



UNAP

ESCUELA DE POSGRADO



**MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL**

TESIS

**LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSAL DE CONFIRMACIÓN DEL
MATRIMONIO INICIALMENTE INVÁLIDO EN EL DISTRITO
JUDICIAL DE LORETO**

AUTOR

Abog. RICARDO ADOLFO GUTIERREZ CORREA

ASESOR

Mgr. ROGER ALBERTO CABRERA PAREDES

**PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER EN DERECHO CON
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**IQUITOS - PERU
2016**

JURADO CALIFICADOR

.....
Abog. ANTONIO PADILLA YEPEZ, Dr.
PRESIDENTE

.....
Abog. HENDRICKSON MARCELINO SAENZ DIAZ, Mgr.
MIEMBRO

.....
Abog. MARIA ESTHER CHIRINOS MARURI
MIEMBRO

.....
Dr. ROGER ALBERTO CABRERA PAREDES
ASESOR

DEDICATORIA

**A LOS PROFESORES DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA, POR
HABER DESARROLLADO LAS ASIGNATURAS JURIDICAS DE
MANERA EXELENTE, CON ALTA CALIDAD ACADEMICA**

RECONOCIMIENTO

- MI ESPECIAL RECONOCIMIENTO A LAS AUTORIDADES DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONÍA PERUANA, POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE PROMOVER MI SUPERACION PROFESIONAL EN EL CAMPO DEL DERECHO.

ÍNDICE

| | |
|----------------------|----|
| Jurados | 02 |
| Dedicatoria | 03 |
| Reconocimiento | 04 |
| Indice | 05 |
| Resumen | 08 |
| Abstract..... | 09 |
| Introducción | 10 |

Título I

Planteamiento del problema

| | |
|--|----|
| 1.1. Descripción de la realidad problemática | 11 |
| 1.1.1. Problema principal | 12 |
| 1.1.2. Problemas secundarios | 12 |
| 1.2. Delimitación de la investigación | 12 |
| 1.3. Justificación e importancia de la investigación | 12 |
| 1.4. Objetivos de la investigación | 13 |

Título II

Marco teórico de la investigación

Capítulo 1

Del Acto jurídico

| | |
|--|----|
| 2.1.1. Definición y estructura del acto jurídico | 14 |
| 2.1.2. Validez e invalidez del acto jurídico | 19 |
| 2.1.3. Nulidad y anulidad de los actos jurídicos | 21 |
| 2.1.4. La confirmación del acto jurídico | 30 |

Capítulo 2

Del matrimonio

| | |
|---|-----|
| 2.2.1. El matrimonio en la Constitución | 34 |
| 2.2.2. El matrimonio. Antecedentes históricos | 38 |
| 2.2.3. Naturaleza jurídica del matrimonio. Características. Clases | 40 |
| 2.2.4. Requisitos del matrimonio atendiendo nuestra legislación civil | 48 |
| 2.2.5. Impedimentos para el matrimonio | 52 |
| 2.2.6. De las formalidades para la celebración del matrimonio | 72 |
| 2.2.7. Del matrimonio civil en las comunidades campesinas y nativas..... | 85 |
| 2.2.8. Del matrimonio en inminente peligro de muerte | 86 |
| 2.2.9. La prueba del matrimonio | 88 |
| 2.2.10. Extinción del matrimonio | 91 |
| 2.2.11. ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo? | 92 |
| 2.2.12. Teoría de la invalidez del matrimonio | 95 |
| 2.2.13. De los casos de nulidad matrimonial | 100 |

| | |
|---|-----|
| 2.2.14. De los casos de anulabilidad matrimonial | 105 |
| 2.2.15. De los matrimonios ilícitos | 110 |
| 2.2.16. De los efectos de la invalidación matrimonial | 111 |

Título III

Metodología de la investigación

| | |
|---|-----|
| 3.1. Tipo de investigación | 114 |
| 3.2. Método de la investigación | 114 |
| 3.3. Universo de la investigación y muestra | 114 |
| 3.4. Técnicas de recolección | 115 |
| 3.5. Procesamiento y análisis de datos | 116 |

Título IV

Contrastación de hipótesis de la investigación

| | |
|--|-----|
| 4.1. Contrastación de hipótesis | 117 |
| 4.1.1. Hipótesis general | 117 |
| 4.1.2. Hipótesis secundarias | 117 |
| 4.2. Variables e indicadores | 117 |
| 4.3. Operacionalización de variables e indicadores | 118 |
| 4.4. Análisis, interpretación y evaluación de los resultados | 119 |
| Conclusiones | 129 |
| Recomendaciones | 130 |
| Referencia bibliográfica | 131 |

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad explicar el por qué debería considerarse a la prescripción como una modalidad de confirmación del matrimonio inicialmente inválido.

Para ello, hemos estructurado el presente trabajo del siguiente modo:

- El primer título está referido al planteamiento del problema, sus antecedentes y formulación, los objetivos, justificación, importancia y limitaciones de la investigación.
- El segundo título contiene el marco teórico de esta investigación; así, consideramos la teoría del acto jurídico, requisitos, diferenciación entre nulos y anulables, convalidación, el matrimonio, requisitos.
- El tercer título comprende la metodología empleada en la investigación: el tipo y diseño de la investigación, técnicas e instrumentos, población, muestra, diseño estadístico, etc.
- El cuarto título es propiamente la contrastación de la hipótesis, así como el análisis de los resultados obtenidos.
- Finalmente, se encuentran las conclusiones y recomendaciones a la que hemos arribado.

SUMÁRIO

Esta pesquisa tem como objetivo explicar por que a prescrição deve ser visto como uma forma de confirmação casamento inicialmente inválido.

Para fazer isso, estruturamos este papel da seguinte forma:

- O primeiro título é referida a declaração do problema, sua história e desenvolvimento, objetivos, justificativa, importância e limitações da pesquisa.
- O segundo título contém o quadro teórico desta pesquisa; por isso, consideramos a teoria do acto jurídico, os requisitos, a diferenciação entre os requisitos nula ou anulável, validação de casamento.
- O terceiro título inclui a metodologia utilizada na pesquisa: o tipo de design e técnicas e instrumentos de pesquisa, a população, amostra, design estatística, etc.
- O quarto título é propriamente o teste da hipótese e análise dos resultados.
- Finalmente, existem as conclusões e recomendações que tenham chegado

INTRODUCCIÓN

En una sociedad como la nuestra, donde aún tenemos graves problemas con nuestro sistema de registros públicos, más en las ciudades de provincias, es posible que una persona pueda contraer matrimonio dos o más veces, generando complicaciones a su fallecimiento y con graves problemas de carácter sucesorio.

A ello debe agregarse el hecho de que el Código Civil establece que la impugnación la puede hacer el cónyuge afectado y que el plazo para interponerlo es relativamente bastante corto: un año. Empero, si dicho cónyuge no impugna ¿se convalida el matrimonio inicialmente inválido? De ser así ¿cómo queda el primer matrimonio? ¿se disuelve? ¿y los derechos sucesorios de la cónyuge a quién asiste?

Todo esto nos lleva a realizar la siguiente investigación, con la finalidad de contribuir a la solución de esta problemática.

El autor

Título I

Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

El tema que hoy nos convoca no es un tema nuevo, sino que se presenta con cierta frecuencia en nuestra sociedad y trae consigo importantes consecuencias que no se pueden ignorar.

Y es que muchas veces sucede que al fallecimiento de una persona aparecen temas que ocasionan serios conflictos entre los sucesores, quienes asumían no tener mayor problema en este tema, ello ocurre –por ejemplo- cuando el causante ha fallecido casado con dos o más personas.

La verdad que el tema no es difícil de entender si se explica por el hecho de que en nuestro país no existe un sistema registral unificado a nivel nacional y que permita verificar el real estado civil de los contrayentes, de modo que pueda verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma civil.

Es de resaltar que no nos estamos poniendo en el caso de una simple bigamia con connotaciones penales, sino lo que sucede a la muerte del causante y la de su esposa en el primer matrimonio ¿cómo quedan los herederos? ¿cómo queda la segunda esposa? ¿su matrimonio es nulo o se convalida? ¿Y si ambas esposas están vivas, cuáles son las consecuencias de ambos matrimonios?

A través de esta investigación intentamos encontrar estas respuestas atendiendo a lo que establece nuestro ordenamiento civil vigente y a lo resuelto en la jurisprudencia nacional.

Definición del problema

1.1. Problema principal

¿Es posible afirmar que si no se acciona judicialmente de manera oportuna para declarar la nulidad de un matrimonio inicialmente inválido, queda confirmado por prescripción?

1.2. Problemas secundarios

¿Es posible afirmar que la prescripción es una modalidad de confirmación del acto jurídico?

¿Qué consecuencias jurídicas, sociales y económicas trae la confirmación por prescripción del matrimonio inicialmente inválido?

1.2. Delimitación de la investigación

Nuestro campo de investigación se limita al Distrito Judicial de Loreto para el período comprendido desde 2012-2014.

1.3. Justificación e importancia

Consideramos que la presente investigación revela su importancia y encuentra justificación, puesto que:

1. En principio, es de resaltar que el tema materia de esta investigación no ha sido objeto de mayor estudio, a pesar de sus evidentes repercusiones en la sociedad y de manera concreta en familias que se ven enfrentadas a la muerte de su causante.

2. Es un tema de derecho que merece ser estudiado a fin de poder plantear alternativas de solución a los problemas propuestos.
3. Finalmente, consideramos que el presente trabajo que es inédito –al ser específico sólo a la prescripción como confirmación del matrimonio inicialmente inválido en el distrito judicial de Loreto- puede significar el derrotero para otros investigadores que se inicien sobre nuevos casos que contribuirán a mejorar el servicio de justicia en el país.

1.4. Objetivos generales y específicos

Objetivo general

Explicar el por qué debería considerarse a la prescripción como una modalidad de confirmación del matrimonio inicialmente inválido.

Objetivos específicos

- a) Demostrar en qué medida la confirmación por prescripción es una modalidad de esta.
- b) Explicar que la confirmación por prescripción genera consecuencias jurídicas, económicas y sociales.

Título II
Marco teórico de la investigación
Capítulo 1
El acto jurídico

2.1.1. Definición y estructura del acto jurídico

Para comprender mejor las diferencias existentes entre nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos,¹ consideramos necesario hacer una rápida revisión de lo que en doctrina se conoce como la estructura del acto jurídico pues, como lo sostiene muy bien Bigliuzzi,² el análisis específico de los requisitos o elementos con los cuales suele identificarse la estructura del negocio –aun cuando frecuentemente lleva a descomponer artificialmente una entidad por completo unitaria- por lo demás, se justifica a nivel práctico por el hecho de que la falta de uno de los requisitos indicados produce la nulidad del contrato.

Entre las definiciones dadas sobre acto jurídico por juristas peruanos, destacamos la de Jorge Eugenio Castañeda³ que nos dice que el negocio jurídico hay que definirlo

¹ En el presente trabajo y siguiendo lo establecido por el Código Civil y la doctrina peruana, utilizaremos como sinónimos acto jurídico y negocio jurídico. Romero Montes, Francisco. *Curso del Acto Jurídico*. Ed. Portocarrero. 1ª. Edición. Lima, diciembre 2003, pág. 41, sostiene que tratadistas como Vidal Ramírez, De la Puente y Lavalle, Aníbal Torres y últimamente Lohmann consienten en que estamos frente a una sinonimia conceptual. Lo mismo sucede con autores como Salvat, Brebbia, Bofia y Abelanda. Recordemos que la tesis del negocio jurídico fue introducido por los alemanes y posteriormente por los italianos y en España. El Código Civil peruano recoge la tesis del acto jurídico, de la doctrina francesa, tal como lo han recogido también los códigos de Brasil y Argentina. Sobre el tema, Nelwin Castro Trigos, en su *Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa. Cuadernos Jurisprudenciales No.45. Año 4. Marzo 2005*. Ed. Gaceta Jurídica, pág.4, nos dice: “En efecto, como es sabido, el *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* regula, por vez primera en la historia, el negocio jurídico en su parte general, dándole con semejante operación un alcance general y expansivo que gobierna toda manifestación de autonomía privada (desde el contrato hasta el testamento). Por su parte, el *Code Napoléon*, se limita a regular el contrato, desconociendo la categoría negocial. Asimismo, el *Codice Civile* contiene una regulación del contrato y una norma que extiende directamente la aplicación de su disciplina a los negocios unilaterales, con tal que sean patrimoniales e intervivos.

² Bigliuzzi Geri, Lina y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen 2. Traducción Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia.

³ Citado por Jesús Vega Vega, en el *Código Civil y Código de Procedimientos Civiles*. Palestra Editores. 1ª. Edición. Lima 1998. Pág. 59.

como manifestación de voluntad que se dirige a un fin práctico y que el ordenamiento jurídico tutela, teniendo en cuenta la responsabilidad del o de los sujetos y la confianza de los demás.”

León Barandiarán⁴ afirma que el acto jurídico es el hecho voluntario y lícito, cuyo efecto es querido directamente por el agente, y en el cual existe una declaración de voluntad (...) Efecto querido decimos, pero –entiéndase bien- sólo capaz de devenir eficaz en virtud de lo dispuesto en la norma de derecho objetivo (...) Por el carácter de voluntarios (lo que se deduce la exigencia de agente capaz) deben entenderse, pues, los hechos causados por la voluntad humana y cuyo efecto es querido por la misma, por lo que se distinguen de los hechos también dependientes de esa voluntad, pero cuyo efecto no es querido por la misma; es decir, se distinguen de toda otra clase de hechos jurídicos de carácter lícito. Por el carácter lícito se subraya la distinción de los actos jurídicos frente a otra clase distinta de hechos jurídicos, cuales son los actos ilícitos”...

Por su parte, Torres Vásquez⁵ define al acto jurídico como el hecho humano, voluntario lícito, con manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos consistentes en crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Romero,⁶ igualmente, sostiene que el acto jurídico es un hecho jurídico humano, voluntario, lícito, que tiene en común la de ser queridos por sus autores para conseguir un cierto efecto, el cual si se verifica es consecuencia inmediata de la voluntad, es decir, implica la existencia de una manifestación de voluntad con un determinado fin.

Vidal Ramírez⁷ sostiene que al hecho jurídico voluntario se le denomina acto jurídico, considerándosele como una conducta humana productora de efectos jurídicos, de tal suerte que tales hecho pueden ser lícitos o ilícitos. El acto jurídico dentro de esta concepción es pues, resultado de una conducta humana productora de

⁴ Citado por Vega, Op. Cit., pág.61.

⁵ Torres Vásquez, Aníbal. *Código Civil*. 5ª. Edición. Ed. Idemsa – Temis. Lima 2000. Pág. 97.

⁶ Op. Cit., pág. 39.

⁷ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil Peruano*. Ed. Cuzco. Lima 1989.

efectos jurídicos precisos y previstos por la ley. Y de este planteamiento surge la diferencia con el negocio jurídico que produce sus efectos porque el sujeto los ha querido y buscado voluntariamente y así, para el acto jurídico los efectos de producen ex lege, mientras que para el negocio jurídico se producen ex voluntate (...) la voluntad que genera el acto es la voluntad privada (...) es la voluntad declarada por un sujeto que, en plena conciencia, la destina a producir un efecto jurídico.”

De los juristas extranjeros, destacamos el de Galgano,⁸ quien sostiene que la esencia del negocio jurídico radica en que es una manifestación o declaración de voluntad, explícita o resultante de un comportamiento concluyente, dirigida a producir efectos jurídicos, que el ordenamiento realiza en razón de que han sido deseados.”

El negocio –afirma Savigny- es la manifestación de la capacidad natural de la persona para inducir cambios mediante actos de voluntad. Windscheid, añadirá que es también una expresión de la fuerza creadora de la voluntad. La coordinación de los intereses distintos o contrapuestos es realizada, así, mediante una categoría jurídica unitaria, al interior de la cual se disuelven las distinciones sociales, y una categoría a tal punto abstracta que está en condición de realizar el máximo grado de igualdad jurídica entre los individuos.”⁹

El artículo 140 de nuestro Código Civil, define al acto jurídico¹⁰ como ...“la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

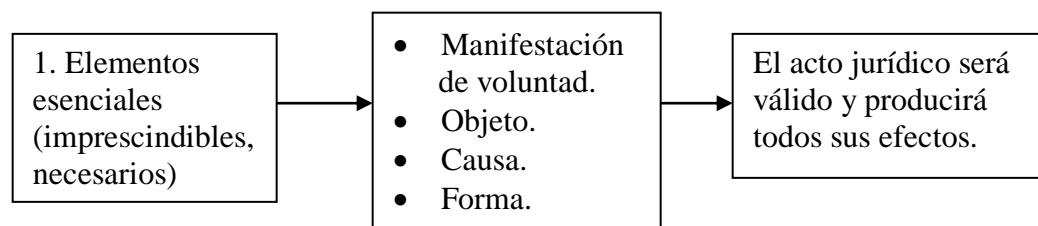
⁸ Galgano, Francesco. “*Crepúsculo del negocio jurídico.*” Material de estudio de la asignatura de Acto Jurídico de la Facultad de Derecho de la PUCP, pág. 86.

⁹ Citados por Galgano, Op. Cit., pág. 98.

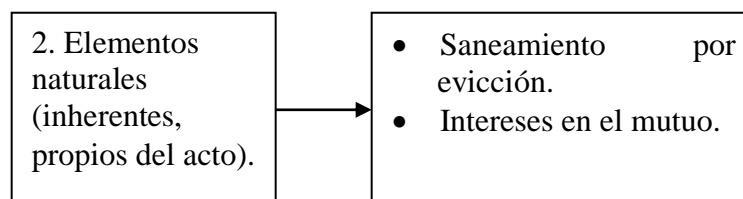
¹⁰ Vega, Op. Cit., pág. 66 afirma: “Nosotros propugnamos el acto jurídico como una unidad conceptual de análisis de la conducta humana integrada orgánicamente por tres características estructuralmente necesarias e indesligables: voluntariedad (saber y querer) fenomividad (manifestar) efectividad (obligarse). No es sólo la efectividad jurídica lo que define al acto jurídico, como tampoco tienen suficiente fuerza definitoria la voluntariedad o la fenomividad por sí solos. Es la interrelación sistemática entre los tres factores lo que constituye al acto jurídico en su plena realidad entitiva.”

- a. Agente capaz.
- b. Objeto física y jurídicamente posible.
- c. Fin lícito.
- d. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.”¹¹

De las definiciones dadas, en *la doctrina tradicional* se considera que el acto jurídico presenta la siguiente estructura:



Según este criterio, estos elementos esenciales necesariamente tienen que estar en el acto jurídico para que produzca los efectos querido por las partes de una relación jurídica. Caso contrario, el acto jurídico no tendrá eficacia.¹²

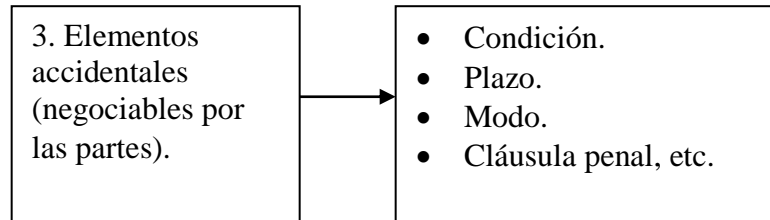


Como podemos observar, los elementos naturales¹³ son aquéllos en que las partes pueden acordar no incluirlos, puesto que forman parte intrínseca del acto jurídico en

¹¹ Torres, Op. Cit., pág. 97.

¹² Romero, Op. Cit., pág. 53, sostiene que ...“los elementos esenciales no pueden faltar en los actos jurídicos, so pena de destruir la esencia de los mismos y, la voluntad de los celebrantes, no puede hacer nada para menoscabarlos.” Taboada Córdova, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico*. Material de estudio del Curso a Distancia para Magistrados de la Academia de la Magistratura. Lima, agosto 2000, pág.38, señala que ...“en la doctrina tradicional a los elementos se les denominaba *elementos esenciales*, para dar a entender que los mismos eran necesarios para la formación del acto jurídico.” Para Santoro, citado por Bigliazzi, Op. Cit., pág. 686, voluntad, acto y causa son los elementos constitutivos del negocio.

concreto regulado por la ley, en otros palabras, sus efectos lo dispone la norma.¹⁴
Esta es la razón por la que se objeta esta clasificación, toda vez que en realidad se trata de efectos del acto jurídico.¹⁵



En este caso, los denominados elementos accidentales pueden ser negociados y acordados, es decir, basados en el principio de autonomía de la voluntad que rige para los actos jurídicos, las partes pueden o no incorporarlo libremente a su relación jurídica. Esta es la razón, después de todo, para que en doctrina también se objete esta clasificación, teniendo en cuenta que en realidad se trata de modalidades del acto jurídico.¹⁶

¹³ Bigliuzzi, Op. Cit., pág. 687 nos dice: “En realidad, los pretendidos elementos naturales de un negocio no son sino verdaderos efectos legales destinados a adquirir una relevancia especial con relación al desenvolvimiento normal de la función económica específica del tipo contractual”...

¹⁴ En Romero, Op. Cit., pág. 53 se lee: “La denominación de naturales, se debe al hecho que su existencia no depende de los celebrantes del acto jurídico, sino que forma parte de la naturaleza del acto jurídico en concreto y que es colocado por la ley. No obstante, quienes celebren un acto de esta especie, tienen el poder para separarlos del contenido del acto jurídico sin ocasionar una perturbación en el acto jurídico.”

¹⁵ Taboada, Op. Cit., pág. 41, afirma que los denominados elementos naturales ...“no son elementos de un acto jurídico, sino únicamente efectos jurídicos que producen por expresa disposición de la ley determinados actos jurídicos, de modo tal que no se justifica en modo alguno esta categoría clásica y tradicional, por tratarse de efectos jurídicos que se producen necesariamente ex lege.”

¹⁶ Taboada, Op. Cit., pág. 42, nos dice que los elementos accidentales del acto jurídico ...“no son tales, por cuanto se trata de modalidades que las partes libremente pueden incorporar a la estructura de un acto jurídico y en cuyo caso, una vez incorporadas las mismas pasan a formar parte de la estructura del acto jurídico particular de que se trate, razón por la cual no se encuentra justificada tampoco esta categoría”... Romero, Op. Cit., pág. 54, sostiene que ...“son aquellos impuestos por las partes (...) por ser necesarios para satisfacer exigencias.” Bigliuzzi, Op. Cit., pág.688, expone: “En especial se ha hablado de elementos accidentales del negocio con referencia a tres esquemas que, desde tiempos remotos, adquirieron un relieve casi paradigmático: condición, término, modo (carga).”

2.1.2. *Validez e invalidez del acto jurídico*

Para algunos autores¹⁷ no existe una mayor diferencia entre invalidez o ineficacia, considerando a los dos como sinónimos. Sin embargo, como bien lo señala Marcial Rubio,¹⁸ en nuestro Código Civil se utiliza el término validez de una manera indistinta; así puede ser ...“un adjetivo, en otros casos es una afirmación genérica de validez, en otros es una afirmación intensiva de validez (“el acto solo será válido”) y en otros, finalmente, el término es utilizado bajo forma condicional, por ejemplo, cuando se dice “para la validez se requiere”. Igualmente, el término de invalidez es utilizado en ocasiones como sinónimo de *nulidad*, en otros como expresión particular *carece de valor* y en otro se habla de *invalidación de pleno derecho*.

Torres Vásquez¹⁹ define al acto jurídico válido como el que reúne todos los requisitos exigidos por ley (tanto los comunes a todo acto jurídico como los específicos para cada acto en particular), además de los voluntariamente añadidos por las partes, y siempre que tales requisitos carezcan de vicios que los afecten, caso contrario deviene en *inválido*.

Romero²⁰ nos dice que un acto jurídico es válido en cuanto reúne todos estos requisitos esenciales, sin los cuales no puede producir efectos ante el Derecho. Por el contrario, el acto jurídico será inválido si no cuenta con tales exigencias necesarias y por lo tanto no se producirán los efectos jurídicos.

¹⁷ Díez Picazo, Luis. *Eficacia e ineficacia del acto jurídico*. Estudio monográfico aparecido en el anuario de Derecho Civil. Serie I. Número 2. Tomo XIV. Fascículo II. Publicación del Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid – España 1996, pág. 824, nos dice: “La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible. No es lo más grave la arbitrariedad de la terminología, puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido, por lo que invalidez e ineficacia son conceptos iguales.”

¹⁸ Op. Cit., pág. 19.

¹⁹ Op. Cit., pág. 222.

²⁰ Op., Cit., pág. 299.

Bigliuzzi,²¹ por su parte, nos dice que ...“en general, hay invalidez del negocio cuando el acto de autonomía, considerado en concreto, presenta una o varias anomalías con respecto al modelo legal, de modo de provocar una valoración negativa de parte del ordenamiento.” Más adelante refiere que esta invalidez se refiere únicamente a las categorías de nulidad y anulabilidad del acto jurídico.

Betti²² nos da la siguiente definición: “Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece.”

Concordante con lo expuesto, García Amigo²³ nos ilustra en los términos –que también lo asumimos- al sostener que ...“ambos conceptos se manifiestan en dos planos distintos: la validez-invalidez se refiere a la celebración del negocio, mientras la eficacia-ineficacia es la consecuencia del negocio, la invalidez actúa como causa de ineficacia, originando uno de sus supuestos más importantes.”

A partir de esta aclaración podemos entender –entonces- que existen algunos actos jurídicos totalmente válidos, pero que son ineficaces, como ocurre con el testamento, cuya ineficacia está dada por la ley hasta después de la muerte del testador. Por el contrario, hay también actos inválidos que resultan tener eficacia, tal como sucede en los actos anulables que surten sus efectos en tanto no se declare de manera expresa y judicialmente su nulidad. Igual ocurre en el caso de la simulación, que sí surte sus efectos para el tercero que de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.²⁴

De manera general, podemos concluir esta parte afirmando que la invalidez es la causa principal para la ineficacia del acto jurídico. La invalidez, en consecuencia, es la especie de la ineficacia. La nulidad y anulabilidad implica la invalidez del acto

²¹ Op. Cit., pág. 1026.

²² Citado por Rubio Correa, Marcial. *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*. Vol.IX. 5ª. Edición. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. Lima, mayo 2001, pág. 16.

²³ Citado por Rubio, Op. Cit., pág. 18.

²⁴ Ejemplo dado por Torres, Op. Cit., pág. 223.

jurídico. Por el contrario, el acto jurídico será válido si cumple con todas las exigencias señaladas en la ley y por el hecho jurídico en concreto en sí para que produzca todos sus efectos.

2.1.3. *Nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos*

En doctrina se habla de nulidad absoluta²⁵ y de nulidad relativa, que fue recogida en el derecho positivo en nuestro país con los términos de nulidad y anulabilidad del acto jurídico. Un acto jurídico será **nulo**, entonces, cuando no se ha llegado a formar válidamente porque le falta algún elemento, presupuesto o requisito, o por atentar contra las buenas costumbres o norma imperativa de estricto cumplimiento; en otras palabras, no se llega a formar y nunca produce sus efectos. Será **anulable**, cuando en apariencia reúna toda la estructura para su validez y surte todos sus efectos, pero está afectado por un vicio que puede ser subsanado –vía confirmación– o solicitarse judicialmente su nulidad, en cuyo caso opera retroactivamente al momento de la celebración del acto. Por ello se habla que tanto la nulidad como anulabilidad²⁶ responden a las categorías de ineficacia estructural del negocio jurídico.²⁷ Al respecto, tenemos las siguientes:²⁸

²⁵ Bigliuzzi, Op. Cit., pág. 1029 sustenta que “La nulidad es la figura más radical de invalidez del negocio jurídico (en efecto, se habla de invalidez absoluta).” Igual criterio y términos utiliza Federico de Castro y Bravo en su *El negocio jurídico*. Ed. Civitas SA. Madrid – España 1985. Pág.471.

²⁶ Romero, Op. Cit., pág. 300, señala: ...“el acto anulable es provisionalmente válido, aunque puede ser anulado, produce sus efectos formales desde que se constituye, pero su declaración de nulidad hace desaparecer el acto desde que se formó.”

²⁷ Taboada, Op. Cit., pág. 80 sostiene: ...“existen dos categorías de ineficacia estructural o invalidez: la nulidad y la anulabilidad, denominada por algunos sectores doctrinarios como nulidad absoluta o nulidad relativa.”

²⁸ Tomados de *Código Civil*. Jurista Editores... Pág. 75 y Torres Vásquez, Op. Cit., pág.219.

Ejecutorias:

- Cas. No.738-99. Cañete. “Dentro de la patología del acto jurídico, nuestra legislación claramente distingue los actos jurídicos nulos de los meramente anulables. Son nulos y por lo tanto inexistentes aquellos en que falta alguno de los requisitos esenciales de éste, cuando sea contrario a normas imperativas o sea ilícito; en cambio es meramente anulable cuando el acto adolece de ciertos defectos, pero existe y produce sus efectos.”
- 2ª. Sala Civil de Lima. Exp.1640-91: ...“que nuestro ordenamiento civil distingue dos clases de nulidades: la que tiene por principio el interés público (absoluta) y la que se concede a favor de determinadas personas por perjudicar su derecho (relativa), la primera conduce al acto nulo y la segunda al acto anulable (...) que al producir inicialmente sus efectos, a pedido de parte, puede devenir en nulo.”

Nulidad expresa y nulidad virtual

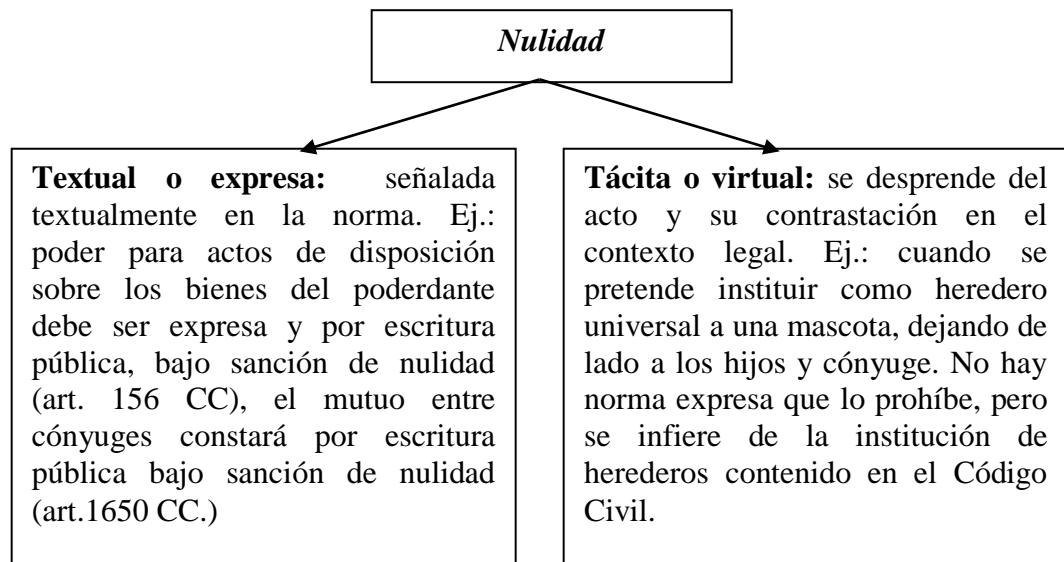
Ahora bien, la nulidad será textual o expresa cuando así conste en la norma, por ejemplo, así sucede con la forma de renunciar a la herencia, puesto que el artículo 675 del Código Civil exige que ésta sea por escritura pública o en acta otorgada ante el juez que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. Igual ocurre con la nulidad del pacto comisorio contenido en el artículo 1111 de nuestro Código Sustantivo.²⁹

La nulidad tácita o virtual, como se conoce en la doctrina, es aquella que se desprende de una interpretación totalizadora del ordenamiento legal, no está expresamente contenida en una norma, pero se infiere o deduce del propio acto jurídico contrastado e interpretado en su contexto legal.

²⁹ Textualmente, dicho artículo dispone: “Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.” Torres, Op. Cit., pág. 577.

Sobre este punto, Stolfi³⁰ nos precisa estos conceptos: “Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativa. Para que haya nulidad no es necesario, por consiguiente, que sea declarada caso por caso, ya que viene impuesta como sanción con la Ley que castiga en general la inobservancia de una norma coactiva. Por esto se dice justamente que la nulidad puede ser expresa o tácita (o bien, como algunos prefieren, textual o virtual). La primera supone que el legislador la establezca expresamente (...). La segunda, en cambio, deriva lógicamente de la ley; aunque ninguna norma lo prohíbe, es obvio que es nulo el matrimonio contraído entre personas del mismo sexo.”

Veamos el siguiente esquema que nos ayudará a una mejor comprensión de lo que exponemos:



Finalmente, respecto a la nulidad virtual, Taboada³¹ sostiene que está reconocida y contenida en el artículo 219, inciso 8 de nuestro Código Civil que dispone: “El acto

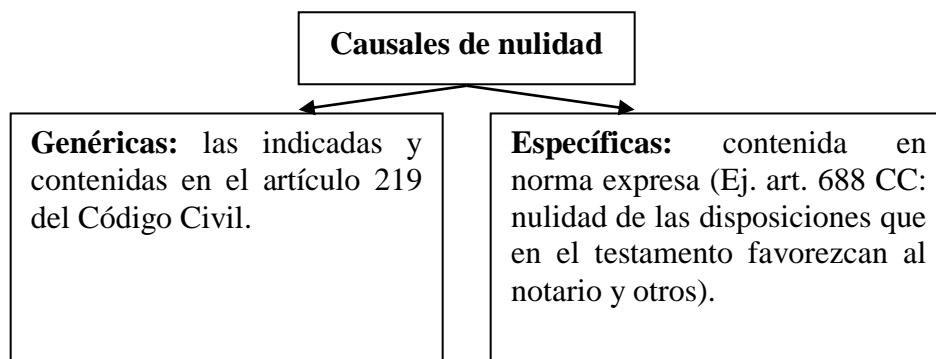
³⁰ Citado por Rubio., Op. Cit., pág. 20.

³¹ Op. Cit., pág. 98.

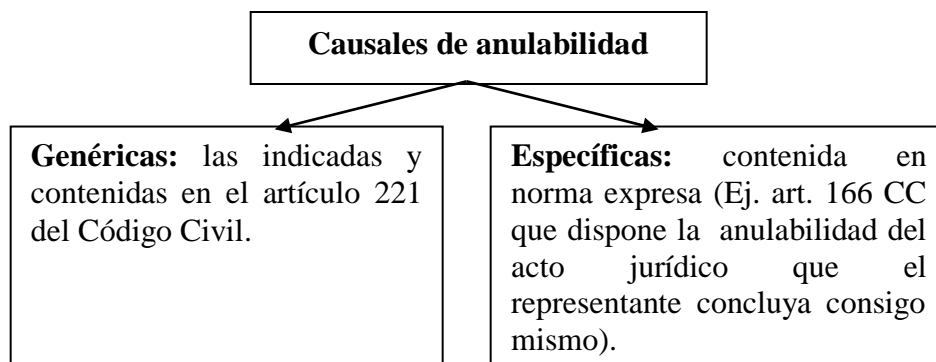
jurídico anulable es nulo: 8) En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.” Por su parte, el referido artículo V del Título Preliminar sanciona: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”

Causales de nulidad y anulabilidad

Para ambos casos, las causales pueden ser genéricas y específicas. Lo graficamos:



Igual criterio es para las causales de anulabilidad:



Consecuencias y efectos de la nulidad y anulabilidad

Es de resaltar –como lo sostienen muchos en la doctrina- que la nulidad opera *ipso jure*,³² es decir de pleno derecho, por lo que no se requeriría de intervención judicial, sino sólo para los casos en que una de las partes pretenda hacer valer este negocio jurídico nulo y solo será meramente declarativo, pues nunca produjo sus efectos.

En cambio la anulabilidad, en tanto que produce válidamente sus efectos, requiere necesariamente de pronunciamiento judicial para declarar su nulidad –que tiene efectos constitutivos- y que será retroactivo al momento de la celebración del acto jurídico, conforme lo señala el artículo 222 de nuestro Código Civil.

Castro y Bravo³³ sostiene que la intervención judicial ..“será inevitable en algunos casos; así, cuando se requiera para vencer la resistencia de quienes sostienen la validez y, en especial, cuando sea necesaria para borrar la apariencia de validez de que goce el negocio; por ejemplo, si está autorizado en documento fehaciente o inscrito en algún Registro Público. Mas, aun en estos casos, no se solicita del juez que cambie, anule o resuelva la situación existente, sino que se le pide una declaración sobre la realidad jurídica existente. *Sentencia declarativa* que bastará y servirá para remover los obstáculos que la apariencia de validez o la resistencia de la otra parte puedan oponer.”

De la misma opinión es Vidal Ramírez,³⁴ quien por su parte sostiene que ...“si el recurso al magistrado no es necesario (habla de la nulidad) es tesis general, puede serlo en algunos casos, y en otros, ser totalmente útil; es necesario, cuando alguna de las partes o sus herederos o causahabientes pretendan ejercitar un derecho sobre

³² Albaladejo, citado por Rubio, Op. Cit., pág. 27 afirma que “La consecuencia esencial de la nulidad, es que convierte al acto respectivo en ineficaz perpetuamente y desde el inicio.”

³³ Castro y Bravo, Op. Cit., pág. 475.

³⁴ Citado por Rubio, Op. Cit., pág. 29.

la base del negocio jurídico nulo; puede ser útil en otros casos, como medio preventivo para evitar molestias que podría ocasionar quien quisiese atribuir eficacia al negocio nulo. Mas en la primera hipótesis la acción no tiene por objeto hacer anular el negocio, sino solo rechazar la pretensión del adversario, en cuanto privada del fundamento jurídico, en la segunda, la acción tiene exclusivamente por fin obtener la declaración de nulidad en vía preventiva; no es condenatoria, sino simplemente declarativa.”

Igualmente, es de considerar que –a tenor de la parte final del artículo 220 del Código Civil- el acto o negocio jurídico nulo no puede ser ratificado, confirmado ni convalidado; con excepción en los casos de los incisos 5 y 8 del artículo 274 del Código Civil sobre Derecho de Familia y que encuentra su justificación en la tradición social y costumbre jurídica de nuestro país. El primer caso se refiere al matrimonio de los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral, que puede convalidarse por dispensa judicial. El segundo caso se refiere al matrimonio de quienes prescinden de los trámites establecidos en el mismo Código, que también puede ser convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

Por otro lado, debemos reiterar que el acto jurídico anulable sí produce válidamente sus efectos y que se encuentra en potestad de quien está legitimado para accionar, el optar por cualquiera de estas alternativas: 1) subsanar vía confirmación los vicios del negocio anulable o, 2) solicitar judicialmente su invalidez, en cuyo caso tiene efectos constitutivos que opera retroactivamente a la celebración misma del acto jurídico.³⁵ El efecto, entonces, es como si el acto no hubiera existido, por lo que si se hubieran ejecutado prestaciones éstas deben restituirse, o 3) a criterio de Lohmann,³⁶ dejar que transcurra el tiempo para que por prescripción se convalide.

³⁵ Romero Montes, Francisco; en su *Curso del Acto Jurídico*. Ed. Portocarrero. 1ª. Edición. Lima, diciembre 2003, pág. 328, nos recuerda que el anterior Código Civil de 1936, en su artículo 1126, establecía que los actos anulables sólo se consideraban nulos desde el día en que quedaba ejecutoriada la sentencia que los invalidaba.

³⁶ Citado por Romero, Op. Cit., pág. 329. De igual criterio es Taboada (Op. Cit., pág. 92) cuando afirma que ...“al ser confirmables los actos anulables, se entiende que al operar la prescripción de

Al respecto, Castro Bravo³⁷ nos precisa las consecuencias de la acción de anulabilidad al señalar: “El ejercicio de la anulabilidad se ha concebido como una acción doble: 1. La declarativa, con la que se busca la declaración judicial de que el negocio nació y sigue teniendo un vicio que determina su nulidad. 2. La restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido en el negocio.”

Del mismo criterio es Romero³⁸ quien expone: ...“el efecto de la sentencia lo hace nulo desde su celebración. Consecuentemente, si el derecho emergido del acto jurídico no ha sido ejecutado ni se cumplieron las obligaciones y deberes, no existe problema alguno. Pero, si por el contrario, los mismos se cumplieron y ejecutaron, cada parte debe restituir lo recibido y reclamar que le devuelvan lo que ha entregado, con sus respectivos frutos e intereses. Es por eso que a la acción anulatoria puede acumularse una de resarcimiento de daños y perjuicios.”

Veamos la siguiente:³⁹

Jurisprudencia:

- Cas. No.36-2000. Lima. “La sentencia que declara nulo un acto anulable, tiene efectos retroactivos al momento de la celebración, desapareciendo los efectos producidos y como consecuencia las partes devolverán lo recibido y si no fuera posible la devolución pagarán su valor.”

Realmente, los problemas se presentan en la aplicación de estas diferencias frente a un hecho en concreto y cuando existe participación de terceros. No resulta nada fácil en estos casos.

dicha acción, se estaría confirmando tácitamente el acto anulable por la parte a quien correspondía la acción.”

³⁷ Citado por Rubio, Op. Cit., pág. 46.

³⁸ Op. Cit., pág. 330.

³⁹ *Código Civil*. Juristas Editores... pág. 76.

Torres Vásquez⁴⁰ afirma que: “La retroactividad de la sentencia de anulación no es absoluta (*erga omnes*)⁴¹ sino relativa, opera solamente entre las partes y respecto de terceros adquirentes, sobre la base del acto nulo, a título gratuito sean de buena o de mala fe y a título oneroso solamente cuando son de mala fe (...) por lo que declarado nulo un acto anulable, los terceros deben restituir lo recibido en base a aquel acto anulado.” Más adelante añade: “Los terceros adquirentes a título oneroso de buena fe, independientemente de que su adquisición la hayan efectuado antes o después de la demanda de anulación, quedan indemnes frente a la sentencia que pronuncia la anulación, la sentencia de anulación no les puede ser opuesta.”

Sin embargo, Romero, haciendo mención a Vidal Ramírez, sostiene que ...“hay que distinguir si el tercero adquirió el derecho o contrajo la obligación con posterioridad a la nulidad, caso en el que el acto resulta ineficaz, porque la sentencia declaró nulo todo efecto. Pero si la adquisición de derechos y obligaciones fue anterior a la anulación, si el tercero procedió de buena fe y adquirió el derecho a título oneroso, podría quedar indemne frente a la acción impugnatoria, tal como sucede en los casos de simulación.”

Castro y Bravo,⁴² sostiene: “La denominación de nulidad absoluta se ha mantenido (...) por su efecto general “*erga omnes*”. Se entiende con ello que cabe oponerla a tenerla en cuenta en contra, y también a favor, de cualquiera. Lo mismo respecto a quien o a quienes dieran lugar a la infracción legal, que en relación al tercero de todo extraño al negocio (...) que se aplica porque la nulidad es considerada aquí como acto contrario a la ley y por tanto, indigno o inadecuado para la protección jurídica.”

Más adelante, el mismo autor afirma que ...“el negocio nulo no puede ser fundamento de ningún efecto negocial. La que se ha formulado diciendo: *titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*. De modo que la nulidad de

⁴⁰ Op. Cit., págs. 236-237.

⁴¹ Como sí ocurre con el acto jurídico nulo.

⁴² Op. Cit., pág. 477 y ss.

un negocio puede originar una reacción en cadena de nulidades; su caída arrastrará la de titularidades, derechos, nuevos negocios, enajenación y transmisión de derechos, obligaciones y cargas, en fin la de todo aquello que en el negocio tuviera su fundamento, se apoyara en él o de él se derivase.”

De lo expuesto con anterioridad, y en atención a que:

- a) El acto nulo nunca genera los efectos queridos por las partes, pues éste es inválido perpetuamente y desde el inicio, toda vez que no concluyó su formación;
- b) La sentencia que así lo señala sólo tiene carácter meramente declarativo;⁴³

Consideramos que la nulidad siempre será oponible frente a terceros, aun cuando sean adquirentes de buena fe y a título oneroso e independientemente de la fecha de expedición de la sentencia judicial que así lo declara, pues –reiteramos- nunca se produjo el tracto sucesivo o preclusión del original transferente al supuesto original comprador, y de éste que después “transfiere” a un tercero,⁴⁴ habida cuenta que el negocio jurídico original nunca produjo sus efectos, no trajo consecuencias.⁴⁵

⁴³ Castro y Bravo, Op. Cit., pág. 481 expone: Se trata de lo que se llama hoy “acción declarativa” (...) en la que no se ejercita un poder concreto, sino el general de pretender que se declare lo que ya existe por sí mismo, el carácter contra ley de lo que adolece un negocio jurídico. Este carácter meramente declarativo (...) no da lugar a una sentencia de condena; la sentencia obtenida en virtud de la acción de nulidad sirve para poner de manifiesto solemnemente el carácter del negocio contrario a la Ley. Ello bastará para oponerse a una pretensión basada en ese negocio nulo; pero en otros casos, cuando se trate, por ejemplo, de reclamar la entrega o restitución de lo obtenido en base de un título nulo, será necesario el ejercicio de otra acción (por ejemplo, reivindicatoria, restitutoria). Lo que ha hecho que se le caracterice como preparatoria de una posterior acción y sentencia de condena.”

⁴⁴ Castro y Bravo, Op. Cit., pág. 483 sustenta: “El buen éxito de la acción de nulidad, lleva consigo proclamar con la firmeza de la cosa juzgada (...) una realidad jurídica ya existente, sin cambiarla ni añadirle nada (lo que) llevará consigo la natural pretensión de borrar todas las consecuencias de lo que se ha declarado nulo (...) reacción en cadena, que se produce al extenderse la condición de nulo a todos los derechos y títulos basados en el negocio que se declaró nulo.”

⁴⁵ Torres Vásquez, Op. Cit., pág. 237 nos explica: “La nulidad es siempre oponible a los terceros. Por ejemplo, si A vende a B un inmueble con un contrato nulo, y B vende el mismo inmueble a C, A puede obtener la restitución haciendo valer frente a C, tercero respecto a la venta A-B, la nulidad de ésta. Se aplica el principio general por el cual no habiendo adquirido B el derecho de propiedad, no podía transferirlo a otro.”

Situación distinta se presenta en la anulabilidad, que sí produce sus efectos, aunque sea provisionalmente, por lo que el adquirente de buena fe y a título oneroso sí estaría protegido bajo el principio de la buena fe y el principio de publicidad *erga omnes* que rige para las inscripciones en los Registros Públicos, salvo que se demuestre que el tercero sí tenía conocimiento del vicio del negocio anulable, en cuyo caso la anulabilidad también le es oponible.⁴⁶ Este es el criterio que la Suprema ha mantenido uniformemente:

Jurisprudencias:

- Cas. No.738-99. Cañete: “Dentro de la patología del acto jurídico, nuestra legislación claramente distingue los actos jurídicos nulos de los meramente anulables. Son nulos y por tanto inexistentes aquellos en que falta alguno de los requisitos esenciales de éste, cuando sea contrario a normas imperativas o sea ilícito; en cambio es meramente anulable cuando el acto adolece de ciertos defectos, pero existe y produce sus efectos.”
- Cas. No.36-2000. Lima: “La sentencia que declara nulo un acto anulable tiene efectos retroactivos al momento de la celebración, desapareciendo los efectos producidos y como consecuencia las partes devolverán lo recibido y si no fuera posible la devolución, pagarán su valor.”

Extraído de Código Civil, Jurista... pág. 75-76.

2.1.4. La confirmación del acto jurídico

Estando a la naturaleza del acto jurídico anulable, que lo explicáramos con detalle en capítulos anteriores, la confirmación sólo está reservada para éste y nuestro Código lo regula en su Título X, artículos 230 y ss. Reiteramos que el sustento de

⁴⁶ Torres Vásquez, Op. Cit., pág. 237 sostiene: “La situación es un poco diversa cuando se trata de un acto anulable declarado nulo mediante sentencia judicial. No hay ningún problema cuando el tercero sabía de la invalidez: la sentencia de anulabilidad le es oponible (...) el tercero sucumbe si ha adquirido a título gratuito, haya o no conocido de la invalidez (...) Si el acto anulable versa sobre bienes registrados, la anotación en el Registro de la demanda judicial de anulación, coloca a los terceros en grado de conocer la pendencia de la anulación (por lo que) la sentencia de anulación le es oponible.” También afirma, por el contrario, que ...“prevalece el derecho del tercero (seguimos con la anulabilidad) que ha adquirido de buena fe y a título oneroso. En tal caso hay una buena fe confianza del tercero meritoria de tutela, por lo que resulta justo hacer recaer las consecuencias dañosas del acto invalidado sobre las partes y no sobre el tercero.”

esta confirmación está en el interés privado, es decir que sólo corresponde a las partes que lo celebraron el decidir sobre su invalidez.

Así, Romero⁴⁷ sostiene que la confirmación es un acto jurídico en virtud del cual se convalida otro acto jurídico anulable por adolecer de una causal de nulidad relativa, es decir se sana a uno anterior. De esta manera el acto resulta plenamente válido y no podrá ser objeto de impugnación alguna.

Torres,⁴⁸ al respecto, sostiene que la confirmación implica la renuncia a la acción de anulabilidad (acto negativo), pero es algo más que una simple renuncia, es una manifestación de voluntad expresa o tácita de que se quiere mantener el acto libre de toda amenaza de destrucción (acto positivo).

De lo expuesto en la doctrina y de lo normado en el Código, la confirmación implica que:

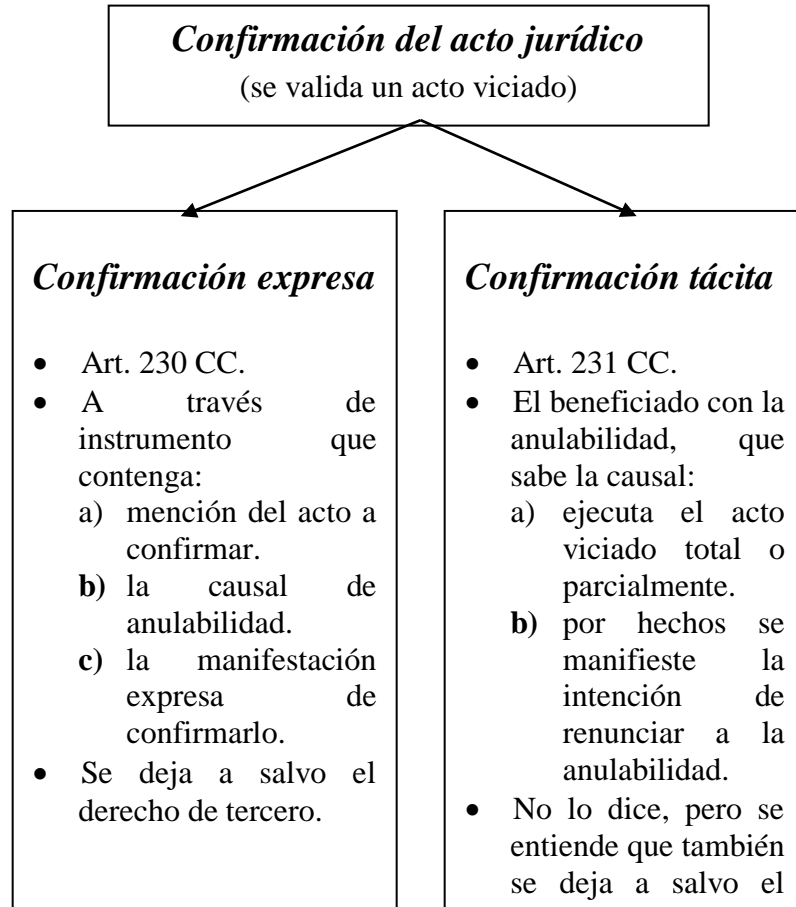
- a. El beneficiado con la anulabilidad tenga conocimiento del vicio.
- b. El interesado renuncie, expresa o tácitamente, a la posibilidad de solicitar la anulabilidad del acto jurídico.
- c. Existe la voluntad del beneficiado en confirmar el acto jurídico.⁴⁹
- d. La confirmación se realice en la misma forma en que se celebró el acto viciado.
- e. Los efectos de la confirmación se retrotraen a la fecha de celebración del acto viciado.

⁴⁷ Romero: 345

⁴⁸ Torres: 246

⁴⁹ Romero: 345, dice: "...hay que tener en cuenta que la confirmación es unilateral; es decir, no requiere sino de la voluntad de la persona que habría podido solicitar la anulación del acto." Torres: 246, por su parte, señala: "La confirmación es un acto jurídico unilateral porque es realizado por aquel a quien corresponde el derecho de instar la anulación, sin que sea necesario el concurso de la otra parte cuando el acto anulable no es unilateral. La manifestación de voluntad del confirmante es recepticia (...) afecta la esfera jurídica de todos los que en él son partes, (por lo que) debe ser puesta en conocimiento de éstos, de ahí que el acto confirmatorio no puede ser revocado (y es) accesorio del convalidado."

Clases de confirmación



Como bien lo señala Torres,⁵⁰ la conveniencia de asegurar que la confirmación ha tenido lugar, con conocimiento del motivo de anulabilidad, exige que ésta sea celebrada por escrito, respetando la formalidad seguida en el acto jurídico primigenio.

⁵⁰ Torres: 246.

En cuanto al derecho de tercero, León Barandiarán⁵¹ explica que entre los celebrantes no hay ningún obstáculo para que la confirmación engendre tal consecuencia. Pero puede ocurrir que después de celebrado el acto que se confirma y antes del acto confirmado, una de las partes que celebrara aquél, haya atribuido un derecho a otra persona, el tercero. Este tendrá un título firme, que no debe quedar vulnerado por el efecto de la confirmación.⁵²

⁵¹ Romero: 347

⁵² Torres: 246, en oposición sostiene que: “Con relación a los terceros acreedores, éstos tienen a su favor la acción pauliana para que se declare ineficaz respecto de ellos el acto de disposición realizado por su deudor y también la acción oblicua o subrogatoria para que se anule dicho acto. La confirmación no beneficia ni perjudica a los terceros acreedores más de lo que les perjudicaría o beneficiaría que su deudor se abstenga de impugnar el acto por anulabilidad; que sea anulable o que esté confirmado no altera en absoluto la situación del acto respecto a los terceros acreedores, porque en uno u otro caso pueden hacer uso de la acción pauliana o de la acción oblicua. Todo indica que la protección que dispensa el artículo 230 a los terceros carece de sentido.”

Capítulo 2

El matrimonio

2.2.1. El matrimonio en la Constitución de 1993

Como veremos seguidamente, el artículo 4 de la Constitución del Estado reserva un último extremo para el matrimonio, conteniéndolo dentro de un concepto mayor que es la familia. La muy especial importancia de la familia para el interés general -para la más fácil consecución de las condiciones que permitan a todos ejercer con plenitud y armonía sus derechos y libertades y cumplir sus deberes- explica su relevancia constitucional y la muy amplia atención que le dispensa en concreto la Constitución peruana de 1993⁵³. No hay ninguna otra institución o instituto jurídico privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales.

Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, proclaman que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, sitúan esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de Nuevas personas humanas.⁵⁴ De modo muy explícito, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, afirma que "se

⁵³ "Hoy se reconoce que la familia no es solo el eje capital del Derecho Privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...), base insustituible para una organización estable y eficaz". PÉREZ SERRANO, Nicolás. *Tratado de Derecho Político*. Civitas, Madrid, 1984, p. 687.

El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 45/1989 de 20 de febrero, sobre la Ley del Impuesto a la Renta y Patrimonio Familiar, afirmó claramente que "cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de esta que alienta en la Constitución". Fundamento jurídico 7. Vid. Suplemento del BOE de 2 de febrero de 1989, BJC núm. 95, marzo 1989.

⁵⁴ Daniel O'Donnell explica que "el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por el artículo 16 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17 de la Convención Americana". O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, p.335.

debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados Partes a respetar "las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Y es que, a la postre, todo el sistema jurídico de protección internacional de los derechos del niño descansa sobre "el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño" y de que "incumbirá a los padres" o, en su caso, a los representantes legales, "la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño" (artículo 18 de la Convención), lo que encuentra su marco institucional ordinario y regular en la familia, basada precisamente en los vínculos determinados por la generación.

En la cultura, en el sistema de conceptos socialmente aceptados, en el marco de las normas jurídicas que determinan la interpretación que debe hacerse de lo que es la familia para la Constitución de 1993, no es concebible esta sin relación alguna posible con el hecho básico de la generación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas, encontrándose por el contrario en este hecho su elemento más netamente determinante y fundamental.

La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, lo que realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del Derecho (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo). La familia que el artículo 4 obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos

suficientemente determinados, un determinado modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta y sobra la intensa protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12 y 2.13, correlativamente; además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7 y 2.9, respectivamente, o, en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.

Por otro lado, resulta implícita la relación entre el apartado 2 y el apartado 3 del artículo 6, en cuanto que el 2 viene precisamente a concretar que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Con prescindencia de la existencia o no de matrimonio, los padres deben ocuparse de los hijos por el hecho de seda, como parte de la protección integral que el apartado 2 del artículo 6 obliga a asegurar a los hijos.

Realizado el deslinde anterior, la redacción del artículo 4 solo se justifica sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio⁵⁵.

En consecuencia, atendiendo a lo expuesto, los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución son:

a) El principio de Protección de la familia

En el art. 4 se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

⁵⁵ En el mismo sentido, L. Sánchez Agesta citado por LA CRUZ BERDEJO, L.; SANCHO REBULLIDA, E. DE A.; LUNA SERRANO, A.; RIVERA HERNÁNDEZ, E; y, RAMS ALBESA. *Elementos de Derecho Civil*. Volumen IV. Derecho de Familia. Bosch, Barcelona, 1990. p. 27; ALZAGA, O. *La Constitución española de 1978* (comentario sistemático). Ed. del Foro, Madrid, 1978. p.311; MARTÍNEZ CALCERRADA, L. "La familia en la Constitución española." En: *Revista de Derecho Privado*, 1981. p. 975; GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II, Edersa, Madrid, 1982, p. 22; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, L. "La familia en la Constitución española." En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58, enero-abril 2000, p. 22.

De otra parte toda vez que no se hace referencia expresa a determinada base de constitución, se evidencia que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. La familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho.

b) El principio de Promoción del matrimonio

En el art. 4 del segundo párrafo señala que el principio es de promoción del matrimonio, lo cual confirma que la familia es una sola sin considerar su origen legal o de hecho.

Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Este principio guarda relación con el de la forma del matrimonio.

A diferencia de la *CPP de 1979*, que sentaba el principio como protección del matrimonio, por lo que se sostenía que la familia que se protege era la de base matrimonial. En la actual Constitución considera que la familia es una sola sin considerar su base de constitución legal o de hecho.

c) el principio de Amparo de las uniones de hecho

Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio.

La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente la unión de hecho, sino elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad.

En el aspecto personal, es donde la tesis de la apariencia al estado matrimonial demuestra su real aplicación. Se parte de considerar que en una unión de hecho la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio.

Sin embargo y no produciendo los mismos efectos, el tratamiento y las consecuencias jurídicas de los deberes familiares emergentes de la unión de hecho son diferentes de los del matrimonio.

En el aspecto patrimonial la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fueren aplicables.

De ello, se deduce, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es uno de comunidad de bienes; y por último que esa comunidad de bienes se le aplican reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente.

d) El principio de Igualdad de categorías de filiación

Este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

El derecho del niño de conocer a sus padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que se origina de la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y la maternidad.

2.2.2. El matrimonio. Antecedentes históricos

El matrimonio es una institución natural, de orden público, que en mérito al consentimiento común en la celebración del acto nupcial, mediante ritos o normas legales de formalidad, se establece la unión de una persona natural con otra fundada en principios de indisolubilidad, estabilidad, lealtad y fidelidad mutuas que no pueden romper a voluntad.

Deriva de la expresión matrimonium, formada por *dematris* que significa *mader* y *monium* que significa carga o gravamen para la madre, no solo por ser ella quien lleva el peso antes y después del parto, sino que la expresión se refiere a que es la mujer quien lleva el matrimonio la parte más difícil, ya que en efecto ella concibe los hijos, los educa, los cuida, atiende su formación, etc.

El matrimonio aparece en el estadio medio de la barbarie cuando la familia sindiásmica⁵⁶ empieza a tener ritos y formalidades para su conformación. Tradicionalmente se observaba lo siguiente:

Japón. El pretendiente dejaba flores a la mujer, si ésta por la noche recogía las flores, aceptaba. La mujer asistía el matrimonio con la cabellera rapada, como señal de pérdida de una familia y la entrada en otra.

Grecia. Se iniciaba con el rapto simulado, en que la madre de la novia alumbraba el camino con una antorcha, hasta la casa del novio, donde los dejaba acostados.

Imperio inca. El matrimonio era voluntario o forzado. El matrimonio voluntario era concertado por los padres y los pretendientes, se simulaba una compra de la novia. La edad ideal era de los 18 a los 20 años para la mujer y de 24 a 26 en el hombre. El matrimonio forzado se aplicaba a los hombres solteros mayores de 26 años. Cada dos años la autoridad los convocaba y les escogía una mujer.

El “servinacuy” era la convivencia a prueba por un año entre una mujer y un hombre para un matrimonio futuro.

Roma. Existían las siguientes formas de matrimonio: la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*.

⁵⁶ Familia sindiásmica. “Sindyazo”, “par”, “sindyasmos”, unir a dos. Familia fundada en el pareo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva.

- a) **Confarreatio.** Ceremonia de carácter religioso y muy solemne reservada a los patricios que unía en matrimonio a una mujer y a un hombre consistente en ofrecer a Júpiter la ofrenda de una pan especial (“farreus panis”), en la que se hallaban presentes los desposados, el gran pontífice, diez testigos y el “Dialis flamen” o flama de Júpiter. El matrimonio contraído de esta forma llevaba implícita la entrada de la mujer en la familia civil del esposo, con abandono jurídico de la suya propia.
- b) **Coemptió.** Ceremonia de matrimonio sin carácter religioso que simulaba la compra ficticia de la mujer que se realizaba ante el “libripens”⁵⁷ y al menos, cinco testigos púberes y ciudadanos romanos.
- c) **Usus o Vsus.** Concubinato que duraba un año. Luego del cual se podía formalizar el matrimonio o en caso contrario por la “trinoctio” (la mujer deja de dormir por tres noches seguidas en la casa del marido) se podía disolver el “usus”

El hecho de mantener a una mujer en la casa propia del marido por el transcurso de un año seguido, consagraba la “manus” y la consumación del matrimonio por el “usus”, fuera de toda ceremonia.

El matrimonio en los primeros tiempos de Roma fue “cum manu”, es decir, la mujer estaba sometida al marido como si fuera una menor. Luego se convirtió “sine manu”, donde los esposos tienen condiciones iguales.

2.2.3. Naturaleza jurídica del matrimonio. Características. Clases

Para la Teoría Contractual Canónica, el matrimonio es un contrato porque se basa en una unión libre y voluntaria, y consentida por los pretendientes, con el fin de establecer una

⁵⁷ Voz lat. En el Derecho Romano se llamaba así el funcionario que tenía a su cargo el empleo de la balanza que servía para pesar el metal que en determinados actos jurídicos, como la “mancipatio” y el “nexum”, entregaba una de la partes a la otra en concepto de pago. Tuvo gran importancia en la época primitiva con relación a los actos “per aes et libram”. **Mancipatio** Venta ficticia (imaginaria venditio), realizada “per aes et libram”, entre el enajenante y el adquirente, ante cinco testigos y el “libripens”. Todos debían ser púberes y disfrutar del “comercium”. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/02/el-matrimonio.html#sthash.IoAapKjq.dpuf>

relación de vida social marital y celebrada en sujeción a normas religiosas que lo sacramenta haciéndolo indisoluble hasta la muerte.

Para la Teoría Civil, el matrimonio es un contrato especial. Para esta teoría prima los caracteres de índole personal, los cuales, inclusive, permiten disolverlo bajo sanción de autoridad.

Para la Teoría Institucional, el matrimonio es una institución. El matrimonio es creado por el Estado para proteger y garantizar las relaciones familiares a los que los pretendientes se adhieren a través de un acto jurídico formalizado ante autoridad estatal en la que por libre manifestación de voluntad consienten en unirse, sin la posibilidad futura de disolver tal unión, a no ser que intervenga autoridad judicial.

Desde este punto de vista, surge:

- el matrimonio-estatus y
- el matrimonio- acto.

El primero dice que el matrimonio es un estado que se debe proteger para garantizar las relaciones familiares derivadas de ese Estado. El segundo dice que el matrimonio es un acto del cual derivan obligaciones, deberes (por ejemplo la fidelidad) y derechos de carácter familiar.

Desde el punto de vista del Derecho Privado, en el matrimonio -como en toda relación jurídica- en la familia prima la libertad de la persona. La autodeterminación es una regla insoslayable en este tipo de Derecho a través del cual se crean, regulan, modifican o extinguen sus instituciones.

El matrimonio, el reconocimiento y adopción sientan su origen en la voluntad de las partes como actos jurídicos familiares.

Para el Derecho Público, las relaciones familiares se caracterizan por la total dependencia del Estado lo que se ve reflejado en el *iuscogens*, imperatividad y orden público que identifican a sus normas, siendo la interpretación de esta restrictiva, limitada la autonomía de la voluntad y sus derechos total y absolutamente indisponibles.

Consideramos que una posición mixta es la más aceptable, tomando en cuenta que si bien la voluntad está limitada no puede ser dejada de lado. Se explica esta teoría si, de acuerdo con Cornejo Chávez⁵⁸, desdoblamos el matrimonio en dos partes o fases, que hasta podrían ser sucesivas, esto es, el matrimonio como acto (jurídico) y el matrimonio como estado.

Nada, se opone a que el matrimonio en su primera parte, como acto jurídico, se forme o desarrolle con todos los requisitos y caracteres de los contratos, desde el consentimiento inicial, libre de vicios de la voluntad, hasta el efecto medular de todo contrato, de contener una relación dirigida a generar obligaciones.

En tanto el matrimonio como estado se refiere a la situación permanente que queda como consecuencia de la celebración del matrimonio como acto jurídico, que se manifiesta en la constitución de la familia, que para su mejor protección sí puede ser organizada como una institución especial, cuyas reglas son de orden público.

Hay conformidad en afirmar que el legislador peruano, en los tres Códigos Civiles que ha tenido el Perú, el de 1852, 1936 y el vigente de 1984, ha seguido el criterio de conjuncionar las concepciones contractualista e institucionalista del matrimonio, afiliándose a la teoría mixta o ecléctica.

⁵⁸ Cfr. CORNEJO Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Gaceta Jurídica Editores. 10a. Edición actualizada. Abril 1999.

Características del matrimonio

1. Unidad. Los cónyuges están obligados a compartir una vida en común bajo un mismo techo, donde ambos tienen igualdad de obligaciones y derechos. En tal sentido, legalmente no se admite diferenciaciones o cuestiones de superioridad de un cónyuge en agravio del otro.

2. Legalidad. La unión está sujeta siempre a la ley y a través de un acto jurídico. La ley le da un estado antes y después del acto. Es necesario cumplir con todos los requisitos exigidos por la norma civil y en un acto especial dar el consentimiento.

3. Permanencia. La autonomía de voluntad de las personas no puede disolver el matrimonio. Esta siempre es por sentencia judicial, notarial o incluso municipal, en atención a las últimas modificaciones. Aun cuando los cónyuges se encuentren separados de hecho varios años, subsistirá el matrimonio y sus consecuencias, siendo que si uno de ellos forma un nuevo hogar, propiamente será considerado un concubinato impropio.

4. Lealtad. A una sola persona, que es obligación para ambos –el/la cónyuge, nace de la ley y no es simplemente una cuestión de tradición o religión, su incumplimiento –infidelidad– es causal de divorcio.

5. Monogamia. Es decir, el/la cónyuge solo debe tener una esposa o un marido.

Clases de matrimonio

A. **Matrimonio religioso.** Unión celebrada en sujeción a normas religiosas que siendo elevado a calidad de sacramento causa indisolubilidad hasta la muerte; empero, su celebración es independiente a la del matrimonio civil, pudiendo los cónyuges

divorciarse y aun contraer nuevas nupcias. Este matrimonio solo puede disolverse por nulidad dispuesta por la misma autoridad romana.

El Código Civil de 1852 admitía como válido y único el matrimonio canónico caracterizado por las notas de unidad e indisolubilidad. En cambio, los Códigos de 1936 y 1984 aceptan sólo el matrimonio de naturaleza civil. El matrimonio sacramental es monógamo y, una vez consumado, absolutamente indisoluble. La unión sexual no constituye un momento esencial; pero sí integral en la existencia del matrimonio. Mientras ella no haya tenido lugar, no se da aquel más alto grado de unión de los esposos.

B. Matrimonio civil. Acto jurídico por el cual los contrayentes forman una relación jurídica interpersonal que se celebra con los requisitos y formalidades prescritos en el Código Civil.

Se introdujo con carácter facultativo o excepcional mediante la Ley de 23 de diciembre de 1897 y que el Decreto Ley 6889 convirtió en único y obligatorio a partir del 4 de octubre de 1930. En el sistema constitucional la familia es una sola, sin considerar su origen legal o de hecho, y a diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979 que sentaba el principio de Protección del Matrimonio, por lo que se sostenía que la familia que se protegía era la de base matrimonial, la Constitución actual postula, en el segundo párrafo del artículo 4, el Principio de Promoción del Matrimonio.

Este Principio guarda relación con el de la forma del matrimonio, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciéndose esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la legislación. A decir del doctor Max Arias-Schreiber Pezet⁵⁹, los requisitos que se deben cumplir por quienes pretenden contraer

⁵⁹ Cfr. ARIAS-SCHREIBER Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica Editores. Lima, agosto de 1997. Sección Primera. Disposiciones Generales, p.105.

matrimonio civil no resultan excesivos, sino que por el contrario refiere que todos ellos son indispensables para evitar que se produzcan con posterioridad nulidades. Sin embargo, también señala que podría abreviarse el procedimiento, haciéndolo simplemente oral, pero dejando siempre constancia en el expediente, algo que se ha avanzado en los formatos establecidos en las municipalidades.

Tramitación

El trámite que por regla general establece el Código Civil para la celebración del matrimonio comprende cuatro momentos: a) La declaración del proyecto matrimonial y la comprobación de la capacidad legal de los pretendientes; b) La publicación del proyecto; c) La declaración de capacidad; y d) La ceremonia del casamiento.

a) La declaración del proyecto matrimonial y la comprobación de la capacidad legal de los pretendientes. Considerando como un contrato al matrimonio, el doctor Héctor Cornejo Chávez⁶⁰ afirma que es esencial al mismo el libre consentimiento de las partes, pues no podrá concluirse si los mismos pretendientes no declaran expresa e indubitablemente su voluntad de efectuarlo.

Agrega que, estando a que no es un negocio privado cuyas consecuencias alcancen únicamente a las partes contratantes, deben acreditar que son legalmente capaces para casarse, mediante la presentación de los documentos correspondientes. Así, se tiene que los pretendientes deben presentar la solicitud matrimonial o en su defecto declararán oralmente ante el alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos, su intención de contraer matrimonio, acompañando copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el artículo 241°, inciso 2 y 243° inciso

⁶⁰ Cfr. CORNEJO Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Gaceta Jurídica Editores. 10a. Edición actualizada. Abril 1999, p.157.

33 , o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Hay documentos exigibles que se debe presentar en casos especiales, como es el instrumento público del que conste la autorización para contraer matrimonio si se trata de menores de edad, o la licencia judicial que la supla. El instrumento que acredite la dispensa judicial de parentesco o de la impubertad en su caso. La sentencia de nulidad de matrimonio o la de divorcio, o la copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior, en sus respectivos casos; el certificado consular de soltería o viudez si el pretendiente es extranjero.

En caso que resulten de muy difícil o imposible adquisición, por razones de diversa índole, la ley no quiere que en tales supuestos el matrimonio sea irrealizable, pues considera con razón que la falta de esos documentos no puede ser atribuida a priori al propósito de ocultar la identidad y la capacidad del interesado. Por esta consideración, y además porque el matrimonio se realiza también bajo un control distinto de los documentos, cual es la publicidad que se da al proyecto, ha establecido en el artículo 249° del Código Civil, que el Juez podrá dispensar al pretendiente de la presentación de alguno o algunos de los indicados instrumentos cuando sea imposible o sumamente difícil conseguirlos.

C. **Por la condición de los contrayentes.** Nuestra legislación si bien no indica con precisión el tipo de matrimonio adoptado (matrimonios en igualdad de derechos y matrimonios en desigualdad de éstos), debe entenderse que es el casamiento en igualdad de derechos, desde que tal igualdad rige como uno de los principios del Derecho Familiar. Lo que vemos plasmado entre otros, en lo dispuesto en el artículo 234° del Código Civil que contempla la definición del matrimonio y su principio igualitario, cuando establece que “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 en común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. También se advierte el principio de igualdad de los cónyuges en lo dispuesto en el artículo 315° del Código Civil, que señala: “Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro”. El hecho de haberse contemplado en nuestra legislación la administración conjunta de los bienes sociales, así como la exigencia de la intervención de ambos cónyuges para la adquisición o para la disposición de los bienes sociales, significa una protección legal de los derechos tanto del varón como de la mujer.

D. **En cuanto a su publicidad.** El matrimonio puede asumir dos modalidades: pública y privada. La primera se realiza cumpliendo todas las solemnidades establecidas por la ley. La privada, en cambio, con dispensa de algunos requisitos justificados por las circunstancias. El artículo 252° del Código Civil establece la dispensa de la publicación de avisos siempre que medien causas razonables, lo cual indica, que el matrimonio por norma general es público y, por excepción, privado.

E. **Por las circunstancias de su realización.** Los matrimonios pueden ser de dos clases: ordinarios y extraordinarios. Los primeros se celebran ante el alcalde o funcionario competente con todas las formalidades determinadas por el orden

jurídico establecido. Mientras que los matrimonios extraordinarios se verifican en situaciones especiales como cuando uno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, como el celebrado en campaña o a bordo de naves y aeronaves. Nuestro Código Civil de manera general adopta los casamientos ordinarios y, por excepción, los extraordinarios, pues si bien la regla general es que el matrimonio solo puede celebrarse luego de haberse cumplido con todos los trámites y requisitos que establece la ley, existe un caso en el cual puede llevarse sin cumplir las formalidades y esto ocurre cuando alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte (matrimonio in extremis). La norma contenida en el artículo 268° del Código Civil, dispone que el matrimonio sea celebrado por el párroco o cualquier otro sacerdote, de modo que dada su forma imperativa no lo puede efectuar el alcalde ni algún otro funcionario.

- F. **Por sus efectos.** Los casamientos adoptan tres modalidades: el válido, el inválido y el ilícito, cada uno de los cuales con las peculiaridades conocidas que la doctrina y el Derecho Positivo determinan. Es válido el matrimonio cuando surte plenamente todos sus efectos por haberse realizado con todas las formalidades exigidas; resultan, inválido, cuando contrariamente no se ha celebrado observando las prescripciones legales, consiguientemente son nulos o anulables; y, es ilícito, si se contrajo contraviniendo el ordenamiento jurídico y sin embargo no es inválido.

2.2.4. Requisitos del matrimonio atendiendo nuestra legislación civil

A) Diferencia de sexos. El profesor Javier Rolando Peralta Andía señala respecto a este requisito: “obviamente es la primera condición de aptitud que tiene por finalidad posibilitar la procreación humana, sin que sea indispensable, pero la ley exige que la unión sea de un varón y de una mujer, en estricta consideración al Principio Monogámico que adopta nuestra sistema. El artículo 234° del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer, por tanto no existe matrimonios

homosexuales, ello a decir del profesor Peralta Andía⁶¹ “se basa en principios éticos-morales que sustentan la unión matrimonial”.

B) Pubertad legal. Para la celebración de un matrimonio válido y lícito no solamente se exige la diferencia de sexos, sino haber alcanzado la pubertad legal (18 años), lo que implica haber alcanzado una triple actitud: física, psicológica y económica. La primera se expresa en la capacidad genésica de las personas; la segunda, en la aptitud para entender la trascendencia social que tiene el matrimonio y los deberes que de él se origina; y la tercera, en la capacidad pecuniaria, necesarias para el sostenimiento de los miembros de la familia. Por excepción y previa dispensa judicial, puede admitirse el matrimonio de los contrayentes que tengan como mínimo 16 años y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.

C) Consentimiento matrimonial. Desde el Derecho Romano lo decisivo para el matrimonio ha sido la *affetio maritales* que viene a ser el propósito de los contrayentes de tomarse y recibirse como marido y mujer. El consentimiento matrimonial es sobre un proyecto de vida en común que resulta de la necesidad de colocarse, cada uno, en los roles que dentro de la institución les corresponde.

Cumplimiento de las formalidades

Existen dos opiniones:

1) La que es interpretada como clases o tipos de matrimonios. En este sentido se planteó precisamente que se reconocieran como legales tanto el matrimonio civil como religioso, inclusive la propuesta de institucionalizar otras formas de celebración como el servinakuy.

2) La que entiende las formas como un conjunto de solemnidades que la ley impone para el reconocimiento jurídico del vínculo conyugal. Las formas de matrimonio se refieren al cumplimiento de una serie de actos anteriores y concomitantes al acto matrimonial

⁶¹ Cfr. PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. IDEMSA. Tercera edición.

requeridas para el reconocimiento del vínculo conyugal, así como la intervención del funcionario competente para que pueda ejercer el control de la legalidad. La ausencia de estos presupuestos estructurales provoca la inexistencia o la invalidez del casamiento, según los casos.

Como se ha mencionado precedentemente, la Constitución actual consagra el Principio de Promoción del Matrimonio, el cual importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Para lo primero, la forma prescrita para casarse debe consistir en un procedimiento sencillo y no costoso que justamente facilite su celebración; para lo segundo, el régimen de invalidez del matrimonio debe gobernarse por el principio *favor matrimoni* a fin de propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos si se contrajo de buena fe.

Fines del matrimonio

Para el **Derecho Canónico**, los fines primarios son:

- La procreación y
- La crianza de los hijos

Y un fin secundario es el deber recíproco de asistirse mutuamente en todas las necesidades.

Para el **Derecho de Familia** los fines son:

- Legalización de las relaciones intersexuales.
- Educación de los hijos.
- Asistencia, comprensión, cooperación y compañía mutuas. La asistencia incluso subsiste luego del divorcio.

Hay consenso de que son dos los fines que inducen a una pareja para celebrarlo. El primero es individual, de carácter personal, por el que los contrayentes buscan el auxilio recíproco,

en una plena comunidad de vida; en tanto que el segundo es el específico, de carácter colectivo, que canaliza la contribución de los cónyuges a la conservación y perpetuación de la especie humana, mediante la procreación.

Alrededor de sus fines es que se han dado muchas definiciones del matrimonio, como la que dio el Código Civil de 1852, que en su artículo 1825 dice: "Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer una vida común, concurriendo a la conservación de la especie".

Si bien, aquellos son los dos fines básicos que se persiguen, con la celebración del matrimonio, tanto en la doctrina como en el Derecho Positivo, no han sido elevados expresamente a la categoría de requisitos concurrentes y sustanciales para la celebración válida del matrimonio y que, por tanto, el incumplimiento de los mismos acarrea la nulidad consiguiente.

En efecto, desde las codificaciones más antiguas, como el *Laandrecht Prusiano*, de 1794, que decía: "El fin capital del matrimonio es la procreación y crianza de los hijos, puede también concluirse un matrimonio válido sólo para el mutuo auxilio"; hasta las más recientes como es el caso del vigente Código Civil peruano de 1984, que en su artículo 234 dice: "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"; abren la posibilidad para la celebración válida del matrimonio sólo para los efectos del fin individual, a lo que se agrega que no se conoce Código Civil alguno que considere entre los impedimentos para el matrimonio la incapacidad para procrear.

Cornejo Chávez⁶² hace notar que en casi todas las definiciones que se han dado, se hace alusión a solo, diríamos, una de las fases del matrimonio, o sea a la situación jurídica en que permanentemente quedan ubicados los cónyuges como consecuencia del enlace, y no a la otra fase, que no es sino el acto jurídico creador de la unión conyugal, esto es, el

⁶² Cfr. CORNEJO Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Gaceta Jurídica Editores. 10a. Edición actualizada. Abril 1999.

compromiso que asumen los contrayentes para cumplir los deberes que impone el matrimonio como estado.

Por esto, Emilio Valverde, a manera de conclusión, dice que son caracteres fundamentales del matrimonio la unidad, la permanencia y la legalidad, porque da lugar a una unión permanente, que tiene que haberse constituido, y debe desenvolverse, de conformidad con los lineamientos y formalidades que la ley establece.

2.2.5. Impedimentos para el matrimonio

Los impedimentos constituyen la misma cuestión que la de los requisitos para la celebración del matrimonio pero planteada desde el punto de vista negativo y que se configuran cuando faltan alguno de los segundos.

Se denominan impedimentos a la ausencia o falta de un requisito o condición necesaria para la celebración válida del matrimonio, viniendo a constituir una causa que se opone contraerlo lícitamente.

Los impedimentos se clasifican desde diferentes puntos de vista:

1) Según la extensión, pueden ser absolutos y relativos, los primeros son de amplitud total, puesto que las personas incurso en ellos *no* pueden contraer matrimonio en ningún caso, en tanto que los segundos son de aplicación parcial, que implican la prohibición de casarse solo con ciertas personas, como los parientes, pudiendo hacerlo con los demás.

2) Según los efectos, son dirimentes e impedientes, porque en caso de infracción de los primeros, el matrimonio deviene en nulo, lo que no ocurre con los segundos cuyo incumplimiento dan lugar a la imposición de otras sanciones diferentes a la invalidez del matrimonio, dando lugar a los matrimonios denominados ilícitos.

3) Según la duración, los impedimentos son perpetuos o temporales, como el de la minoridad en el primer caso, y la consanguinidad en el segundo.

De los impedimentos absolutos

Son de carácter natural, porque tiene que ver con sus fines, o sea de que no puede ser contraído por personas del mismo sexo. Sin embargo, muy pocas legislaciones lo establecen expresamente, como fue el caso del Código Civil Peruano de 1936, porque debido a su manifiesta evidencia se considera innecesario mencionarlo, quedando en la condición de requisito o impedimento, según el punto de vista positivo o negativo, implícito, obvio, consustancial a todo matrimonio.

El Código Civil de 1852, en su artículo 1825, lo consignó expresamente al definir al matrimonio como la unión perpetua del hombre y de la mujer en una sociedad legítima. El Código Civil de 1984, ha retomado el criterio del primer Código Civil Peruano, seguramente para evitar los problemas de interpretación que motivó el silencio del Código Civil de 1936, al definir, en su artículo 234, el matrimonio como una unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer.

En cuanto a los demás impedimentos absolutos, el artículo 241 del C.C. de 1984, los enumera en la forma siguiente:

1) Los impúberes

El fundamento para el impedimento es simple, que para el cumplimiento de los fines del matrimonio, como de la procreación, que es el principal, es indispensable que los contrayentes hayan alcanzado la madurez genérica suficiente, que hayan llegado a la pubertad, como decían los romanos, que reúnan la capacidad en este orden necesario. A ello, irremediablemente había que agregar la parte física, la aptitud psíquica y hasta económica, también indispensable para hacer frente a las responsabilidades que se contraen como efecto del matrimonio.

El C.C. de 1984, en su artículo 241, en concordancia con el artículo 42, ha determinado como edad legal la de 18 años tanto para hombres como para mujeres. Empero, como la pubertad legal sólo constituye un término medio, es posible que muchos contrayentes adquirieran y llenen las condiciones de capacidad física, psíquica y aun económica antes de alcanzarla, por lo que en atención a dichos hechos siempre que medien motivos graves, por la segunda parte del inciso 1), del artículo 241 del C.C. de 1984, se autoriza al Juez para la dispensa del impedimento a condición que se tenga 16 años cumplidos y se manifieste expresamente la voluntad de casarse.

A nivel de Derecho Comparado, no se considera la capacidad efectiva para la procreación, o para engendrar, como condición necesaria para el matrimonio; de modo que las personas que adolecen de impotencia, no existiendo el impedimento, pueden contraer matrimonio válidamente, aunque, contradictoriamente por el artículo 277, inciso 7, la impotencia absoluta figura entre las causales de anulabilidad del matrimonio.

2) Los que adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole

La finalidad de este impedimento es muy loable, porque con su aplicación tienen acceso al matrimonio sólo las personas físicas y moralmente aptas para consumarlo y engendrar una prole libre de enfermedades y de taras.

El problema consiste en la forma de controlar con eficacia el cumplimiento del citado impedimento, porque si bien todas las legislaciones coinciden en establecerlo, discrepan en cuanto a su verificación, resultando que algunos lleguen a propugnar la necesidad de una verdadera investigación relativa a la sanidad de los pretendientes, al lado de otras que se resienten de la ausencia total de normas de higiene social.

En la legislación nacional se ha mejorado el sistema de constatación del impedimento, porque según el artículo 248 del C.C. de 1984, es obligatoria la presentación del certificado médico prenupcial en los lugares donde hubiere servicio médico oficial y gratuito, el que

puede ser sustituido por una declaración jurada de no tener el impedimento sólo donde no existe dicho servicio.

No obstante el perfeccionamiento del sistema de control, se persiste en hacer difícil el impedimento de salud puesto que para estar incurso en él, la enfermedad al mismo tiempo debe ser crónica, contagiosa y transmisible por herencia por lo que deviene en incompleto, porque no impide el matrimonio en el caso de enfermedades crónicas y contagiosas pero que no son transmisibles por herencia, lo que hace presumir que sólo se protege a la prole pero no al otro cónyuge, no siendo suficiente remedio la posibilidad de anulabilidad del matrimonio en mérito de lo establecido por el inciso segundo del artículo 277.

La segunda parte del impedimento, de que adolecieran de vicio que constituye peligro para la prole, resulta prácticamente declarativa, porque no se complementa con forma alguna de verificación o de control.

3) Los que padecieran crónicamente de enfermedades mentales aunque tengan intervalos lúcidos

La finalidad del impedimento es doble, porque si bien, por un lado hay razones orgánicas y de protección de la prole, por otro lado se asegura que solo pueden casarse quienes están en condiciones de otorgar su consentimiento de manera libre, consciente y espontánea.

Frente a la alternativa de enumerar los diferentes casos como se presentan las enfermedades de la mente, el codificador nacional ha preferido una fórmula suficientemente elástica o genérica como para acoger cualquier modalidad que verifique la ciencia de la psiquiatría y que genere la incapacidad absoluta del paciente, aunque tenga intervalos de lucidez, porque pasados estos la demencia podría reaparecer con la misma o mayor intensidad, haciendo imposible el cumplimiento de los deberes y responsabilidades del matrimonio, con el consiguiente riesgo para el otro cónyuge y la prole.

4) Los sordomudos, los ciegosordos, los ciegosmudos que no supieran expresar su voluntad de manera indubitable

El impedimento solo comprende a los sordomudos, los ciegos sordos y los ciegos mudos, que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, que en virtud del inciso 3 del artículo 43, son incapaces absolutos de ejercicio, por lo que no alcanzándoles el impedimento pueden casarse válidamente.

Hay que agregar, que como consecuencia del perfeccionamiento del arte y de la técnica de enseñar a estas personas, se va reduciendo considerablemente al ámbito de esta clase de incapacidad absoluta y por tanto de aplicación del Impedimento.

5) Los casados

No se trata de un impedimento como los anteriores, por ausencia de aptitudes naturales, sino uno de naturaleza legal, o impedimento de vínculo. El propósito de este impedimento es garantizar la monogamia matrimonial.

La infracción del impedimento da lugar a dos clases de consecuencias. Desde el punto de vista civil acarrea la nulidad del segundo matrimonio, según lo establece el inciso 3 del artículo 274. En segundo lugar, configura el delito de bigamia prevista por el artículo 139 del C. P.

Sin limitarse a la simple enunciación del impedimento, como medida complementaria de prevención, la ley nacional exige la publicidad del proyecto y de la celebración del matrimonio, sin embargo, en amparo de la familia que puede hacerse derivado del segundo matrimonio, se permite su convalidación siempre que el anterior haya quedado disuelto y el cónyuge del bígamo haya actuado de buena fe. Artículo 274 inciso 3, del Código Civil.

De los impedimentos relativos

Se limitan a establecer una prohibición parcial, en virtud de la que los incursos en él, no pueden contraer matrimonio con determinadas personas, las que indica expresamente la ley, quedando en libertad, por lo tanto, de celebrarlo con los demás. El Código Civil de 1984, mediante su artículo 242, integra y enumera los impedimentos relativos.

1) Los consanguíneos en línea recta, y los hijos alimentistas

El inciso 1, del artículo 242, consigna la prohibición de contraer matrimonio entre parientes consanguíneos de la línea recta, con carácter ilimitado, sin excepción alguna. En lo que hay coincidencia en el Derecho Comparado, clásico y moderno, porque las relaciones incestuosas siempre han sido reprobadas.

El impedimento comprende también a los hijos alimentistas a los que se refiere el artículo 415, o sea aquellos cuya filiación no ha sido establecida por el reconocimiento de los padres y tampoco por declaración judicial, pero que por haber mediado relaciones sexuales entre los presuntos padres en la época de su concepción genera una presunción de parentesco en línea recta.

2) Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grado

El inciso 2, del artículo 242, establece la prohibición de contraer matrimonio entre parientes consanguíneos de la línea colateral hasta el tercer grado, esto es, entre hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino.

El impedimento, luego, comprende a dos clases de parientes consanguíneos de la línea colateral, siendo los de grados más cercanos los de hermanos, de segundo grado, y los de vínculos más remotos los tíos y sobrinos, del tercer grado.

Por esto, en el caso de los hermanos, por tratarse de una vinculación colateral muy estrecha, a nivel de Derecho Comparado, las legislaciones civiles, entre ellas la peruana, no permiten dispensa alguna del impedimento, y si el matrimonio ha sido celebrado no hay posibilidad alguna de convalidación.

Pero en el supuesto de los colaterales consanguíneos del tercer grado, por tratarse de un parentesco más distante, por la segunda parte del inciso 2 del artículo 242, del C. C. de 1984, a condición de que medien motivos graves, se autoriza al Juez para dispensar el impedimento.

3) Los parientes por afinidad

En los incisos 3 y 4, del artículo 242, del Código Civil de 1984, se establece la prohibición de contraer matrimonio entre parientes por afinidad, de la línea recta en forma ilimitada, y en la línea colateral hasta el segundo grado.

Como lo establece el artículo 237 del Código Civil, el parentesco por afinidad se deriva del matrimonio, en virtud del cual cada uno de los cónyuges resulta vinculado con los parientes consanguíneos del otro, en igual línea y grado de parentesco.

4) Los parientes por adopción

El inciso 5 del artículo 242, del Código Civil de 1984, establece que no puede contraer matrimonio entre sí el adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 al 4 para la consanguinidad y la afinidad.

El Código Civil de 1984 ha extendido y ampliado el impedimento por adopción hasta identificarlos sin excepciones con el impedimento por consanguinidad y afinidad. La ampliación de este impedimento se debe a la nueva orientación que el Código Civil ha dado

a la adopción, que en lo referente al parentesco el artículo 377 dispone que por la adopción el adoptado adquiera la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

5) El condenado como partícipe en el homicidio de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente

El inciso 6 del artículo 242 establece el impedimento al condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

En la historia del Derecho Familiar se le conoce como impedimento de crimen, pero no por la comisión de un delito en general, sino cuando se deriva de una grave ofensa cometida contra el deber de fidelidad conyugal, como podría ser el conyugicidio calificado.

Pero la mayoría de las legislaciones civiles modernas no relacionan directamente el adulterio con el impedimento sino implícitamente, limitándose a introducir el impedimento de crimen, en contra del condenado o procesado por el homicidio de uno de los cónyuges, quedando sólo como presunción la posibilidad de un adulterio o el propósito de cometerlo.

En dicha forma objetiva, el Código Civil de 1984 ha regulado el impedimento de crimen, en el sentido de que el condenado o procesado por el homicidio de su cónyuge no puede casarse con el sobreviviente, sin entrar a investigar si previamente hubo adulterio.

6) El raptor con la raptada o a la inversa

El inciso 7 del artículo 242 del Código Civil de 1984, dispone que el raptor está prohibido de contraer matrimonio con la raptada, lo mismo que la raptora con el raptado, pero sólo mientras subsista el rapto o haya retención violenta.

La ley nacional, considera el rapto como impedimento matrimonial sólo mientras la raptada se encuentre en poder del raptor, o el raptado en poder de la raptora, o medie retención violenta porque conlleva la presunción de violencia, o la presunción de uno de los vicios de la voluntad, que priva a la raptada o al raptado de la oportunidad de otorgar su consentimiento de manera libre, consciente y espontánea.

De modo que el impedimento de rapto, como está concebido, no cubre o ampara otros casos en que la víctima del rapto pudo ser obligada a celebrar el matrimonio, como la probable relación sexual que pudo haber mediado, o el simple temor de la víctima a la malignidad pública.

De los impedimentos especiales

Son distintos a los absolutos y relativos. El Código Civil de 1984 los ha integrado en un dispositivo único, el artículo 243, que los enumera y regula en la forma siguiente:

1) De los guardadores de incapaces

Según el inciso 1, del artículo 243, no se permite el matrimonio de los guardadores de incapaces, concretamente, del tutor o curador con el menor o el incapaz. Se trata de una prohibición que está encuadrada en el sistema especial de protección de los intereses y de la persona de los incapaces, o de aquellas personas que por estar en la imposibilidad de ejercer sus derechos civiles no pueden valerse por sí mismos, con el evidente propósito de evitar que los tutores o curadores inescrupulosos puedan ocultar el malicioso manejo de la administración de los bienes de sus pupilos.

Pero no se trata de una prohibición genérica porque el tutor o curador sólo está impedido de contraer matrimonio con su pupilo durante la vigencia de la tutela o de la curatela, o mientras no haya sido aprobada judicialmente las cuentas de su administración, de modo que no hay impedimento fuera de tales circunstancias, o si el padre o la madre del incapaz haya autorizado el matrimonio por escritura pública o testamento.

2) Del viudo o de la viuda por omisión del inventario

El propósito del impedimento también es de proteger el patrimonio de los menores de edad, haciendo obligatorio el inventario judicial de los bienes que lo integran, para evitar que se pierdan al confundirse con los bienes de la sociedad conyugal del futuro matrimonio de los padres.

La misma obligación, o impedimento, se hace extensivo o aplicable al cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido invalidado o disuelto por divorcio, así como al padre o a la madre que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad.

La sanción que se establece, por el inciso 2, del artículo 243, puede resultar importante, puesto que en caso de infracción del impedimento, el padre culpable perderá el derecho al usufructo legal de los bienes de sus hijos menores de edad.

Además, según lo establecido por el artículo 433, del Código Civil de 1984, el padre o la madre que quisiera contraer nuevos matrimonios tiene que pedir al juez antes de celebrarlo, la convocatoria al Consejo de Familia para que se decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos.

3) Del impedimento de la viuda

El inciso g del artículo 243 del Código Civil de 1984, establece la prohibición para la viuda de contraer nuevo matrimonio en tanto no transcurran por lo menos 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz.

El impedimento también se aplica a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiere sido invalidado con excepción del caso de separación materia del inciso 5 del artículo 333. Pero el Juez está autorizado para dispensar el impedimento, o del plazo de espera cuando, atendidas las circunstancias, sea imposible que la mujer se halle embarazada por obra del marido.

Como novedad, el artículo 243, inciso 3, in fine, dispone que en los casos a que se refiere este inciso se aplica la presunción de paternidad respecto del nuevo marido, se entiende del alumbrado antes del vencimiento del plazo de espera.

Del asentimiento para el matrimonio de menores de edad

Al estudiar las condiciones o requisitos necesarios para contraer matrimonio civil válido constatamos que uno de ellos, la pubertad legal, se alcanza a los 18 años de edad para ambos sexos, de manera que los que no alcanzan dicha edad están impedidos de casarse, salvo que en el caso que medien motivos graves sean dispensados del impedimento, siempre que se tenga 16 años y manifestación expresa de voluntad de casarse.

Pero en los casos que se les permita contraer matrimonio desde los 16 años, se presenta el inconveniente de que la capacidad natural que se les reconoce como consecuencia de la dispensa del impedimento, no coincida con la capacidad de ejercicio de los contrayentes, que según el artículo 42 recién la alcanzan a los 18 años de edad.

Esta situación da lugar que para la validez de los actos jurídicos en general, y del matrimonio en particular, que celebren los citados incapaces de ejercicio, se requiere de la institución de la representación, o de la intervención de sus representantes legales, que por la naturaleza de sus atribuciones son llamados a otorgar la autorización o el asentimiento para el matrimonio, o en su defecto las entidades o personas que señale la ley.

Dos son los principales fundamentos que justifican la institución del asentimiento para el matrimonio de menores:

- a) La necesidad de protegerlos de los riesgos de sus propios impulsos en el acto más grave de su vida;
- b) Hace posible la vigilancia de la familia para evitar un matrimonio desproporcionado o inconveniente.

No obstante la universalización del requisito, desde la antigüedad también existe una tendencia contraria, considerándolo como innecesario, porque en el caso del matrimonio se trata de un acto íntimo y propio de los contrayentes, cuyas consecuencias sólo a ellas afecta, de modo de que si han alcanzado el suficiente desarrollo físico y espiritual para contraerlo, están en la libertad de celebrarlo válidamente sin necesidad de la autorización de sus padres o de otras personas.

En el Derecho Comparado, hay coincidencia entre el Derecho Canónico y el Common Law Británico y el Norteamericano, en cuanto no exigen ningún consentimiento aparte de los propios desposados. En tanto, que la corriente contraria, de exagerar la importancia de este requisito, propugna su exigencia en todo caso, aun para el matrimonio de los mayores de edad, criterio este que no ha tenido acogida.

El Código Civil Peruano ha seguido un criterio intermedio, de exigir en todo caso el requisito del asentimiento para el matrimonio de menores de edad, pero sin mayor severidad para el tratamiento de los casos de incumplimiento, puesto que la sanción que se impone a los infractores es relativamente benigna, sin llegar a la invalidez del matrimonio o a la desheredación.

De las diferentes clases de asentimiento para el matrimonio de menores de edad

Según sea las personas, o la institución, llamadas a otorgar el asentimiento para el matrimonio de los menores de edad, sus clases son las siguientes:

a) Asentimiento de los padres

Las personas llamadas en primer lugar a otorgar el asentimiento para el matrimonio de los menores de edad, según lo establece el artículo 244 en su primera parte, son los padres, que es lo más apropiado y justo, porque quienes más interesados que los progenitores para velar por la felicidad y bienestar de los hijos.

El artículo 244 del C. C. de 1984, al igual que el artículo 89 del C. C. de 1936, ha seguido la tendencia moderna de conceder igual valor al asentimiento otorgado por ambos padres, de modo que teóricamente para que se considere que hay autorización para el matrimonio se requiere que haya conformidad entre el padre y la madre.

El problema se presentaba cuando había disconformidad entre los padres, porque hay que decidir cuál de las dos opiniones debía prevalecer, la afirmativa o la negativa. El C. C. de 1936, en su artículo 89, siguió el criterio de que el disenso de los padres equivale a la negativa del asentimiento.

A propuesta del doctor Héctor Cornejo Chávez, ponente del libro de Familia, el C.C. de 1984, ha variado radicalmente de criterio, estableciendo, mediante el citado artículo 244, que la discrepancia entre los padres equivale al asentimiento, entrando en contradicción con la solución del artículo 419 para los casos de desacuerdo en ejercicio de la patria potestad.

Cornejo Chávez justifica el criterio adoptado con el hecho de que producida la discrepancia, ya no es solo la opinión de un incapaz la que se inclina por la conveniencia del matrimonio, sino también la de un mayor plenamente capaz y profundamente interesado en la felicidad del pretendiente, lo que es suficiente garantía.

En cuanto al asentimiento otorgado por uno solo de los padres, el artículo 244, segunda parte, establece que a falta, o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el consentimiento del otro.

De modo que con la citada fórmula se ha perfeccionado, y evita los problemas que en la práctica generaba, la solución que para el caso daba el C.C. de 1936, en su artículo 89, segunda parte, de condicionar el asentimiento unilateral de uno de los padres a la muerte del otro sin considerar otros supuestos como el abandono, por ejemplo, además de no precisar la clase de incapacidad a la que se refería, absoluta o relativa, y tampoco la clase de destitución del ejercicio de la patria potestad, que son varias.

b) Asentimiento de los ascendientes

Respecto al asentimiento para el matrimonio de menores por parte de sus ascendientes, el artículo 244, tercera parte del C.C. de 1984, dice que a la falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y abuelas.

Lo que quiere decir que el C.C. de 1984 ha recortado o limitado la participación de los ascendientes en el otorgamiento del asentimiento para el matrimonio para sus descendientes menores de edad, puesto que el artículo 90 del C.C. de 1936 hacía intervenir a todos los ascendientes sin ninguna limitación, comenzando por los más próximos, en tanto que el citado artículo 244 de Código vigente llama únicamente a los abuelos y abuelas. Después de los padres, o a falta de ellos, resulta evidente que nadie mejor que los ascendientes más próximos, como son los abuelos y abuelas, para cuidar del menor o interesarse realmente por su porvenir, dada la cercanía del grado del parentesco, lo que justifica que sean llamados a continuación para autorizar el matrimonio de sus nietos, y para que se excluya a los demás ascendientes, de grado de parentesco más distante.

En caso de discrepancia entre los abuelos y abuelas, pero en igualdad de votos contrarios, el artículo 244 de Código Civil de 1984 ha reproducido la solución que dio el artículo 90 del Código Civil de 1936, de que dicha discordia equivale al asentimiento.

De la citada fórmula pueden derivarse varios casos. Si hay un sólo abuelo, o abuela, su decisión favorable o adversa al asentimiento es definitiva; si son dos abuelos o abuela o abuelo, la discrepancia equivale al asentimiento; si son tres abuelos sin distinción de sexo, decide el voto mayoritario; y finalmente, si existen los cuatro abuelos, o sea dos abuelos y dos abuelas, la discordia se resuelve por mayoría y el empate equivale al asentimiento.

c) Asentimiento del Juez de Familia

Para el supuesto que falten, se entiende por fallecimiento u otro motivo, los abuelos y abuelas, sin son absolutamente incapaces, si han sido removidos de la tutela el artículo 244 en su cuarta parte del Código Civil de 1984, dispone que corresponde al Juez de Familia otorgar o negar la licencia supletoria.

La intervención del Juez de Familia en el otorgamiento de la Licencia para el matrimonio de menores, a falta de padres y abuelos, constituye una de las modificaciones de importancia que ha introducido el Código Civil de 1984, ya que el Código Civil de 1936, en su artículo 91, hacia intervenir para el caso, al Consejo de Familia, organismo muy difícil y aun costoso de reunir, lo que haría realmente imposible el asentimiento matrimonial, lo que no podría remediar con la mayor agilidad y funcionalidad que el Código Civil de 1984, ha dado a dicho organismo, reconoce Cornejo Chávez.

El artículo 346 dispone que la resolución judicial denegatoria debe ser fundamentada a fin de facilitar la formulación de los respectivos recursos impugnatorios.

Pero el Código Civil de 1984 no se ha limitado a sustituir el Consejo de Familia con el Juez de Familia, en el caso anterior, sino que también ha aplicado la competencia del citado Juez para comprender otros casos de otorgamiento de la licencia matrimonial por no ser posible obtenerla de los padres ni de los abuelos, como son los de los menores expósitos y los abandonados moral y materialmente, sustituyendo de este modo a los administradores de los casos de expósitos y a los Consejos locales del patronato, a los que por disposición de los artículos 93 y 94 del Código Civil de 1936 les daba la facultad de otorgar el asentimiento para el matrimonio de los menores bajo su jurisdicción. Ampliación que manifiestamente resulta más ventajosa para los menores afectados por que la intervención del Juez es garantía de mayor seriedad e imparcialidad.

d) Casos especiales de asentimiento

De los cuatro casos de asentimiento para el matrimonio de menores colocados en situación especial, o sea de los adoptados, de los expósitos, de los menores delincuentes o en abandono, y de los hijos ilegítimos, que el Código Civil de 1936 consideraba en sus artículos 92, 93, 94 y 95, como efecto de las modificaciones anteriormente mencionadas, introducidas por el Código Civil de 1984 en realidad sólo queda el caso de los hijos extramatrimoniales que merecen consideración.

En efecto, el caso de los adoptados, como consecuencia de la nueva orientación que se ha dado a la adopción, de incorporar plenamente a los adoptados en el seno de la familia del adoptante ha quedado integrado al sistema del asentimiento que pueden otorgar los padres y abuelos para el matrimonio de sus hijos o nietos, consanguíneos. En tanto que el asentimiento para el matrimonio de los menores expósitos y abandonados es ahora de competencia del Juez de Familia.

En lo que respecta a los hijos extramatrimoniales existe la situación muy particular de que no siempre la patria potestad es ejercida, o conferida, a los padres sino a solo a uno de ellos, y muchas veces a ninguna de ellos, de ahí la necesidad de establecer un procedimiento expedito que facilite el otorgamiento de la autorización para el matrimonio de estos menores.

El artículo 95 del Código Civil de 1936, estableció que los hijos ilegítimos no estaban obligados a acreditar el consentimiento que corresponde a la línea paterna, cuando su padre no los hubiera reconocido voluntariamente. O sea que en el referido caso, era suficiente el consentimiento de la madre, porque no resultaba lógico ni justo que se tomara en cuenta al padre que por haber negado la paternidad tuvo que ser condenado judicialmente para establecerla.

La fórmula del artículo 95, del Código Civil de 1936, evidentemente era incompleta, por no hacer alusión expresa a todos los casos en que podía quedar colocado el hijo ilegítimo, y sobre todo omitía la intervención de la madre, que estaba en la misma situación del padre.

Sin duda la fórmula que consigna el artículo 244 última parte del Código Civil de 1984, ha perfeccionado y ampliado el artículo 95 del Código derogado, disponiendo que los hijos extramatrimoniales solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiere reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y a los abuelos en línea materna; es decir, la madre del hijo extramatrimonial debe también reconocer a su hijo.

Por cierto, si el menor fue reconocido por ambos padres, los dos tienen que concurrir al asentimiento matrimonial, lo mismo que en su caso los respectivos abuelos, en forma semejante al supuesto de los hijos matrimoniales.

No se ha considerado expresamente el caso de los hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente por ninguno de los padres, que pueden haber requerido de un fallo judicial que establezca la filiación, de modo que para obtener la licencia matrimonial habría que concurrir ante el Juez de Familia, porque faltan los padres, y también los abuelos, en los términos que establece el artículo 244 del Código Civil de 1984.

De la forma y efectos del asentimiento de los padres para el matrimonio de los menores de edad

En consideración a la importancia del matrimonio y por tanto del asentimiento, hay conformidad entre casi todas las legislaciones en exigir que también el último conste en forma fehaciente, pero discrepan en cuanto a la determinación de la formalidad o clase de prueba que debe emplearse; así: unas estipulan que conste en instrumento público, otras simplemente de documento privado, y otras no hacen referencia a la forma que debe observarse.

El artículo 96 del C.C. de 1936, establecía que el consentimiento debía constar en instrumento público, aunque el artículo 101 permitía que pudiera ser otorgado verbalmente, en cuyo caso se le hacía constar en los actuados en el expediente matrimonial. En tanto que el C. C. de 1984, a diferencia del C. C. de 1936, no dedica un dispositivo especial para precisar la forma por utilizarse, pero en el artículo 248 que detalla los instrumentos que deben presentar ante el alcalde los que pretenden contraer matrimonio civil, incluye el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, sin distinguir si ha de ser público o privado, por lo que podría hacerse constar el asentimiento en una u otra forma, y que también puede ser otorgado verbalmente, que se hará constar en acta. Pero en todos los casos que otorgue el asentimiento el Juez de Familia, que ahora son varios, tendrá que presentarse copia certificada de la misma resolución.

En cuanto a los efectos del asentimiento, también el artículo 96 del C.C. de 1936, establecía que podía ser revocado hasta el momento de la celebración del matrimonio, lo que estaba de acuerdo con la doctrina y la naturaleza del reconocimiento, porque la institución del asentimiento está fundada en la necesidad de cautelar los intereses y el porvenir del menor, de modo que si se producen nuevos hechos después de su otorgamiento, o se conozcan otros que hasta entonces se ignoraban, que justifiquen el cambio de opinión del que lo otorgó, nada podría impedir la revocatoria.

Sorprendentemente, el C. C. de 1984 no consigna norma expresa semejante al artículo 96 del C. C. de 1936, pero podría resultar innecesaria si tenemos en cuenta la finalidad del asentimiento, además de que no hay disposición expresa que consagre la irrevocabilidad del asentimiento.

De los recursos impugnatorios en caso de negativa del asentimiento de los padres al matrimonio de sus hijos menores de edad

La ley concede a los padres, a los abuelos y al Juez de Familia, la facultad de autorizar el matrimonio de los menores a su cargo, pero no reconoce los mismos efectos a la negativa de todos ellos, o no reconoce a los menores desairados los mismos efectos frente a los diferentes casos de negativa.

Se presentan dos casos:

a) Cuando la negativa al asentimiento proviene de los padres y de los abuelos y abuelas, según lo establecido por el artículo 245 del C. C. de 1984, dicho pronunciamiento es definitivo, sin que haya necesidad de fundamentarlo o motivarlo, por emanar de las personas que por la proximidad del parentesco son las más llamadas a velar por la felicidad del menor; porque además se trata de robustecer la autoridad de los padres y ascendientes; y porque, finalmente, la negativa no constituye un mal irreparable y definitivo, porque basta esperar la mayoría de edad para hacer innecesario el asentimiento.

c) En cambio, cuando se trata de la negativa del Juez de Familia la situación no es la misma, porque se trata de una persona que no obstante la responsabilidad que presume la majestad del cargo no tiene igual preocupación que los parientes, ni le asisten los mismos fundamentos, y concede al menor afectado, según lo establece el artículo 246, del C. C. de 1984, la facultad de impugnar la resolución denegatoria, que por ello debe ser fundamentada, formulando el recurso de apelación, que le será concedido en ambos efectos.

De la sanción en caso de matrimonio de menores sin asentimiento de los padres

Concordando con la teoría de los impedimentos, resulta que para el matrimonio de los menores de edad se necesita del cumplimiento de dos requisitos procesales, que son la dispensa judicial del impedimento y del asentimiento por parte de los padres, o ascendientes o del Juez de Menores, o sea dos procedimientos para el mismo fin.

Lo que habría que considerar es ¿qué podría ocurrir si pese a las disposiciones legales sobre el asentimiento para el matrimonio civil del menor de edad, estos logran contraerlo sin haber obtenido la respectiva autorización de las personas llamadas a otorgarlas?

La alternativa de sancionar el matrimonio celebrado sin el correspondiente asentimiento con la invalidez o nulidad, ha sido considerada como excesiva sanción, desproporcionada a la falta cometida, porque la disolución del matrimonio podría ocasionar mayores daños al menor que los que se quiere evitar, a lo que hay que agregar razones de costumbre, y religiosas, porque en el caso del matrimonio católico la falta de consentimiento nunca ha sido considerada como causal de nulidad de matrimonio.

Pero como en la mayoría de los casos, dice Cornejo Chávez, son los intereses económicos los que inducen al menor a casarse, resulta apropiado imponerle sanciones de carácter económico en el supuesto del matrimonio sin asentimiento.

Por esta razón, mejorando y ampliando la fórmula del artículo 100 del C. C. de 1936, el Código vigente de 1984, por intermedio de su artículo 247, sanciona económicamente tanto al menor como a los funcionarios del Registro del Estado Civil que permitieron el matrimonio.

Al menor, que se casa sin asentimiento, se le priva de la posesión, administración, usufructo, y de la facultad de gravamen y disposición de sus bienes, o se le suspende, diríamos con más exactitud, hasta que alcance la mayoría.

Es decir, que cuando más necesita de ayuda económica, de parte sus parientes y de la comunidad, se hace caer al menor en difícil situación, lo que hace muy discutible la aplicación de la referida sanción económica, como discutible es la alegación de que son intereses económicos los que empujan al menor a un matrimonio precipitado, siendo más razonable suponer que a esa tierna edad son los sentimientos y su vehemencia los que motivan la celebración del matrimonio sin asentimiento.

Para gravar aun más la situación del menor, el artículo 247 del C.C. de 1984, no ha recepcionado el paliativo que el artículo 100, in fine, del C.C. de 1936, concedía al menor desprovisto de sus bienes, que consistía en el derecho a percibir una pensión alimenticia, que fijará el Juez de acuerdo con su nuevo estado.

En cuanto a los funcionarios del Registro del Estado Civil que autorizaron la celebración del matrimonio sin el asentimiento requerido, el artículo 247, in fine, del C.C. de 1984, dispone la imposición de una multa no menor a diez sueldos mínimos vitales mensuales del lugar que corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que diera lugar. Sanción que por su cuantía económica puede constituirse en un factor realmente disuasivo.

2.2.6. De las formalidades para la celebración del matrimonio

Dada la importancia del matrimonio, la determinación de sus formalidades no ha sido dejada por las legislaciones civiles al arbitrio de los contrayentes, sino que para rodearlo de garantías suficientes, que acredite su autenticidad, han fijado formalidades de cumplimiento obligatorio.

De modo que el matrimonio está comprendido entre los actos jurídicos solemnes desde el punto de vista de la forma, porque para su debida validez, además de los requisitos propios de todo acto jurídico en general, requiere que sea celebrado de conformidad con las formalidades establecidas expresamente por la ley de manera obligatoria, sin dejar posibilidad alguna para que los contrayentes pacten una formalidad diferente, so pena de incurrir en causales de nulidad.

El Código Civil vigente de 1984, en sus artículos 248 al 268, en línea al C.C 1936, ha seguido la corriente universal de fijar para la celebración del matrimonio civil único, formalidades obligatorias, esto es, con el carácter de requisito esencial para la validez del matrimonio.

La celebración del matrimonio civil único, según el C.C. de 1984, requiere del desarrollo de todo un procedimiento administrativo, que según Héctor Cornejo Chávez, se desdobra en cuatro momentos o fases claramente determinadas que son: a) Declaración del Proyecto Matrimonial; b) Publicación del Proyecto Matrimonial; c) Declaración de la Capacidad y d) La Ceremonia del casamiento. Que serán analizadas en dicho orden.

A) Declaración del proyecto matrimonial

El primer momento, o el comienzo del procedimiento que se requiere para la celebración del matrimonio es la declaración, la formulación, o la presentación, del proyecto matrimonial, o de la solicitud que deben hacer los pretendientes para que se autorice el matrimonio que se han propuesto contraer, sometiéndose a las formalidades que para el efecto la ley establece.

En esta primera fase, previamente hay que dilucidar varias cuestiones, como las referentes al funcionario competente para recibir la declaración, la forma de la misma, los documentos que deben acompañarse, la dispensa de estos y la información testimonial.

Funcionario competente

En el seno de la Comisión Reformadora y Revisora, que formuló el C.C. de 1984, no se repitió la discrepancia que se produjo en el seno de la Comisión Codificadora de 1936, de escoger entre el juez y el jefe del gobierno local, porque la experiencia había confirmado la certeza de la segunda alternativa, de ahí que se produjo la opción de confirmar al alcalde como funcionario competente para tramitar, dirigir y autorizar el matrimonio, mediante el artículo 248, que dispone que quienes pretenden contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

Pero luego, se autoriza dos excepciones. Por la primera, reproduciendo la fórmula del artículo 123 del C.C. de 1936, el artículo 263 del C.C. de 1984, dispone que en las capitales de provincias donde el Registro de Estado Civil estuviese a cargo de funcionarios especiales, el jefe de aquel ejerce las atribuciones conferidas a los alcaldes por este título. Que revela la intención del legislador de ir robusteciendo la organización de los Registros del Estado Civil con tendencia a su autonomía progresiva.

Por la segunda, según el artículo 262, el matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en el seno de las comunidades campesinas y nativas, no ante el alcalde sino ante un

comité especial presidido por el directivo de mayor jerarquía, integrado por otro y por la autoridad educativa.

Forma de la declaración

En lo que se refiere a la forma de la declaración del proyecto matrimonial, el artículo 248 establece que quienes pretenden contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de ellos. Para luego completar, en la parte final del citado artículo 248, que cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el Alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos.

De las dos formas se ha impuesto, seguramente por su facilidad, la forma verbal, que como se ha dicho, para que quede constancia en el expediente, se extiende un acta que forman los pretendientes, el alcalde y demás personas que indica el artículo 248, in fine.

Documentos que deben acompañarse

Sea escrita o verbal, la declaración inicial para el matrimonio, según el citado artículo 248, los pretendientes deben presentar tres instrumentos indispensables:

I) Copia certificada de las partidas de nacimiento, o en su caso la de bautizo, para acreditar la edad de los pretendientes.

II) Como prueba del domicilio, de cualquiera de los contrayentes, el respectivo certificado domiciliario.

III) El certificado médico prenupcial, con una antigüedad que no pase de 30 días, que acredita que no están incurso en el impedimento establecido por el artículo 241, inciso 2,

o, si en el lugar no hubiese servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Además, en los respectivos casos especiales, se exige la presentación de los documentos siguientes:

- I) Dispensa Judicial de la impubertad.
- II) Constancia del asentimiento de los padres, o ascendientes o del juez de Familia.
- III) Dispensa Judicial del impedimento del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado.
- IV) Copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior, de la sentencia de divorcio, de invalidación del matrimonio anterior.
- V) El certificado consular de soltería o viudez, en el caso de extranjero.
- VI) Y todos los demás documentos que fuere necesarios según las circunstancias.

d. De la dispensa judicial

En los casos, bastante frecuentes, que los documentos exigidos sean de difícil o imposible obtención, la ley no permite que el matrimonio proyectado se frustre por dicha causa, porque además existe el control que significa la publicidad y el procedimiento mismo, para cuyo efecto, mediante el artículo 249, se autoriza al Juez Especializado de Familia para que pueda dispensar a los pretendientes de la presentación de algunos documentos, no de todos.

e. De la información testimonial

En su parte pertinente, el artículo 101 del C.C. de 1936 establecía que los pretendientes producirán asimismo, la información de dos testigos mayores de edad que los conozcan por lo menos desde tres años antes, sin aclarar que el citado número es por cada uno de los pretendientes o por los dos, sin precisar, la finalidad y tampoco la formalidad o norma de remisión pertinente.

En cambio, el artículo 248 del C.C. de 1984, en su cuarta parte, perfeccionando la fórmula del citado artículo 101 del C.C., de 1936, establece que cada pretendiente presentará además, a dos testigos mayores de edad que los conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes dispondrán bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

B) Publicación del proyecto matrimonial

Luego viene, como segundo momento, la publicación del proyecto matrimonial, que sin duda constituye una de las garantías más eficaces del procedimiento para velar por el cumplimiento de las disposiciones legales respecto a los impedimentos matrimoniales, porque mediante la publicidad puede obtenerse la participación de la comunidad, ya que los vecinos al tomar conocimiento del matrimonio que se proponen contraer los pretendientes, pueden y están en la obligación de denunciar los impedimentos de que tengan conocimiento.

Sin embargo, hay un segundo criterio, contrario al anterior, en virtud del cual algunos tratadistas consideran que la publicidad del Proyecto Matrimonial debe ser suprimida por resultar ineficaz, porque en la práctica la colectividad no reacciona positivamente a la publicidad y el público no colabora con la autoridad aun en el supuesto que tuvieron conocimiento de algún impedimento, como se demuestra en los países que lo exigen; y además, porque los instrumentos cuya presentación exige la ley son suficientes para acreditar la capacidad de los pretendientes y la calificación de los impedimentos que pudieran existir.

Los códigos Civiles Peruanos se han alineado al primer criterio, de la publicidad del proyecto matrimonial, así el C.C. vigente de 1984, en su artículo 250, dispone que el alcalde anunciará el matrimonio proyectado por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por municipalidad

durante ocho días y que se publicará una vez por periódico y si no lo hubiere se hará por la emisora radial de la localidad o de la más cercana.

El aviso, llamado edicto matrimonial, consignará el nombre, nacionalidad, edad, profesión, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes y la advertencia de que todo el que conozca la existencia del algún impedimento debe denunciarlo.

Según el artículo siguiente, el 251, en el supuesto que fuera diverso el domicilio de los contrayentes, se oficiará al alcalde que corresponda para que ordene también la publicación prescrita en el artículo 250, en su jurisdicción.

Pero no se trata de una obligación absoluta, porque en el caso de mediar causas razonables o motivos atendibles, el artículo 252 autoriza al alcalde para dispensar la publicación de los avisos a condición que se presenten todos los documentos exigidos en el artículo 248.

Si los resultados de la publicidad son poco alentadores porque no se obtiene la colaboración decidida de la colectividad, y si con los instrumentos presentados se demuestra suficientemente la capacidad de los contrayentes, no se justifica la publicación de los edictos matrimoniales sobretodo en un periódico de la localidad, que dado su elevado costo en el caso del Perú se constituye en un serio obstáculo para la celebración del matrimonio, difícil de resolver en el caso de los contrayentes de situación económica modesta, a los que, en el mejor de los casos, se les obligaría a gestionar la formulación de la solicitud para obtener la dispensa de la publicación.

Consideramos que podría significar una solución realista la de invertir la fórmula del artículo 250, de que la publicación del proyecto matrimonial constituye no la regla sino la excepción, esto es, que se disponga la publicación sólo en el caso de que no siendo suficientes los instrumentos exigidos por el artículo 248 haya duda respecto a la capacidad de los contrayentes, pero en todo caso debe hacerse la consistente en fijar los edictos matrimoniales en el local de la municipalidad.

C) Declaración de la capacidad

Como consecuencia de la publicación del proyecto matrimonial, pueden presentarse hasta dos supuestos:

1. Que se formula oposición al matrimonio.
2. Que transcurra el plazo y no se formule oposición.

De modo que, en primer lugar, habría que referirnos al primer supuesto, de oposición, que la ley nacional ha regulado equitativamente y con prudencia, conciliando el derecho que tienen los pretendientes de exigir que no se obstaculice su enlace sin causa justificada y la facultad que tienen los interesados y cualquier miembro de la comunidad de oponerse a un matrimonio en el que media la existencia de impedimentos.

En lo que respecta a la oposición se presenta varias cuestiones que hay que estudiarlas por separado, sobre quienes pueden formular oposición, la sustanciación de la oposición, y de la responsabilidad para el caso que se declare sin lugar la oposición.

i) De quiénes pueden formular oposición

En virtud de lo establecido por los artículos 253, 254 y 255, están facultados para formular oposición las personas siguientes:

- 1) Todos los que tengan interés legítimo en impedir el matrimonio, interés que debe entenderse es de carácter privado, en los términos que establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil.
- 2) El Ministerio Público, en atención a la naturaleza de sus funciones, de defensor de la legalidad están en la obligación de oponerse de oficio al matrimonio cuando tengan noticia de la existencia de alguna causa de nulidad, no en otros casos.

3) Cualquier persona que conozca la existencia de un impedimento que constituya alguna causal de nulidad, y no en otros casos, puede denunciarlo, pero no en forma directa sino ante el Ministerio Público; oralmente o por escrito, el cual, si considera fundada la denuncia, formulará la oposición.

ii) Sustanciación de la oposición

La oposición debe formularse por escrito, según el artículo 253, ante cualquiera de los alcaldes que haya hecho la publicación de los avisos o edictos matrimoniales, o ante el Jefe del Registro Civil en el supuesto del artículo 263.

Presentado el escrito de oposición al matrimonio, su sustanciación se desdobra en dos fases claramente distinguibles:

1) Fase administrativa

A cargo del alcalde quien, según lo establecido por el artículo 253, si considera que la oposición no se funda en causa legal la rechazará de plano, sin admitir recurso alguno, aun sin la obligación de ponerla previamente en conocimiento de los contrayentes.

En el segundo supuesto, si considera que se funda en causa legal, el alcalde debe poner en conocimiento de los pretendientes, y si estos la contradijeron, negando la existencia del impedimento, remitirá lo actuado ante el juez que corresponda.

2) Fase Judicial

Según el art. 256, es competente para conocer de la oposición al matrimonio el Juez de Paz Letrado del lugar donde este habría de celebrarse. Remitido el expediente de oposición por el Alcalde, el Juez requerirá al oponente para que interponga su demanda dentro del quinto día. El Ministerio Público interpondrá su demanda dentro de diez contados desde publicado

el aviso en el Art. 250, o de formulada la denuncia citada en el artículo anterior. Vencidos los plazos citados en el párrafo anterior sin que se haya interpuesto demanda, se archivará definitivamente lo actuado. La oposición se tramita como proceso sumarísimo.

Para el caso que la oposición se declare infundada, como no podría ser de otra manera, el artículo 257 condena al opositor al pago de los daños y perjuicios que haya ocasionado no sólo al pretendiente a quien se le atribuyó el impedimento sino también al otro, porque es evidente que ambos sufrieron los agravios resultantes de la tramitación y formulación de la oposición y la injustificada postergación del matrimonio, debiéndose fijar prudencialmente la indemnización por el Juez, teniendo en cuenta el daño moral.

También están obligados a indemnizar los daños y perjuicios con la oposición falsa, los denunciadores, se entiende en los términos del artículo 255, pero solo en el caso que la denuncia haya sido maliciosa, sino nadie del público se arriesgará a denunciar los impedimentos que conozca.

Únicamente están exceptuados de esta responsabilidad, según el citado artículo 257, los ascendientes y el Ministerio Público, por presumirse la buena fe de los primeros, y porque obran en interés de la sociedad y no de sí mismos los segundos.

Declaración de la capacidad

Para el caso de que no se haya formulado oposición durante el plazo señalado para la publicación de los avisos, de ocho días, o que la oposición interpuesta haya sido desestimada, y no teniendo el alcalde, dice el artículo 258, noticia de ningún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes, que son aptos para contraer matrimonio, el que podrán celebrarlo dentro de los cuatro meses siguientes.

Ahora bien, si el alcalde tuviese noticia de algún impedimento o si de los documentos presentados y de la información producida no resulta acreditada la capacidad

de los pretendientes, remitirá lo actuado al juez, quien, con citación del Ministerio Público, resolverá lo conveniente, en el plazo de tres días. Es de entenderse que en el primer supuesto el alcalde someterá a resolución del Juez el impedimento de que tenga conocimiento solo en el caso que se funde en causa legal y los pretendientes lo nieguen.

Lo que no se ha resuelto expresamente es el supuesto que después de haberse declarado la capacidad de los pretendientes llega a conocimiento del alcalde, o del Ministerio Público, la existencia de impedimentos con mayor razón si son graves. Como no podría autorizarse la celebración de un matrimonio que de antemano se sabe que resultará nulo, dada la naturaleza de acto tan importante, no queda otra alternativa que la que señala implícitamente el artículo 258, que el alcalde remita los antecedentes ante el Juez competente para que resuelva lo conveniente.

D. De la ceremonia de casamiento

Cornejo Chávez dice que la palabra celebración puede usarse en dos acepciones, la primera como sinónimo del trámite o del procedimiento ya indicado, y la segunda, cuando se refiere a la ceremonia con la que dicho procedimiento termina. En ambos sentidos la ceremonia o celebración del matrimonio civil sólo es posible después de haberse cumplido o superado las tres etapas previas estudiadas anteriormente.

Consecuentemente, la celebración propiamente dicha del matrimonio civil se realiza una vez cumplida las formalidades anteriores. Con solo una excepción; la del matrimonio *in extremis*, que permite el artículo 268, que se estudiará en su oportunidad.

En lo que se refiere a la cuarta fase de la celebración del matrimonio hay que considerar varias cuestiones, como el lugar de la ceremonia, el funcionario competente, de la comparecencia, de los contrayentes, los testigos, y la celebración del casamiento.

a. Del lugar de la celebración

En principio, como lo establece el artículo 258 del C.C. de 1984, el matrimonio debe celebrarse en el local de la municipalidad, en acto público, ante el funcionario competente.

Sin embargo el artículo 265 autoriza al alcalde para que, excepcionalmente, pueda celebrar el matrimonio fuera del local de la municipalidad, o sea a juicio de dicho funcionario, superando de esta manera la fórmula restringida del artículo 117 del C.C. de 1936, que limitaba la excepción al caso de imposibilidad de uno de los contrayentes para trasladarse al local de la municipalidad y por causa debidamente comprobada.

La práctica de esta ceremonia ya no resulta tan excepcional, en la medida de que las municipalidades tienen y han fijado sus costos distintos, sea porque la ceremonia se realiza en el local municipal o porque se realice fuera de él.

b. Funcionario competente

Según lo establecido por el artículo 259, el matrimonio civil debe celebrarse ante el alcalde o ante el funcionario Jefe del Registro del Estado Civil que dirigió el trámite preparatorio en sus tres fases previas, manteniendo la unidad de jurisdicción.

Para facilitar el matrimonio, en virtud del artículo 260, el alcalde queda autorizado para delegar, por escrito, la facultad de celebrarlo, a favor de otros regidores, de los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos. Asimismo, el alcalde también puede delegar sus atribuciones para el matrimonio a favor del párroco u ordinario del lugar, en cuyo caso el delegado dentro del plazo de 48 horas remitirá el certificado del matrimonio a la oficina del registro del Estado Civil que corresponda.

Finalmente, si se presenta la imposibilidad de celebración del matrimonio ante el alcalde que tramitó las tres fases anteriores del procedimiento, o de sus delegados, como el caso de traslado intempestivo, de urgencia, del domicilio de uno de los contrayentes a otra jurisdicción, el matrimonio puede celebrarse ante el alcalde de otro Consejo Municipal, no por delegación sino por autorización del alcalde competente, que debe ser otorgada por escrito como lo establece el artículo 261 del C.C.

c. De la comparecencia de los contrayentes

El artículo 259, en principio, preceptúa la comparecencia personal de los contrayentes a la ceremonia del matrimonio, en el local de municipalidad. Sin embargo, siguiendo el precedente del derecho Canónico, no se han encontrado motivos suficientes para no autorizar la intervención de mandatarios o apoderados, como ocurre en el caso los demás actos jurídicos, que representan a los contrayentes en la celebración del matrimonio, porque son bastantes las garantías que la ley establece para asegurar su validez y autenticidad.

Por esto, el C.C. peruano vigente, en su artículo 264, acepta la posibilidad de la representación en la celebración del matrimonio, pero con las limitaciones siguientes:

- i) El apoderado debe estar especialmente autorizado mediante escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad, y sólo por el plazo perentorio de seis meses.
- ii) No es posible el matrimonio entre apoderados, si uno de los contrayentes se hace representar mediante apoderado, necesariamente debe concurrir el otro contrayente a la celebración.
- iii) El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene en incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente, se entiende antes de la celebración.

d. De los testigos

El artículo 259 del C.C. de 1984, exige la presencia en la ceremonia del matrimonio de dos testigos, sin más aclaración que deben ser mayores de edad y vecinos del lugar. Pero resulta evidente que la finalidad de los testigos es dar testimonio no de la capacidad de los contrayentes sino de la verificación del acto del matrimonio.

e. De la ceremonia

En la fecha y hora señaladas, reunidos en acto público, el alcalde o el que haga sus veces, los contrayentes y los testigos, en el local de la municipalidad, debe celebrarse la ceremonia del matrimonio en la forma que detalla el artículo 259, esto es, el alcalde o el funcionario delegado después de dar lectura a los artículos 287, 288, 289, 290, 418, 419. referentes a las obligaciones que genera el matrimonio y el ejercicio de la patria de los hijos, preguntará a cada uno de los contrayentes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.

Esta breve ceremonia tiene doble finalidad, dice Cornejo Chávez,⁶³ de comprobar el pleno y consciente propósito de contraer el matrimonio por parte de ambos contrayentes, y de llamar la atención de estos hacia los deberes y derechos que el matrimonio les impone y otorga.

2.2.7. Del matrimonio civil en las comunidades campesinas y nativas

El C.C. de 1984, ha introducido una variante al matrimonio civil diríamos clásico, que es llamado matrimonio comunal, al que se refiere el artículo 262, pero en realidad se trata

⁶³ Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 1998. Sexta Edición.

exactamente del mismo matrimonio civil en cuanto a formalidades respecta, con la única novedad de que puede ser celebrado fuera del local municipal y con la intervención de funcionarios distintos a los del municipio, o sea en el seno de las comunidades campesinas y nativas, ante un Comité Especial integrado por la autoridad educativa y por los dos directivos de mayor jerarquía de la comunidad, bajo la presidencia de uno de estos, el de mayor rango.

Como se prescribe, se trata de una novedad no muy significativa, y que más bien podría generar dificultades para el desarrollo y para superar cada una de las cuatro fases del procedimiento matrimonial, como las referentes a la dispensa judicial de los instrumentos que se pueda obtener, las publicaciones, el asentamiento de la partida matrimonial, etc. Además de que podría resultar innecesario, porque de acuerdo con los artículos 260 y 265 del mismo código, el alcalde puede delegar sus atribuciones a favor de otras personas y autorizar la celebración del matrimonio fuera del lugar del local municipal.

Consideramos que el matrimonio comunal puede constituirse en una modalidad muy significativa, que contribuye realmente a facilitar el matrimonio con efectos civiles de nuestros conciudadanos de las comunidades campesinas y nativas, si a la variación del lugar de la celebración y de los funcionarios que intervienen, se acompaña la efectiva simplificación de las formalidades que para el matrimonio exige el Código, y sustituirlas por otras más simples y funcionales, que estén al alcance de la sencillez y la pobreza de los comuneros.

2.2.8. Del matrimonio en inminente peligro de muerte

El matrimonio *in extremis*, o en inminente peligro de muerte, constituye la excepción al procedimiento que se exige seguir para la celebración del matrimonio, porque puede celebrarse sin el cumplimiento de las tres etapas previas, de la declaración del proyecto matrimonial, de la publicación y de la declaración de la capacidad, como lo autoriza el artículo 268 del C.C. de 1984, que ha reproducido la fórmula del artículo 120 del C.C. de 1936, disponiendo que si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente

peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin la observación de las formalidades precedentes, ante el párroco o cualquier otro sacerdote, el que producirá efectos civiles si los contrayentes son capaces y se inscribe en el Registro Civil, efectuándose la inscripción con solo presentar la copia certificada de la partida parroquial, dentro del plazo de un año bajo sanción de nulidad.

El matrimonio *in extremis* ha sido recepcionado del Derecho Canónico, y se le justifica con el fundamento de que el matrimonio no sólo tiene como finalidad la procreación futura y el auxilio mutuo, sino que también puede servir para legitimar la prole procreada con anterioridad, para regularizar una situación de hecho, y otros fines igualmente justos.

Se combate y se discute la validez de este matrimonio de urgencia, en razón de que en las circunstancias anormales en que se celebra no es posible esperar que el moribundo exprese consciente y libremente su consentimiento, sino por influencia y presión extrañas, o con fines fraudulentos, de modo que faltando el consentimiento no podría haber matrimonio válido. Pero estas observaciones podrían hacerse a otros actos jurídicos, como los testamentos, que se otorgan en circunstancias semejantes, sin que nadie haya cuestionado solo por ese motivo su validez, o atribuido a fines fraudulentos.

Tiene que criticarse la insistencia en dar exclusiva intervención al sacerdote para la celebración de este matrimonio, reproduciendo la fórmula del artículo 120 del C.C. de 1936, severamente observada en su oportunidad, porque si bien está de acuerdo con la tradición de pueblo católico, no es exacto que en la actualidad resulte más fácil obtener el concurso de un sacerdote en razón de que se ha producido una reducción considerable de clérigos en las ciudades y han desaparecido de los lugares alejados. Por lo que en todo caso, si hay intención de conservar la institución, no hay razón para que no se conceda la misma facultad a los funcionarios de las municipalidades o del registro civil, que sí los hay en todo rincón del territorio nacional.

Otros motivos de duda, o de discusión, a que dio lugar el artículo 120 del C.C. de 1936, era la clase de formalidades conforme a las cuales el sacerdote debía celebrar el matrimonio de

urgencia, si las exclusivamente civiles o las canónicas, no obstante que dicha modalidad matrimonial sólo consistía en la exoneración de las formalidades precedentes que se establece para la celebración del matrimonio civil, y no del matrimonio religioso, pero que generalmente podía ocurrir que el sacerdote que acudía para consagrarlo sólo conocía las formalidades religiosas.

Parece que en atención a dicha circunstancia, de que el sacerdote que sea llamado a celebrar un matrimonio de urgencia no está en la posibilidad de actuar de conformidad con las formalidades civiles, el C.C. de 1984, en su artículo 268, se decide por las formalidades canónicas o por el matrimonio católico, al disponer que la inscripción en el registro civil se hará con la copia certificada de la partida parroquial, siendo que en los registros parroquiales no se inscriben los matrimonios civiles.

Ahora bien, si el contrayente en peligro de muerte sobrevive y más bien se recupera, habría que aclarar si en este caso hay necesidad de subsanar o completar las formalidades que fueron omitidas por la urgencia del caso. Pero la solución es simple, y en esto hay uniformidad en el Derecho Comparado, en el sentido de que en tales circunstancias no se requieren de posteriores comprobaciones, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, como dice el artículo 268, *in fine*, porque el matrimonio *in extremis* es válido en todo caso, siempre que los contrayentes sean capaces y se inscriba dentro del año siguiente en el Registro Civil.

2.2.9. La prueba del matrimonio

Según el sistema peruano, la prueba del matrimonio es de dos clases: 1) Prueba normal del matrimonio; y 2) Prueba supletoria; que hay que analizar por separado.

1. Prueba normal del matrimonio

La prueba normal del matrimonio civil es su inscripción en el Registro del Estado Civil, o copia certificada de la Partida de dicho registro, como dice el artículo 269 del C.C. de 1984. Pero la aplicación de esta clase de prueba normal del matrimonio no es sencilla, porque en el Perú el matrimonio civil obligatorio es de reciente creación, puesto que fue introducido por el Decreto Ley 6889, de 4 de octubre de 1930, habiendo regido anteriormente en su lugar el matrimonio religioso para los católicos, y desde 1897, según ley promulgada en dicho año, por excepción, el matrimonio civil para los no católicos.

Por lo que para el estudio de la prueba del matrimonio, siguiendo el planteamiento expuesto por Cornejo Chávez,⁶⁴ hay que diferenciar dos supuestos, los casados antes del 4 de octubre de 1930 y los casados posteriormente.

A) En el primer supuesto, hay que recordar, previamente, que antes del 4 de octubre de 1930, por disposición del C.C. de 1852, ya debían funcionar los Registros del Estado Civil, lo que se logró en determinados lugares del país, de modo que era posible la inscripción en ellos de los matrimonios religiosos contraídos por los católicos y los civiles por los no católicos desde el año 1897, en tanto en lugares donde los registros civiles no llegaron a funcionar se tenía en cambio los registros parroquiales.

De acuerdo con lo expuesto, para la prueba del matrimonio civil celebrado antes del 4 de octubre de 1930, se pueden presentar las situaciones siguientes:

- i) En el caso del matrimonio canónico de los católicos y del matrimonio civil de los no católicos, celebrado en lugares con Registro del Estado Civil, la prueba normal consiste en la partida extendida en dicho registro, o en la copia certificada de la misma.

⁶⁴ Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 1998. Sexta Edición.

- ii) Si el matrimonio religioso, se celebraba en lugares donde no funcionaba aún el Registro Civil, es obvio que la prueba normal de su celebración es la inscripción en el registro parroquial, que es suficiente a tenor del artículo 400 inciso 3 del C. de P. C. y los artículos 1827 del C. C. de 1936 y 2115 del C.C. de 1984.
- iii) Si el matrimonio canónico se contrajo donde había Registro Civil, pero sin llegar a efectuarse la inscripción, es de aplicación la inscripción supletoria por mandato judicial según los artículos 1321 y siguientes del C. de P.C.; aunque nada podría oponerse a que se pueda acreditar el enlace con la Partida Parroquial, de acuerdo con el artículo 400 del C. de P.C.
- iv) En los tres supuestos anteriores, en los casos de pérdida o destrucción de los Libros del Registro, es posible la inscripción supletoria por mandato judicial.

B) En el segundo caso de celebración del matrimonio

Del matrimonio, se entiende civil, después del 4 de octubre de 1930, la prueba normal del matrimonio civil es nada más que la inscripción en el Registro Civil, porque el matrimonio civil a partir de la citada fecha se constituye en el único válido; y si no llegó a ser inscrito, no obstante el funcionamiento del referido registro, es de aplicación la inscripción supletoria por mandato judicial.

Sin embargo la inscripción en el Registro Civil no constituye una formalidad *ad solemnitatem* causa, sino simplemente *ad probationem*, por esto, si se presentan defectos formales en la inscripción, como la omisión de los datos aparte de ellos, referentes a los contrayentes, o testigos, el legislador no ha encontrado fundamento suficiente para declarar la nulidad de un acto tan importante como el matrimonio y por muy simples irregularidades, que muchas veces no han dependido de los contrayentes, y más bien, facilita la subsanación o regularización consiguiente, acreditando para ello nada más que la

posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, como lo establece la segunda parte del artículo 269 y últimamente con el artículo 829 del C.P.C se simplifica el procedimiento judicial para la corrección de tales errores.

C) De la prueba supletoria del matrimonio

En concordancia con el sistema mixto adoptado por la ley nacional para acreditar el matrimonio civil, si se justifica la pérdida o destrucción del Registro Civil, estando a lo establecido expresamente por el artículo 270, se admite o se abre la posibilidad de acreditar el matrimonio mediante la actuación de cualquier otro medio de prueba, se entiende de los medios probatorios que autoriza el C. P. C. En atención a ello, consideramos que pueden presentarse diferentes casos de aplicación de la prueba supletoria. A saber:

- i) En el caso de pérdida o destrucción del Registro del Estado Civil, si se trata de matrimonios civiles celebrados entre el 4 de octubre de 1930 y el 14 de noviembre de 1936, estos pueden ser acreditados supletoriamente con la exhibición de la partida parroquial del matrimonio canónico, porque el Decreto Ley 6889 prohibía el matrimonio religioso sin acreditar previamente el matrimonio civil. En tanto, para los matrimonios civiles celebrados con posterioridad al 14 de noviembre de 1936, en el caso de pérdida o destrucción del Registro Civil, la prueba podría obtenerse con la partida parroquial, en concurrencia con otros medios probatorios.
- ii) Para el caso de que hayan muerto los padres o se hallasen en la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información sobre el lugar donde la partida está inscrita, por ejemplo, el artículo 272 establece que la posesión constante del estado de casados de los referidos padres constituye uno de los medios de prueba del matrimonio.

- iii) El artículo 271, dispone que si la prueba del matrimonio resulta de un proceso penal, la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil tiene la misma fuerza probatoria que la partida.
- iv) En el supuesto de que las pruebas supletorias ofrecidas y actuadas no acreditaran a plenitud la celebración del matrimonio sino con resultados dudosos, por lo que no logran que el juez tenga la convicción absoluta de que el matrimonio haya sido celebrado realmente, desde el Digesto de Justiniano, para evitar las consecuencias funestas del desconocimiento de un matrimonio que pudo haberse celebrado de veras, se ha establecido el principio de que la duda se resuelve a favor de la preexistencia del matrimonio, a condición de que los cónyuges viven o hubieron vivido, en la posesión del estado de casados, como lo establece el artículo 273.

2.2.10. Extinción del matrimonio

- Por muerte de uno de los cónyuges o de ambos, siendo que la viudez solo se inscribe en Reniec a través de la partida de nacimiento del occiso, mientras que la calidad de heredera o sucesora requiere de pronunciamiento expreso, que ahora puede ser de un juez o notario.
- Por declaración de muerte presunta que se presenta: i) cuando transcurren diez años de las últimas noticias del desaparecido o cinco si este tuviera más de ochenta años de edad; ii) cuando transcurren dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte (accidente de aviación, bus, navío, intervención militar; etc.) siendo que el plazo corre a partir del cese del evento peligroso; iii) cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.
- Por declaración de invalidez, en los casos que el matrimonio sea nulo o anulable según las causales señaladas en la norma sustantiva.
- Por declaración de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial.

2.2.11. ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo?

Es un hecho aceptado el que la homosexualidad existió desde tiempos remotos; así, en la antigua Grecia fue aceptada, mientras que en Roma, tolerada. Con el paso del tiempo, las nuevas costumbres y los códigos sociales les comenzaron a rechazarla. Empero, en la actualidad, socialmente viene siendo tolerada y se impulsa su reconocimiento jurídico, sustentado en los siguientes principios:

- a. Principio de la dignidad humana. Que es el principio máximo, superprincipio, macroprincipio o principio de principios contenido en el artículo 1 de la Constitución que sostiene que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, la que adquiere real valía y se materializa en el momento de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a un caso en concreto.⁶⁵

La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.⁶⁶

- b. Principio de la libertad. También denominada autodeterminación. Es el valor supremo del ser humano, siendo este el único animal que lo posee. Implica aquella capacidad que tiene el sujeto para realizarse con autonomía dentro de sus relaciones sociales.

⁶⁵ Como señala Gustavo Zagrebelsky, la ...“interpretación jurídica es una actividad eminentemente práctica, en el sentido de que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su resolución.” Citado por Edgar Carpio Marcos en *La interpretación de los derechos fundamentales*, Ed. Palestra, 1ª. Edición, Lima 2004, p.18.

⁶⁶ Cfr. Exp. No. 010–2002–AI/TC - Caso Marcelino Tineo Silva.

Qué duda cabe que el hombre nace libre, en su naturaleza original y único, sin condicionamiento a ninguna otra persona o sistema, sin embargo, en el devenir histórico, fue cediendo esa libertad a otros grupos humanos que lo fueron sometiendo. Empero, posteriormente, como fruto del avance y desarrollo de la humanidad y de superar sus propias contradicciones económicas y sociales, la libertad personal⁶⁷ se consolidó como uno de los valores fundamentales de la persona⁶⁸ y cuyo respeto, protección y defensa es un atributo propio de un Estado Constitucional de Derecho,⁶⁹ además de que está reconocido en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en nuestro país, en el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política vigente que textualmente dispone: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

En tal sentido, compartimos el criterio de considerar que el Derecho fue creado para proteger, en última instancia, la libertad personal, a fin de que cada ser humano, dentro del bien común, pueda realizarse en forma integral, es decir, pueda cumplir con su singular “proyecto de vida”, el mismo que es el resultante de la conversión de su libertad ontológica en acto, conducta o comportamiento.

El Derecho pretende, a través de su dimensión normativa eliminar, hasta donde ello sea posible, los obstáculos que pudieran impedir el libre desarrollo del personal "proyecto de vida", es decir, de lo que la persona desea ser y hacer en su vida. El Derecho es, por ello, un instrumento liberador de la persona. De ahí que es deber genérico de toda persona, que subyace en toda norma jurídica, el de no dañar al prójimo (permitir y respetar la libertad del prójimo como la mía),

⁶⁷ En el fundamento 14 de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Caso Taj Mahal Discoteque (3283-2003-AA/TC) se lee: ...“J. Hervada expone que: (*Los eclesiasticistas ante un espectador*. Pamplona. Eunsa. 1999, pág. 25) *la libertad es algo que el hombre ya tiene por naturaleza y que posee en el orden del ser, bien como dimensión ontológica, bien como derecho natural.*” Extraído de la página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe.

⁶⁸ Cfr. Abad Yupanqui, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional*. Ed. Palestra. 2ª. Edición actualizada. Lima 2005

⁶⁹ Cfr. Silva H, Jesús. *El Hábeas Corpus. Cuadernos Jurisprudenciales No.48*. Gaceta Jurídica Editores. 1ª. Edición. Junio 2005.

ya sea en su unidad psicosomática, en su libertad proyectiva o en su patrimonio,⁷⁰ ahí es en donde encuentra sus límites que a decir de Benito Juárez lo resume: “El respeto al derecho ajeno es la paz”.

- c. Principio de igualdad. Llamada isonomía (igualdad de derechos civiles y políticos de los ciudadanos). Es equiparidad, semejanza, similitud, equidad entre las personas sin beneficiar, ni perjudicar unas de otras. Implica que las personas tienen el mismo valor ante la ley. Debe ser fuente de regulación de la vida social observando los criterios de proporcionalidad y sentido común.

Por ello, es posible tratar de manera diferenciada toda vez que no todo trato desigual es discriminatorio y no implica un menoscabo en sus derechos, en situaciones que así lo merezcan (causas objetivas y razonables); por ejemplo, en el caso de los discapacitados, ancianos, niños, mujeres en situaciones de abandono, etc.

- d. Principio de no discriminación por razón de sexo, que se origina del propio principio de dignidad de la persona humana y el trato igualitario; sin embargo, este acto reprochable incluso ha sido tipificado como delito en el artículo 323 del Código Penal, describiéndolo de la siguiente manera:

“El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas”...

⁷⁰ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *La Constitución comentada*. Obra colectiva. Ed. Gaceta Jurídica, 1ª. Edición, Lima 2005, p.42.

- e. Derecho a la identidad. La identidad es todo aquello que caracteriza y diferencia a una persona de otra. Como derecho fundamental esta tutelado por la dignidad. Se relaciona con el nombre, el derecho al conocimiento del origen y del patrimonio genético.

De aceptarse tal tesis, ello implicaría un cambio profundo en la concepción del matrimonio, toda vez que la procreación ya no formaría parte de sus fines (social) y solo comprendería el hacer vida en común (individual). Para el debate.

2.2.12. Teoría de la invalidez del matrimonio

La invalidez del matrimonio implica la imposibilidad de reconocimiento jurídico y eficacia del acto matrimonial, tomando en cuenta la falta de cumplimiento de los requisitos legales, necesarios para su existencia y validez como acto jurídico. Nuestro ordenamiento jurídico establece requisitos *sui generis*, independientes de aquellos exigidos por el artículo 140 de nuestro Código Civil, para la existencia y validez de todo acto jurídico en general.

El sistema que adopta la ley nacional respecto a la invalidez del matrimonio presenta las características siguientes:

1) En congruencia con el criterio asumido para la organización de la invalidez del Acto Jurídico en general, tampoco hace distinción entre la inexistencia y nulidad del matrimonio, genera los mismos efectos, por lo que en la práctica carece de utilidad reiterar dicha diferenciación que sólo es doctrinaria.

2) Con igual criterio práctico, tampoco se diferencia normativamente la anulabilidad y la impugnabilidad que se refiere a un acto provisionalmente válido, por adolecer de un vicio que sin afectar un interés general perjudica gravemente a uno de los cónyuges, de cuya voluntad depende la nulidad o el ejercicio del derecho de impugnación.

3) El matrimonio, cualquiera que sea el vicio de que adolezca, o la causal de nulidad o de anulabilidad en que esté incurso, no puede ser invalidado de pleno derecho en caso alguno, sino que requiere de la respectiva declaración judicial que establezca la invalidez.

4) Como consecuencia de la simplificación anotada, o exclusión de las modalidades de inexistencia y de la impugnabilidad, la teoría de la invalidez del matrimonio, como del acto jurídico en general, ha quedado reducida a un planteamiento bipartito de indudable importancia práctica, de desdoblarla en sus dos formas, de nulidad y anulabilidad, fáciles de diferenciar, según los causales que las generan específicamente, la amplitud de una u otra acción, de los efectos que producen, y según la posibilidad o imposibilidad de convalidación o de confirmación; y que la primera corresponde a la forma más grave de la invalidez del matrimonio, en tanto que la anulabilidad a la menos grave.

De las acciones de nulidad y anulabilidad del matrimonio y su naturaleza jurídica

De conformidad con el criterio bipartito asumido por el C.C. de 1984, que ha reiterado y perfeccionado el que siguió el C.C. de 1936, sólo hay dos clases de nulidad del matrimonio, la denominada absoluta o simplemente nulidad, y la llamada nulidad relativa, o simplemente anulabilidad. Ambas presentan las siguientes diferencias:

1) Según las causales

Desde el punto de vista negativo, esto es, en la forma de impedimentos o prohibiciones, tanto la nulidad como la anulabilidad se producen cuando el matrimonio ha sido celebrado en infracción o incumplimiento de los impedimentos absolutos, o relativos que enumeran los artículos 241 y 242, y de otros, que corresponden a la naturaleza jurídica del matrimonio, como es el caso de las formalidades que deben seguirse, con excepción del caso de anulabilidad materia del inciso 7 del artículo 277, de la impotencia absoluta, que carece de correlación con impedimento o requisito expresamente formulado.

Lo que da lugar sea a la nulidad o a la anulabilidad, es la mayor o menor gravedad o importancia del impedimento infringido, como aparece de la enumeración de los casos de una u otra forma de invalidez matrimonial, que es materia de los artículos 274 y 277. Quedando aún una tercera categoría de impedimentos, que enumera el artículo 243, cuya infracción, según el artículo 286, no da lugar a ninguna de las dos citadas formas de invalidez, sino a la figura de los denominados matrimonios ilícitos.

2) Según la amplitud o naturaleza de la acción

Debido a su mayor gravedad, de ponerse en riesgo la estabilidad de la sociedad, la nulidad matrimonial interesa a todos, por cuya razón, a la acción para demandarla se le otorga la máxima amplitud, por ser de interés público, de modo que pueden interponerla no sólo los cónyuges, sino también un vasto círculo de terceras personas, e incluso puede ser declarado de oficio.

Por esto la acción de nulidad, según el artículo 275, en concordancia con el artículo VI del T.P. del C.C. puede ser interpuesta por las personas siguientes:

- a) Quienes tengan en la nulidad del matrimonio un interés económico y actual.
- b) Quienes tengan en la invalidación un interés moral y actual.
- c) El Ministerio Público, el que, además, está en la obligación de formular la acción inmediatamente tenga conocimiento de la nulidad.
- d) El Juez, si es manifiesta la nulidad, puede declararla de oficio.
- e) Si el matrimonio susceptible de nulidad fue disuelto, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la acción, ni el juez puede declararlo de oficio.
- f) La acción de nulidad puede ser formulada en cualquier tiempo, porque en virtud de lo establecido por el artículo 276, no caduca.

En tanto que la anulabilidad, debido a su menor gravedad e importancia, sólo da lugar a una acción de interés o carácter privado, que sólo puede ser interpuesta por las personas que la

ley señala, de modo que estando a lo establecido por el artículo 277, los únicos titulares de la acción son los cónyuges, o el cónyuge interesado o agraviado, y por excepción los ascendientes o el consejo de familia, como en el caso del impúber.

3) Según los efectos

Teóricamente, cuando se trata de la teoría de la invalidez del acto jurídico en general, en el caso de la nulidad absoluta, por ser la más grave imperfección de dicho acto, no se permite que genere efecto alguno, aun en el supuesto que las partes se allanen a pasar por los efectos previstos para el acto, porque es completamente ineficaz, como si nunca hubiera sido celebrado. En tanto que en la anulabilidad, el acto no es considerado como inexistente sino únicamente viciado, por lo que la ley permite que genere los efectos previstos en su celebración, los que tienen eficacia hasta que la parte interesada haga valer la acción de anulabilidad.

Dicha diferenciación adecuada a las características especiales de la teoría de la invalidez del matrimonio, experimenta importantes modificaciones o excepciones, que tienen como fundamento la necesidad de proteger a dicha institución, porque no se podría considerar como inexistente, realidad tan evidente y manifiesta como es la familia resultante. Tales casos son:

- a) En consideración a la variación de las circunstancias que los motivaron, se permite la conversión de los tres primeros casos de nulidad, que enumera el artículo 274, en supuestos de simple anulabilidad, a fin de dejar abierta la posibilidad de convalidación del matrimonio, esto ocurre cuando el enfermo mental, por ejemplo, recupera la salud, o los sordomudos, ciegos sordos y ciegos mudos aprenden a expresar indubitablemente su voluntad, y cuando en la bigamia ha quedado disuelto el primer matrimonio.
- b) En caso del matrimonio, putativo, cuando en función de la buena fe de los contrayentes varían los efectos del matrimonio que haya sido invalidado por causales de nulidad o de anulabilidad, que según los artículos 284 y 285 del C.C. genera efectos válidos, como si

hubiera sido disuelto por divorcio, a favor de los cónyuges, o del cónyuge de los hijos, o de terceros que también hayan obrado de buena fe.

4) Según la posibilidad de convalidación

El cuarto factor de diferenciación entre la nulidad y la anulabilidad del matrimonio es la posibilidad o imposibilidad de convalidarlo, por subsiguiente acto confirmatorio o por caducidad de la acción.

Si la nulidad absoluta no genera efectos, la convalidación resulta imposible, porque no se podría convalidar lo que no existe, por el transcurso del tiempo, o por caducidad, no por acto confirmatorio, cuanto más que por el artículo 276 se prescribe que la acción de nulidad no caduca.

En cambio, la anulabilidad por su naturaleza jurídica, desde el momento que genera efectos permite que el matrimonio sea convalidable en sus dos alternativas, esto es, por confirmación o por caducidad de la acción.

2.2.13. De los casos de nulidad matrimonial

La nulidad de matrimonio es una institución familiar en virtud del cual se genera invalidez del matrimonio como acto jurídico por la existencia de un vicio esencial, coetáneo o antecedente, a la celebración del matrimonio permitiéndose sea eficaz, que produzca efectos jurídicos respecto de los cónyuges y frente a los terceros que hayan actuado de buena fe.

Según el artículo 274 los casos de nulidad del matrimonio son los siguientes:

1) Del enfermo mental

Aun cuando la enfermedad se manifiesta después de celebrado el matrimonio o aquel que tenga intervalos lúcidos. Es decir, se refiere al celebrado con infracción del impedimento materia del inciso 1 del artículo 274, que admite la posibilidad de convalidación de este caso de nulidad si el enfermo recupera la plenitud de sus facultades mentales.

2) De los sordomudos, ciegos sordos y ciegos mudos

Que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Se refiere al matrimonio celebrado en infracción del impedimento materia del inciso 4, del artículo 241. Este caso de nulidad también es susceptible de conversión en simple anulabilidad para el supuesto que los citados lleguen a expresar indubitablemente su voluntad, en cuya circunstancia se podría interponer la acción hasta un año después que haya cesado la incapacidad.

3) Del casado

Esta nulidad se produce como lógica consecuencia de celebración del matrimonio en infracción del impedimento materia del inciso 5, del artículo 241; y también es susceptible de conversión en caso de anulabilidad, y por tanto de convalidación, en los supuestos que el mismo inciso 3, del artículo 274 establece, y que son:

a) En el supuesto que el primer cónyuge del bígamo haya muerto o si el primer matrimonio fue invalidado o disuelto por divorcio, solo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, o anulabilidad, siempre que hubiese actuado de buena fe, dentro

del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior, caducando la acción al vencimiento de dicho término.⁷¹

En lo que sí hay una ausencia o carencia de pronunciamiento, es respecto a lo siguiente:

- i) ¿qué ocurre con la sociedad de gananciales del segundo matrimonio? ¿se entiende que tendría vigencia desde su convalidación? ¿y si los bienes del segundo matrimonio fueron comprados a nombre del bígamo, el cónyuge del primer matrimonio tendrá derecho sobre esos bienes?⁷²

⁷¹ A manera de ejemplo, es de considerar la STC Exp. 338-2008-Tumbes, de fecha 24 de agosto de 2010, expedida por la Sala Civil Superior de dicha Corte, en la que se lee: SETIMO.- El Código Civil de mil novecientos treinta y seis, en su artículo 82º, prescribe que no pueden contraer matrimonio: "(....) 5.- Los casados"; a su vez en el artículo 101º, dice: Los que pretendan contraer matrimonio lo declararán al alcalde provincial o distrital del domicilio o de la residencia de cualquiera de ellos. Acompañarán la partida de nacimiento y la prueba del domicilio o de la residencia actual; el certificado médico de salud, o la declaración jurada de no estar comprendidos en el impedimento expresado en el inciso 4) del artículo 82º; el consentimiento para el matrimonio, si procediere y no se prestare verbalmente, o la licencia judicial que lo supla; la dispensa de impedimento, cuando sea necesario; la sentencia de nulidad del precedente matrimonio, la de divorcio, o la partida de defunción del cónyuge premuerto, en sus respectivos casos; el certificado consular que acredite el estado de soltería o de viudez, si fueren extranjeros; y todos los demás documentos que, según las circunstancias, puedan ser necesarios. Producirán los pretendientes, asimismo, la información de dos testigos mayores de edad que los conozcan por lo menos desde tres años antes. Cuando la declaración sea verbal, se extenderá una acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado verbalmente su consentimiento para el matrimonio y los testigos. En cuanto a la nulidad del matrimonio en el 132º, prescribe que es nulo el matrimonio; de los que no pueden contraerlo por ser casados. La acción de nulidad puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual, y por el ministerio fiscal; no procede la nulidad en caso de bigamia cuando el anterior matrimonio ha sido disuelto, si el cónyuge del bígamo tuvo buena fe, tal como dispone los artículos 134º y 137º del Código Civil de mil novecientos treinta y seis.--- OCTAVO.- En el caso de autos el anterior matrimonio celebrado por el hoy demandante Juan Héctor Palomino Cedillo con doña María Delgado Castillo, ha sido disuelto tal como se advierte de la copia certificada de la partida de matrimonio corriente a folios cuarenta y tres, donde aparece anotada la disolución del vínculo matrimonial, cuyo matrimonio alega el demandante se encontraba vigente al momento de contraer matrimonio civil con la demandada Haydee Alvarado Ríos; además el cónyuge del bígamo en este caso la demandada Haydee Alvarado Ríos contrajo matrimonio civil de buena fe con el demandante; toda vez que el mismo demandante en su escrito de demanda afirma que se casó con la demandada creyendo estar divorciado, con mayor razón la demandada ha celebrado el matrimonio de buena fe, por tanto estando disuelto el anterior matrimonio del demandante con doña María Delgado Castillo, no procede se declare la nulidad del matrimonio celebrado con la demandada Haydee Alvarado Ríos, en aplicación del artículo 137º del Código Civil de mil novecientos treinta y seis.-----

⁷² Ejemplo de estos problemas lo encontramos en lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Cas. 1582-2010-Ayacucho, de fecha 09 de mayo de 2011, en la que se sostiene: El Juez ha declarado fundada la demanda, y en consecuencia Nula la Partida de Matrimonio celebrado entre Alcibíades Jurado Arce y Elsa Gutiérrez Gálvez, el diez de junio del año mil novecientos noventa y cuatro por ante la Municipalidad Provincial de Huamanga, considerando que del duplicado de la libreta electoral número 28217894, certificado de inscripción del Registro Único

- ii) ¿y qué sucede en caso de sucesión si el esposo(a) bígamo(a) fallece durante la vigencia de ambos matrimonios? ¿podemos estar hablando de sucesión solo en el caso del primer matrimonio, y el segundo cómo queda?

- iii) Y en el caso que ambos cónyuges del primer matrimonio fallezca –primero el varón y luego la esposa- ¿cómo se produce el derecho sucesorio? ¿habría derecho sucesorio del/la cónyuge supérstite?

- iv) ¿existiría contradicción en el derecho que tendrían los herederos del cónyuge supérstite del primer matrimonio para accionar la nulidad y el derecho que tiene el cónyuge afectado de convalidar el matrimonio inicialmente inválido? De ser así ¿cómo se afectarían los derechos de los herederos?

Consideramos que son temas que merecen ser respondidos no solo por la judicatura, sino que debería haber norma expresa, de manera que no se aprecien fisuras en nuestro ordenamiento, sobre todo si consideramos que tales cuestiones tienen influencias en distintas instituciones del Derecho civil; así: el de patrimonios, sucesiones, etc.

de Personas Naturales se infiere que Alcibíades Jurado Arce a la fecha de inscripción de dicho documento ocurrido el dieciocho de octubre del año mil novecientos acto matrimonial y consecuente nulidad de partida que lo contiene; en cuanto a la buena fe o mala fe de las partes al celebrar el segundo matrimonio, que la mala fe del demandado se evidencia de la situación de soltero que el mismo hizo constar al celebrar el acto matrimonial, certificado de soltería y solicitud para celebración de matrimonio, de igual modo se evidencia de la libreta electoral donde consta su situación de casado, y de la declaración jurada en donde hace constar su estado civil de soltero, señalando que es un error involuntario atribuible a la Oficina de Registros Electorales el dato de casado, además de la Copia Literal de la Partida Registrar número 11001273 de inscripción de propiedad inmueble que la codemandada Elsa Gutiérrez Gálvez tenía pleno conocimiento de la situación de casado del demandado, lo que se sustenta con el acto realizado el diecinueve de diciembre del año dos mil uno al registrar su propiedad ubicado en el Callejón Común s/n del Barrio de Arroyo Seco - Ayacucho a título personal, como soltera, cuando era casada y cuando el demandado esta en vida, de lo que se infiere la mala fe de los demandados de lo que se evidencia el hecho de haber contraído segundas nupcias conscientes de la vigencia del primer matrimonio y del impedimento de Alcibíades Jurado Arce, el mismo que incluso para ocultar su estado de casado ha solicitado dispensa de publicación del edicto matrimonial.”

b) Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.

c) En la parte final del inciso 3, del artículo 274, se establece que el nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto es válido e inimpugnable aun en el supuesto que se declare la reaparición o existencia del presunto finado.

4) De los consanguíneos o afines en línea recta

De conformidad con las prohibiciones o impedimentos establecidos por los incisos 1 y 3 del artículo 241, para los parientes consanguíneos o afines en la línea recta, la infracción de la prohibición es sancionada con nulidad del matrimonio resultante, sin excepción ni atenuación alguna; con aplicación de los artículos 275 y 276.

5) De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral

Aclara este inciso, cuarto del artículo 274, que la nulidad derivada de la infracción del impedimento materia del artículo 242, inciso 2, se aplica sólo al matrimonio de los colaterales del grado más próximo, o sea de los hermanos, en que la invalidez es insubsanable y no admite excepción alguna. En tanto que en el supuesto de los colaterales del tercer grado, tía y sobrino, el tratamiento es más tolerante, permitiéndose la convalidación del matrimonio si se obtiene dispensa judicial del parentesco, lo que hace suponer que es posible la obtención de la dispensa antes o después de celebrado el matrimonio.

6) De los afines del segundo grado de la línea colateral

Cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive. Se trata del matrimonio celebrado en infracción del impedimento materia del inciso 4 del artículo 242. Como no se establece expresamente posibilidad alguna de convalidación, ha dado lugar a que el Doctor Cornejo Chávez opine en el sentido de que dicho matrimonio es nulo sin atenuación alguna, en la misma forma y alcances que lo es el matrimonio entre parientes consanguíneos del segundo grado, lo que aparentemente resulta muy discutible y podría justificarse una reforma en el sentido de convalidarlo.

7) Del condenado por el homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente

Esta nulidad proviene de la infracción de la prohibición materia del inciso 6 del artículo 242, que dada su gravedad no admite excepciones ni atenuaciones, con aplicación de los artículos 275 y 276. Es decir, es inadmisibles sostener un matrimonio que tiene su origen en el homicidio de uno de los cónyuges.

8) De quienes lo celebran con prescindencia de los trámites legales

Se trata de un caso de nulidad absoluta nuevo, introducido por el C.C. de 1984, pero que fluye de la naturaleza jurídica de las formalidades que se exige para la celebración del matrimonio, que tienen el carácter de requisito esencial para la validez del enlace. Sin embargo, por la segunda parte del inciso 8 del artículo 274, se apertura la posibilidad de convalidación de esta nulidad si los contrayentes actuaron de buena fe y subsanan la omisión, que resulta difícil en el caso de prescindencia total de los trámites previos. De modo que la nulidad resultará cierta e insubsanable solo en el caso de que los contrayentes hayan actuado de mala fe.

9) Del matrimonio celebrado ante funcionario incompetente

El inciso 9 del artículo 274, se refiere al caso de nulidad absoluta sin atenuación alguna, cuando los contrayentes, actuando ambos de mala fe, lo celebran ante funcionario incompetente, dicho matrimonio es nulo sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal del impostor, pero la acción sólo puede ser interpuesta por terceros y no por los cónyuges, esto es, por cualquier otro interesado legítimo o por el Ministerio Público, y aun ser declarados de oficio la nulidad por el juez.

2.2.14. De los casos de anulabilidad matrimonial

La anulabilidad del matrimonio potencialmente puede generar la invalidez de matrimonio por la existencia de algún vicio coetáneo o antecedente a la celebración del matrimonio que no reviste la gravedad de los que producen la nulidad desde el punto de vista del interés público. La invalidez se genera si es que las causales de anulabilidad son invocadas y acreditadas, mientras tanto el matrimonio conserva su plena validez y eficacia.

El artículo 277 del C.C. de 1984, establece los siguientes casos:

1) Del Impúber

Se refiere al supuesto de haberse celebrado el matrimonio en infracción del impedimento materia del inciso 1 del artículo 241, por haberse celebrado sin la previa dispensa judicial de la prohibición, aunque se cuente con el consentimiento de las personas llamadas a otorgarlo, porque la falta de este último requisito da lugar a otra clase de sanción diferente a la nulidad o anulabilidad, como se tiene explicado anteriormente.

El inciso 1, del artículo 277, permite dos casos de convalidación y uno de confirmación a esta anulabilidad, que son los siguientes:

a) No puede intentarse la acción de anulabilidad después que el menor haya alcanzado la mayoría de edad, porque si los titulares de la acción que menciona el citado inciso en su primera parte, o sea los ascendientes o el Consejo de Familia, no ejercieron oportunamente la acción es porque aprobaron el matrimonio.

b) Tampoco puede formularse la anulabilidad cuando la mujer haya concebido, porque se presume que con ello ha alcanzado la madurez suficiente a la pubertad efectiva, y en protección del menor en gestación.

c) Si la anulabilidad hubiese sido obtenida a instancias de los titulares de la acción, esto es, de los padres, ascendientes o del Consejo de Familia, los cónyuges al llegar a la mayoría de edad, pueden confirmar su matrimonio ante el juez, con efecto retroactivo. Lo que significa una excepción a la regla de que la convalidación sólo es posible antes que el acto jurídico haya sido anulado, fundándose en que si al alcanzar la mayoría de edad los excónyuges están en libertad de casarse con cualquier otra persona no hay razón para que se les impida hacerlo con la que se casaron anteriormente, pero sin necesidad de repetir la celebración del matrimonio, sino mediante la simple confirmación del anterior.

d) Este caso de anulabilidad matrimonial del impúber ha sido aclarado o complementado, por la Primera Disposición Modificatoria del D.Leg. No. 768, en el sentido que el impúber puede ejercer la acción de anulabilidad luego de llegar a la mayoría de edad; y que en cuanto al derecho que tienen los cónyuges para ratificar su matrimonio anulado judicialmente, la confirmación debe solicitarse al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. Solución más práctica es la que ha venido estableciendo la jurisprudencia, de permitir que la solicitud de confirmación se plantee y se resuelva en el mismo expediente en que se declaró la nulidad del matrimonio.

2) Del que adoleciera de enfermedad crónica contagiosa

La acción sólo puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca si no la interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.

3) Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta

También es anulable por haber sido celebrado en infracción del impedimento materia del inciso 7 del artículo 242. Correspondiendo la acción exclusivamente a la parte agraviada, o sea, a la raptada o al raptado, retenida o retenido, y solo será admitido si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta, a cuyo vencimiento caduca. Como recordamos, se sustenta en que el matrimonio debe darse por voluntad libre y espontánea, no por una voluntad coactada o condicionada.

4) Por incapacidad mental pasajera

El inciso 4 del artículo 277, autoriza demandar la anulabilidad del matrimonio de quien al tiempo de celebrarlo no estaba en pleno ejercicio de sus facultades mentales. Esta acción corresponde exclusivamente al afectado por la incapacidad mental pasajera, siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa, y que no hayan transcurrido dos años de la fecha de celebración del matrimonio. De modo que es posible la convalidación si hacen vida común durante los seis meses siguientes a la desaparición de la causa, en todo caso, por caducidad de la acción a los dos años.

5) Del matrimonio celebrado por error o ignorancia

En la teoría de la anulabilidad del Acto Jurídico en general, entre las principales causales que la generan están comprendidos los vicios de la voluntad o del consentimiento, que son el error, el dolo, la violencia en sus formas físicas y de intimidación, y la simulación.

Pero en el caso del matrimonio dada su naturaleza jurídica tan especial, no es posible la aplicación de todos los referidos vicios de la voluntad como causales de su anulabilidad, sino únicamente, en defensa de institución de aquellos que en la práctica son susceptibles de fácil y objetiva comprobación, como son el error y la intimidación, siendo excluidos los demás vicios, como son el dolo, la violencia física y la simulación, que solo darían lugar a investigaciones psicológicas sin resultados prácticos, y más bien, como dice Cornejo Chávez,⁷³ podrían estimular la inteligencia mutua de los cónyuges para simular o provocar vicios o causales de anulabilidad.

En efecto, el inciso 5 del artículo 277, considera como anulable el matrimonio del que lo contrae por error sobre la identidad física del otro cónyuge o por ignorar algún defecto substancial del mismo que haga insoportable la vida en común. Y para evitar dudas, controversias, o interpretaciones arbitrarias, en su segunda parte, el inciso agrega que se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio.

Finalmente, se establece que la acción solo puede ser ejercitada por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años, de celebrado el matrimonio.

6) Del matrimonio celebrado por intimidación

En efecto, el inciso 6 del artículo 277, en concordancia con el artículo 215, establece la anulabilidad del matrimonio de quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído, y en el caso de que la amenaza hubiera sido dirigida en contra de terceras personas el juez resolverá apreciando las circunstancias, quedando excluido el simple temor reverencial, que

⁷³ Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. 6ª. Ed., Lima 1998. En el mismo sentido CORRAL TANCANI, Hernán. *Derecho y derechos de familia*. Grijley. Lima, 2005.

en el caso de haberse producido no anula el matrimonio. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y solo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado el matrimonio.

7) De la anulabilidad por impotencia

La particularidad de este caso de anulabilidad es que no se deriva de la infracción de impedimento alguno porque la impotencia, se entiende la absoluta, no está considerada entre los impedimentos para el matrimonio, seguramente porque la procreación no es la única finalidad del matrimonio.

Si el presente caso se presenta como una excepción al principio general de que la nulidad o anulabilidad se aplica a manera de sanción en los supuestos en que el matrimonio es celebrado en infracción de cualquiera de los impedimentos o prohibiciones que la ley establece, habría que llegar a la conclusión de que con la anulabilidad no se está sancionando la impotencia, sino que se está dando una solución para la problemática y difícil situación resultante de un matrimonio en el que uno de los contrayentes adolece de impotencia absoluta, porque no se podría imponer a uno la obligación de renunciar indefinida o definitivamente a procrear, ni condenar al otro cónyuge a vivir permanentemente expuesto al doble riesgo del adulterio de su consorte, y si se trata de varón, de ser tenido como padre matrimonial del hijo habido por su mujer, obviamente, con un tercero.

Por esto se explica que no se autorice la acción anulatoria en el caso de que ninguno de los cónyuges pueda realizar la cópula sexual. En el inciso 7 del artículo 277, se establece la anulabilidad del matrimonio de quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrado. Correspondiendo la acción a los cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. Pero no procede la acción si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.

8) Del matrimonio celebrado ante funcionario incompetente

Según el inciso 8 del artículo 277, es anulable el matrimonio de quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe, y caduca si no ha sido interpuesta dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.

2.2.15. De los matrimonios ilícitos

Los matrimonios celebrados en infracción de los impedimentos especiales son los que en la doctrina se les califica con la denominación de ilícitos, que por disposición del artículo 286, del C.C. de 1984, son válidos y que en concordancia con los artículos 243 y 247 del C.C. son los siguientes:

1) El matrimonio contraído por el menor de edad sin el consentimiento exigido por la ley, que no obstante lo cual, o de ser el resultado de la infracción de un impedimento, conserva su validez, dando lugar nada más que a la imposición de una sanción económica y moral que establece el artículo 247, y que consiste en privar al menor de la posesión, administración, usufructo y disposición de sus bienes, hasta que salga de su minoridad.

2) El matrimonio celebrado en infracción de la prohibición materia del inciso 1 del artículo 243, de que el tutor o el curador no puede casarse con el menor o el incapaz durante el ejercicio del cargo ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, también es ilícito, salvo el caso de que el padre o la madre del pupilo hubiera autorizado el matrimonio por testamento o por escritura pública. Pero la sanción que es pecuniaria, manifiestamente es insignificante e irrisoria, puesto que solo da lugar a la pérdida de la retribución que por su trabajo corresponde al tutor o curador infractor, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

3) También es ilícito el matrimonio contraído por el viudo, la viuda, o por el cónyuge cuyo matrimonio anterior hubiera sido invalidado o disuelto por divorcio, lo mismo que el padre o la madre natural, sin que se haya cumplido previamente con la facción judicial de inventarios, con intervención del Ministerio público, de los bienes de propiedad de sus hijos que está administrando, o la declaración jurada de que no existe bienes o que no están bajo su administración, o de que sus hijos no están sujetos a su patria potestad. La sanción que se impone al infractor o infractora de esta prohibición, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 243, como en los casos anteriores es pecuniaria, y consiste en la pérdida del derecho al usufructo que corresponde al padre sobre los bienes de sus hijos.

4) Es ilícito el matrimonio celebrado por la viuda, o por la mujer divorciada o de matrimonio anulado, en infracción del impedimento materia del inciso 3 del artículo 243, esto es, dentro de los 300 días siguientes de la fecha del fallecimiento del otro cónyuge o de disuelto o anulado el matrimonio anterior, salvo que hubiera dado a luz u obtuviera dispensa judicial del impedimento. En este caso la sanción pecuniaria es más drástica, por cuanto la infractora pierde los bienes que hubiera obtenido del marido a título gratuito, que pueden ser importantes. También se trata de resolver el problema de paternidad del hijo alumbrado por la viuda durante el segundo matrimonio, pero antes de cumplirse los 300 días de la disolución del matrimonio anterior aplicando al segundo marido la presunción "*paters*".

2.2.16. De los efectos de la invalidación matrimonial

Los efectos que pueden generar el matrimonio invalidado se determinan en función de la buena o mala fe con la que hubieran procedido al celebrarlo los excónyuges, y también de la buena o mala fe, de los terceros al contratar con aquellos.

a) Matrimonio celebrado de mala fe por ambos cónyuges

Se aplican, como es lógico, los efectos más graves o drásticos de la invalidación, o sea la nulidad del matrimonio, como si jamás hubiese sido celebrado o existido, de modo que la unión en que hubieran vivido los cónyuges, al ser privada de su sustanciación legal, deviene en una simple unión de hecho o concubinato, considerándose a los hijos como extramatrimoniales, rigiéndose la filiación por las reglas de la filiación extramatrimonial.

b) En caso de haber sido celebrado de buena fe o matrimonio putativo

El matrimonio invalidado pero que fue celebrado de buena fe por ambos cónyuges, o por uno de ellos cuando menos, es el denominado matrimonio putativo, creación del Derecho Canónico, cuya característica fundamental consiste en que la anulación sólo opera *ex nunc*, esto es, para el futuro, respecto a los dos cónyuges y los hijos, si ambos actuaron de buena fe al celebrarlo, como si se tratara de un matrimonio disuelto por divorcio, o solo respecto al cónyuge de buena fe y de los hijos, si el otro se casó de mala fe.

En cuanto a los efectos del matrimonio putativo respecto a los cónyuges, se presentan dos casos:

1) Cuando ambos cónyuges obraron de buena fe al casarse, el matrimonio genera efectos para los dos, exactamente, dice el artículo 284, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio, careciendo la invalidación, entonces, de todo efecto retroactivo, solo para el futuro.

De modo que en este supuesto, los cónyuges son considerados como tales y no como concubinos. De ahí que si la invalidación ha sido declarada después de la muerte de uno de ellos, el otro deviene en su heredero, lo que no puede ocurrir si la anulación ha sido declarada en vida de ambos, aplicándose lo establecido por el artículo 353; y en lo que

concierno a la sociedad de gananciales, en su caso, se liquidará de acuerdo con las reglas materia de los artículos 320 a 324.

2) Cuando sólo uno de los cónyuges actuó de buena fe, todo lo anteriormente explicado rige para él, pero para el otro, que actuó de mala fe, el matrimonio no surte ningún efecto, es decir que la anulación tiene respecto de este efecto retroactivo.

Los problemas que surgirían serían en los casos de bigamia, siendo evidente que los intereses patrimoniales del cónyuge inocente del matrimonio anterior, no tendrían por qué resultar perjudicados solo por la buena fe del que se casó con el bígamo, de ahí que el derecho a los gananciales y a la herencia de este último tendrían que recaer nada más que sobre los gananciales o bienes propios del bígamo.

c) En el caso de terceros de buena fe

El artículo 285, dispone que el matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a terceros que hubieran actuado de buena fe. El doctor Cornejo Chávez⁷⁴ da por establecido que la fórmula del artículo 285, se aplica únicamente al matrimonio putativo, esto es, a que haya sido celebrado con la buena fe de ambos cónyuges o solo de uno de ellos, pero así no aparece claramente del citado dispositivo, que ha sido concebido de manera genérica sin hacer discriminaciones entre las dos formas de invalidación matrimonial, con la mala fe de ambos cónyuges o el matrimonio putativo, deficiencia que hace ambigua la fórmula y se crea el riesgo de que se pretenda su aplicación a los dos referidos casos, en cuyo supuesto los terceros de buena fe quedarían en mejor situación o más favorecidos que los hijos, que en el caso de que ambos padres actuaron de mala fe en la celebración de su matrimonio, son tratados como extramatrimoniales.

⁷⁴ Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 1998. Sexta Edición.

Título III

Metodología de la investigación

3.1. Tipo de investigación

Esta investigación es básicamente de carácter descriptivo-explicativo, pues busca explicar el por qué debería considerarse a la prescripción como una modalidad de confirmación del matrimonio inicialmente inválido, así como demostrar en qué medida esta confirmación por prescripción es una modalidad de esta, así como los problemas jurídicos y socio-económicos que crea, entre otros, a fin de plantear soluciones que se puedan presentar ante las autoridades competentes.

3.2. Método de la investigación

Utilizaremos los métodos analítico, deductivo-inductivo, y descriptivo-explicativo en la investigación, a fin de utilizar con propiedad los datos obtenidos sobre las variables de estudio.

3.3. Universo de la investigación y muestra

Se tomó como población materia de estudio a los denominados operadores de derecho que desempeñan sus funciones en los Juzgados Civiles-Familia y Salas Superiores del distrito judicial de Loreto, abarcando el período 2010-2012. Comprendió una muestra del veinticinco por ciento (30%) de dicho universo, de manera aleatoria, pues consideramos que tal porcentaje nos da un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados. De dicho porcentaje, se consideró: 40% de magistrados, 40% abogados y 20% auxiliares jurisdiccionales.

3.4. Técnicas de recolección

La recolección de datos estuvo dado por:

- a) Fichaje de bibliografía y de resumen que se obtuvieron sobre el tema con carácter general y especializada, para lo cual nos apersonamos a la biblioteca de la Facultad y los que adquirimos por la compra o expedición de copias por nuestra cuenta.
- b) Analizamos la doctrina a considerar en la presente investigación, así como las teorías y de las normas relacionadas al tema, para lo cual nos valimos de las fichas obtenidas.
- c) Se estudió casos reales e hipotéticos relacionados con el tema de investigación, para lo cual nos constituimos en los diferentes juzgados y salas de familia del distrito judicial mencionado.
- d) Encuestas y/o entrevistas que se elaboraron en función del problema planteado, las hipótesis y variables identificadas, precisando las preguntas más adecuadas en un cuestionario, siguiendo criterios científicos, y para la toma de las muestras nos apersonamos a los diferentes juzgados y salas de familia del distrito judicial mencionado.

3.5. Procesamiento y análisis de datos

Obtenidos los datos de la investigación, se procedió a su procesamiento y análisis del siguiente modo:

- a. Selección y representación de variables, es decir, se seleccionaron las respuestas de las encuestas y entrevistas de acuerdo a las variables formuladas.
- b. Matriz tripartita de datos, en la que se almacenaron provisionalmente la información obtenida y que previamente fue seleccionada.
- c. Pruebas estadísticas en función de las diversas técnicas: tablas cruzadas, distribución de frecuencias, asociación y correlación entre variables.
- d. Uso del procesador sistematizado que nos facilitarán en la labor estadística: básicamente aquéllos contenidos en el Programa Windows 2007.

Título IV

Contrastación de hipótesis de la investigación

4.1. Contrastación de hipótesis

4.1.1 Hipótesis general

Si no se acciona judicialmente de manera oportuna para solicitar la declaración de la nulidad de un matrimonio inicialmente inválido; entonces, dicho matrimonio queda confirmado por prescripción.

4.1.2. Hipótesis secundarias

- a) Si la prescripción genera la confirmación del matrimonio inicialmente inválido, entonces, es una modalidad de confirmación del acto jurídico no contemplada en la norma.
- b) La confirmación por prescripción del matrimonio inicialmente inválido genera consecuencias jurídicas, económicas y sociales.

4.2. Variables e indicadores

Relacionados con hipótesis principal

- a) Variable independiente: no accionar judicialmente de manera oportuna para solicitar nulidad de matrimonio.
- b) Variable dependiente: confirmación por prescripción del matrimonio inicialmente inválido.

Relacionados con hipótesis secundaria

- a) Variable independiente: confirmación por prescripción del matrimonio inicialmente inválido.
- b) Variables dependientes: confirmación por prescripción es una modalidad no contemplada en la norma; la confirmación genera consecuencias, jurídicas, económica y sociales.

4.3. Operacionalización de variables e indicadores

Con fines metodológicos se ha representado a cada una de las variables con su símbolo, señalándole sus indicadores respectivos.

Indicadores de las variables independientes (X)

X(1) No accionar oportunamente para solicitar nulidad de matrimonio inválido

- Muy frecuente
- Poco frecuente
- Nada frecuente

X(2) Confirmación de acto jurídico

- Muy frecuente
- Poco frecuente
- Nada frecuente
-

Indicadores de las variables dependientes (Y)

Y(1) Prescripción es una modalidad de confirmación

- Contenida y reconocida en la ley
- No contenida ni reconocida en la ley

Y(2) Confirmación por prescripción genera consecuencia jurídicas, sociales y económicas

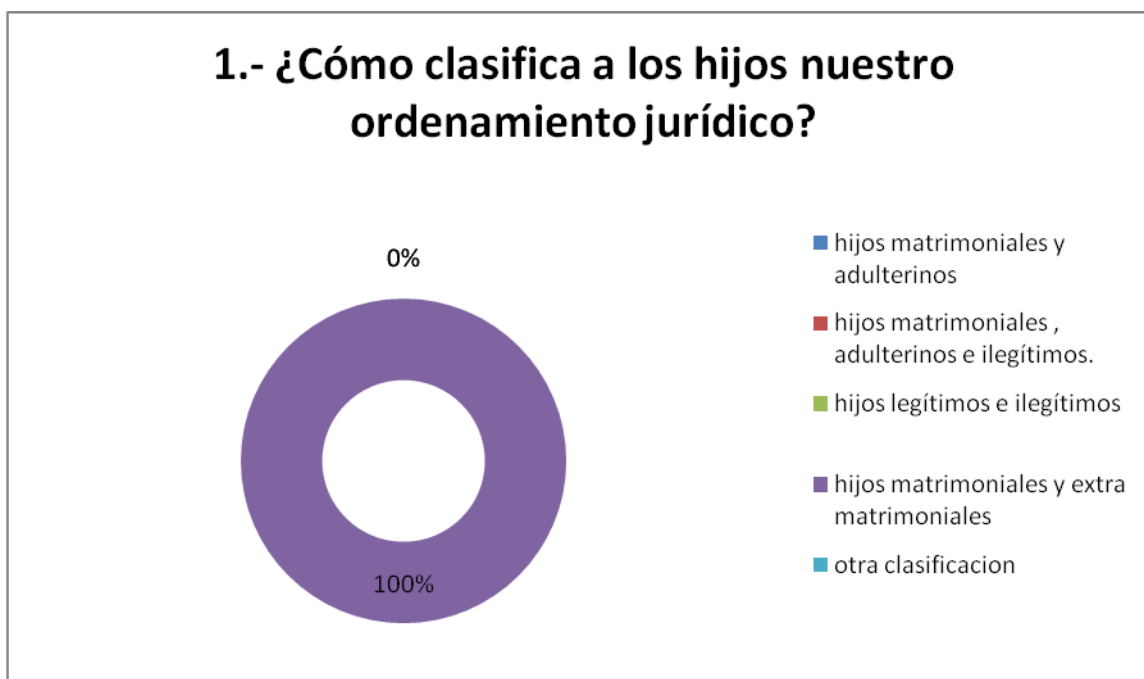
- Muy importantes
- Poco importantes
- Nada importantes

4.4. Análisis, interpretación y evaluación de los resultados. Estadística.

Previamente, es de mencionar las dificultades que tuvimos al momento de la entrevista a los magistrados y abogados, muchos de los cuales se excusaron de atendernos aduciendo razones de diligencias o tiempo, pareciera que tuvieron cierto temor a las encuestas en tanto que se verían expuestos en sus conocimientos, a pesar que se les dijo que eran anónimas.

Por otro lado, a fin de un mejor análisis de estos resultados, debemos mencionar que hubo algunas preguntas que sí se pudieron expresarse en estadística, empero, como podemos apreciar de los objetivos e hipótesis planteados, hubo otras en las que las respuestas de nuestros entrevistados es mejor realizarlas de manera argumentativa, como lo veremos seguidamente.

1.- ¿Cómo clasifica a los hijos nuestro ordenamiento jurídico?

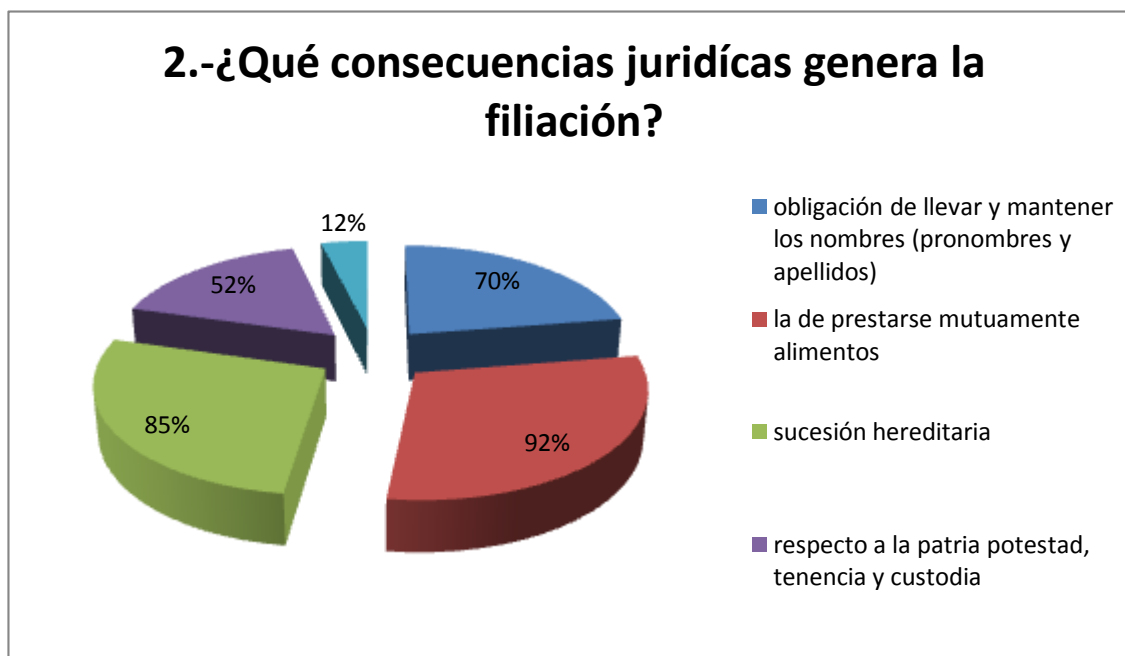


En principio, hicimos esta pregunta porque debe tenerse en cuenta que ante la ausencia de impugnación por parte del cónyuge agraviado del segundo matrimonio del bigamo, con lo que se convalida este matrimonio inicialmente inválido, pues son los hijos –ante el fallecimiento del cónyuge del primer matrimonio del bigamo- quienes tendrían el legítimo interés para intentar impugnar vía nulidad el segundo matrimonio.

Recordemos que en nuestro sistema jurídico, hasta el Código Civil de 1936, existía una clasificación muy variada respecto a los hijos, resaltándose –sin embargo- aquella que dividía entre hijos legítimos e ilegítimos, lo que generaba un gran problema en la prole no solo respecto al vínculo paterno-filial y todas las consecuencias jurídicas que ello genera, sino incluso de carácter afectivo-emocional.

Con la Constitución de 1979 y posteriormente con el Código Civil de 1984, tal situación cambió y hoy solo hay aquella clasificación entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales y la obligación adicional, dirigida al funcionario público, de que en la partida no se debe hacer mención al estado civil de los padres; por lo que las consecuencias jurídicas que genera la relación paterno-filial es igual para todos los hijos (alimentos,

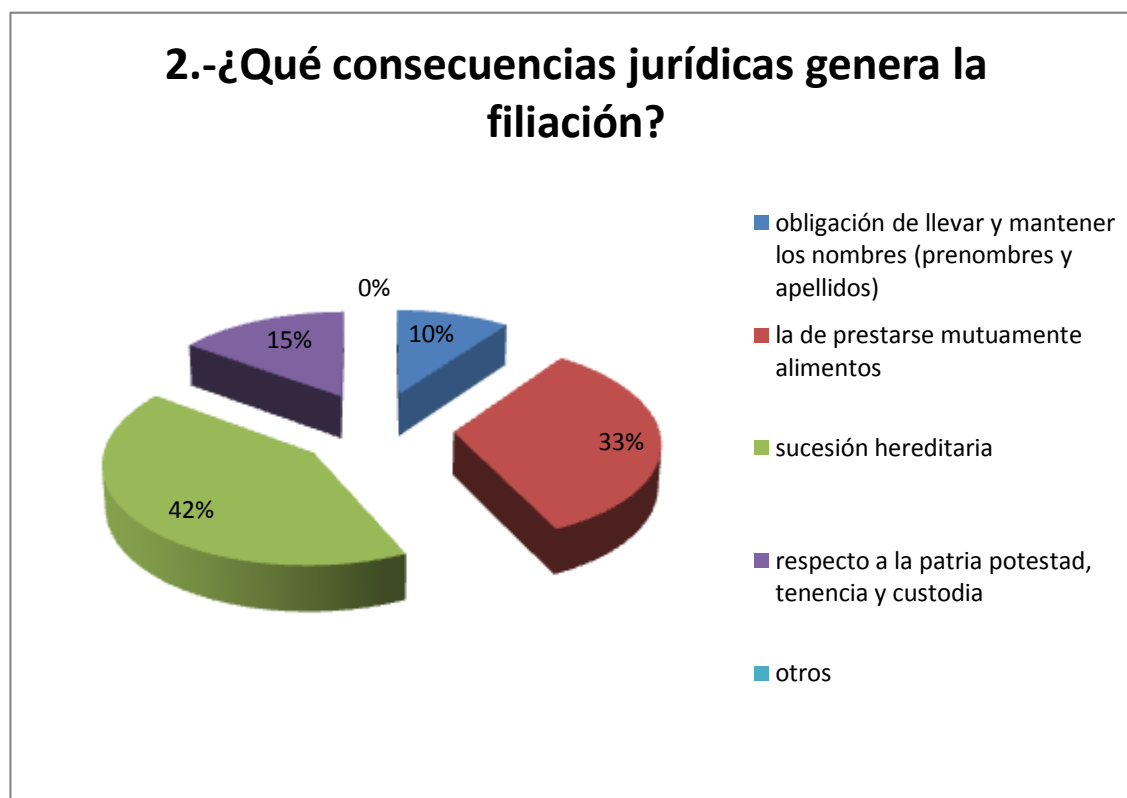
sucesión, patria potestad, etc.) independiente de su condición si fue nacido dentro o fuera del matrimonio. Es algo en que los profesionales en derecho hay unánime consenso, en atención a las entrevistas tenidas con los especialistas en la materia de Familia.



En principio, es de aclarar que los datos que aquí se señalan se refiere a lo que para los encuestados era el de mayor recordación, lo que implicaba –en el fondo- la verdadera razón para plantear una demanda de declaración de paternidad, no significa, pues, la prioridad o exclusividad de uno sobre otra consecuencia jurídica de la relación paterno-filial.

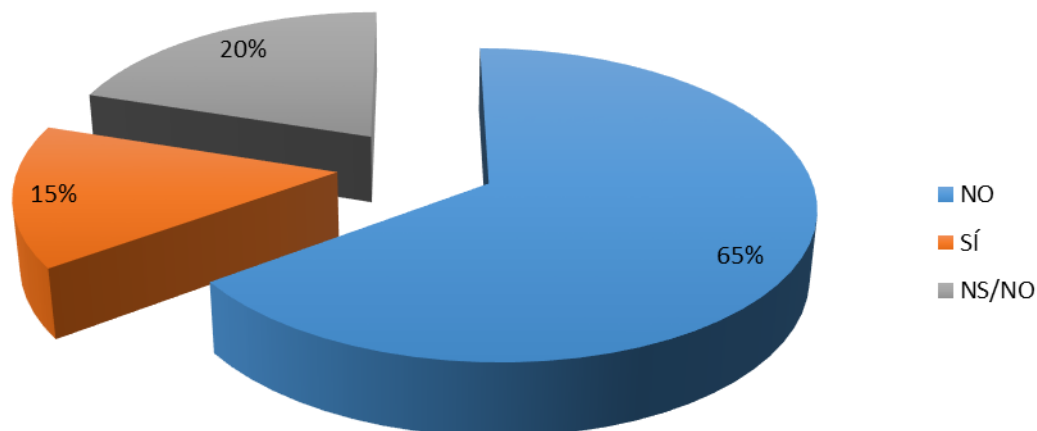
Así, es de observar que la obligación alimentaria marca la verdadera razón por la que se interpondría una demanda de declaración de paternidad, seguida del derecho de sucesión, lo que indicaría que hay un fuerte interés económico que persigue la declaración de filiación, lo cual tampoco debe ser motivo de reproche, puesto que ello forma parte de las consecuencias jurídicas de la relación paterno-filial. Luego viene la obligación de llevar y mantener los nombres (incluyendo los apellidos), así como los referidos a la patria potestad, tenencia y custodia y Consejo de familia.

Como se puede deducir, y en atención a que la crianza de un hijo significa no sólo el reconocimiento por saber su origen o tener sus apellidos, sino –sobre todo- en contribuir a su manutención que es obligación de ambos padres. Precisamente, la declaración de paternidad va a generar la obligación del padre para acudir con el pago de la pensión alimenticia de su menor hijo, así como los demás derechos u obligaciones que nacen de esa decisión judicial. No podemos estar más de acuerdo con este asunto, más aun si consideramos los muchos casos de niños que se encuentran en situación de abandono, insistimos en que debe aplicarse una política más agresiva –por parte del Estado- sobre el significado de la paternidad y maternidad responsable.



Resultado que confirma el interés patrimonial existente en el reconocimiento de filiación extramatrimonial, puesto que el 75% confirma su pretensión futura de alimentos y derecho sucesorio, lo que consideramos no está mal, no es reprochable, toda vez que ello es una consecuencia jurídica de la sociedad paterno-filial y no hay nada que reprochar. Nuestros actos tienen consecuencias y hay que asumir las responsabilidades que ello acarrea.

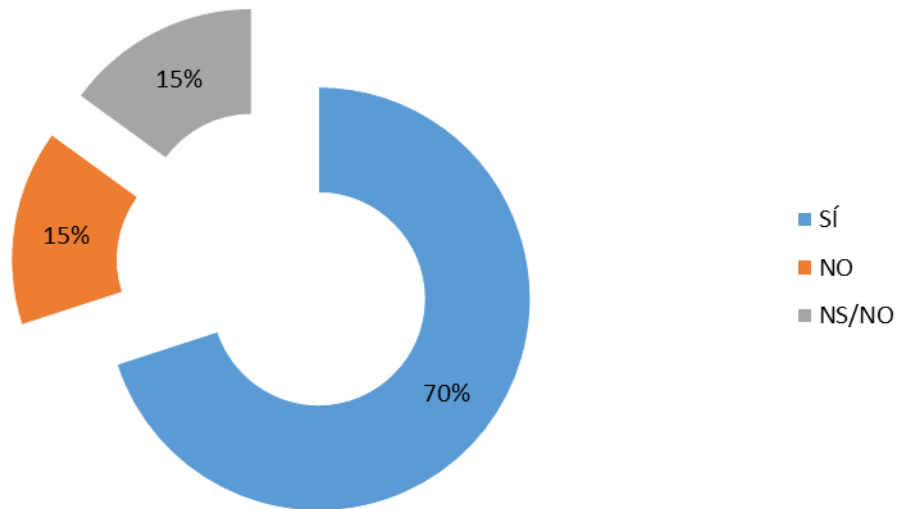
En su opinión, ¿es adecuada la fórmula empleada por el Código Civil para establecer el plazo de un año para impugnar un segundo matrimonio?



Existe una opinión mayoritaria en nuestros entrevistados quienes sostienen que el plazo de un año que se otorga al cónyuge agraviado del segundo matrimonio del bígamo es muy estrecho, por lo que debiera ampliarse a efectos de que exista mayores posibilidades de impugnación respecto a este matrimonio y por coherencia respecto al plazo de nulidad.

Es decir, se entiende que tal plazo es otorgado exclusivamente al cónyuge agraviado, empero, ello no impide que los herederos del primer matrimonio puedan plantear la nulidad de ese segundo matrimonio, tanto por tener legítimo interés, como por la imprescriptibilidad que se tiene para solicitar tal nulidad.

¿Es posible que se pueda otorgar a los herederos del cónyuge afectado la posibilidad de que puedan accionar contra el segundo matrimonio inválido?



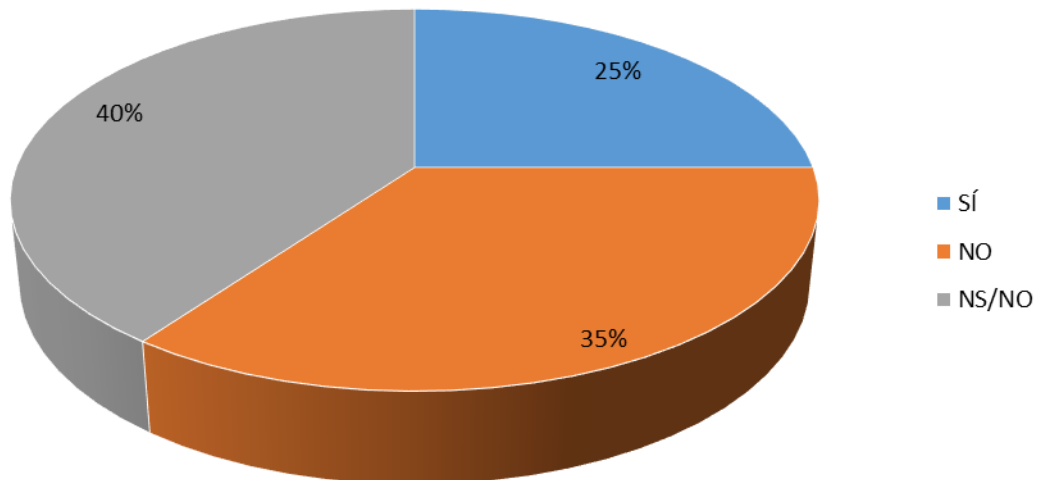
Si bien es cierto que una gran mayoría de nuestros entrevistados respondieron afirmativamente, empero, las decisiones de la Corte Suprema son manifiestamente contrarias a este criterio y niegan la posibilidad de que los herederos puedan accionar directamente, puesto que la acción está reservada a los cónyuges afectados y solo después que uno de ellos haya accionado recién pueden continuar con el juicio.

Así, en la Cas. No.2759-2009-Tumbes, de fecha 24 de noviembre de 2009, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, expuso que:

...“debe interpretarse el artículo 275 del Código Civil, según el cual “La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual”; disposición que pareciera contraponerse a los mencionados artículos 278 y 279 del Código Civil, sin embargo, en aplicación de los citados preceptos debe concluirse: i) que las

causales de nulidad contempladas en el artículo 274, incisos 1, 2 y 3, así como de las causales de anulabilidad previstas en el artículo 277 del Código Civil, solo pueden hacerse valer por los mismos cónyuges e iniciado el proceso, ser concluidas por los herederos; ii) las otras causales de nulidad previstas en el citado artículo 274, pueden ser alegadas por los cónyuges, herederos, Ministerio Público y por cualquier persona con interés legítimo y actual.”

En su opinión, ¿considera usted que se convalidaría por prescripción el segundo matrimonio inicialmente inválido?



Conforme a los resultados de las anteriores preguntas, se puede observar una gran incertidumbre entre nuestros entrevistados, lo que indicaría que el tema es bastante complejo; además de que la respuesta no es fácil, aunque es verdad que el Código Civil, conforme ya lo señalamos con anterioridad, opta por una posición *pro matrimonio*.

Empero, como ya lo veremos seguidamente, la respuesta mayoritaria es por el no, pues ante la posibilidad de una pretensión hereditaria del/la cónyuge del bígamo prima el primer matrimonio.

- **¿Qué ocurre con la sociedad de gananciales del segundo matrimonio? ¿se entiende que tendría vigencia desde su convalidación? ¿y si los bienes del segundo matrimonio fueron comprados a nombre del bígamo, el cónyuge del primer matrimonio tendrá derecho sobre esos bienes?**

En principio, es destacar que en estos casos hemos creído conveniente no forzar los números, sino buscar unas posibles respuestas en compañía de nuestros entrevistados. Tenemos de este modo lo siguiente:

- i) En el caso del segundo matrimonio no cabe hablar de sociedad de gananciales mientras subsista el primer matrimonio; es más, si el bígamo compró a su nombre bienes para el segundo matrimonio, consideramos que formarían parte del primer matrimonio. El problema va en la identificación y ubicación de tales bienes, ayudaría si estuvieran inscritos. Ello es así en virtud de que no pueden existir dos matrimonios al mismo tiempo, por lo que tampoco sería correcto hablar de dos sociedades de gananciales. Es posible sí que la segunda cónyuge agraviada podría accionar en defensa del patrimonio adquirido con el bígamo, una acción de enriquecimiento sin causa (art. 1954 C.C.) o una de indemnización (art. 1969 C.C.) aunque no hubo consenso sobre cuál acción en concreto es el accionable.
- ii) Se convino en que el segundo matrimonio recién tiene vigencia con su convalidación, la misma que se produce luego de producido el fallecimiento del cónyuge del bígamo o con el divorcio del primer matrimonio. Esta convalidación se produce si el cónyuge agraviado del bígamo no acciona por la invalidez.

- **¿Y qué sucede en caso de sucesión si el esposo(a) bígamo(a) fallece durante la vigencia de ambos matrimonios? ¿podemos estar hablando de sucesión solo en el caso del primer matrimonio, y el segundo cómo queda?**

Es de destacar que la norma (art.274.3 C.C.) no se ha puesto en este supuesto, pues solo se refiere al fallecimiento del cónyuge del bígamo, pero no al mismo bígamo. Frente a estas preguntas se concordó en lo siguiente:

- i) Es en el primer matrimonio en donde se producen los efectos sucesorios de la cónyuge supérstite; la segunda al no tener la calidad de cónyuge por no ser su matrimonio válido, no le corresponde ganancial alguno, ni siquiera la que provendría de los bienes adquiridos durante ese segundo matrimonio, como ya lo explicamos anteriormente, salvo que se hayan comprado en su nombre.
 - ii) Siendo que respecto a los hijos no hay problema, pues todos serán herederos, siempre que en el segundo matrimonio hayan sido reconocidos por ambos padres, en la medida de que se les considerará extramatrimoniales.
- **Y en el caso que ambos cónyuges del primer matrimonio fallezcan –primero el varón bígamo y luego la esposa- ¿cómo se produce el derecho sucesorio? ¿habría derecho sucesorio del/la cónyuge supérstite?**

Luego de intercambiar ideas con nuestros entrevistados, concluimos que la solución del caso es similar a la expuesta en la respuesta a la pregunta anterior, por lo que no hay variación en nuestros comentarios.

Lo único que podría variar, es que habrían herederos de ambos padres y sucederían sobre el porcentaje que corresponde a ambos padres en la sociedad de gananciales,

mientras que los hijos del/la bígamo solo heredarían respecto a su parte de las gananciales.

- **¿Existiría contradicción en el derecho que tendrían los herederos del cónyuge supérstite del primer matrimonio para accionar la nulidad y el derecho que tiene el cónyuge afectado de convalidar el matrimonio inicialmente inválido? De ser así ¿cómo se afectarían los derechos de los herederos?**

Este es un tema que se discutió bastante y no se llegó a conclusiones satisfactorias, básicamente porque existe el criterio jurisprudencial ya expuesto de que solo los esposos afectados son los únicos en accionar para sostener la invalidez del matrimonio. Los herederos solo intervendrían si ya existe un proceso abierto en ese sentido, algo con el cual no concordamos, pero existe un criterio *pro matrimonium* en el Código Civil.

De modo que los herederos del primer matrimonio no tendrían posibilidad de iniciar una nulidad del segundo matrimonio del bígamo (posibilidad que sí creemos posible, en la medida de que la convalidación está dada para el cónyuge agraviado del segundo matrimonio); empero, insistimos, sus derechos sucesorios se mantienen incólumes –conforme ya explicamos con anterioridad- y es que la convalidación del segundo matrimonio solo se produce a la muerte del cónyuge del bígamo o con el divorcio, por lo que el efecto sucesorio siempre será a su favor.

Contrastación de hipótesis

Contrastamos los resultados obtenidos del análisis y procesamiento de datos con el problema formulado al inicio de la investigación, demostrando la validez de nuestras hipótesis, surgiendo además varias inquietudes que están plasmadas en las sugerencias que realicemos para la solución del tema materia de investigación.

Conclusiones

Del análisis de los resultados obtenidos en la investigación y contrastándolos con los objetivos planteados al inicio de la investigación, podemos concluir en lo siguiente:

1. Consideramos que el tratamiento dado en el artículo 274.3 del Código Civil es genérico e incompleto, lo que obliga a realizar una interpretación integral con los artículos 278 y 279 del mismo cuerpo de leyes, siendo que jurisprudencialmente se llegó a la decisión de que tal acción corresponde exclusivamente al cónyuge afectado y no puede ser transmitido a sus herederos, salvo que se haya iniciado antes de su fallecimiento.
2. El segundo matrimonio no existe mientras esté vigente el primero, por lo que no puede generar sociedad de gananciales, pero sí herencia respecto a los hijos, quienes serán considerados hijos extramatrimoniales (del segundo matrimonio).
3. En caso de fallecimiento del bígamo y su primera esposa, los herederos de estos serían respecto a la totalidad de la sociedad de gananciales, mientras que los hijos habidos del segundo matrimonio solo heredarían respecto a las gananciales del bígamo, segunda esposa no hereda.
4. Atendiendo a la normatividad materia de estudio, podemos afirmar que el segundo matrimonio inicialmente no existe, al ser nulo; empero, está en una especie de expectativa, pues solo a la muerte del cónyuge primero del bígamo o al divorcio, recién podrá convalidarse este segundo matrimonio inicialmente inválido.

Recomendaciones

1. Consideramos que debe extenderse la facultad de impugnar el segundo matrimonio inválido a los herederos, no requiriéndose la muerte de uno de los cónyuges, en la medida de que tienen legítimo interés económico y actual para defender su posible herencia.
2. Considerando la protección que se debe dar a la familia, la modificatoria legal debe contemplar que segundo matrimonio debería ser considerado como una convivencia impropia, siempre que tenga esas características.

Bibliografía

Textos

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima 1999.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Lexus Nexos-Abeledo Perrot. Buenos Aires 2002.
- BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed. Comares SL. Traducción del Dr. Martín Pérez. España, 2000.
- BIGLIAZZI-GERI, Lina y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II. Traducción de Fernando Hinojosa. Bogotá, 1992.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 1998. Sexta Edición.
- CORRAL TANCANI, Hernán. *Derecho y derechos de familia*. Grijley. Lima, 2005.
- GALGANO, Francesco. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción del Dr. Martín Pérez. Ara Editores. España.
- GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II, Edemsa, Madrid, 1982.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y García Figueroa, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho – Algunas cuestiones fundamentales*. Ed. Palestra. 1ª. Edición. Lima, setiembre 2003.
- GUEVARA PEZO, Víctor (compilador) *Instituciones del Derecho Civil peruano. Visión histórica*. Fondo Editorial UNIFE - Fundación MJ Bustamante de la Fuente. 3 Tomos. Lima. S.f.e.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Código civil comentado*. T. I. Ed. Gaceta Jurídica. Lima.

- LOPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de Familia*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Editorial Rodhas, 1997.
- PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. IDEMSA. Tercera edición.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Nuevas formas sociales y jurídicas de convivencia*. En: "La nueva familia y el Derecho". Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Volumen 63, núm. 3. julio-septiembre 2002.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Ed. IDEMSA. 2a. Edición. Lima, abril 2001.

Artículos, revistas, material de estudios.

- De Castro y Bravo, Federico. *Negocios nulos y negocios anulables*. En: *El negocio jurídico*. Ed. Civitas. España 1985.
- Díez Picazo, Luis. *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*. En: *Anuario de Derecho Civil, No.2*, Tomo XIV, fascículo II, octubre-noviembre. Artes Gráficas y Ediciones. España 1961.
- Escobar, Freddy y Morales, Rómulo. *Derecho Civil 4: Acto Jurídico – Selección de Textos*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2003.
- Ferdinand Cuadros, Carlos. *Vicios de la voluntad*. Material de estudio de la Cátedra de Acto Jurídico de la UNMSM.
- Material de Estudio del Sexto Curso de Preparación para el Ascenso – Primer, Segundo y Tercer Nivel de la Magistratura. Academia de la Magistratura.
- Vidal Ramírez, Fernando. *Las modalidades del Acto Jurídico*. Material de estudio de la Cátedra de Acto Jurídico de la UNMSM.