public Health*, 798. N.E. 2d 941) ampliar el concepto del matrimonio en el *Common law* que tradicionalmente implicaba la unión de varón y mujer (basándose en el precedente canadiense *Halpern vs. Toronto (City)* 172 O.A.C. 276, 2003) con el fin de conciliar un nuevo significado con las libertades civiles protegidas por la Constitución de Massachusetts, con el fin de conceder licencia matrimonial a varias parejas del mismo sexo a las cuales el Departamento de Salud Pública, basada en la Ley General 207, les denegó dicho permiso por no quedar comprendidas dentro del concepto tradicional de matrimonio. La decisión fue mayoritaria y causó gran revuelo. Puede verse FERNÁNDEZ DEL HOYO, MANUEL. *La decisión de la Corte Suprema del Estado de Massachusetts en el caso Goodridge v. Department of Public Health & another*. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Madrid, N° 124, Abril-Junio 2004, pp. 277 ss; KOPPELMAN, ANDREW. *Recognition and enforcement of same-sex marriage*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 153, 2005, pp. 2143 y ss.

30 Ver, in extenso, VEGA MERE, Yuri. *La eclosión de las legislaciones protectoras de las uniones homosexuales*. En Revista Jurídica del Perú, Editora Normas Legales, Trujillo, Agosto 2002, pp.231 ss.

31 Aparecido en el diario “El Comercio” del día 11 de mayo de 2008.

ción de modelos plurales entre el matrimonio para varón y mujer y la opción entre el *Pacte civil de solidarité* y el concubinato en Francia³², para llegar a la solución holandesa (2001), seguida luego (en 2005) por Canadá, España y Massachusetts. ¿Nos espera una holandización del matrimonio? No lo podemos saber.

9. Sexo sin hijos, hijos sin sexo

Esta frase, proveniente de un experto en derecho canónico como Navarro Valls³³ (quien se refiere a los niños sin sexo) muestra dos hechos de diferente data: a) la liberación sexual de los años 60 que provocaron que las mujeres dejaran de ser un objeto sexual para convertirse en sujetos de placer y de descubrir que eran capaces de tener vida íntima sin procrear hijos y b) la revolución introducida en la vida y el derecho familiar al aplicar las técnicas de reproducción humana asistida para resolver casos de infertilidad.

La primera de las dos realidades casi no nos llama la atención, pero también ha sido causa, en no pocos casos, de hijos sin hogares, de conflictos familiares e inclusive de la irradiación del sida: una vida sexual sin responsabilidad es potencialmente generadora de desgracias familiares.

36

La segunda de las revoluciones todavía no encuentra acogida en muchas legislaciones latinoamericanas pese a los muy frecuentes recursos a dichas técnicas por parejas matrimoniales o no.

Este silencio legal no es saludable debido a que el legislador no ha tomado partido por los casos controvertidos como son el de la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* heterólogas; tampoco ha dicho nada con relación a la maternidad subrogada. ¿Tendremos que esperar a ver qué ocurre en los pasillos judiciales? ¿Es que no existen razones de orden público que deberían estar por encima de intereses privados? No está demás decir que estas técnicas, al igual que lo que ha ocurrido con la prueba del ADN han echado por los pisos una serie de presunciones en materia de maternidad y paternidad alojadas aún en los viejos Códigos Civiles que se sustentan en el concepto de la familia matrimonial para impedir que las viejas presunciones terminen de ser derrumbadas y desechadas.

10. La flexibilización y la desjudicialización del divorcio

Una muestra del rescate de la dignidad personal de los miembros de la familia es, como ha dicho la Pro-

fesora Roca en España, el recorrido de un camino contrario al que ha imperado por décadas: estamos yendo de la casa a la persona, de lo colectivo a lo individual, de la renuncia a favor de una entelequia a la afirmación de lo personal³⁴.

Esta tendencia se expresa en la paulatina incorporación, en las legislaciones latinoamericanas, de las causales objetivas de disolución del matrimonio, como es el caso de la separación de hecho que no tiene que sustentarse en la existencia de cónyuges culpables o de cónyuges víctimas. Estas puertas de ingreso (más bien de salida) tienen directa relación con la necesidad personal de los esposos de alcanzar espacios de realización que no encontraron en una relación matrimonial, como personas.

En el Perú, el año 2001 fue un período de cambio trascendental al promulgarse la Ley 27495, que incorporó la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio. Pero la reforma no quedó allí. Luego llegó la Ley 28384 que fijó en dos meses el plazo para pedir la conversión de la sentencia de separación de cuerpos (sustentada en separación convencional o en la separación de hecho) a una de disolución, para finalmente encontrarnos con la Ley 29227 que introdujo el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías que contiene, en mi opinión, un interesante juego complementario entre la conciliación familiar extrajudicial para temas que tradicionalmente eran reservados al Juez y que no podrían ser decididos ni por Notarios ni Alcaldes [y que rescata la autonomía de la decisión de los esposos] y el recurso a las notarías y las municipalidades para obtener el divorcio (siempre a través de la separación de cuerpos por separación convencional) en un plazo menor en los casos en que se supone no hay mayor discusión que no pueda ser resuelta por los cónyuges, inclusive por asuntos que siempre tuvieron (y tienen) un inocultable matiz público (patria potestad, tenencia, alimentos) y que eran parte de acuerdos pero dependientes –relativamente– de la decisión del Juez en un proceso de separación convencional.

El camino recorrido por la legislación que ha flexibilizado los procedimientos para el divorcio convencional o que ha facilitado que se desvinculen las personas que exhiben matrimonios de papel (cuando la separación de hecho es su nota señalativa) es un camino sin retorno y muestra, a diferencia de otros temas familiares igualmente álgidos o candentes, que ha prevalecido una visión laica de las soluciones exigidas por los matrimonios que son sólo ruinas y

32 MÉCARY, CAROLINE, y LEVOY-FORGEOT, FLORA. *Le Pacte*. Presses Universitaires de France, Que sais-je?, Paris, 2000. LENNEL, DENIS y LAFOND, JACQUES. *La famille a venir. Une réalité menacée mais nécessaire*, Economica, Paris, 2000, pp. 40 ss.

33 NAVARRO VALS, Rafael. *Matrimonio y derecho*, Op. cit., pp. 15 y ss.

34 ROCA, Encarna. *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Civitas, Madrid, 1999.

cuya reconstrucción es un buen deseo pero una meta inalcanzable.

La decisión parece acertada. De acuerdo con las cifras comparativas de las que se dispone, en el año 1993 se reportaron 269,495 personas como separadas y sólo 65,654 como divorciados, mientras que según el censo del año 2007 los separados se han incrementado a 714,242 individuos en tanto que los divorciados alcanzan las 114,093 personas. Sin duda, muchos “separados” podrán recurrir ahora a la figura del divorcio no judicial.

11. Los abuelos en la casa y los alimentos “transgeneracionales”: la generación “sandwich”

Es un hecho inocultable que la esperanza de vida ha aumentado en muchos países. Hay más ancianos. Y muchos de ellos son abuelos cuya presencia en los hogares de los hijos ha ido creciendo con los años.

Este simple hecho genera un sinnúmero de consecuencias que no podemos pasar por alto.

En no pocos casos, los abuelos ayudan a sus hijos en la crianza de los nietos, en otros, contribuyen económicamente con el presupuesto familiar de hijos y nietos. En una nota denominada *La presencia de los abuelos en la crianza de los niños*, que aparece en una publicación vecinal³⁵, y cuyo autor se desconoce, se afirma que los abuelos son una parte vital de la crianza, lo que no descarta que debido al anhelo de los abuelos de proveer experiencias agradables, que concurren a escuelas seguras y que vivan en vecindades seguras puedan presentarse conflictos con los padres de los niños. Sin embargo, debido a que en la actualidad las demandas de trabajo son mayores y tornan en compleja la presencia de los padres en la vida de los hijos. Desde la perspectiva de los nietos, éstos tienen generalmente una relación más relajada y cómoda con los abuelos que con los padres, pues el rol de aquellos más que de educadores es el de cómplices por tener más disposición para tolerar las “travesuras” de los nietos. Por ello es que cuando existen situaciones conflictivas, los nietos buscan la protección de sus abuelos. Cuando no existe controversia, se afirma que la amistad que desarrolla el abuelo con el nieto es verdaderamente férrea.

En otros casos, la figura es la inversa. Las sumas irrisorias de las pensiones del sistema público (aún no sabemos cómo será el sistema privado de pensiones)

hacen que los hijos deban hacerse cargo de sus descendientes y de sus padres: los padres se convierten en hijos de sus hijos económicamente hablando y además deben velar por sus propios descendientes, convirtiéndose las obligaciones alimentarias en alimentos que serán necesarios o reclamados por más de una generación. No falta razón cuando Bianchi y Casper sostienen que: “*Los padres que mantienen una casa que incluye tanto a hijos dependientes como a padres dependientes han sido referidos como la generación ‘sándwich’ dado que proveen soporte económico y emocional para las viejas y jóvenes generaciones*”³⁶.

12. Internet y la familia

La aplicación de la tecnología telemática a la familia no se ha dejado esperar³⁷. Hoy en día, ante una situación de ruptura familiar, a raíz de la cual uno de los cónyuges o convivientes puede obstaculizar el contacto del padre o la madre que no vive con los hijos comunes, se sugiere la posibilidad de hacer uso de la internet para las visitas: ¿*Un régimen de visitas telemático?* No puedo dejar de reconocer el ingenio de quien hubiere deslizado esta idea. Pero tampoco puedo dejar de señalar que en la actualidad, en este período de “conectividad” propio de la sociedad virtual o digital, se hace más patente la necesidad del irremplazable contacto físico, humano, de la geografía.

En cualquier caso, el recurso a tales herramientas se debe utilizar como un complemento, como un añadido a la imprescindible relación normal entre padres e hijos. Internet, como en efecto es así, puede aportar muchas ventajas, pero a pesar de las bondades que ofrece el *e.commerce*, a la difusión de la información y a las comunicaciones en general, no es capaz de transmitir el calor humano.

Además, los “no conectados” quedarían marginados de cualquier régimen si éste fuese estructurado sobre la base de las herramientas tecnológicas.

13. Conclusión

Estas breves anotaciones nos instan a pensar que es menester detenerse a repensar el derecho de familia.

No existe en nuestra intención el deseo de socavar el derecho familiar; mucho menos proponer ideas que se enfrenten irracionalmente con los valores que presiden su regulación. Se trata de una rápida incursión, de un sobrevuelo que pone en evidencia los cambios

35 La nota aparece en las pp. 12 y 13 del suplemento *Doompras* que se entrega conjuntamente con el impreso *Surco para todos*, Informativo distrital de la Municipalidad de Santiago de Surco, Lima, Año 3, Junio 2009.

36 BIANCHI & CASPER. *Op. cit.*, p. 25.

37 En oportunidad previa me he detenido a comentar el nacimiento de relaciones amorosas por internet que terminan en matrimonio así como el uso de las herramientas tecnológicas para ser infiel e incumplir los deberes matrimoniales motivando divorcios; vid. VEGA MERE, Yuri, *El amor en los tiempos del ordenador*. En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad San Agustín, Arequipa (Perú), Año 6, N° 6, Noviembre 2004, pp. 463 a 477.

que vive la familia aceleradamente y que, *per se*, empujan hacia la necesidad de modificar ciertos esquemas normativos que parecen obsoletos e incómodos a las familias en este siglo que apenas tiene menos de una década.

Los cambios, por supuesto, deberán, como ya dijimos, ser confrontados con las necesarias instancias

axiológicas sin las cuales toda proposición normativa podría llegar a ser pura estructura o dar nacimiento a un derecho acromático.

En todo caso, está en juego la dignidad de la persona que, en nuestra opinión, está por encima de los conceptos y los papeles, sin descuidar la necesaria protección que merece la familia.