

EL LIBRO DE FAMILIA Y LA CODIFICACION PERUANA

Carlos Montoya Anguerry

El tema del Libro de Familia en la Codificación peruana en tres aspectos. El primero sería lo que yo podría indicar como la influencia directa de la legislación y del derecho italiano en el Derecho de Familia.

La segunda parte consistirá en la presentación de dos problemas importantes que, parece, deben ser considerados y estudiados sobre el problema de la familia en este nuestro país. La tercera parte aludirá a dos o tres problemas relativos a la normatividad de familia en nuestro Código Civil.

Respecto de lo primero, es decir, la influencia directa de la legislación italiana, del Derecho italiano en nuestro Código. Permítanme aclarar que he tratado de elaborar un esquema de trabajo; pero, no he tenido el tiempo suficiente para profundizarlo y ampliarlo. Esta es una primera aproximación, quizá elemental aproximación a este propio tema de la influencia de la legislación italiana en el Código peruano. Aclaro, también, que no hay una exclusiva referencia al Código de 1984, sino, también, al Código de 1936, bajo el criterio, discutible quizá, de que la influencia de la legislación italiana que, digamos, dio criterio y orientación a la codificación de 1936 se mantiene porque el Código de 1984, en derecho de Familia, no ha tenido sino unas cuantas innovaciones. Por eso es que indistintamente nos referimos a legislación y derecho italiano y legislación y derecho peruano. He encontrado ocho influencias directas. No en el sentido de una interpretación personal, sino que el propio codificador, al exponer los motivos y fundamentos de las normas propuestas, ha expresado de modo directo que tal norma se ha apoyado o sustentado en legislación italiana.

El primer punto, es el relativo a la sistemática legislativa respecto del Derecho de Familia. De este modo, el Dr. Cornejo Chávez hace un recuento del modo cómo los Códigos del mundo entero o legislaciones relativas a Familia no tratan el problema general de la Familia. Con el objeto de proponer él, y así

lo hace expresamente, la dación de un Código de Familia antes que de un libro de Familia dentro del Código Civil.

Para llegar a esta conclusión se remite entonces a los índices, digamos así, temáticos de legislaciones y alude, por lo tanto, a la codificación italiana, se está hablando del Código civil italiano de 1942, como base para su presentación. Sabemos que este Código ha sido modificado en 1975. El Dr. Cornejo Chávez dice "En fin, el Código civil italiano de 1942 comprende seis libros: De las Personas y De la Familia, De las Sucesiones, De la Propiedad, De las Obligaciones, Del Trabajo y De la Tutela de los Derechos. El tema del Derecho de Familia es normado en nueve Títulos concernientes al Parentesco y la afinidad, el Matrimonio, la Filiación, la Adopción, la Patria Potestad, la Tutela y la Emancipación, los Menores confiados a la asistencia pública o privada y la Afiliación; la enfermedad demente, interdicción y la inhabilitación y, por último, los Alimentos, en el Título. 14, los actos de Estado Civil.

La cita del Código civil italiano, dice, como de otras legislaciones, tiene por objeto la formulación de una propuesta de Código de Familia con una supuesta esquemática especial, para cuyo efecto describe los Códigos americanos y europeos, señalando el sistema al que se adhieren. La sistemática del Código civil italiano, en gran parte se copia en el Código civil peruano, particularmente, en el Libro de Familia.

Segundo Tema: la permanencia del tratamiento del Derecho de Familia en el Código Civil aún en los proyectos; se alude al proyecto de Vidaurre y los demás que se inspiraron en la doctrina entonces indiscutida acerca de la naturaleza esencialmente privada de la familia y la consecuente inserción de su ordenamiento legal en el Área del Derecho Civil. Ahora bien, el Derecho familiar ha sido considerado desde su raíz romana como parte integrante del Derecho Privado y su normación legal como materia del Código civil. Estas o parecidas consideraciones han llevado a algunos autores (cito al Dr. Messineo), a enfatizar la índole peculiar del Derecho de Familia y a diversos estudiosos a cuestionar la ubicación de éste dentro del área del derecho privado. Quiero decir que la tesis privativa subsiste por el mantenimiento del Derecho de Familia dentro del área del Derecho Privado. Podríamos decir que de la lectura de la parte general de la Exposición de Motivos del C.C. no encontramos sino estas dos referencias a la legislación o al Derecho italiano.

En tercer lugar, el aspecto de los impedimentos matrimoniales. Se prohíbe el matrimonio entre el tío y la sobrina. Dice el Dr. Cornejo Chávez que esta prohibición también se encuentra en el Código civil italiano, en el Art. 59, inc.

3), respecto del Código civil de 1942. Esta norma del Código y el mecanismo consiguiente se repite en el Código de 1942, Art. 87. Conforme a ese artículo el impedimento puede ser dispensado por las autoridades y éste es justamente el régimen de este impedimento en el Código peruano.

En cuarto lugar, el impedimento por condena por delito. El Art. 62 del Código civil italiano, repetido por el Art. 88 del Código civil de 1942, establece justamente el impedimento del matrimonio de quien ha incurrido en homicidio de uno de los cónyuges. Al comentar este artículo el Dr. Oliveira, en el memorándum respectivo, señala: "consumado el homicidio el impedimento de crimen existe, aun cuando el homicida no haya cometido adulterio con el otro cónyuge ni haya conspirado con él contra la vida de la víctima. En vista de su pretensión matrimonial, se presume con presunción *iuris et de iure* que el móvil del crimen fue remover el obstáculo legal que se oponía a la celebración del matrimonio. Verdad es que los hechos pueden estar en contra de esta presunción, verdad es que el móvil del crimen puede haber sido otro, por ejemplo, el robo, la venganza, etc., pero aun en estos casos el impedimento se justifica porque lo impone la sensibilidad moral menos refinada: No coincide con la doctrina canónica, de la cual se aparta ya en parte en nuestros códigos, pues, el anteproyecto no innova. Decimos en parte porque nuestro Código siguió al Derecho canónico en cuanto exige que la muerte sea real o, en otros términos, que el homicidio sea consumado. Según otros códigos, la tentativa es suficiente. En este sentido, el Código italiano, Art. 62 (Referencia de las Actas de la Comisión Revisora, pág. 188). La norma del Código civil italiano, inspiró la interpretación de Riveira (respecto del Código del 36), pues, es claro que mientras esté pendiente el juicio criminal respectivo no podrá verificarse el matrimonio. Esta doctrina está contenida en el segundo párrafo del Art. 78 del Código venezolano. El Art. 242, inc. 6) del Código civil de 1984 establece, que no pueden contraer matrimonio entre sí el condenado como participe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

En quinto lugar, el matrimonio de la viuda. Para hacer legalmente imposible la confusión de la prole, se conviene en que la prohibición subsista durante el plazo máximo de la gestación. Este plazo lo señalan los Códigos (relata cuáles son), y es también parte del Código Italiano. Se trata del impedimento provisional que impide a la viuda contraer matrimonio antes de los 300 días de la muerte de su marido, salvo que diese a luz. El impedimento comprende el caso de nulidad del matrimonio o de disolución por divorcio. La sanción, sin embargo, no es la nulidad sino la pérdida de los bienes del marido que hubiese adquirido por herencia o donación. El Código 84 reproduce el

tratamiento variando la sanción, pues establece que la viuda que contravenga la prohibición pierde los bienes que hubiese recibido del marido a título gratuito.

En sexto lugar, la celebración del matrimonio. La legislación comparada indica que la mayoría de los pueblos que han adoptado el matrimonio civil confieren la facultad de autorizarlo al oficial del Registro Civil, o sea, al funcionario a cuyo cargo está la inscripción de las actas del estado civil, nacimientos, matrimonio, defunciones, imponiéndole la obligación de inscribir el matrimonio inmediatamente después de celebrado. Entre otros, podemos citar el Código de Italia, Art. 93. Estos oficiales del Registro Civil son funcionarios del gobierno local. El Código civil italiano del 42 establece, en el Art. 104, que la celebración del matrimonio se hace en la casa comunal delante del Oficial del estado civil. En el Código de 1984 se establece que el pliego patrimonial y la ceremonia se realiza ante el Alcalde o quien lo representa.

En séptimo Lugar, el matrimonio religioso. El matrimonio católico produce también efectos civiles si asiste al acto el funcionario del Registro Civil a quien compete la inmediata inscripción, y aun sin esta asistencia si dicho funcionario no reside en el lugar. Este régimen apenas discrepa de lo estatuido en Italia, dice el comentarista, de acuerdo con el Art. 44 del concordato de 1929, en la circunstancia, puramente formal, de la presencia del funcionario del Registro del Estado civil para el simple efecto de la inscripción del matrimonio ordenado. El Art. 80 del Código italiano otorga efectos civiles al matrimonio celebrado por un Ministro del culto católico a condición de que certifique el Estado que no hay impedimento, que explique el oficial a los contrayentes los efectos civiles del matrimonio leyendo las disposiciones legales pertinentes y que se inscriba el acto en los registros del Estado civil. No hay diferencias sustanciales en lo que atañe a las solemnidades del matrimonio católico provisto de efectos civiles entre la legislación concordatoria y el Código peruano de 1936. Hay un tratamiento a ese respecto en el Código de 1984. El Art. 260 dice, el matrimonio también puede celebrarse ante el párroco o el ordinario del lugar por delegación del Alcalde respectivo. El párroco o el ordinario remitirá dentro de un plazo no mayor de 48 horas el certificado de matrimonio a la Oficina de Registro de Estado Civil respectivo.

En octavo lugar, el tema del parentesco. El Art. 297 del Código civil del 36 establecía que el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro; Cada cónyuge se halla en el mismo grado de parentesco que lo está el otro por consanguinidad. La afinidad por línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produjo. La ley 11868 amplió el texto del segundo párrafo: la afinidad en línea

recta y la colateral hasta el segundo grado, no acaba por la disolución del matrimonio que la produjo. En la Exposición de Motivos se dice, "El Código alemán incorpora también al Derecho de Familia las disposiciones relativas al parentesco y otro tanto hacen otros códigos, entre ellos el Código italiano. En esa exposición de motivos se cita el artículo 52 de ese código, según el cual la afinidad no concluye por la muerte aunque no haya prole del cónyuge del cual deriva, excepto para algunos efectos y casos especialmente determinados por la ley, artículo 63, que remite al artículo 87, que regula los impedimentos matrimoniales. En el código de 1984, el artículo 237, establece la regulación del parentesco por afinidad. Cabe mencionar que el artículo está incorporado a las disposiciones generales del libro de familia. En el código del 36 la regulación del parentesco formaba parte de la sección cuarta del libro segundo, juntamente con la regulación de la filiación y otras instituciones actualmente desagregadas de esta parte. El art. 237 tiene un texto similar al comentado en la exposición de motivos con algunas variaciones simplemente gramaticales, el segundo párrafo dice "subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge".

En noveno lugar, la legitimación pero en el sentido negativo. El código del 36 reguló la institución de la legitimación por subsiguiente matrimonio y por declaración judicial, título tercero, artículos del 314 al 324. El comentarista del código del 36 dice: "la novísima legislación italiana cuyo régimen familiar obedece a la doctrina católica, según solemne declaración consignada en el artículo 34 del Concordato de 1929 y cuya inspiración emana de un sistema político considerado con justicia sólido sostén de la familia legítima y de la moralidad social", concuerda casi totalmente con los dispositivos de nuestro código que permite la legitimación de los hijos por declaración judicial, los artículos 278, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288 del libro sobre familia del código de Italia gobiernan tal clase de legitimación, de suerte que solamente se apartan de la reglamentación contenida en los artículos del 319 al 324 de nuestra codificación, en el consentimiento no ordenado por ésta del cónyuge del padre postulante del beneficio, y en la denominación de legitimación por decreto real que en aquel libro aparece. Se explica por sí solo este párrafo del comentarista Dr. Arias Schreiber.

En la exposición de motivos y comentarios del libro de la doctora Delia Revoredo, el Doctor Cornejo Chávez dice: "la norma contenida en la nueva Constitución de 1979 que proclama la igualdad de derechos entre todos los hijos deberá reflejarse necesariamente en el nuevo texto civil, por una parte el espíritu general de la normación referente al estatuto de los hijos e incluso la denominación misma de legítimos e ilegítimos que usa el código aún vigente debe

modificarse: de otro, el entero título concerniente a la legitimación dejará de tener justificación suficiente y numerosas disposiciones concretas contenidas en los actuales títulos sobre filiación legítima y la ilegítima que deberán ser cambiados.

En décimo lugar, el reconocimiento del hijo extramatrimonial. En este tema encontramos una referencia clara a la codificación civil italiana pero, contrariamente a las anteriores, la mención se hace no por la exposición de motivos del código, sino por el comentarista Doctor Arias Schreiber. El texto del comentario es el siguiente: "la misma motivación biológica, social y moral en razón de ser injusta la postergación de los hijos extramatrimoniales por las culpas de los padres (que mantuvieron ilícita relación sexual), que indujo a nuestros codificadores a permitir el reconocimiento de los hijos ilícitos sin distinción de categoría, había orientado en igual sentido a casi todos los códigos promulgados en los últimos años del siglo XIX, y en los comienzos del actual, el recentísimo código de Italia de 1942 se ha revelado permeable a la enunciada motivación. El art. 249 del Libro sobre Familia faculta el reconocimiento de los hijos incestuosos, según la distinción cuyo alambicamiento la hace usted. El Art. 250 permite, a su vez, el reconocimiento de los hijos adulterinos por el padre no casado al tiempo de la concepción, y en ciertos casos, por el padre que en esos momentos hubiese estado unido en matrimonio. Los requisitos impuestos en este último extremo no remedian ni corrigen la inmoralidad del adulterio. Estos requisitos consisten en el decreto real de autorización, antecedido por una tramitación administrativa y en el consenso de los descendientes legítimos del padre que intenta el reconocimiento, mayor elevación y dignidad moral y mayor congruencia con la espontaneidad propia de un acto generado por la íntima voz de la conciencia, reviste sin duda la abierta facultad concedida por nuestra ley para el reconocimiento de los hijos ilegítimos que a las fórmulas del código italiano propicias a aumentar el daño de la falta con su innecesaria publicidad al menoscabar la respetabilidad del padre y el decoro de sus relaciones con los hijos y hasta proponer el sagrado del hogar con humillaciones y rebeldías". Este es el comentario de Diómedes Arias Schreiber transcrito en el Código del Dr. Guzmán Ferrer, pág. 453 del Tomo I. Los Arts. citados por el comentarista, en realidad los N^os. 251 y 252 del Código civil italiano del 42, regulan el reconocimiento de los hijos incestuosos, de los hijos adulterinos en las condiciones que esos artículos señalan. En el Código civil peruano de 1936 y en el Código de 1984 el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales se regula en el Capítulo I del Título II. La definición de hijo extramatrimonial es genérica, pues establece que lo son concebidos y nacidos fuera del matrimonio. El reconocimiento se ha regulado sin distinción de la unión que les dio el ser, como decía la Exposición de Motivos del Código civil de 1936. Respecto del hijo de

mujer casada, se entiende por varón que no es el marido, o de una declaración contra su legitimidad por la misma esposa, la mujer casada, la norma del Art. 386 del Código de 1984 establece que no puede tener valor sino después que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

En realidad, estos 10 puntos son los que podemos encontrar con una referencia directa a la influencia admitida por el codificador peruano en la normatividad del Código civil peruano, tanto de modo directo, refiriéndose al Código de 1984 como del modo indirecto, al reproducir las normas del Código 1936 en algunos casos sin modificación alguna, pero reconociendo que muchos de ellos han tenido inspiración en la legislación de Italia.

En esta segunda parte me referiré a dos situaciones. Primero, la ubicación del derecho de Familia o de la normatividad de Familia dentro de la legislación peruana. Y el segundo, a las formas de la Familia peruana.

Ubicación del Derecho de Familia. La alternativa que se ha planteado es Derecho Privado o Derecho Público. Alguien habló también de un Derecho de Familia separado de los dos anteriores. Finalmente, se habló de una tercera posición definida como el Derecho Social. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Libro de Familia se dice así: La cuestión en debate, según el codificador, es la naturaleza del Derecho de Familia, ¿es éste parte del Derecho Privado, o lo es del Derecho Público? Una tercera posición propone la ubicación del Derecho de Familia en una categoría especial, el Derecho de Familia sui-generis o el Derecho social. Es preciso, dice, acudir al proceso de elaboración histórica, pues la investigación lógica se agota en eso, en considerar el Derecho civil como un derecho general, ordinario, que mira al hombre como tal, como persona humana que forma luego una familia que necesita un patrimonio y en el que luego le reemplazan a su muerte aquellos miembros de la familia que fundara. Según esto, el Derecho de la persona, de la Familia, el derecho real y creditorio, y el de las sucesiones hereditarias se sitúan en el meollo mismo del Derecho privado. Pero, esta concepción ha sido cuestionada como excesivamente privatista. Citándose al Prof. Mengel, se pregunta si esa concepción clásica se halla en crisis. El área que corresponde al fenómeno familiar acusa la presencia decisiva de un legítimo interés social por la trascendencia que el fenómeno social tiene en la sociedad, que el fenómeno familiar tiene en la sociedad. La familia es, por naturaleza, el primer medio social al que ingresa el hombre y nadie deja de tener familia. La influencia de ella imprime una orientación difícil o imposible de extirpar o modificar. La manera cómo se organiza la familia gravita sobre la vida entera de la comunidad social. Las peculiaridades de cada pueblo se marcan en la familia. Más que una comunidad

de individuos la sociedad civil es una comunidad de familias. La familia no puede dejar de interesar al Estado, de allí que muchas normas de familia son de orden público. Aparece, luego, una tercera posición que podría ser denominada, como algunos quieren, Derecho Social. Yo agregó a este subtítulo "la situación de crisis". Estas concepciones, privatista, publicista y social del Derecho de Familia se encuentran en crisis de enfrentamiento con la realidad. Es innegable que la situación económica del país al comenzar el presente siglo, en la tercera década 1930, en la octava década 1980, y los años subsiguientes, son radicalmente distintas y, en particular, radicalmente distinta también a la situación actual. Los indicadores estadísticos son gravísimos en materia de producto bruto interno y de ingreso per cápita, por debajo del mínimum teóricamente aceptable por los organismos internacionales. Esto es una evidencia, pues sabemos que no es necesario recurrir a las investigaciones (que son indispensables) ya que basta una mirada en torno nuestro en todas las calles y avenidas de Lima para observar no cientos sino miles de niños, jóvenes y adultos recurriendo a la venta ambulatoria o a la limosna. Su número es cada vez más creciente y puede observarse que la composición social de estas gentes mayores o menores es heterogénea. Hace algunos meses, podía hablarse de determinada clase de personas, pero ahora este conglomerado de personas son de toda clase, como lo relata su vestimenta, su modo de hablar y de presentarse. A veces se observa que se trata de familias enteras que están en la calle practicando ese tipo de actividad para subsistir. Esta situación no se daba anteriormente. Había miseria y pobreza en el país, pero si comparamos con lo que está ocurriendo ahora, la miseria y la pobreza anteriores son en realidad, o pueden considerarse no significativas. En consecuencia, es necesario preguntarse cómo puede ubicarse el fenómeno o problema o concepto de familia en el Derecho Público, en el Derecho Privado o en el Derecho Social. Es decir, cómo mantener un debate acerca de esta ubicación si lo que estamos observando, y esto podría ser quizá muy pesimista, es la desaparición vertiginosa de la Familia o, por lo menos, la desaparición del concepto tradicional de familia. Es decir, la discusión sobre si el Derecho de Familia es de Derecho Público, de Derecho Privado o de Derecho Social me parece que ha sido rebasada por la realidad; quizá decir que está desapareciendo la familia es muy grave, pero lo que es cierto es que está desapareciendo el concepto tradicional de familia que era aquel que se usaba para este juego de elucubraciones acerca de su ubicación. El problema, evidentemente, no es exclusivo del Perú, tampoco puede decirse que es sólo producto de la situación económica o de la crisis económica. Esto también es cierto porque, si es el caso, podría citarse lo que está ocurriendo en sociedades desarrolladas; las informaciones periodísticas serias no las amarillas, dan cuenta que en las grandes ciudades y se alude, por ejemplo, la ciudad de Nueva York, no existe finalmente la familia y que cada uno como individualidad plena desarrolla su vida

separadamente desde muy temprana edad. Aunque el problema puede ser semejante en resultados, evidentemente, la génesis y la solución no pueden ser iguales. Por eso, contemplando a groso modo la situación del Perú, y particularmente la de Lima, en que el niño empieza a subsistir por sus propios esfuerzos, esto lo va alejando de la familia, prontamente se produce el rompimiento del menor con sus padres y la sociedad está en la dolorosa alternativa de crear hogares sustitutos, entidades de socorro, entidades que acogen a los niños. El debate de si el Derecho de Familia es público, privado o social, debe dejar paso entonces a una cuarta perspectiva, creada por la necesidad que podría llamarse un derecho en estado de emergencia, un derecho que no debe ser debatido si es público, privado o social, sino como su propio nombre lo dice un derecho de emergencia. Quizá no coincida con el criterio predominante en algunas esferas actuales de este país, pero la observación que hemos hecho de la realidad nos induce a proponer la urgencia de la solución al problema. No se pretende propugnar la no existencia de la familia, no es el caso de destruirla o declararla extinta, sino de constatar el sistema familiar o el sistema de familia destruida que está funcionando actualmente en nuestra sociedad. Esto es un verdadero reto para el legislador peruano y, por ende, para el estudioso del derecho. Debe considerarse el derecho como el instrumento de orden y de regulación social.

En situación estándar o normal, puede importarse normas, imponérselas en la sociedad peruana partiendo de que el hombre es conceptualmente uno solo y que los problemas no son por lo mismo iguales, cualquiera que sea su ubicación geográfica. Sin embargo, la situación social no es la misma, y eso plantea la necesidad de normas especialmente dirigidas a un contexto particular y determinado. La solución debe partir de un estudio de los factores y elementos que forman este complejo problema de caracteres distintos a los anteriormente experimentados; de allí podrá extraerse una relación de problemas y acciones a efectuar con criterios de prioridad o preferencia: la alimentación, por ejemplo, de los menores no puede quedar como problema meramente individual dentro de la regulación de la patria potestad; es decir, la familia a cargo de la cual podría estar el derecho alimentario o la obligación alimentaria; pues esto no existe, la familia no está en condiciones de proporcionar alimentos a la prole. Es inútil, por tanto, por ejemplo, que la ley establezca la obligación alimentaria a cargo del que ejerce la patria potestad, pues éste se encuentra desprovisto de trabajo y de ingresos. La perspectiva de la ley debe, pues, ser otra y no por consiguiente adherirse a principios y metas jurídicas que funcionaron o funcionan en situaciones que ya no se dan. Veamos un ejemplo para explicar lo que trato de decir, me refiero al derecho de menores.

En esta área el menor en estado de abandono, siempre ha recibido la

calificación y el tratamiento de elemento antisocial por los actos que cometía particularmente contra el patrimonio. Esto ha cambiado radicalmente, pues el jurista y el agente o profesional que se acerca al problema de los menores ha empezado a considerar al menor que comete esos actos no como un sujeto antisocial sino como un sujeto que desarrolla "una estrategia de supervivencia" criterio adecuado a la realidad en mayor grado que aquel otro que si bien no busca sancionar al menor, no busca tampoco solucionar el problema. Estas ideas aparecen del trabajo de María Eugenia Mansilla del cual transcribimos estos pocos párrafos: "en años de trabajar con los niños de los sectores populares comprobamos la ausencia de estudios sistemáticos en torno a su problemática que explicaran y caracterizaran la existencia de este fenómeno social, mas bien predominaba en el medio la existencia de estereotipos. Por ejemplo, se sostenía que en el Perú existía un gran número de niños abandonados que vivían en la calle a los que se consideraban antisociales. Este estereotipo superado en la fecha -y allí viene una nota a pie de página- recogía el existente y ampliamente divulgado en Colombia, Méjico y Brasil, entre otros. Esto, evidentemente, influye en el trabajo que se realiza con los niños en situaciones de alto riesgo, a los que finalmente se conoce menos de lo que se supone. La llamada dice así, en pie de página: En 1989 se realizó en Sao Paulo, en un Seminario sobre Políticas sociales en las que participaron 8 países de América Latina que coincidieron en que el problema principal es la incorporación temprana de los niños en la estrategia de sobrevivencia y no el abandono de niños. Esto lo encontramos en el artículo Aproximaciones Metodológicas en la investigación de la problemática de los niños de la calle, en la Revista de Psicología - Pontificia Universidad Católica, Año VIII, Vol. VIII, pág. 73.

Es evidente que el problema del menor dará resultados distintos si se le considera anti-social que si se asume que las acciones que realiza son parte de su sobrevivencia, es decir, que si no actúa de ese modo, simplemente fallece no tiene padres o familiares que al estilo de las familias bien constituidas le proporcionen lo necesario para subsistir, tiene ellos que actuar con las "armas" por los aprestos que reciben espontáneamente de otros niños que viven en situación igual. La sociedad no les proporciona siquiera algún elemento educativo. Bien sabemos que los niños de la calle abandonan la escuela. La consecuencia es, por tanto, que el Derecho debe adecuar su propia consistencia, en lo que consiste el derecho, para atender debidamente el problema del menor y en ese sentido con esa misma metodología el problema de la desaparición de la familia si es que lo admitimos así, concebida de modo tradicional, es decir, no la desaparición de la familia sino del concepto tradicional de familia. En resumen, se alude a la respuesta que debe dar el derecho a un problema muy serio, muy hondo y muy actual que es la crisis económica que está destruyendo

la familia en el país. Ustedes comprenden que las generaciones ahora de menores no tienen la misma formación, no han recibido los mismos elementos que las pasadas; entonces el futuro del país no está en las manos de los mayores que en cualquier momento partimos, ni de las generaciones intermedias, sino en las generaciones ahora de menores que están viviendo una situación que antes nunca hemos tenido.

El segundo punto se refiere a las formas de la familia peruana. En esta parte quisiera liberarme del texto para mencionar muy ligeramente a qué me refiero como problema de derecho, como problema jurídico, en este país. Es quizá una crítica y, ustedes seguro la comparten, al Código civil del 1984, en lo que se refiere al Derecho de Familia. Consiste en que la normatividad del Libro de Familia en este Código nuestro y para este nuestro país, tiene una sola perspectiva, la perspectiva de un tipo de familia concebido, pensado, ideado por el legislador sin aludir, sin referirse a otros tipos de familia. Es un tratamiento excluyente porque básicamente se refiere a la familia matrimonial y no solamente a esta familia, es decir, nacida del matrimonio, sino a la familia matrimonial de carácter o de orientación o insertada en lo que podríamos llamar de civilización occidental. Es, por lo tanto, a mi entender, un Código con una normatividad discriminatoria. Bien es cierto que en la Constitución del 1979 (Art. 5 y Art. 9), hablan, el primero, de formas de matrimonio y, el segundo, de la unión de hecho. Es cierto también que el Código civil peruano (Art. 326), se refiere a la unión de hecho, al reconocimiento de este tipo de familia no matrimonial; es cierto, pero ni las formas matrimoniales ni el reconocimiento de la sociedad de hecho (concubinato) han sido adoptados, o adecuados plenamente a la realidad del país. Bien saben ustedes que el Art. 326 alude exclusivamente a las relaciones patrimoniales entre los concubinos, respondiendo a un anhelo de justicia, puesto que normalmente la concubina era abandonada sin tener, después de muchos años de convivencia, bienes ni derecho alguno a los mismos no obstante haber contribuido a formarlos. Entonces el código 1936 admite la sociedad de hecho pero limita, esta sociedad de hecho, a los aspectos patrimoniales. Sin embargo, es indispensable admitir que nuestra realidad social es polivalente en materia de familia y podemos entonces agregar a la familia matrimonial constituida conforme a patrones occidentales, la familia concubinaria, la familia de hecho. Las propuestas que se hicieron a la Comisión revisora no fueron admitidas en el sentido de esta incorporación y, además, debe incorporarse toda esta riquísima realidad social y familiar relativa a las diversas etnias que conviven en este hermoso territorio. No es posible mantener silencio respecto de estas realidades. Este es un aspecto crucial, a mi entender, en el Derecho de Familia peruano, para responder adecuadamente a una realidad muy variada posiblemente que no la encontremos en otras realidades estatales,

nacionales o geográficas. Agregamos aún más que se está dando otro tipo de familia distinta y que está ocurriendo delante nuestro, que es distinta, es la familia matrimonial, a la familia concubinar. Se trata de la familia que se está disgregando por razón de los 12 años de guerra, de subversión, por la situación de violencia que estamos viviendo. Cientos y miles de personas desarraigadas de su lugar de origen viviendo dispersamente, cientos de niños huérfanos, acogidos o adoptados por vecinos o familiares. Tenemos un status de refugiados aquí en Lima que pocos conocen. Qué distinta es esta realidad en cada uno de estos modos de llevar a cabo la vida personal y la vida familiar. Esa incorporación constituye un aspecto importantísimo para la legislación. El Derecho de Familia debemos entenderlo como un derecho sobrepasado por la realidad. No nos atrevemos a decir que es una normatividad atrasada, obsoleta, inadecuada, no, porque responde también a una parte de la realidad. Seguramente ustedes comparten esa manera de ver, pues de lo que se trata es de proponer un tratamiento integral del problema de la familia que sea un tratamiento a la vez que sociológico, antropológico; que sea un tratamiento jurídico estrictamente dirigido a la previsión de los problemas que trae consigo la realidad. Para este efecto permítanme leer un breve texto. Es una cita del libro del Sr. Juan Osío Acuña que se llama *Parentesco, Reciprocidad y Jerarquía en los Andes*. En este libro el autor presenta sus investigaciones en una población llamada Andamarca, en donde ha estudiado justamente el parentesco y en cuya investigación ha podido encontrar, perdonen la insistencia, estos aspectos propios, particulares, irrepetibles en otras comunidades, aspectos de parentesco que no tiene en cuenta nuestra legislación civil porque el parentesco del Código civil es otro, no es el que se produce en nuestra tierra, pues, aparte de estudiar el tema de parentesco al finalizar hace una especie de previsión general y, simplemente son unos cuatro párrafos con los cuales daríamos por terminada esta segunda parte, se llama el Capítulo de las relaciones inter-étnicas, pág. 369 - consideraciones ideológicas y teóricas. A diferencia de la época colonial, una nota característica del período republicano ha sido negar la existencia de indígenas en el Perú. Esta actitud, sin lugar a dudas, guarda estrecha relación con una orientación.

Un sistema democrático donde todos sus habitantes puedan ser reconocidos como iguales, esta es una orientación homogeneizada. Desde un punto de vista social, esta orientación también se explica en las asimetrías existentes entre los pobladores de la Costa y de Sierra. Es ya una diferencia entre los pobladores de Costa y Sierra evidente por un lado y adquiere otra entre la capital y las provincias, además de ser responsable de la orientación homogeneizadora; esto último también nos explica que los valores que campean en esta orientación son los de las élites dominantes que se afincaron en estos sitios y que tuvieron un mayor acceso al mundo internacional. En este contexto, lo que debió ser un

diálogo se convirtió en un monólogo y lo que debió ser una igualdad en las diferencias se convirtió en una desigualdad en la homogeneidad que se tradujo en una discriminación flagrante de la identidad cultural de todos aquéllos que no eran parte de la cultura del grupo dominante. Una prueba de la continuidad de esta actitud es que 148 años después de que San Martín intentara abolir el término indígena y reemplazarlo por el de ciudadano, el general Velasco Alvarado vuelve a reincidir en la misma pero esta vez sustituirlo por el de campesino. No obstante, en el interín se sucedieron algunos movimientos que intentaron reivindicar al indígena, uno muy importante pero que está a la espera de un estudio cuidadoso es el que a mediados del siglo pasado lideró Juan Bustamante y la Sociedad Amiga de los Indios. Otro es el que se desarrolla a principios de este siglo en el campo del pensamiento social y como principales abanderados tenemos a José Carlos Mariátegui, Hildebrando Castro Pozo, Luis E. Valcárcel y otros más. En estos casos su nacimiento está vinculado a las hondas asimetrías regionales del país que tienen como consecuencia la discriminación del indio. No obstante, entre las dos existen grandes diferencias, el primer indigenismo se concibe sobre bases eminentemente liberales que son promovidas por élites provincianas, mientras que el segundo sobre premisas plenamente socialistas promovidas por entes costeros... La orientación homogeneizadora de las élites dominantes se hizo visible en la primacía que se dio a la moción de clase en contraposición a la de etnia y en la valoración que se hizo de la organización social de esta última como paradigma de socialismo. Bajo la moción de clase, este indigenismo responsabilizó al capitalismo de los males de los indígenas, bajo la de etnia legitimó al socialismo poniéndolo como el único sistema conatural a la organización social indígena". La cita no tiene más objeto que al estar, en primer lugar, a esta afirmación que podemos sostener rotundamente, de que nuestro Derecho no responde a nuestra realidad familiar, social, individual. Segundo, que es indispensable, parece que con sentido de urgencia, que este Derecho nuestro sea modificado para admitir esta variedad de realidades sociales y familiares, particularmente familiares como se ha señalado. Y, en tercer lugar, que es indispensable modificar el modo de legislar en este país. Ven ustedes los trabajos de disciplinas anexas o distintas del Derecho que proporcionan de modo temático, estadístico y científico a través de metodologías de investigación muy ceñidas a la búsqueda de la autenticidad, proporcionan, a mi juicio, datos que deben ser considerados por el legislador.