

LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO Y LAS OPCIONES DEL LEGISLADOR

THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF MARRIAGE AND THE OPTIONS OF THE LEGISLATOR

Omar Sar Suárez
Doctor en Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
omarsar@yahoo.com
Perú, Lima

Recibido: 21 de marzo de 2019

Aceptado: 02 de mayo de 2019

SUMARIO

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Constitución.
- La regulación constitucional del matrimonio.
- El matrimonio observado desde la perspectiva económica.
- Configuración del matrimonio en nuestro sistema legal, reformas y límites.
- Conclusiones.

RESUMEN

El presente trabajo pretende demostrar que resultaría económicamente eficiente que el legislador introduzca reglas que permitan que las parejas decidan, de común acuerdo, una serie de aspectos relevantes del régimen del matrimonio. La apertura a opciones como esta no colisiona con el contenido constitucional del concepto de familia ni el de matrimonio, respecto de cuyo diseño se ha conferido competencia al legislador.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate that it would be economically efficient for the legislator to introduce rules that allow couples to decide, by mutual agreement, a series of relevant aspects of the marriage regime. The opening to such options does not collide with the constitutional content of the concepts of family or marriage, respect of which the legislator has been conferred competition over.

PALABRAS CLAVES

Derecho al libre desarrollo de la personalidad; familia; matrimonio; divorcio; análisis económico del Derecho.

KEYWORDS

Right to free development of personality; family; marriage; divorce; economical analysis of law.

EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

En el Perú, la regla constitucional es la de la libertad de las personas y los límites que esta puede encontrar constituyen una excepción que debe estar expresa, clara y ciertamente prevista.

El literal a) del inciso 24) correspondiente al artículo 2 de la Constitución garantiza la libertad personal y, en consecuencia: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Queda claro entonces que, si no existe una ley que prohíba expresamente la conducta, toda persona tiene un derecho de llevarla a cabo.

El legislador puede:

- a) Ordenar que algo sea hecho (declarar bienes, pagar impuestos, etc.).
- b) Introducir una prohibición (incorporar un tipo penal o proscribir determinada actividad).

c) Regular una materia aun cuando al hacerlo pudiera limitar determinadas opciones (como, por ejemplo, restringir el acceso de determinadas personas a ciertos espectáculos o lugares).

En todos los casos debe existir un fundamento legítimo para el deber, la prohibición o la consecuencia restrictiva porque de lo contrario caeríamos en el ámbito de la arbitrariedad que se encuentra constitucionalmente proscrita.

Naturalmente que el derecho a la libertad personal puede ser objeto de limitaciones, pero, en todo caso, estas deben resultar proporcionadas y, como ya se señalara, orientadas a satisfacer bienes o principios constitucionales.

Incluso debe señalarse que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil dispone que “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”, fijando un criterio interpretativo garantista específico de esta materia.

En este contexto debe analizarse el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, por cuanto el derecho de toda persona a su “libre desarrollo”. Esto supone reconocer la potestad para concretar el proyecto de vida conforme a las propias convicciones y preferencias.

En el expediente 2868-2004-AA el Tribunal Constitucional sostuvo que,

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (fundamento jurídico 14)

Naturalmente que uno de los ámbitos donde este derecho resulta especialmente relevante es el de las relaciones familiares en general y las de pareja en particular.

De hecho, ha venido desarrollándose la idea de que la intervención del estado en el ámbito de las relaciones familiares debería resultar

subsidiaria y conforme al principio de mínima intervención.

En el caso citado previamente el Tribunal Constitucional resolvió también que,

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 *iusconnubii*. 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. (fundamento jurídico 14)

Esto no quiere decir que el poder público no tenga ningún rol que jugar en el ámbito del derecho de familia donde, por cierto, debe garantizar la eficacia de las normas que lo regulan y la conformidad de estas con la Constitución.

Se presenta una dualidad por cuanto en esta época el legislador no consiente las intromisiones en el ámbito de la elección de la pareja, no obstante, fija en el Código Civil una serie de restricciones que analizaremos en detalle más adelante.

LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

La Constitución vigente expresa su concepción sobre la naturaleza jurídica del matrimonio al calificarla como una institución, pero que está sujeta a la regulación que la mayoría decida asignarle por medio de la ley.

El artículo 4 de la carta fundamental establece que la comunidad y el Estado: “(...) 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”.

Es decir que el matrimonio constituye una institución pero deriva expresamente al legislador la regulación de aspectos centrales como la forma y los supuestos de conclusión del vínculo.

Está regulado como un acto jurídico bilateral, pero el constituyente no cierra su contenido en torno a una concepción específica, sino que deja espacio para que las mayorías, naturalmente cambiantes en el tiempo, decidan sobre la configuración de sus elementos.

La descripción del matrimonio como institución lleva en sí la idea de comunidad orientada a la realización del bien común y, en todo caso, puede ser considerado como un medio para alcanzar determinados fines como el de mantener una relación estable y protegida o acceder a un sistema de soporte emocional y económico, entre otras muchas.

No es ésta una forma de restar importancia a la cuota de romanticismo que, de hecho, el matrimonio presupone, pero como veremos detalladamente en el capítulo siguiente no pueden dejar de considerarse las variables económicas del asunto.

Si bien el matrimonio es un acto jurídico bilateral no constituye, propiamente, un contrato por cuanto existen deberes expresos como la cohabitación o implícitos como el afecto que no califican como obligaciones propiamente dichas y, además, las partes no negocian las condiciones a las que se sujeta la unión, pero ello no implica que el legislador no pueda habilitar la posibilidad de que se pacten determinados aspectos, hipótesis que, según nuestra opinión, no resultaría inconstitucional.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el matrimonio no es el único medio concebible para formar una familia por cuanto esta puede ser monoparental, estar integrada por convivientes o surgir de la adopción, entre otros supuestos posibles.

Tampoco puede sostenerse que el matrimonio se orienta única ni especialmente a la procreación por cuanto en ese caso las personas impotentes o estériles no deberían poder casarse y los matrimonios sin hijos devendrían en nulos. Además, debemos advertir que ha venido

creciendo sostenidamente la cantidad de parejas que tienen hijos fuera del matrimonio, ya sea por decisión o falta de previsión.

Por cierto, que el constituyente le aplica dos calificativos específicos al instituto matrimonial que la comunidad y el Estado promueven:

- a) Natural; y
- b) Fundamental.

Desde nuestra perspectiva, cuando se hace referencia al matrimonio como institución natural se está aludiendo al instinto de convivencia que es propio de la especie humana. Me parece bastante evidente que se refiere a una forma específica de llevar a cabo la vida en común (jurídicamente formalizada), pero no a la identidad de género u orientación sexual de los miembros cuya regulación aparece expresamente derivada al legislador.

Por otra parte, cuando el constituyente alude al matrimonio como institución fundamental realiza una declaración sobre la relevancia que le asigna a éste dentro del conjunto de las instituciones constitucionalmente reconocidas.

Nuestra legislación ha observado una tendencia sostenida a reconocer cada vez mayor trascendencia a la voluntad de las partes en relación con el matrimonio, tanto en el ámbito del consentimiento como en el de las consecuencias y también en el de la disolución.

Efectivamente, hemos pasado de matrimonios acordados por los padres a uniones cuya validez depende del consentimiento libre de los contrayentes y, de otra parte, pasamos de reconocer solamente la separación de cuerpos a asumir la disolución del vínculo matrimonial por separación de hecho decidida libremente por una de las partes.

En el pasado fue considerada como natural la indisolubilidad del matrimonio, la desigualdad entre los cónyuges y la discriminación de los hijos extramatrimoniales, pero hemos superado tal concepción, de modo que es perfectamente posible que nuevas ideas vayan abriéndose paso en este ámbito.

Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene resuelto que:

Desde una perspectiva constitucional debe indicarse que la familia, al ser un instituto

natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. (Expediente 9332-2006-AA, fundamento jurídico 7)

Queda claro, entonces, que no existe una única y eterna concepción verdadera y constitucionalmente válida del matrimonio, sino que su configuración dependerá de la regulación legal.

EL MATRIMONIO OBSERVADO DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA

La familia en general y el matrimonio en particular pueden ser concebidos, claramente, como unidades económicas toda vez que producen y consumen bienes y servicios.

Efectivamente, las parejas producen bienes en forma de comida o ropa y también servicios como comprensión, transporte y cuidado, entre muchos otros económicamente apreciables, aunque algunos carecen de valor monetario. Simultáneamente son también unidades de consumo por cuanto no suelen ser autosuficientes y requieren los bienes y servicios producidos por terceros.

De hecho, las relaciones de pareja aspiran a forjar una forma de cooperación a largo plazo que diferencia a los humanos del resto de mamíferos y esto sucede porque nuestros hijos tardan mucho tiempo en valerse por sí mismos.

Basamos nuestras relaciones en la razonable creencia de que una vida con intercambio de amor es más feliz y también el único modo de alcanzar la realización de la persona. Al respecto, se ha sostenido que al elegir una pareja estamos buscando maximizar nuestra felicidad y nuestro bienestar, aunque a veces obtenemos lo opuesto, pero no por mala suerte. Esperamos estar mejor de lo que estaríamos solos y, por tanto, tratamos de encontrar a alguien que nos aporte aspectos que consideramos 'valiosos', aunque no sea perfecto.

Asumimos que la decisión de consumo en el mercado del amor, es decir la elección de una pareja, puede o no estar informada por consideraciones crematísticas, pero, en todo caso, resulta racional en el sentido de que se sopesan las virtudes del candidato o candidata y el costo de la relación.

El término mercado aplicado a este ámbito lo utilizamos en un sentido metafórico, pero tomando en cuenta que la eficiencia de su funcionamiento debería conducir a los participantes a contraer matrimonios que maximicen su bienestar esperado.

Quien piensa en mantener una relación, ya sea que se trate de una a largo plazo o una de carácter coyuntural, evalúa las particularidades del o la candidata como su aspecto, su expresividad o sus convicciones, entre otras cualidades (lo que vendría a constituir la utilidad) y también toma en cuenta la inversión de tiempo y de recursos que deberá destinar (lo que representaría el costo de la relación).

El noviazgo y eventualmente la convivencia antes del matrimonio tienen gran importancia por cuanto permiten contar de primera mano y sin sesgo con información indispensable sobre las cualidades y defectos del o la candidata antes de formalizar legalmente el matrimonio.

Efectivamente, al comienzo de una relación existe una evidente asimetría en la información porque no conocemos detalles de la otra persona, y por lo tanto, podemos adoptar decisiones sin fundamento que terminarán por llevarnos al desastre o a perder al amor de nuestra vida.

Cabrillo sostiene que encontrar un posible cónyuge con características satisfactorias requiere una inversión de tiempo y recursos, pero no debe ser demasiado prolongada por cuanto los rendimientos marginales de buscar el cónyuge ideal son decrecientes y, además, porque la búsqueda genera costos a quienes la realizan.

El éxito de la pareja se basa en mantener satisfactoriamente la utilidad personal y el financiamiento cooperativo de la vida en común y del sostenimiento de los hijos. Depende también de que los miembros resulten compatibles en el área del consumo (para mantener la armonía) pero se diferencien en la forma de producción (a fin de evitar la competencia interna).

Si, como dijéramos más arriba, las familias son tanto unidades de consumo como de producción, ambos aspectos deben ser tomados en cuenta a la hora de seleccionar una pareja. En el primer ámbito, respecto del consumo, se consiguen mejores resultados cuanto más similares sean los gustos y preferencias de los contrayentes por cuanto no surgirán mayores discrepancias en torno a las opciones admisibles.

Desde la segunda perspectiva, la de la producción, optimizaría las utilidades que un miembro de la pareja complementa las ventajas comparativas que tiene el otro de modo que se favorezca la especialización y la división del trabajo.

Será fundamental encontrar un punto de equilibrio entre lo que cada contrayente entrega (en afecto, comprensión, actividades domésticas y de cuidado, tiempo y/o bienes materiales) y lo que recibe de su pareja. Si uno entrega más que el otro, o si así lo percibe, la relación va a terminar fracasando irremediamente.

Cabe observar que según Adam Smith (1937) las transacciones en el mercado se basan en el egoísmo de los actores. Sostiene que no es la benevolencia del carnicero lo que lo mueve a procurarnos el alimento, sino su propio interés expresado en la utilidad positiva que espera obtener. Sin embargo, Becker (1987) demuestra con fórmulas matemáticas que el altruismo es lo más común en las relaciones de familia por cuanto es lo más eficiente para todos los miembros que obtienen de ese modo mayor seguridad.

Afirma que si cualquiera de los contrayentes sufriese una desgracia

(...) que redujese mucho sus propias rentas, la renta familiar descendería en la misma cuantía. Sin embargo, el consumo de la persona afectada por la desgracia disminuiría en una cuantía menor que la reducción de la renta familiar que induce al altruista a extender las consecuencias de esta reducción de la renta disminuyendo su propio consumo y el de su beneficiario. (Becker, 1987, página 231)

Añade que el altruismo contribuye a la protección que las familias ofrecen a sus miembros contra las desgracias económicas y otras consecuencias de la incertidumbre, pues

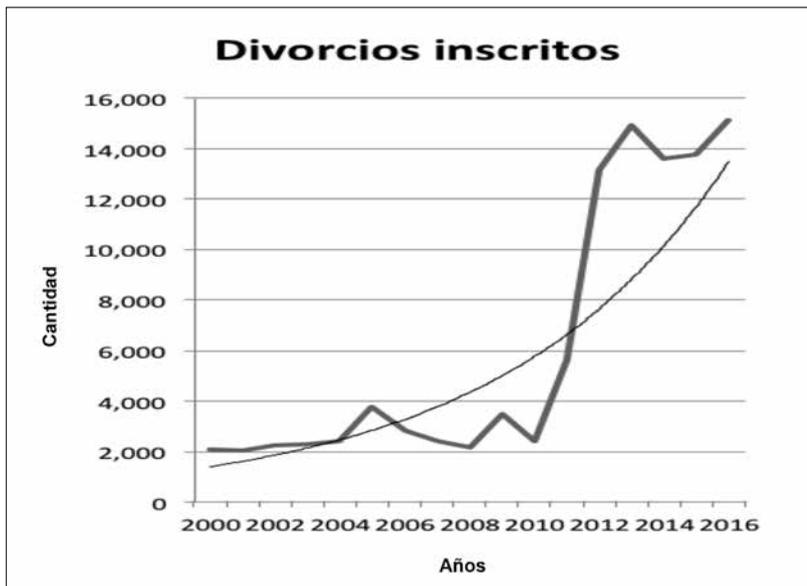
todos los demás se ven inducidos a soportar parte de la carga ocasionada por la variación en el aporte del altruista.

Si se observa la cuestión como un caso de “dilema del prisionero” se podrá advertir que la mejor solución es cooperar uno con el otro y entre los miembros de la familia con especial razón porque, a diferencia del problema desarrollado por Flood y Dresher, conocen la opción de la otra parte y en segundo término porque en la pareja se repiten las situaciones que ofrecen la alternativa cooperación – no cooperación.

En el Perú, la relación costo-beneficio de los matrimonios viene resultando desfavorable en un creciente número de casos y creemos que ello no obedece solo a elecciones incorrectas de pareja (que es algo que siempre ha existido), sino a la rigidez de unas condiciones impuestas por el legislador, pero que se adaptan cada vez menos a las necesidades y preferencias de los contrayentes contemporáneos.

Nuestra apreciación se basa en datos empíricos ciertos y resultados de estudios elaborados por instituciones oficiales. Efectivamente, de acuerdo con la estadística del INEI la cantidad total de divorcios ha venido aumentando sostenidamente desde el año 2000.

Año	Divorcios Inscritos
2000	2,055
2001	2,022
2002	2,231
2003	2,268
2004	2,392
2005	3,744
2006	2,825
2007	2,389
2008	2,138
2009	3,448
2010	2,407
2011	5,625
2012	13,126
2013	14,903
2014	13,598
2015	13,757
2016	15,109



Elaboración: Propia
Fuente: Informes elaborados por INEI en 2012, 2013 y 2017.

De hecho, en 2016 se registraron 7.35 veces más divorcios que a inicios del Siglo XXI, pasando de 2,055 en el año 2000 a 15,109 dieciséis años más tarde. La curva del gráfico muestra con nitidez la magnitud del fenómeno.

como proporción de la cantidad de matrimonios podrá observarse que también existe una tendencia creciente por cuanto pasamos de una tasa 12.22 divorcios por cada 100 matrimonios en 2012 a 16.06 divorcios en el 2016.

Si se toma en consideración la tasa relativa de divorcios, es decir, la cantidad de divorcios

Año	Matrimonios	Divorcios	%
2012	107,380	13,126	12.22
2013	89,763	14,903	16.60
2014	95,770	13,598	14.20
2015	86,191	13,757	15.96
2016	94,094	15,109	16.06

Elaboración: Propia
Fuente: Informe elaborado por el INEI en Diciembre de 2017 "Perú: Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad, 2016".

Como podrá apreciarse, la tasa de divorcios ha crecido exponencialmente con la secuela de controversias y gastos que ello supone¹ y, por

lo tanto, resulta lógico pensar que el legislador debería abrir la posibilidad de que las parejas adecúen, dentro de un universo determinado de opciones que resulten conformes con el orden público, la regulación a la que habrán de subordinar su relación.

1 En términos económicos deberíamos hablar de ineficiencia en el mercado de las relaciones de pareja y esta circunstancia, sin lugar a dudas, incide negativamente en la sociedad como surge del informe "El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos" elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo en el 2018, el cual puede revisarse en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/DEFENSORIA-ALIMENTOS-JMD-27-07-18-2.pdf>

No se trata de convertir al matrimonio en un simple contrato bilateral (y no faltan

expertos que defienden esta opción)², sino que pretendemos poner de relieve que el legislador podría ampliar las opciones de los contrayentes en aspectos tan sensibles como la elección de pareja, la duración de la relación, sus deberes o las consecuencias de la disolución del vínculo.

Esta libertad de opción existe hoy en el ámbito del régimen patrimonial del matrimonio, donde los cónyuges pueden elegir, dentro de un universo acotado de opciones, el régimen de gananciales o el de separación de patrimonios y, eventualmente, pueden modificar la opción inicial.

Es decir que actualmente existe al menos un aspecto en el que el legislador derivó a las partes la regulación del régimen al que habrá de sujetarse la pareja.

Esta opción es no solo conforme con la Constitución sino también con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. El inciso 2) del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Son las leyes las que establecen en qué condiciones y con qué deberes pueden, el hombre y la mujer, contraer matrimonio, añadiendo expresamente que esa regulación no puede resultar discriminatoria.

CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO EN NUESTRO SISTEMA LEGAL, REFORMAS Y LÍMITES

Hemos dejado establecido que el legislador tiene un amplio margen para regular la forma del matrimonio y los supuestos de conclusión del mismo, pero debe tomarse especialmente en cuenta que la legitimidad constitucional de tal regulación depende de la conformidad con el conjunto de principios fundamentales reconocidos en la Constitución.

² Al respecto puede verse Cohen, Lloyd, "Marriage: the long-term contract", en Dnes, Antony y Rowthorn, Robert (Editores) *The law and economics of Marriage & Divorce*, Ed. Cambridge University Press, Londres 2002, pp. 10 a 34.

Analizaremos a continuación algunos aspectos centrales que podrían ser revisados por la normativa civil en relación con el matrimonio.

Con quién casarse

Un aspecto central del matrimonio, donde debe encontrarse especialmente garantizado el respeto por la libertad personal, es el de la elección del contrayente.

Las limitaciones en este campo deben ser observadas con criterio restrictivo y estar respaldadas por justificaciones especialmente intensas.

El legislador ha fijado una serie de restricciones en relación a la persona con la que se puede, válidamente, contraer matrimonio. Estos límites tienen que ver con los siguientes factores:

- a) La edad (241 inciso 1 del Código Civil tomando en cuenta la excepción que él mismo plantea);
- b) La capacidad (241 inciso 2 en relación con el artículo 44 inciso 9 del Código Civil);
- c) El Estado civil (artículo 274 inciso 3 del Código Civil);
- d) El parentesco (artículos 241 inciso 5, 242 incisos 1 al 5 y 274 incisos 4 al 6 del Código Civil); y
- e) La identidad de género del contrayente (artículo 234 del Código Civil).

El legislador ha asociado la validez del matrimonio, en primer término, con la madurez de quien expresa el consentimiento y, por lo tanto, excluye a los menores de edad, aunque hace excepción de los menores de entre dieciséis y dieciocho años siempre que cuenten con el asentimiento de los padres (artículo 244 del Código Civil) o dispensa judicial (artículo 241 inciso 1 del Código Civil).

Por otra parte, el legislador establece que no pueden contraer matrimonio quienes tengan limitaciones respecto de la capacidad de ejercicio de sus derechos. El Código Civil señala, asimismo, que resulta nulo el matrimonio de quien se encuentra casado y prohíbe, además, que puedan contraer nupcias quienes tienen relación de parentesco.

Hasta aquí encontramos una serie de limitaciones objetivas relacionadas con criterios constitucionalmente legítimos que se vinculan con la madurez y la capacidad, así como con la prohibición de la poligamia³ y del incesto.

Sin embargo, el artículo 234 del Código Civil establece que:

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.

En este caso la ley limita la unión voluntaria y consensual de adultos capaces libres de impedimento a sujetos con distinta identidad de género. Si el derecho a la identidad de las personas incluye la identidad de género, como tiene decidido el Tribunal Constitucional a partir de lo resuelto en el expediente 6040-2015-PA/TC, este límite previsto por el Código Civil ha devenido claramente superfluo.

En el fundamento 14 de la sentencia citada se resolvió que el derecho a la identidad personal:

(...) hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad.

Efectivamente, en ejercicio de su libertad toda persona puede contraer matrimonio con otra y, naturalmente, que esta puede ser cisgénero o transgénero, no hay ningún tipo de prohibición al respecto ni tendría por qué haberla. Sin

embargo, el legislador exige que el género con el que se identifica la persona al momento de contraer matrimonio no sea el mismo que el de su pareja. ¿Qué sentido podría tener una exigencia de esta naturaleza?

Me explico, un hombre trans o persona trans masculina (que fue inscrito al nacer como mujer) puede contraer matrimonio, sin duda, pero solo puede hacerlo con una persona cisgénero o transgénero que al nacer haya sido inscrita como hombre.

La identidad de género es una cosa diferente que la orientación sexual. El hombre trans al que hacíamos referencia antes puede mantener relaciones homosexuales (con otros hombres e incluso podría casarse con uno de ellos si fuera cisgénero) o heterosexuales (con mujeres, pero no podría casarse con ellas, salvo que fueran transgénero).

En conclusión, desde nuestra perspectiva no debería ser relevante la identidad de género de los contrayentes que, como ya se ha resuelto, puede cambiar y constituye un derecho fundamental tener la posibilidad de hacerlo.

Por otra parte, limitar el acceso al matrimonio solo a las personas de distinto sexo vulnera, además, el principio de igualdad por cuanto existen relaciones entre adultos, capaces y mayores protegidas por la ley y otras de personas con los mismos requisitos que carecen de reconocimiento y la única razón del trato diferente es el sexo de los contrayentes que constituye un supuesto prohibido de diferenciación según el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24 dejó establecido, por amplia mayoría de votos, que los estados signatarios, entre los que se encuentra el Perú, deben garantizar:

(...) el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. (Punto resolutivo 8)

3 La monogamia constituye parte del patrimonio cultural y moral de la civilización occidental limitando la posibilidad de acceder a múltiples parejas formales. Existen quienes sostienen que este aspecto podría llegar a ser revisado obedeciendo a cambios culturales o limitaciones extremas de la cantidad de hombres o mujeres. Al respecto puede verse, Loewe, Daniel, “La utopía multicultural”, en Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana, Volumen 20, Número 38, Enero-Junio de 2012, pp. 45 a 65. También puede verse Posner, Richard, Sex and reason, Harvard University Press, Cambridge 1992.

Bruno Fernández de Córdova (2018) sostiene que toda vez que no se ha legislado el régimen matrimonial para las parejas del mismo sexo se vulnera por omisión la Constitución. Al respecto sostiene que:

La ausencia de este régimen para parejas del mismo sexo configura una omisión legislativa parcial y genera, por tanto, una situación inconstitucional que debe ser subsanada por el Legislativo, exhortado a través de una sentencia del Tribunal Constitucional, de ser necesario (Página 127).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que “(...) la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas” (Sentencia C-075 de 2007, fundamento 6.2.3.2.).

Desde la perspectiva económica se ha sostenido que para un sistema:

la existencia de discriminación –legal o consuetudinaria- es ineficiente en cuanto no permite que el mercado muestre las ventajas comparativas de los agentes que en él intervienen y la división del trabajo se realice de acuerdo con ellas. Hay, por tanto, una pérdida de renta para la comunidad en la que se practica la discriminación. (Cabrillo 2003, página 93)

Entendemos que uno de los principios que resulta transversal en el derecho de familia contemporáneo es el de igualdad y se aplica tanto al ámbito de los contrayentes entre sí (como personas y en tanto que parte de la sociedad conyugal) y también en el de los hijos.

Podría sostenerse, también, que limitar artificialmente la oferta favorece las elecciones equivocadas y los fracasos matrimoniales resultando, además de inconstitucional y contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, altamente ineficiente.

Plazo de duración del matrimonio

Actualmente los contrayentes se unen en matrimonio por tiempo indefinido, pero está

claro que el vínculo puede disolverse por alguna de las causales previstas en la ley.

Entre dichas causales se encuentra la incluida en el inciso 12) del artículo 333 que se refiere a: “La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad”.

Queda claro entonces, que el legislador no ha previsto la posibilidad de celebrar el matrimonio por un plazo determinado, pero, en todo caso, la decisión libre y unilateral de una de las partes puede ponerle fin si la separación se prolonga por el plazo legal⁴.

En dicho caso se abandona la regla general de que las personas no pueden invocar sus propios actos como fundamento fáctico de la causal de separación personal y del divorcio ulterior.

El legislador ha añadido un costo a la ruptura unilateral incrementando el costo de transacción de este tipo de decisiones. El artículo 345-A del Código Civil establece que para invocar la separación de hecho “(...) el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo” y añade que “Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”⁵.

Desde nuestra perspectiva, el legislador podría disponer que el matrimonio se presuma celebrado por tiempo indeterminado salvo que los contrayentes acuerden un plazo fijo con o sin cláusula de renovación automática. En este caso deberán preverse la situación de los hijos⁶ y la de las obligaciones frente a terceros.

4 Esta decisión unilateral puede dar lugar al pago de una indemnización, pero no modifica el efecto de disolución del vínculo.

5 Al respecto se ha afirmado que entre más costoso sea un error, menos probable será que se cometa y un error en la elección de cónyuge es más costoso en un sistema que fija responsabilidades que en uno donde no existen y por lo tanto este tipo de medidas favorece la estabilidad de las parejas y crea un incentivo para que las parejas para crear métodos de solución de sus diferencias. Al respecto puede verse POSNER, RICHARD, *EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*, ED. FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, SEGUNDA EDICIÓN, MÉXICO 2013, pp. 244 y SIGUIENTES.

6 Podría resultar aplicable la regla prevista en el artículo 340 del Código Civil.

Si al celebrar el matrimonio se conoce el plazo de duración del mismo y la relación concluye en dicho momento no habrá perjuicio y si se lo celebra sin plazo de conclusión la interrupción unilateral debería ser indemnizada en los términos planteados.

Entendemos que las partes deberían poder determinar el plazo de duración del matrimonio y esta regulación de la forma del mismo resultaría perfectamente conforme con la Constitución.

Si se introduce esta opción se favorece la adaptación y flexibilidad de los acuerdos matrimoniales, ya que es muy complicado prever desde el inicio todos los avatares que podría atravesar una relación. El vencimiento periódico permite adaptar los términos del acuerdo a las nuevas circunstancias colaborando a desarrollar de forma eficiente las relaciones matrimoniales.

Se ha sostenido que cuando el matrimonio se celebra por un plazo determinado y se repiten acuerdos de este tipo se refuerzan los incentivos para que los cónyuges mantengan una actitud de cooperación (Cabrillo 1996).

Una medida como esta no constituye un atentado contra el matrimonio, por el contrario, tiende a favorecer la estabilidad de estas uniones cuya forma se adapta a la voluntad libre de las partes y cada pareja podrá fijar este tipo de reglas a la medida de sus preferencias e intereses.

Naturalmente que quienes crean que el matrimonio debe ser para toda la vida tendrán la opción de pactarlo de ese modo, pero podría discutirse si es legítimo que tal convicción, aunque resulte mayoritaria, limite la posibilidad de configuración de aquellos que pudieran tener una idea diferente.

Régimen patrimonial

En relación con las consecuencias patrimoniales del matrimonio existe la posibilidad de que las personas opten por el régimen de gananciales o el de separación de patrimonios, pero a falta de previsión la regla aplicable es la de comunidad de bienes.

Podrían existir otros regímenes patrimoniales en los que cada contrayente administre su propio patrimonio y disponga libremente de

sus bienes (independientemente del momento y el título de la adquisición), pero a la hora de la liquidación se constituye una masa común con los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso.

Si se va a establecer una opción por defecto debería ser analizada en términos económicos, es decir, desde la perspectiva de los incentivos que genera y, eventualmente, modificarla por alguno de los regímenes alternativos.

Se ha sostenido, por ejemplo, que:

Una norma que estableciera la separación de bienes como regla general a falta de acuerdo en contrario podría, posiblemente, haber producido el efecto de dar incentivos a las mujeres para intentar obtener una cualificación que les habría permitido generar por sí mismas ingresos suficientes en el mercado o pactar condiciones ventajosas para el caso de divorcio. (Cabrillo 1996, página 88)

También podría eliminarse la opción por defecto forzando a que los contrayentes analicen las opciones disponibles y escojan específicamente el régimen que mejor se acomode a sus intereses o habilitarse la posibilidad de que los contrayentes diseñen su propio régimen de capitulaciones y pactos para el manejo y la disolución del patrimonio común.

El legislador ya ha introducido expresamente la posibilidad de que las partes escojan el régimen patrimonial. El siguiente paso podría ser el de habilitar la posibilidad de que las partes diseñen su propio régimen⁷, eliminando, además, la opción por defecto para que deban reflexionar expresamente sobre el punto antes de contraer matrimonio.

Condiciones para el desarrollo de la relación

El Código Civil fija una serie de deberes para los contrayentes como los de fidelidad y cohabitación, sin embargo, entendemos que el legislador podría incluir la posibilidad de que los contrayentes pacten condiciones particulares para el desarrollo del vínculo

⁷ De hecho, los contrayentes podrían pactar porcentajes distintos, basados en consideraciones personales sobre la formación del patrimonio familiar y el aporte de cada uno o derivar la decisión a un tercero.

matrimonial.

Si las partes pueden conducir su vida y el matrimonio conforme a sus convicciones, no vemos ninguna razón por la cual no pudieran fijar expresamente aquellas condiciones dentro de las cuales se desenvolverá la convivencia.

Los contrayentes deberían poder decidir si convivirán permanente u ocasionalmente. No podría decirse que hay abandono del hogar conyugal si las partes acuerdan mantener una relación con convivencia ocasional o semipermanente.

Es cierto que la cooperación en el seno de la familia se fortalece con la interacción de los miembros, pero no descarto que, en determinados casos, la convivencia permanente pudiera ocasionar un desgaste peligroso.

Por otra parte, las parejas monogámicas podrían ser simultáneamente poliamorosas, en el sentido de que los contrayentes podrían acordar la posibilidad de mantener relaciones sexuales o incluso sentimentales con parejas diferentes.

De esta forma, el poliamor no configuraría adulterio por cuanto los tres o más participantes han prestado consentimiento. Solo se configuraría tal causal de divorcio si no existe acuerdo entre todas las partes, incluyendo a la pareja extramatrimonial y el cónyuge.

Las relaciones poliamorosas no constituyen tampoco poligamia porque no se realizan matrimonios múltiples simultáneos. Efectivamente, de acuerdo con la definición de la Real Academia, la poligamia (que puede adquirir la forma de poliandria o poliginia)⁸ constituye un “Régimen familiar en que se permite, generalmente al varón, la pluralidad de cónyuges”.

Considero importante destacar que no promovemos ni practicamos tales opciones, pero de ello no se deriva que los cónyuges no deban poder pactarlas.

Por último, señalaremos que las parejas podrían celebrar acuerdos que importen obligaciones especiales de los contrayentes como permitir el acceso recíproco al teléfono celular del

otro, tener o no tener hijos, salvo que existan impedimentos físicos, o cualesquiera otras que consideren relevantes y, eventualmente, podrán pactar consecuencias indemnizatorias para el caso de incumplimiento.

CONCLUSIONES

Toda persona tiene derecho a formar una familia conforme a sus propias convicciones, su identidad y su orientación, por lo tanto, concebimos al matrimonio como la unión de dos personas adultas, capaces y libres de impedimento.

El constituyente resaltó la relevancia que le asigna a esta institución, pero derivó al legislador la regulación de su forma, así como la de las causales de separación y disolución.

La Constitución no determina la identidad de género de quienes contraen matrimonio y por lo tanto la restricción inconstitucional contenida en el artículo 234 del Código Civil puede ser eliminada por medio de una ley ordinaria.

Por otra parte, el constituyente previó la posibilidad de que el matrimonio durara por toda la vida de los contrayentes, pero dispuso que estos cuenten con la posibilidad de ponerle término unilateralmente.

Entendemos que la ley podría ampliar el margen de autodeterminación de las partes, aunque observando, claro, el límite de los derechos fundamentales.

La existencia de normas que regulen el matrimonio reduce los costos de transacción de la negociación de las cláusulas, pero creemos, aun así, que a fin de evitar la repetición de fracasos como el que revelan las estadísticas presentadas debería tenderse a que las parejas tengan autonomía para acordar las condiciones básicas de su propia unión.

En todo caso las reglas que regulan la materia en el Código Civil constituirán el marco de referencia cuando se presente una situación de insuficiencia o ambigüedad de las cláusulas pactadas.

Creemos que las parejas deben poder determinar con autonomía la forma de llevar adelante su relación en aspectos tan relevantes como el de la convivencia o el de las relaciones sexuales.

⁸ La primera se refiere al estado de la mujer casada con más de un hombre y la segunda, que es más común, alude al hombre casado con varias mujeres.

Las medidas propuestas no atentan contra el matrimonio y aunque podrían desalentar la celebración de uniones creemos que estabilizarán las relaciones de pareja que se basarán en los legítimos intereses y expectativas de los contrayentes.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Becker, Gary (1987). *Tratado sobre la familia*. Madrid, España: Ed Alianza Universidad.

Cabrillo, Francisco (1996). *Matrimonio, familia y economía*. Madrid, España: Ed. Minerva.

Cohen, Lloyd (2002). Marriage: the long-term contract, en Dnes, Antony y Rowthorn, Robert (Editores) *The law and economics of Marriage & Divorce*, Londres, Inglaterra: Ed. Cambridge University Press.

Engels, Federico (2008). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Madrid, España: Alianza Editorial.

Miranda, Sandra Liliana (2014). *Si Cupido supiera de economía....*. Bogotá, Colombia: Ed. Diana.

Posner, Richard (1992). *Sex and reason*. Cambridge, Inglaterra: Harvard University Press.

Posner, Richard (2013). *El análisis económico del derecho*. Segunda Edición. México, México: Ed. Fondo de Cultura Económica,

Smith, Adam (1937). *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Nyeva York, Estados Unidos: Ed. Modern Library.

Szuchman, Paula y Anderson, Jenny (2011). *El negocio del matrimonio*. Barcelona, España: Ed Urano.

Fuentes hemerográficas

Cabrillo, Francisco (2003). El análisis económico de la familia. En *Arbor*, Volumen 174, Número 685. Páginas 77-97.

Loewe, Daniel (2012). La utopía multicultural. En *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, Volumen 20, Número 38, Enero-Junio de 2012. Páginas 45-65.

Pinochet Olave, Ruperto y Ravetllat Ballesté, Isaac (2015). El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Número 44. Páginas 69-96.

Fuentes electrónicas

Defensoría del Pueblo (2018). El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos. Recuperado del sitio de internet: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/DEFENSORIA-ALIMENTOS-JMD-27-07-18-2.pdf>

Fernández de Córdova, Bruno (2018). Fundamentos constitucionales del matrimonio igualitario, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Disponible en <https://bit.ly/2TJVLxa>.

Gherzi, Enrique, Conferencia (2016) Derecho: Por amor o por dinero. Enrique Gherzi, disponible en <https://bit.ly/2HnR85x>.

Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (2012). La Nupcialidad en los Distritos del Área Metropolitana de Lima y Callao, 2010. Disponible en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1045/Libro.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (2013). Perú: Nacimientos, Defunciones, Matrimonio y Divorcios, 2011. Disponible en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1081/libro.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (2017). Perú: Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad, 2016 (Departamento provincia y distrito). Disponible en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1485/libro.pdf