



Universidad Femenina del Sagrado Corazón

Escuela de Posgrado

Programa Académico de Maestría en Derecho Civil

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONVENCIONES
MATRIMONIALES

Tesis presentada por:

MARIO REMO ROMERO ANTOLA

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN DERECHO CIVIL
con mención en Derecho de Familia

Asesora

Teresa Liliana Quezada Martínez

Cód. Orcid: 0000-0002-1854-7878

Lima – Perú

2020

Los miembros del jurado han aprobado el estilo y el contenido de la tesis sustentada por:

MARIO REMO ROMERO ANTOLA

Nombres(s) y Apellidos, Asesor(a)

Nombres(s) y Apellidos, Miembro

Nombres(s) y Apellidos, Miembro

Nombres(s) y Apellidos, Miembro

Dr. Ángel Guillermo Gómez Navarro
Director de la Escuela de Posgrado

RESUMEN

La investigación realizada tiene como objeto verificar si la existencia de dos regímenes patrimoniales en el matrimonio en el Perú limita la autonomía de la voluntad de los esposos. Asimismo, se ha pretendido establecer la viabilidad las convenciones matrimoniales en la legislación peruana, con el objeto que se pueda pactar el régimen patrimonial en el matrimonio con mayor libertad, así como algunos otros aspectos que regirán la vida conyugal en su funcionamiento y extinción.

Para tal efecto, se ha tenido en cuenta los cambios que se han producido en las relaciones familiares, especialmente la paridad de roles de los cónyuges y el ejercicio de la libertad como derecho fundamental en la determinación de las relaciones patrimoniales y extramatrimoniales en el matrimonio, que obligan a una mayor reflexión respecto a la conveniencia de la introducción de las llamadas convenciones matrimoniales.

Palabras clave: Regímenes patrimoniales matrimoniales, familia, convenciones matrimoniales, separación de patrimonios, sociedad de gananciales, autonomía de la voluntad, libertad.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to verify whether the existence of two patrimonial regimes in marriage in Peru limits the autonomy of the will of the spouses. Likewise, the investigation tries to establish the viability of the matrimonial conventions in Peruvian legislation, with the objective that the patrimonial regime within marriage can be agreed upon with greater freedom, as well as some other aspects that will govern the conjugal life in its operation and extinction.

For this purpose, the changes that have occurred in family relationships, especially the parity of roles of the spouses and the exercise of freedom as a fundamental right in the determination of patrimonial and extramarital relations in the marriage that they force, have been taken into account, requiring a greater reflection regarding the convenience of the introduction of the so-called marriage conventions.

Keywords: Marital patrimonial regimes, family, marital conventions, separation of patrimonies, community of property, free will, freedom.

DEDICATORIA

A mi compañera, dueña de todo lo que soy y de lo que tengo.



ÍNDICE

	Página
RESUMEN / ABSTRACT.....	04
DEDICATORIA.....	05
INDICE.....	06
LISTA DE TABLAS.....	09
LISTA DE FIGURAS.....	10
INTRODUCCION.....	12
CAPITULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	16
1.1 Planteamiento del Problema.....	16
1.2 Justificación de la investigación.....	20
1.3 Delimitación y limitaciones de la investigación.....	21
1.4 Objetivos de la investigación.....	22
1.4.1 Objetivo general.....	22
1.4.2 Objetivos específicos.....	22
CAPITULO II: MARCO TEORICO.....	23
2.1 Antecedentes de la investigación.....	23
2.2 Bases teóricas.....	25
2.3 Definición de términos.....	32
2.3.1 La nueva visión de la familia y los cambios en las relaciones familiares.....	32
2.3.1.1 Indefinición de la familia y su nueva composición	35
2.3.1.2 Igualdad y paridad de roles: el nuevo rol de la mujer en la familia.....	47
2.3.1.3 La Educación como expresión de la libertad de la mujer en las relaciones familiares.....	51
2.3.1.4 El rol de las mujeres en la economía y su repercusión en la familia.....	53
2.3.1.5 La Globalización y el ingreso de la tecnología en la familia.....	59
2.3.2. El matrimonio como fuente de relaciones familiares.....	66
2.3.2.1 La libertad como derecho fundamental de “hacer o no hacer” en el matrimonio.....	72

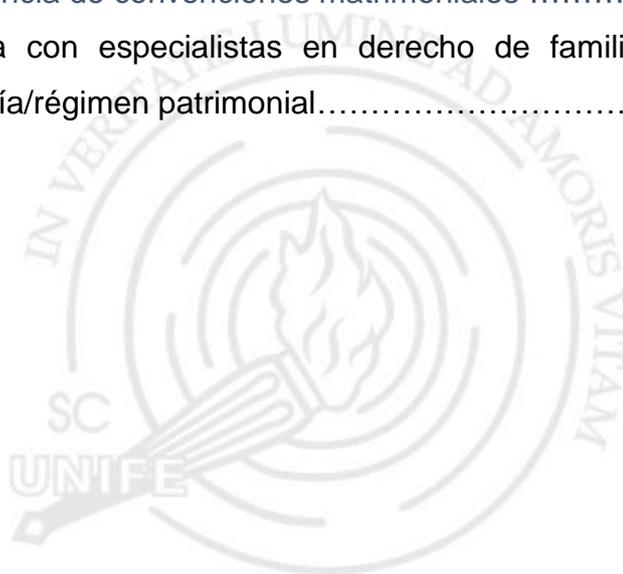
2.3.2.1.A Ser libres nos hace seres humanos.....	73
2.3.2.1.B Existencialismo como fundamento filosófico de la Libertad dentro del matrimonio.....	77
2.3.2.1.C Progreso de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales y patrimoniales en el matrimonio.....	83
2.3.2.1.D Cómo es y cómo debe ser la autonomía de la voluntad en el matrimonio.....	97
2.3.2.1.E Límites a la autonomía de la voluntad de los esposos.....	101
2.3.3 El régimen patrimonial en el sistema peruano: Un cambio de paradigma del régimen legal a uno convencional.....	109
2.3.3.1 Crisis en el derecho de familia y necesidad de reforma del régimen patrimonial del matrimonio.....	124
2.4 Hipótesis.....	135
CAPÍTULO III: MÉTODO.....	136
3.1 Nivel, tipo y diseño de investigación.....	136
3.2 Participantes.....	136
3.2.1 Población.....	136
3.2.2 Muestra.....	136
3.3 Variables de la investigación e indicadores.....	137
3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	137
3.5 Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	137
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	139
4.1 La existencia de un régimen legal obligatorio	140
4.2 Limitación al no poder decidir libremente su régimen Patrimonial ...	142
4.3 Disconformidad con el régimen escogido	145
4.4 Desconocimiento del régimen escogido	150
4.5 Afectación de la autonomía de la Voluntad	151
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	154
5.1 La existencia de un régimen legal obligatorio	154
5.2 Limitación al no poder decidir libremente su régimen Patrimonial ...	154
5.3 Disconformidad con el régimen escogido	160
5.4 Desconocimiento del régimen escogido	165
5.5 Afectación de la autonomía de la Voluntad	169
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	173

6.1 Conclusiones.....	173
6.2 Recomendaciones.....	175
REFERENCIAS.....	181



LISTA DE TABLAS

Tabla		Página
1	Tendencia de parejas casadas vs convivientes 2007 al 2017...	47
2	Encuesta de especialistas en derecho de familia Ratio Legis del régimen.....	141
3	Relación porcentual entre matrimonio y separación 2015-2018.....	143
4	Encuesta de especialistas en derecho de familia régimen patrimonial matrimonial hacia el futuro.....	146
5	Encuesta con especialistas en derecho de familia sobre conveniencia de convenciones matrimoniales	146
6	Encuesta con especialistas en derecho de familia sobre autonomía/régimen patrimonial.....	152



LISTA DE FIGURAS

Figura		Página
1	Participación en la Fuerza Laboral en el Perú. Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2015)..	54
2	Participación de la mujer en el servicio civil, 2004-2015 (Porcentaje).....	55
3	Mujeres jefas de hogar en los sectores público y privado, 2004–2015.....	56
4	Nivel educativo de los servidores públicos según sexo 2004: INEI, ENAHO 2004-2015.....	56
5	Nivel educativo de los servidores públicos según sexo 2015. INEI, ENAHO 2004-2015.....	57
6	Participación de la mujer en el Gobierno Nacional, Regional y Local, 2016.....	57
7	Participación de la mujer según programa de la Escuela Nacional de Administración Pública, 2015 y 2016 (Porcentaje). SERVIR – Escuela Nacional de Administración Pública, 2015 y 2016. Elaboración: SERVIR – GPGSC.....	58
8	Número de matrimonios con separación patrimonial 2015-2016–2017–2018.....	142
9	Mujeres del distrito de La Molina que prefirieron régimen de separación de patrimonios Vs. sociedad de gananciales, 2017.....	144
10	Mujeres del distrito de la Molina que prefieren el régimen de separación de patrimonios por grupo etario, 2017.....	144
11	Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 20 a 29 años.....	148
12	Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 30 a 39 años.....	148
13	Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 40 a 49 años.....	149

Figura		Página
14	Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 50 a 59 años.....	149
15	Conocimiento de las normas e implicancias que rigen el régimen patrimonial de su matrimonio al momento del contrato, 2017.....	151



INTRODUCCIÓN

La presente Investigación se enmarca dentro del área del Derecho de Familia, más específicamente en lo que corresponde a la determinación del régimen patrimonial que regirá el matrimonio. Fundamentalmente se plantea la posibilidad de introducir las capitulaciones o convenciones matrimoniales entre esposos con el objeto de establecer su régimen patrimonial matrimonial, sobre la base de la experiencia y legislación existentes en diversos países y en atención a nuevas tendencias en las familias que rescatan la libertad de los cónyuges y la redefinición de roles, sobre todo en lo que respecta a la capacidad de actuar de la mujer al igual que el hombre.

Se busca también revalorizar el papel de la autonomía de la voluntad en temas de familia, que nos llevará definitivamente a afirmar la conveniencia de la introducción de las convenciones matrimoniales en la legislación nacional.

Si preguntamos al común de la gente hoy en día qué son las convenciones o capitulaciones matrimoniales, o qué utilidad tienen, llegaremos rápidamente a la conclusión que son muy pocas las que las conocen. Más aún, si hacemos la misma pregunta a jueces, abogados o estudiantes de derecho, quizás nos encontraremos con la misma respuesta.

En el Perú esta figura es extraña, no habiendo sido incorporada legislativamente a pesar de haber sido propuesta para incluirla en el vigente Código Civil por el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle. Pero, ¿cómo podemos explicar el desconocimiento de esta figura jurídica que tiene muchos años de vigencia y que la encontramos en diversas legislaciones extranjeras, incluyendo los códigos más modernos?

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, no estimó conveniente romper la llamada tradición jurídica, que establecía la comunidad de gananciales como régimen legal y único, no considerando conveniente introducir las convenciones matrimoniales y así dar la posibilidad a los futuros esposos o los ya casados, para que puedan pactar el régimen patrimonial de su matrimonio y variarlo cuando así lo consideren necesario, con ciertas limitaciones generales propias de cualquier contrato.

De la misma forma la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 desestimó la opción de introducir convenciones matrimoniales, por cuanto consideró que atentaban contra uno de los fines principales del matrimonio, como es la solidaridad. También se argumentó en contra de su adopción, que este régimen ofrecía la posibilidad al varón de aprovecharse de su situación de jefe del hogar, ya que estaría más preparado que la mujer y la podría inducir a firmar convenciones con condiciones abusivas o perjudiciales para estas o la familia.

No hemos encontrado tampoco dentro de la doctrina nacional, salvo un destacado trabajo de Vega (2017, pp.253-286) un interés para tratar este tema, sobre todo al argumentarse que se trata de un asunto que probablemente no tenga mayor uso, en vista que a nivel de los países en donde se ha adoptado constituye en sistema residual y minoritario.

Trataremos de demostrar que este desconocimiento debe comenzar a superarse, siendo a nuestro criterio, de suma utilidad la discusión de la posibilidad de pactar el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, en vista de la ya anunciada reforma de nuestro vigente Código Civil, pero también por cuanto esta discusión nos puede llevar a cuestionar temas tratados en esta tesis como

el régimen legal, la separación de patrimonios, la vigencia y conveniencia de la sociedad de gananciales y el régimen primario, entre otros.

Revisaremos diversas instituciones del Derecho de Familia tales como, la familia, el matrimonio y desde luego los regímenes patrimoniales, pero desde una perspectiva crítica, de cambio y sobre todo de futuro, tratando de señalar la nueva realidad que las afectan, indispensables para repensar y entender la necesidad de regular las convenciones matrimoniales. Analizaremos también la libertad y autonomía de voluntad y su rol actual en la constitución de estado de familia y en la regulación de la misma y el matrimonio, centrándonos sobre su importancia en la determinación del régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

Se ha constatado además que existe gran desconocimiento del sistema patrimonial legal entre los esposos, sobre todo de las mujeres, lo que implica problemas antes, durante y después del matrimonio, bajo el principio que los problemas personales en muchos casos afectan lo patrimonial y lo económico en las relaciones entre esposos.

Hemos considerado conveniente entrevistar a diversas personalidades, docentes y especialistas del derecho de familia con el objeto de recabar sus ilustradas opiniones, que nos puedan ayudar a certificar y ratificar nuestra opinión en el sentido de la necesidad de rescatar la autonomía de la voluntad de los esposos, especialmente en lo que se refieren a la determinación del régimen patrimonial. Se ha revisado diversidad de opiniones dentro los especialistas respecto de la introducción de las convenciones matrimoniales, así como si el régimen vigente limita la autonomía de los contrayentes al momento de escoger su régimen patrimonial.

Asimismo, ha sido de suma importancia encuestar a mujeres del distrito de La Molina entre 20 y 59 años de edad, a fin de verificar principalmente el nivel de conocimiento de su régimen patrimonial, la satisfacción respecto del mismo y la posibilidad de optar por un régimen de convenciones matrimoniales, si ésta opción fuera permitida legalmente. Los principales resultados obtenidos nos indicaron que las mujeres, en su gran mayoría, desconocían el régimen matrimonial al que se sometieron en virtud del matrimonio, por lo que no eligieron sino más bien se les impuso el régimen legal de sociedades gananciales. Se ha verificado también que en gran parte este régimen legal resulta insatisfactorio, al constatarse que un importante porcentaje de quienes se acogieron el régimen legal, o más bien al que se les impuso, estarían dispuestos a cambiarlo por uno convencional.



CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

La determinación del régimen patrimonial o económico de la sociedad conyugal ha sido materia de amplio análisis y debate, no existiendo una posición unánime en la doctrina nacional e internacional al respecto.

Para abordar este tema y las posibles reformas al mismo es necesario, efectuar un análisis actual de lo que es la familia, sus diversas formas y evolución, sobre todo a la luz de las denominadas nuevas estructuras familiares. Varsi (2011, p. 65) por ejemplo, ha identificado 17 estructuras o formas familiares.

La presente investigación se centrará fundamentalmente en la familia matrimonial, aunque sus conclusiones y recomendaciones podrían aplicarse a otras.

Es indispensable revisar el desarrollo del concepto de familia y su vigencia, en especial la matrimonial, sobre todo centrándonos en su concepción actual y posible devenir futuro, tratando de establecer si las estructuras o formas legales de conformación del patrimonio o régimen económico matrimonial contribuirán efectivamente a satisfacer los intereses de los contrayentes (interés privado) y de la sociedad y/o del Estado (interés público).

Un renovado concepto, estructura y realidad de la familia, en especial la matrimonial en el mundo y en el Perú, nos puede llevar a pensar en nuevos horizontes respecto del denominado, régimen patrimonial de la sociedad conyugal o régimen económico de los cónyuges.

Se ha escrito mucho sobre los nuevos paradigmas del Derecho de Familia, resaltándose la autonomía de la voluntad ejercida antes, durante o después del matrimonio. Es por este motivo que el concepto de la autonomía de la voluntad en el matrimonio con ocasión de la elección del régimen patrimonial de la sociedad conyugal, debe ser revisado, incluyendo los límites que son normalmente impuestos a esta autonomía, como la legislación, el orden público y las buenas costumbres.

Desde la perspectiva de una nueva estructura de la familia matrimonial en el Perú, que de hecho es distinta a la que existía en 1984, y sobre todo pensando en cómo es la familia matrimonial de los *millennials*, o cómo será la de las llamadas generaciones X, Y, Z, es una obligación preguntarse si esquemas rígidos o típicos al momento de escoger su régimen patrimonial matrimonial, se adaptan a una sociedad más líquida, en donde la única constante es el cambio, de tal forma que estas nuevas estructuras satisfagan sus intereses personales y fundamentalmente económicos.

Al respecto Arboccó (2017, p. 77) señala que la liquidez de las relaciones y los vínculos flojos son alentados por muchas sociedades hoy. Añade:

Entramos en una sociedad de lo descartable. No solamente descartamos objetos sino también estamos acostumbrándonos así no solo con las cosas sino con las personas, con las instituciones. Hay algunos lugares del planeta donde los matrimonios duran menos de seis meses. Parece que el compromiso no está siempre en nuestra vida.

Otro aspecto a estudiar es el relativo a las alternativas existentes para la determinación del régimen patrimonial, por lo que es necesario revisar los sistemas vigentes, con las diversas variables que presentan, como son:

1. Sistema de Fijación –Único u Obligatorio.
2. Sistema de Modificación entre regímenes típicos.

3. Sistema de Elección entre regímenes típicos.

4. Sistema de Libertad.

En especial es necesario examinar las posibilidades de usar las denominadas capitulaciones matrimoniales, convenciones o contratos pre matrimoniales en el sistema jurídico peruano, algo de lo cual se viene conversando y discutiendo tímidamente desde la modificatoria del Código Civil de 1936, y que es aplicado en muchos países incluyendo Latinoamericanos con mayor o menor grado y diferentes alternativas.

Es pertinente también analizar si el hecho que la Ley prevea un sistema patrimonial subsidiario obligatorio o legal, a falta de manifestación expresa de los cónyuges, conlleva a que, en muchos casos, los futuros esposos no discutan y menos conozcan este régimen patrimonial, por lo que habría que preguntarse si existe alguna otra forma para que las parejas se preocupen y ocupen en conocer su régimen patrimonial y de esta forma ir mejor preparados para afrontar las vicisitudes que siempre se presentarán durante el matrimonio en lo referido al sustento económico de la familia.

Un trabajo de investigación debe plantear una alternativa, que pueda por lo menos en lo básico, diseñar una propuesta de cambio, máxime en una situación en donde en el Perú y en el mundo, el Derecho de Familia está siendo materia de cuestionamientos. Deberemos basarnos en lo establecido en la legislación nacional vigente, específicamente el Código Civil peruano de 1984 y la Constitución peruana de 1993, así como en la legislación comparada.

Por lo expuesto creemos necesario plantear un régimen alternativo a los ya existentes en atención a: una nueva realidad y una perspectiva de futuro; la opinión de la doctrina nacional y legislación y doctrina comparada, incluyéndose

un proyecto de texto a incorporar en nuestra legislación, específicamente en el Código Civil.

Para realizar un diagnóstico de la realidad, se ha realizado una labor exploratoria en el distrito de La Molina, provincia y departamento de Lima, siendo la población objetivo las mujeres casadas de 20 a 59.

Por otro lado, se ha obtenido la información valiosa de 07 expertos o especialistas en temas de familia peruanos, (Dres. Enrique Varsi; Alex Plácido, Susana Mendoza, María Isabel Sokolich ; Benjamín Aguilar, Mario Castillo y Olga Castro) a quienes se les aplicó una entrevista escrita, entre los meses de octubre y noviembre del 2017, a fin de conocer su opinión respecto de los regímenes patrimoniales existentes y si estos implican una limitación legal que afecta la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Las preguntas formuladas se centran en:

- La opinión respecto a por qué nuestra legislación fijó únicamente dos regímenes patrimoniales en la sociedad conyugal y si esto atenta contra la autonomía de la voluntad de los cónyuges.
- La posibilidad de introducir las capitulaciones matrimoniales o convenciones pre o post matrimoniales.

Las opiniones de los especialistas están divididas al contestar las preguntas formuladas, al considerar como necesarios a los sistemas obligatorios, que algunos llaman típicos o tasados, mientras que otros opinan que la existencia de solo dos regímenes limita la autonomía de la voluntad. De la misma forma discrepan respecto de la posibilidad de introducir capitulaciones matrimoniales en nuestra legislación, los que apoyan la autonomía están a favor

y los que la restringen no consideran conveniente la introducción de las convenciones a fin de establecer su régimen económico matrimonial.

Estas opiniones nos servirán para analizar la posibilidad y necesidad de introducir un nuevo de sistema patrimonial en el matrimonio, que revalore la autonomía de la voluntad en la elección de éste, siempre dentro de los límites necesarios.

Todas las cuestiones planteadas líneas arriba nos conducen a plantear la siguiente interrogante:

¿De qué manera la existencia en nuestra legislación de únicamente dos regímenes para la determinación del régimen patrimonial en la sociedad conyugal, afecta la autonomía de la voluntad al determinar el mismo?

1.2 Justificación de la Investigación

La determinación de la legislación peruana de solo dos regímenes obligatorios, se efectuó bajo un concepto de solidaridad familiar, de una supuesta incapacidad de la mujer y de la necesidad del Estado de proteger a la parte más débil o vulnerable, generalmente la mujer y los niños, niñas o adolescentes. La determinación por ende del régimen de sociedad de gananciales y de separación de bienes o patrimonios restringe expresamente la autonomía de la voluntad, concepto muy importante en la relación familiar, sobre todo en aspectos de carácter patrimonial.

De acuerdo a esa circunstancia, es válido analizar si las nuevas generaciones querrán expresar su autonomía cada vez más en sus relaciones de pareja y en especial en el área patrimonial, o debemos mantener un régimen cerrado en donde sólo se permita escoger entre los regímenes existentes en nuestra legislación.

El reto es llegar a un sistema que satisfaga ambas posiciones, es decir, un sistema patrimonial que permita a quienes así lo deseen negociar su régimen económico en situación de libertad e igualdad y a su vez sea capaz de proteger a quienes expresamente manifiesten su voluntad de someterse a cualquiera de los sistemas típicos vigentes.

Lo que se pretende con la presente investigación es mostrar criterios que permitan modificar el Código Civil, peruano de 1984, Libro III- Derecho de Familia-, Sección Segunda,- Sociedad Conyugal-, Título III -Régimen patrimonial.) a efecto de introducir en la legislación nacional la posibilidad de pactar convenciones, pactos o capitulaciones matrimoniales como régimen patrimonial optativo, antes o durante el matrimonio, así como la necesidad que los contrayentes deban manifestar expresamente su voluntad de adherirse a alguno de los sistemas vigentes, de tal forma que no opere un régimen subsidiario automático y la necesidad de establecer un régimen primario.

1.3 Delimitación y limitaciones de la investigación

La investigación está limitada a la realidad que afrontan mujeres casadas, excluyéndose las uniones de hecho, de las cuales hay poca información y no muy confiable. La población está definida únicamente como mujeres casadas de La Molina entre los 20 y 59 años-

Si bien se ha buscado demostrar el poco conocimiento del régimen patrimonial familiar y el descontento de las mujeres respecto del régimen escogido, por el tamaño de la muestra que se requeriría a nivel nacional, y la falta de información estadística hemos tomado una muestra circunscrita al distrito de La Molina, de la provincia de Lima, Perú.

Se escogió el Distrito de La Molina por cuanto tiene una población diversa, con ingresos muy altos en zonas de baja densidad poblacional, hasta muy bajos ubicadas en zonas marginales más pobladas, que nos permiten, de alguna manera, relacionarlo con la situación socio económica existente a nivel nacional, aunque evidentemente, nos circunscribimos a indagar en el área urbana.

Una limitante importante es la relativa a la falta de información estadística existente en el Perú en temas de familia y matrimonio, la poca información existente no está actualizada y es más de carácter cuantitativo, más no cualitativo.

1.4 Objetivos de Investigación

1.4.1 Objetivo general.

Determinar si la existencia en nuestra legislación de dos regímenes patrimoniales en el matrimonio afecta la autonomía de la voluntad, limitando la decisión de los cónyuges de elegir libremente el régimen patrimonial más conveniente para su matrimonio.

1.4.2 Objetivos específicos.

1.4.2.1 Determinar el nivel de conocimiento de la mujer del régimen matrimonial que rige en su matrimonio.

1.4.2.2 Establecer si el desconocimiento del régimen matrimonial por la mujer genera mayor conflicto durante y/o a la finalización del sistema patrimonial matrimonial.

1.4.2.3 Determinar si la limitación legal del régimen patrimonial afecta la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

Se han revisado los antecedentes en los principales repositorios, habiéndose detectado tres investigaciones que están relacionadas con el tema propuesto.

Del análisis de estas investigaciones se ha determinado que, si bien abordan aspectos relacionados con el tema de esta investigación, enfocan el problema desde una perspectiva diferente y no plantean una alternativa a la situación existente en el Perú.

Asimismo, la estructura y conclusiones de las investigaciones son distintas a las que se pretenden abordar.

Las investigaciones existentes son las siguientes:

Buleje, L. (2017, pp. 01-171). Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad en la Elección del Régimen Patrimonial en el Matrimonio en el Código Civil Peruano. (Tesis de Maestría). Universidad Santiago Antúnez de Mayolo, Perú. Analiza la autonomía de la voluntad de los cónyuges para elegir entre varios regímenes el que más se ajusta a sus necesidades, centrándose sobre la voluntad en la formación del acto jurídico y los sistemas para la determinación del régimen patrimonial en el Perú y en la legislación comparada.

Sus conclusiones principales se centran en confirmar la existencia en nuestro Código Civil de dos sistemas, patrimoniales entre los cónyuges, existiendo uno que operan con un régimen supletorio, recomendando la sustitución del Artículo N° 295 del Código Civil que obligue a los cónyuges a

manifestar al momento de contraer matrimonio el régimen patrimonial que escojan, entre los disponibles.

Parra L. (2012, pp. 01-76) *Autonomía de la Voluntad y Régimen Patrimonial- Matrimonial* (Tesis para optar por el título de abogado). Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina.

Esta tesis analiza el sistema argentino para la determinación del régimen patrimonial matrimonial, busca revisar los sistemas existentes en la doctrina y legislación comparada y la posición en Argentina respecto de la introducción de la autonomía de la voluntad en su legislación.

El autor, en la conclusión, se alinea con la tendencia regional del uso de la autonomía de la voluntad, otorgándole a aquellos que anhelan contraer matrimonio en Argentina, la posibilidad de elección en la regulación de sus relaciones patrimoniales. Conceptualiza el vocablo elección, como opción o alternativa, proponiendo que los cónyuges que así lo deseen podrán seguir contrayendo matrimonio bajo las reglas y formas vigentes, pero aquellos otros que no estén de acuerdo con el sistema vigente actual, tendrán la facultad de elegir otro régimen para que los gobierne.

Colao, F (2017, pp. 01-319). *Los Acuerdos Prematrimoniales en el Código Civil Español*. (Tesis Doctoral). Se centra en el estudio de los pactos prematrimoniales y matrimoniales en España, haciendo un importante análisis a nivel del derecho comparado en varias latitudes y en el derecho foral español, ocupándose además sobre el contenido patrimonial y no patrimonial de dichos pactos. El autor concluye que el derecho, en España, deberá regular la autonomía de la voluntad, estableciendo requisitos generales de validez de los contratos, proteger el consentimiento libre y consciente y el cumplimiento de las

formas prescritas en la ley, así como brindar asesoría especializada a los contrayentes.

2.2 Bases teóricas

El tema relacionado con la autonomía de la voluntad de los esposos para la determinación de algunos aspectos del matrimonio, en especial los patrimoniales, antes, durante o después del matrimonio, han sido materia de amplia discusión existiendo posiciones totalmente opuestas y por supuesto, intermedias al respecto. Estas posiciones están estrechamente relacionadas con las teorías que tratan de explicar los conceptos de libertad, autonomía de la voluntad entre los cónyuges o en las relaciones familiares y en la naturaleza jurídica del matrimonio, por lo que deberán abordarse como sustento teórico de nuestra tesis.

Las teorías que abordan el concepto de libertad, según Custodio (2015 p. 64), se pueden resumir en las siguientes:

El Libre arbitrio (Séneca). Propone que es el hombre que decide su destino, que está influenciado únicamente por su conciencia y moral. Podemos señalar que el hombre decide su futuro al escoger qué hacer y qué no hacer de acuerdo a su conciencia.

El Fatalismo (San Agustín). Propone que el hombre ya tiene un designio trazado y es esclavo de él, siendo un instrumento para que suceda lo que necesariamente deba suceder. En este sentido el hombre no posee ningún poder sobre su destino y su destino está predispuesto por alguien externo y superior.

El Determinismo (Hobbes) parte del principio de que el ser humano es esclavo las condiciones existentes desde que nace incluyendo la realidad social,

su lugar de nacimiento y entorno social que lo rodea y condiciona. Su destino está determinado por la sociedad.

El Bergsonismo (Henry Bergson) El hombre nace por voluntad divina pero conforme crece es capaz de tomar sus propias decisiones, ejerce su libertad limitada en vista que su vida está siempre condicionada a su nacimiento aunque luego podrá tener libre albedrío en la toma de decisiones.

El Existencialismo (Jean Paul Sartre) que pregona que el hombre está condenado a ser libre. Dios no existe y por ende el hombre está obligado a tomar sus propias decisiones y forjar su destino. Cada uno depende de sí mismo, el ser libre no es una opción, es una necesidad.

La Fenomenología (Edmundo Husserl) que propugna que el hombre es libre para todo menos para dejar de serlo. El hombre es libre, se señala y no puede tener la libertad para no serlo.

El Materialismo Dialéctico (Federico Engels) que nos precisa que el avance de la ciencia va haciendo libre al hombre siendo el avance científico el que determina su libertad. El hombre no nace libre, se hace libre por el desarrollo del ser humano de la mano con el científico.

En cuanto a las teorías que se presentan respecto de la autonomía de la voluntad en el matrimonio o en las decisiones de familia, por un lado, tenemos un sector de la doctrina que piensa que los temas de familia son fundamentalmente de interés público, por ende, hay escaso lugar para la manifestación autónoma de la voluntad, que prospera en la esfera de lo privado. La voluntad es una fuente creadora de obligaciones y derechos, pero en temas de familia, la voluntad libre debe circunscribirse a algunos temas ya que la mayoría de las decisiones deben efectuarse conforme a ley a fin de proteger a

la familia. Nos manifiesta Cornejo (1982, p.10) que estas teorías aún se encuentran en Códigos como el boliviano, el chileno y el cubano expresando que la familia debe ser de interés del Estado, por lo que las normas que la regulen, en muchos casos serán de orden público, restringiéndose la voluntad de los esposos

Otra teoría cuyo argumento lo resume Nora-Lloveras (2008, p.88-89), considera que debe primar la voluntad de los esposos para la constitución del Estado de familia y para configurar las relaciones y normas existentes en ella.

Resume su posición al indicar:

Cada familia, cada matrimonio vive su realidad, pacta su compromiso, concibe su proyecto, forja su destino y desde allí debemos pensar en autorizar a los integrantes de la familia, en expresar sus vivencias, pactos, concepciones y destinos, ya que se respetaría la voluntad no solo de la persona, sino de la relación familiar.

Un importante aspecto a considerar es el relativo es la naturaleza jurídica del matrimonio. De acuerdo a lo manifestado por el profesor Varsi (2011, pp.42-46) un sector de la doctrina plantea la teoría que el matrimonio es una relación jurídica de carácter convencional o contractual, que se inicia con las opiniones de Vladimir Monsalve Caballero en el siglo XII y Pedro Lombardo Graciana y que se consolida con la principal doctrina francesa representada por Pothier, Colin, Capitan y Josserand, entre otros.

Esta teoría se sustenta en que es en el matrimonio donde debe expresarse y materializarse el principio de la libertad y autonomía de la voluntad en su máxima dimensión, inclusive hasta llegar a pensar que es un acto personalísimo, de interés únicamente de los esposos, la familia o Dios y que no debe permitirse el ingreso de terceros, especialmente el Estado, para

determinar, regular o modificar la voluntad de las partes, como ya se dijo antes , durante o después del matrimonio, salvo en casos debidamente justificados.

En el otro extremo está la teoría formulada por aquellos que conciben el matrimonio como institución. Vélez Sarsfield en el siglo XIX ya resaltaba este carácter de institución del matrimonio e indicaba que el legislador debía señalar las condiciones del matrimonio. El matrimonio es un acto voluntario, sin embargo, es de interés público, conteniendo relaciones personales y no patrimoniales que son reguladas por el contrato y por ende interesa su formalización, regulación y hasta extinción al Estado y la sociedad. Esta teoría también ha sido adoptada por juristas como Rébora.

En el medio tenemos las teorías Eclécticas o Mixtas sustentadas por aquellos que proponen que la sociedad conyugal debe actuar libremente, principalmente en lo que respecta a la celebración del acto familiar o la constitución del Estado de familia y a los actos patrimoniales, pero debe regularse, protegerse en mayor o menor grado en la esfera personal de los cónyuges, a los menores, acreedores o la parte más débil y para esto es derecho y deber del Estado poner las reglas, normas o disposiciones que le parezca conveniente. Dentro de estos sistemas podemos considerar a quienes reconocen la libertad respecto de la determinación del régimen patrimonial en el matrimonio y sustentan una intervención mínima con normas de orden público y otros que por el contrario manifiestan que el Estado debe ingresar a regular las relaciones patrimoniales, por la importancia de las mismas y los conflictos que generan, dejando más bien un espacio reducido para la manifestación libre de la voluntad de los esposos.

Vale la pena mencionar que hay otras teorías que considera al matrimonio como contrato (en su formación) e institución (en su conformación y funcionamiento) propugnan la misma Planiol, Bonnecase y Cornejo, en nuestro país. Asimismo, la que la considera acto o negocio jurídico de naturaleza especial que, si bien nace de la voluntad privada por tener una trascendencia especial social, requiere la intervención del Estado en mayor o menor grado para regularla. Avalan esta teoría, Díez-Picazo y a nivel local Varsi.

Se debe efectuar un recorrido por las teorías descritas para entender este tema así como, una revisión del principio de la autonomía de la voluntad, para finalmente concretar algunas ideas sobre la realidad de nuestra legislación y propuestas generales referidos a temas de familia y en especial a la determinación del régimen patrimonial matrimonial.

Debemos reiterar que el principio de la autonomía de la voluntad está ligado a la libertad, el que de acuerdo a la filosofía y la doctrina como manifiesta Bernal refiriéndose a la teoría formulada por Norberto Bobbio, (2008. pp.3-5), tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo a los que debe referirse esta tesis.

Autonomía de la voluntad: aspecto positivo, aplicado al derecho de familia, se traduce por ejemplo en:

- El poder de expresar libremente su decisión de casarse o no. Algunos lo han denominado como el derecho de conclusión, en los contratos conocido como la libertad de contratar y en el ámbito familiar constitución de Estado familiar.

Se presenta a nivel familiar también en la facultad de escoger con quien casarme. Algunos han cuestionado que, al prohibirse el matrimonio

homosexual o la poligamia, por ejemplo, se estaría atentando contra este derecho constitucionalmente protegido.

- La posibilidad de escoger y fijar las normas que regularán a los esposos durante el matrimonio. También denominada libertad de configuración interna, en los contratos denominada libertad contractual y en el ámbito del derecho familiar, ejercicio del Estado de familia.

Autonomía de la voluntad: aspecto negativo, que supone en términos de familia, por ejemplo:

- Que nadie puede ser obligado a contraer matrimonio.
- Que nadie puede escoger por uno la persona con la que no desee casarse.
- Que nadie puede escoger por uno, las normas que regirán mis relaciones de pareja.

Complementando esta idea Plácido (2017, p. 132) precisa que:

En el Perú la autonomía privada cumple un doble rol en el derecho de familia: A nivel de la creación de la relación jurídica familiar; segundo cuando regula la relación jurídica de la familia, con el límite del orden público familiar a través de la regulación de los derechos y deberes de cada estado de familia. Pero se debe precisar que, en ese último caso, la autonomía privada tiene como límite para su actuación el orden público familiar.

Finalmente es conveniente, antes de plantear una conclusión y determinar la posición del autor respecto de las teorías descritas, preguntarse de dónde proviene entonces esta autonomía que encontramos también en el derecho familiar. Del principio universal y fundamental de la libertad. El principio de la libertad reiteramos, base de la autonomía de la voluntad, lo encontramos positivado en muchas normas del ámbito internacional o nacional, así como en

aspectos que importan a todos los actos de la vida humana, así como en los actos patrimoniales y más específicamente de familia.

En conclusión, la tesis tendrá como sustento teórico el concepto de libertad del existencialismo moderno, específicamente la visión del Dr. Carlos Fernández Sessarego, que la considera como la esencia del ser humano que le da existencia y lo diferencia de las demás especies. Dicho de otra forma, el ser humano es persona porque es libre, siendo capaz de trazar y cumplir sus objetivos y de tomar las decisiones que más le convenga.

El Derecho entonces, debe cautelar esa libertad como el bien más preciado del ser humano ya que sostiene el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, o nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, máxima algo olvidada en una sociedad cuya extensión y complejidad obliga al derecho a restringir cada vez más la autonomía de la voluntad y que por ejemplo, en el ámbito familiar, explica de alguna forma porqué muchas parejas ya no creen en la institución civil del matrimonio, por encontrarlo muy formal y engorroso limitando seriamente su voluntad, prefiriendo el concubinato u otras formas familiares.

En atención a lo expuesto, en nuestra opinión, libertad- base de la autonomía de la voluntad- debe ser la regla y las limitaciones a la misma, la excepción, lo que no muchas veces sucede, como veremos más adelante. A priori se permiten límites a la autonomía por:

- I. Ley (normas).
- II. El orden público (interés social) y las buenas costumbres.

Asimismo, se conceptúa a la autonomía como una expresión de la libertad, en vista que el ser humano no podrá ser autónomo en su voluntad si no es libre.

Finalmente se ha utilizado la teoría del matrimonio como acto jurídico de naturaleza especial o sui generis, especialmente en la determinación del régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

Mis hijos me preguntan por qué tienen dos padres. Yo les digo que se debe a que somos parte de una familia moderna.

Ricky Martin

2.3. Definición de términos

2.3.1 La nueva visión de la familia y los cambios en las relaciones familiares.

Es común en la actualidad escuchar que la familia es la célula básica o fundamental de la sociedad, así como que está en proceso de descomposición o se la está destruyendo. Nosotros creemos más bien, que está sufriendo cambios profundos. El conductor y animador de televisión nacional Ricardo Morán al presentar a su nueva familia decía: “existen miles de familias” refiriéndose a la que conforma, soltero, con sus dos hijos, más precisamente hijo e hija, nacidos en los Estados Unidos, en un vientre de alquiler, lo que nos hace pensar en un cambio o transformación de la familia tradicional o nuclear, entendida como la compuesta por una comunidad solidaria y de apoyo mutuo entre el marido y la mujer, padres e hijos, por lo general menores, unidos por el amor, cuya finalidad es la defensa frente a la agresión, así como la formación o educación de sus miembros y su manutención.

En nuestro criterio y preliminarmente nos permitimos afirmar que definitivamente hay cambios en la familia, algunos los llaman crisis de o en la familia, por lo que consideramos pertinente revisar la transformación que ocurre fundamentalmente en la composición familiar y en las relaciones familiares, sobre todo teniendo en cuenta el nuevo rol de la mujer en la sociedad, la economía y la familia, así como el cambio generacional, para analizar posteriormente cómo éstos influyen en el matrimonio y en la determinación del régimen patrimonial del mismo.

Interesante es el resultado de la encuesta efectuada por PNUD (2001, p. 21), en Chile para determinar cómo perciben los chilenos la institución familiar y los resultados sorprendentes la presentan como una institución en crisis, como se puede apreciar a continuación:

- Un lugar de amor 15 %
- Un refugio frente a los problemas 24%
- Una fuente de tensiones y problemas 28%
- Una institución en crisis 31%
- No contestó 2%

Revisaremos un conjunto de indicadores y comentarios de la doctrina nacional y extranjera a fin de verificar y entender la nueva situación de la mujer, pero también la del varón dentro de la familia actual, que permitirán hacer un análisis de lo que nos deparará el futuro y justificar, como posteriormente veremos, la necesidad de cambios en la legislación, específicamente en lo que al régimen patrimonial de la sociedad conyugal se refiere.

Es una pregunta válida imaginar cómo serán las personas y las familias del futuro, que hoy son los niños y jóvenes del presente, ya no pensando en

cómo mantener una familia tradicional, sino cómo adaptar las estructuras existentes a una situación en donde la única constante parece ser el cambio, a pesar que en muchos casos opera una resistencia al mismo, inclusive a nivel legislativo, por desconocimiento de la nueva realidad, de la transformación generacional, ignorancia o simplemente desidia.

En el Perú no existen indicadores ni estadísticas claras respecto de la situación del hombre y la mujer, antes, durante y hasta después de la relación matrimonial, por ejemplo, luego del divorcio o la viudez, sin embargo, existe cierta información que puede ayudarnos a entender la naturaleza y necesidades actuales de la familia y proyectarnos hacia el futuro. Si a eso le sumamos la información existente en países más avanzados y lo expresado por la doctrina nacional o extranjera podremos tratar de augurar lo que le espera a la familia. Este entendimiento es fundamental para comprender si el régimen patrimonial de la sociedad conyugal vigente satisface las expectativas y necesidades de los esposos dentro del matrimonio hoy en día o los podrá satisfacer en el futuro.

No podemos plantear nuevas ideas para entender la familia actual, sin preguntarnos qué le depara el futuro, sin entender la transformación que ya se ha dado y que aparentemente continuará inexorablemente. En opinión nuestra esta labor de investigación es indispensable. Haremos un análisis de algunos de los principales cambios operados, sobre todo en la mujer, que influyen en la familia, especialmente la matrimonial, donde se instaura el régimen patrimonial.

Los temas a desarrollarse para buscar entender los cambios en la familia presente y futura, sin ningún orden de preferencia especial serán:

- Indefinición de un concepto de la familia y su nueva composición.
- Paridad de roles: el nuevo rol de la mujer en la familia.

- La educación como expresión de la libertad de la mujer en las relaciones familiares.
- El rol de las mujeres en la economía y su repercusión en la familia.
- Impacto de la Globalización y el avance tecnológico sobre la familia.

Vale la pena precisar que hemos elegido estos temas para desarrollar, más no son los únicos, se pueden agregar otros factores como: la aparición del feminismo y las instituciones feministas, el traslado de la función patriarcal del varón en la familia al Estado, la inestabilidad matrimonial en vista que el matrimonio y la familia que de él se deriva ya no es para toda la vida y las posibilidades de solución de los problemas familiares a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos, reconociendo el mayor valor de la autonomía de la voluntad, tema al que nos referiremos al detalle posteriormente.

2.3.1.1 Indefinición de la familia y su nueva composición.

No es objeto de esta tesis el tratar de llegar a un concepto o definición de familia. Solo me corresponde dejar sentada la imposibilidad de encontrar una definición unívoca de ella. Varsi (2012, pp.18-19), nos habla de una multiplicidad de definiciones según las diversas disciplinas que la estudian y la califica como un concepto cultural abierto.

Es imposible estructurar una única definición de familia por cuanto estas se desarrollan en distintos espacios y tiempos, adquiriendo diversos contenidos según el espacio tiempo histórico en el que evolucionan. Independientemente de lo expuesto todas las familias deben tener un amparo legal, no con el objeto de tratarlas por igual sino de solucionar los problemas y vicisitudes que definitivamente surgirán a lo largo de su existencia.

Kemelmajer (2014, p. 13) ha reiterado que “la familia está sometida a tensiones internas y presiones externas y consecuentemente, está constreñida a un proceso continuo de ajustes, redefiniciones y estrategias”, añade que “la noción de familia ha cambiado; la igualdad de los cónyuges es parte de una gran batalla ganada, al menos formalmente...”

Es importante reconocer que ya no hay un solo modelo de familia, un *rol model* único, dirían algunos. Ya no podemos hablar de la familia ideal, sino de las familias en plural, más aún Zagrebelsky (2016, pp. 13-14) habla de la sociedad pluralista y derecho líquidos, fluidos o dúctiles, que explica que no hay modelos únicos y que tanto la sociedad como el derecho deben adaptarse a las circunstancias y cambios que se presentan en forma permanente, lo que es plenamente aplicable a las familias. Actualmente, se viene acuñando el término derecho de las familias, en clara alusión a la existencia de diversas, máxime si en el Perú, por ejemplo, las familias de hecho y mono parentales tienen la misma o quizás mayor importancia que las matrimoniales, conforme a la información que analizaremos posteriormente.

En la misma línea, Oliva y Villa (2014, pp. 12-14) indican que: “debido a la confluencia de intrínsecos aspectos a su naturaleza como lo son el aspecto histórico, político, socio cultural y por el desarrollo *psico*-afectivo de sus miembros, cada familia es única y diferente”, inciden en que “cada familia es única, como distintos son sus miembros, con diferentes modos de pensar y sentir...”, coinciden con nuestra posición al señalar que “más que un solo tipo de familia o una familia ideal, existen muchas familias que representan diversas formas de crecer, convivir y relacionarse”.

Resulta relevante de mencionar la opinión vertida, en el fundamento de su voto en el expediente N°1204-2017-TA emitido por la magistrada del Tribunal Constitucional, Marianella Ledesma Narváez, quien precisa que la familia ha sido considerada tradicionalmente como la matrimonial. Agrega que existen cambios en la estructura de ésta debido a los cambios sociales, lo que ha dado lugar al surgimiento de nuevas formas familiares como: las uniones informales, las monoparentales, las ensambladas o reconstituidas, las unipersonales, monoparentales o matri-focales y de cohabitantes.

Varsi (2012, pp. 63-87) señala que la familia no obedece a un solo modelo, confirma con acierto, que el Perú ya se ha reconocido legal y jurisprudencialmente diversas formas familiares adicionalmente a la tradicional, habiendo identificado los siguientes tipos de familias:

- | | |
|---|--|
| 1.- La general | 2.- La reducida |
| 3.- La intermedia | 4.- La matrimonial |
| 5.- La extramatrimonial | 6.- La monoparental |
| 7.- La anaparental | 8.- La pluriparental |
| 9.- La homoafectiva | 10.- La Paralela |
| 11.- La producto de bigamia | 12.- La que contiene un matrimonio matrimonial y otro no matrimonial |
| 13.- La proveniente de uniones estables concomitantes | 14.- La eudemonista |
| 15.- La socioafectiva | 16.- La geriátrica |
| 17.- La familia de solteros | 18.- Familias comunitarias o solidarias |
| 19.- La virtuales, y | 20.- Las transnacionales |
| 21.- La ensamblada | |

Creemos necesario aclarar que esta posición que señala que hay que hablar de familias en plural y no en singular, no es aceptada en forma unánime en la doctrina. Hay quienes como Perrino (2017, p. 23), no coinciden con los que pensamos que existen varios tipos de familia, para él la familia es natural y única, la que es producto de la unión matrimonial. Resalta por ejemplo que no existe la llamada familia extramatrimonial en vista que entre hijos y padres solo existen vínculos de filiación extramatrimonial. Esta perspectiva es coincidente con aquella de los que piensan que la familia tiene un origen real y social, pero fundamentalmente jurídico, por lo que, si el derecho reconoce a la familia matrimonial, las demás estructuras “familiares” serán cualquier cosa menos familia. No está por demás reiterar que en nuestro criterio esta apreciación parte de un principio errado, al considerar a la familia como realidad jurídica que el derecho reconoce y da efectos, pero eso no le quita la naturaleza familiar que otras formas de uniones representan, así como su carácter social y ético afectivo.

Plácido (2005, p. 284) define la familia haciendo énfasis en su carácter cambiante influenciada por el contexto social como:

Aquella comunidad iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer, de origen matrimonial o extramatrimonial, destinada a la realización de actos humanos, que está integrada por personas que se hallan unidas por un afecto natural, derivado de la relación de pareja, de la filiación y, en última instancia, del parentesco consanguíneo y de afinidad, que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente y que, bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento y el desarrollo económico del grupo. La familia es una entidad evolutiva, eco sistémica, de solidaridad de destino y de supervivencia en un contexto social determinado. Si bien la familia nuclear es la más extendida cada vez más hay mujeres que solas crían los hijos. (Subrayado nuestro)

Podríamos utilizar la teoría tridimensional del derecho para intentar una definición propia de familia. En este sentido la familia debe ser entendida desde tres dimensiones o puntos de vista, como son:

- Como realidad -dimensión sociológica existencial.
- Como núcleo ético -dimensión valorativa.
- Como norma –dimensión jurídica.

Desde el punto de vista de la dimensión sociológica existencial, la familia es una realidad social, es una estructura natural, conformada por personas, no necesariamente de distinto sexo, que nace de la necesidad del ser humano de agruparse para complementarse y cumplir funciones valiosas, entre ellas, la vida en común, la procreación, la continuidad de las costumbres, la subsistencia y la cultura, así como la búsqueda de la felicidad y de los elementos necesarios para el crecimiento personal y económico.

También se le ha denominado la dimensión biológica, en donde los seres humanos conviven con el fin de reproducción y conservación de la especie.

Sams y Serrano (2010, p. 63) en esta misma línea la consideran una estructura social esencial, cuya configuración está en función de los individuos y del medio social, económico, cultural, político y religioso.

A nivel local el Tribunal Constitucional, mediante Sentencias N°s.6572-2006-PA/TC, de fecha 6 de noviembre del 2007 y 1204-2017 –PA/TC, de fecha 1° de octubre del 2018, entre otras, ha resaltado el importante y trascendental rol de las familias, reiterando que no se trata de una institución dedicada a la procreación sino una realidad social, en donde además se transmiten valores éticos, conocimientos y tradiciones, convirtiéndose en un lugar de encuentro *intra* e intergeneracional, siendo el agente principal del desarrollo social. Añade que es por este motivo que nuestra Constitución la protege, tal como lo señala el artículo 4° de nuestra carta Magna. Las sentencias también reconocen a las familias como núcleo de la sociedad, elemento natural y fundamental de la

misma, esenciales para el desarrollo social y personal de los miembros que la conforman, resaltando su reconocimiento por la legislación internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que en su artículo N° 23, la considera elemento fundamental y natural de la sociedad sujeta de protección de los Estados, señalando de la misma forma, que el artículo N°16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe su importancia y el derecho de todos a fundar una familia.

La dimensión ética la encontramos en dos aspectos fundamentales. El primero consiste en que la familia es comunión de amor, en donde se cumplen las funciones más elevadas de la sociedad. En ella se educa, crean y transmiten los valores ya que de nuestros padres aprendemos el comportamiento moral y los valores ético, así como las buenas costumbres, cumpliendo su función de modelo ideal de desarrollo de los seres humanos, que se juntan jurídica y realmente para conformar la familia.

El segundo considera que una familia con valores contribuye con el Estado a construir una sociedad más justa, ordenada, en donde se pueda otorgar a los ciudadanos bienestar personal y económico. Una buena familia es garantía del Estado para eludir el comportamiento antiético de las personas y la mejor garantía contra la delincuencia y por ende la inseguridad ciudadana.

Desde el punto de vista normativo es una estructura legal o una institución o figura jurídica reconocida y protegida por la ley y el Estado.

Entender a la familia desde una de las tres dimensiones antes mencionadas es un error, hay una interrelación dialéctica entre ellas, cuyo entendimiento es necesario para comprender mejor estructuras sociales y jurídicas complejas.

Podemos colegir entonces, que no existe una definición única de familia, la que está en crisis y permanente cambio, por lo que tratar de regular ahora y en el futuro a la Familia (s) con un único modelo es prácticamente imposible. Los modelos tradicionales que regulaban una de familia ideal, no serán satisfactorios en el futuro y por ende el matrimonio y el régimen patrimonial tampoco puede ser único o limitado, debiendo existir estructuras que se amolden a las nuevas exigencias de los distintos tipos de familias. La familia entonces sería una realidad biológica y social que varía de acuerdo al tiempo y espacio, así como también un estructura legal, reconocida y regulada por el derecho, que cumple funciones valiosas sobre la base fundamentalmente del amor y el respeto mutuo, que constituyen el sustento moral y ético de la sociedad.

Todo esto no hace más que confirmar que la doctrina y la legislación comparada, así como la local y nuestros tribunales, han entendido la transformación del concepto de familia como producto del cambio de la realidad social y de los valores que en ella se engendran, en donde ya no podemos ignorar que al lado de la familia tradicional producto del matrimonio, se desarrollan otras formas familiares todas ellas legítimas y dignas de reconocimiento y protección.

Coincidimos con Durán (2008, p. 20) quien expresa: “Las familias del futuro serán muy diferentes de las actuales, tanto en América Latina como en el resto del mundo. Seguirán existiendo relaciones especialmente intensas y solidarias entre grupos de personas, aunque sobre bases sociales bastante diferentes”.

Analizar la población actual y la composición de la familia definitivamente es sumamente útil para entender los cambios que se presentan en ella.

La población peruana se divide por igual en términos de hombres y mujeres. Según el último censo de población efectuado por el Instituto Nacional de Estadística- INEI- en el 2017, la población femenina fue casi igual a la de varones, existiendo 15, 886,059 mujeres, frente a 15, 939,059 hombres.

Existen múltiples fenómenos demográficos que han cambiado y seguirán cambiando a la sociedad y la familia. Hemos considerado conveniente de resaltar únicamente cuatro relacionados fundamentalmente con la mujer:

1. La edad del matrimonio y del inicio de la formación de la familia se ha desplazado, antes era entre los 20 y 30 años, hoy supera los 30.

Esto implica que las personas, especialmente las mujeres que contraen matrimonio en muchos casos ya están educadas, trabajan, tienen amplia experiencia en múltiples aspectos de la vida social y económica que les hace tomar sus propias decisiones, más meditadas y reflexivas. La situación descrita nos lleva a pensar que muchas de las mujeres que ahora contraen matrimonio, en muchos casos profesionales y con experiencia, están totalmente capacidad para pactar con autonomía su régimen patrimonial.

En Ecuador, por ejemplo, la edad ideal para casarse ahora es 30 años y en el Perú, según INEI, el 52% de las mujeres que contrajeron matrimonio en el 2010 tenían entre 25 y 34 años.

2. La edad en que deciden tener hijos, si los tienen, también se ha pospuesto y el número de hijos por familia se ha reducido. Yanke (2017, p. 15, nos indica:

Nacer, crecer, reproducirse o plantar un árbol escribir un libro y tener un hijo son promesas hechas camino a desaparecer, en España las parejas deben escoger entre un trabajo y tener un hijo, la tendencia es marcada a no tener hijos.

Se cuestiona y manifiesta que el Estado protege el trabajo, pero no protege la paternidad y se pregunta si no es la paternidad un bien social y por tanto debería ser protegida también por el Estado. Refiriéndose a España indica que las mujeres que trabajan pasaron de 30% a 85% entre 1980 y el 2012; el 21% de los hogares no tiene hijos, el 51% de los hijos hasta 29 años viven con los padres, el promedio de edad de casamiento es de 32 años.

Los motivos para no tener hijos y/o tenerlos tardíamente serían:

- Importo yo y quiero ser feliz aquí y ahora.
- Prefiero tener perros o gatos.
- Debo privilegiar mi formación académica.
- Los hijos exigen atención.
- No quiero traer hijos a un mundo sin futuro.
- Primero debo tener resueltos mis temas, como los laborales y económicos.
- Prefiero viajar, los jóvenes ya no sueñan con casarse y formar una familia, quieren vivir experiencias a través de los viajes, prefieren invertir en experiencias que perduren.

Flaquer (1999, p. 2) refiriéndose a la familia del siglo XXI y a la crisis del sistema patriarcal nos recuerda que ésta se debe, entre otros factores, a la reducción de la tasa de fecundidad, que permitió a la mujer desempeñar otras labores y no exclusivamente la del cuidado del hogar y los hijos, ingresando al mercado del trabajo remunerado en el mundo privado y público.

3. La longevidad, y la reducción de las tasas de nacimientos y mortalidad están llegando a América Latina con una tendencia al decrecimiento poblacional y al incremento de familias con adultos mayores que influyen, por ejemplo, en el

incremento de hombres y mujeres viudos que buscan rehacer su vida, sin embargo, en muchos casos no están dispuestos a compartir un patrimonio ya constituido y requieren de alternativas distintas como pueden ser los pactos o convenciones patrimoniales.

4. Cambios generacionales. Molinari (2011, p. 13) acertadamente ha indicado: “no podemos jugar un juego nuevo con reglas viejas”, precisando que hay nuevas circunstancias que nos hacen pensar la necesidad de entender las generaciones actuales y futuras sobre el análisis de: mayores demandas de transparencia, nuevos conceptos del tiempo; movilidad y espacio; inmediatez y globalización, la personalización, así como diversidad y la redefinición del concepto de bienestar. Termina diciendo respecto al trabajo, pero aplicable perfectamente a la familia: “Los cambios que se avecinan no son incrementales, son quiebres. Los modelos que imperaron durante dos siglos caen a pedazos y surge una nueva concepción del trabajo”, y agrego yo de la familia.

Los psicólogos y sociólogos están estudiando los distintos modos de pensar y actuar de las diversas generaciones que han venido en clasificar de diversas formas, nosotros tomaremos la que identifica a estas generaciones, como:

- Los tradicionalistas, nacidos entre y entre 1900 y 1945,
- Los *Baby Boomers*, nacidos entre 1946 y 1965,
- La generación X, nacidos entre 1966 y 1980,
- La Y que corresponde a los nacidos a partir de 1981 al 2000 a la que se le denomina también *millennials* y finalmente,
- La Z, también llamada *centennials* o *post millennials* corresponde a los nacidos después del 2000. Los Z son fruto, de la modernidad

líquida de una sociedad volátil, sin valores demasiado sólidos y con unos vínculos humanos debilitados por la incertidumbre, fruto de los cambios que están sucediendo. Algunos acuñan actualmente la terminología “generación T” de *Touch*, como aquella de los llamados nativos digitales.

Antes coexistían normalmente tres generaciones, ahora son cinco claramente distinguibles en un lapso de aproximadamente 70 años, todo lo cual no hace más que corroborar que hay importantes cambios generacionales, sociales y familiares.

Las nuevas generaciones tienen maneras de pensar, de asumir su relación con la sociedad, el trabajo, esparcimiento, la familia y el matrimonio distintas.

Por ejemplo, en un estudio se preguntó cuál era la prioridad de cada generación, todas pusieron en primer lugar a la familia (hijos -padres), excepto la generación Z, que puso en primer lugar, crecer profesionalmente; en segundo, divertirse; en tercero amigos y vida social; en cuarto ayudar a otros; en quinto cuidarse físicamente y recién en sexto orden de prioridad, la familia. El informe Nielsen (2016) nos precisa que la generación Z está dispuesta a otorgar 20% de su tiempo a la familia a diferencia por ejemplo de los *baby boomers* que le dedican el 44% y los tradicionalistas el 55%. Algo digno de recalcar es la velocidad y capacidad de cambio que imprimen en sus vidas las nuevas generaciones, están conectados permanentemente, no se apegan al trabajo ni a las relaciones estables, cambian y cambian, de carrera, de pareja, de trabajo, de sexo, de estructura familiar. Estas generaciones tienen en el matrimonio como institución para toda la vida, un patrón que le va a resultar insatisfactorio. Molinari

(2011, p. 98) expresa “el compromiso en las nuevas generaciones asume una forma contractual de manera que, ante un incumplimiento, el contrato se rompe inmediatamente”, lo que nos hace entender en nuestro criterio el incremento de separaciones, rompimiento de compromisos o divorcios, en especial entre la gente joven, aun cuando recién hayan formalizado su relación matrimonial. Ejemplo gráfico de esto es el creciente número de divorcios registrados, al incrementarse, según RENIEC, de 5,625 en el 2011 a 15,109 en el 2017.

Apreciamos cada vez más una gran cantidad de jóvenes o adultos que conviven, con o sin relaciones sólidas, existen también los llamados “amigos o parejas sin compromisos” así como personas que se casan una o más veces, muchas de las cuales han salido seriamente dañadas de una crisis matrimonial o extramatrimonial previa, pero el sistema no les facilita un nuevo régimen matrimonial y patrimonial, luego de haber terminado un matrimonio traumático y sobre todo en lo que respecta a los bienes.

Confirma esta tendencia de desconfianza hacia el matrimonio formal lo expuesto por Susana Mendoza (2108), en el Congreso: “Nuevos Desafíos del Derecho de las Familias” realizado en la Unifé, el 17 de noviembre del 2018, en donde recalcó que, de acuerdo a estadísticas del INEI, el matrimonio está cediendo paso entre la gente joven al concubinato, las uniones de hecho o la convivencia, ratificándose el hecho que cada vez menos se considera al matrimonio civil como una opción válida y deseable.

La estadística presentada arrojó lo siguiente:

Tabla 1

Tendencia de parejas casadas vs convivientes 2007 al 2017.

Descripción	Área Urbana		Área Rural	
	2007	2017	2007	2017
Modalidad de Pareja				
CASADOS	28.6 %.	25.6 %.	28.5 %.	26.1 %.
CONVIVIENTES	23.2 %.	25.4 %.	28.6%.	31.9 %.

Datos INEI. Tomados de Ponencia de Susana Mendoza “Nuevos desafíos del derecho de las Familias” UNIFÉ 17/11/18

Podemos apreciar de la información referida anteriormente que en 10 años el porcentaje de parejas casadas ha disminuido en el área urbana y rural aproximadamente en un 3%. De la misma forma, que la cantidad de uniones de hecho en el mismo periodo de tiempo, en la zona rural, se ha incrementado superando el total de casados. En el área urbana los convivientes han igualado a los casados.

Creemos que el futuro exige normas creativas para satisfacer las necesidades que se presentarán en las antiguas y nuevas generaciones y que exigirán una legislación, más flexible tanto en lo personal como en lo patrimonial.

2.3.1.2 Igualdad y paridad de roles: el nuevo rol de la mujer en la familia.

La mujer es diferente del hombre en diversos aspectos, pero ambos como personas humanas tienen los mismos derechos y obligaciones, son iguales. La historia muestra que estamos pasando de una sociedad machista a una igualitaria, con múltiples estructuras.

Apreciamos que esta igualdad formal ha sido incorporada en diversos textos normativos internacionales y locales, como la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y el Tratado del Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en especial

la Observación 21, que expresa la igualdad de hombres y mujeres. La observación comentada alienta a:

Asegurar la igualdad de derechos del hombre y la mujer en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es obligatorio e inmediatamente aplicable para los Estados partes. La aplicación del artículo 3 del Pacto, leído juntamente con el párrafo 1 a) del artículo 15, exige, entre otras cosas, eliminar los obstáculos institucionales y jurídicos, así como los basados en prácticas negativas, incluso las atribuidas a la costumbre y la tradición, que impiden la participación plena de la mujer en la vida cultural y en la educación e investigación científicas.

A nivel local, nuestra Constitución en su artículo 2.2, realza que todos tenemos derecho a la igualdad ante la ley. Asimismo, nuestro Código Civil de 1984 en sus artículos 4 y 234 preceptúan esta igualdad formal entre cónyuges al señalar:

Artículo 4°. -El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de derechos civiles.

Artículo 234°.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales “...(subrayados nuestro)

En general la legislación ya no contiene normas discriminatorias directas contra la mujer, vemos que actualmente existe igualdad normativa entre el varón y la mujer, igualmente entre esposos, sin embargo, y a pesar de los grandes progresos en ese sentido, aún no se logra la tan anhelada igualdad real, subsistiendo en algunos casos discriminación indirecta, cuando las normas se plantean situaciones aparentemente neutrales pero que facilitan desigualdad entre los esposos, por ejemplo, normas que deben proteger a la esposa por desarrollar además de su labor como tal, su trabajo y la importante tarea de cuidar a la familia y los hijos.

En igual sentido, se puede leer a Díez-Picazo y Gullón (2006, p. 33) los que reiteran que el derecho de familia está transitando de una perspectiva jerárquica a una más igualitaria y asociativa, en donde tiene importancia los movimientos femeninos

No podemos negar el cambio de rumbo hacia la igualdad de roles en la familia ocurrido también en los varones, que colaboran cada vez más en el hogar. Las estadísticas también indican que hay un incremento de apoyo de los varones en las horas que dedicaban al cuidado o en tareas del hogar según la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2010-INEI-, los varones ya dedican 15 horas con 53 minutos semanales a las labores no pagadas dentro del hogar, lo que antes era impensable. Pero este hecho no hace más que corroborar que el mayor peso del trabajo en el hogar lo lleva la mujer, por lo que normas de igualdad solo podrían legalizar y consolidar esta diferencia de aportes al matrimonio entre el varón y la mujer. El Comercio en su suplemento Somos., (2019, p. 23) resalta que 43,740 varones serán capacitados en el programa “Hombres por la igualdad” lanzado por el Ministerio de La Mujer y Poblaciones Vulnerables reseñando que el 51 % de los hombres en el 2019 se involucra en el cuidado de los hijos y el 44% en la limpieza del hogar. Este programa busca concientizar a los padres para que influyan en su entorno en el sentido que los seres humanos, hombres y mujeres, no somos tan diferentes y que ambos deben colaborar por igual en las tareas del hogar, lo que es síntoma que las cosas están en proceso de cambio, lento pero paulatino.

Villa y Oliva (2014, p 14) mencionan:

La estructura familiar ha variado respecto a su forma más tradicional en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres, principalmente por el rol de la mujer, la que por variaciones en su situación económica se ha visto en la necesidad de salir de su hogar en busca de sustento familiar.

De Anyelén Zuccarini (2015, p.6) nos indica algo que resulta innegable, el cambio de roles en la familia, el ingreso de la mujer al trabajo, la mayor expectativa de vida, con la posibilidad de adoptar diversos modelos de familia a lo largo de ella, en especial nuevos roles del hombre y la mujer permiten afirmar que un régimen patrimonial único debe ir dando paso a regímenes más adecuados a las condiciones de cada pareja. Agrega: “Actualmente, la economía familiar puede ser organizada de distintos modos, situación que evidencia que un único régimen patrimonial diseñado para un esquema familiar exclusivo ya no da respuesta suficiente a la realidad vivencial de nuestra sociedad”.

No es para nadie extraño el verificar que la relación entre parejas en el matrimonio ha dejado de tener una estructura patriarcal. La figura del hombre como el proveedor y jefe del hogar indiscutible está perdiendo vigencia. En la actualidad hombre y mujer están en una situación de mayor igualdad, inclusive esta se aprecia en las relaciones de los padres con los hijos. Antiguamente los hijos obedecían, lo contrario era una falta de respeto, hoy por hoy, los hijos exigen sus derechos, son escuchados y reconocidos como sujetos de derecho, sus relaciones cotidianas familiares ya no son tan verticales sino más bien horizontales, los hijos ahora tienen su propia forma de pensar, mucho mayor capacidad de pensamiento y obra.

La sociedad del patriarcal en nuestra realidad ha venido disminuyendo desde inicios del siglo XX, no se necesita mayor prueba y una serie de indicadores comentados en este capítulo así nos lo hacen ver, pero surgió una nueva forma de dominación del hombre a la mujer y la familia, la dominación económica, al no permitirse el trabajo de la mujer, salvo en el hogar o actividades

menores reservándose el varón la función de proveedor económico único y/o principal en la familia, lo que le da derechos especiales dentro de la familia.

Con respecto al decaimiento del modelo patriarcal y la igualdad de hombre y mujer por el avance de la mujer hacia la igualdad Somarriva (1963, p. 10) opina respecto que el cambio de la familia, de un grupo que denomina, “férreo” o unido a uno donde se debilita el poder del padre en vista sobre todo a la incorporación de la mujer a las actividades económicas y profesionales.

La mujer asume entonces, por múltiples factores, un rol distinto en la sociedad, como persona y como miembro de la familia, la que ahora conforma democráticamente, puede que exista un riesgo machista síntoma de la resistencia al cambio en el Perú y el mundo, pero la voz de la mujer se abre paso inexorablemente hacia la igualdad y paridad de roles.

2.3.1.3 La Educación como expresión de la libertad de la mujer en las relaciones familiares.

El gran cambio de la situación de la mujer creemos se produjo a finales del siglo anterior, por su ingreso masivo a la capacitación académica y a la educación. Si nos ponemos a pensar, hace 65 años la Universidad Femenina del Sagrado Corazón abrió sus puertas por una preocupación real de las hermanas de la Congregación del Sagrado Corazón al ver las dificultades y escasas posibilidades que tenían las mujeres de seguir estudios superiores en el Perú.

A nivel escolar el incremento de mujeres con educación secundaria completa es sostenido. En el 2017, según el Instituto Nacional de Estadística- INEI-, del total de quienes tenían educación secundaria completa el 63.3% eran mujeres y el 74.1 % hombres.

En el ámbito universitario las cosas son diferentes, hoy en día de acuerdo a la Superintendencia Nacional de Educación –SUNEDU- estudian en las universidades más mujeres que hombres, específicamente en el 2016 se matricularon en las universidades del país 756,165 mujeres y 747,030 hombres. Las mujeres están incursionando en todo tipo de carreras técnicas o profesionales, si bien en algunas no en situación igualitaria, por ejemplo, en actividades como economía, las ingenierías y la política, que son consideradas aun principalmente de varones, mientras que otras como la educación, psicología, enfermería, nutrición y recursos humanos, principalmente de mujeres.

En cuanto a los estudios de especialización o maestría, SUNEDU nos hace notar que la diferencia ha disminuido, en el 2016 había matriculados 49,339 hombres y 44,756 mujeres.

Se aprecia por otro lado, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón la aparición de estudios de profesionalización para mujeres con experiencia laboral, en otras universidades también existen con otros nombres. Muchas mujeres cuyos maridos no las dejaron trabajar, tuvieron que cuidar el hogar o a sus padres, así como muchísimas divorciadas y viudas ven ahora en la educación y en la posibilidad de obtener un título profesional la oportunidad inserción en el mundo laboral, logrando su tranquilidad económica, independencia y/o su realización personal.

Molinari (2011.p. 30) refiriéndose a la situación en Argentina señala: “Es frecuente que los dos cónyuges trabajen, se generan otros valores y otras pautas para la toma de decisiones.”... “La inserción de las mujeres en la población activa

seguirá incrementándose en los próximos años. El 60% de los egresados universitarios en Argentina son mujeres”.

En nuestro criterio la mejora de la mujer en todos los niveles en el ámbito educativo es trascendental para comprender su decisiva inserción, como veremos luego, en el trabajo, en la economía y por ende su independencia económica que le permite ejercer su libertad no solo jurídica sino material y poder decidir ella sola, o con su marido, respecto de las principales decisiones en el hogar, entre ellas, las que afectan a su patrimonio común.

2.3.1.4 El rol de las mujeres en la economía y su repercusión en la familia.

La incorporación de la mujer al mercado laboral es calificada como la revolución social silenciosa más importante del siglo XX y sin duda continúa en el siglo XXI.

En las últimas seis décadas, el rol de las mujeres en la economía ha variado, y su participación en la misma se ha incrementado, en parte por los diversos niveles educativos que han adquirido y por las diversas metas que cada una ha buscado alcanzar; de manera tal que las mujeres, actualmente, ocupan lugares que antes solo estaban reservados para los hombres. También han contribuido los movimientos feministas, femeninos y de diversa índole que han defendido los derechos de las mujeres en general, fomentando no solo la participación de las mujeres en el trabajo y la economía, sino también su acceso igualitario al salario y a las altas posiciones en el ámbito privado y público.

Según estadísticas de CEPAL la participación económica en el trabajo de la mujer en el Perú creció de 58.9 % en el 2008 a 60.1% en el 2014 y el INEI precisa un incremento al 65% en el 2017, lo que demuestra el aumento sostenido en los últimos 10 años en la cantidad de mujeres que participan en la fuerza

laboral, aunque la gran mayoría trabaja también, en labores no son remuneradas como en el caso del trabajo en el hogar o el cuidado.

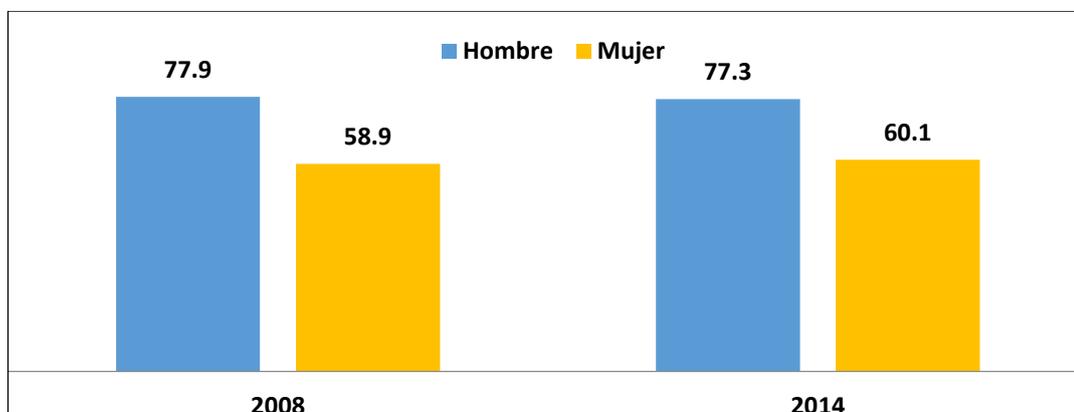


Figura 1. Participación en la Fuerza Laboral en el Perú. Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. (2015).

La mujer por ende ya no es el ama de casa que abandona todo por atender las necesidades del marido y de la familia en el hogar. La mujer se prepara para el trabajo más que el hombre. A nivel laboral podemos señalar que la participación económica de la mujer es fundamental, en muchos casos es quien dirige la economía familiar, en otros colabora a la par con el marido o simplemente contribuye a mejorar la economía familiar. Datos existentes nos reflejan la cada vez mayor participación de la mujer en la economía, específicamente en la familiar. Todo esto nos hace pensar en que la mujer está plenamente capacitada no solamente para escoger si quiere o no casarse, sino con quien hacerlo y sobre todo regular en lo patrimonial las relaciones económicas que gobiernen su matrimonio

Falen (2017, p. 13) señala que de acuerdo con la encuesta nacional de hogares -ENAHO-el 28.9% de ellos tiene una jefa de familia, resaltándose que en los sectores D y E llega al 38.6%.

En el Perú hoy la mujer trabajadora es el modelo y no la excepción, por lo que la gran mayoría de hogares tiene una esposa que trabaja, contribuye al manteniendo del hogar y de la familia al igual e inclusive en mayor porcentaje que los varones, quienes en muchos casos al perder el trabajo no encuentran opción alguna para cumplir con sus obligaciones con la familia, lo que en nuestro criterio no se aplica a la mujer que normalmente se sobrepone a cualquier situación desfavorable que se le presente.

En el sector público nacional existe información que nos permite apreciar el desarrollo de la mujer en el quehacer público, como se detalla en las figuras 2, 3, 4, 5 y 6 que se analizan a continuación.

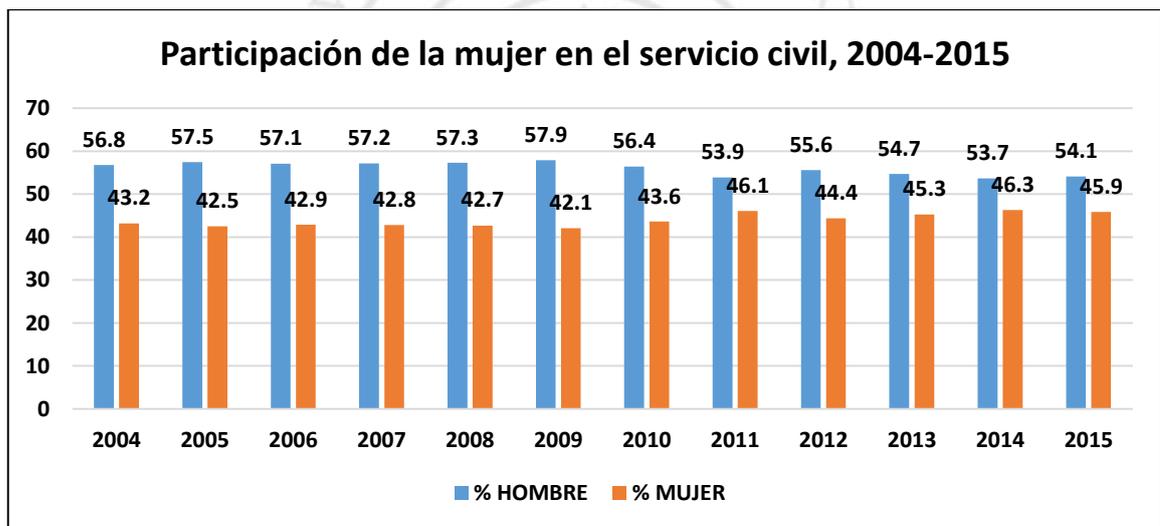


Figura 2. Participación de la mujer en el servicio civil, 2004-2015 (Porcentaje).

Como se puede apreciar de la figura 2, la participación de la mujer en el servicio civil se ha incrementado del 2004 al 2015 en 2.7%, llegando al 45.9%, siempre por debajo de la participación de los hombres, pero se aprecia un avance hacia la igualdad por lo menos desde el punto de vista cuantitativo.

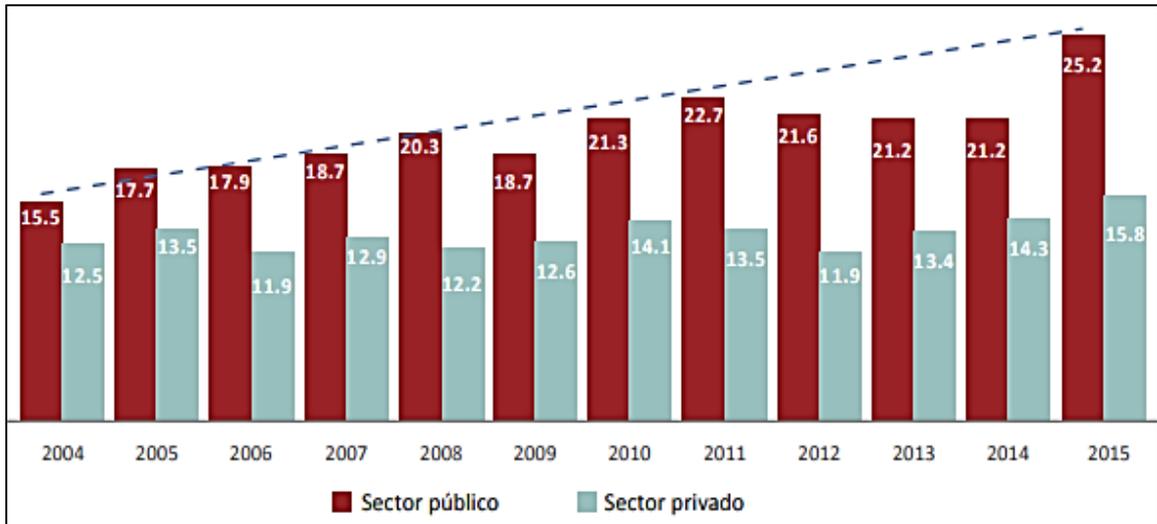


Figura 3. Mujeres jefas de hogar en los sectores público y privado, 2004–2015.

La figura 3 nos presenta una información sumamente interesante que nos precisa que de las mujeres que trabajan en este sector, el 25.2% son jefas de su hogar, incrementándose progresivamente este porcentaje desde el 2004. Esto implica que una de cada cuatro mujeres trabajadoras del sector público, han asumido además el rol de jefa del hogar, con los derechos y responsabilidades que esto conlleva en lo personal y en lo patrimonial.

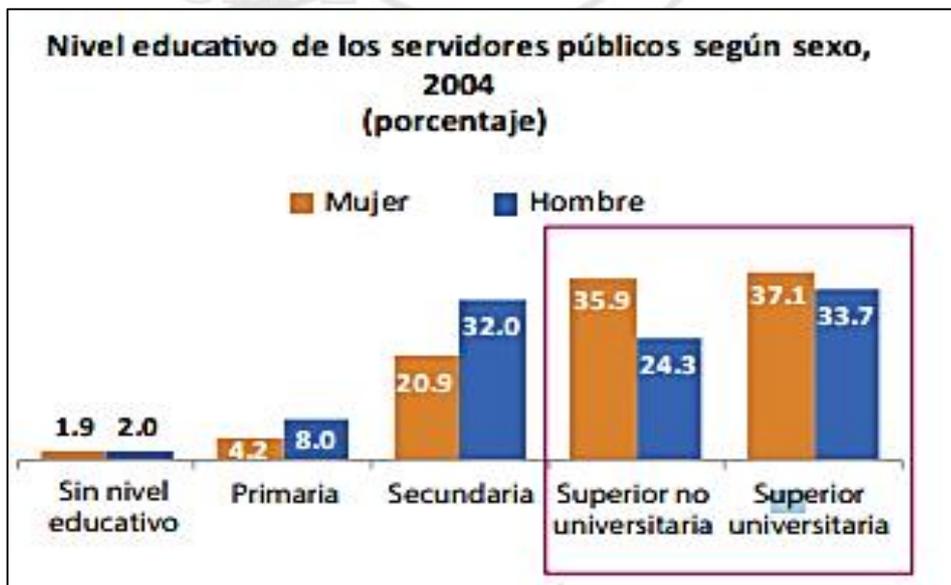


Figura 4. Nivel educativo de los servidores públicos según sexo 2004: INEI, ENAHO 2004-2015.

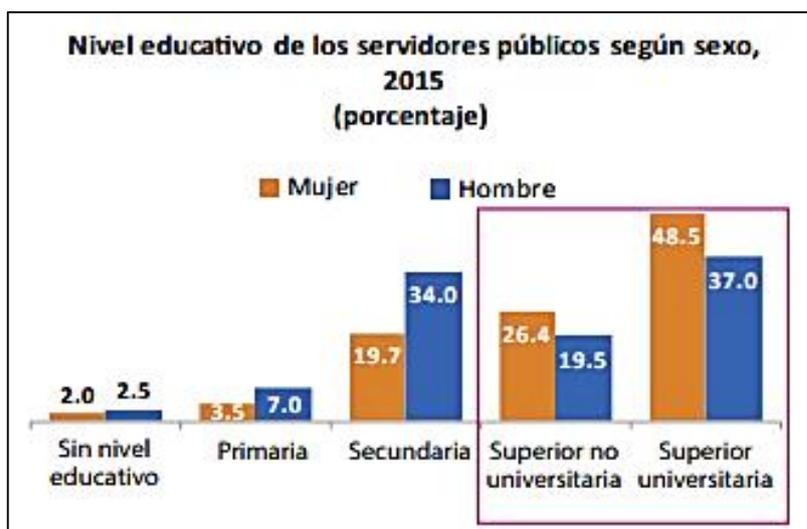


Figura 5. Nivel educativo de los servidores públicos según sexo 2015. INEI, ENAHO 2004-2015.

Importante información se puede extraer de las figuras 4 y 5 que nos permiten inferir que la mujer que labora en el sector público está mejor preparada desde el punto de vista profesional que el hombre, tanto a nivel de educación superior no universitaria como universitaria y que esta mejora educativa se ha incrementado sustantivamente del 2004 al 2015.

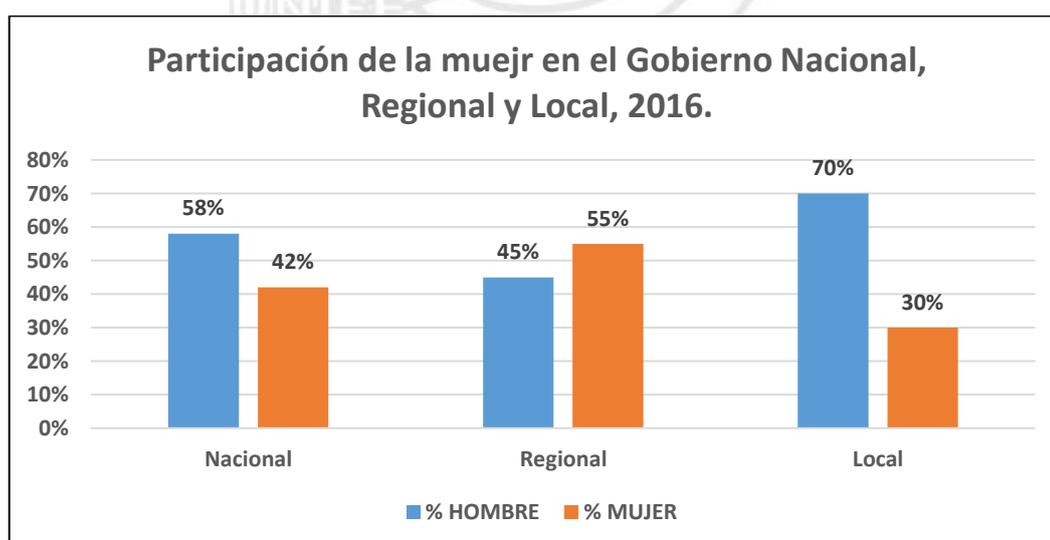


Figura 6. Participación de la mujer en el Gobierno Nacional, Regional y Local, 2016. Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Planilla Electrónica (setiembre 2016). SERVIR. La Mujer en el Servicio Civil Peruano, marzo 2012, pp. 5-6.

La información recabada de SERVIR, Figura 6 nos acredita que la participación de la mujer a nivel del gobierno nacional y local es minoritaria respecto del varón, especialmente a nivel municipal, a pesar que como ya vimos está mejor preparada que él. Esta situación no es aplicable a los gobiernos regionales en donde cuantitativamente la mujer supera la participación de varones en 10 puntos porcentuales, no encontrándose la verdadera razón de esta situación, lo que sí es un hecho es la creciente participación laboral de las mujeres en todas las esferas trabajo en el sector público

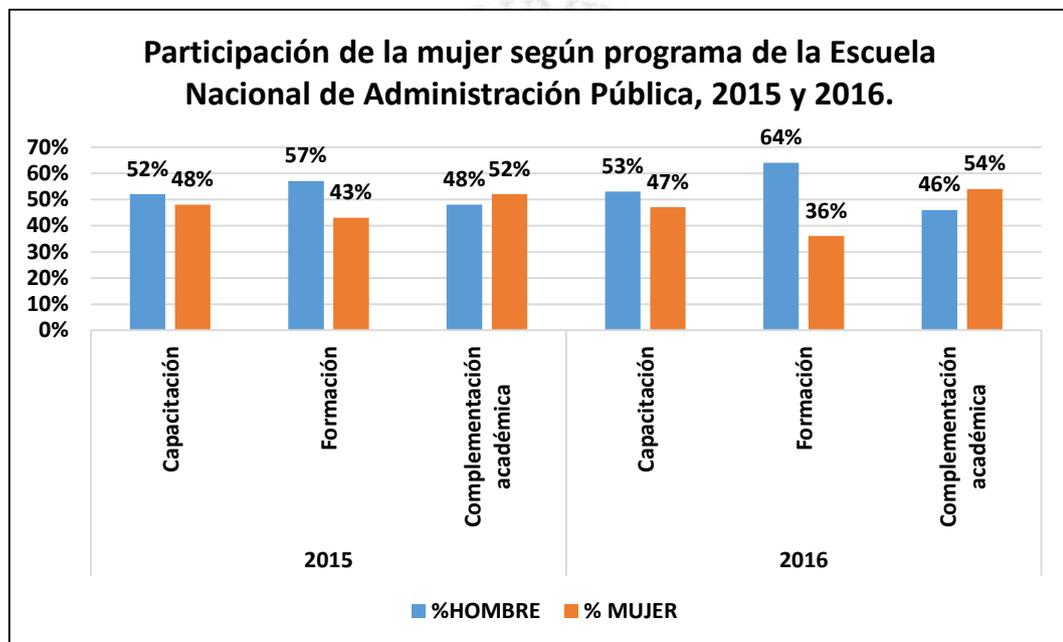


Figura 7. Participación de la mujer según programa de la Escuela Nacional de Administración Pública, 2015 y 2016 (Porcentaje). SERVIR – Escuela Nacional de Administración Pública, 2015 y 2016. Elaboración: SERVIR – GPGSC.

Es de resaltar que las mujeres privilegian su preparación fundamentalmente académica, pudiéndose apreciar que ellas continúan con capacitación: 47%, su formación en un 36 % y llevan cursos de complementación académica en un 54%, siendo evidente que la mujer ha optado por una mayor

complementación académica respecto del hombre, que ha preferido las áreas de capacitación y formación.

Es innegable entonces el avance arrollador de la mujer en el sector público y privado, no solo en su participación en la economía, sino también en el trabajo. La mujer trabaja y se desarrolla camino hacia su independencia económica base de su autonomía personal y familiar.

2.3.1.5 La Globalización y el ingreso de la tecnología en la familia.

Podemos entender a la globalización como la etapa de la historia actual, que permite conectar diversas sociedades en aspectos económicos originalmente y luego culturales, políticos y sociales sobre la base de la comunicación universal.

Las relaciones de las personas y de las familias están influenciadas ahora por la internet y la amplia movilidad o migración de las personas, lo que les hace considerarse personas y en algunos casos, familias globales.

Moccia (2011, p.3) acertadamente nos indica

La cultura de los derechos fundamentales en su universalidad e indivisibilidad, junto con el estudio comparado del derecho, en la diversidad de tradiciones jurídicas nacionales y locales, representan, en una perspectiva cada vez más global del desarrollo de la sociedad, un objetivo también un desafío para el jurista y su formación, dentro de un nuevo horizonte capaz de proyectarse más allá de las fronteras culturales, no solo territoriales, de cierre del propio ordenamiento jurídico.

Sams y Serrano (2010, p. 21) nos pone en evidencia que:

Las consecuencias prácticas de las revoluciones científicas y tecnológicas han alcanzado al mundo La tecnificación de los hogares, creo que por delante de la actividad sanitaria y sólo detrás de la producción de energía atómica e informática, ha dejado a millones de mujeres libres para empeñarse en otras tareas probablemente más rentables y han convertido las funciones educadoras en una cuestión que afecta a los dos componentes de las parejas heterosexuales, casadas o no. También influyen considerablemente en el cambio acelerado la longevidad y la disminución de mortalidad infantil.

La observación 21 aprobada por el Comité de Derechos Económicos de la ONU, del 2004 en su 43° período de sesiones, referida al derecho de toda persona a participar en la vida cultural nos alerta sobre los riesgos de la globalización al señalar:

... el fenómeno de la globalización tiene efectos positivos y negativos, los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para evitar sus consecuencias adversas en el derecho de participar en la vida cultural, en particular para las personas y los grupos más desfavorecidos y marginados, como quienes viven en la pobreza. Lejos de haber producido una sola cultura mundial, la globalización ha demostrado que el concepto de cultura implica la coexistencia de diferentes culturas.

Cabría preguntarse cómo afecta la globalización a la persona y a la familia:

-En lo económico: por el deseo de cosas materiales, las personas se obligan adquirir bienes o servicios para pertenecer al grupo, las llamadas “tendencias” de internet son conocidas y marcan la acción u opción de los jóvenes de hoy en todo el mundo.

-En lo Jurídico: nos referimos a la necesidad de establecer normas que regulan las relaciones familiares personales y matrimoniales ya no solamente para cada país, sino que cada vez más existen normas que regulan la movilización, de hijos de personas de distintos países, culturas, religiones como las personas de religión musulmana que contraen matrimonio y tienen hijos con personas de otras creencias o religiones. Asimismo, existen tratados que introducen la visión de derechos humanos, es decir, derechos de toda la humanidad que obligan al Estado, jueces y en general a la comunidad jurídica a usar criterios de convencionalidad, en un mundo global.

-En lo ético: por cuanto los valores también se han globalizado, normas éticas, principios, derechos humanos son invocados cada vez más para enfrentar la problemática familiar.

Podemos hablar de valores muy regionales o particulares de muchos países, con diferentes concepciones, pero cada vez más advertimos de la globalización de los valores, muchos de ellos considerados como parte de los derechos humanos globales.

Algo que vale la pena resaltar es la introducción de la tecnología en la reproducción, que con pruebas como el ADN ha revolucionado el tema de la filiación, habiendo surgido la bioética con el objeto de analizar la pertinencia o no de estas técnicas, en especial, en lo que se ha venido en llamar la reproducción asistida y la manipulación genética.

- En las relaciones interfamiliares: estas han variado sustancialmente influenciadas por la globalización y la tecnología. En lo que respecta a la globalización, ahora es más común la migración de todo tipo de personas con objeto de estudio, trabajo o residencia, esto ha traído como consecuencia el incremento de las familias multiculturales, interraciales, así como nuevas formas de relación familiar en familias distantes físicamente, pero vinculadas y comunicadas por la tecnología.

- La tecnología ha influido en la transformación familiar, podemos apreciar que cualquier padre solicita a su hijo (a) menor, que le apoye en temas tecnológicos como el manejo de equipos informáticos y *smarth phones*, que para ellos son aspectos normales y comunes a su vida diaria. Antes los hijos tenían como fuente de referencia a sus padres y a los libros, hoy el internet, el chat, el blog. Esta situación ha traído cambios en las relaciones interfamiliares,

especialmente en la comunicación entre esposos, o de estos con los hijos y en la ruptura de barreras, hoy los hijos ya no ven en los padres la autoridad que antes se tenía, hoy la relación es más horizontal, habiendo inclusive los padres reconocido la superioridad de los hijos en ciertos temas como en tecnología digital como anteriormente se precisó.

- En la comunicación *face to face*: la juventud de hoy se precia de tener amigos en todas partes están conectados en un mundo que les ha quedado pequeño. Han cambiado el concepto habitual de amistad, que puede limitarse al mero contacto cibernético o aun simple *like*. Acumulan amigos, personas de distintas culturas y estratos sociales, lo que les ayuda a entender y tolerar la diversidad, esta generación ha hecho del uso masivo de las redes sociales su señal de identidad. En el artículo de Infante y Ramírez (2017, p.219): “Uso del Facebook y la autopercepción de la imagen Corporal en mujeres”, señalan que el 55.7 % de encuestadas en su investigación tienen entre 0 a 499 amigos en Facebook, el 27.4% entre 500 y 999 y el 16.9% más de 1,000. El 80.2% usa el Facebook para mandar mensajes privados a un amigo(a).

La penetración del internet en los últimos años a los hogares ha sido importante. Blossiers (2018, p. 36) nos dice que el 64.2% de hogares en zonas urbanas usa el internet, dato curioso es que, en la mayoría de las encuestas presentadas por él, es el hombre el que más utiliza la internet, sin embargo, en zonas rurales el acceso por hombres es de 18.1% y por mujeres de 20.4 %.

En la actualidad la comunicación se realiza por *Facebook, Twitter, Instagram, Facetime, Skype, H5, Whatsapp, Snap chat* o *blogs*, entre otros, evitándose el contacto personal. Delante de un ordenador se siente la seguridad para escribir o decir casi cualquier cosa, que probablemente nunca podrían hacer o decir

personalmente. Cada vez se hace más difícil la comunicación *face to face* o como diría su traducción al español, cara a cara, lo vemos cotidianamente con los jóvenes y a veces adultos conectados o enchufados permanentemente a sus aparatos electrónicos, para ellos el contacto personal no es necesario, si se puede hacer por internet.

Blossiers (2018, pp. 36-37) se pregunta si este cambio será beneficioso o perjudicial para las nuevas generaciones viéndolo “como si se tratara de caminar rápido sobre piso mojado y resbaloso” Resalta el cambio producido en la sociedad por la tecnología que ha cambiado al ser humano y la sociedad en la forma de comunicarse y relacionarse:

-En las relaciones sentimentales. Vega (2009, pp. 228-225) en un interesante artículo denominado, El @mor en tiempos del orden@dor, ha precisado que la internet ha cambiado la faz del globo, nuestras capacidades de relacionamiento, nuestro trabajo, nuestro hogar, entre otros.

Se ha impuesto ahora el amor al primer *bite*, se explica el amor cibernético, sexo virtual, el cibernoviazgo. También el adulterio, divorcio y relaciones filiales por internet.

Las emociones ahora se expresan a través de los emoticones los que las han reemplazado, se trabaja en el descanso y la libertad se encuentra en el chat. Las tecnologías de la información, especialmente la internet influencia la vida diaria de todos los ciudadanos y familias, las recientes y permanentes innovaciones ha generado una revolución social, sobre todo en los jóvenes, pero también en toda la sociedad, siendo claro que habrá cambios en muchos casos predecibles y en otros impredecibles.

Para graficar lo dicho basta con ingresar a Internet y verificar la cantidad de programas y aplicaciones que se han creado para relacionar parejas entre las cuales tenemos: *coffe meets bagel; tinder; happn; grider; bumblebee; hater tastebuds; ok cupid; the league; hotline; elite singles; harmony; badoo; adopta un tío; lingers; empatía; klip* y muchos más.

De lo señalado podemos colegir que la familia ha venido y viene sufriendo grandes transformaciones, algunos las llaman profundas e irreversibles. Muchos de estos cambios que repercutirán en la constitución y funcionamiento de las familias, se deben a aspectos que podemos denominar del entorno o sociales, mientras que otros obedecen a causas más personales, psicológicas o internas de las personas en nuestra sociedad de hoy, no sin antes indicar que los cambios de la sociedad repercuten en la persona y los de las personas en la sociedad en la que viven.

En el ámbito externo podemos constatar cambios derivados de:

- La globalización.
- El desarrollo de la tecnología y la ciencia.
- El respeto por los derechos humanos.
- La permisibilidad social.
- Cambios culturales y relajamiento de los valores.
- Los movimientos feministas.
- El resurgimiento de las políticas liberales y neoliberales.

A nivel interno podemos destacar:

- La reducción de la familia, la que se circunscribe en muchos casos a padres e hijos, incluyendo la tendencia a un matrimonio tardío y sin hijos

o con un menor número de hijos, aunado al aumento de la expectativa de vida de la población en general.

- Mayor educación y por tanto más tiempo dedicado a los estudios resaltando un mejor nivel educativo de las mujeres.
- Diferenciación entre procreación y sexualidad.
- Alto índice de divorcios y matrimonios con uniones múltiples y de familias monoparentales.
- Igualdad y democracia en la familia y pérdida de la autoridad de los padres dentro de ella.
- Diversidad de tipos de familias o estructuras familiares y propensión a la cohabitación premarital.
- Participación de ambos padres en el sostenimiento económico familiar, con dos o más proveedores, incluyendo mayor participación de la mujer, mayor número de familias con cabeza de hogar femenina. La igualdad económica del hombre y de la mujer, así como es el gran reto de las mujeres en el siglo XXI tal como lo fue el acceso a la educación en el siglo XX.

Aguilar (2016, p. 41) menciona algo que podríamos usar a manera de conclusión respecto del nuevo rol de la mujer en la realidad peruana. Recalca que la mujer ya no es únicamente la compañera del marido, la madre dedicada al hogar y el cuidado. Señala: “el papel de la mujer hoy ha ganado espacios por derecho propio, es importante en todos los campos de la sociedad, en lo político, social, económico, educativo y sin renunciar a su papel de madre comparte iguales roles y responsabilidades con el esposo en igualdad de condiciones”.

Como se aprecia, la mujer ha asumido un rol importante en la sociedad, constituyéndose en protagonista de su propio desarrollo y destino. Esta circunstancia, ha hecho que también busque equidad en los derechos y deberes en el matrimonio.

2.3.2 El matrimonio como fuente de relaciones familiares.

Es el régimen patrimonial dentro del matrimonio el que nos servirá de base para desarrollar la presente investigación, por lo que un breve análisis del mismo como generador de relaciones familiares personales y patrimoniales se hace indispensable.

El matrimonio no ha sufrido trascendentales cambios en los últimos tiempos, lo que ha variado en forma considerable, conforme lo explicaremos posteriormente, es la percepción del Estado, y de la sociedad respecto de su utilidad o vigencia, constándose que muchas personas no tienen confianza en esta figura jurídica y prefieren no contraerlo.

Respecto de la evolución del matrimonio Kemelmajer (2017, p. 44) nos aclara que recién en la mitad del siglo XVII empieza a pensar que "la razón de ser el matrimonio es el afecto recíproco de los esposos y no los aspectos patrimoniales y asistenciales, ligados a la actividad productiva y la procreación". La autonomía, el consentimiento libre, personal y autónomo significó el cambio en la idea del matrimonio de la consumación, para sustituirla por la de consentimiento.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el matrimonio ha sido considerado tradicionalmente ya sea como un contrato o como una institución.

La teoría del matrimonio como contrato fue desarrollada por los franceses, primero Pothier y luego, Colin y Capitan y Josserand, así como Barbero en Italia.

Esta teoría considera al matrimonio como contrato puesto que es la manifestación de voluntad libre de los contrayentes, que tiene como objeto generar relaciones jurídicas entre ellos, derechos y obligaciones, considerándose entonces contrato al contener todos los elementos de éste.

Algunos consideran que el mismo no es en sentido estricto un contrato, en vista que el matrimonio crea relaciones no solo patrimoniales, sino también extramatrimoniales o personales. Encontramos dentro de esta posición aquellos que la consideran una convención, que más allá del contrato, permite crear relaciones jurídicas no patrimoniales o como contrato de familia de naturaleza especial o *sui generis*.

La teoría del matrimonio institución fue formulada originalmente en Italia por Pisanelli y Vigliani al considerar al mismo como una institución normativa en vista que está regulado por Ley, por un conjunto de normas y formalidades, deberes y obligaciones impuestas por el Estado en vista de la función social que desempeña y su duración estable y permanente.

Existe también una teoría llamada mixta cuyos más destacados exponentes son Bonnecase y Planiol y Ripert a nivel internacional y Cornejo en el Perú, que fue recogida por nuestro sistema legal al definir nuestro Código Civil, en su artículo N° 234, al matrimonio como: “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común.”

Esta teoría mixta, entiende que el matrimonio es un contrato e institución simultáneamente. Se constituye o nace como contrato, al contar la manifestación libre de las partes y se desarrolla o funciona como institución regulada por la legislación, en donde la voluntad está seriamente restringida.

En los últimos años se ha desarrollado también una teoría que califica al matrimonio como producto de acto jurídico matrimonial o negocio jurídico matrimonial. En el primer caso se lo califica como un acto de naturaleza especial que busca crear, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales o no, y que además pueden crear un estatuto matrimonial como el que podría establecer al régimen de bienes a través de una capitulación. Lobo (2001, p. 76) como representante de esta teoría define el matrimonio como: “acto jurídico negocial solemne, público y complejo, mediante el cual un hombre y una mujer constituyen una familia, a través de la libre voluntad y por el reconocimiento del Estado”. Venosa de otra parte, según Varsi (2011, p.46), lo califica como negocio jurídico de naturaleza familiar distinto del negocio jurídico en general por cuanto este último se celebra entre dos partes con intereses contrapuestos, mientras en el matrimonio hay, por lo menos en su inicio un interés común.

Finalmente, otra parte de la doctrina lo considera un consorcio, es decir unión de dos personas, para desarrollar una actividad común sin que ninguna de ellas pierda su individualidad. Dentro de esta posición Perrino (2017, p. 228) define el matrimonio como: “Consortio para toda la vida establecido con carácter permanente libre y legal, entre un varón y una mujer, orientado por su naturaleza al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de los hijos”.

Coincidimos con quienes consideran al matrimonio como acto o negocio jurídico de naturaleza especial, destinado a crear relaciones familiares en forma autónoma, pero con las limitaciones que la ley establece.

Los cambios principales que en los últimos años podemos apreciar en el matrimonio se relacionan con algunos aspectos propios de su naturaleza y los relacionados a sus fines.

En cuanto a su naturaleza, podemos constatar que el libre consentimiento elemento principal en el matrimonio, no ha variado, revalorizándose el papel de la autonomía de la voluntad, determinante en el matrimonio, que incluye, por ejemplo, la posibilidad de formalización, en Francia, de matrimonio, con personas fallecidas, llamado matrimonio *post mortem*. En general es importante recalcar que el papel de la autonomía se ha revitalizado, por ejemplo, en la determinación del régimen económico, el divorcio e inclusive al momento de contraerlo. En muchos casos la voluntad de los futuros esposos debía ser socialmente ratificada en menor o mayor grado por los padres con la denominada “pedida” o “pedida de mano”, sobre todo los de la novia, hoy la opinión de la familia o los padres es casi intrascendente.

Algo importante es lo relativo al cambio de pensamiento respecto al matrimonio como unidad. El matrimonio era considerado como unión, tal como lo sostiene el artículo 234 del Código Civil peruano ya transcrito, así como el evangelio según San Mateo 19,3-6, al señalar:

¿no habéis leído que el creador desde el principio los hizo macho y hembra y dijo: por esto el hombre dejará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne? Y de tal manera que ya no son dos sino una sola carne...

El concepto unión ha sido sustituido por colaboración, en el sentido que hombre y mujer son complementarios, que a partir del matrimonio colaboran entre ellos para su desarrollo y el de la familia con la finalidad de lograr la tan anhelada felicidad.

Un elemento que definitivamente ha sufrido modificación y que no es necesario probar, es el relativo al matrimonio “para toda la vida”, es decir, el carácter permanente del matrimonio, hoy concepto felizmente superado. El

matrimonio como institución sustentada en el amor tiene una inspiración de permanencia al jurarse los esposos amor eterno, sin embargo, es claro que cuando se acaba el amor ahora la opción de la separación o el divorcio está a la mano, inclusive, en muchas latitudes ya no se requiere ni siquiera una causa o motivo para solicitarlo.

También ha cambiado lo relativo al concepto que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, es decir la diferencia de sexo entre los cónyuges. Una gran cantidad de legislaciones ya considera al matrimonio como la unión de personas del mismo sexo. Inclusive en el Perú ya se ha comenzado la discusión al respecto, la que estamos seguros tarde o temprano hará que legislativamente se considere el matrimonio homosexual u homo afectivo. Con diversos nombres como, matrimonio igualitario o unión civil en las Américas, por mandato de la ley, o de las cortes, se ha introducido en los Estados de los Estados Unidos de América, Canadá, ciertos Estados de México, Argentina, Costa Rica, Colombia, Brasil, Chile, Uruguay y Guyana Francesa.

Hay dos aspectos adicionales que nos hacen constatar que el matrimonio se está transformando, el primero, es la revaloración del amor como sustento del matrimonio, el que ya no es considerado principalmente como un vínculo jurídico institucional y contractual. El segundo aspecto es el relativo a la formalidad que los Estados exigen para la realización del matrimonio. La forma y requisitos para contraerlo han disminuido y en algunos casos se ha incrementado. Lo que es verdaderamente serio es que esta formalidad en muchos casos casi ha desaparecido, como es el caso de las llamadas o uniones de hecho. Si bien nuestra legislación no los denomina “matrimonio” en la práctica lo son, inclusive

nuestra legislación les ha otorgado a los unidos de hecho o concubinos, casi todos las obligaciones y derechos derivados del matrimonio.

Otro aspecto importante es el relativo al cambio de los fines del matrimonio. Nuestro Código Civil nos habla que es fin principal del matrimonio, la vida en común. Hoy producto de la globalización y la movilidad de las personas, existen muchos matrimonios que no pueden o no quieren hacer vida en común, como nosotros la entendemos, como el caso también de parejas de fines de semana, muy popular entre personas viudas o divorciadas.

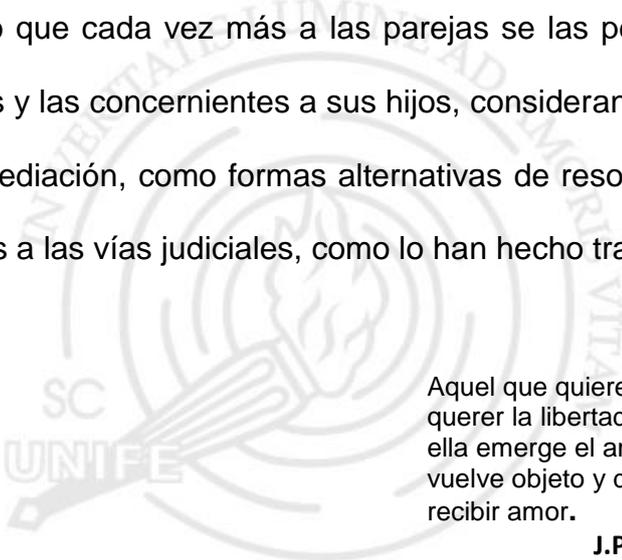
De otra parte, vale pena mencionar que la procreación ya no es una opción necesaria al contraer matrimonio, como se aprecia en el contraído por personas de edad avanzada, las que no pueden tener hijos, o simplemente las parejas que ya no quieren tenerlos, incluyendo los que los se tienen en virtud de los avances de la ciencia y no necesariamente de la vida en común y la relación sexual.

Estamos seguros que el futuro exige la promulgación de normas más flexibles para satisfacer las necesidades que se presentarán en las antiguas y nuevas generaciones. Apreciamos cada vez más una creciente cantidad de jóvenes o adultos que conviven, con o sin relaciones sólidas incluyendo a los llamados “amigos o parejas sin compromisos” así como personas que se casan una o más veces, muchas de las cuales han salido seriamente dañadas de una crisis matrimonial o extramatrimonial previa, pero el sistema no les facilita un nuevo régimen matrimonial patrimonial luego de haber terminado un matrimonio traumático y sobre todo en lo que respecta a sus bienes.

Algo que es especialmente interesante y conveniente resaltar es el cambio en el matrimonio respecto de la igualdad entre cónyuges como ya nos referimos y los roles que tradicionalmente se asumían dentro del mismo.

No podemos negar el cambio de rumbo hacia la igualdad de roles en la familia y el matrimonio ocurrido también en los varones, que colaboran cada vez más en el hogar. Las estadísticas indican que hay un incremento de apoyo de los varones las horas que dedicaban al cuidado o en tareas de la casa.

Como hemos apreciado las transformaciones en el matrimonio están relacionadas con múltiples factores entre ellos, principalmente la autonomía privada, así como que cada vez más a las parejas se las permite regular sus relaciones mutuas y las concernientes a sus hijos, considerando la conciliación, el arbitraje y la mediación, como formas alternativas de resolver sus conflictos de familia distintos a las vías judiciales, como lo han hecho tradicionalmente.



Aquel que quiere ser amado, debe querer la libertad del otro, porque de ella emerge el amor, si lo someto, se vuelve objeto y de un objeto no puedo recibir amor.

J.P. Sartre

2.3.2.1 La libertad como derecho fundamental de “hacer o no hacer” en el matrimonio.

Los temas referidos a la libertad, la autonomía privada y de la voluntad son centrales para el desarrollo de la presente tesis. Buscaremos explicar algunas teorías sobre la libertad, la autonomía, la relación entre ambas y su incidencia en las familias y el matrimonio, considerando algunas de las principales posiciones existentes al respecto. Asimismo, analizaremos los límites de la autonomía de la voluntad.

De manera previa debemos referirnos a que el concepto de libertad y de autonomía, merecen un estudio mucho más amplio y profundo que el que nos permite hacer la presente investigación. Pellegrini (2003) expresa, por ejemplo, que la “autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia es un campo amplísimo, que podría ser motivo de varias jornadas, seminarios y años de discusión”

Es importante también señalar que existen varias posiciones doctrinarias que tratan de definir la libertad y la autonomía, considerando pertinente explicarlas dentro de la llamada corriente existencialista la cual analizaremos a continuación:

2.3.2.1 A. Ser libres nos hace seres humanos.

Bernal (2008, pp. 102-105) menciona que el concepto de libertad según Nolberto Bobbio, puede verse en resumen desde tres perspectivas:

1. La libertad liberal. Este concepto se refiere a “la facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal” se trata de la esfera de lo permitido, es decir, de lo no obligatorio.
2. Desde una segunda óptica, libertad significaría autonomía, es decir, sería el “poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo”. Si se quiere, de forma antagónica a la libertad liberal, la autonomía indica que ser libre no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo. “una voluntad libre es una voluntad que se autodetermina”. En esta dirección de la libertad, la máxima es: “Los miembros de un Estado deben gobernarse por sí mismos, ya que la verdadera libertad

consiste en no hacer depender de nadie más que de uno mismo la reglamentación de la propia conducta”.

3. Libertad positiva de forma más explícita, aquí la libertad impone que todo ser humano debe “poseer en propiedad o como parte de una propiedad colectiva los bienes suficientes para gozar de una vida digna”. Esta libertad alude a la capacidad económica para satisfacer algunas necesidades fundamentales de la vida material y espiritual, sin la cuales la libertad liberal sería vacía y la libertad democrática sería estéril.

Es claro pues la existencia de diversas acepciones de la palabra libertad, que han sido planteadas por los grandes pensadores a lo largo de la historia. La Libertad se ha convertido en un principio y un derecho fundamental, incorporado vastamente en la normativa y jurisprudencia internacional y local como podemos apreciar a continuación.

Desde la normativa y jurisprudencia internacional, la Convención Americana o de San José de Costa Rica, de noviembre de 1969, establece en su artículo 7° el derecho a la libertad personal y en su artículo 11°, la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar, prohibiendo toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos en donde funciona la misma, como la vida privada de sus familias.

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Resolución N° 12.091 del 17/2/99, interpretó el artículo 7° de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso, como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el

derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona.

La Corte asimismo ha precisado, en el caso masacres de Ituango vs. Colombia, Resolución N°148 del 1/7/2006 y Atala Riffo y Niñas Vs. Chile Resolución del 24/02/2012, el concepto de libertad como la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

Desde la normatividad interna, la Constitución peruana vigente de 1993 consagra también a la libertad como un principio y derecho fundamental. La libertad rige diversas actividades y dimensiones de las personas naturales, así como las instituciones y personas jurídicas. No es un principio más, sino uno sustantivo, casi transversal a todas y cada una de las actividades humanas. Como todo principio tiene tres funciones, una interpretativa de las normas existentes, la otra de verdadera norma, fuente formal en caso de vacío o deficiencia de la legislación y finalmente como sustento en la producción de todo tipo de normas o como fuente real del derecho.

Tan importante es el principio de la libertad, que la referida Constitución peruana lo ha incorporado en múltiples artículos, dentro de los que podemos destacar, por ejemplo: el Art.2, que precisa que toda persona tiene derecho al: libre desarrollo y bienestar; a la libertad religiosa y de conciencia; la libertad de información, opinión, expresión y difusión; el libre tránsito; la libertad de reunión y de asociación, así como de constituir personas jurídicas; la libertad de contratación y de elección; la libertad de guardar secreto o reserva, y la libertad

y seguridad personal . También el Art.11 respecto del libre acceso a prestaciones de salud; el Art.13 que prescribe libertad de enseñanza; el Art.18 que señala la libertad de cátedra y autonomía universitaria; el Art.20 que contiene la autonomía de los Colegios Profesionales; el Art.28 que consagra la libertad sindical; el Art.31 que sustenta la libertad de elección y voto; el Art.58 que instaure la libertad de iniciativa privada; el Art.59 que contiene la libertad de trabajo y empresa, comercio e industria; Art.61 que contempla libre competencia y finalmente los artículos Art.62 ,63 y 64 que reconocen la libertad de contratación, libertad de producción de bienes y servicios y del comercio exterior, y libre tenencia y disposición de moneda extranjera respectivamente.

Nuestra Constitución entonces se ha enmarcado dentro de las corrientes liberales. Es una Constitución en donde se privilegia la libertad y autonomía del ser humano y se diseña un Estado dispuesto a protegerla, respetarla y promoverla.

No menos importante es mencionar la existencia de mecanismos de protección constitucional de estas libertades, a través de las acciones llamadas de garantía previstas en el Artículo N° 200 de la Constitución.

Adicionalmente a este breve recorrido por la legislación nacional y extranjera y la jurisprudencia, es fundamental analizar la libertad desde el punto de vista del existencialismo, corriente que influyó decididamente en el pensamiento de Fernández Sessarego, inspirador filosófico de nuestro Código Civil.

Fernández Sessarego, (2018, pp.116-119) el filósofo del derecho peruano más influyente del siglo XX, coherente con el sustento constitucional antes expuesto, desarrolla el principio de la libertad al señalar que lo considera como

esencial al ser humano, es lo que le da existencia y lo diferencia de las demás especies. Dicho de otra forma, el ser humano es persona porque es libre, siendo capaz de trazar y cumplir sus objetivos y de tomar las decisiones que más le convenga. Menciona: “El decidirse es anterior a la voluntad, que es precisamente lo que pone en marcha nuestra decisión. Y el elegir, el decidirse, es una forzosidad: la forzosidad de ser libres. El hombre es libertad que se proyecta”.

Para entender su pensamiento, entre otras, es necesario revisar las concepciones de libertad formuladas por dos grandes pensadores modernos en los que basa sus pensamientos; Martín Heidegger y fundamentalmente Jean Paul Sartre.

2.3.2.1. B Existencialismo como fundamento filosófico de la libertad dentro del matrimonio.

Heidegger es considerado el principal exponente de la filosofía de la existencia, o existencialismo. El existencialismo como doctrina filosófica considera al ser humano, a la persona, como artífice de su propia vida. Abagnano (1963, p.490) la define como “las filosofías que tienen en común el análisis de la existencia, en cuanto modo de ser propio del hombre, analizado en términos de posibilidad”.

La importancia de Heidegger es que concluye que es el ente el que indaga sobre el sentido del ser. La existencia es el modo de ser, del estar ahí, la naturaleza de estar en base a su existencia, precisa que la libertad es inherente al ser humano y le permite desarrollarse plenamente, incorporarse como parte de este mundo, lo que se hace permanentemente. La libertad permite al ser, hacerse y proyectarse en el tiempo. Añade que la realidad es existencia.

El estar ahí, es siempre una posibilidad que otorga la esencia de la existencia. El hombre es una posibilidad y puede elegir y es la elección lo que lo lleva al éxito o al fracaso. Existencia luego, es poder ser, proyectarse permanentemente al futuro. Siendo el hombre un proyecto, lo mundano o tangible está al alcance del ser humano para permitirle cumplir su proyecto que se hace permanentemente en libertad. La libertad es el proyecto del hombre, el mundo le pone límites, siendo lo fundamental el futuro.

Jean Paul Sartre, uno de los pensadores más influyentes del siglo XX, es considerado como uno de los filósofos más representativos del existencialismo, aunque él siempre se consideró más un escritor.

Es Sartre el que plantea la idea del hombre como libertad, indica que el hombre es libertad, atribuyéndosele la frase “el hombre está condenado a ser libre”, en vista que el hombre existe por y para ser libre.

La persona se hace permanentemente en libertad proyectándose en el futuro, que se nos presenta como algo nuevo en forma permanente. El ser humano vive siempre, como parte intrínseca de su ser, eligiendo su destino. Sartre nos plantea la idea que la libertad es la nada y que el hombre está en un continuo proceso de hacerse en vez de ser, reitera que la propia existencia del ser se basa en esta posibilidad, en la opción permanente que tiene para elegir, señal que el hombre está destinado a ser libre.

El ser no está determinado por su pasado, lo que lo determina esencialmente es la libertad que ostenta para proyectarse permanentemente en el futuro, por eso argumentó que el ser humano es lo que aún no es.

Resulta particularmente importante la idea que la libertad no es una facultad o una propiedad del ser humano, la libertad es su razón de ser, es lo

que lo identifica como humano y lo distingue de otras cosas o especies que no gozan de libertad.

Si esto es así, cada ser humano libre es y debe ser el forjador de su propio destino, al elegir va trazando su proyecto de vida y por ende será lo que quiera ser.

Por lo expuesto, se dice que los existencialistas y dentro de estos Sartre, no admiten ningún tipo de determinismo, ya sea este teológico, en vista que no creen en la existencia de un dios creador o de un ser superior a las cosas o seres que guían determinan o presuponen nuestra existencia, ni tampoco biológico o social, que explique al ser como una creación natural o social, reiteramos, el ser es la suma de sus decisiones y acciones que libremente decide ejecutar.

El pensamiento de Sartre nos hace reflexionar en lo referente a que el hombre es responsable de sí mismo porque es libre, se hace responsable al elegir o al no elegir. En muchos casos las cosas no salen como queremos y esto nos trae angustia. Esta angustia también se presenta cuando vemos que otros, como el Estado o los legisladores, toman decisiones que nos afectan a todos.

Biemel (1986, p. 117) nos habla de la relación, según Sartre, entre libertad y voluntad e indica que libertad y elección es lo mismo que declaración de la voluntad o decisión, lo que denominamos decisión, hacer algo en concreto viene precedida por una elección nuestra. Cada cual elige y nuestras acciones dependen de nosotros mismos. Esta libertad de hacerse tiene limitaciones, o un conjunto de condicionamientos, como la resistencia de las cosas, que restringe nuestra libertad.

Añade que la libertad es factibilidad y no implica arbitrariedad, lograr nuestros objetivos a toda costa, significa autodeterminación para realización del

proyecto de vida, que requiere también de lo dado para que se cumpla esta libertad. La libertad como factibilidad tiene ciertos límites entonces, como el pasado, las cosas o como él lo denomina, las limitaciones que la realidad nos impone y lo dado para su realización total.

De acuerdo a lo señalado podemos considerar a la libertad como esencial e inherente a todo humano, quien la puede usar en todos los ámbitos de su vida, ya sea en lo personal e íntimo, en lo familiar, así como en lo social y patrimonial.

Varsi (2012, p. 250) manifiesta que existen tres principios principales que regulan la familia: dignidad, igualdad y libertad. Respecto a la libertad señala: se traduce en “el libre poder de elección y la autonomía en el acto de la constitución, realización o terminación de una entidad familiar, sin coacción de la familia, la sociedad o de la propia legislatura”, citando a Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 251) menciona que “la verdadera libertad y el ideal de justicia está en las jurisdicciones que proporcionan un derecho de familia a comprender la esencia de la vida: dar y recibir amor”.

La libertad en el derecho de familia es cada vez más amplia teniendo una versión positiva y negativa:

La positiva, que se manifiesta como la libertad de pensar, declarar y hacer. (Kemelmajer, Herrera, LLoveras, 2018, p. 98) nos precisan que la libertad positiva permite que cada persona planifique y concrete todas sus actividades individuales o sociales, que le permita proyectar su visión de sí mismo y adoptar las decisiones que le conciernen y afecte el desarrollo de su personalidad aplicada a la familia.

Se puede incluir, dentro de la llamada libertad positiva:

La libertad de conclusión, que en el mundo de los contratos se denomina como libertad de contratar y que es la que nos permite decidir cómo, cuándo y con quien contratar, la que no es absoluta, así como tampoco es absoluta su limitación, reconociéndose en este sentido actualmente una libertad con límites, especialmente la ley, el orden público y las buenas costumbres, que incluye:

- El poder de expresar libremente su decisión de contraer o no matrimonio y de constituir Estado de familia.

Se ha cuestionado que, al prohibirse el matrimonio homoafectivo o la poligamia, por ejemplo, se estaría atentando contra este derecho constitucionalmente protegido y reconocido por el Tribunal Constitucional en el Exp.2868-2004AA/TC del 24 de noviembre del 2004 al señalar:

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubi*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

Esta resolución judicial reconoció el derecho de un miembro de las fuerzas policiales de reingresar al servicio, luego de ser separado por no haber comunicado a la institución donde laboraba que había contraído matrimonio. El Tribunal Constitucional, como se ha transcrito, consideró que esta situación atentaba contra el derecho de toda persona de elegir cuándo y con quién casarse, por lo que vulneraba el derecho fundamental de desarrollo de la personalidad.

- La decisión de resolver o extinguir las relaciones jurídicas o modificarlas, que en términos de familia podríamos identificarlas como el derecho de divorciarme, no permanecer casado, así como modificar o sustituir un régimen patrimonial o alimenticio.

- La Libertad de configuración o de autoregulación, que incluye la posibilidad de escoger las normas que regularán las relaciones entre los esposos durante su matrimonio. Esta comprende también, la libertad de escoger entre las instituciones jurídicas típicas que señala la ley, apartarse en ciertos aspectos de lo dispuesto en éstas o crear los suyas, por ejemplo, escoger el régimen patrimonial tipificado por la ley o diseñar el suyo propio.

La libertad en su versión negativa, preceptúa la no intervención, la obligación de respetar y/o no obstrucción. Kemelmajer, Herrera, Lloveras (2018, p. 98) nos aclaran que ni el Estado, ni las demás personas, deben intervenir ni obstruir la voluntad de cada uno en la elección de su forma de ser, de su propio proyecto personal y de la forma en que quiere organizar su vida.

Aplicada al derecho de las familias esta libertad negativa implica que:

-Nadie puede obligarme o impedirme de contraer matrimonio, lo que significa un rechazo a la práctica, aun existente en algunas sociedades, en donde se realizan matrimonios forzosos. Gutiérrez del Moral, citado por Kemelmajer, Herrera, Lloverás, (2018 p. 72) resalta que nadie puede asumir el *status* de casado sin sufrir las consecuencias que el orden jurídico le imponga las normas que regularán su matrimonio, de forma tal que no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo no puede prohibirlo.

- El impedimento de escoger por mí la persona con la que no deseo casarme.

- La imposibilidad que alguien pueda escoger por mí, las normas que regirán mis relaciones de pareja, entre ellas, las que pueden corresponder al régimen patrimonial en el matrimonio.

- La prohibición de interferir en mi vida familiar, sobre todo en la íntima.

- El hecho que nadie puede obligarme a permanecer casado.

2.3.2.1.C. Progreso de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales y patrimoniales en el matrimonio.

Antes de referimos propiamente al progreso o más bien la revalorización del papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares, específicamente las matrimoniales, es preciso revisar el concepto de autonomía de la voluntad y su relación con la libertad para luego analizar su impacto en la realidad actual del matrimonio.

El término autonomía proviene de la palabra “auto o autos”, de antecedente griego que significa propio o uno mismo y “nomos” que hace referencia a norma, regla o ley, por lo tanto, al referirnos a autonomía debemos entender la facultad del ser humano de crear sus propias normas y/o reglas. Autónomo es quien es capaz de gobernarse con sus leyes propias, puede fijar, perseguir y alcanzar sus objetivos libremente, pero siempre dentro ciertos límites establecidos en cada sistema jurídico. La autonomía es, por tanto, la capacidad que tenemos de decidir qué queremos en nuestras vidas, así como, de formular y ejecutar nuestro proyecto de vida.

Díez Picazo y Gullón (1992, pp. 371-373) definen la autonomía privada como el poder de gobernarse uno a sí mismo, calificando la autonomía privada

como libertad individual. Precisan que la autonomía no se ejercita queriendo, que es función de la voluntad, sino estableciendo, gobernando y disponiendo, ya que crea, modifica, extingue relaciones jurídicas sin crear normas jurídicas. Finalmente agregan que existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley, en su esfera jurídica.

De manera previa queremos referirnos a que el término autonomía de la voluntad parecería desacertado. Según Espinoza (2011, p. 313) se incurre en error cuando se usa este término por cuanto el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona, por lo que propone utilizar el término autonomía privada, poniendo de relieve que el negocio jurídico no es un acto de autonomía de la voluntad, sino privada.

Autonomía privada y de la voluntad para algunos son conceptos idénticos, sin embargo, actualmente se les considera distintos, la autonomía privada antecede a la autonomía de la voluntad, cada cual tiene el derecho y la obligación en libertad de reflexionar sobre lo que piensa y siente con autonomía, posteriormente manifiesta esa autonomía a través de su voluntad, sea cual sea la forma que utilice para la expresión de la misma. La voluntad así expresada puede ser creadora de negocios o actos jurídicos.

Quienes apoyan la distinción entre autonomía privada y de la voluntad manifiestan también que la privada puede crear relaciones jurídicas, sin necesidad de crear actos o negocios jurídicos, que si requieren de la voluntad.

Ferri (2001, p. 5) critica la opinión que prefiere hablar de autonomía de la voluntad más que de autonomía privada, señala: "Las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son". Relieva una posición subjetiva

y una objetiva, la primera da relevancia a la voluntad real para crear normas jurídicas mientras la objetiva ve en la ley la fuente para generar efectos jurídicos”.

De La Puente (1991, p. 260), prefiere usar el término autonomía de la voluntad, por entenderse que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere por la voluntad humana, para sea la que rija las relaciones entre las personas que la manifiestan.

El mismo De La Puente (1991, pp. 259-265) manifiesta que la autonomía es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas. Aclara que existen, según él, respecto a la naturaleza de la autonomía privada dos corrientes: La primera (individualista) que considera a la autonomía privada como un poder originario del hombre para generar derecho, la segunda o (normativista), parte de la idea que la autonomía es concedida al ser humano por expresa delegación del orden jurídico, la autonomía encuentra validez en la Ley. También reconoce que la tesis normativista responde mejor a la teoría de la autonomía privada resaltando: “no siempre la expresión autonomía de la voluntad ha sido plenamente acogida”.

Apoyan la posición normativista entre otros: Leyva (2011, pp. 268-271) para quién la autonomía privada es el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos a la libertad de los participantes de regular sus propias relaciones jurídicas, de la forma y manera querida por ellos comenta:

El tema de la génesis del poder de la autonomía privada ha movido las quietas aguas de la doctrina. Un sector estima que el poder tiene un fundamento originario del cual el sistema jurídico se ha limitado a tomar conocimiento, regulando las modalidades de ejercicio; otro, en cambio, considera que el poder de autonomía privada deriva del sistema jurídico, por lo que los privados ejercitan un poder por delegación.

La Cruz, Luna y Rivero (1990, p. 143) en concordancia con la opinión antes señalada expresan que:

En definitiva, es el ordenamiento jurídico quien se reserva la valoración de las finalidades privadas para reconocerlas y protegerlas o para rechazarlas, ya sea en forma amplia, permitiendo el libre pacto entre las partes o en forma más restringida cuando da libertades dentro de ciertos parámetros y alcances.

Azpiri (2016, p.38) también en la misma línea opina que:

En el derecho de familia la autonomía de la voluntad se manifiesta a través de actos que la ley expresamente autoriza, la forma, las consecuencias personales y patrimoniales de estos actos están resueltas por la ley de una manera imperativa y resultan inmodificables por la voluntad de los interesados.

Según Luigi Ferri (2001, p. 288) la autonomía privada trasunta un poder que comparten las personas que se encuentra más o menos limitado en las leyes de cada país, por el derecho, que es la fuente de validez.

Soto (2003, p. 525) se adhiere a esta corriente al preferir usar el término autonomía privada, pues la voluntad sola no crea nada. El Estado, faculta a que los particulares puedan darse sus propias normas.

Por su parte Hernández y Guerra (2012, p. 37) reiteran que “obviamente la autonomía de la voluntad no puede verse al margen del ordenamiento jurídico su existencia emana de él, pues su reconocimiento en la ley constituye un presupuesto indispensable para su ejercicio”.

Contrarias a las opiniones manifestadas por el maestro De la Puente y los anteriores prestigiosos juristas referidos, se indica que la autonomía privada es un poder originario, una capacidad natural de toda persona, reconocida por el Estado. La autonomía privada no puede ser considerada una concesión o creación del derecho, sino un poder antecedente. Schlesinger (2000, pp. 103-110) acoge la teoría individualista y destaca el ámbito pre jurídico de la autonomía privada, vigente en la historia mucho antes de la aparición de las

normas legales y del derecho tal cual hoy lo entendemos, resaltando la autonomía como el baluarte más importante de la posibilidad de autorregularse que tiene los particulares libres de determinar sus objetivos.

Asimismo, Palacios (2007, p. 101) define la autonomía como el poder reconocido a los sujetos privados para la orientación de sus relaciones e intereses propios, en el ámbito pre jurídico, el Estado solo reconoce estas facultades haciéndolas más eficaces en términos de coacción, reitera que la autonomía preexiste históricamente al ordenamiento estatal.

Es importante también aclarar lo que se entiende por voluntad que junto con la autonomía permiten a las personas ejercer su libertad. Cuando mencionamos a la voluntad, del latín voluntas, la debemos entender como la posibilidad de cada quien de manifestar y hacer y lo que desea o siente, la facultad de cada cual de elegir sus sentimientos y actos.

Ducci (2005, p. 225) nos indica que es la potencia del alma que mueve a hacer o no alguna cosa, que involucra el libre albedrío o libre determinación.

Fernando Vidal Ramírez (1989, pp. 21-81), define a la voluntad como el aspecto activo y dinámico de la vida consiente, su fuerza consciente. Termina diciendo que esta voluntad implica: discernimiento, intención y libertad.

El jurista Chileno Arturo Alessandri (2005, p. 11) se refiere a la voluntad como nacida de las doctrinas individualistas y liberales surgidas luego de la revolución francesa que precisa que la libertad es la base de toda actividad humana. De acuerdo a estos conceptos define la autonomía de la voluntad, como: "la facultad de toda persona de regular, si así lo desea, las relaciones jurídicas o no, en las que interviene sin intromisión de terceros o el Estado".

La voluntad por tanto en nuestro criterio, es fundamental para la vida del ser humano, que no puede ser libre si no puede tomar sus decisiones en forma autónoma, no solo a nivel interno cuando decidimos qué y cómo hacer las cosas, como en el caso en que cada persona escoge como regir su vida personal, sino también cuando manifestamos esta libertad al expresar solos o con otros nuestras intenciones, decisiones y sentimientos. Sin autonomía, nadie puede decirse libre si no puede tomar decisiones ni expresarlas.

Es importante también analizar la relación existente entre libertad y autonomía, existiendo una primera posición que precisa que autonomía y libertad son conceptos, independientes, es decir, diferentes por lo que no se puede confundir autonomía con libertad.

La libertad se tiene, la autonomía se obtiene se consigue. Javier Pérez Royo (2010) aprovecha esta situación para graficar la diferencia entre autonomía y libertad, así es el caso que se ha planteada de Trevor Hugves Cuénod, de 108 años, se casó a los 105, con su pareja homosexual Alfred Agustín, tan pronto salió la ley que así lo permitía en Suiza. Tuvo autonomía para vivir una relación de pareja homosexual durante muchísimos años, pero tuvo que esperar a tener 105 años para que esa autonomía alcanzara el estatus de libertad.

La segunda posición explica que son similares, que en principio podemos hacer disquisiciones teóricas, pero en la práctica son conceptos iguales. Soy autónomo porque soy libre y nunca podré ser libre sino puedo ejercer autónomamente mi voluntad. La autonomía y la libertad están indisolublemente unidos a tal punto que resulta inconcebible la primera sin la segunda. Desde este punto de vista, la autonomía se identifica con la libertad.

Finalmente, la tercera posición nos habla de que son factores distintos, pero estrechamente relacionados, complementarios entre sí. La definición de autonomía está ligada a la libertad jurídica, la libertad es prerequisite para el ejercicio de la autonomía. La autonomía es una expresión de libertad, la autonomía solo se puede ejercer cuando uno es libre.

En cuanto a la importancia de la libertad y autonomía en las relaciones familiares y por ende en el matrimonio, Varsi (2012, p. 250) relaciona el principio de la libertad con el de autodeterminación, al señalar que la libertad implica “la capacidad que tiene el sujeto para realizarse con autonomía” Agrega: “el principio de la libertad puede traducirse en el libre poder de elección en el acto de constitución, realización o terminación de una entidad familiar, sin coacción de la familia, la sociedad o de la propia legislatura”.

Kemelmajer (2014, p. 7) citando a Gil Domínguez nos refiere a que la autonomía se vincula a libertad que a su vez se relaciona con el proceso de constitucionalización del derecho de Familia, señala: “el paso de la familia institucionalizada a la constitucionalizada es la negociabilidad en el ámbito de la familia”, precisa que en la familia no se destruye a la persona, debiéndose respetarse en este ámbito la libertad y el derecho de la intimidad de las personas.

Viola (2007, pp. 46-47) resalta la mayor incidencia de la autonomía de la voluntad que favorece acuerdos que regulan la relación entre cónyuges. El reconocimiento de la personalidad individual, personal y de pacto en la elección es muy importante en el régimen económico- matrimonial. Termina indicando que esto ha llevado a la existencia de un negocio jurídico familiar que implica que ciertos actos de la familia son privados, dando campo abierto a ámbitos de mayor autonomía y otros no. La libertad se encuentra más desarrollada en la

posibilidad de establecer la relación y más restringida en la parte normativa o auto normativa que tiene ciertos límites a los particulares.

Corral (2005, p. 125) aboga por el rescate de la libertad personal en la familia, la persona antes era considerada instrumento para la realización de fines institucionales.

Finalmente, Argudo (2016, p. 216) refiriéndose a Parra explica que el principio de libertad es una expresión de respeto de la libertad individual, dignidad y a los derechos fundamentales.

Lo cierto, en nuestra opinión es que cuando hablamos del concepto de la autonomía de la voluntad nos debemos remontar al principio fundamental de libertad, que lo encontramos positivado en diversidad de normas del ámbito internacional e interno, así como en aspectos transversales muy importantes de la vida humana, tanto en los actos y relaciones llamados personales como en los patrimoniales, específicamente también en el matrimonio.

Es pertinente resaltar que libertad y autonomía, también denominada capacidad de autodecisión, convierten al ser humano en persona, en el sujeto y objeto principal del derecho. Dicho de otra manera, el ser humano es persona porque es libre, esta característica le permite diferenciarse de otras especies que se rigen por el azar, sus necesidades o instintos básicos. El ser humano libre es capaz de trazarse y cumplir objetivos y tomar las decisiones que más le convengan, así como de regular sus propios actos, siempre dentro de ciertos límites naturales o impuestos.

En lo referido a la aplicación o ámbito de acción de la autonomía de la voluntad dentro de la familia y el matrimonio, podemos constatar la existencia de dos corrientes:

1.-Aquellas que postulan la restricción de la autonomía de la voluntad en el matrimonio. Se basan en el concepto que las familias, son de interés público, del Estado y la sociedad. Por su importancia como instituciones fundamentales, deben ser reguladas y protegidas especialmente por el Estado. Esta corriente nos indica que las normas de familia son principalmente de orden público, para algunos el orden público familiar, consecuentemente deberán tener, el carácter de inalienables, irrenunciables, e imprescriptibles.

Fue Cicu docente de la Universidad de Bolonia, quien a inicios de siglo XX propuso que la regulación de familia y las relaciones matrimoniales eran de derecho público. No podía comprenderse al derecho de familia como parte del derecho privado por cuanto el interés era público propio de las relaciones originadas en el derecho público. Posteriormente el mismo Cicu cambia su posición y ya no lo considera como parte del derecho público al no encontrar el elemento de soberanía que caracteriza las relaciones públicas.

En suma, ¿por qué debería restringirse la autonomía en el matrimonio?:

A.-Para proteger el interés superior de las familias, también llamado interés familiar, que incluye principalmente la protección de los hijos y personas vulnerables o más débiles, dentro de ellas las mujeres.

B.- Por la necesidad de salvaguardar los derechos de terceros que se relacionen con los esposos. Plácido (2017, p. 132) manifiesta que el orden público familiar ingresa a regular y limitar las acciones de la familia dentro del matrimonio para proteger a terceros y resolver o prevenir conflictos entre los cónyuges y éstos y garantizar la comunidad que forma parte del principio asociativo central del matrimonio.

C.- Dado el interés del Estado en la regulación del matrimonio tiene la obligación de señalar los modelos de familia, matrimonio, y otras categorías jurídicas, estableciendo las conveniencias sociales. No puede ser un Estado neutro, que se inspire en la teoría del dejar hacer, dejar pasar.

De Ruggiero (1944, p. 9) nos resume esta posición al manifestar que en las relaciones familiares prevalece el interés del Estado, que vela por lo que denomina la solidez del núcleo familiar, lo que según él no ocurre en otras áreas del derecho.

Kemelmajer (2014, p.12) desde otro punto de vista menciona que en la actualidad el legislador ha renunciado a definir un modelo de familia, en beneficio de una libertad creciente de las parejas para tomar sus propias decisiones, a través de convenciones.

D.- Por cuanto las normas de familia tienen un alto contenido ético, las que además deben de ingresar al ámbito jurídico para poder exigirse su cumplimiento.

E.- En vista que las normas que regulan el matrimonio contienen derechos, pero también obligaciones, muchas de ellas confieren deberes y obligaciones simultáneamente.

F.- Dado el interés educador de las normas de derecho de familia que en opinión de Azpiri (2016, p.38) además deben reflejar la realidad social debiendo adecuarse a los cambios que se presentan en la comunidad.

G.- Para evitar el egoísmo que puede introducirse en el seno de la familia, debiendo el Estado formular disposiciones a fin de garantizar la igualdad y los derechos de los entre los cónyuges miembros de la familia.

2.- Por otro lado, algunos reclaman el respeto de la autonomía privada y de la voluntad, sobre todo y especialmente en temas relacionados a la familia y el matrimonio, señalando que originalmente estos fueron vistos dentro de la esfera privada. Indican que tradicionalmente el derecho familiar y las normas que regulan el matrimonio se consideró una rama del derecho privado, por cuanto el interés protegido era particular. En el derecho privado predomina el interés individual sobre el colectivo. Posteriormente el Derecho Civil codificado los consideró como de interés privado particular, siempre con ciertas limitaciones y finalmente se dio paso a la teoría que considera el matrimonio, como ya se dijo, de interés estatal y social, que afecta no solo a la pareja sino a la sociedad, terceros y los hijos, por lo que no se dejaron al arbitrio de la autonomía privada.

LLoveras y Salomón (2008, p. 88) consideran que las normas que regulan las relaciones familiares y matrimoniales deben reconfigurarse actualmente con base al principio de la autonomía de la voluntad, resaltan que esto implica una actuación de las personas sin intervención del Estado o terceros, (salvo con las limitaciones del orden público y los valores sociales) Lloveras (2018, p. 66) también nos dice que existe “un nuevo derecho matrimonial que visualiza la libertad, atiende a la igualdad y no discriminación”. En el mismo sentido Díez-Picazo y Gullón (1983, p. 49) resaltan que:

El poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es consecuencia de un desinterés o de un abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto.

De esta forma, con las profundas transformaciones del Derecho de Familia, el campo de aplicación de la autonomía privada ha tenido un avance sostenido en materias de familia. En este orden de ideas, el margen de autonomía de la voluntad de los cónyuges se amplía considerablemente....

Molina (2014, p. 44) refiriéndose a la realidad chilena comenta que la familia transita en un escenario donde se garantiza el pleno ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos, incluso en el ámbito familiar, donde priman el pleno ejercicio de la libertad y la igualdad entre los integrantes del grupo familiar, son estos los primeros llamados a resolver sus conflictos.

Azpiri (2016, p. 38) en el mismo sentido comenta que “es posible señalar que la tendencia actual se encamina hacia una mayor autonomía de la voluntad, sobre todo en aspectos relacionados con la solución de los conflictos familiares, como así también en el aspecto patrimonial”.

A mayor abundamiento Palao (2013, p. 457) también manifiesta que la autonomía de la voluntad se ha convertido en un elemento fundamental en las relaciones de familia internacionales y en particular, de las crisis matrimoniales.

3.-Existen otras posiciones, que podríamos llamar intermedias. Dentro de estas podemos distinguir aquellos que consideran al matrimonio como parte del denominado derecho social, por el carácter solidario y de interés social del mismo y otros que lo consideran una rama distinta o *sui generis* proponiendo el matrimonio tiene características especiales en donde hay ciertas relaciones entre cónyuges de carácter privado, en donde rige la autonomía y otras donde la autonomía no tiene cabida, puesto estas normas son estrictamente de orden público.

Se adhiere a esta teoría Varsi (2012, pp. 202-203) al señalar que el derecho de familia y el matrimonio dentro de él tiene características especiales o *sui géneris* el cual: “ es un derecho social o mixto y en el cual confluyen lo público y privado y, asimismo, la voluntad no es determinante siendo sus normas imperativas”, con precisión recalca que los vínculos jurídicos familiares “solo

se crean por la voluntad humana, el Estado unilateralmente no les puede dar vida, sólo los reconoce y regula con mayor o menor intensidad, agrega que en el tema patrimonial podemos referirnos a un mayor poder de decisión de los cónyuges”.

Bossert y Zannoni (2007, pp. 22-23) desde otra perspectiva consideran que en el derecho de familia prevalece la ley, la voluntad de las partes y los actos jurídicos que celebren no tienen cabida ante la solidaridad que implica el matrimonio, que es una rama del derecho público:

Plácido (2017, pp. 131-132.) abunda en las características particulares de las normas que regulan el matrimonio y la familia al señalar que la autonomía privada cumple un doble rol, primero creando la relación familiar, segundo, estableciendo el contenido de esa relación jurídica familiar, a través de los derechos y deberes de cada Estado de familia. Menciona también que luego del matrimonio nacen relaciones personales y patrimoniales establecidas por ley, las que por su naturaleza son indisponible a la autonomía privada, indica que la autonomía no puede modificar ni sustraer los efectos establecidas en el ordenamiento jurídico, precisando que una de las características del derecho de familia es que sus normas son de orden público. Termina concluyendo textualmente:

En resumidas cuentas, el régimen matrimonial está librado, en principio a la libertad de los cónyuges, salvo en áreas que son de interés fundamental del Estado. El Orden público es movable y se desplaza acompañando las vicisitudes de la vida familiar con diferente intensidad.

Por su parte Kemelmajer (2014, pp. 5-6) ha tratado especialmente el papel de la autonomía en la vida familiar y el matrimonio, en Argentina, precisando que ésta se explica por el fenómeno de la reciente contractualización de la familia,

entendido como el hecho de otorgar cada vez mayor importancia a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. Agrega que esto no se podría concebir sin igualdad, flexibilidad y adaptabilidad de las parejas. Esta situación ha llevado a confirmar la concepción que el matrimonio y las relaciones de familia que de allí se derivan, son originadas por un contrato, claro un contrato de naturaleza muy especial que genera relaciones patrimoniales, extrapatrimoniales, entre las partes y terceros, entonces como en todo contrato la autonomía de las partes debe primar, limitándose el Estado a dar normas que permitan proteger la validez del acto, que puedan darle formalidades, así como señalando las causas de su invalidez, nulidad o anulabilidad, entre otras.

En nuestra opinión en los últimos tiempos en general se habla de la publicitación de lo privado y la privatización del público, esto implica la necesidad de entender que en el ámbito de lo privado no se puede ignorar hoy la existencia de intereses públicos y sociales a proteger, así como que el derecho público ha transitado hacia del derecho privado, sobre todo con el advenimiento de nuevas constituciones liberales el rescate de la libertad del ser humano y bajo en nuevo concepto de interdisciplinariedad que permite efectuar un análisis jurídico de lo público respetando las relaciones de orden privado que de ellas se deriven.

En los últimos años hemos visto como la normativa del matrimonio transita de lo público a lo privado. Se ha considerado como un nuevo paradigma del Derecho de Familia la autonomía de la voluntad para y dentro de la familia. Sin embargo, resulta hoy muy difícil sostener que la regulación del matrimonio debe permanecer exclusivamente dentro del ámbito de lo privado. Se ha llegado a pensar equivocadamente que podría existir una familia y matrimonio que se regule exclusivamente por la voluntad de las partes al decidir regirse por las

disposiciones aplicables al contrato. Este sería el caso de quienes sostienen que el Estado nada tiene que hacer en la vida familiar, la familia no existe porque el Estado así lo haya determinado, la familia existe por la voluntad de sus miembros, por lo que parece poco razonable que el Estado controle, regule y hasta sancione el incumplimiento de las obligaciones que los miembros de la familia así lo determinen. Reitero esta posición es más teórica que práctica o real y es casi inexistente en la doctrina y los sistemas jurídicos actuales. Se busca el respeto de la libertad de los miembros de la familia, pero con la necesaria, intervención del Estado, que debe respetar la libertad y la posibilidad de autorregulación de los miembros de la familia y debe intervenir allí donde es posible su intervención, de lo contrario, puede llevarlo a desconocer la realidad única y particular de cada familia.

Zanonini, (1998, p.59) aclara que no es menos cierto que el modo obtener la realización de los intereses familiares suele no estar referido a la indisponibilidad de las partes y que, al contrario, es a través de acuerdos razonablemente negociados, que se obtiene su satisfacción. “Sería presunción vana del Legislador que creyera que todas las familias se ajustan a un solo modelo; así hay familias que se encuentran más cerca del antiguo modelo patriarcal y otras que viven un modelo más asociativo”.

2.3.2.1. D. Cómo es y cómo debe ser la autonomía de la voluntad en el matrimonio.

En la realidad hay un sinnúmero de actos que realizan los cónyuges los cuales no son necesariamente de relevancia jurídica con pleno respeto a su autonomía, tal es el caso de la fijación de su residencia, o a dónde viajar o cuántos hijos desean tener o cómo y dónde será su educación, lo relativo a sus relaciones

íntimas y muchísimos más, en donde la intervención del Estado es mínima, casi inexistente ,como dice Basset (2012, p. 214) citando a Carbonnier, los cónyuges no viven código en mano, de modo que sus costumbres privadas no ingresan en la órbita jurídica.

Se ha considerado también que los deberes entre cónyuges eran materia de privacidad, salvo en lo que respecta al derecho-deber alimentario, que se consideró de orden público.

Queda claro para nosotros que la autonomía de la voluntad tiene un papel fundamental al momento de la toma de la primera decisión de los futuros esposos, al momento de tomar y expresar su voluntad de casarse y con quién hacerlo. Sin embargo, surgen interrogantes respecto del alcance de esta autonomía al momento de iniciarse la vida conyugal, cuestionándose en el sentido que la facultad de autorregulación debe tener límites.

Varsi (2012, p. 2002) nos indica claramente y con precisión que la libertad interviene fundamentalmente en la creación del negocio jurídico familiar. De la misma forma Barrio (2016, p. 52) señala que el origen de la familia siempre tiene un origen voluntario, el matrimonio siempre debe ser un acto de expresión autónoma de los contrayentes, la labor del legislador precisa, es proteger el consentimiento de ellos para que sea consciente y libre a través de normas imperativas

Barrio (2016, pp. 85-86) concluye que:

En las relaciones horizontales, entre iguales (cónyuges, convivientes) se ha pasado de un régimen de autoridad, regla imperativa, a otro basado en la reciprocidad, fruto de acuerdos y de pactos. Se ha eliminado la sobre protección de quien, siendo mayor de edad y con suficiente juicio, hace uso de su autonomía privada (autorizando, renunciando, consintiendo...) y debe pasar por lo declarado. El interés público se orienta a proteger la correcta formación de la voluntad, la seguridad del tráfico y a los terceros de buena fe ajenos a la familia...Por el contrario, en las relaciones verticales, en presencia de personas

vulnerables (hijos, menores, dependientes...), las normas mantienen su naturaleza de ius cogens y sus instituciones están funcionalizadas, al servicio de un interés superior..." "el interés público limita considerablemente la autonomía, en obsequio de los terceros protegidos (p.ej. acuerdos sobre contribución a las cargas familiares mientras la pensión alimenticia del hijo cubra sus necesidades..

Coincido plenamente con la opinión de Kemelmajer (2014, p. 43) que manifiesta su adhesión a la posición de Trabucchi quien concluye "en lo interno de la familia debe haber el menos derecho posible, pero todo el derecho que sea necesario" (el subrayado es nuestro).

Pero qué actos permiten actualmente mayor participación de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia. De forma progresiva el legislador ha facultado a los cónyuges para decidir una serie de materias. La libertad de autorregulación prevé estas nuevas formas de ejercicio de la libertad para prever y solucionar armónicamente sus conflictos.

Algunos se han referido a estos actos en una clasificación que los divide refiere como patrimoniales y extrapatrimoniales o personales, clasificación que no es del todo acertada al considerar que ciertos negocios de familia tienen ambos contenidos. Otra clasificación indica que los actos de autonomía de desarrollan antes, durante o a la culminación del matrimonio.

Es necesario indicar que antes del matrimonio la autonomía se ejerce principalmente a través de las capitulaciones matrimoniales, que según los ordenamientos jurídicos existentes permiten contener aspectos de orden patrimonial y/o personal, así como los denominados acuerdos prematrimoniales, que no regulan aspectos del régimen de bienes en el matrimonio sino otros pactos celebrados entre los futuros cónyuges, tales como indemnizatorios, de determinación de tenencia o patria potestad, en caso de terminación del matrimonio, entre otros.

A continuación, se detallan sin un orden específico aquellos actos en donde se respeta cada vez más la autonomía de la voluntad en temas de familia:

- Las convenciones o capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones o sustitución.
- Los pactos de familia.
- Los acuerdos sobre gestión de Bienes.
- La fijación, transacción o reconocimiento de Alimentos.
- Liquidación de la sociedad de gananciales.
- En el área procesal la conciliación, la mediación y hasta el arbitraje, como formas alternativas de resolver los conflictos de familia en sede judicial o no. Zannoni (1998, p. 60) resalta la necesidad de acuerdos entre cónyuges antes de batallas judiciales. Los acuerdos son más justos y solucionan el conflicto de intereses entre ellos mientras que los procesos judiciales muchas veces los agudizan.
- El convenio regulador.
- Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción asistida y el reconocimiento de un hijo, incluyendo el reconocimiento por complacencia
- La adopción.
- La maternidad subrogada.
- La tenencia y la patria potestad.
- La elección del nombre al momento de contraerse matrimonio de la pareja y de los hijos.
- La constitución de patrimonio familiar o bien de familia.
- Los pactos amistosos de separación y divorcio.

- Los acuerdos sobre compensación económica.
- Sucesiones y empresas familiares
- En lo relacionado a la voluntad de las personas con discapacidad.

2.3.2.1. E. Límites a la autonomía de la voluntad de los esposos.

Si bien la libertad y una de sus manifestaciones, la autonomía, son derechos principales, fundamentales de las personas, y de los esposos dentro del matrimonio, podemos afirmar que no hay derechos absolutos, todos los derechos por más importantes que estos sean, tienen límites, los que son indispensables para armonizar las necesidades y voluntades personales de las sociales y comunitarias. Si bien este trabajo no es específico respecto de los límites de la autonomía de la voluntad, debemos establecer la necesidad de referirnos a estos, haciendo énfasis en su aplicación a las relaciones familiares que nacen del matrimonio.

De forma preliminar y dependiendo del papel que se le dé a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, la perspectiva a tener puede ser diferente. Aquellos que consideran que el matrimonio debe regularse como uno de derecho público, entienden los límites como la regla y la autonomía de la voluntad como la excepción. Espinoza (2002, p. 302) nos habla de la autonomía como *numerus clausus*.

Por el contrario, quienes entienden a la autonomía de la voluntad como eje central de las relaciones de familia que engendra el matrimonio, los límites que analizaremos a continuación, son las excepciones a un régimen en donde debe primar la autoregulación.

Lo señalado coincide además con una posición política. Así, una posición liberal admite únicamente restricciones mínimas indispensables, solo las

personas involucradas están llamadas de decidir acerca de lo que les conviene. El Estado no debe intervenir ya que atenta contra su libertad. Una mirada totalmente diferente la tienen quienes han propuesto una posición más intervencionista y reguladora del Estado por la necesidad de proteger al más débil, a la sociedad o a terceros, en este caso la autonomía solo tiene cabida cuando la ley lo permite, lo que ocurre excepcionalmente.

Podemos afirmar que hay límites generales y especiales que se aplican al acto jurídico y al contrato, así como en el derecho de familia, al denominado acto o negocio jurídico familiar. Los límites especiales estarían en la ley, mientras los generales en la moral o las buenas costumbres y el orden público.

Adicionalmente a estos límites podemos añadir, de acuerdo a Kemelmajer, (2014, pp. 18-22) la razonabilidad, indicando que esta es analizada por los jueces o tribunales caso por caso, quienes en el ejercicio de sus funciones pueden dejar sin efecto cláusulas irrazonables, por ejemplo, como cuando se prohíba solicitar a uno de los cónyuges el divorcio, o la imposición de plazos irrazonables por ser muy breves o excesivos. Asimismo, otra limitación que señala es el abuso de quien tenga una posición dominante dentro de la familia, el fraude, la simulación y los matrimonios forzosos.

De otra parte, San Vicente (2013, p. 25) precisa como otro límite no afectar derechos de terceros, nuestros derechos tienen siempre como límite el derecho de los demás. Pone como ejemplo el hecho que muchas madres no demandan alimentos a los padres por sus menores hijos, por cuanto no quieren ningún contacto con sus exparejas, empero recalca que el menor tiene el derecho a recibir pensión y el padre el derecho y deber de otorgarla.

También se considera como límites el respeto a los derechos fundamentales o humanos, muchos de ellos incluidos en la legislación –la Constitución-, como sería el derecho a la intimidad, igualdad y no discriminación, entre otros. El Código Civil español, en su artículo N°1328 pone como límite a la autonomía de la voluntad a la igualdad. La igualdad social es considerada en ese país, así como en el Perú, en el artículo 2° inc.2 de nuestra Constitución, como un derecho fundamental que implica igualdad ante la ley y que busca proteger contra la discriminación a quien está en situación de desigualdad al momento de la celebración del matrimonio, buscando el equilibrio entre los cónyuges.

Así, en España, se plantea si sería válida una estipulación que permita la disposición de los bienes comunes a uno sólo de los cónyuges, siendo dividida la opinión, en el sentido que algunos no admiten esta posibilidad, aun cuando conste con el consentimiento del otro cónyuge, otros lo permiten si el pacto es recíproco, es decir, si tanto el hombre como la mujer u esposa pueden disponer de los bienes porque así los han acordado, finalmente se ha precisado que este pacto se permite solo en casos extraordinarios y para uno solo de los bienes y no todo el conjunto de bienes del patrimonio familiar.

Analizaremos los límites generales que se plantean a la autonomía tratando de hacer énfasis y ejemplificar su aplicación al régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

- La Ley como límite a la autonomía de la voluntad.

El Estado tiene la facultad de normar las relaciones sociales, esta regulación se efectúa a través de la ley o mejor dicho de la legislación. Un primer límite a la voluntad de las partes, aplicable a la autonomía de la voluntad de los esposos dentro del matrimonio lo constituyen las normas existentes dentro de un

sistema jurídico, nos referimos en este caso especialmente, pero no exclusivamente, a las disposiciones existentes que regulan el matrimonio y las relaciones de familia.

Las normas imperativas o prohibitivas existentes en la legislación se imponen a la voluntad de las partes. Estas leyes no permiten el pacto en contrario o lo que es lo mismo, no les permiten a las partes establecer voluntariamente normas que contraríen sus mandatos y son irrenunciables.

Hernández y Guerra (2012, p. 38) señalan:

Así las normas prohibitivas e imperativas limitan la libertad contractual de varias formas, bien:

- a) Al proscribir un determinado tipo contractual.
- b) Al proscribir si no todo el tipo contractual, si una zona de su contenido, pues el contrato en sí es permitido, pero no así determinadas cláusulas, pactos y condiciones.
- c) Al dotar al contrato, libremente concertado, de un contenido previo e imperativamente fijado. De esta forma las partes pueden contratar, o no, pero de hacerlo se les impone un contenido sobre el cual no pueden disponer y que se integra al contenido del contrato y;
- d) Al imponer determinadas formalidades a los negocios jurídicos, donde su desconocimiento invalida el negocio jurídico, cuando se le considera requisito esencial para su constitución”.

Se pone como ejemplo de autonomía contraria a la ley, cuando mediante una capitulación matrimonial se designa un tercero como administrador de la sociedad conyugal o se excluyan las obligaciones de respeto de los cónyuges, la protección de los hijos menores, el deber de fidelidad, así como, el desconocimiento de los bienes propios del otro.

- La moral y las buenas costumbres como límite a la autonomía de la voluntad.

La moral y especialmente las buenas costumbres han sido consideradas límites a la autonomía de la voluntad, reconociéndolas como límites en el matrimonio cuando la voluntad de los esposos contraríe a la moral o las buenas costumbres.

La moral puede entenderse como la totalidad de principios y normas éticas que rigen a las personas, término unido a la costumbre como su origen etimológico nos los hace recordar ya que provienen del latín *moralis*, relativo a las costumbres, derivado de *mos*, *moris* uso, costumbre, manera de vivir.

Nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. 3330-2004-AA-TC emitió la sentencia de fecha 11.07.2005 en donde establece que la moral tiene que ver con las buenas costumbres al señalar:

La calidad de Buena Costumbre tiene una connotación moral. La moral es un concepto de contenido abierto, que debe ser concretizado en casos específicos. Relacionada básicamente con las buenas costumbres, su efectividad constitucional puede encontrarse reconocida básicamente en forma de límites...

Es difícil hablar de una sola moral, podemos pensar en la moral como la mayoritariamente aceptada, un convencionalismo social que nos indica y reconoce aquellos pensamientos y conductas correctos y sanciona o rechaza aquellos incorrectos o no deseables.

La costumbre, de otra parte, se puede definir como la manera de comportarse, con relativa antigüedad, un uso continuo de parte de una comunidad que es considerado obligatorio por ésta, es decir, que tiene conciencia de obligatoriedad. Esta costumbre se convierte en jurídica cuando en caso de su incumplimiento el Estado la puede exigir y sancionar su incumplimiento. Cuando nuestra legislación se refiere a buenas o malas costumbres se añade a está un aspecto ético, reconociendo las buenas y prohibiendo y sancionando las malas, debiendo señalar que tanto las costumbres como su consideración de buenas o malas pueden y efectivamente mutan o cambian, a lo largo del tiempo. San Vicente (2013, p.24), relievra la ambigüedad del término buenas costumbres, señala que es variable de acuerdo

a cada realidad social y tiempo. Es el juez que debe analizar en cada caso la percepción general de lo que es una buena o mala costumbre:

Para algunos la moral no es lo mismo que las buenas costumbres

Hernández y Guerra (2012, p. 40) nos dicen:

Es acertado distinguir la moral de las buenas costumbres, ya que, aunque poseen puntos en común son conceptos distintos. La moral se refiere a los principios básicos basados en leyes naturales que inspiran a la sociedad. Impone el deber ser, es decir, la realidad ideal y realizable. Mientras que la costumbre es un accionar general y repetido por un grupo de personas y que en su mayoría aceptan.

El artículo N°1315 del Código Civil español en el mismo sentido establece, que el régimen económico matrimonial o de la sociedad conyugal se fijará libremente y con autonomía, sin otros límites que los señalados en el propio Código, como los establecidos para el contenido de las capitulaciones matrimoniales. El mismo Código Civil español en su artículo N°1328 señala dichos límites al precisar que, será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

Como se puede apreciar la legislación española precisa la nulidad de la estipulación, no del acto en sí, cuando éstas sean contrarias a la ley, las buenas costumbres y la igualdad de derechos, es interesante precisar que no consagra la moral, sin embargo, la doctrina precisa que la moral está incluida o referida en el cuerpo legislativo cuando se hace mención a las buenas costumbres.

Amorós (1984, p. 1536) nos indica también que:

Cabría plantear si las buenas costumbres pueden ser equiparadas, en sentido amplio, al menos, a moral social e incluso a orden público. En efecto, las buenas costumbres traducen la ética social imperante, aluden a los fines del matrimonio, a los principios esenciales del matrimonio vividos como tales por una comunidad social y que no pueden derogarse por la voluntad e interés de los particulares.

Para el mismo Amoros, (1984, p. 1540) refiriéndose al código español, buenas costumbres en el ámbito matrimonial equivalen a moral o ética social definiéndolas como principios de lo lícito, acordes con la concepción social del matrimonio y sus fines.

En el Perú Espinoza (2002, p. 303) citando a Bianca considera a las buenas costumbres como:

Los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social. También se las conceptúa como "los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un determinado 'ambiente', considera y practica como tal (la denominada ética social) ..."

A nivel nacional y de acuerdo a una consideración práctica con la que coincidimos moral y buenas costumbres se identifican. Por ejemplo, el Artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil menciona la nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y también a las buenas costumbres, incorporando desde un punto de vista práctico a las buenas costumbres, como aquellas que la sociedad permite o proscriba por considerarlas que atentan contra la moral. En este sentido reiteramos moral y costumbre se identifican.

Podríamos ejemplificar la labor de las buenas costumbres en el matrimonio cuando se prohíbe, la bigamia y la poligamia, las relaciones que mantienen los *swingers* y en algunos casos se utiliza para justificar el rechazo al matrimonio homosexual.

-El orden público familiar como límite a la autonomía de la voluntad.

Se dice que la noción del orden público, es un concepto vago, impreciso, aunque siempre mencionado en las legislaciones lo que ha generado la

imposibilidad de contar con una definición exacta del término. Recurriendo a la doctrina francesa podemos indicar que existe una distinción entre la legislación y leyes de orden público, que materializan el llamado orden público y que tienen como característica que no admiten pacto en contrario

Para Marcial Rubio Correa (2003, p. 98.), el orden público podría ser definido como:

Conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas de ser necesario.

Espinoza, citando a Messineo precisa (2002, p. 302) que orden público no es lo mismo que norma imperativa o prohibitiva

El Tribunal Constitucional peruano, en sus fundamentos 28 y 29 de la Resolución del 15 de junio de 2004, (Exp. 3283-20003-AA-TC) ha precisado respecto al orden público que:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material –elemento conformante del orden público– el Estado procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.

Cajigal y Manera (2018, p. 318) al referirse a la vigencia actual del orden público en la familia señalan:

Actualmente no es sostenible una mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares bajo la excusa de considerar todo de orden público, ya que ello contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. El derecho de toda persona a elegir llevar adelante un

proyecto de vida autorreferencial en las relaciones de familia, implica el reconocimiento de una libertad individual en dos facetas diferenciadas, pero autoimplicadas: tanto referida a los sujetos de la relación jurídica familiar como al contenido de dicha relación. Prueba de ello, lo expuesto respecto a las relaciones de pareja matrimoniales y a las uniones convivenciales. Sin embargo, la solidaridad, la igualdad, la protección del vulnerable, constituyen principios que, en las relaciones familiares, en determinadas situaciones importan un límite a la autonomía de la voluntad. En esta línea argumental debe interpretarse la existencia de normas imperativas de orden público, no como una limitación, sino como una protección jurídica a los derechos humanos fundamentales.

El orden público tradicionalmente responde a un interés general o social, evidentemente no estatal, el problema que el concepto de interés general o público puede cambiar, como efectivamente se modifica, en el tiempo y espacio llegándose a pensar que en una misma sociedad puede haber más de un interés a proteger, contrarios inclusive, pero ambos dignos de protección como el gran debate que observamos respecto del matrimonio homo afectivo. Asimismo, hemos de indicar que los cambios en la familia han producido un giro en la protección de la misma que ha cambiado el orden público por la protección de las familias o de las personas que las conforman.

El anteproyecto del Código Civil argentino de 1984, que amplía la autonomía de los integrantes del matrimonio, según Lorenzetti, Kemelmajer y Highton, (2012, p. 73) expresa respecto del orden público:

La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites.

2.3.3 El régimen patrimonial en el sistema peruano: Un cambio de paradigma, del régimen legal a uno convencional.

Es indiscutible que el matrimonio es generador de relaciones personales y patrimoniales dentro de la familia. Se ha pretendido hacer una separación

tajante entre el ámbito personal, familiar y patrimonial, distinción que actualmente no es clara existiendo más por criterios metodológicos que reales. Muchas relaciones en el matrimonio son de carácter mixto afectando lo personal en lo patrimonial y viceversa.

Varsi (2017) en el Congreso realizado en la ciudad de Lima, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, el 17 de noviembre del 2018, denominado “Los nuevos desafíos en el derecho de las familias”, aseveró que los patrimonialistas miran por encima del hombro al derecho de familia ya que en su criterio únicamente trata aspectos personales, indicando que no hay nada más falso, resalta que todos los actos e instituciones del derecho de familia tienen incidencia patrimonial y que esta distinción carece de sentido.

Castillo (2017, p. 157) en similar sentido resalta:

Es inviable efectuar una distinción entre derecho civil patrimonial y derecho civil no patrimonial, pues la misma implicaría asumir que en una solo tiene relevancia los aspectos de este orden, y que existe otra carente de todo contenido patrimonial.

Y eso es falso, en la medida que en el derecho de familia buena parte de las relaciones intersubjetivas se basan, principalmente, en aspectos de orden patrimonial, como es el caso de la sociedad de bienes, tema central dentro del matrimonio y el concubinato.

Es importante resaltar que la existencia de un régimen patrimonial en el matrimonio es ineludible, aun la separación de patrimonios requiere de alguna regulación y control. Según Plácido (2017, pp. 29-31) la existencia de los regímenes patrimoniales en el matrimonio es necesaria, aunque algunos han pretendido plasmar la idea que la sociedad conyugal podría funcionar sin un régimen patrimonial específico y regularse por las normas de los contratos y del derecho común, reafirma que “en la práctica, todas las legislaciones establecen algún régimen”. En sentido similar, es decir, defendiendo la existencia de un régimen patrimonial, se pronuncia Planiol (1946, p. 2) al señalar que aún los

esposos escojan el régimen de separación, se hace necesario resolver problemas como de prueba de propiedad o de contribución a las cargas de la familia.

Fassi (1944, p. 308) cree en la necesaria existencia de un régimen patrimonial, recalcando que la comunidad de vida y descendencia, aun en el caso de separación de bienes, exige una regulación jurídica que no puede proveer el derecho común.

Pero, qué es el régimen patrimonial del matrimonio. En nuestro criterio el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que derivan del matrimonio, ya sea en las relaciones de los cónyuges entre sí, o respecto de terceros.

De Los Mozos (1978, p. 3) lo define como:

Un conjunto de respuestas o soluciones a los problemas económicos que nacen entre los esposos como consecuencia de su matrimonio. Un régimen económico matrimonial es un conjunto coherente de respuestas del derecho ante una serie de intereses y problemas pecuniarios a los que ha dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular.

Por su parte Plácido (2017, p. 28) lo define como “los sistemas jurídicos que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de estos con terceros.”

Existen múltiples sistemas o regímenes que regulan las relaciones patrimoniales entre esposos, por cuanto las realidades socioeconómicas, costumbres, cultura y necesidades varían de país a país, inclusive entre distintas circunscripciones de un mismo país, como en España o en los Estados Unidos.

Plácido (2017, pp. 40-50) nos indica que existen los siguientes regímenes:

- De absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido.
- De unidad de bienes.

- De unión de bienes.
- Dotal.
- De separación de patrimonios o bienes.
- De comunidad o sociedad.
- De participación.

Cornejo (1982, p. 219) los dividía en: de unidad o concentración, los de comunidad y finalmente los de separación.

Se han creado diversas clasificaciones de los regímenes patrimoniales en el matrimonio. Una de las clasificaciones existentes que nos es útil para los efectos de la presente investigación, es la que las divide, de acuerdo a su elegibilidad o atendiendo a la mayor o menor autonomía de los cónyuges, en: obligatorios o convencionales:

- Obligatorios, legales, imperativos o de fijación aquellos, donde no funciona la autonomía de los esposos para determinarlo.

El Estado, o más bien dicho la ley, fija un régimen obligatorio de acuerdo a lo que, en su criterio, es más conveniente para la mayoría de los matrimonios y les da mayor seguridad.

Este régimen es único e inmutable y considera a los temas de familia de orden o interés público, debiendo el Estado cumplir su rol proteccionista, generalmente de la mujer, los niños niñas y adolescentes y también de terceros.

Asimismo, no concibe la idea que los cónyuges negocien entre ellos su régimen patrimonial, lo que no se condice con su condición de casados, en vista que tienen una vida común a raíz del matrimonio. Este sistema no tiene ahora muchos seguidores únicamente persiste en América Latina en Bolivia y fue el originalmente utilizado en nuestro Código Civil de 1936.

Molina (2017, p.531-532) respecto de este sistema imperativo nos precisa:

Los cultores de este sistema argumentaban que la organización económica del matrimonio condiciona la vida de la familia, institución eminentemente pública sujeta a los límites impuestos por el legislador, al punto que al establecer un régimen único se pretende evitar todo tipo de comercio relativo a los bienes matrimoniales y a la vez protege a la parte económica más débil, la mujer.

- Convencionales, de libertad o paccionado (pactado), pudiendo los cónyuges elegir el que más le convenga. Se sustentan en la libertad y autonomía de los cónyuges, así como en la existencia de diversos tipos de familia postulando que una solución única no es conveniente en una realidad actual en donde se constata una multiplicidad de ellas. Se rescata la individualidad, así como la necesidad de empoderar a los esposos para que tomen sus propias decisiones y no alguien que desconozca su propia realidad.

En el mundo se observa un avance en la adopción de decisiones autónomas de los cónyuges y en la elección y regulación económica que mejor se adecúe a las circunstancias concretas de cada matrimonio.

En estos sistemas, la regulación de los intereses patrimoniales de los esposos es autónoma y está en sus propias manos y se expresa a través de las convenciones matrimoniales.

Dentro de estos sistemas convencionales contamos con dos variables:

-Los de elección o sistemas convencionales no plenos, que plantean la posibilidad de optar entre dos o más regímenes previamente establecidos en la legislación pertinente. Este sistema lo encontramos vigente en el Perú, Paraguay, Brasil y Chile, en América Latina.

El sistema patrimonial matrimonial peruano como se ha expresado, se ubica dentro del denominado de elección entre sistemas obligatorios o tasados,

también se le ha denominado: régimen de elección y variabilidad entre dos regímenes típicos regulados por ley. El Código Civil peruano de 1984, en su artículo No 295 impuso a todos los futuros contrayentes de matrimonio la obligación de escoger entre dos regímenes preestablecidos y detallados: la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios.

En caso los futuros cónyuges no opten por un régimen, la ley presume la elección de uno de ellos como el aplicable, a saber, la sociedad de gananciales, al que se le ha denominado supletorio o legal. Este sistema supletorio o subsidiario entonces opera automáticamente por disposición de la ley, en caso que los contrayentes no hayan escogido el régimen de separación de patrimonios.

Se argumenta que el régimen legal actúa como la expresión de la voluntad tácita o presunta de los cónyuges, en nuestro criterio es más una imposición legal.

Santoja (1978, p. 13) nos comenta respecto a la necesidad de un régimen legal subsidiario:

La mayoría de las legislaciones organizan un régimen matrimonial legal que se aplica imperativamente o de forma supletoria en defecto de convenciones entre esposos. Casi todos los países se han dado cuenta y reconocen que es necesario un régimen matrimonial o si se quiere un conjunto estructurado de principios y de reglas que fijan la suerte de los bienes que los esposos, sus facultades respecto de los mismos ...

Algunos sistemas prefieren, por el contrario, como régimen supletorio la separación de patrimonios o la participación en gananciales, evidentemente se trata de aquellos en que se privilegia la igualdad de los cónyuges. Otros sistemas, como el del nuevo Código Civil argentino del 2014, (Art. No 446), permite efectuar convenciones, exclusivamente respecto de asuntos que el código prevé, a saber:

- La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.
- La enunciación de las deudas.
- Las donaciones que se hacen entre ellos.
- La opción que hagan para la elección de algún de los regímenes matrimoniales previstos en el código.

- Los de libertad o autonomía plena de la voluntad, denominados convencionales plenos, que permiten establecer el régimen con autonomía, celebrando un contrato pre o post matrimonial, capitulación o convención matrimonial, también llamados pactos con ocasión del matrimonio.

Se entiende por convenciones matrimoniales los pactos que los futuros cónyuges o los esposos celebran, antes o después del matrimonio, relativas al establecimiento, funcionamiento y terminación del régimen patrimonial de la sociedad conyugal, así como otros acuerdos válidos que regulan el matrimonio.

Es una forma de autodeterminación o autoreglamentación. Este sistema lo podemos encontrar en América Latina en El Salvador, República Dominicana, Nicaragua, algunos Estados de Méjico, Venezuela y Uruguay entre otros y se sustentan en el respeto a la libertad de los contrayentes o esposos quienes pueden hacer amplio uso de su autonomía privada, permitiéndoseles pactar lo que consideren oportuno dentro de los límites fijados principalmente por la ley, la moral y el orden público y las buenas costumbres.

Molina (2017, pp. 533-534) respecto a la adopción del régimen convencional señala:

En el mundo se observa un avance hacia la concesión de espacios cada vez más amplios para la adopción de decisiones autónomas y la elección de la regulación económica que mejor se adecue a la circunstancia concreta de cada matrimonio...la regulación de los intereses patrimoniales de los esposos queda

en sus manos y el instrumento para concretarlo son las convenciones matrimoniales.

También Molina (2017, p. 565), citando a Kemelmajer, justifica la apertura a las convenciones matrimoniales en atención a:

- a) Transformaciones sociales y el nuevo papel de la familia.
- b) El requerimiento social del pluralismo social.
- c) La exigencia constitucional de la igualdad de los cónyuges.
- d) El juego de la autonomía de la voluntad del derecho patrimonial de familia.
- e) La existencia el divorcio vincular.
- f) La solución predominante en el derecho comparado.
- g) Las recomendaciones de la doctrina.

En algunos países se han planteado disposiciones comunes o un llamado régimen denominado primario, estatuto patrimonial de bienes; o estatuto fundamental, el que actúa como límite de la autonomía de la voluntad sea cual fuera el sistema patrimonial escogido. Krasnow (2009, p. 223) citando a Fanzolato lo explica de la forma siguiente:

Sin perjuicio del régimen de bienes elegido, o con vigencia forzosa o supletoria, los ordenamientos matrimoniales actualizados contienen una normativa que rige en toda situación. Se trata de cuestiones que, por razones de equidad y de amparo a la familia y a los terceros, la ley no debe dejar libradas a los preceptos comunes ni al arbitrio de los esposos, sino que impone soluciones que, en conjunto, integran una plataforma jurídica mínima, que gobierna a todos los matrimonios, cualquiera sea el particular régimen de bienes aplicable. ..., no se trata de un régimen paralelo a los previstos para regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sino que comprende el conjunto de deberes que nacen a partir del nacimiento del vínculo conyugal: manutención de la familia; educación de los hijos; colaboración en el pago de contribuciones y demás gastos esenciales en el hogar, protección y destino de la vivienda familiar y de los muebles incorporados a ella; responsabilidad por las deudas derivadas de los supuestos enunciados, entre otros. En algunas legislaciones, dentro del mismo también se incluyen normas sobre igualdad jurídica entre cónyuges y los contratos permitidos entre ambos. Entre los países que consagran un régimen primario encontramos a Francia, Holanda, Finlandia, Grecia, España, Suiza, Portugal, Bélgica, Costa Rica, Venezuela, Panamá, Brasil, Paraguay y también la provincia de Québec.

En el caso argentino, se establece un régimen común que incluye algunas normas obligatorias, sea cual fuera el régimen escogido, como:

- Inderogabilidad de ciertas normas de carácter mandatorio.

- Deber de contribución entre los cónyuges.
- La obligación de asentimiento para algunos actos.
- Las normas y formalidades que revestirán los mandatos o poderes entre cónyuges.
- La responsabilidad que se aplicará frente a terceros.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las capitulaciones o convenciones matrimoniales, algunos le dan la característica de contrato y otros de convención.

Los que lo consideran un contrato sostienen que todas las relaciones jurídicas pueden ser reguladas por la vía contractual, inclusive los asuntos personales, de familia y de sucesiones.

Los que no lo consideran un contrato sino una convención se sustenta en:

- Los contratos solo versan sobre aspectos patrimoniales, mientras que a través de convenciones se pueden establecer relaciones jurídicas y normas no patrimoniales.
- Los convenios pretenden más bien establecer un estatuto, un conjunto normativo dentro del matrimonio, con o sin contenido pecuniario.
- El convenio no puede ser resuelto unilateralmente como sería factible en caso de incumplimiento contractual.
- En el contrato hay, en principio, intereses contrapuestos, lo que no se presenta en la sociedad conyugal.

Consideramos que la denominación más apropiada es la de convención, por los argumentos expuestos, la que debe regularse, en lo que sea pertinente, por las normas existentes para el contrato. Si bien convención no es lo mismo que contrato, este es el género y el contrato es la especie. Por lo que podemos

concluir en que no hay contradicción entre ellos, todo contrato es una convención más no toda convención es un contrato.

Dentro de este régimen convencional pleno podemos a su vez encontrar:

- Aquellos que permiten pactos únicamente de carácter patrimonial y otros que permiten también acuerdos extra patrimoniales o sobre aspectos personales. Vega (2017, p. 254) precisa que en algunas legislaciones se permite solo pactos sobre aspectos de libre disposición que suponen justamente los aspectos patrimoniales dentro del matrimonio, resalta: “la aseveración pasa por alto, como es claro, que existen tópicos que tienen una coloración mixta o, para ser más claro, que involucran matices económicos y no económicos”.

- Convenios bilaterales (entre esposos) o plurilaterales (en donde se permite la intervención de terceros, como los padres).

- Los que se celebran antes del matrimonio, denominados normalmente pre matrimoniales y los que se celebren una vez contraído el mismo, y

- Los llamados mutables o inmutables, al hacer referencia a la posibilidad de variarlos luego de efectuado el convenio una o más veces. Algunos, argumentando la seguridad de terceros, limitan la variación del régimen a una sola oportunidad o exigen que la variación se produzca luego de transcurrido cierto tiempo, normalmente un o dos años.

Desde nuestra perspectiva es importante la incorporación a nuestra legislación peruana, la posibilidad de los esposos de efectuar convenciones matrimoniales que regulen aspectos personales y patrimoniales, pre y post matrimoniales con los límites necesarios para dar seguridad jurídica y asegurar un mínimo de solidaridad y compromiso familiar. Sin embargo, se debe advertir que esta posición no es novedosa en nuestro país. De la Puente (1980, p.606)

al presentar un anteproyecto alternativo al preparado por el doctor Héctor Cornejo Chávez, para la modificación del entonces vigente Código Civil de 1936, ya había determinado la conveniencia de la introducción de convenciones matrimoniales luego, según él, de una atenta reflexión y tomando en cuenta la tendencia dentro de la doctrina y la legislación comparada a favor de la aceptación de las mismas. Señaló que no percibía razones de peso para negar a los cónyuges la posibilidad de acordar convencionalmente entre sí el régimen de bienes a que estarán sometidos durante su matrimonio, así como también la posibilidad de cambiarlo cuando y cuantas veces así lo estimen conveniente.

El mismo De La Puente (1980, p. 636) explica que las Convenciones a nivel internacional no solo no han contribuido a favor del abuso de uno de los cónyuges respecto del otro, sino que más bien y, por el contrario, han permitido, según él, que los cónyuges solucionen pacíficamente muchos de sus problemas.

Finalmente, y con acierto agrega que es probable que las capitulaciones sean poco utilizadas, pero no es esto motivo para no regularlas o no incorporarlas a la legislación nacional.

En contra de la adopción por los cónyuges de convenciones en libertad y autonomía se han esgrimido diversos argumentos o estereotipos respecto de las mujeres que trataremos de comentar y rebatir:

-No estarían capacitadas para negociar.

Aquellos que presentan esta objeción señalan en resumen que la mujer no tiene la preparación necesaria para discutir y pactar con su futuro esposo o con su cónyuge su régimen patrimonial, normalmente no está educada, o no suficientemente. El marido se encontraría en una situación de superioridad por lo que hay una disparidad al momento de negociar y acordar.

Vega (2017, p. 26) comenta el caso *Simeone Vs. Simeone* resuelto por la Corte Suprema de Pennsylvania. La Corte señaló que la negativa a aceptar los sistemas que permiten las convenciones matrimoniales se sustentaban en que las mujeres no eran tan hábiles como los hombres, que las podían poner en una situación de desventaja al momento de negociar estos convenios. Sin embargo, la Corte aclaró que la mujer ya no era más la parte débil de la relación, ya no era la ama de casa cuyo lugar es el hogar, recalcando que las mujeres generan sus propios ingresos, son educadas, tienen su propio patrimonio, debiendo ser la situación de la mujer igual que la del varón. Precisa la corte: “negar validez a dichos acuerdos era intervenir con el derecho de las personas de hacer sus propias elecciones contractuales”, considerando que los acuerdos prenupciales son contratos que deben evaluarse, para su validez, con el mismo criterio en que estos se evalúan.

La necesidad de permitir convenciones entre esposos, se sustentan en que las transformaciones socioeconómicas de la familia, en especial la introducción de la mujer en el mundo laboral las libera de las tareas del hogar y del cuidado y las pone al igual que el varón dueñas de su propio destino aptas para participar, con autonomía, en las decisiones de su propio hogar algo que no debería ser una opción, su participación es necesaria y la mejor garantía del respeto de sus derechos.

Hemos recalcado que la mujer ahora esta tan o mejor educada que el varón, contrae matrimonio a mayor edad, tiene un patrimonio muchas veces ya constituido, por lo que negarle la capacidad de negociar su futuro económico con su esposo parece, por lo menos, inadecuado.

-El Estado es quién debería fijar el régimen patrimonial.

Este criterio se sustenta en que el matrimonio por ser una institución natural y de interés público debe ser protegido y promovido por el Estado.

Asimismo, este Estado estaría en la obligación de fijar lo relativo a los bienes en el matrimonio, en salvaguarda del interés de los esposos, y de la familia, así como de terceros, es peligroso dejar a los mismos protagonistas decidir algo que en realidad es de interés público o por lo menos social, como es el régimen patrimonial que gobernará a la sociedad conyugal.

Tal como lo hemos comentado más detalladamente en el capítulo anterior, las corrientes filosóficas actuales en gran medida propugnan la libertad y la autonomía como principios fundamentales, que deben ser respaldados, aunque siempre con seguridad jurídica, es decir libertad y autonomía dentro de ciertos límites que la ley está obligada a imponer.

Estos principios de libertad y autonomía ahora tienen valor constitucional, son derechos fundamentales de las personas, y han contribuido al rescate del valor de la persona en el matrimonio, siendo la función fundamental del matrimonio la realización de la persona. El matrimonio ha variado de matrimonio fin, a medio para alcanzar, conjuntamente con el otro cónyuge, el desarrollo personal de quienes lo conforman. Reiteramos, esto en función de lo ya expresado que el matrimonio no es unión, es colaboración, complementación, donde los cónyuges no pierden su individualidad ni se someten al otro o están obligados a llevar su vida, mala o buena, en función de salvar su matrimonio, sino ahora más bien en aras de alcanzar su felicidad y su realización personal.

El Estado no debe, por tanto, involucrarse en los asuntos de la familia y menos en los de relevancia económica, salvo donde sea estrictamente necesario para proteger y rescatar la autonomía, la solidaridad y los fines básicos del

matrimonio, con la introducción de un régimen primario o básico que contenga las normas indispensables que los cónyuges deben respetar.

-Existiría una familia ideal que deberá regularse por el mejor régimen patrimonial.

Quienes sustentan este argumento señalan que el Estado está en la obligación de regular la familia, el matrimonio y el régimen patrimonial dentro de ella, así como que esta regulación implica un ser y un deber ser. Es decir, reconocer a la familia como lo que es, una institución natural y social, que debe ser regulada jurídicamente, pero, además, debe moldear esta institución pues la labor del Estado es pensar y decirle a la sociedad qué es lo correcto, lo deseable, lo mejor. En este sentido el Estado debe señalar cuál es la familia y el matrimonio que considera el más adecuado, podríamos decir el idóneo y de la misma forma su régimen patrimonial.

Este argumento viene siendo desplazado, si bien coincidimos con aquellos que sostienen que no se pueden y deben regular todos los tipos de familia, deben reconocerse las diversas existentes y procurarles algún tipo de regulación. Teniendo en cuenta el cambio de función social de la familia definitivamente no hay un único modelo de ella, por las distintas realidades, generaciones, así como situaciones que se presentan en la vida matrimonial producto del divorcio, separación o viudez. Hoy por hoy, las personas de la tercera de edad rehacen más fácilmente sus vidas buscando una nueva pareja, lo que antes era impensable, en donde el régimen patrimonial que tenían, en muchos casos, no les es ahora satisfactorio. Inclusive el creciente número de personas que optan por la convivencia, ven en el matrimonio, su régimen patrimonial y formalidad un inconveniente para su realización, lo que implica una

situación de mayor riesgo para la mujer que permanece en una situación de hecho.

En lo que se refiere al régimen patrimonial dentro del matrimonio creemos justamente que las convenciones, con la autonomía que ellas encarnan, pueden permitir establecer un sistema patrimonial moldeable para diversos tipos familiares que no quieren optar entre la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios.

Esta opinión la comparte Molina (2017, pp. 533-534) quien precisa, refiriéndose a las convenciones matrimoniales, que suponen un respeto al derecho a la diferencia y a que cada matrimonio y cada familia sean reconocidas en su diversidad. De todos modos, agrega debe tenerse presente que la mayor o menor libertad concedida por esos sistemas no es absoluta debiéndose establecerse límites.

-Este régimen permitiría a los hombres aprovecharse de sus esposas.

Otro argumento comúnmente esgrimido para no aceptar las convenciones se sustenta en que uno de los cónyuges (el más fuerte o astuto) podría inducir al otro a realizar ciertos actos en beneficio propio, aprovechándose de la buena fe, inexperiencia u afecto del otro. Si bien existe la posibilidad de aprovechamiento de un cónyuge en detrimento del otro, esta situación se puede presentar, en cualquier caso, inclusive en el caso de régimen único o de fijación, por ejemplo, con la adquisición de bienes a través de testaferros, ocultamiento de bienes o rentas, constitución de empresas *off shore*, fideicomisos, así como con múltiples estrategias destinadas a burlar la ley.

Creo pertinente recalcar la ponencia del maestro De La Puente (1977, p. 411) quien trata de rebatir la opinión de la doctrina que sustenta la inconveniencia

de los contratos entre cónyuges, al señalar que el hombre y la mujer se encuentran en un pie de igualdad jurídica que determina que ésta goce de plena libertad para pactar con su esposo los términos de un contrato. Si la mujer fuera llevada a celebrar un contrato por intimidación o violencia, puede remediarse esta situación con la nulidad del contrato por vicio de la voluntad, sin necesidad de prohibir el contrato como regla general, pues por esta vía se estaría privando la posibilidad de celebrar muchos contratos equitativos y provechosos para evitar que algunos sean fruto del temor o la fuerza.

2.3.3.1 Crisis en el derecho de familia y necesidad de reforma del régimen patrimonial del matrimonio.

El conservadurismo en el derecho familiar, en nuestra opinión, ha guiado tradicionalmente a la doctrina y la legislación nacional al tratar de regular temas de familia. Cuando se reformó el Código Civil Francés se expresaba que cuando se legisla en temas de familia, hay que ser sobrio en novedades. Moreno (2013, p. 9) por su parte indicaba “que la sociedad va siempre por delante del derecho, es algo innegable y en materia de derecho de familia una constante”. Situación similar nos advierte Kemelmajer (2014, p. 8) respecto al derecho familiar italiano:

La familia diseñada por el Código Civil de 1942 es una familia que nació vieja, porque ya está modificada en su estructura, en los principios, en los valores y en las opciones ideológicas, desde que con la caída del fascismo se afirmaron y normativizaron los valores inaugurados por la nueva república constitucional.

En enero de 1981, la Pontificia Universidad Católica del Perú creó diversos grupos de trabajo con el objeto de revisar el anteproyecto del Código Civil vigente, el que finalmente fue modificado en 1984. Participamos del grupo encargado de la revisión del anteproyecto del libro de Familia, en lo referente al matrimonio y el régimen patrimonial. Las reuniones con el Dr. Héctor Cornejo

Chávez, distinguidísimo jurista, docente y miembro de la Comisión Reformadora del Código, fueron testigos de su posición sólida e invariable, defendida con sapiencia y experiencia. Planteamos ya en esa época, por ejemplo, entre otras innovaciones, el matrimonio homo afectivo; el divorcio sin causa y la introducción de convenciones matrimoniales. Todas estas propuestas fueron desechadas de plano, argumentando la vigencia del pasado, la costumbre, la tradición jurídica, así como la necesidad de conservar la familia tal y como se entendía hasta ese momento, así como proteger a la mujer desvalida, con una férrea creencia religiosa y ética basada en la necesidad de incorporar el principio de solidaridad vigente, el cambio era de alguna manera, desacreditar lo hecho, lo existente la fecha, las cosas eran, son y debían seguir siendo así.

En el Perú una mirada renovadora que igualmente fue desestimada, la tuvo el distinguido jurista Manuel De La Puente y Lavallo, también miembro de la referida Comisión quien, por su vocación del estudio del Derecho Civil patrimonial, específicamente de los contratos, ya proponía las convenciones matrimoniales y el cambio del régimen patrimonial legal de la sociedad conyugal, de sociedad gananciales al de participación de o en las ganancias.

Más recientemente, Castillo (2017, p. 156) en ocasión de la presentación del libro, *La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*, expuso con claridad la necesidad de estudiar y normar los cambios ocurridos en la legislación familiar, que a su criterio “ha venido siendo sub atendida” por cuanto no es un área de estudio actual como si los son las que corresponde al derecho civil patrimonial. También resalta que el Código Civil de 1984 legisla o regula la familia, pensando en una institución familiar tradicional sobre la base del matrimonio, coincidiendo

que el surgimiento de nuevos tipos de familia exige por lo menos algún tratamiento.

La pregunta que nos hemos formulado durante el análisis efectuado en los capítulos precedentes es si la realidad existente en el siglo pasado es la misma que vivimos actualmente en el siglo XXI, si debemos continuar la tradición jurídica y seguir manteniendo la regulación familiar existente, sobre todo en temas de economía familiar o, por el contrario, es necesario hacer una revisión profunda ante la aparición de nuevos paradigmas en el derecho familiar y sobre todo ante una nueva realidad, que no solo desde el punto de vista de la familia nos anuncia una crisis.

El Diccionario de la Real Academia Española (2014), define crisis como “cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación o en la manera como estos son apreciados”. Solo si preliminarmente pensamos en los cambios profundos y sustanciales en la conformación de la familia y sobre todo en el divorcio, podemos concluir en la existencia de una crisis en la familia, dicho sea de paso, el término crisis familiar lo mencionan casi todos los autores que modernamente tratan temas de familia. Solo a título ilustrativo en los comentarios de los proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil peruano de 1984, publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1980, p. 463) es decir, hace 35 años, se decía:

La familia en el mundo entero está en crisis. Cuando ocurre que el hogar se convierte en una forma sin alma; cuando se reduce a una apariencia tras la cual co-existen, sin convivir, un hombre y una mujer convertidos por el hastío en extraños o por el odio en enemigos; cuando por la falta de diálogo se quiebra el empalme generacional entre los que se van y los que van llegando.

Sapena (2011, p. 806) grafica la crisis de la familia al precisar:

El derecho de familia está siendo sacudido por un viento huracanado que lo está levantando desde sus raíces, lo cual se ha manifestado, en primera instancia, en el reconocimiento de los nuevos valores, en los tratados internacionales de derechos humanos y en una segunda instancia en la modificación de la legislación familiar de numerosos países alrededor del globo.

Esta crisis parece mantenerse en la actualidad y proyectarse al futuro, Vega (2017, p. 253) ahora refiriéndose a la legislación nacional expresa que existen cambios que empujan a repensar y modificar ciertos enfoques obsoletos refiriéndose al régimen patrimonial del matrimonio. Asimismo, que nuestro derecho, en el Libro de Familia, siempre tuvo un inocultable sello de continuidad y conservadurismo, ratificándose esta tendencia tradicional actualmente en el Perú al mencionar: “Quizás lo primero que debo señalar es que nuestra mejor doctrina sobre el derecho de familia no plantea ningún nivel de reforma al actual régimen patrimonial del matrimonio”.

Zuccarini (2015, p. 5) comentando las modificaciones efectuadas en el novísimo Código Civil de Argentina del 2014, precisa:

El conservadurismo ideológico, característico del derecho de familia tradicional ha cedido paso al nuevo derecho de las familias, erguido sobre la base de principios que no pueden menos que gozar, a esta altura, de una indubitable autoridad; principio de libertad, de igualdad, de no discriminación, de solidaridad familiar y de realidad.

Antiguos y clásicos principios jurídicos, han sido incorporados recientemente al derecho de familia como nuevos paradigmas, muchos de ellos han sido más bien redescubiertos y se vienen abriendo paso fundamentalmente al presenciar y constatarse ahora y presagiar para el futuro, distintos conceptos y tipos de familia, de matrimonio y de regímenes económicos, entre otros. Se presentan ahora principios como el *pro homine*, igualdad, interés superior del niño y de la familia, no discriminación, autonomía, solidaridad o democracia,

dentro de la familia como nuevos paradigmas, algo que es cierto, aunque muchos de estos siempre estuvieron allí. Las nuevas generaciones de hombres y mujeres han cambiado y siguen en este proceso, son distintos y por qué no las familias. Debemos contestar la pregunta de si es posible regular la familia y su régimen patrimonial, dejando de pensar en consolidar un régimen pasado ideal, la tradición, la costumbre y la fe.

Rams y Serrano (2010, p. 21) catedráticos de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid con acierto expresan:

La familia no constituye una excepción en la dinámica de todo nuestro mundo y en todas sus manifestaciones, pese a su de ordinario gran estabilidad, como la tierra, y según se atribuye a GALILEO, *eppur si muove*. Las más de las veces se trata de un cambio lento y suave y es el resultado natural de un proceso que trata de optimizar, durante generaciones, las funciones de generación y crianza y adaptación de cada nueva generación a ese mundo físico, social y espiritual que también se transforma.

Lo que sí resulta innegable es que, de forma espaciada, de tanto en tanto, los cambios casi imperceptibles se aceleran y se manifiestan como si se tratase de una novedad absoluta y provocan la reforma de las normas; otras veces se formulan axiomas, dogmas o condenas sin mayor trascendencia que van formando cuerpo y desembocan en una reforma social, pacífica o revolucionaria, de la que toma buena nota el ordenamiento jurídico.

Lo cierto es que, que todo cambio con repercusión social, acaba influyendo en la conformación de la familia cualquiera que sea su tipo y a su vez, todo cambio en la familia influye en lo social, político y económico y hasta en lo moral, como en el caso del matrimonio homo afectivo.

Rams y Serrano (2010, p. 62) manifiestan, respecto a las adaptaciones o cambios legislativos que se han venido introduciendo en España para adecuar el derecho de familia la nueva realidad, algo que es totalmente aplicable a nuestro sistema jurídico al precisar: que nuestros sistemas jurídicos han usado lo que llama el parcheo con la promulgación de un conjunto de normas, dejando

a los jueces que evalúen las situaciones caso a caso lo que atenta contra la seguridad jurídica

Creemos haber demostrado que la realidad de la familia ha cambiado y seguirá en esta senda, por lo que el derecho debe adecuarse a estas nuevas circunstancias en lo personal y patrimonial. Cualquier cambio que se decida tomar debe ser integral, teniendo como sustento y regla la autonomía de la voluntad, que debe expresarse sobre todo y con más énfasis, en lo patrimonial de manera tal que los cónyuges pueda, en forma libre, tomar las decisiones que los afecten, sin olvidar los deberes básicos del matrimonio, así como las limitaciones que se imponen para la validez del acto jurídico en general, así como respetando la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Algo importante de resaltar en la modificación del derecho familiar y en la forma de enfrentar la problemática de la familia, es lo que se ha venido en llamar la constitucionalización del derecho de familia, así su contractualización y el nuevo rol que tendría el Estado para y frente a la familia.

El término constitucionalización del derecho de familia, ya no sorprende y se sustenta en la concepción que considera a la familia y al Derecho de Familia como un tema que debe ser revisado desde el criterio de constitucionalidad, así como de los derechos humanos, no solamente por considerarse a la familia constitucionalmente como institución natural que merece protección, sino porque también necesitan de esta protección y sobre todo, las personas que la integran.

Plácido (2014, p. 35) precisa que en su origen la ideología de los derechos humanos era ajena al derecho de la familia. En efecto en la declaración de derechos el hombre y del ciudadano, no existe referencia alguna a preocupaciones o problemáticas de orden familiar. Pero recalca que “esta

deliberada omisión ha sido subsanada a lo largo del tiempo mediante sucesivos y complementarios instrumentos internacionales que realzan el papel de la familia en la sociedad y le garantizan y reconocen una adecuada protección”.

En otro orden de ideas Plácido (2014, p. 38) también expresa:

Nadie en la familia debería ser nunca objetivado como cosa, ni siquiera fugaz u ocasionalmente. Debería ser el ámbito donde cada uno se experimenta aceptado y tratado como persona, como quien es, por lo que es y no por lo que tiene o puede hacer dar.

La persona, por influencia de la constitución, ha pasado a ser el eje central de la familia. Sapena (2011, p. 807) acertadamente resalta el necesario respeto a los derechos humanos que ha modificado al modelo familiar, precisa acertadamente que ahora se protege más a la persona y no necesariamente a la familia:

Cuando nos referimos entonces a la constitucionalización del derecho de familia debemos entender a esta nueva tendencia que analiza, protege, revisa y resuelve los conflictos de familia desde una perspectiva constitucional, que más allá de la ley, encarna y protege los derechos humanos y fundamentales personales y sociales, a fin de obtener distintas soluciones a los problemas familiares antiguos o nuevos. Asimismo, implica la aplicación de la normatividad internacional que forme parte de derecho nacional.

La normativa constitucional en materia de familia ha pasado de una mera declaración de conceptos y principios, a un instrumento vivo para la solución de conflictos de las familias, en vista que el derecho común ha resultado insuficiente para dar solución a las nuevas situaciones que se presentan y las nuevas formas en que se enfrentan antiguos problemas. Esto implica aplicar valores y principios constitucionales como:

- Dignidad de la persona humana.
- Pro Homine
- Interés superior del niño, niña o adolescente
- Reconocimiento de la autonomía de la voluntad.
- Protección de la familia.
- Igualdad y no discriminación.
- Desarrollo progresivo de derechos.
- Reconocimiento del orden público - orden público familiar.

Fernández (2003, p. 118) explica que “la constitución y los tratados son el punto de partida para la regulación del derecho familiar” y el sistema constitucional. Citando a Encarnación Roca indica “El derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales”.

Podemos apreciar diversas sentencias del Tribunal Constitucional y de tribunales ordinarios donde se ha efectuado control de constitucionalidad. Solo a manera de ejemplo resulta interesante lo resaltado por el Tribunal en la resolución recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC, expedida el 24 de noviembre del 2004, que nos explica el estatus de la familia como instituto constitucionalmente protegido:

El Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional. Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o

afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

Cambia la realidad, debe cambiar el derecho, esto nos queda claro. Como hemos visto un sector importante de la doctrina en Derecho de Familia busca adaptar las normas de este derecho a los cambios profundos que se presentan y que, en algunos casos, son resueltos constitucionalmente a falta de normas o claridad de las mismas en nuestro Código Civil. Adicionalmente han surgido dos aspectos importantes que nos hacen revalorizar los términos en que nuestro derecho debe tratar el problema. El primero de ellos es la contractualización del derecho familiar y el segundo el liberalismo con una posición de no injerencia estatal.

En cuanto a la contractualización del derecho de familia, debemos enunciar que este concepto se sustenta en que son los integrantes de la familia los primeros obligados a resolver sus conflictos, en un escenario donde se debe garantizar la plena vigencia de sus derechos humanos, con absoluto ejercicio de su autonomía y en situación de igualdad. Se sustenta en el principio de la libertad y el respeto de la autonomía para constituir, regular, modificar y extinguir relaciones de familia, sin más restricciones que las estrictamente necesarias. Autonomía o estabilidad y seguridad, esa es la disyuntiva. Los partidarios de la contractualización, dentro de una perspectiva privatista, prefieren a la libertad y la autonomía, aquellos que por el contrario consideran los temas de derecho de familia como aspectos de interés público, como un tema de seguridad y estabilidad.

Sams y Serrano (2010, p. 127) resaltan que para describir las transformaciones experimentadas se habla insistentemente de una “desregulación” de modelos familiares, de una “subjetivación” del derecho de familia, o de una mayor “contractualización” o “privatización” del mismo, precisan que:

Puede negarse la veracidad de todas estas afirmaciones que, lejos de poder considerarse como apreciaciones personales o meras reflexiones sociológicas, describen a la perfección la modificación de un aspecto de la realidad al que no terminan de ajustarse las reglas rígidas, impuestas con carácter general o sustraídas al ámbito de la regulación de los particulares invocando inadecuadamente exigencias constitucionales de igualdad.

Un segundo aspecto que es necesario entender es el que se refiere al reposicionamiento del liberalismo político que participa de la idea de la intervención mínima del Estado.

Así, según Barcia refiere (2011, pp. 26-27) el principio de no intervención del Estado en la familia, viene abriéndose paso en la doctrina y la legislación, especialmente en el derecho comparado y consiste en que: “el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en la familia contra la voluntad de la propia familia, sino en casos graves o extremos”.

Algo digno de resaltar es la introducción de la no intervención estatal en la resolución de los conflictos familiares, en los procedimientos actuales de familia, en donde priman los principios de mediación y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes como la conciliación y el arbitraje, que reflejan claramente lo sostenido, buscando la solución del conflicto por las propias partes, antes de recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado.

Olsen (1999, pp. 268-286) sostiene que la intervención del Estado en temas de familia es un mito. Manifiesta que hay quienes apoyan la teoría del Estado neutral, el que no debe intervenir en la privacidad de la familia. La libertad

de la familia se representa en la frase “*laisser faire*” sustento de la política liberal salvo casos extraordinarios. Por otro lado, hay quienes sostienen la necesaria intervención de la familia, cuando éstas funcionan mal o para proteger a los más débiles por eso se le denomina la intervención proteccionista. Concluye en que la intervención o no del Estado es un mito, en el sentido que el Estado siempre interviene permitiendo la libertad y autonomía de las partes a través de la promulgación de leyes que regulan la familia y el matrimonio.

El gran reto que se le presenta al Derecho de Familia y al Estado es el de qué y cómo normar a esta nueva familia, debemos mantener el concepto de familia existente o variarlo. Tenemos que seguir pensando en la familia ideal y en las normas de Derecho de Familia como de orden público, dejando una libertad controlada a los esposos o más bien ampliar los límites a su libertad y permanecer como un Estado vigilante encargado de combatir las inequidades sociales y el abuso o la injusticia.

Parece que la figura de un Estado que promueva normas claras y permeables, que reconozca cada vez más la libertad de los cónyuges, sobre todo en términos patrimoniales, con un régimen de obligaciones mínimo aplicable a todas las formas de matrimonio o familias, parece ser lo más adecuado. Se puede y debe dejar a la jurisprudencia y a los jueces los límites a esta autonomía reiterando que, la intervención del Estado debe ser decidida ahí donde se requiera con respeto a la autonomía y voluntad de los cónyuges, debiendo intervenir decididamente en dos aspectos en donde falla; educación familiar y en la pronta y eficaz solución de los conflictos familiares.

Creemos importante presentar una propuesta legislativa para modificar diversos artículo en la legislación, que permitirán introducir las convenciones

matrimoniales como un régimen alternativo a los ya existentes, así como otras modificaciones complementarias destinadas a eliminar la sociedad de gananciales como régimen supletorio, crear el régimen primario, así como el registro de convenciones matrimoniales y la obligación de educar del Estado respecto del régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

2.4 Hipótesis

La hipótesis se formula de la siguiente manera:

“La existencia de un régimen legal obligatorio en el sistema patrimonial matrimonial en el ordenamiento civil peruano, afecta la autonomía de la voluntad, limitando la decisión libre de los cónyuges de elegir el referido régimen patrimonial.”



CAPÍTULO III: MÉTODO

3.1 Nivel, tipo y diseño de investigación

- **NIVEL.** - La presente investigación es de nivel exploratoria, explicativa.
- **TIPO.** - Aplicada.
- **DISEÑO.** - No experimental.

3.2 Participantes

3.2.1 Población.

La población está definida como mujeres casadas de municipalidad de la Molina entre los 20 y 59 años- Fuente: INEI.

3.2.2- Muestra.

El total de entrevistados: 65 mujeres casadas entre las edades propuestas. (Total de la muestra 92,951 mujeres del distrito - 2015)

Población	<ol style="list-style-type: none"> 1. Características 2. Tamaño 3. Fuente de Información 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mujeres casadas y de 25 a 54 años, distrito de La Molina 2. 31,036 3. INEI 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mujeres divorciadas de 25 a 54 años La Molina 2. 1,042 3. INEI
Criterios de Inclusión y Exclusión	<ol style="list-style-type: none"> 1. Inclusión 2. Exclusión 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mujeres casadas de 25 a 54 años 2. Uniones de Hecho 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mujeres divorciadas de 25 a 54 años 2. Uniones de Hecho
Tipo de Muestreo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Probabilístico 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aleatorio Simple 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aleatorio Simple
Tamaño de la Muestra	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mujeres casadas 25 a 54 2. Mujeres Divorciadas de 25 a 54 	69 entrevistados (90 % de confiabilidad 10% de margen de error)	64 entrevistados (al 90% de confiabilidad /10% de margen de error)
Marco Muestral		69 entrevistados	64 entrevistados

3.3 Variables de la investigación e indicadores

Variables. -

Vx: La existencia de un régimen legal obligatorio

Vy1: Limitación al no poder decidir libremente su régimen patrimonial

Vy2: Afectación de la autonomía de la voluntad

Indicadores. –

Vx: Número de regímenes patrimoniales obligatorios.

Vy1: Porcentaje de personas que no están conformes con el régimen escogido y variarían el mismo de volver a contraer matrimonio.

Vy2: Porcentaje de personas que contrajeron matrimonio sin conocer su régimen patrimonial.

Vy3. Porcentaje de personas que considera que el sistema patrimonial existente afecta su voluntad.

3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se ha considerado conveniente utilizar dos técnicas:

- Encuestas.
- Entrevistas.

3.5 Técnicas de procesamiento y análisis de datos

El análisis de datos se realizado en base Excel, por otro lado, las encuestas se han analizado cualitativamente.

ASPECTO CLAVE	INSTRUMENTO 01	INSTRUMENTO 02
Nombre:	Encuesta (s)	Entrevista
Objetivos:	(*) Determinar si las mujeres conocen su régimen matrimonial al momento de contraer matrimonio (*) Determinar si al contraer nuevo matrimonio elegirán otro régimen matrimonial.	Conocer la opinión de especialistas de Derecho de Familia respecto de si régimen patrimonial establecido en el Código Civil de 1984 transgrede la autonomía de la voluntad de los cónyuges.
Fuente de Procedencia:	Distrito La Molina.	Directa.
Contenido		
Tipo Instrumento	Encuesta Casados	Entrevista Divorciados
Fiabilidad y Validez	90%	90%
Muestra	69	64

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

En este capítulo se aprecian los resultados de nuestra investigación relacionados con las cinco variables de investigación propuestas.

Para tal efecto se cuenta con valiosa información obtenida mediante entrevistas formuladas en el segundo semestre del año 2017, a siete expertos en derecho de familia: Susana Mendoza; Olga María Castro; María Isabel Sokolich, Enrique Varsi; Benjamín Aguilar, Alex Plácido y Mario Castillo.

De la misma forma se cuenta con datos obtenidos de una encuesta efectuada en el distrito de La Molina, provincia y departamento de Lima a mujeres entre 20 y 59 años. Se escogió el Distrito de La Molina por cuanto tiene una población diversa, con ingresos muy altos en zonas de baja densidad poblacional, hasta muy bajos ubicadas en zonas marginales más pobladas, que nos permite, de alguna manera, relacionarlo con la situación socio económica existente a nivel nacional, aunque evidentemente nos circunscribimos a indagar en el área urbana.

La Molina es un distrito de la ciudad de Lima creado en 1962, con un área total de 65. Km², que cuenta con una densidad poblacional promedio de 2,611 habitantes por Km², considerada baja respecto de otros distritos limeños. Está compuesto por asentamientos humanos en un 2%, terrenos semi rústicos y rústicos con 27.1%, terrenos sin recepción de obra 14.88%, asociaciones de vivienda 1.65% y con conformidad de obra en zonas urbanas con 49.57%, lo que nos lleva a pensar en un distrito con una composición socio económica diversa, con urbanizaciones de sectores de alto poder adquisitivo como: Camacho, La Planicie, La Alameda o El Remanso, de zonas intermedias como: Santa Patricia

etapas I y II o de bajos recursos compuesto mayormente por migrantes como: Musa, Manchay o La Arenera.

Se contó con la colaboración para la realización de las encuestas, entre otros, de estudiantes y docentes de la Unifé, quienes realizan labores de voluntariado en Manchay, en virtud de un convenio Institucional celebrado entre la Universidad Femenina del Sagrado Corazón-Unifé, con la Municipalidad de La Molina.

4.1 La Existencia de un régimen legal obligatorio

Como consecuencia de lo analizado en la presente investigación, el sistema patrimonial en el matrimonio en el Perú se alinea dentro de aquellos que han preferido implementar un sistema legal, subsidiario. Es decir, que rige obligatoriamente a falta de pacto entre los esposos. Este régimen, la sociedad de gananciales, ha sido fijado en nuestra legislación, en el artículo N°295 del Código Civil que precisa en su tercer párrafo: “A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales”.

Es claro que en el Perú se aplica a los cónyuges el régimen de sociedad de gananciales en la mayoría de los casos en forma subsidiaria y obligatoria, siempre que ellos no hayan pactado la única alternativa que brinda la legislación, es decir, la separación de patrimonios. En nuestro país más del 90 % de los casados se rigen por es este sistema (Ver Tabla 3, p. 143).

Resultó también de utilidad revisar las respuestas de los especialistas en Derecho de Familia en el Perú respecto de: ¿Cuál piensan fue la *ratio legis* para establecer en la sociedad de gananciales como régimen patrimonial obligatorio

en nuestro Código Civil de 1984, en caso no se opte por la separación de patrimonios? ¿Subsisten en su criterio las razones indicadas?

Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

Tabla 2.

Encuesta de especialistas en derecho de familia Ratio Legis del régimen.

PREGUNTA	CUÁL CREE QUE FUE LA RATIO LEGIS PARA ESTABLECER LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN PATRIMONIAL OBLIGATORIO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL DE 1984, EN CASO NO SE OPTE POR LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. SUBSISTEN EN SU CRITERIO LAS RAZONES INDICADAS.
ESPECIALISTAS	RESPUESTAS
A) BENJAMIN AGUILAR	responde a nuestra idiosincrasia y al papel que cumple la mujer
B) ENRIQUE VARSÍ	La tradición obligó a un sistema que se presume obligatorio
C) SUSANA MENDOZA.	Basa en la necesidad tuitiva del Estado frente a la mujer, en situación de desequilibrio en todo orden de cosas. Las mujeres han avanzado y la familia tiene otra dinámica debiendo darse apertura a la autonomía con los límites antes señalados.
D) MARIA ISABEL SOKOLICH.	Se limitó para proteger el matrimonio. El tiempo ha cambiado y el código está desfasado, debiendo emularse códigos en donde prevalece la autonomía de la voluntad.
E) ALEX PLACIDO VILCACHAGUA.	La tradición jurídica motivó el uso de la sociedad de gananciales como supletorio obligatorio.
F) OLGA CASTRO PEREZ-TREVIÑO.	Porque se protegió el matrimonio como institución, evitando tratar temas económicos que afecten la relación amorosa. La situación actual ha cambiado la gente busca otros regímenes como la separación.
G) MARIO CASTILLO FREYRE.	Mantener la tradición y la protección al más débil en la familia. No existen condiciones para una modificación.

Fuente: Elaboración propia.

La hipótesis formulada para los efectos de la presente investigación ha quedado comprobada.

4.2 Limitación al no poder decidir libremente su régimen patrimonial

Los futuros esposos antes y los cónyuges durante el matrimonio están limitados a escoger su régimen patrimonial únicamente entre algunos de los regulados en el Código Civil, a saber, la separación de patrimonios y la sociedad de gananciales, es decir, es claro que cuentan con una libertad restringida para optar por un régimen patrimonial entre los dos previamente establecidos taxativamente en la ley.

Como ya se dijo, la mayoría de parejas en el Perú se rigen por el régimen legal, la separación de patrimonios, es un sistema optativo minoritario.

Resulta importante resaltar la información obtenida de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-SUNARP, en el 2018, específicamente del Registro de Personas Naturales.

El número de matrimonios que han escogido el régimen de separación patrimonial a nivel nacional se detallan en el cuadro siguiente que contiene información de los años 2016 al 2018 inclusive.

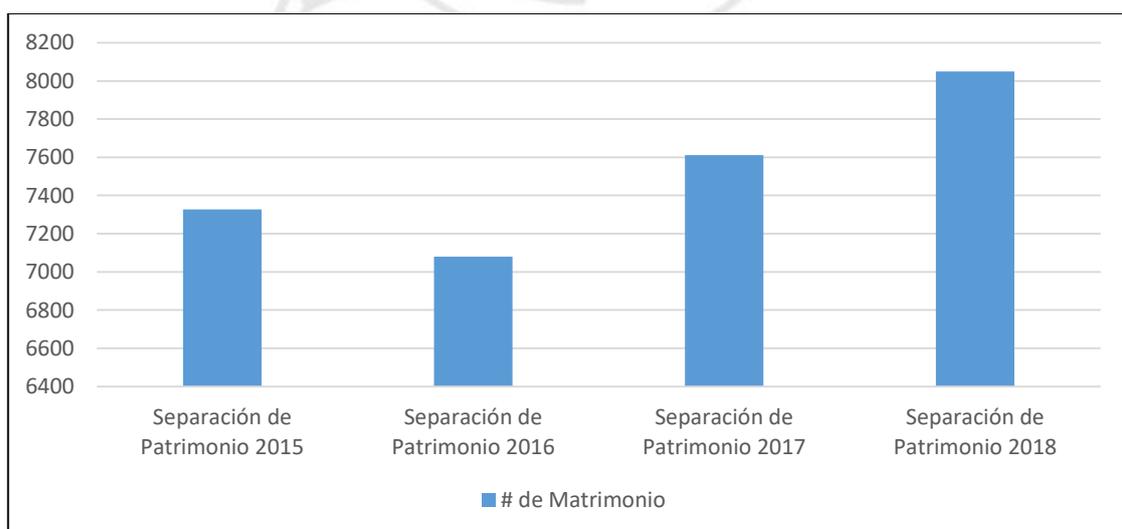


Figura 8. Número de matrimonios con separación patrimonial 2015-2016–2017–2018.

Fuente: SUNARP-2019.

Es pertinente recalcar que, según SUNARP, hasta mayo del 2019, el 57.4% de las separaciones de patrimonios se concentraron en Lima, por lo que podemos pensar que la separación corresponde más a comunidades urbanas, que rurales.

Si relacionamos las separaciones patrimoniales registradas con los matrimonios de los años 2015 y 2016, según lo señalado por el Instituto Nacional de Estadística- INEI, obtenemos el cuadro siguiente:

Tabla 3

Relación porcentual entre matrimonio y separación 2015-2018.

Cantidad de Matrimonios Anual		Separación	Relación Porcentual
2015	86,191	7,327	8.50%
2016	94,100	7,080	7.52%
2017	X	7,611	
2018		8,049	

Fuente: SUNARP-2018

Se ha indagado también respecto de la realidad que afrontan las parejas en el distrito de La Molina que desean contraer matrimonio y deben escoger su régimen matrimonial. Los futuros esposos se encuentran únicamente ante la posibilidad expuesta y mandatoria por ley, es decir, elegir entre el régimen de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios y en caso de no ejercitarse la opción prevista, se les aplica, por mandato legal, la sociedad de gananciales como régimen legal subsidiario obligatorio.

Por este motivo se consideró conveniente, a través de la encuesta comentada, verificar la situación en cuanto a la aplicación de los regímenes patrimoniales matrimoniales. Se les preguntó en: ¿cuál era el sistema que habían escogido al momento de contraer matrimonio?

El resultado de acuerdo a la figura 9, fue el siguiente:

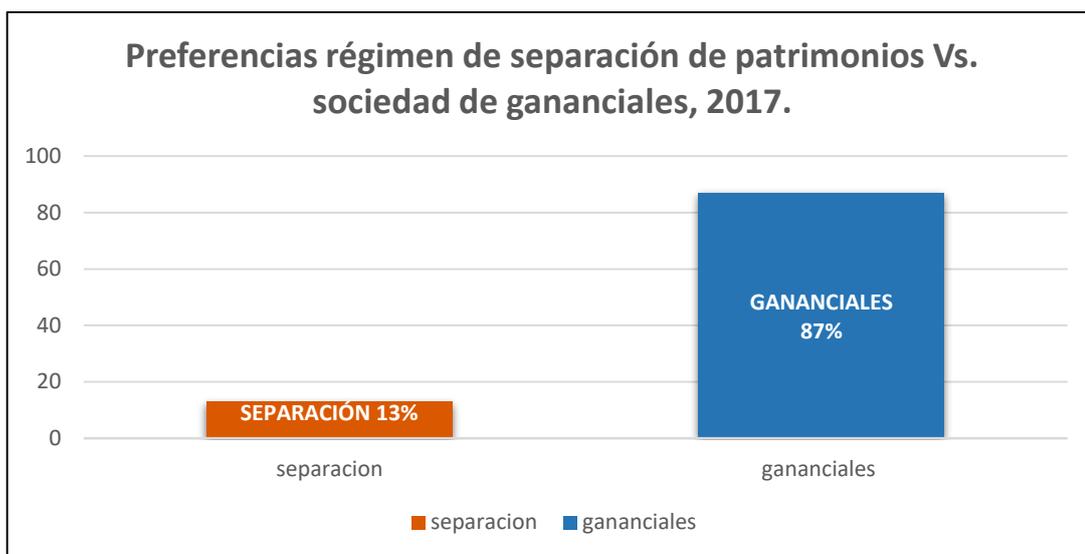


Figura 9. Mujeres del distrito de La Molina que prefirieron régimen de separación de patrimonios Vs. sociedad de gananciales, 2017.

Fuente: Elaboración: Propia.

Asimismo, apreciamos, según la edad de los encuestados, el porcentaje que ha escogido el régimen de separación patrimonial, como se aprecia en el cuadro siguiente:

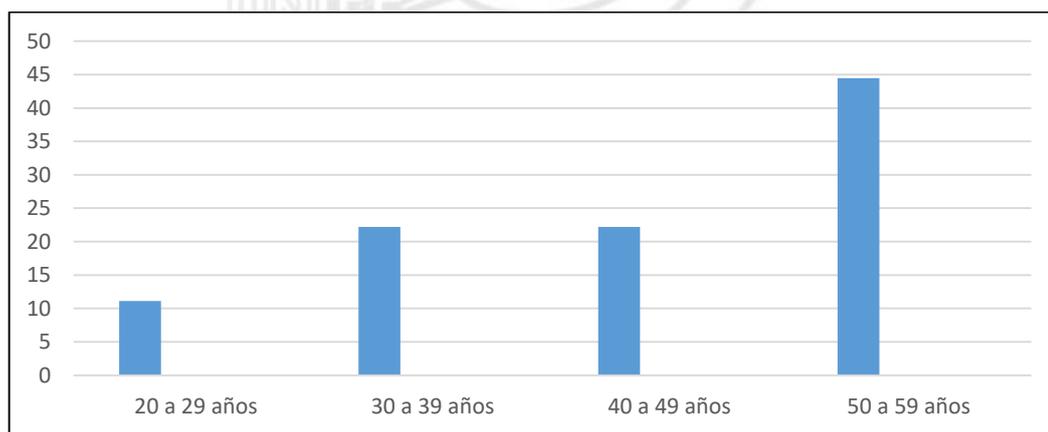


Figura 10. Mujeres del distrito de la Molina que prefieren el régimen de separación de patrimonios por grupo etario, 2017.

Elaboración: Propia.

Los datos extraídos de la realidad nos permiten comprobar la variable investigada.

4.3 Disconformidad con el régimen escogido

En cuanto a la conformidad de los esposos con el régimen legal, es decir, la sociedad de gananciales, si bien no es objeto de la presente tesis el revisar su idoneidad nos quedamos con el comentario de Varsi (2012, p. 80) quien cuestiona a la sociedad de gananciales en la realidad como el mejor y más deseable régimen patrimonial en el matrimonio al resaltar:

Machismo y paternalismo; idiosincrasia y costumbrismo han llevado a que el régimen de comunidad de bienes o sociedad de gananciales en el matrimonio no sea realidad, sino solo un simple espejismo.

Matrimonios manejados por el marido, quien propone y dispone, presentan el sistema de bienes matrimoniales como un típico régimen patriarcal. Hay

casos inversos, en los que la mujer maneja todo, por uterina decisión o confort del marido. Matrimonios en que cada quien opera su patrimonio y solo comparten gastos del hogar (...) ella no sabe cuánto gana él, ni este lo que ella percibe. Matrimonios en los que ambos trabajan, pero el marido no permite que la mujer aporte para el hogar: el dinero de ella es solo para ella, para sus cosas personales, para que se compre lo que quiera.

En la praxis la separación de patrimonios es la regla, el régimen de comunidad de bienes la excepción, aunque el Código mande lo contrario. Antes de casarnos tenemos bienes separados. Así deberíamos seguir una vez conyungidos, independientes, cada quien con lo suyo, en el mismo statu quo, sin ataduras materiales. Si de elegir se trata, debería optar por la variación de nuestro estándar de vida, tender a lo otro, a la unión y a la conjunción de bienes. Al momento de casarme o antes de ello, la comunidad de bienes o sociedad de gananciales debe ser lo elegible, no lo imponible por ley. De no existir voluntad expresa debería operar de iure el Estado patrimonial de separación de bienes. Me caso contigo, no con tu patrimonio.

Hay que sincerar las relaciones económicas entre los cónyuges y el régimen de bienes en el matrimonio. Presentarle a la ley la realidad de las cosas, lo que sucede en la práctica y cómo debe adaptarse a los hechos sociales. Además de todo, dos regímenes, comunidad y separación, en nuestros días no son suficientes para permitir la oxigenación patrimonial de los cónyuges. No se pide libertad, se solicita modernidad en la economía y patrimonio del hombre y la mujer.

También es importante conocer la opinión de la doctrina respecto de cuál consideran el mejor régimen patrimonial en el matrimonio a aplicarse en el Perú, lo que nos puede llevar a inferir la conformidad o disconformidad con el vigente régimen.

Tabla 4.

Encuesta de especialistas en derecho de familia régimen patrimonial matrimonial hacia el futuro.

PREGUNTA	CUÁL CONSIDERA USTED EL MEJOR RÉGIMEN PATRIMONIAL QUE DEBERÍA EXISTIR EN EL PERÚ, MIRANDO HACIA EL FUTURO
ESPECIALISTAS	RESPUESTAS
A) BENJAMIN AGUILAR	Separación de patrimonio y en su defecto régimen unitario
B) ENRIQUE VARSI	La separación de bienes o en su defecto sociedad de gananciales o participación de gananciales.
C) SUSANA MENDOZA	Capitulaciones con gananciales y separación, pero con modificaciones.
D) MARIA ISABEL SOKOLICH.	No hay un sistema mejor que otro, dependerá a las expectativas y necesidades de los futuros cónyuges
E) ALEX PLACIDO VILCACHAGUA.	Sociedad de gananciales no hay razón para modificarlo de peso.
F) OLGA CASTRO PEREZ- TREVIÑO.	Separación de bienes.
G) MARIO CASTILLO FREYRE.	Separación de bienes.

Fuente: Elaboración propia.

De la misma forma, en la referida entrevista se les preguntó su opinión respecto a la posibilidad de introducir las convenciones matrimoniales en el Perú, es decir, si consideran conveniente introducir un sistema adicional que incorpore mayor libertad en su determinación.

La pregunta fue la siguiente: ¿Está de acuerdo y qué opinión le merece la introducción de capitulaciones o convenciones matrimoniales en nuestra legislación?

Tabla 5

Encuesta con especialistas en derecho de familia sobre conveniencia de convenciones matrimoniales

PREGUNTAS	ESTÁ DE ACUERDO Y QUÉ OPINIÓN LE MERECE LA INTRODUCCIÓN DE CAPITULACIONES O CONVENCIONES MATRIMONIALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN
ESPECIALISTAS	RESPUESTAS
A) BENJAMIN AGUILAR. Docente Derecho de Familia.	No son convenientes las capitulaciones Se privilegia la autonomía contra los intereses de la familia.
B) ENRIQUE VARSI. Docente Derecho de Familia.	No, no estamos preparados.

Tabla 5...continuación

C) SUSANA MENDOZA. Docente Derecho de Familia.	Está de acuerdo, porque contribuyen a evitar problemas entre cónyuges respecto a temas económicos que se presentan en el divorcio o separación, abogando por otro tipo de acuerdos como usos de la casa de la sociedad conyugal, respecto de ahorros, y otros aspectos económicos previniendo conflictos y largos procesos judiciales.
D) MARIA ISABEL SOKOLICH. Docente Derecho de Familia.	Estoy de acuerdo con capitulaciones siempre que no atenten contra disposiciones de orden público, ni sean limitativas del derecho de alguno de los cónyuges.
E) ALEX PLACIDO VILCACHAGUA. Docente Derecho de Familia.	
F) OLGA CASTRO PEREZ- TREVIÑO. Docente Derecho de Familia.	Está de acuerdo, prevaleciendo la voluntad de las partes para manejar su propio proyecto de vida y familiar, respetando normas de orden público. Nos solo en cuanto a régimen de bienes y otras como las indemnizatorias. Acepta otro tipo de pactos como los compensatorios o indemnizatorios.
G) MARIO CASTILLO FREYRE. Docente Derecho Civil Patrimonial.	Acepta las capitulaciones, pero, nuestra sociedad parece no estar preparada, beneficiaría a un grupo limitado de familias.

Fuente: Elaboración propia.

Mediante encuestas a mujeres efectuadas en el distrito de La Molina a grupos cuyas edades van entre los 20 y 60 años, indagamos respecto de si volverían a escoger el régimen económico que tenían en caso de volverse a casar por cualquier motivo, lo que nos puede hacer pensar en la satisfacción del sistema escogido. Esto bajo la premisa que quienes están de acuerdo con el régimen que poseen actualmente no tendrían razón o motivo alguno para cambiarlo, más bien si lo cambiarían quienes no ven en él la satisfacción de sus expectativas.

En las respuestas podemos apreciar que un importante porcentaje no lo escogería, la mayoría elegiría otro sistema. Las figuras que se detallan a continuación así lo demuestran.

En este sentido se puede apreciar en las figuras 11 a la 14 lo siguiente:

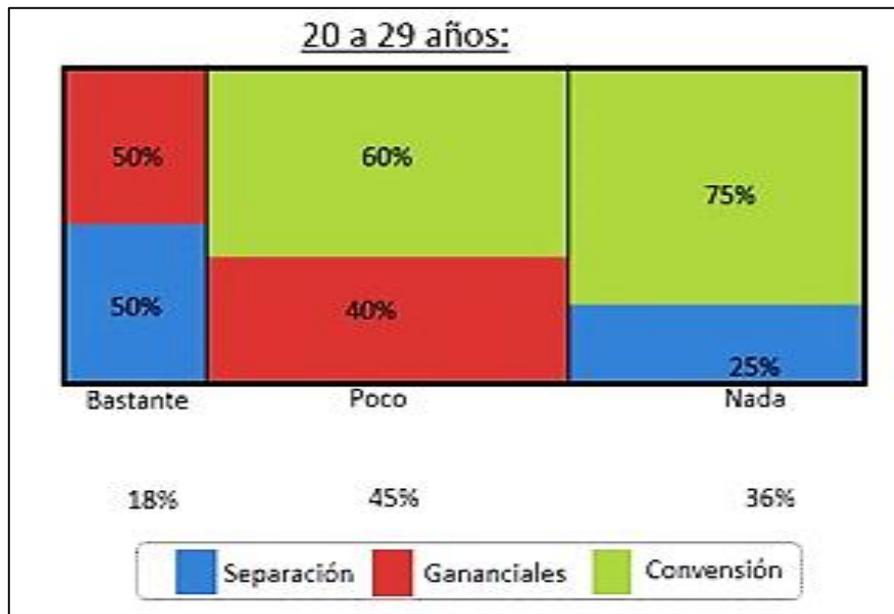


Figura 11. Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 20 a 29 años. Elaboración: Propia. 2017.

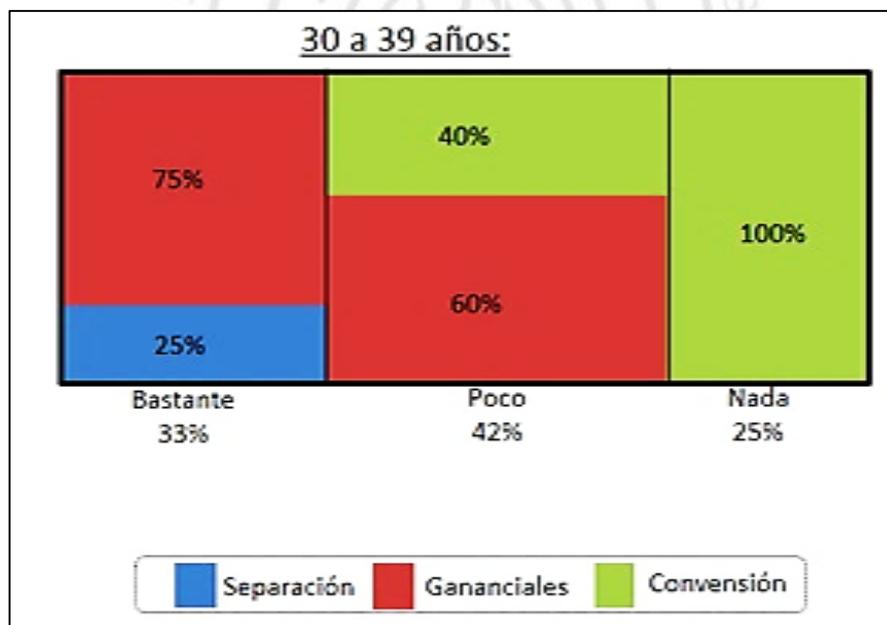


Figura 12. Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 30 a 39 años. Elaboración: Propia. 2017.

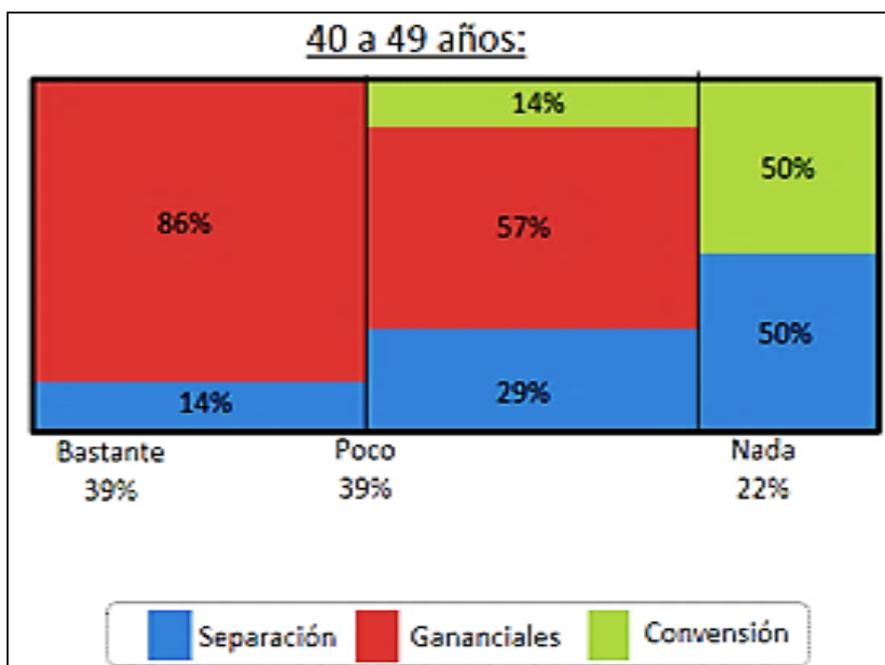


Figura 13. Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 40 a 49 años. Elaboración: Propia. 2017.

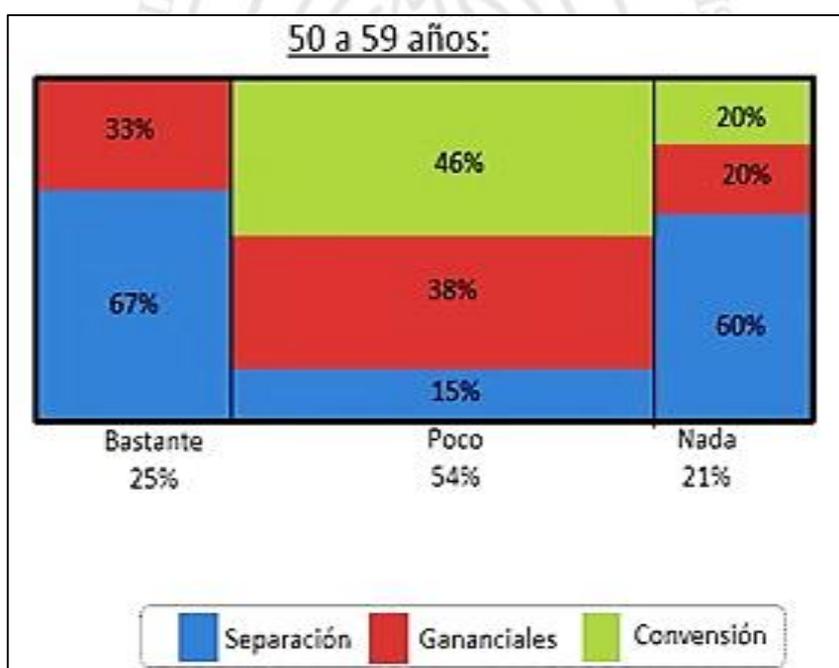


Figura 14. Conformidad con el régimen patrimonial matrimonial, ¿por cuál sistema patrimonial optaría? Mujeres 50 a 59 años. Elaboración: Propia. 2017.

Los datos obtenidos en el trabajo exploratorio, muestran aspectos que conducen a señalar que la variable ha sido comprobada.

4.4 Desconocimiento del régimen escogido

Resulta interesante recalcar que nuestro Código Civil considera, o más bien presume, que los cónyuges han optado por uno de los dos regímenes permitidos por la legislación nacional, considerando que ante una ausencia de voluntad se habría presentado una manifestación tácita de acogerse a la sociedad de gananciales.

Ha sido importante constatar que quienes van a contraer matrimonio y aun no lo hacen, no conocen su régimen al momento de tomar la supuesta decisión de optar por uno de ellos. Si esto es así, en realidad no hay opción alguna ni manifestación tácita de voluntad, hay una imposición en defecto de la voluntad de los esposos. Nadie puede libremente y en el ejercicio de su autonomía escoger entre dos alternativas que en la mayoría de los casos no conoce, y justamente por este desconocimiento consideramos que nuestra legislación impone un régimen, la sociedad de gananciales, que considera el mejor que se les puede aplicar a los cónyuges en el matrimonio. Veremos adicionalmente en las estadísticas presentadas en el distrito limeño de La Molina, más adelante, algo que no es muy difícil de comprobar, las mujeres de todas las generaciones al momento de casarse en este distrito, en su gran mayoría, no sabían cuál era su régimen patrimonial matrimonial, no solo el nombre del mismo, sino también sus condiciones. Conocen este régimen, ya casadas, o en el momento del conflicto matrimonial y más precisamente en la separación o el divorcio.

Varsi (2012, pp. 80-81) respecto al conocimiento de los esposos de su régimen patrimonial, nos precisa:

Respecto de esto no hay fuentes de consulta. La doctrina nada dice y la norma queda callada, la realidad se condice con la legalidad. De la experiencia profesional, de las relaciones amicales y de las charlas prematrimoniales uno se da cuenta cómo los pretendientes no saben nada acerca de economía del hogar, de regímenes matrimoniales, de cuánto gana su pareja, ni cómo van administrar

sus ingresos o egresos una vez casados. Se quieren, enamorados están, mucho el amor expresan, pero descuidan su economía y patrimonialidad. (subrayado nuestro).

De acuerdo al resultado de la encuesta que se constan en la figura11, efectuadas a mujeres casadas en el distrito de La Molina ,se ha podido comprobar que el 71 % de ellas poco o nada conocían su régimen patrimonial al contraer matrimonio. Por lo que podemos afirmar que la mayoría de mujeres del Distrito de La Molina desconocían el régimen matrimonial supuestamente escogido o aquel que más bien les fue aplicado al momento de contraer matrimonio.

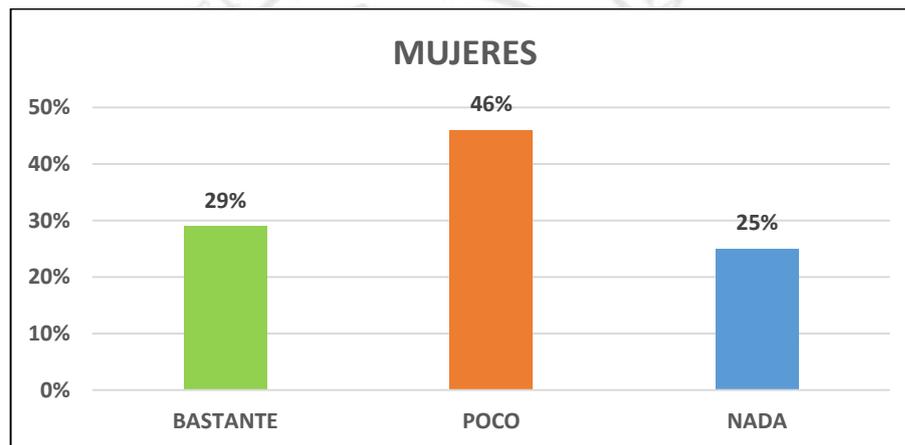


Figura 15. Conocimiento de las normas e implicancias que rigen el régimen patrimonial de su matrimonio al momento del contrato, 2017. Elaboración: Propia.

Lo considerado hace que la variable estudiada sea comprobada

4.5 Afectación de la autonomía de la voluntad

Se consideró pertinente para la presente investigación indagar entre los expertos en temas de familia y contratos respecto de cuál era su percepción respecto de si la existencia de únicamente dos regímenes patrimoniales en

matrimonio atenta o transgrede la autonomía de la voluntad de los cónyuges, al impedirseles pactar el régimen convencional que deseen.

La pregunta formulada fue: ¿Cree usted que nuestra legislación, al establecer sólo dos regímenes matrimoniales en el matrimonio, afecta o transgrede la autonomía de la voluntad de los cónyuges?

Tabla 6.

Encuesta con especialistas en derecho de familia sobre autonomía/régimen patrimonial

PREGUNTAS	CREE USTED QUE NUESTRA LEGISLACIÓN, AL ESTABLECER SÓLO DOS REGÍMENES MATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO, ATENTA O TRANSGREDE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES.
<p>ESPECIALISTAS</p> <p>H) BENJAMIN AGUILAR. Docente Derecho de Familia.</p>	<p>RESPUESTAS</p> <ul style="list-style-type: none"> - No transgrede la voluntad de los cónyuges. - La existencia del régimen de separación refleja la autonomía - El código Civil así lo establece
<p>I) ENRIQUE VARSI. Docente Derecho de Familia.</p>	<p>Explica la existencia de regímenes tasados o pre determinados que buscan preservar la integridad del patrimonio familiar No se pronuncia respecto a la limitación.</p>
<p>J) SUSANA MENDOZA. Docente Derecho de Familia.</p>	<p>Si atenta contra la voluntad de los esposos, aunque la incorporación de la separación fue un avance de la legislación. Se debe caminar hacia un régimen de capitulaciones que busca:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Respetar autonomía • Evitar uniones de hecho • Dar mayores posibilidades a los esposos en vista de los distintos tipos y dinámicas de familias <p>Debe contar con la intervención del Estado para salvaguardar la igualdad, solidaridad interés familiar, y responsabilidad, así como el Orden Público.</p>
<p>K) MARIA ISABEL SOKOLICH. Docente Derecho de Familia.</p>	<p>No se transgrede la autonomía se limita a salvaguardar derecho de cónyuges y terceros, de acuerdo a la realidad de 1984, para</p>

Tabla 6...continuación

L) ALEX PLACIDO VILCACHAGUA. Docente Derecho de Familia.	No, solo limita la voluntad de acuerdo a la realidad social.
M) OLGA CASTRO PEREZ- TREVINO. Docente Derecho de Familia.	Si definitivamente, además del proyecto de vida y matrimonial.
N) MARIO CASTILLO FREYRE. Docente Derecho Civil Patrimonial.	De alguna forma sí. Aunque es difícil pensar en introducir un sistema en el cual prevalezca la autonomía.



CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 La existencia de un régimen legal obligatorio

De acuerdo con la información obtenida de la Tabla 2, página 141, de los siete distinguidos especialistas en derecho de familia que emitieron su opinión respecto de la *ratio legis* para establecer a la sociedad de gananciales como régimen legal, cuatro (Varsi, Aguilar, Castillo y Plácido) privilegiaron la tradición y la idiosincrasia; por otro lado, las mujeres (Mendoza, Castro, Sokolich) se inclinan más por la necesidad del Estado de proteger a la mujer y el matrimonio.

La existencia de un régimen legal obligatorio es un hecho, al verificarse que este ha sido impuesto por ley, específicamente el Código Civil peruano, bajo el sustento que es necesario que, a falta de expresión de la voluntad de los esposos, se presuma que escogieron la sociedad de gananciales, considerado por la tradición y la costumbre como el más conveniente, el más solidario, así como que no es posible dejar a un matrimonio sin un régimen patrimonial que lo gobierne, debiendo la ley suplir la falta de manifestación de la voluntad de los esposos al no optarse por un régimen en forma expresa.

5.2 Limitación al no poder decidir libremente su régimen patrimonial

Los esposos no pueden escoger con plena e irrestricta libertad su régimen patrimonial. Por mandato de la ley, ellos tienen una libertad restringida a momento de determinar su régimen patrimonial, pudiendo optar únicamente entre la separación de patrimonios y la sociedad de gananciales.

Además del régimen legal optativo previsto en el artículo N°295 del Código Civil, este mismo artículo permite escoger convencionalmente la separación de patrimonios.

Por lo expuesto podemos afirmar que en el Perú se cuenta con un sistema de libertad restringido, que permite a los futuros esposos, o a los ya casados, optar únicamente entre la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios.

Es necesario hacer una breve revisión respecto del sistema de separación de patrimonios previsto y vigente en nuestro país, régimen que ya se viene usando como régimen legal en ciertos países, sobre todos los denominados del sistema anglosajón, como la gran mayoría de Estados de los Estados Unidos, parte de Canadá, Australia, Inglaterra, Irlanda, Austria y Japón, así como Costa Rica, Honduras, Nicaragua y Panamá, entre otros.

La separación de patrimonios surge como consecuencia del reconocimiento de la igualdad del hombre y la mujer e indudablemente la consideración que la mujer puede decidir no solo respecto de su patrimonio, sino también respecto de su vida. Se sustenta en que puede existir una independencia entre los patrimonios de ambos cónyuges, siendo cada uno propietario y gestor de sus bienes, asumiendo, por ende, sus propias obligaciones, responsabilidades y riesgos.

Es indudable que los matrimonios en el Perú han escogido o se les impone el régimen legal de sociedad de gananciales. La separación de patrimonios, como régimen excepcional no ha tenido una acogida mayoritaria, lo que no significa que no se esté usando y que lenta y paulatinamente va resultando una opción válida, ya sea antes o después de contraído el matrimonio.

Aguilar hace 13 años (2006, p. 348) mencionaba respecto de la vigencia del régimen de separación de patrimonios en el Perú:

Hasta hace poco una minoría se encontraba con el régimen de separación de patrimonios; sobre el particular resulta ilustrativa una información registral de

Lima y Callao que va desde 1984 (el 14 de noviembre de 1984 entra en vigencia el presente Código Civil) hasta julio de 1995 y que arrojó los siguientes resultados: 2,581 separaciones de matrimonios y de esta cifra 527 fueron antes del matrimonio, es decir entre novios y 2054 durante el matrimonio, esto es ya entre cónyuges.

Precisa, que esta información reafirma la poca aceptación del régimen de separación de patrimonios en ese momento.

De la información recopilada, Tabla 3, se puede colegir que existe una tendencia de parte de los cónyuges, entre el 2015 y 2018, de mantener el régimen de separación en forma minoritaria respecto del de sociedad de gananciales (no mayor al 9% del total de matrimonios en estos años). Sin embargo, si bien este sistema ahora es considerado minoritario frente al régimen legal, se ha incrementado sustancialmente su uso si comparamos la información proporcionada por Benjamín Aguilar que detallamos anteriormente y que precisa que en 10 años se registraron 2,581 separaciones patrimoniales y en un solo año (2018) 8,049, 5.75% más que en el 2017, acreditando un creciente número de matrimonios que optan por este régimen.

El mismo Aguilar, once años después (2016, p. 229), reconoce que la situación ha cambiado, resaltando que en las últimas dos décadas los que se casan ya lo hacen más bajo la separación de patrimonios, precisando que esto se debe a que las parejas jóvenes (ambos) son generadores de ingresos y según el autor tienen “legítimo derecho de administrar su propio patrimonio, aunado a la igualdad legal de la mujer y el hombre con implicancias importantes en la institución matrimonial”.

La separación patrimonial según Cruz (1981, p. 110), opinión que ratificamos con la propia experiencia, obedece en muchos casos a:

Que los negocios de uno de los cónyuges, acaso embrollado o en dificultades económicas, interesa separar los haberes de uno y otro agrega: la separación

parece tener ciertas clientelas especiales: segundas nupcias, sobre todo si hay hijos de un matrimonio anterior, los matrimonios tardíos: y en cuanto a grupos socio profesionales.

Se puede agregar que son mayormente usados por las parejas de mayor capacidad económica y edad.

La minoritaria elección del régimen de separación patrimonial frente a la sociedad de gananciales se puede explicar en el Perú por las siguientes razones:

-Acostumbramiento respecto del sistema de sociedad de gananciales. En este sentido se pronuncia Varsi (2012, p. 49).al señalar: “la tradición jurídica en nuestro país motivó que la sociedad de gananciales sea considerada como el régimen legal suplente, a falta de voluntad expresa”.

En este mismo orden de ideas Aguilar (2017, p.186) lo justifica en la idiosincrasia del pueblo peruano que entiende el concepto de matrimonio, como fusión de personas, de entrega total y plena comunidad de vida. La existencia de la separación patrimonial atenta contra la señalada vida en comunión y entraña desconfianza y recelo, inclusive desde antes del matrimonio

-Percepción que el régimen de sociedad de gananciales es más solidario e igualitario entre los cónyuges. Plácido (2017, p. 179) nos indica:

El régimen de sociedad de gananciales es el que ha imperado en nuestro país de siempre y es el que más enraizado se encuentra con la idiosincrasia y la cultura peruana, donde la mayoría de los ciudadanos se han educado en un sistema que obliga a compartir por mitades lo ganado por un esposo durante el matrimonio... Además, la sociedad de gananciales se presenta como un régimen patrimonial más acorde al fin del matrimonio, que es la vida común, pues evidencia una comunidad de intereses económicos que coadyuva a la consolidación de una familia.

-Desinterés y desconocimiento, que los lleva a caer dentro del sistema legal en forma automática. Confirma nuestra apreciación lo publicado en la versión digital del diario El Correo (2019) que recoge información suministrada por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, bajo el sugestivo

nombre: “Qué acciones tomar para que deudas de tu cónyuge no te afecten”. Precisa el artículo: “Pocas personas que contraen nupcias conocen los dos regímenes patrimoniales que existen en el Perú”.

- Excesivo formalismo y alto costo. Al respecto SUNARP ha comentado que en aras de hacer más sencillo el proceso de registro de las separaciones de patrimonio, ha rebajado su costo a S/. 21 y el tiempo que demora la inscripción a 48 horas, consciente de la necesidad de promover este régimen para evitar que el patrimonio de uno de los cónyuges responda de las deudas del otro.

-Escasa o nula difusión del régimen.

-Sensación de desprotección de la cónyuge trabajadora en el hogar (una cantidad considerable en el Perú) que no produce fuera del hogar por estar dedicada a su cuidado y de los hijos, adultos mayores o enfermos la que, al someterse al régimen de separación de patrimonios, se perjudica al no ver incrementado su patrimonio y al no valorar económicamente la ley su participación el referido cuidado del hogar.

Aguilar (2006, p. 349) señala que: “el régimen de separación de patrimonios es el régimen de bienes en el matrimonio que menos se identifica con la institución matrimonial” menciona que los cónyuges actúan, como si no estuvieran casados, desfavoreciendo al cónyuge que se dedica al cuidado del hogar y los hijos.

Más aún, desde la propia experiencia, puedo mencionar que muchas personas adultas divorciadas o viudas, tantos varones cómo mujeres que desean reconstruir su vida con otra pareja escogen la convivencia, en muchos casos esta convivencia, unión de hecho o concubinato permanente o temporal. Muchos de ellos acostumbran convivir ciertos días de la semana, fines de

semana o por temporadas, no opten por el matrimonio civil formal por cuanto quieren proteger su patrimonio acumulado hasta ese momento y solo saben que no quieren pasar por el mismo trauma que implica a veces la liquidación de la sociedad conyugal, bajo el concepto que no quieren tropezarse dos veces con la misma piedra.

Este resultado que demuestra la figura 9, no sorprende y nos lleva a la conclusión que las parejas que contrajeron matrimonio en el Distrito de la Molina se les aplicó mayoritariamente (87%), al régimen de sociedad de gananciales, régimen denominado legal como se indicó previamente. El 13 % que se acogió a la separación patrimonial en el distrito, es más o menos concordante con el promedio de personas que eligieron este sistema a nivel nacional, que no supera el 9%.

Es un hecho, de acuerdo al cuadro reflejado en la, figura 10, que los cónyuges en el distrito de La Molina que optaron principalmente por la separación, son los de mayor edad, de 30 a 59 años, mayoritariamente, (90%) aproximadamente, han preferido este sistema de separación. Especialmente el grupo entre 50 y 59 años que representa casi el 50% del total que escogieron la separación, pudiendo pensarse que esta situación obedece a que han variado el sistema de sociedad de gananciales a separación de patrimonios para efectos de protección patrimonial.

Como se aprecia de la información señalada en el párrafo anterior muchos de los esposos se ven obligados a transferir bienes a sus esposas y de esta forma tener la posibilidad de evitar embargos o gravámenes que afecten el patrimonio familiar, evidentemente en caso de deudas u obligaciones que pudieran haber sido contraídas por uno solo de ellos.

No existe evidencia que las parejas jóvenes prefieran la separación patrimonial, pero como veremos más adelante, esta opción no es ejercida por los futuros esposos fundamentalmente por el desconocimiento del mismo.

Nos llama la atención que el sistema peruano haya escogido únicamente entre el régimen de sociedad de gananciales (el mejor) y el de separación (el peor), por lo que el término medio no parece una referencia adecuada. Es, por tanto, clara la existencia de una limitación de los esposos al sólo poder elegir entre uno de los dos regímenes taxativos que prevé la legislación nacional.

5.3 Disconformidad con el régimen escogido.

Ha sido trascendente para efectos de la presente investigación indagar respecto de la conformidad de los esposos del régimen que escogieron o del que les impuso.

Muy interesante es la opinión de la doctrina en cuanto a su apreciación de cuál debería ser el régimen legal en el futuro en el Perú, de acuerdo a la Tabla 4, página 146, se inclinaron por la separación, Aguilar, Varsi, Castro y Castillo, mientras que Plácido, y Mendoza ratifican la sociedad de gananciales, considerando que no existen razones de fuerza para cambiarlo, aunque Mendoza se inclina por el sistema actual modificado.

Un aspecto medular es el referido a la indagación efectuada en el distrito de La Molina, respecto de la opinión de las mujeres entre 20 y 59 años al preguntarse si estaban de acuerdo con el sistema patrimonial matrimonial o más bien preferirían cambiarlo.

En el caso de mujeres de 20 a 29 años, figura 11, página 148 del grupo que conocía bastante su régimen económico matrimonial el 50% se quedaría con su régimen y el otro 50% cambiaría a separación de patrimonios.

Del grupo que conocía poco su régimen económico matrimonial el 60% optaría por el régimen económico basado en convenciones matrimoniales y el 40% se quedaría con el de gananciales.

De otro lado, del grupo etario que nada conoce su régimen económico en el matrimonio el 75 % optaría por las convenciones matrimoniales y el 25% el de separación.

Podríamos concluir que a mayor nivel de desconocimiento del régimen legal la posibilidad de sustituirlo en caso de una crisis matrimonial por un régimen convencional, se incrementa sustantivamente. Asimismo, que quienes lo conocían expresaron como una posibilidad latente (50%) escoger la separación.

En la figura 12, al entrevistarse a mujeres entre 30 y 39 años de edad se apreció que quienes conocían bastante su régimen económico matrimonial, el 75% se quedaría con su régimen y el otro 25% cambiaría a separación de patrimonios. De los que poco lo conocían, el 40% optaría por el régimen económico basado en convenciones matrimoniales y el 60% se quedaría con el de gananciales.

Del grupo que nada conoce su régimen económico en el matrimonio el 100% optaría por las convenciones matrimoniales.

Nuevamente encontramos el mismo patrón, a mayor desconocimiento del régimen patrimonial mayor posibilidad de cambiarlo en caso de divorcio, lo que hace pensar que las mujeres que se casaron sin conocer el régimen y lo conocieron durante el matrimonio no están conformes con el mismo, resulta particularmente importante que entre el grupo que declaró desconocer totalmente el régimen al momento de contraer matrimonio el 100% preferiría cambiarlo a convenciones matrimoniales.

También se entrevistó a mujeres entre los 40 y 49 años, Figura 13, de las que respondieron que conocen bastante su régimen económico matrimonial, el 86% se quedaría con su régimen y el otro 14% cambiaría a separación de bienes o patrimonios. Este 86% obedecería a la necesidad de seguridad de las mujeres de esta edad, que prefieren quedarse con un régimen malo y conocido, o conocido parcialmente, a pasar a uno nuevo, pero si totalmente incierto.

De los que conocen poco su régimen económico matrimonial el 14% optaría por el régimen económico basado en convenciones matrimoniales; el 27% se quedaría con el de gananciales y el 29% con separación. Del grupo que nada conoce su régimen económico en el matrimonio el 50% optaría por las convenciones matrimoniales y el otro 50% por la separación.

Finalmente se encuestó a mujeres entre 50 y 59 años, figura 14, página 149. El resultado fue el siguiente:

Se mantienen la tendencia al cambio de régimen de gananciales a convencional o separación a menor conocimiento del régimen patrimonial del matrimonio.

De aquellos que conocen bastante su régimen económico matrimonial, el 33% se quedaría con su régimen y el otro 67% cambiaría a separación de bienes o patrimonio.

Del sector que conoce poco su régimen económico matrimonial, el 46% optaría por el régimen económico basado en convenciones matrimoniales y el 38% se quedaría con el de gananciales y 16% el de separación.

Del grupo etario que ignoran su régimen económico en el matrimonio, el 20% optaría por las convenciones matrimoniales; el 20% por la sociedad de Gananciales y el otro 60% por la separación.

Si bien es necesario limitar el principio de la autonomía de la voluntad en términos generales y específicamente en cuanto se refiere al régimen convencional, estas limitaciones no pueden llevar a coactar la libertad de contratar de los esposos, siendo indispensable orientar la libertad contractual en busca de la protección de las obligaciones familiares básicas y con los terceros.

Las convenciones matrimoniales, como cualquier contrato deben cumplir requisitos para su validez o límites. Dentro de los requisitos para su validez podemos encontrar: El consentimiento, la capacidad, el objeto física y jurídicamente posible, el fin lícito y el cumplimiento de la formalidad exigida.

El consenso debe ser libre. El acuerdo entre las partes debe ser voluntario y consiente. Las capitulaciones carecerían de validez si el consentimiento de uno u otro estuviera viciado por violencia, dolo, error, simulación.

En cuanto a la capacidad de los otorgantes debemos hacer mención a que algunos resaltan el carácter personalísimo de las capitulaciones por lo que en estos casos son los contrayentes o esposos los únicos facultados para otorgarlas. De otro lado, hay quienes sostienen la máxima que son actos perfectamente delegables, siempre que consten en poderes o mandatos especiales.

Otro aspecto importante de resaltar es que hay quienes se oponen a que las personas que no tiene capacidad para casarse puedan otorgar capitulaciones, argumentando la importancia y trascendencia de estas, como si casarse no fuera importante y más bien la regulación de sus bienes, sí.

De otro lado hay quienes apoyan el viejo aforismo "*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptia*", que indica que la persona considerada hábil para contraer matrimonio lo es también para celebrar capitulaciones. Esto significa

que las personas que ordinariamente son incapaces de contratar, podrán otorgar capitulaciones, siempre que puedan contraer matrimonio. Hay por otro lado quienes propugnan que los menores de edad que pueden contraer matrimonio, solo pueden otorgar capitulaciones a través de las personas que autorizaron su matrimonio, padres, abuelos o el juez.

En cuanto al objeto de las capitulaciones, este puede estar referido a relaciones personales y/o patrimoniales, siempre que sean lícitas y posibles.

Qué aspectos adicionales son posibles de pactos en una convención matrimonial:

- El derecho de adquisición preferente de bienes comunes a favor de uno de los cónyuges.
- La manera de valorar estos bienes o de cómo venderlos.
- La atribución de bienes de titularidad dudosa.
- La contribución y distribución de determinadas cargas familiares posteriores a la ruptura.
- La confidencialidad de aspectos personales, patrimoniales, empresariales o profesionales de las partes.
- La cuantificación del daño moral por incumplimiento de ciertos deberes en el seno de la pareja como la fidelidad.
- La renuncia a la rescisión por lesión como consecuencia de las transmisiones de bienes realizadas entre los cónyuges.
- La renuncia a las reclamaciones por exceso de pago abonado de forma no proporcional el precio de adquisición de ciertos bienes.
- La remisión a la mediación o al arbitraje para la resolución de conflictos.

- La distribución de las costas procesales en caso de que la ruptura se someta a un proceso judicial.

La mayor parte de las legislaciones han considerado que el otorgar capitulaciones constituye un acto formal, que debe cumplir las formalidades exigidas por la ley, en salvaguarda de la seguridad jurídica y de los derechos de terceros. Los argumentos que se utilizan para dar este carácter a las convenciones son básicamente dos:

- Se afirma que la importancia de las relaciones que regulan las capitulaciones hace necesario darle calidad formal, solemne y que por tanto deben constar por escritura pública notarial. En algunos casos también se permite hacerlas judicialmente dentro de un proceso.

- El interés de los terceros debe estar protegido, por lo que se requiere un adecuado sistema de publicidad a través de un registro, normalmente, el registro de convenciones matrimoniales del registro personal y adicionalmente en el registro de la propiedad, en caso de inmuebles o bienes registrables. La seguridad de la familia y los esposos para que tengan certeza que sus acuerdos deben constar en documentos fehacientes.

Como puede entonces apreciarse, una parte importante de la doctrina nacional y un número considerable de mujeres encuestadas manifestaron su no conformidad con el régimen vigente en el Perú.

5.4 Desconocimiento del régimen escogido

El conocimiento del régimen patrimonial que regirá las relaciones económicas en el matrimonio es fundamental. Los cónyuges al contraer matrimonio, como se ha expresado, generan relaciones de índole personal, afectiva y patrimonial. Ambos tipos de relaciones si bien están diferenciados

teóricamente, tienen múltiples puntos de encuentro y en ciertos casos son causa y efecto. Las dificultades o problemas económicos influyen sobre las relaciones de la pareja y estas sobre el manejo económico.

Se dice esto por cuanto, el tener adecuado conocimiento de su régimen económico, es fundamental para eliminar y sobre todo prevenir ciertos conflictos ocasionados en el seno de la familia. Estos conflictos se pueden presentar antes, durante y hasta después del matrimonio con diferente intensidad y efectos.

Podemos apreciar que los problemas se presentan:

1. Antes. - Cuando uno de los esposos, ya sea el varón o la mujer, tenían o preveían tener un patrimonio importante que deban proteger, o el caso de personas que pertenecían a empresas familiares, en donde se desean ciertos niveles de protección para el ingreso a ellas de terceros, como pueden ser sus cónyuges o familiares de estos. También se incluye el caso de personas que, por su condición socioeconómica, política o laboral, como en el caso de artistas y deportistas famosos, tenían ciertos reparos o dudas sobre el futuro de sus relaciones personales y económicas, así como las intenciones de sus cónyuges.

En estos casos los futuros contrayentes en el Perú se limitaban a escoger entre la solidaridad que tendría la sociedad de gananciales y el egoísmo que se dice encarna la separación patrimonial, sin la posibilidad de más alternativas, en especial, sin la posibilidad de autónomamente modelar el sistema que más les conviene. Como vimos la voluntad es ejercida solamente al escoger entre uno de estos dos sistemas preestablecidos.

Los conflictos antes mencionados son en ciertas oportunidades frecuentes y en otros casos tan graves, que pueden ocasionar la ruptura de la relación conyugal.

2. Durante. - Es durante el matrimonio que se destapan los problemas económicos entre los esposos que se pueden ocasionar principalmente por:

- Participación desigual en las contribuciones económica dentro del hogar.
- Nula participación en el sostén del hogar o participación desmedida de los gastos y no de los ingresos.
- Despilfarro por uno de los cónyuges de los bienes y rentas de la sociedad conyugal.
- Beneficio desmedido del patrimonio familiar de uno de los cónyuges frente al otro.

3. Después.- Que se presentan en el momento de la separación y/o divorcio y posteriormente. En muchos casos es la cónyuge que sufre los efectos económicos de un divorcio, por el desconocimiento de su sistema económico, la mala fe del esposo o de su nueva pareja. Su desinterés y/o dedicación a las tareas de la casa, no consideradas tradicionalmente como aportes económicos, la hace más vulnerable, normalmente sale desprotegida del divorcio con consecuencias posteriores que afectan su vida en lo personal y en lo económico y la de los hijos que queden a su custodia.

Interesante es el comentario de Vega (2017, p. 254) al precisar que la ley peruana N° 29227 (Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías) permite a quienes ya enfrentan una crisis matrimonial, regular convencionalmente y con autonomía la liquidación o terminación de las relaciones patrimoniales y personales en el matrimonio, no sin antes manifestar y preguntarse qué impide que antes del matrimonio no se pueda actuar de la

misma manera, bajo el argumento qué donde existe la misma razón existe el mismo derecho. Añadiría más bien el argumento que hay mayor razón para dar autonomía cuando hay buenas relaciones entre los cónyuges que cuando ellos han entrado a una etapa de conflicto, menciona: “resulta paradójico que el orden legal se muestre complaciente con los acuerdos de separación y no con aquellos que deseen celebrar los esposos o pretendientes a ese estatus.” Lo mismo ocurre con los denominados pactos de separación amistosa que se permiten celebrar en diversos países del mundo y que se usan como mecanismo para dar fin, de forma amistosa y a su convivencia la relación matrimonial, ya que desconfían o simplemente no quieren acudir al Poder Judicial, el que lejos de solucionar la crisis, la potencia.

Esta situación de desconocimiento señalada, tiene enorme repercusión en el aspecto económico del matrimonio, durante el cual, salen a flote inconvenientes que son conocidos generalmente en su verdadera dimensión, en el caso de separación o divorcio de los esposos, un poco tarde para que las mujeres se enteren del sistema supuestamente escogido por ellas.

Aguilar (2016, p. 75) resalta la importancia de la preparación matrimonial, explica que quienes se preparen tendrán, según él, mayor posibilidad de contar con un matrimonio duradero, señalando que el acuerdo nacional en su sexta política de Estado referida al fortalecimiento de la familia, establece la necesidad de la preparación de las parejas que deseen contraer matrimonio, la que debería estar a cargo de las Municipalidades.

Hemos podido verificar esta situación en nuestras encuestas efectuadas en el distrito de La Molina, Figura 15. Como se puede apreciar, a las mujeres que contrajeron matrimonio en el Distrito de La Molina, mayoritariamente se les

impuso el régimen legal, es decir, la sociedad de gananciales, el que no conocían en realidad, es claro que más bien se los impusieron en virtud de lo señalado por el art. 295 del Código Civil vigente. Esta imposición normativa desde nuestra perspectiva coacta el derecho fundamental de libertad, restringiendo el modo de ser y la naturaleza propia de la existencia del ser humano. Normalmente esta situación se presenta, desde nuestra perspectiva, por evitar la discusión por asuntos económicos con la pareja previamente al matrimonio. Esta unión es una relación de amor, representa un acto de confianza máxima el que ambos esposos se casan sin interponerse entre ellos asuntos económicos. Siendo así, un régimen impuesto puede generar desconfianza y dudas sobre las verdaderas razones del matrimonio.

5.5 La afectación de la autonomía de la voluntad.

Se ha pensado siempre que la restricción de la autonomía de la voluntad de los cónyuges obedece a la imperiosa necesidad de proteger a la familia como institución y a todos sus miembros, específicamente los hijos y dentro de estos los menores, los que se encuentran bajo su custodia y los considerados vulnerables. Tedeshi (1954, p. 188) señala:

...la consideración del interés de la familia como interés superior de cada uno de sus miembros singulares domina todo el derecho de familia y, por tanto, también las relaciones patrimoniales de la familia en su conjunto.

La autonomía de los particulares se despliega en un ámbito más restringido que en las otras ramas del derecho privado y prevalecen las normas vinculativas...

El derecho individual, de cada persona debería ceder entonces ante el derecho de muchos, de la comunidad. El derecho de vivir en libertad de cada persona en algunos casos afecta el derecho de los demás y es por esta razón que el Estado se siente en la obligación de normarla, en la mayoría de los casos limitarla para proteger el bien superior, el de la mayoría.

Si aplicamos la situación descrita a la familia, la libertad, que es casi plena al momento de iniciar la relación matrimonial, se va esfumando durante la vigencia del matrimonio.

Es sin duda importante la protección de la familia, tanto que el artículo N° 4° de nuestra actual Constitución obliga al Estado a protegerla. No es dable acaso que una forma de protección familiar es asegurar su bienestar económico y que los esposos no puedan, bajo el argumento de su libertad dejar sin el sustento que la familia se merece y requiere. En este sentido se ha planteado que las convenciones matrimoniales entre esposos son el campo abierto para abusos que podrían llevar a una desprotección de los miembros de la familia, lo cual parece ser una situación o escenario posibles.

Nos permitimos preguntar si hoy en día la familia está adecuadamente protegida con el sistema económico impuesto por la Legislación. ¿El sistema económico actual garantiza la estabilidad de la familia, por lo menos en lo que sus requerimientos económicos se refieren? Definitivamente no, el llamado sistema de la solidaridad, la sociedad de gananciales y el de la anti solidaridad, la separación de patrimonios, no han permitido la seguridad económica de la familia, los casos de abandono familiar proliferan, los juicios de alimentos son el pan de cada día, lo que corrobora que no es sistema escogido el que debe proteger a la familia son las personas y su comportamiento la que deben hacerlo y porque no el Estado, quien debe procura el bienestar económico de las personas, la satisfacción de sus necesidades básicas, un buen sistema de administración de justicia y el ejercicio de una libertad con límites.

Creemos que se ha intentado contraponer el interés de la familia con el de las personas que la conforman, como si uno de los dos debiera someterse al

otro, como si la persona debiera sacrificar su autonomía en aras del bien familiar o de la familia, renunciar sus derechos para permitirle mayor libertad a los miembros que la conforman.

Esta es una falsa contradicción, ni una ni otra opción es válida. En nuestro criterio y luego de lo analizado, la libertad y autonomía del ser humano tiene vital importancia en la vida personal y matrimonial y en especial en los aspectos económicos que la gobiernan, así como también la familia y cada uno de los miembros que la conforman de acuerdo a las particularidades de cada una de ellas.

Acaso la familia patriarcal, con dominación de uno de los miembros de ella, generalmente el hombre o padre, ha dado los resultados queridos o esperados, no estábamos ante una relación dispar, discriminatoria, vertical antidemocrática perjudicial para los esposos, los hijos y aquellos que pertenezcan a esa familia.

Los nuevos paradigmas de la familia nos hacen ver que tal aparente contradicción entre los derechos de la familia y la libertad no debe darse. La relación autonomía de los cónyuges y protección y seguridad familia es de igualdad y complementariedad.

La búsqueda de la autonomía de cada pareja, el desarrollo de la personalidad y capacidad de cada miembro de la familia, en nuestro criterio, es la mejor base para el desarrollo de una familia sana, igualitaria que se proyecta hacia alcanzar el beneficio de cada uno de sus miembros, que al final es de todos ellos.

Las convenciones matrimoniales son uno de los medios por los cuales los contrayentes del matrimonio o quienes ya lo hicieron pueden expresar su

autonomía, aunque no es la única forma. El reto es que esta autonomía lejos de atentar contra el interés familiar la desarrolle, y le permita vivir con plenitud, paz amor.

Las convenciones pueden ser, para algunos, un buen medio para el logro de estos objetivos de la familia y de sus miembros, siempre que se usen con conocimiento, adecuadamente y dentro de los límites que la ley y la razón imponen, debiéndose contar con tribunales capaces de resolver los casos de conflicto que se presenten con prontitud y probidad.

Coincidimos con Manresa (1950, p. 200) quien afirma:

Las capitulaciones matrimoniales, con el sentido y alcance de estipular expresamente los cónyuges y en completa libertad cuando se refiere al régimen económico de la familia, han venido administrándose en todos los códigos como expresión de un principio natural y justo, consagrado antes en muchos países y reconocido definitivamente como el mejor en la materia por las modernas leyes de la civilización y del progreso.

Nuestra legislación por ende debe, hacer concordar el interés de los miembros de la familia con el respeto a la voluntad de ellos.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones

Como resultado de la presente investigación hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. La familia está en crisis, entendida como cambio profundo, esto obedece a múltiples factores, principalmente al hecho que la mujer está llegando cada vez más a una situación de igualdad con el hombre. Además, se cuenta con mujeres de mayor nivel educativo y en gran medida insertadas en el ámbito laboral. El retraso de la edad para casarse, y en algunos casos, la decisión de no tener hijos, ni hacer vida en común, como tradicionalmente se conoce y la longevidad, han influido en la transformación de la familia.

2. La libertad y la autonomía se han revalorizado en el matrimonio al ser considerados derechos fundamentales. Cada pareja es dueña de su propio destino.

El Estado únicamente debe limitarse a fomentar y crear normas claras, permeables, otorgar autonomía a los cónyuges, fijándose los límites por ley, en función de solidaridad familiar, así como las buenas costumbres, permitiendo también que los límites a esta autonomía sean fijados por los tribunales, a través de la jurisprudencia.

3. El éxito de cualquiera de los regímenes patrimoniales en el matrimonio depende principalmente de las circunstancias sociales que rodean su aplicación. No hay régimen perfecto, ideal, ni deseable; cada grupo

humano, de acuerdo a su realidad, cultura, tradición, economía y condición social, influye para la determinación de su régimen patrimonial.

4. El régimen supletorio o legal vigente en el Perú, la sociedad de gananciales, se sustenta en una concepción de la familia patriarcal. Esta situación definitivamente ha cambiado, la mujer está igual o mejor preparada en lo educativo que el hombre, trabaja y debe participar de la mano con él, en la edificación del patrimonio de la familia y en su gestión. El modelo machista debe abrir paso a un sistema igualitario, en donde predomine la autonomía de los cónyuges, pero con los límites mencionados.
5. Existe desconocimiento de las parejas, especialmente las mujeres respecto de su régimen patrimonial matrimonial al momento de casarse. En muchos casos estarían dispuestos a cambiar su régimen patrimonial por el de convenciones matrimoniales, si lo pudieran.
6. El régimen patrimonial legal, la sociedad de gananciales, no ha sido elegido, sino impuesto por mandato de la ley lo que ha contribuido a su desconocimiento por los futuros cónyuges siendo la causa de grandes dificultades y fracasos en el matrimonio y agrava la crisis especialmente de salida del mismo, en los casos de separación y/o divorcio, cada vez más frecuentes. Un régimen patrimonial impuesto, no discutido ni conocido, en muchos casos, no será conveniente, sobre todo en aquellos países con gran diversidad socio económica, de razas, culturas y regiones geográficas.
7. El Estado impone sus normas, pero no cumple ninguna labor pedagógica que permita a los cónyuges conocer sus derechos u obligaciones. El

desconocimiento de las normas que regulan el régimen patrimonial es latente y penoso, causa de gran parte de los problemas que surgen en el matrimonio antes, durante y después de su vigencia.

8. En el Perú se reconoce la autonomía privada, en muchos ámbitos dentro de la familia, especialmente para que los esposos concluyan y puedan solucionar su crisis matrimonial.
9. La opinión de parte de la doctrina más representativa dentro del derecho de familia en el Perú, recabada a través de entrevistas, ahora muestra un importante cambio, al permitir la incorporación de convenciones, con libertad. Asimismo, muestran una apertura al régimen de separación de patrimonios, resaltando que ambos sistemas el convencional y el de separación, implican reconocer la autonomía de los cónyuges, mientras que regímenes impuestos y desconocidos atentan contra la autonomía de la voluntad, pudiendo contribuir al fracaso matrimonial.

6.2 Recomendaciones

Nos permitimos efectuar algunas propuestas, así como en ciertos casos, modificaciones legislativas. Las recomendaciones formuladas son las siguientes:

1. Mantener dos regímenes patrimoniales tasados como son la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios, más como ya se dijo, la introducción de convenciones matrimoniales y un régimen básico o primario aplicable mandatoriamente, sea cual fuere el régimen escogido.

El régimen primario debería incluir:

- Los deberes de contribución de ambos cónyuges (incluyéndose la contribución al sufragio de los gastos ordinarios del hogar y de los

hijos que estén bajo su cuidado) y las responsabilidades solidarias de los cónyuges.

- Los actos que requieran la intervención de ambos cónyuges, así como su nulidad o anulabilidad, de ser el caso.
- La solidaridad familiar, en consideración al interés de la familia.
- Destino del patrimonio familiar en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges.

2. Obligar a que los futuros esposos antes de contraer matrimonio precisen el régimen patrimonial al que se sujetarán en el matrimonio en forma expresa y obligatoria.

Esto obligaría a una necesaria y por lo menos mínima discusión y conocimiento del régimen patrimonial matrimonial escogido. La propuesta implica una modificación del segundo párrafo del Artículo N° 248, del Código Civil peruano, por el texto siguiente:

El texto sugerido es el siguiente:

Artículo 248.

...

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el artículo 241 inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento. Asimismo, entregarán un documento en donde manifiesten expresamente el régimen patrimonial al que se someterá la sociedad conyugal, en caso opten por la separación patrimonial o el

régimen convencional deberán indicar el número de partida en el que quedó inscrito en el registro público correspondiente.

3. El Estado deberá profundizar una política educativa que informe adecuadamente de la importancia, función, características, así como derechos y obligaciones de las familias incluyendo lo que respecta al régimen patrimonial, no debiéndose olvidar que constitucionalmente le corresponde proteger a la familia, lo que debe partir de la educación antes que la sanción y /o prohibición.

Además, consideramos importante incorporar al Plan Nacional de Fortalecimiento a la Familia 2011-2016, aprobado por el DS. N° 003-2016-MIMP, en su capítulo tercero la necesidad de reforzar a la población las implicancias de escoger algunos de los regímenes patrimoniales que la ley recoja, incluyendo los principales derechos y deberes de los cónyuges, las consecuencias de la ruptura matrimonial en lo que a la repartición del patrimonio conyugal y sus obligaciones respecto de los hijos.

4. Se deberá permitir el acceso a la conciliación y al arbitraje, para la solución de conflictos patrimoniales y/o derechos disponibles dentro del matrimonio o a su finalización, así como en términos generales simplificar y agilizar los procesos que se sometan al poder judicial.

En este sentido se propone modificar el segundo párrafo del artículo 7 la Ley 26872, Ley de Conciliación:

Artículo 7.- Materias Conciliables.

.....

En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y convenciones matrimoniales, así como otras que deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el principio del interés superior del niño. También se propone modificar el inciso 1° del artículo 2 de la Ley de Arbitraje, D. Legislativo 1071, el que debería quedar redactado de la forma siguiente:

Artículo 2. inciso1:

Pueden someterse a arbitraje las controversias que deriven de convenciones matrimoniales siempre que versen sobre derechos disponibles, conforme a derecho y los tratados o acuerdos internacionales.

5. Modificar el Código Civil (título tercero-peruano para que incluya las convenciones pre o matrimoniales, que puedan contener aspectos patrimoniales y no patrimoniales, con el cumplimiento de ciertas formalidades, siendo el arbitraje o las cortes las llamadas a ir evaluando, caso por caso, la validez de los pactos celebrados con el objeto de verificar su legalidad.

Se propone la modificación de ciertos artículos y la introducción de otros nuevos al Código Civil peruano de 1984:

Artículo 295.- Por la celebración del matrimonio el patrimonio de los cónyuges queda sujetos al régimen que hubieran escogido: sociedad de gananciales o separación de patrimonios, salvo que hubieren decidido pactar convenciones matrimoniales.

Artículos 295-A.- Son convenciones matrimoniales los acuerdos pre o post matrimoniales que los futuros cónyuges, antes del matrimonio o estos, una vez contraído el mismo, celebran respecto de sus relaciones personales o patrimoniales. Para la validez de las mismas se requiere de escritura pública.

Artículo 295-B.- Las convenciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio están condicionadas a la celebración del mismo y surtirán efectos respecto de terceros, desde su inscripción en el registro correspondiente.

Artículo 295-C.- Los pactos que consten en las convenciones matrimoniales estarán, limitados por la ley, el orden público y las buenas costumbres, debiéndose apreciar con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, evitar el abuso del derecho, y buscar la protección de los derechos y deberes fundamentales en la familia.

Artículo 295.- D. -Quienes pueden contraer matrimonio también podrían otorgar convenciones matrimoniales con las mismas formalidades y requisitos exigidos para la validez de su matrimonio.

Artículo 296. – Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir el régimen escogido por alguno de los señalados en el artículo 295. Para su validez requiere el otorgamiento de escritura pública, surtiendo efectos respecto de terceros, desde su inscripción en el Registro Público.

6. Modificar también el Artículo N°2030 del Código Civil, incorporando el registro de convenciones matrimoniales en el registro personal del Registro Público y el segundo párrafo del artículo 2033, buscando precisar el lugar para realizar las inscripciones correspondientes.

Artículo 2030.- Se inscriben en este registro

...

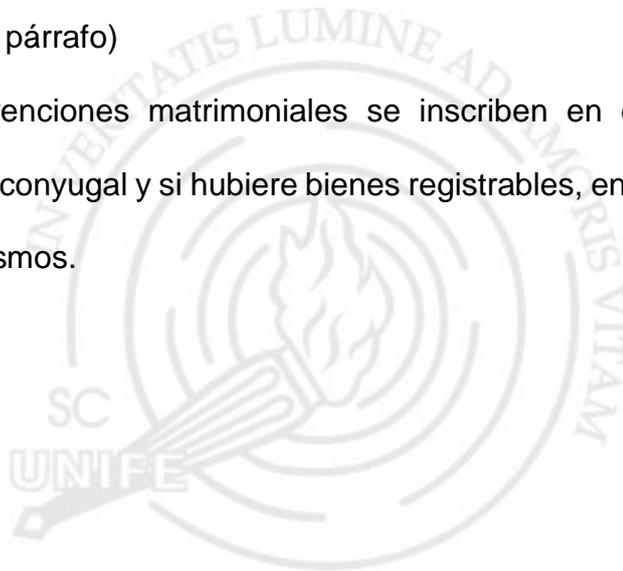
7. Las convenciones matrimoniales, sus adiciones o modificaciones.

Artículo 2033.-

...

(segundo párrafo)

Las convenciones matrimoniales se inscriben en el domicilio de la sociedad conyugal y si hubiere bienes registrables, en la partida registral de los mismos.



REFERENCIAS

- Abbagnano, N. (1963). *Diccionario de la filosofía*. México y Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Alessandri, A. (1988). *Derecho civil de los contratos, Parte General, Tomo I*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica Díaz- Cono Sur.
- Aguilar, B. (2006). Régimen patrimonial del matrimonio. *Revista de la Facultad de Derecho* N° 59- PUCP. Lima: PUCP.
- Aguilar, B. (2016). *Tratado de derecho de familia*. Lima: Lex & Iuris
- Arboccó, M. (2017) La sociedad de lo descartable y otras vicisitudes del mundo postmoderno. *Revista Consensus*, Lima, Perú: Unifé.
- Argudo, J. (2016). *Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en el derecho privado, en Autonomía privada y límites para su libre ejercicio*, Granada: Comares SL.
- Azpiri, J. (2000). *Derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Barrio, A. (2016). *Los Límites a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, en Autonomía privada y límites a su ejercicio*. Granada: Comares SL.
- Basset, Ú. (2012). *Análisis del proyecto del nuevo código civil y comercial Libro II- Derecho de Familia*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica.
- Belluscio, C. (1979). *T.I, Parte general, Matrimonio y acto jurídico familiar*. Buenos Aires, Argentina: De Palma.
- Bernal, C. (2008). El concepto de la libertad política de Norberto Bobbio. *Revista ISONOMIA* N° 29, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Biemel, W. (1986). *Sartre*. Barcelona, España: Salvat.
- Blossieres, J. (2018) ¿Develando el lado oscuro?: La nueva tecnología, la internet, las redes sociales, sus riesgos en los niños, niñas y adolescentes. *Revista persona y familia* N° 7. Lima: Unifé.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (1993). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

- Buleje, L. (2014) *Limitaciones a la autonomía de la Voluntad en la elección del Régimen Patrimonial en el Matrimonio en el Código Civil peruano*. (Tesis). Ancash: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Cajigal, I. y Manera, M. (2108) *Orden público, Autonomía de la voluntad, Contractualización, matrimonio, uniones convivenciales*- Congreso internacional de las familias, infancia y adolescencia -Mendoza, 9 al 11 de agosto de 2018.
- Castillo, M. (2017) *La familia y la responsabilidad civil- Reflexiones personales a propósito de la presentación de un libro*. Gaceta Procesal y Civil No 46, Lima: Gaceta Jurídica.
- Colao, F. (2017). *Los acuerdos Pre Matrimoniales en el Derecho Civil Español*. (Tesis). Murcia: Universidad Católica de Murcia.
- Cornejo, H. (1982). *Derecho familiar peruano T.I*, Lima, Perú: Ed. Studium.
- Corral, H. (2005). *Derecho y derechos de la familia*. Lima, Perú: Grijley.
- Cruz La, J. (1981). *La Reforma del derecho de familia. Régimen económico del matrimonio*. Sevilla: Ed. Universidad Hispalense.
- Cruz La, J., Luna, A. y Rivero, F. (1990). *Parte general de derecho civil, V. III*, Barcelona, España: Bosh.
- Puente y Lavalle de la, Manuel. (1999). *El contrato en general Vol. XI –T. I*. Lima: PUCP. Puente y Lavalle de la, M. (1977) *Estudio del Contrato*. Tesis Doctoral, Lima: PUCP.
- Mozos de los, J. (1978). *Revista de derecho privado T XVIII, Vol1*, Madrid; Ed Revista de derecho Privado.
- Diccionario de la Real Academia Española (2015) recopilado de dle.rae.es/?id=BHwVYDM.
- Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de derecho civil T.I*, Madrid: Tecnos.
- Ducci, C. (2005). *Derecho civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Durán, M. (2008). *El futuro de las familias, en Futuro para las familias y desafíos para las políticas- CEPAL series y seminarios 52*. Santiago de Chile: Irma Arraigada editora.
- Espinoza, J. (2002). *El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional*. *Revista Ius Et Veritas* 24, Lima: PUCP.
- Espinoza, J. (2011). *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*, Lima, Perú: Grijley.

- Falen, J (24.11 2017). ¿Cuántos hogares peruanos tienen a una mujer como jefe de familia? Diario El Comercio.
- Fassi, S. (1944). Regímenes Matrimoniales. Buenos Aires: Ed. Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- Fernández Sessarego, C. (2018). *El Derecho como libertad, La teoría tridimensional del derecho*. Lima: Motivensa, 4a edición.
- Fernández, M. (2003). La Familia Vista a la Luz de la Constitución y los derechos fundamentales: Aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares. Lima *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima* recuperado de: revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18290/18536.
- Ferri, L. (2001). *La autonomía privada*, Granada: Comares SL.
- Flaquer, Lluís. (1999) La Familia en la sociedad del siglo XXI, extraído de www.fcamp.lns.cat/archivos/papers/117.pdf.
- Fuentevilla, J. (2006). *El orden público en el derecho familiar mexicano, en Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo I*. México: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hernández, K. y Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista jurídica de investigación e innovación educativa No 6*. Junio. Málaga: Universidad de Málaga.
- Infante, J. y Ramírez, C. (2017). Percepción de la imagen corporal en mujeres. *Revista Avances en Psicología*, 25 (2). Lima, Perú: Unifé.
- Kemelmajer, A. (2014). *La autonomía de la voluntad en el derecho Argentino Derecho de las familias, Infancia Adolescencia, Una mirada crítica y contemporánea*. Buenos Aires, Argentina: Infojus.
- Kemelmajer, A., Herrera, M. y Lloverás, N. (2018). *Tratado de derecho de familia T I*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Landa, C. (2013). *Constitución del Derecho Civil a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*, en homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle. Lima, Editores Instituto Peruano de Arbitraje-Estudio Echeconpar.
- Lepin, C. (2014). *Los nuevos paradigmas en el derecho de familia. Autonomía de la voluntad en el derecho de familia*, Santiago: Rch DP N° 23.
- Leyva, J. (2011). Autonomía contractual. Lima: *Revista Oficial del Poder Judicial Año 4-5 N° 6 y 7*.

- Lloveras, N. (2018). Aspectos controvertidos de las rupturas de la pareja en las relaciones personales y patrimoniales. *Revista de Derecho de Familia – N° 85*, Julio. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lloveras, N. y Salomón, M. (2008). Los derechos humanos y el derecho de familia- Los nuevos paradigmas del siglo XXI. *Revista de Derecho de Familia*, No 6, Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Lobo, P. (2001). *Familias-Direito Civil*. Sao Paulo, Brasil: Editorial Saravia
- Manresa, J. (1950). *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid: Instituto Editorial Pérez.
- Moccia, L. (2014). *Nuevo rostro de derecho de familia N°13*, Lima, Perú: Motivensa
- Molina, M. (2017). *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Nielsen (2015). Estilos de vida generacionales. Recuperado de <https://www.nielsen.com/content/dam/nielsenglobal/latam/docs/reports/2016/EstilosdeVidaGeneracionales.pdf>.
- Oliva, E., Villa, V. (2014) Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1). Barranquilla: Universidad Autónoma del Caribe.
- Olsen, F. (1999). *El mito de la intervención del Estado en la familia, en Género y Derecho*. Santiago: La morada.
- Palacios, E. (2007). Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil, Lima: *Revista PUCP N° 60*.
- Paolo G. (2013). *Crisis matrimonial y autonomía de la voluntad*. Recuperado [www.edu.evs/cursdos/derecho internacional Victorias ponencias/pdf/2013](http://www.edu.evs/cursdos/derecho_internacional_Victorias_ponencias/pdf/2013).
- Parra, L. (2012) Autonomía de la Voluntad y Régimen Patrimonial-Matrimonial. (Tesis) Córdoba: Universidad Siglo 21
- Pellegrini, M. (2003). *Deberes matrimoniales y autonomía de la voluntad* Recuperado de www.dupratpellegrini.com.ar/.../MVP-Deberes-matrimoniales-y-autonomia-de-la-voluntad .
- Pérez, J. (2010). *El País. Autonomía personal y libertad*. Recuperado de https://elpais.com/diario/2010/12/11/espana/1292022017_850215.html .
- Perrino, J. (2017). *Derecho de Familia*. (3ª. ed.) Buenos Aires, Argentina: Abeledoperrot

- Plácido, A. (2005). La delimitación jurídica del concepto de familia. En Actualidad jurídica. *Revista Gaceta Jurídica*- Julio 140. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2009). *Las nuevas Fronteras del derecho de Familia, en el nuevo rostro de la familia*. Lima: Motivensa.
- Plácido, A. (2017). *Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de las Uniones estables*. (2ª ed.) Lima: Inst. Pacífico.
- Planiol, M. (1943). *Tratado elemental de derecho civil*, Paris: Editorial Libraire General de Droit et de jurisprudence.
- Pontificia Universidad Católica del Perú (1980). *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Roguin, E. (1905). *Traité de droit Comparé. Le régime matrimonial*. Paris: Pichon.
- Rubio, M. (2003). *Nulidad y Anulabilidad: La Invalidez del Acto Jurídico*, Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruggiero De, R. (1944). *Instituciones de derecho civil T.II Vol. (2ª ed.)* Madrid, España: Ed. Reus.
- Salinas, F. (1982). *La autonomía de la voluntad en el artículo 9º de Código Civil en el derecho civil de Navarra sus concordancias y diferencias* Recuperado de <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/ivs-canonicum/cutide>.
- Santoja, V. (1978). *Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- San Vicente, A. (2013). *El principio de Autonomía de la voluntad*. Recuperado de http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf
- Schlesinger, P. (2000). *La autonomía privada y sus límites, proceso civil y sus límites*. Lima: PUCP.
- Sapena, J. (2011). *La influencia de la investigación genética y de descubrimientos científicos y tecnológicos en el derecho*. recuperado de [w.w.w.pj.gov.py/eebook/monografias/nacional/derechoshumanos/Josefina-Sapena.Gimenez-La-influencia.pdf](http://www.pj.gov.py/eebook/monografias/nacional/derechoshumanos/Josefina-Sapena.Gimenez-La-influencia.pdf).
- Serrano, E. y Rams, J. (2010). *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Recuperado de https://app.vlex.com/#WW/search/*/autonomia+de+la+voluntad
- Somarriva, M. (1963). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.

- Soto, C. (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Revista Universitas*, 52(106) Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Tedeshi, G. (1954). *El régimen patrimonial de la Familia*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa América.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia T I*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia T.III*, Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica .
- Vega, Y. (2003). *El @mor en tiempos el orden@dor –de amores, matrimonios, familia, celestinaje y divorcios por internet Las nuevas fronteras del derecho de familia*. Lima: Editorial Normas legales.
- Vega, Y. (2017). *Sobre la conveniencia de admitir y regular los acuerdos premaritales y maritales en Gaceta civil & procesal Civil No 47-* Lima: Gaceta Jurídica.
- Vidal, F. (1985). *Teoría general del acto jurídico*, Lima: Cultural Cuzco S.A.
- Viola, I. (2007). *El Arbitraje en las distintas áreas del derecho V.4 (2da.Parte)*, Lima: Palestra.
- Wolfinger, N. (2017). citado por rpp() <http://rpp.pe/vida-y-estilo/nutricion/cual-es-la-edad-ideal-para-casrce-notiicia-822072>
- Yanque, R. (30.03.2017). Diario El Mundo, *La Generación sin hijos*. Recuperado de www.elmundo.es/sociedad/2017/03/30/58da88e6a5fdea406b8b4671.html.
- Zagrebelsky, G. (2016) *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. Torino: Ed.Trotta.
- Zannoni, E. (1998). *Derecho de familias T.I*, Lima, 3ª Ed. Buenos Aires: Astrea.
- Zuccarini, A. (2015). Lo tuyo, lo mío y lo nuestro: Matrimonio y uniones convivenciales, una perspectiva patrimonial, *Revista derecho de familia No 70*, julio, Buenos Aires: Abbeledo- Perrot.