

PROTECCION CONSTITUCIONAL AL REGIMEN ECONOMICO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Dr. Nelson Reyes Ríos

Profesor de Derecho Civil de la U.N.M.S.M.

SUMARIO: 1.-Fuente. 2.-Motivación. 3.-Marco teórico referencial del tema. 4.-Enfoque Constitucional de la familia como Derecho Social. 5.-Necesidad de establecer Políticas de Protección integral de la familia. 6.-Justificación sobre el Establecimiento del régimen económico en el matrimonio. 7.-La autonomía de la voluntad y el régimen patrimonial del matrimonio en la Legislación comparada. 8.-El régimen patrimonial familiar en el Perú. 9.-Responsabilidad de los bienes en el régimen de la sociedad de gananciales. 10.-Orientación jurisprudencial.

1. - FUENTE.

El presente trabajo está basado en las ponencias presentadas y publicadas en los Congresos Internacionales sobre Derecho de Familia, y algunos ensayos también publicados en el Perú.

2.- MOTIVACION.

Son dos los objetivos generales que pretende orientar el presente trabajo: por una parte, proponer como tema de reflexión la protección que debe merecer la familia como célula básica de la sociedad, tantas veces invocada, pero más de las veces incomprendida, a pesar que se menciona en la mayoría de los textos legales de los países, y aún en el caso que no lo hicieran, su admisión se encuentra establecida en la Declaración de los Derechos Humanos, aprobados y ratificados por la mayoría de los países, entre ellos el Perú. En el artº.16.3, de la referida Declaración Universal se establece «La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». No obstante esta proclamación, surge de inmediato una gran interrogante, ¿Se encuentra adecuadamente protegida la familia, en el ámbito social, económico, de salud, educación, vivienda y otros aspectos indispensables para su desarrollo?, ¿Qué dimensión abarca la protección económica, por ejemplo cuando se canaliza los préstamos de las instituciones crediticias y financieras de carácter Nacional o Internacional?. Realmente no encontramos una adecuada atención a las necesidades materiales de la familia, con esto no estoy preten-

diendo que se establezca una especie de beneficencia, pero sí, por ejemplo, una atención prioritaria tanto por las Instituciones crediticias o financieras a los países de mayor pobreza familiar. En ese sentido, estos certámenes nos brindan la posibilidad de impetrar una apropiada protección que merece la familia, no sólo como célula básica de la sociedad, sino convertida además, en Instituto fundamental de cada Nación, como se estipula en el artículo 40 de la Constitución Política del Perú «La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como Institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley».

Otro objetivo que se pretende lograr con este trabajo, es brindar a los interesados en esta materia, información sobre la situación socio-jurídica, que de manera particular se está desarrollando en cada país, y de esa forma, confrontar ideas que posibiliten una acción conjunta en bien de la familia.

Como resultado de los certámenes anteriores, a los que muchos de nosotros concurrimos, hemos obtenido grandes avances, al menos así ha sucedido en nuestro país, con respecto a la discutida «PROTECCION LEGAL ESPECIALIZADA», la que se ha concretado en algunos países con la promulgación del Código de Familia, que si bien en el Perú, aún no se ha dado en toda su magnitud, sin embargo, recogiendo los principios rectores, se ha consignado en el Código de los Niños y Adolescentes un capítulo especial sobre «Instituciones de Derecho Familiar», como la Patria Potestad, el Derecho de los alimentos, la adopción de niños y adolescentes, entre otros. Auguramos que en un tiempo no muy lejano el Perú cuente con dicho instrumento legal, con una filosofía distinta de una norma común, por tratarse de relaciones y situaciones de carácter familiar.

Sin embargo, en el campo jurisdiccional es donde se han concretado los mayores anhelos, con el establecimiento de Juzgados y Salas de familia, es cierto, muy limitados, pero las bases están dadas.

3.- MARCO TEORICO REFERENCIAL DEL TEMA.

Posiblemente, dentro de una percepción muy simple y cotidiana, constatamos que los seres humanos nos encontramos en una permanente y continua relación, o como lo denominan algunos autores; en una dinámica de inter-relación, según sus distintas modalidades y alcances, estas relaciones se producen en todo el ciclo evolutivo del ser humano, desde la concepción hasta la

muerte, para algunos inclusive después de la muerte. Si para la verificación de ésta afirmación, tomamos en cuenta la definición que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, encontramos que «Relación es la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra», y relacionar es poner en relación personas y cosas.

De igual manera se puede referir a los alcances del Derecho de Sucesiones, cuando por dichas relaciones se produce la transmisión del Derecho Patrimonial por muerte del titular, como señala el maestro Guillermo Borda, así como los demás autores, entre ellos Augusto Ferrero Costa en el Perú. Para mencionar situaciones concretas, se consideran que para el hecho de la concepción, lógicamente tienen que darse una forma biológica y natural, mediante una relación de pareja (hombre-mujer), o sí se determina mediante los adelantos de la ciencia médica y la técnica de la reproducción asistida, (fecundación e inseminación artificial) mediante la unión del espermatozoide y el óvulo.

Siguiendo con la evolución del ser humano, tenemos el proceso biológico de la gestación, en cuyo hecho natural, también se da una relación indispensable entre el ser en formación feto o embrión y la madre, hasta el alumbramiento. De acuerdo a su desarrollo cronológico también darán origen a otros tipos o modos de relaciones necesarias para la propia subsistencia y su formación integral, independientemente de los elementos culturales, o conocimientos específicos de algunas materias, como la psicología, biología, derecho etc., así hasta su fallecimiento, para repetir el mismo orden cíclico inexorable.

En el campo jurídico, estas relaciones originarán lo que se conoce con el nombre del hecho, negocio o acto jurídico, según las diversas interpretaciones como señala el Profesor Guillermo Lohman Luca de Tena, en su obra «El Negocio Jurídico».

De todo este planteamiento surge una primera interrogante: ¿Porqué y para qué de dichas relaciones?. Es decir, lo que se quiere es responder la pregunta más simple, ¿Qué hace que las personas se relacionen y qué objeto tiene dichas relaciones?. La respuesta, también muy simple, será en principio, para la satisfacción de las necesidades propias del ser humano. Lo primero que se requiere es subsistir, por lo tanto habrá de relacionarse para encontrar los medios que permita tal subsistencia, como son los alimentos, atención de salud, entre otros, y para su desarrollo, educación, vivienda, etc. Pero para todo ello se requieren de bienes y servicios en general.

Ahora bien, en todas estas relaciones humanas, dirigidas a satisfacer necesidades, encontramos dos aspectos fundamentales, que canalizan, orientan y facilitan la convivencia, que son los llamados DEBERES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS.

La familia como conjunto de personas, unidas por diferentes vínculos. Principalmente no es ajena a estas relaciones humanas con ciertas reglas de conducta, independientemente de su mayor o menor dimensión (de más derechos, o más deberes) o de un adecuado equilibrio, muchas están orientadas dentro de un orden ético moral, otras con un carácter de mayor obligatoriedad, dando lugar al nacimiento de la ley, u otras derivadas de las tradiciones, costumbres, vivencias de los pueblos, como señala el autor DU PASQUIER CLAUDE, en su obra sobre *Introducción al Derecho*».

La familia así considerada, requiere de reglas indispensables para su subsistencia y desarrollo. ¿Pero serán necesariamente las derivadas de una legislación?, con carácter obligatorio y de manera general, o por el contrario ¿Serán determinadas por las exigencias de carácter local, particular originadas para cada necesidad?. La técnica legislativa moderna recomienda ésta última orientación, como lo señala el maestro Enrique Díaz de Guíjarro, cuando indica que toda norma debe tener un efecto social, que pretenda orientar una adecuada convivencia entre ellos. Por lo tanto, dudamos que alguna legislación pueda cumplir con este objetivo, sin tener en cuenta un adecuado sustento de comprobación (investigación), así como un especial tratamiento jurisprudencial.

De lo que se trata en la actualidad, no es cambiar las conductas mediante simples normas legales, sin que responda a una necesidad creada, sino por el contrario, adecuar dichas normas a las conductas existentes (con sus elementos de costumbres, tradiciones, vivencias, en fin de todos los aspectos culturales de un pueblo), teniendo en cuenta además, que el Perú es un país eminentemente pluri cultural, observando claro esta, los lineamientos de patrones y reglas básicas, orientadas por algún sistema, y respetando los presupuestos del orden público (social), y de las buenas costumbres. Aquí surge entonces el fundamento de una legislación especial, que sustenta la autonomía del Derecho Familiar con la Promulgación de un «Código de Familia».

4. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA COMO DERECHO SOCIAL.

El objetivo central en todos nuestros actos y concepciones, debe estar orientado a la búsqueda de una adecuada e integral protección de la familia. De lo que se trata es, de encontrar, si fuera de consenso mejor, la manera de cómo garantizar a la familia una mejor solidez, mayor representatividad en la sociedad, y así, hacer frente a todas las influencias negativas en su constitución y desarrollo.

Desde hace mucho tiempo han sido materia de discusión, dos cuestiones que tienen que ver con este planteamiento;

A) El tema de la naturaleza jurídica de la familia, sobre el que existen dos posiciones, una que sostiene que para el estudio de la familia en el Derecho se debe aplicar las reglas de una persona jurídica. Otra posición siguiendo la tesis de Hauriou propugna el carácter Institucional de su estudio. Esta última posición es la que se ha difundido más, como afirma el maestro Guillermo Borda¹, cuando indica- «Después de los Estudios de Hauriou, cuyo más notable continuador es George Renard, en torno a la teoría de la Institución, resulta ya muy clara la verdadera naturaleza jurídica de la familia. Hauriou llamó la atención sobre el hecho de que ciertas vinculaciones jurídicas no se explican satisfactoriamente por la idea del contrato o de la simple norma jurídica. Son elementos sociales cuya duración no depende de las voluntades individuales de sus integrantes, y que la ley misma no puede desconocer, colocadas entre los individuos y el Estado, sirven intereses de grupos, tienen una vida propia, una organización y una autoridad al servicio de sus fines. Por Institución, pues, debe entenderse una colectividad humana organizada, en el seno de la cual las diversas individualidades compenetradas de una idea directora, se encuentran sometidas para su realización, a una autoridad y reglas SOCIALES»

B) El otro aspecto de discusión, es acerca de la ubicación de la Familia dentro del contexto general del Derecho, para unos corresponde ubicarlos dentro del Derecho Privado y para otros, en el Derecho Público, de cuya discusión, surge la posición de Antonio Cicu², quien lo considera

¹ BORDA, Guillermo ~ Manual de Derecho de Familia.

² CICU. Antonio : El Derecho de Familia.

como un Derecho autónomo, con Reglas independientes de las dos primeras, por cuanto en la familia se protege el interés privado o individual, y tampoco la familia es un ente público, «si Derecho Público es del Estado y de los demás entes públicos. Por tanto al Derecho de Familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, es decir, que la bipartición podría ser substituida por una tripartición que respondería a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político».

Estos estudios han servido de sustento para hacer una nueva formulación sobre el enfoque de la familia en el campo del Derecho, denominada **LA SOCIALIZACION DEL DERECHO FAMILIAR**. En nuestro trabajo sobre **LA FAMILIA Y EL MINISTERIO PUBLICO**¹, hemos hecho referencia sobre el sustento de este tema, indicando que todos los actos jurídicos familiares, si bien pertenecen al quehacer privado, y quizás a la de índole más íntimo de cada persona, sin embargo, todos están dirigidos hacia un mismo fin, el de orden social, en donde la legitimidad del interés es siempre, o casi siempre, superior a la de cada individuo. Así, por ejemplo, en **materia de la teoría de los impedimentos matrimoniales**, lo que se pretende es que el matrimonio tenga plena validez, con un sustento pleno de orden moral, eugenésico (salud), legal, y sobre todo que tenga eficacia social, que parece que en la actualidad se esta perdiendo, con el objeto de que pueda responder al rol protagónico que tiene en la sociedad, inclusive con las limitaciones que se están experimentando sobre el tema en la actualidad, toda vez que están apareciendo uniones de parejas que no tienen precisamente como meta «legalizar» dicha unión. Asimismo, en **materia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial**, se establece el carácter de irrevocable, es decir inmodificable a sola voluntad de quien práctico dicho reconocimiento. Nos preguntamos, ¿Podrá modificar estos aspectos la aplicación de la ciencia (Prueba del ADN)? Así también las limitaciones a los atributos de la patria potestad (con las acciones conocidas como pérdida, privación y suspensión), la irrenunciabilidad del derecho de alimentos (son ejemplos de la primacía de lo social sobre lo individual). También se aprecia en materia familiar, la presencia e intervención de funcionarios que tienen como finalidad especial el control y vigilancia de la legalidad de todos los actos jurídicos familiares, como el caso del Juez para el caso de invalidación del matrimonio y divorcio, y del Ministerio Público, en la tramitación de algunos procesos, como parte

¹ REYES RIOS, Nelson : La familia y el Ministerio Público- Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez.

accionante en muchos casos o como funcionarios ilustrativos (Decreto Legislativo 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público⁴).

Es por eso, que la socialización del Derecho de Familia, se concreta con dos hechos fundamentales: 1.- Transformando los derechos y antiguas prerrogativas en función de lo social (nuevos paradigmas) y 2.- Con el establecimiento del contralor (judicial, del Ministerio Público, o administrativo).

En la legislación Constitucional del Perú, encontramos una evolución muy notoria sobre el tema propuesto. Para los efectos referenciales, sólo haremos el análisis y evolución que ha experimentado la familia en la Constitución Política de 1933, de 1979 y la actual de 1993.

En la referida Constitución Política de 1933⁵, encontramos dos dispositivos referidos a la familia, el art. 511 que dice: «**El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.**» y el art. 52 que a su vez señala: «Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados.» Cabe precisar que estos dispositivos se encontraban formando parte del capítulo sobre Derechos Fundamentales de las personas.

En la Constitución Política de 1979⁶, encontramos un avance cualitativo y cuantitativo, como lo indicó en su momento el maestro Héctor Cornejo Chavez. El texto del capítulo correspondiente era el siguiente:

Artículo 5º. - El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La Ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable

Artículo 6º. - El Estado ampara la paternidad responsable. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así

⁴ Ley Orgánica del Ministerio Público del Perú - Decreto Legislativo 052.

⁵ Constitución Política del Perú de 1933.

⁶ Constitución Política del Perú de 1979

como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad;

Artículo 7º. - La madre tiene derecho a la protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo;

Artículo 8º. El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal y moral;

Artículo 9º. La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable;

Artículo 10º. Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa;

Artículo 11º. - La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos.

No obstante los temas referentes a la igualdad de derechos de todos los hijos, la regulación patrimonial del concubinato etc. Precisamos que dicho capítulo se encontraba formando parte de los Derechos Fundamentales de la persona. (Capítulo I de la Persona, y capítulo II, de la familia).

En cambio en la actual Constitución Política promulgada el 30 de diciembre de 1993⁷, encontramos una estructura muy singular, El Título I, comprende a la Persona y la Familia, y el capítulo que contiene los temas de familia, se titula **SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS**, y desarrolla el siguiente texto:

art. 4.- La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley;

art. 5.- La unión estable de un varón y de una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de una sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable;

⁷ Constitución Política del Perú de 1993

- art.6.-La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los Hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad;
- art.7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección atención, readaptación y seguridad;
- art. 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud;
- art. 10.El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida;
- art. 11.El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento;
- art. 12.Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley,
- art. 13.La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo;
- art. 14.La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad. Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país. La formación ética, cívica y la enseñanza de la

Constitución y de los derechos humanos son obligatorios en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa. Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural;

- art. 22. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona;
- art. 23. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento;
- art. 24. El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores;
- art. 25. La jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio;
- art. 26. En la relación laboral se respetan los siguientes principios- 1.- Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2.- Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley. 3.- Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma;
- art. 27. La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario;
- art. 28. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1.- Garantiza la liber-

tad sindical. 2.- Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3.- Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones;

art. 29. El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

De lo expuesto se concluye que en la actual Constitución Política, la familia esta considerado como un **DERECHO SOCIAL**, por lo tanto toda su estructura, estudio y regulación, tiene que hacerse dentro de ese contexto social.

Pero existe en nuestra legislación, una situación muy preocupante, el Código Civil⁸ que regula actualmente la familia en el Perú es de 1984, naturalmente con la concepción de la Constitución Política (1979), por lo que urge adecuarlo a los alcances y concepciones de la Constitución actual, sobre todo para que sea aplicable lo dispuesto en su art. 233 que señala «Que la regulación jurídica de la Familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política del Perú».

5. - NECESIDAD DE ESTABLECER POLITICAS DE PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA.

Si en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹, como se indicó, se establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, resulta muy claro que ese DERECHO DE PROTECCION debe ser atendido en todos los ámbitos, a fin de que pueda lograr su pleno desarrollo, estableciéndose de manera prioritaria políticas muy definidas. En el área de salud, se deben de realizar no solamente acciones de atención hospitalaria para los casos de enfermedad, sino lo más importante, realizar campañas preventivas de salud. Sobre este aspecto resulta significativo recabar los datos proporcionados en la Primera Cumbre Mundial a favor de la infancia celebrado en setiembre de 1990, cuyos resultados se recogen en una publicación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con el título de «El Estado Mundial de la Infancia de 1991¹⁰»

⁸ Código Civil del Perú de 1984

⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁰ Publicación «El Estado Mundial de la Infancia de 1991»

en el que se señala lo siguiente: «el resultado final de la cumbre constituye un compromiso sin precedentes: la decisión de poner fin a los actuales niveles de mortalidad y desnutrición infantiles antes del año 2000 y de velar por la protección del desarrollo físico y mental normal de todos los niños del mundo. Esta meta global se desglosó en más de veinte objetivos específicos recogidos en el Plan de Acción aprobado en la Cumbre. Todos los gobiernos revisarán sus planes y presupuestos y elaborarán programas nacionales de acción antes de finales de 1991». Asimismo, se denunció en la cumbre mencionada, la evidencia de una catástrofe silenciosa: como las 40,000 muertes infantiles por desnutrición y enfermedades comunes que se producen a diario, y los 150 millones de niños que sobreviven con una salud y desarrollo deficientes». Por otro lado, se menciona también la mortalidad materna en un total estimado de medio millón de mujeres que mueren por causas asociadas al embarazo y el parto, muchas de ellas después de prolongada angustia y agonía. Y sus muertes dejan huérfanos de madre a un millón de niños. Estos datos representan para cada país un problema que debe ser atendido de manera urgente, con campañas de prevención e información a la población, y acceso a las condiciones básicas de salud.

Con relación al Servicio de SANEAMIENTO, la situación es la siguiente.- El 78.3% de los hogares en pobreza extrema según método de línea de pobreza, carece de servicio de agua potable; - El 51% de los pobres no extremos y 34.6% de los hogares con un ingreso por encima de la canasta básica de consumo, tampoco cuenta con este servicio. Los mayores déficits se presentan en las zonas rurales.

El 87.3% de los hogares pobres extremos carecen de servicios de seguros de eliminación de excretas. 57% de los pobres no extremos y 41 % de los no pobres tampoco cuentan con este servicio.

En el Perú, como probablemente en otros países en pleno proceso de desarrollo, existen poblaciones que carecen de estos servicios elementales de salud, en donde la familia y los niños son los más afectados por su carencia. Es por eso que en muchos casos, los propios pobladores se organizan para hacer programas de autogestión con la empresa privada.

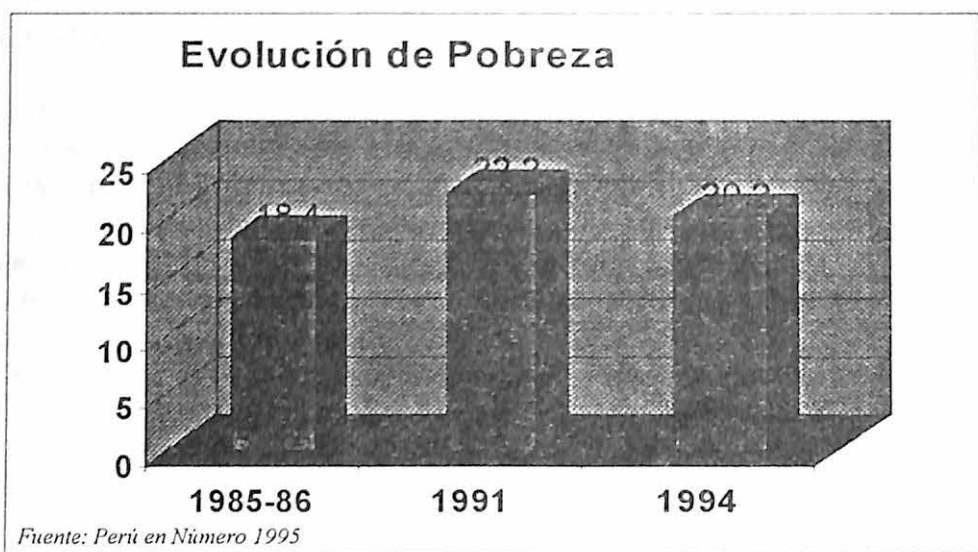
POBLACION SIN ACCESO DE AGUA POTABLE	59%
POBLACION DE 6 A 9 AÑOS CON DESNUTRICION CRONICA	48%
TASA DE MORTALIDAD INFANTIL - 1 AÑO:	41/1000
ESPERANZA DE VIDA	66
TASA DE ANALFABETISMO	14%

En relación al Contexto Demográfico, el Informe Nacional de la Infancia 1997, dice lo siguiente: a) En dos generaciones, la población se ha cuadruplicado y aún cuando ha disminuido el ritmo de crecimiento, este sigue siendo alto (1.8%); b) Como consecuencia de este rápido crecimiento demográfico hoy en día, una de cada dos personas es menor de 25 años; c) Paralelamente, hemos pasado de ser un país predominantemente rural a predominantemente urbano. Así, 2 de cada 3 habitantes vive hoy en ciudades de más de 2,000 habitantes. Pero esto no sería nada serio sino fuera porque una sola ciudad, Lima Metropolitana, alberga cerca del 30% de la población nacional. Y, aunque la red de ciudades intermedias ha crecido, Lima es aún 10 veces más grande que la segunda ciudad del País.

En relación al contexto Socio-Económico se tiene lo siguiente- a) «El índice del PBI per cápita del 1995 (158 puntos) muestra una recuperación con respecto a 1990 (133), pero aún no alcanza el nivel observado en 1970 (169)». INEI; b) Para 1996, el 44.1% de la población, es decir 10 millones 552 mil habitantes tenían niveles de gasto por debajo de la canasta básica de consumo. De éstos, 4 millones 479 mil no cubrían la canasta de alimentos (18.7%); c) La pobreza recorre la ciudad y el campo, siendo mas acentuada en las áreas rurales (57% de la población en pobreza) que en las urbanas (36.9%); d) En términos absolutos es más alto el volumen de población pobre de las ciudades (53% del total de la población en pobreza); así por ejemplo, sólo en Lima Metropolitana viven cerca de 2 millones de personas en situación de pobreza. En el informe nacional de la Infancia 1997, la Revista PERU INFANCIA Y JUVENTUD¹¹ sobre servicios de saneamiento, se mencionan las siguientes cifras: - El tamaño promedio de los hogares en el Perú es de 4.8 miembros por hogar, siendo ligeramente más alto en las áreas urbanas (4.9) que en las áreas rurales; - 18 de cada 100 hogares están jefaturados por mujeres, siendo esta proporción más alta en las zonas urbanas, donde llega a 19.2%, que en las zonas rurales (15.7%). ENDES 96; - En los hogares en pobreza el 12,3% esta jefaturado por mujeres, este porcentaje disminuye a 9,8% en los hogares en extrema pobreza. Estos resultados son coincidentes con los arrojados en estudios anteriores. ENAHO-IV-96; - El 74,8% de los menores de 15 años viven con ambos padres, siendo esta situación más marcadas en las áreas rurales que en áreas urbanas (78.4 vs. 72.5% respectivamente), así como entre los menores de 2 años (80.5%) que entre los jóvenes (69.6%); - Un 25,2% de los niños y niñas no viven con ambos padres. En este caso la tendencia principal es que permanezcan con la madre, - Un 9.6% de los hogares tienen niños que no viven con ninguno de sus padres biológicos, aún cuando estos están vivos.

¹¹ Revista «Perú Infancia y Juventud de 1997»

En relación al problema de **VIVIENDA**, se informa: - Casi un 32% de las edificaciones tiene techos de paja, estera o caña, materiales precarios para dar una adecuada protección; 32,3% adicional tienen techos de calamina sobre cuyo estado de conservación, adecuación a la zona, etc., estas encuestas lamentablemente no dicen nada; - En el caso de los pisos, la mitad de las edificaciones de las familias pobres tienen piso de tierra; - El 50% de las viviendas tiene 3 o más personas por dormitorio. El promedio nacional es de 3.1 personas por dormitorio, elevándose a 3.6 en zonas rurales y bajando a 2.8 en zonas urbanas.



Como se repite, de lo que se trata es de atender estas primeras necesidades, a los cuales el Estado debe brindar las máximas facilidades, por ejemplo de carácter financiero y tributario.

En materia de educación, la familia requiere de una atención especial como una educación básica para todos los niños y terminación de la enseñanza primaria por lo menos en el 80% de los niños y niñas comprendidos entre los 6 y 11 años de edad. Dentro del problema educativo se encuentra el analfabetismo y la igualdad de oportunidades educativas para hombres y mujeres, que debe merecer la realización de acciones muy decididas. Por ejemplo, en el Perú, se están organizando en algunos poblados las llamados Escuela para padres, con una atención especial, generalmente por las propias organizaciones comunales con asesoramiento del personal de educación.

TASA DE DESEMPLEO URBANO DEL TERCER TRIMESTRE DE 1996

	III TRIMESTRE 96	III TRIMESTRE 95
TOTAL	7,0	7,6
SEXO		
Masculino	6,4	6,0
Femenino	7,9	10,1
EDAD		
14 - 24 años	12,7	16,3
24 - 44 años	5,1	5,6
45 - 54 años	4,8	3,5
55 años y más	6,2	4,3
NIVEL EDUCATIVO		
Primaria	5,1	4,3
Secundaria	8,3	8,8
Superior no universitaria	7,1	9,7
Superior universitaria	6,0	7,4

Del mismo modo, dentro de este contexto de protección educacional se debe prestar una atención especial a las deserciones escolares, que en el caso del Perú es alarmante, toda vez que debido a los grandes problemas de los que se viene saliendo paulatinamente, por ejemplo el del terrorismo, han provocado que niños huérfanos hayan tenido que abandonar sus estudios por falta de apoyo económico o por seguridad. Otro factor de deserción, constituye la pobreza, o extrema pobreza en que se encuentran muchas familias, quienes no pueden sufragar los mínimos gastos que requieren para solventar los estudios, no obstante que se consigna Constitucionalmente que existe gratuidad en la enseñanza.

El establecimiento de las políticas de protección a la familia en el ámbito laboral, previsional o fiscal, se desarrollarán más adelante como tema central de nuestro trabajo.

Concluimos con señalar y reclamar que la familia requiere un conjunto de acciones de protección, que tanto la sociedad y el Estado están en el deber de brindar con carácter prioritario.

6.- JUSTIFICACION SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN ECONOMICO EN EL MATRIMONIO.

Se mencionó, anteriormente, que existe algo consustancial en los seres humanos, como son la permanente y continua inter-relación, con el objeto de satisfacer las necesidades primarias y las demás que le permitirán subsistir y conseguir el anhelado desarrollo integral de una persona.

Este hecho es independiente de los conocimientos especializados y profundos de alguna materia en particular. También adelantamos la idea, respecto a los medios necesarios para la satisfacción de dichas necesidades, entonces encontramos que dichos medios no pueden ser de otra manera que el patrimonial (bienes y servicios en general)

El autor Juan Rossignoli, un canónigo, Profesor de Sociología, en su obra «La familia, el trabajo y la propiedad» hace una afirmación muy interesante, cuando citando la encíclica *Rerum Novarum* del Papa Leon XIII, se dice que se impone al padre de familia el sagrado deber de mantener a sus hijos, y no contento con esto, prosigue, va más allá todavía. Toda vez que estos hijos reflejan la fisonomía del padre y son una especie de continuación de su persona, la naturaleza le estimula a preocuparse de su porvenir y, á procurarles un patrimonio (material o no) que los ayude a defenderse en el proceloso mar de la vida contra todas las sorpresas. Más este patrimonio no podrá formarse sin la adquisición de bienes permanentes y productivos, que él puede luego transmitir por vía de herencia. Así como para el bienestar de la familia es necesario el trabajo, así también lo es la propiedad (material o no, por ejemplo, la intelectual).

Los peruanos, los latinos, europeos, hispanos, etc., independientemente de cualquier organización familiar, social o de cualquier otra forma organizativa, requieren de alimentos en primer lugar, para su subsistencia, vestido, educación, salud, vivienda, etc., las que son cubiertas con los medios directos o indirectos de carácter patrimonial o económico en su sentido más amplio.

Ahora bien los requerimientos de alimentos, vestido, curación, educación, de una vivienda resultan indispensables, independientemente de su forma de unión matrimonial o extramatrimonial, no es mayor la exigencia de dichas necesidades, sólo cuando están en matrimonio. Es más, en la actualidad las parejas (en matrimonio o no) trabajan, adquieren una posición espectante, ahora con mayor notoriedad la mujer ha incursionado en todas las actividades del mundo moderno, con miras a la evolución del siglo XXI, entonces surge la

conveniencia de señalar un régimen, unas pautas, que regule la situación del patrimonio que manejan, orientados a una mejor convivencia, pero de acuerdo a cada realidad, respetando las tradiciones, costumbres y vivencias de cada lugar. De esta manera nos estaremos acercando al anhelo de la convivencia de «PAZ CON JUSTICIA».

7.- LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO.

Este tema fue abordado con mucha amplitud en el último Congreso Internacional sobre Derecho de Familia, llevado a cabo en la ciudad de Mendoza Argentina. En dicho certamen la profesora Claudia Schnridt Hott integrante de la delegación de Chile, presentó un trabajo titulado Régimen Económico de la Familia, Régimen Patrimonial y Autonomía de la voluntad, quien señalaba que «Para abordar esta temática, debe considerarse la clasificación de regímenes matrimoniales que atienden a su origen o fuente, según la cuál, se distingue entre los sistemas contractuales o convencionales y los regímenes legales o predeterminados. Los primeros, como su nombre los refleja, son aquellos generados o pactados por los esposos y cónyuges y se subclasifican atendiendo a la mayor o menor libertad de conclusión y de estipulación, entre los de libertad absoluta y los de libertad limitada, restringida o relativa. En el primero los esposos o cónyuges adoptan el sistema que más les convenga, teniendo como únicas limitaciones, al orden público y a las buenas costumbres. En cambio, en los regímenes de libertad restringida, los contrayentes prefieren uno de los varios regímenes propuestos por el legislador. En general puede sostenerse que las estructuras contractuales presentan la desventaja de exigir en la persona de los contrayentes o cónyuges un grado de cultura adecuado, una información jurídica previa y pertinente, y una madurez necesaria. Por su parte, los sistemas legales o predeterminados, son aquellos por los cuales el legislador determina el régimen patrimonial que regirá las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y respecto de terceros, ya sea imponiéndolo, dando lugar a una estructura legal y obligatoria, o supliendo la voluntad de los contrayentes, disponiendo la aplicación de un sistema legal y supletorio.

Para ilustración se hace mención de algunas legislaciones extranjeras, entre las que se mencionan a:

CHILE, que establece que el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio. Tiene una aplicación restringida en los siguientes aspectos:

- 1) No rige el principio del consensualismo, derivación de la autonomía de la voluntad en la etapa de conclusión de las convencionales matrimoniales, pues éstas son solemnes, y por lo tanto, tiene aplicación el formalismo, y ello entre otras consideraciones, con el fin de proteger los intereses de los terceros;
- 2) El régimen legal de sociedad conyugal es supletorio y en consecuencia, se consagra un sistema convencional alternativo de libertad restringida, por cuanto se puede elegir sólo entre aquellas fórmulas reguladas por la ley, estas son, la separación total de bienes o la participación limitada de ganancias en su modalidad crediticia;
- 3) La libertad de conclusión de los regímenes alternativos está limitada en lo que se refiere al momento en que puede celebrarse la respectiva convención matrimonial; y
- 4) La libertad de estipulación de las fórmulas convencionales está descartada por cuanto no pueden alterarse las normas dadas por el legislador, así por ejemplo, no es posible pactar que dentro de la participación en los gananciales, el sistema de compensación opere en forma distinta que la determinada por la ley.

En el Código Civil ALEMAN, (*Bürgerliches Gesetzbuch*) regula el sistema económico del matrimonio en el Libro IV «Derecho de Familia», Sección Primera, «Matrimonio Civil», Título VI «Derecho Patrimonial del Matrimonio», artículos 1363 al 1563, previendo como régimen legal y supletorio a partir de la dictación de la Ley sobre igualdad de derechos del hombre y de la mujer en el campo del Derecho Civil (*Gieicher G*) que entró en vigencia el 1 de Julio de 1958, una participación restringida a las ganancias en su modalidad crediticia que denomina «*Zugewinnngemeinschaft*» (artículos 1363 - 1390). Como se trata de una estructura legal y supletoria, el BGB regula dos regímenes alternativos, cuales son, la separación de bienes (*Gütertrennung*, artículo 1414) y la comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*, artículos 1415 y siguientes). La separación de bienes es convencional cuando se le adopta en las convenciones matrimoniales (*Ehevertrag*) que deben otorgarse ante Notario y que pueden celebrarse antes o durante el matrimonio (artículos 1408 y 1410), sin perjuicio que el régimen de separación de bienes puede tener cabida también como sistema legal subsidiario al cesar por sentencia judicial ejecutoriada la participación de las ganancias (art. 1388); cuando termina la comunidad de bienes por sentencia judicial ejecutoriada (artículos 1449 y 1470); y, cuando los cónyuges excluyen el sistema legal supletorio en las convenciones matrimoniales y no señalan otro (art. 1414). De lo expuesto puede concluirse que el BGB contempla un sistema convencional de libertad, si bien limitada, más amplio que en otras legislaciones.

En el Código Civil ARGENTINO, regula en el libro II « De los Derechos personales en las Relaciones Civiles», Sección Tercera «De las Obligaciones que nacen de los contratos», Título II «De la Sociedad Conyugal», artículos 1217 y siguientes el régimen patrimonial del matrimonio, que a juicio del Doctor E. Zannoni «es de orden público, forzoso, y los que pretenden casarse no pueden de ninguna manera convenir en alterarlo», y agrega que «los demás contenidos de las posibles convenciones matrimoniales no atañen al régimen patrimonial del matrimonio en si mismo».

En consecuencia, se trata sin lugar a dudas de un régimen económico que en atención a su origen es legal y obligatorio, excluyéndose de esta manera el principio de la autonomía de la voluntad, pues la separación de bienes puede tener cabida excepcionalmente en las hipótesis previstas en el artículo 1294, pero en ellas estamos frente a una separación judicial de bienes que puede demandarse por cualquiera de los cónyuges a partir de la dictación de la Ley N°. 23.515, de 12 de Junio de 1987.

En el Código de Familia BOLIVIANO, aprobado por DL N° 10.426 del 23 de Agosto de 1972 vigente desde el 26 de Agosto de 1977 (elevado a rango de Ley N°. 996 el 4 de Abril de 1988), regula el régimen económico del matrimonio en el Libro Primero «Del matrimonio», Título II «De los efectos del matrimonio», Capítulo III «De la Comunidad de gananciales», art. 101 al 128, excluyendo absolutamente el principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, el matrimonio da lugar a una comunidad de bienes, que en atención a su regulación, puede calificarse como un sistema comunitario restringido a las ganancias con administración conjunta de los bienes comunes, perteneciendo la administración de los bienes propios a cada cónyuge, estructura patrimonial que no puede renunciarse ni modificarse por convenios, bajo sanción de nulidad. En consecuencia, en la legislación boliviana se establece un sistema legal obligatorio que solo termina por las causales señaladas por la ley (art. 123).(10).

En el Código Civil de BRASIL, del 1 de enero de 1916, regula los regímenes patrimoniales del matrimonio en la Parte Especial, Libro Primero «Derecho de Familia», Título III y IV, artículos 256 y siguientes, materia en la cual ha sido objeto de diversas modificaciones (Ley N° 4.121 de 27 de Agosto de 1962 y Ley N° 6.515 de 26 de Diciembre de 1977), estableciendo como sistema legal supletorio una comunidad parcial de ganancias (art. 258), cuya administración compete al marido (art. 274). Sin embargo en ciertas hipótesis se impone una separación de bienes por la ley (art. 258), como por ejemplo, cuando los contrayentes requieren de autorización judicial para celebrar el matrimonio.

En COLOMBIA, con la dictación de la Ley N° 28 del 12 de Noviembre de 1932, la cual con el fin de consagrar la plena capacidad civil de la mujer casada, transformo la comunidad restringida de ganancias en un régimen de participación con comunidad diferida, pero que sigue llamando sociedad conyugal. En efecto al artículo 1 de la mencionada ley se señala: Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación.

En el Código Civil ESPAÑOL, regula el régimen económico del matrimonio en el Libro IV «De las Obligaciones y Contratos», Título III, materia que ha sido modificada primero por Ley N° 14, del 2 de mayo de 1975, sobre situación jurídica de mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges, y luego por Ley N° 11 del 13 de Mayo de 1981. Se advierte en este tópico, en relación a las otras legislaciones analizadas, una mayor cabida al principio de la autonomía de la voluntad, tanto en lo que se refiere a la libertad de conclusión, como a lo que atañe a la libertad de conclusión, como a lo que atañe a la libertad de estipulación. En efecto, los cónyuges son libres para determinar si otorgan o no capitulaciones matrimoniales. Si no celebran convenciones matrimoniales o si éstas fuesen ineficaces, rige como sistema legal y supletorio, la sociedad de gananciales (artículo 1316) que corresponde a un sistema comunitario restringido de ganancias con administración conjunta. La libertad de estipulación se consagra en forma más amplia que en otras legislaciones consultadas. Así el artículo 1315 estatuye que el régimen económico será el que los cónyuges estipulen, sin otras limitaciones que las establecidas en el Código Civil, pudiendo los otorgantes además, estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio e introducir cualquiera otras disposiciones por razón del mismo.

En el Código Civil FRANCES, se regula el régimen del matrimonio en el Libro III, Título V al reglamentar el contrato de matrimonio y los derechos de los cónyuges, legislación que ha sido objeto de importantes modificaciones, entre las que cabe señalar la Ley del 13 de Julio de 1965 y más recientemente, la Ley N° 85 - 1372 del 23 de Diciembre de 1985, sin perjuicio de las reformas anteriores de las leyes del 13 de julio de 1907, que había establecido el patrimonio reservado de la mujer casada y la del 18 de Febrero de 1958 que consagro la plena capacidad civil de la mujer casada. El régimen legal es supletorio, pues

rige a falta de pacto en contrario y, en atención a sus efectos, está constituido por una comunidad restringida de ganancias con administración en manos separadas. El sistema convencional es de libertad limitada, pero bastante más amplio si consideramos otras legislaciones consultadas.

En el Código Civil de ITALIA, de 1942, reglamenta el régimen económico del matrimonio en el Libro Primero «De la Persona y de la Familia», Título VI «Del Matrimonio», Capítulo VI, artículos 159 al 230, materia en la cual fue reformado por la Ley N° 151 del 19 de Mayo de 1975. El sistema patrimonial legal es supletorio y está constituido por una comunidad limitada a las ganancias con administración en manos unidas.

El régimen convencional es de libertad relativa, por cuanto, si bien pueden otorgarse convenciones matrimoniales, en ellas sólo es posible pactar separación de bienes al momento de contraerse matrimonio o modificarse la comunidad legal por una convencional. Estas convenciones son solemnes y pueden otorgarse en cualquier tiempo, sin embargo a través de ellas, no es posible derogar los derechos y deberes que el matrimonio genera para los cónyuges (art. 160 -18-19).

El Código de Familia de PANAMA, de 1994 estatuye el régimen económico del matrimonio en el Libro Primero «De las Relaciones Familiares», Título I «Del Matrimonio», Capítulo V, artículos 81 al 197, estableciendo como sistema legal supletorio una participación restringida de ganancias con compensación de beneficios. En efecto, este sistema tiene aplicación a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces (artículo 82). El régimen convencional es de libertad limitada, pues si bien se señala que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales» (artículo 81), se agrega que reconoce como limitaciones las establecidas en el mismo Código y las señaladas en la ley. Así es nula cualquier estipulación contraria a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (régimen primario) y, a regular el Código de Familia los sistemas convencionales alternativos, sólo contempla el de separación de bienes (artículos 127 - 132) y, el de comunidad de gananciales (artículos 133 - 197), que puede calificarse como una fórmula comunitaria limitada a las ganancias con administración en manos juntas, salvo pacto en contrario.

En el Código Civil de la República de PARAGUAY, promulgado por Ley N° 1183 del 23 de Diciembre de 1985 y que entró en vigencia el 1 de Enero de 1987, regula el régimen patrimonial del matrimonio en el Libro Primero «De las Personas y de los Derechos Personales en las Relaciones de Familia», Título

III, Capítulo IX, artículos 189 y siguientes, estableciendo como sistema legal supletorio una comunidad restringida de ganancias tradicional, en el sentido que le entrega la administración al marido, la que comprende no solo sus bienes y los comunes, sino que también, los propios de la mujer, la que sólo puede asumir la administración cuando fuere nombrada curadora del marido, o este fuere declarado ausente o imposibilitado de ejercerla.

8.- EL REGIMEN PATRIMONIAL FAMILIAR EN EL PERU.

Como expresan con toda claridad los autores: Gustavo A. Rossert y Eduardo Zannoni, en su obra, *Manual de Derecho de Familia*, «El matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges con las consecuentes facultades y deberes recíprocos».

Pero además, derivan de él consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo; además, por la especial característica que tiene la vida en común de los esposos, es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos». Es decir, que el matrimonio como cualquier institución requiere de un económico que le permita cumplir sus fines esenciales, como son el de asistencia, cuidado, alimentación, vivienda y la satisfacción de otras elementales necesidades del grupo familiar. Por lo tanto el matrimonio no puede ser ajeno a la actividad económica de toda persona y organización. No es que su fin sea patrimonialista, sino que es una necesidad de carácter general, como afirma el profesor peruano Alfredo Bullard G. En su obra «El Fin Económico del Derecho».

Es así que, el matrimonio debe contar con un régimen donde se determine la situación de los bienes que cada conyugue lleva al matrimonio, de los que adquieran mientras este vigente el vínculo, la forma de administración disposición o la responsabilidad frente a terceros.

Al respecto cabe señalar que en doctrina se ha considerado una diversidad de regímenes, no obstante cada legislación los adopta según su propia realidad. El maestro Guillermo Borda en su *Manual de Derecho de Familia*, señala: «el régimen de los bienes en el matrimonio suscita problemas sumamente complejos. Lo que primero llama la atención al estudioso es la singular diversidad de sistemas en la legislación comparada. En todos los otros grandes problemas jurídicos es dable observar que las leyes se orientan hacia dos o tres soluciones

posibles y que dentro de cada una de ellas los regímenes legales ofrecen una estrecha semejanza».

Regímenes patrimoniales.

Generalmente se puede constatar que existen tres tipos fundamentales de regímenes de bienes del matrimonio:

- 1.- Régimen de la separación de bienes:** En este sistema cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía en el momento de casarse, y de los que adquiriera posteriormente, con la facultad de administración y disposición de los mismos, y con la obligación de contribuir de manera conjunta o común a las cargas del hogar. Claro está, que la facultad de disposición esta sujeta a la regla genérica de no llegar al ejercicio abusivo de dicho derecho (conocido anteriormente como la figura del abuso del derecho). Este sistema fue muy difundido en Inglaterra, en alguno de los Estados de Norteamérica, así como lo fue en la Unión Soviética hasta la promulgación del Código de Familia de 1926.

Este sistema ha originado una polémica muy acentuada entre los autores de muchas obras de Derecho de Familia, por cuanto los que están a favor sostienen que garantiza la independencia económica de los cónyuges sobre todo en estos últimos tiempos en que especialmente la mujer ha ingresado al campo laboral en todas sus dimensiones, y que además el sistema permite evitar los matrimonios solo por el interés económico del otro cónyuge.

- 2.- Régimen de la Comunidad universal de bienes.** Mediante este sistema todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges pertenecen a ambos y disuelta la sociedad se dividen en partes iguales, sin consideración a su origen.

Se sustenta este sistema en que el matrimonio se basa en la unidad de personas y también debe recaer en los bienes, no deben existir entre los cónyuges ninguna forma de diferencias.

- 3.-Regimen Mixto.** Es decir, que se han elaborado sistemas con elementos de la separación, así como, de la comunidad, surgiendo en consecuencia numerosas modalidades, entre las que se señalan como más conocidas las siguientes:

- 3.1 Comunidad relativa de muebles. Se refiere a que solo son comunes los muebles adquiridos por los cónyuges, y respecto de los inmuebles se rige por el sistema de la separación.
- 3.2 Participación de gananciales. Este sistema consiste en que durante la vigencia del matrimonio todos los bienes se rigen por la modalidad de la separación y una vez disuelto el vínculo se aplica el de la comunidad para los efectos de la división.
- 3.3 Sociedad de Gananciales. Participan los bienes propios y sociales calificados por ley, lo que se desarrollara cuando se trate el Sistema Peruano.

Adicionalmente a la diversidad de regímenes patrimoniales del matrimonio, surge otro problema también muy discutido en el ámbito de la doctrina, referido a la forma de adoptar un determinado sistema al matrimonio. Este tema está vinculado a la autonomía de la voluntad de los cónyuges para adoptar el sistema que mejor les convenga, no obstante, también hay legislación que no permite la elección, estableciendo un solo régimen de manera obligatoria. Esta controversia ha suscitado gran debate en la comisión N° 3 del «X Congreso Internacional sobre Derecho de Familia y los nuevos paradigmas», que se llevó a cabo en el mes de setiembre pasado en la ciudad de Mendoza-Argentina. Autores argentinos, como el Dr. Augusto Bellucio, sostenían que para la República Argentina era conveniente un solo sistema, el de gananciales, sin la posibilidad de elección. Sistema único.

El autor Espín Canovas de España en cambio es partidario de la elección de sistemas por los cónyuges, lo que en doctrina se conoce con el nombre de las capitulaciones matrimoniales.

En el Perú, el Código Civil de 1984, adopta dos regímenes: **El de la separación patrimonial de los cónyuges y el de la sociedad de gananciales**, a diferencia del Código Civil anterior de 1936, en el que se adoptó solo el de la sociedad de gananciales con carácter obligatorio, imperativo e irrenunciable, como se consagraba en su **ARTICULO 176** «Por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en que puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes. Ninguno de los cónyuges puede renunciar a esta sociedad ni a sus efectos».

En relación al actual sistema vigente en el Perú, se adopta como premisa la libre elección de las partes entre un régimen u otro. Esta elección puede ser efectuada antes o después del matrimonio. Cuando es antes del matrimonio, los

contrayentes tienen la opción de elegir cualquiera de los dos sistemas, con la atinencia de que, si es, el de la separación, debe hacerse bajo la forma de Escritura Pública con Inscripción Registral, (para protección de terceros). En el supuesto en que se omita la elección o no exista un acuerdo entre ambos cónyuges, la ley dispone que rige la sociedad de gananciales, conforme se establece en el **ARTICULO 295** del Código Civil de 1984. Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cuál comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el Registro Personal. A falta de Escritura Pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Después de celebrado el matrimonio, existe la posibilidad de sustituir un régimen por otro de manera voluntaria, sin mención de que debe transcurrir algún término previo, solamente exigiendo para su validez el otorgamiento de escritura pública la forma escritural con Inscripción en los Registros Públicos como se estipula en el **ARTICULO 296**.- «Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir el régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción».

El cualquiera de los regímenes elegidos, los cónyuges están obligados a sufragar los gastos del matrimonio, como se consagra en los artículos 300 y 327 del Código Civil.

ARTICULO 300.- Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas.

ARTICULO 327.- En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes.

En caso necesario, el Juez reglará la contribución de cada uno.

LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Se trata de un régimen mixto, de naturaleza sui géneris, que no se confunde con la copropiedad y no requiere en el Perú formalidad alguna para su establecimiento, bastando como presupuesto la existencia del matrimonio como regla, pudiéndose afirmar, que no existe sociedad de gananciales sin matrimonio, pero si puede existir matrimonio sin sociedad de gananciales, que es cuando se establece la Separación de Bienes, si no se tiene muy definida esta naturaleza, pueden existir confusiones en su aplicación, como aquel hecho por el que se pretende ejecutar actos como transferencia previa de acciones y derechos de la sociedad; o aquel otro caso, que se pretende ventilar en el ámbito judicial, la rendición de cuentas y pago de la participación previa o vigente de la sociedad.

De otro lado en este sistema, de la sociedad de gananciales pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes sociales sin que llegue a ser Persona jurídica, materia de otra posición controvertida.

La calificación de los bienes, como propios o sociales no depende de la voluntad de los cónyuges, la determinación corresponde a la ley. Existen principios de calificación para cada caso, es así, que para los bienes propios, rigen los criterios del antecedente, la gratuidad, del derecho exclusivo de uso, propiedad individual (como el caso de derecho de autor o inventor inserto en el derecho a la propiedad intelectual) y el del resarcimiento por un daño personal.

Así encontramos la calificación en el numeral 302° del Código Civil.

ARTICULO 302.- Son bienes propios de cada cónyuge:

- 1) Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
- 2) Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.
- 3) Lo que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.
- 4) La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
- 5) Los derechos de autor e inventor.
- 6) Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.

- 7) Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participación sean bien propio.
- 8) La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contra prestación constituye bien propio.
- 9) Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

En lo que se refiere a la calificación de los bienes sociales, aplicamos tres criterios, de la exclusión, de la presunción y del beneficio (ganancias y todo lo que pueda favorecer a la sociedad). Es decir se consideran con carácter social a todos los bienes de la sociedad con este carácter, salvo prueba en contrario, otorgando la calidad de social también a todo producto, beneficio o ingreso a su favor, como señala en el artículo 310 del Código Civil.

ARTICULO 310.- «Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

También tiene la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento de reembolso».

Pero además, existen las reglas de la sustitución o subrogación de bienes, con el objeto de reafirmar los criterios de calificación antes señalados. A manera de ejemplo, se puede mencionar el caso de la venta de un bien propio cuyo dinero se invierte, en la compra de otro bien durante la vigencia de la sociedad. En este caso el bien adquirido se reputa de la misma condición que el anterior, en aplicación del principio de sustitución directa, y si no se invirtiera directamente en otro bien se produce lo que se denomina una sustitución indirecta, que se resuelve con la presunción *juris tamtum*, es decir que los nuevos bienes se presumen adquiridos con la venta del bien anterior, salvo prueba en contrario, como se menciona en el artículo 311 del Código Civil.

ARTICULO 311.- «Para calificación de los bienes, rigen las reglas sgtes:

- 1) Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
- 2) Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.

- 3) Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presumen, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior».

En cuanto a la administración y disposición de los bienes sociales, se consagra la igualdad de facultades para los cónyuges, por lo tanto, la administración de los bienes sociales corresponde a ambos cónyuges, salvo los casos especiales de imposibilidad por causas comprobadas o situaciones de ausencia, con los medios de control por parte del otro cónyuge para recurrir al Juez, ello se establece en los arts. 313° y 314° del CC.

9.- RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES EN EL REGIMEN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (DEUDAS Y CARGAS)

La responsabilidad de los bienes de la sociedad de gananciales está sujeta al tipo o modalidad de obligaciones que tengan los cónyuges o la misma sociedad. Dicha responsabilidad está determinada en los siguientes casos:

- 1) Por las obligaciones de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen.- Responden sus bienes propios, a menos que se acrediten que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de los bienes propios del deudor. (arts. 307 y 328 del CC).
- 2) Por las obligaciones de la sociedad.- Responden los bienes sociales y a falta o insuficiencia de éstos, responden los propios de cada cónyuge, a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad (art. 317 del CC.)
- 3) Por las obligaciones personales de los cónyuges (se entiende dentro del régimen).- Responden sus bienes propios, a menos que se pruebe que fueron en beneficio de la familia (art. 308 del CC.)
- 4) Por obligaciones derivadas de responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge.- Responden con sus bienes propios, sin que perjudique al otro en sus bienes propios ni en la parte de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación (art. 309 del CC.)

EL PATRIMONIO AUTONOMO:

De todo lo analizado se concluye que los bienes de la sociedad (sociales) tiene una naturaleza especial, en atención al fin al que está destinado, como es levantar las cargas de la sociedad. La naturaleza de dichos bienes exige la exis-

tencia de normas específicas, recayendo en su aplicación el principio de la especificidad (frente a una norma genérica prima la especial). Es por eso que la legislación procesal recoge la denominación adecuada de dichos bienes, con el nombre de PATRIMONIO AUTONOMO. Así se señala en los artículos 57 y 65 del Código Procesal Civil

ARTICULO 57.- Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material de un proceso.

ARTICULO 65.- Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común, respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 93°.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el artículo 435°.

El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4°.

10.- ORIENTACION JURISPRUDENCIAL

En la práctica judicial ha sido antes más que ahora, muy grande la confusión respecto de la responsabilidad de los bienes sociales de la sociedad conyugal, llegando muchas veces a ejecutar medidas que no corresponden. Podemos señalar las mas frecuentes:

1. Disposición del 50% de un bien o bienes por parte de uno de los cónyuges, como si se tratara de una copropiedad o condominio, confundiendo con la titularidad de derechos y acciones. Es así que vemos frecuentemente el caso en que un cónyuge ejercita un acto de disposición de un bien social y luego el otro ejercita la acción de nulidad de dicho acto. Muchas veces se ha pretendido solucionar disponiendo la validez sólo del 50%.

2. Embargo de los bienes de la sociedad por deudas personales de los cónyuges.
(En numerosas ocasiones se ha procedido a embargar el 50% de dichos bienes de la sociedad).

Procurando dar una solución a estos casos, es que se han producido resoluciones judiciales, que a futuro pueden constituir una base jurisprudencial muy importante, que permitan un adecuado tratamiento de los casos.

En la Revista Jurídica del Perú N°2 de Abril - Junio 1996, el Profesor Juan José Estrada Díaz, hace un comentario sobre una resolución de Mayo de 1995, señalando que sólo con el fenecimiento de la sociedad de gananciales por causales de ley, se puede proceder a su liquidación y por tanto a determinar el haber de cada cónyuge; mientras ello no ocurra es improcedente el embargo de los bienes de la sociedad por deudas de uno solo de los cónyuges, puesto que aquella no está formada por derechos y acciones, por no ser de naturaleza mercantil.

La resolución, materia del comentario es como sigue «Lima dos de mayo de mil novecientos novecicinco.- **VISTOS**; interviniendo como Vocal ponente el señor Canelo Ramírez, y **ATENDIENDO: PRIMERO** a que, según se ve de la ficha de inscripción Registral número ciento sesenticinco mil quinientos cincuentiocho de fojas catorce, el inmueble embargado pertenece a la sociedad conyugal del emplazado Wilson Fernando Loyaga Monzón y esposa Elizabeth Patricia Ponce Suárez, **SEGUNDO**: que, como se aprecia de la resolución de fojas ochenticuatro vuelta, el embargo se ha trabado sobre el cincuenta por ciento de los derechos y acciones que pudiera corresponderle al cónyuge Loyaga Monzón, **TERCERO**: que el patrimonio de propiedad de una sociedad conyugal no está formado por derechos y acciones por no ser de naturaleza mercantil, **CUARTO**: que de acuerdo al artículo trescientos veinte del Código Civil, sólo cuando fenece la sociedad de gananciales por las causales que establece el artículo trescientos dieciocho del acotado y se liquida la sociedad conforme al artículo trescientos veintidós, se puede determinar el haber de cada uno de los cónyuges, susceptible de ser embargado; por estas razones **REVOCARON** la resolución apelada de fojas ochenticuatro vuelta, su fecha treinta de Junio de mil novecientos novecicuatro, que ordena trabar embargo en forma de inscripción hasta por la suma de seis mil doscientos dólares americanos, sobre el cincuenta por ciento de los derechos y acciones que pudieran corresponderle al demandado Wilson Fernando Loyaga Monzón en el inmueble ubicado en la Avenida Universitaria sin número, lote número cuatro, manzana K - dos, del Distrito de San Miguel, provincia y Departamento de Lima, **REFORMANDOLA** declararon **IMPROCEDENTE** la solicitud que en fotocopia certificada corre a

fojas ochentidós y ochentitrés; en los seguidos por Dionisio Simón Degollar con Wilson Fernando Loyaga Monzón, sobre pago de dólares; oficiándose al Juzgado de origen comunicándole al Juzgado de origen la presente resolución; archivándose por Secretaría el presente cuaderno; Señores Ahon Castañeda - Canelo Ramírez.- Ramírez Jiménez».

Existe otra resolución judicial de mayo de 1997, que señala con el mismo criterio, que en los bienes de la sociedad conyugal no se da la figura del condominio. El tenor de la resolución es como sigue « Lima, veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete.- **AUTOS Y VISTOS:** interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Barrera Utano, por sus propios fundamentos; y **ATENDIENDO** además: **Primero:** a que, el primigenio pedido de embargo preventivo de fojas ciento treintiuno invoca « el cincuenta por ciento de los derechos y acciones que le corresponden a la demandada sobre el inmueble, refiriendo que se trata de un bien conyugal, por lo que tal situación era de pleno conocimiento del demandante, **Segundo:** Que, tratándose de un bien de la Sociedad Conyugal no se da la figura del condominio: **CONFIRMARON** la resolución apelada de fojas doscientos diecinueve, su fecha quince de Mayo de mil novecientos noventa y seis, que declara sin lugar el remate del inmueble solicitado por el demandante; Hágase saber y devuélvase al Juzgado de origen.- Señores: Castillo La Rosa Sánchez.- Hidalgo Moran.- Barrera Utano»

REGIMEN PATRIMONIAL FAMILIAR EN EL PERU

Los sistemas respecto al Régimen Patrimonial (referido al matrimonio) que informa a nivel general la doctrina se encuentran debidamente marcados o definidos en tres grandes corrientes, como señala el autor LUIS FERNANDEZ CLERIGO, en su obra «El Derecho de Familia en la Legislación Comparada», Uno denominado COMUNIDAD UNIVERSAL DE BIENES, que consiste en una forma de unidad patrimonial, con bienes que los cónyuges llevan al matrimonio, o los que adquieren después, todos son considerados comunes para ambos cónyuges; otra forma es la denominada SEPARACION TOTAL DE BIENES, con independencia para cada cónyuge, como titular de su patrimonio, constituido se dice para evitar las uniones sólo por el interés económico; y un SISTEMA MIXTO, con elementos de los dos sistemas anteriores, en el que se adopta a su vez diferentes modalidades, como el de la comunidad parcial de bienes, referido sólo a la comunidad de muebles, adoptando la separación para inmuebles, la participación de gananciales al término del matrimonio y el mayormente conocido como de la sociedad de gananciales, con características muy particulares.

En el Perú, el Código Civil de 1984, adopta dos sistemas, El de la separación patrimonial de los cónyuges y el de la sociedad de gananciales, a diferencia del Código Civil anterior de 1936, en el que se adoptaba sólo el de la sociedad de gananciales con carácter obligatorio, imperativo e irrenunciable, como se consagraba en el ARTICULO 176.- Por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en que puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes.

Ninguno de los cónyuges puede renunciar a esta sociedad ni a sus efectos.

La forma en que las legislaciones adopta los diferentes sistemas enunciados, pueden ser considerados también de tres modos; uno con absoluta liberalidad de los contrayentes por acuerdo pre-matrimonial, como es el caso de la legislación Francesa, orientada por las reglas de las CAPITULACIONES MATRIMONIALES; otro, por una libre elección entre sistemas establecidos en la ley, caso del Perú en la actualidad; y finalmente, donde no hay lugar a elección, porque existe un solo sistema, como el caso del Perú, en el Código Civil anterior de 1936, o el de la Argentina, como señala el Profesor Bussert.

A manera de informe de la Legislación Peruana, mencionamos que de los dos sistemas que admite el Código Civil actual, como se dijo (la separación patrimonial y la sociedad de gananciales) se adopta como regla, bajo el principio de la voluntad, libre elección que puede ser antes o después del matrimonio. Cuando es antes del matrimonio, los contrayentes tienen la opción de elegir cualquiera de los dos sistemas, con la atinencia de que si es el de la separación, debe hacerse bajo la forma de Escritura Pública con inscripción Registral, (para protección de terceros). En el supuesto en que se omite la elección o no existe un acuerdo, la ley dispone que rige la sociedad de gananciales, conforme se establece en el ARTICULO 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cuál comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el Registro Personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Esta última parte del artículo, sobre todo por desconocimiento de la gran mayoría de la población sobre estas disposiciones, lo que en forma general puede considerarse como una ignorancia del Derecho, que suelen darse en todo orden normativo, como señala el autor JOAQUIN COSTA. Después de celebrado matrimonio, existe la posibilidad de sustituir un régimen por otro de manera voluntaria, sin mención de que debe transcurrir algún término previo, solamente exigiendo para su validez el otorgamiento de la forma escritural como Inscripción en los Registros Públicos como se estipula en el ARTICULO 296. Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

Sobre los resultados que se han producido durante estos diez años de vigencia del Código Civil, respecto al régimen de bienes del matrimonio, tenemos la satisfacción de hacer mención a un informe preparado por una sección de estudiantes que cursan la materia (Derecho Familiar) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Particular San Martín de Porras y la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el que se comprobó a nivel de Lima - Capital, que son mínimos los casos que celebran el convenio en forma escritural, tanto en la modalidad pre y post matrimonial. Entre las causas de mayor incidencia sobre estos hechos, se señalan dos factores muy marcados, entre otros; uno por la poca información que tiene la pareja, llevado por la tradición de que ven al matrimonio siempre como una unidad de personas y también de bienes, y por otro por el elevado costo que representa adecuarse a la forma escritural, hasta llegar a la inscripción en los Registros Públicos, sobre todo llevado por la crisis económica que atraviezan los países en desarrollo. Como también lo mencionó el Profesor Gustavo Bussert, ésta fórmula de la separación patrimonial sólo son muy usadas por aquellas parejas que contraen dos o más nupcias (después de haberse disuelto las anteriores), a efecto de garantizar y proteger los bienes de los hijos y cónyuges anteriores.

Pero además cabe mencionar un estudio de una psicoterapeuta LEONOR ZEA, (miembro de la Asociación Latinoamericana de Análisis Transaccional) quien señala que «Cuando las relaciones se vuelven competitivas, cada uno lucha por el liderazgo. Actúan como rivales en lugar de hacerlos como miembros de un grupo. La rivalidad crea un clima tan conflictivo que puede amenazar la estabilidad de la pareja. Estas parejas tratan de eclipsarse mutuamente en toda situación que involucre dinero, seguridad y prestigio. Tales parejas discrepan en muchos casos especialmente de cómo invertir dinero», Leonor Zea ob-

serva que sí los cónyuges no forman una alianza de mutua cooperación, violan el principal propósito del matrimonio. Para que este sea preservado debe existir la capacidad de buscar soluciones, bajo el principio de la comprensión y cooperación de la pareja.

Existe una propuesta actual de reforma, sobre este aspecto. Nosotros consideramos que no es propiamente una reforma, sino una adecuación o perfeccionamiento del sistema, cuando menos en el ámbito de facilitar o promover su uso, eliminando la forma escritural, pero manteniendo su obligatoriedad registral (como una manera insustituible de protección de terceros), haciendo que los cónyuges formulen una especie de declaración jurada con inscripción en el acta matrimonial al momento de su celebración o mediante acto posterior, bastando dicha declaración como mérito suficiente para su inscripción.

Cuando no existe acuerdo o convenio par la sustitución de los sistemas después de celebrado el matrimonio, habrá de procederse con intervención judicial, como se establece en los artículos 297 y 329.

ARTICULO 297.- En el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al Juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación, en los casos a que se refiere el artículo 329.

ARTICULO 300.- Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el Juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actuá con dolo o culpa.

Interpuesta la demanda, puede el Juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél.

Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el Registro Personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.

En líneas generales, en el sistema de la separación patrimonial, cada cónyuge es titular de los bienes que lleva al matrimonio así como los que adquiere con posterioridad, con las facultades de administración, disposición libre por cada uno de ellos, obligándolos a sufragar los gastos del matrimonio (comunes), como se consagra en los artículos 300 y 327 del Código Civil.

FENECIMIENTO Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

La sociedad de gananciales llegará a su fin cuando se pone término al matrimonio, por muerte natural o civil de uno de los cónyuges, por divorcio, invalidación, además cuando se suspende la obligación de hacer vida en común, con la separación de cuerpos o declaración de ausencia, y por el cambio de régimen al de separación de bienes (de manera convencional o judicial, art.318 del Código Civil). Cabe señalar que en caso de quiebra (falencia económica) de uno de los cónyuges, determina de pleno derecho la sustitución del régimen de gananciales por el de separación(art. 330 CC.).

Resulta importante mencionar la fecha en que se produce el fenecimiento. Respecto a la muerte natural o presunta o de la declaración de ausencia, se produce el fenecimiento de la sociedad de gananciales, a la fecha en que se determinan tales hechos, cuando la causa es de divorcio, invalidación, separación de cuerpos y separación judicial del patrimonio (proceso de separación de bienes) el fenecimiento se da, a la fecha de notificación con la demanda (válida procesalmente). Cuando se produce la separación de manera convencional será a la fecha de la escritura pública, o en su caso a la fecha de la inscripción del registro personal para efectos frente a terceros: art. 319° del Código Civil

Fenecida la sociedad, se procede a su liquidación que será de manera convencional o judicial en su caso.

Dicho proceso se inicia con el inventario de los bienes, que puede hacerse como se dijo de manera convencional, por acuerdo de los cónyuges o mediante intervención judicial. En dicho inventario no se incluye el menaje ordinario del hogar, cuando el fenecimiento de la sociedad se produce por declaración de ausencia o muerte de uno de los cónyuges, los bienes corresponderán al cónyuge del ausente o al sobreviviente. Nuestra legislación no menciona, ni señala cuales son los bienes que conforman el llamado menaje del hogar, sólo se menciona de manera taxativa los bienes que no forman o se excluyen del menaje. De tal suerte, que dependerá en cada caso en particular la calificación de los bienes que conformen el menaje, respetando los excluidos conforme se menciona en el art. 321° del CC. Que señala- «El menaje ordinario del hogar no comprende:

- 1) Los vestidos y objetos de uso personal.
- 2) El dinero,
- 3) Los títulos valores y otros documentos de carácter patrimonial,
- 4) Las joyas,
- 5) Las medallas, condecoraciones, diplomas y otras distinciones,
- 6) Las armas,
- 7) Los instrumentos de uso profesional u ocupacional,
- 8) Las colecciones científicas o artísticas,
- 9) Los bienes culturales - históricos,
- 10) Los libros, archivos y sus contenedores,
- 11) Los vehículos motorizados,
- 12) En general los objetos que no son de uso doméstico».

Seguidamente se procede a la calificación de los bienes (propios o comunes) que podrá hacerse constar en el inventario, y oportunamente proceder a su valorización, (también de manera convencional o judicial). Posteriormente se práctica una operación contable, para deducir el pasivo de la sociedad que estará representada por las deudas o cargas (constituyendo deudas las obligaciones contraídas y cargas a las obligaciones impuestas) como pueden ser el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes, de los alimentos que uno de los cónyuges este obligado a dar a otras personas(art. 316 del Código Civil).

En relación a la obligación alimentaria están consideradas las que se deben recíprocamente los cónyuges, los ascendientes, los descendientes, y los hermanos, como se establece en el art.475 del CC., el que concuerda con el numeral 102º del Código de los Niños y Adolescentes, donde se amplía las obligaciones para los parientes en el supuesto que el padre tenga imposibilidad de asumir la prestación en forma directa., En cuanto a ésta carga, de la sociedad originada por la obligación de los cónyuges con sus parientes y los hijos que no son del matrimonio, o en su caso particular entre ex - cónyuges, se da una situación muy excepcional, ya que los ingresos derivados del trabajo de uno de los cónyuges pueden servir para cubrir la obligación por alimentos de los parientes del otro, por ejemplo un hijo extra matrimonial del marido, puede ser atendido con los ingresos personales del trabajo de la mujer o viceversa.

Después de la operación contable realizada con los bienes y obligaciones de la sociedad, lo que resulta como diferencia a favor serán considerados recién como bienes gananciales. A manera de ejemplo, si en una sociedad de gananciales existen bienes propios de cada cónyuge por un valor de 500, y como bienes sociales por un valor 2000, en el que se acredita una carga de 200 (entonces se

tendrá que deducir ésta carga de los 2000) resultando como diferencia el valor de 1800 que se considera como bien ganancial, el que se repartirá en un 50% para cada cónyuge, es decir 900 para cada uno por concepto de gananciales.

De lo que se concluye de manera definitiva que no existe gananciales sin previa liquidación de la sociedad.

Un aspecto importante en este tema de la liquidación de la sociedad de gananciales, está referido a la protección habitacional del cónyuge sobreviviente. En estos casos existe el derecho de preferencia, como se establece en nuestra legislación en el art. 33° in fine del Código Civil de 1984, que establece «cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera».