

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Doctor y Magíster en Derecho
Universidad de Lima
Socio Internacional del Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBDFAM

**TRATADO
DE DERECHO
DE FAMILIA**

**Matrimonio
y uniones estables**

TOMO II

Con la colaboración de
Marianna Chaves y Claudia Canales

Investigación auspiciada y financiada
por la Universidad de Lima

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8950 / 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe



**TRATADO DE DERECHO
DE FAMILIA**
Matrimonio y uniones estables
Tomo II

PRIMERA EDICIÓN
Noviembre 2011
1,130 ejemplares

© *Enrique Varsi Rospigliosi*
© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2011-13060

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN OBRA COMPLETA:
978-612-4113-02-4

ISBN TOMO II:
978-612-4113-04-8

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221101805

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

*A quienes hicieron
sentirme feliz y orgulloso*

INTRODUCCIÓN

Esta segunda entrega contiene el marco general del matrimonio y las uniones estables.

Siguiendo la línea del Tomo I, *La nueva teoría institucional jurídica y principista de la familia*, es nuestro deseo ofrecer un enfoque contemporáneo a la par de los nuevos pensamientos institucionales, jurídicos y principistas que inspiran las relaciones familiares fundadas en el afecto, coadyuvando a una reformulación de los criterios jurisprudenciales y de la normativa hoy en día vigente, pero infructuosamente inaplicables, que se condice con los lineamientos de las modernas entidades familiares.

El matrimonio y las uniones estables representan dos instituciones claves que permiten constituir una familia pero que su estructura normativa no se ajusta a los cambios sucedidos en las relaciones personales, sociales y económicas del mundo moderno. Es misión del Estado proteger a la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación, como reza la Constitución y los Tratados, siendo necesario actualizar y redimensionar los esquemas que norman a las entidades familiares con la finalidad de corregir y hacer frente a todas las situaciones ante las cuales la familia y sus integrantes se tornan vulnerables.

Es principio constitucional promover el matrimonio y proteger la unión estable. Más allá de estos principios urge un estudio teórico serio y veraz, que parta de nuestra realidad a fin de encontrar en su esencia la satisfacción de las necesidades humanas en las relaciones conyugales y convivenciales.

Buscamos encontrar respuestas efectivas a favor del matrimonio y consagrar que las uniones estables son entes familiares protegidos por la ley tomando en consideración su propia naturaleza. Estas formulaciones parten de la premisa de que la normativa no regula de forma adecuada la teoría del acto jurídico matrimonial, el tratamiento de los actos previos a él, su celebración, impedimentos ni la invalidez matrimonial, los derechos, deberes y efectos emergentes del matrimonio ni la teoría del decaimiento y disolución del vínculo conyugal. Ninguno de ellos responde a los postulados modernos que rigen a la familia. Menos aún en lo referente a las uniones estables, siendo estas tratadas como entidades familiares de segundo nivel, desconociéndose que en la práctica son realidades vivas de familia.

El análisis teórico que planteamos es redireccionar la doctrina, la normativa y la jurisprudencia en materia de matrimonio y uniones estables a fin de que reflejen su real trascendencia práctica. Si bien el matrimonio sigue teniendo trascendencia

como opción para constituir una familia no podemos desconocer la realidad cada vez mayor que cobran las uniones estables. Para ello expondremos una teoría presente que sirva de sustento a reformas legislativas y criterios a tenerse en cuenta en las decisiones jurisprudenciales para enfrentar las divergencias en las relaciones conyugales y convivenciales, proponiendo un enfoque legal que ofrezca una regulación adecuada de acuerdo a los requerimientos, necesidades y exigencias que en la práctica se reflejan en las uniones intersexuales en general.

Los volúmenes siguientes en preparación son: Tomo III, Derecho familiar patrimonial - Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar y Tomo IV, Derecho de la filiación.

Empecemos esta segunda parte entendiendo que más allá del compromiso está la verdadera razón que motiva a las personas a mantenerse unidas, el afecto.

Enrique Varsi Rospigliosi

**CAPÍTULO
PRIMERO**

**CUESTIONES
PREVIAS AL
MATRIMONIO**

CAPÍTULO PRIMERO

CUESTIONES PREVIAS AL MATRIMONIO

I. Los esponsales. 1. Introducción. 2. Etimología. 3. Origen. 3.1. Vertiente romana. 3.2. Vertiente germánica. 3.3. Vertiente canónica. 4. Definición. 5. Naturaleza jurídica. 5.1. Teoría del hecho. 5.2. Teoría del contrato. 5.3. Teoría del *avant contrat*. 6. Efectos de la ruptura de los esponsales. 7. Extinción. II. Regímenes económicos. 8. Introducción. 9. Clases de regímenes económicos. 9.1. En Perú y en Brasil. 9.1.1. Sociedad de gananciales. 9.1.2. Separación de patrimonios. 9.2. En Brasil. 9.2.1. Participación. 9.2.2. Comunidad universal.

I. LOS ESPONSALES

1. Introducción

Por naturaleza, el ser humano necesita estar relacionado con otros de su misma especie para satisfacer sus necesidades espirituales, sentimentales, económicas, sociales, necesidades de las más diversas índoles.

Una de las expresiones de esta necesidad es la búsqueda de la conformación de la familia. Desde siempre, varón y mujer suelen mantener un vínculo previo al matrimonio, siendo ahí donde nace la figura de los esponsales que, coloquialmente, denominamos como el noviazgo, algo más formal que el enamoramiento.

De hecho razonable es establecer que el noviazgo de hoy se originó en los esponsales.

2. Etimología

El término esponsales puede ser identificado, dependiendo de la voz latina, con dos acepciones:

- *Sponsalia*: para los romanos la palabra esponsales derivaba de la voz latina *sponsalia*, que significa promesa recíproca, entre varón y mujer, de contraer matrimonio. El vocablo deriva del latín *spondere* que significa “prometer”, “dar palabra de honor”.
- *Sponsus*: significa esposo, el que promete. Conforme a esta acepción se tiene que los esponsales son la relación o vínculo que mantiene varón y mujer, previa al matrimonio, etapa que antecede al casamiento.

3. Origen

En la evolución histórica de los esponsales se pueden apreciar varias vertientes.

3.1. Vertiente romana

En el Derecho Romano se encuentra la figura *sponsalia sunt sponsio et re-promissio nuptiarum futurarum*, los esponsales son la promesa recíproca de futuro matrimonio.

Era una especie de acuerdo prenupcial, un contrato hecho por la pareja, o sus *pater familias*, antes del matrimonio. Era una promesa oficial de matrimonio⁽¹⁾. Según las Leyes de Partidas, los esponsales podían celebrarse a la edad de siete años, pero requeríase que llegado el varón a los catorce o la mujer a los doce, los ratificase [...]⁽²⁾. Si ambos eran *sui iuris*, el novio respondía por sí mismo, pero la novia necesitaba la representación de su tutor. Si los dos eran *alieni iuris*, eran representados por sus respectivos *pater familias*. Las viudas también podían celebrar la *sponsalia*. El *Jus civile* les permitió volver a casarse solo después de un lapso de 10 de meses luto. Por lo tanto, ellas podían celebrar tal contrato, prometiendo el matrimonio después de ese periodo⁽³⁾.

La parte que no cumplió su promesa en la *sponsalia* podía ser demandado por daños y debía pagar una alta sanción pecuniaria a la otra parte (*stipulatio poena*). Esta demanda por daños fue abandonada posteriormente porque entraba en conflicto con el concepto de libertad que existía en el matrimonio romano.

Los romanos no consideraron la promesa como obligatoria; es decir, por la propia voluntad los promitentes podían determinar la ruptura del convenio y ello no acarrearía la obligación de contraer matrimonio. En lugar de la acción por daños surgió la figura que se denominaba “arras de los esponsales” (*arrahae sponsaliciae*). No era más que una especie de señal, en dinero, recibido de la pareja como una garantía de la promesa de matrimonio. El que rompía el contrato, más allá de perder la cuantía, debía pagar a la otra parte cuatro veces la señal. Posteriormente, el Derecho Justiniano alivió la pena al doble⁽⁴⁾.

3.2. Vertiente germánica

Esta vertiente se remonta a la fase del matrimonio por compra de la mujer⁽⁵⁾.

(1) Dig., 23, 1,1, *apud* ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 162.

(2) LAGOMARSINO, Carlos A.R. “Esponsales”. En: LAGOMARSINO, Carlos A.R. y SALERNO, Marcelo U. *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Universal, Buenos Aires, 1992, p. 71.

(3) ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. Ob. cit., p. 162.

(4) *Ibidem*, pp. 162 y 163.

(5) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. 3ª ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 199.

El novio estaba obligado a recibir a la novia y los padres de ella tenían la obligación de entregarla en matrimonio.

3.3. Vertiente canónica

El Derecho Canónico va a distinguir entre dos tipos de esponsales:

- Esponsales de presente, que refería a la celebración del matrimonio; y,
- Esponsales de futuro, que se constituían mediante la promesa recíproca de matrimonio. Además, en caso de que luego de la promesa, los novios tuviesen relaciones sexuales, estas se tomarían como el perfeccionamiento del matrimonio.

Esta vertiente originó en los esponsales la obligación de contraer matrimonio y, además, los comprometidos no podían casarse con otra persona si no hubiera resolución del contrato o la muerte de una de las partes⁽⁶⁾.

4. Definición

La institución de los esponsales, recogida en el Libro de Derecho de Familia del Código Civil, viene a ser aquella promesa recíproca que hacen dos personas de distinto sexo con la finalidad de contraer futuras nupcias. Paulo Dourado de Gusmão conceptualiza como contrato verbal, bilateral, de promesa de futuro matrimonio, celebrado por los novios, los padres o los tutores de la pareja, en presencia de testigos, consumado mediante la entrega de un anillo –alianza– a la novia, por el novio⁽⁷⁾.

Este convenio celebrado entre los novios no va a generar la obligación de que se perfeccione el matrimonio, de lo contrario se estaría vulnerando el legítimo derecho a la libertad reconocido en la Constitución Política del Perú.

No obstante, la ruptura de la relación esponsalicia genera consecuencias jurídicas.

5. Naturaleza jurídica

La doctrina no es unánime al tratar la naturaleza jurídica de los esponsales.

Para determinar qué naturaleza tienen los esponsales es necesario describir brevemente cada una de las teorías que se han desarrollado en la doctrina.

5.1. Teoría del hecho

Los esponsales solo van a originar una situación de hecho.

(6) Cfr. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 258.

(7) Ídem.

Según Héctor Cornejo Chávez⁽⁸⁾ esta teoría se va a fundamentar en dos argumentos: el primero de ellos se refiere a que el varón o la mujer no van a poder exigir, judicialmente, el cumplimiento de la promesa; y, el segundo, a que los esponsales pueden ser libremente resueltos.

5.2. Teoría del contrato

Esta teoría hace alusión al acuerdo que llegan los promitentes de generarse mutuamente una promesa de matrimonio. De la concorde manifestación de voluntades, infiere esta teoría, que los esponsales celebran un acto jurídico contractual.

Los esponsales o la esponsalia, en un mejor sentido de la terminología jurídica, es un acto jurídico bilateral familiar o contrato de Derecho de Familia por el cual dos personas de distinto sexo y con capacidad suficiente se comprometen a celebrar matrimonio en virtud de una promesa recíproca tendiente a ese fin⁽⁹⁾.

Esta corriente entiende que estarían presentes todos los requisitos básicos del contrato, tales como la oferta y aceptación hechas libremente por individuos capaces, acerca de un objeto lícito, bajo forma determinada, por lo que surgirían obligaciones para ambas partes.

La objeción clásica a esta posición es que si los esponsales fueran un contrato, podría ser judicialmente exigible la obligación de contraer matrimonio. Esta teoría ofrece dos respuestas: en un primer momento, apunta a que en los otros contratos el incumplimiento genera una indemnización por daños; por otro lado, sugiere que los esponsales podrían ser clasificados como un contrato de obligación facultativa o alternativa, según el cual las partes se obligan mutuamente a indemnizar los daños que el desistimiento haya causado en el otro o, simplemente, a casarse⁽¹⁰⁾.

5.3. Teoría del *avant contrat*

Los esponsales no pueden ser considerados como un antecrato, precrato o compromiso a contratar ya que no es posible obligar a las partes a efectuar el objeto de la promesa, debido a que nadie puede encadenar o someter definitivamente su libertad de contraer matrimonio⁽¹¹⁾.

Esbozadas las tres teorías existentes sobre el tema sigue existiendo una pregunta: ¿Cuál es la posición del Código Civil peruano?

(8) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 109.

(9) LAGOMARSINO, Carlos A.R. "Esponsales". Ob. cit., p. 71.

(10) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo I: Sociedad conyugal. 6ª ed., Librería Studium, Lima, 1987, pp. 119 y 120.

(11) *Ibidem*, p. 111.

De la exégesis de los artículos 239 y 240 del Código Civil puede decirse que el sistema jurídico parece adoptar la teoría del contrato pero no en la forma en que se describió anteriormente. El artículo 239 elimina la posibilidad de considerar los esponsales como un contrato de obligación alternativa ya que establece claramente que la promesa de matrimonio no crea la obligación de contraerlo.

Por otro lado, el artículo 240 establece la posibilidad de una obligación de reparación de daños sufridos por una de las partes.

6. Efectos de la ruptura de los esponsales

El artículo 239 del Código Civil establece que la promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo. Mientras que el artículo 240 considera que en caso que se produzca la ruptura de la promesa de las futuras nupcias, por causa exclusiva de uno de los promitentes y, a su vez, se hayan generado daños a otros y a terceros, se tendrá que indemnizarlos. Esta acción deberá interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa, y dentro del mismo plazo, cada uno de los promitentes podrá revocar las donaciones que haya realizado a favor del matrimonio proyectado.

De la interpretación de ambos artículos puede concluirse que, si bien es cierto, la promesa de matrimonio no genera la obligación de que las nupcias se celebren, esto no conlleva a que no se indemnice a la persona que ha sufrido daños.

Será necesario que la persona que ha sufrido el daño lo pruebe, para lo cual se va a requerir la relación causal entre la ruptura y el daño; además, se tendrá que probar la promesa de matrimonio, en vista de que el artículo 240 establece la formalización indubitable de esta figura.

Los daños que podrán resarcirse son los daños personales; es decir, aquellos referidos a la moral o a la aflicción de los sentimientos, al daño al proyecto matrimonial y en su caso el daño psicológico. No debe olvidarse la posibilidad de indemnización por daños morales. Por citar, el trauma de la novia abandonada en el altar o un novio frente al “no” en la ceremonia de matrimonio.

Esta posibilidad está en el campo de la responsabilidad subjetiva. Por lo tanto, es imprescindible probar la culpa o dolo de quien se negó a contraer las nupcias.

También podrán indemnizarse los daños patrimoniales que vendrían a ser los gastos incurridos con ocasión de la propia promesa de matrimonio.

Asimismo, otro de los efectos de la ruptura vendría a ser la devolución de las donaciones entregadas antes de las nupcias. Se deberán restituir aquellos regalos, obsequios, entre otros, que estaban condicionados a que el matrimonio se celebre, vale decir, las donaciones realizadas con motivo de tal matrimonio (*donaciones propter nupcias*). En el caso de que uno de los promitentes haya muerto, las donaciones podrán ser conservadas como recuerdos; sin embargo, se debe tener presente que los herederos del causante podrían solicitar la restitución.

Otra parece ser la posición en Brasil. Al principio se tenía duda sobre la validez de los esponsales bajo la ley brasileña, ya que no están regulados en el Código Civil. La jurisprudencia brasileña ha ordenado indemnizar por ruptura injustificada del noviazgo los gastos incurridos en la compra de mobiliario para la pareja, el gasto de la fiesta y la pérdida de empleo por la novia o el novio, a pedido del otro⁽¹²⁾.

7. Extinción

Los esponsales se extinguen por:

- **Celebración del matrimonio:** La celebración del matrimonio hace que los esposos pasen a ser cónyuges, extinguiendo entre ellos la institución esponsalicia. Es la promesa recíproca de matrimonio cumplida, efectivizada.
- **Incapacidad sobrevenida de uno de los promitentes**
- **Acuerdo conjunto:** Los novios deciden la ruptura de la promesa de matrimonio. La manifestación de voluntad recíproca de los esponsales de poner fin a la promesa de matrimonio, lo cual implica en la mayoría de las veces, el fin de la relación intersexual.
- **Decisión unilateral:** Tal supuesto desencadena los efectos que el ordenamiento jurídico establece para la ruptura de la promesa de matrimonio por causa exclusiva de uno de los promitentes.
- **Muerte:** La muerte pone fin a la relación intersexual, por tanto, pone fin a la institución esponsalicia.

II. Regímenes económicos

8. Introducción

El matrimonio genera una comunidad de vida en la sociedad conyugal. El propósito de los bienes materiales es satisfacer las necesidades de la pareja y de hijos. Para que esta situación se uniformice se crearon los regímenes económicos, que buscan regular las relaciones patrimoniales.

En términos generales, el régimen de bienes es el conjunto de normas jurídicas aplicables al matrimonio para regular las cosas o bienes de los cónyuges⁽¹³⁾. Se le puede denominar simplemente como estatuto patrimonial de los cónyuges.

(12) Cfr. WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*. 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 89 y 90.

(13) Cfr. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família e Sucessões, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 110.

Para Arnaldo Rizzardo⁽¹⁴⁾, régimen de bienes es la disciplina de las relaciones económicas entre los cónyuges, involucrando propiamente los efectos originarios de esa disciplina en relación con los bienes conyugales.

En otras palabras, con el fin de regular las relaciones económicas derivadas del matrimonio, se impusieron algunas formas jurídicas que se ocupan del patrimonio existente antes del matrimonio, y lo que surja durante su duración. Cabe señalar que la elección de los regímenes económicos, que van a regir el matrimonio pueden constituirse previamente a la celebración del acto nupcial.

Los regímenes económicos en el matrimonio son de vital importancia, pues la familia que se va a conformar generará un patrimonio que deberá estar sujeto a un régimen que los novios pueden optar.

En Perú, a diferencia de otros países, solo se tiene la opción del régimen de separación de patrimonios, esto de conformidad con el artículo 295 del Código Civil, que establece, entre otros supuestos, una presunción legal que determina que a falta de elección se entenderá que los novios han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

En este punto, la legislación brasileña es similar a la peruana. Permaneciendo en silencio las partes, se tiene por elegido el régimen de sociedad de gananciales o comunidad parcial de bienes, como es denominado en Brasil.

Si los cónyuges no adoptasen el régimen jurídico legal de la comunidad parcial de bienes, deberán celebrar un acuerdo prenupcial que indique el régimen elegido. Esta medida deberá ser adoptada durante el procedimiento de habilitación del matrimonio. La forma del pacto es la escritura pública⁽¹⁵⁾.

El estatuto patrimonial rige la administración, uso, propiedad y disponibilidad de los bienes de la pareja; la responsabilidad de los cónyuges por sus deudas y cómo estos bienes serán compartidos si el matrimonio llegara a su fin.

Muchos autores van a cuestionar si los regímenes económicos efectivamente son capitulaciones matrimoniales, porque la naturaleza de estas es que los novios establezcan sobre qué régimen va a sujetarse el patrimonio que va surgir con ocasión del matrimonio.

9. Clases de regímenes económicos

Según la legislación peruana, los futuros cónyuges tienen la opción de elegir el régimen de separación de patrimonios y a falta de esta opción se entenderá que han decidido regirse bajo el régimen de sociedad de gananciales.

(14) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*: Lei n. 10.406, de 10/01/2002. 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 621.

(15) LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Ob. cit., p. 110.

La legislación brasileña ofrece cuatro tipos de regímenes económicos: régimen de comunidad absoluta, régimen de comunidad parcial, régimen de participación y, régimen de separación de bienes. Este último se divide en el régimen de separación convencional y en el régimen de separación obligatoria del patrimonio.

9.1. En Perú y en Brasil

9.1.1. Sociedad de gananciales

La sociedad de gananciales es la comunidad entre el marido y la mujer sobre los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y sobre las rentas y productos de los bienes personales. Este régimen vendría a ser mixto, no es un régimen exclusivo de comunidad de bienes y deudas en el cual ambos cónyuges sean conjuntamente cotitulares. La sociedad de gananciales en el Perú da lugar al surgimiento de dos patrimonios: los propios de cada cónyuge y el patrimonio social. Así también, deudas privadas y deudas sociales.

En la sociedad de gananciales existirán tanto bienes propios como bienes de la sociedad. Para determinar a qué clase pertenecen los bienes debe analizarse los artículos 302 y 310 del Código Civil peruano. Bajo la ley brasileña, en este esquema se analizan en los artículos 1.658 a 1.666 del Código Civil. Como se mencionó anteriormente, es el régimen jurídico llamado oficial o legal y opera a falta de pacto prenupcial a elegir otro sistema. Será de aplicación, también, si el acuerdo prenupcial es nulo o ineficaz.

Para Santiago Dantas⁽¹⁶⁾, este régimen se caracteriza por tres masas: la masa de los bienes privados de la mujer, la masa de los bienes privados del marido y la masa de los bienes comunes. Al adoptarse la comunión parcial de bienes, son formadas –como en el sistema peruano– dos clases de bienes: los particulares del marido y de la mujer y los de la pareja.

Bajo este régimen, la administración del patrimonio caerá sobre ambos cónyuges (cogestión, coadministración); no obstante, se podrá elegir a uno de ellos como administrador.

Otro de los criterios que adopta el sistema de comunidad de bienes viene a ser el de la responsabilidad por deudas. En el caso de que las deudas sean personales, los bienes sociales no responderán por estas; la excepción a esta regla va ser que estos sí responderán cuando la deuda fuera contraída en beneficio de la familia. Si se trata de deudas generadas por la sociedad conyugal, los bienes sociales responderán por estas; sin embargo, a falta de estos bienes, los propios responden por las deudas sociales.

(16) DANTAS, Santiago. *Direito de Família e das sucessões*. 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1991, p. 282.

Es importante resaltar que este régimen puede ser adoptado por las uniones de hechos conformadas por varón y mujer, libres de impedimento matrimonial y que demuestren el estado de familia. Su acreditación dependerá del reconocimiento judicial o notarial. En Brasil, salvo la existencia de un contrato escrito que estipule algo diferente, será aplicable el régimen de la comunión parcial de bienes a la unión estable, según lo determinado por el artículo 1.725 del Código Civil.

Este régimen fenecerá por invalidación del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, declaración de ausencia, muerte de uno de los cónyuges o por cambio de régimen patrimonial.

9.1.2. Separación de patrimonios

Toma importancia para el desarrollo de este capítulo el régimen de separación de patrimonio, en tanto que es la única opción que el legislador peruano ha plasmado en el Código Civil, para ser el régimen al que se va a sujetar el patrimonio de los casados.

En virtud de la separación de patrimonios, cada cónyuge conserva la titularidad de sus bienes y es responsable de las deudas que contraigan a nivel personal. Por lo tanto, solo se da la existencia de bienes y deudas privadas.

Los novios tendrán la facultad de elegir este régimen, el cual les permitirá administrar libremente sus bienes, disponer de ellos sin limitación alguna, distinto a lo que sucede en el régimen de sociedad de gananciales donde se requiere la autorización del otro cónyuge para disponer de los bienes sociales.

Antes de la celebración del matrimonio, si se ha elegido este régimen, el acto jurídico suscrito y celebrado por los futuros contrayentes tendrá que constar por escritura pública, la cual deberá ser inscrita. A falta de este documento, se entenderá que han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

La adopción de este régimen no solo puede darse previamente al matrimonio, sino que también podrá ser optado por los propios cónyuges durante el matrimonio, para lo cual se necesitará escritura pública debidamente inscrita.

Al ser un acto *ad solemnitatem* se requerirá dicho documento, bajo sanción de nulidad. Este acto podrá realizarse notarialmente cuando se haya determinado antes de la celebración del matrimonio la elección de este régimen o cuando, durante el matrimonio, los cónyuges hayan acordado el cambio de régimen. Asimismo, podrá recurrirse al juez para que establezca la separación de patrimonio cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades, actúa con dolo y culpa o en el caso que se haya declarado la insolvencia de uno de los cónyuges. En el caso peruano, antes del Código actual, conforme lo menciona Héctor Cornejo Chávez⁽¹⁷⁾,

(17) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 294.

los casos en que el régimen de gananciales podía ser sustituido por el de separación de patrimonios fueron inicialmente cuatro [...] y todos por demanda incoada por la mujer contra el marido, por incumplimiento de ciertas obligaciones o puntualizadas en el Código derogado. Además, menciona el citado autor, que se estableció por ley una quinta causal que disponía el cambio de régimen, siempre y cuando, haya acuerdo de los cónyuges, pero que lo hagan con expresión de causa.

Este régimen fenecerá por invalidación matrimonial, divorcio, muerte de uno de los cónyuges o por cambio de régimen patrimonial.

En Brasil, el régimen de separación de bienes tiene algunos matices y particularidades que merecen una explicación más detallada. Frente a este esquema el sistema en Brasil se divide en dos:

- El régimen de separación convencional; y,
- El régimen de separación obligatoria.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico brasileño es obligatorio el régimen de la separación de bienes en tres hipótesis: cuando la pareja se haya casado en violación de alguna de las causas suspensivas del matrimonio; cuando uno o los dos tengan más de setenta años o para aquellos que para casarse dependen de la autorización judicial.

Hasta hace poco tiempo, el régimen de separación obligatoria era aplicable a las personas mayores de sesenta años. Ahora, conforme la Ley 12.344 de 09/12/2010 –que dio nueva redacción al inciso II del artículo 1.641 del Código civil– esta limitación surge cuando uno o ambos tienen más de setenta años. Gran parte de la doctrina brasileña apunta en el sentido de que tal restricción es inconstitucional y debe ser derogada. A esta corriente están afiliados Maria Berenice Dias⁽¹⁸⁾, Rodrigo da Cunha Pereira⁽¹⁹⁾, Waldyr Grisard Filho⁽²⁰⁾, entre otros.

Merece atención el desacuerdo doctrinal existente acerca de la aplicabilidad o no de la Súmula 377 del Supremo Tribunal Federal donde se determina que “en el régimen legal de la separación de bienes, se integran los bienes adquiridos durante el matrimonio”. Muchos autores abogan por la integración de los bienes adquiridos durante el matrimonio cuando se adquieren con esfuerzos conjuntos, tanto en la separación de bienes convencional, como en la obligatoria⁽²¹⁾.

(18) Cfr. DIAS, Maria Berenice. “Mais 10!”, disponible en: <http://www.ibdfam.org.br>, acceso en: 16/01/2011.

(19) Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Restrições ao direito de amar”, disponible en: <http://www.ibdfam.org.br>, acceso en: 16/01/2011.

(20) Cfr. GRISARD FILHO, Waldyr. “A Emenda Quase Melhorou o Soneto”, disponible en: <http://www.ibdfam.org.br>, acceso en: 16/01/2011.

(21) Como ha indicado TRIGINELLI, Wânia. “Aspectos gerais dos regimes de bens”. En: *Manual de Direito das Famílias e das sucessões*/ Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Coords.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2010, p. 368.

Al parecer no es la idea más razonable. Si las personas tienen una opción, con respecto a la autonomía de la voluntad de los contrayentes, debe respetarse lo determinado en el acuerdo prenupcial. Si es elegida la separación de bienes, los bienes no se integran.

En la separación obligatoria por razón de edad, la cuestión es diferente. En este caso, se justifica la integración de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cuando se prueba el esfuerzo común.

9.2. En Brasil

9.2.1. Participación

Es una innovación introducida por el Código Civil de 2002. No es más que la participación conjunta de los cónyuges en el patrimonio que fue formado a título oneroso durante el matrimonio.

Para Wânia Triginelli en este esquema no se comparten los bienes, como ocurre en el régimen de comunión parcial o universal. En este, cada cónyuge conserva bajo su dominio los bienes que trajo al matrimonio y los adquiridos en él, la gestión de estos y el uso de sus frutos. Sin embargo, en caso de disolución del matrimonio se procede a la división de todo el patrimonio adquirido a título oneroso durante el casamiento⁽²²⁾. Se trata de un régimen económico mixto. Durante el matrimonio, es similar a la separación de bienes y en la disolución del matrimonio se asemeja al de la comunión parcial⁽²³⁾.

9.2.2. Comunión universal

Hasta 1977, el régimen de la comunión universal de bienes fue el régimen legal del matrimonio. Con el advenimiento de la Ley del Divorcio, el régimen de la comunión parcial se convierte en el legal y ahora el régimen de la comunión universal debe ser estipulado en pacto prenupcial por escritura pública.

Por este sistema se integran todos los bienes (muebles e inmuebles) incluyendo el patrimonio que la pareja tenía antes del matrimonio, así como aquellos que son heredados o adquiridos por donación⁽²⁴⁾. También se integran las deudas y los frutos de los bienes.

Las excepciones a esta regla se estipulan en el artículo 1.668 del Código al establecer que no se integran, incluso en régimen de comunión universal, los siguientes bienes:

(22) *Ibíd.*, p. 363.

(23) *Ibíd.*, p. 365.

(24) PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 198.

- Las pensiones, los fondos y otros ingresos similares;
- El producto del trabajo personal de cada cónyuge;
- Los bienes personales, libros, y herramientas de la profesión;
- Los bienes grabados con fideicomiso y el derecho del heredero fiduciario, antes de realizada la condición suspensiva;
- Los bienes heredados o donados con clausula de no integración y los subrogados en su lugar;
- Las deudas anteriores al matrimonio, a menos que vengan de los costos de su preparación, o sean invertidas en beneficio común;
- Las donaciones prenupciales hechas por uno de los cónyuges al otro con cláusula de no integración.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo I - Sociedad conyugal, 6ª ed., Librería Studium, Lima, 1987.
- DANTAS, Santiago. *Direito de Família e das Sucessões*. 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1991.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2006.
- LAGOMARSINO, Carlos A.R. “Esponsales”. En: LAGOMARSINO, Carlos A.R. y SALERNO, Marcelo U. *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Universal, Buenos Aires, 1992.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. 5: *Direito de Família e sucessões*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudencia*, Saraiva, São Paulo, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Lei n. 10.406, de 10/01/2002, 5ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2007.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

- TRIGINELLI, Wânia. “Aspectos gerais dos regimes de bens”. En: *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Coords.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2010.
- WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*. 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Família*. 3ª ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1998.

**CAPÍTULO
SEGUNDO**

MATRIMONIO

CAPÍTULO SEGUNDO

MATRIMONIO

I. El Matrimonio. 1. Introducción. 2. Evolución histórica. 2.1. En el preincanato 2.1.1. Matrimonio real. 2.1.2. Otras disposiciones sobre el matrimonio. 2.2. Antigua Roma. 3. Concepto. 4. Etimología. 5. Definición. 5.1. En la legislación. 5.2. En la doctrina. 5.3. A nivel local. 6. Denominación. 7. Naturaleza jurídica. 7.1. Teoría contractualista. 7.2. Teoría institucionalista. 7.3. Teoría ecléctica. 7.4. Posición conciliadora. 7.5. Nuevas posiciones. 8. Caracteres. 8.1. Acto jurídico. 8.2. Institución jurídica. 8.3. Unión heterosexual. 8.4. Perdurable. 8.5. Legalidad y forma. 8.6. Comunidad de vida. 8.7. Monogámica. 9. Finalidad. 10. Importancia social. 11. Elementos. 12. Requisitos. 12.1. Internos. 12.2. Externos. 13. Sujetos. 14. Tipos. 14.1. Matrimonio religioso. 14.2. Matrimonio civil. 14.3 Matrimonios simultáneos. 14.4 Matrimonio de grupo. 14.5. Matrimonios masivos. 14.6. Matrimonio entre personas del mismo sexo. 14.7. Matrimonio posjubilación. 14.8. Regulación de la poligamia. 14.9. Reinstauración o legalización del matrimonio a prueba. 14.10. Matrimonio plural o en serie. 14.11. Matrimonios momentáneos. 14.12. Matrimonio forzado. 14.13. Matrimonio morganático. 14.14. Ley del levirato o simplemente levirato. 14.15. Sororato o matrimonio sororal. 14.16. Matrimonio a plazo determinado. 14.17. Matrimonio por internet. 14.18. Matrimonio post mórtem. 14.19. Matrimonio *in extremis* o nuncupativo. 14.20. Matrimonio consular. 14.21. Matrimonio putativo. 15. Clases. 15.1. Por la autoridad ante la que se celebra. 15.2. Por las circunstancias de la celebración. 15.3. Por sus efectos. 16. Sistemas matrimoniales. 17. Debilitamiento y extinción. 17.1. Debilitamiento. 17.2. Divorcio. 17.3. Invalidez del matrimonio. 17.4. Muerte. 17.5. Nuevas formas de disolución del vínculo matrimonial. 18. Regulación jurídica. 18.1. Antecedentes. 19. Instituciones afines al matrimonio. 19.1. Unión estable. 19.2 Unión civil. 19.3. Contubernio. 19.4. Barraganía. 19.5. Amancebamiento. 19.6. Servinacuy. 20. Prueba del matrimonio. 20.1. Prueba ordinaria del matrimonio. 20.2. Pruebas extraordinarias y supletorias del matrimonio. 20.2.1. Cualquier medio de prueba. 20.2.2. Sentencia penal. 20.2.3. Posesión constante de estado. 20.3. Posturas acerca de la acreditación del estado de familia conyugal. 20.4. Brasil. II. Matrimonio de menores de edad. 21. Conceptos. 22. Cuestiones de fondo. 23. Minoría e impubertad. 24. Consentimiento de los padres. 24.1. Disentimiento paterno. 24.2. Asentimiento prestado por uno solo de los padres. 25. Consentimiento de los abuelos. 25.1. Solución legal en caso de igualdad de votos contrarios. 26. Consentimiento del juez. 27. Consentimiento en casos especiales. 28. Matrimonio del hijo extramatrimonial. 29. Motivación de la negativa.

I. EL MATRIMONIO

1. Introducción

El hombre es un ser conyugal.

Este fundamento radica en el hecho de que como ser social el hombre no solo tiende a unirse en comunidades parentales (de manera general), sino también con otro individuo del sexo opuesto (de manera específica) con el objetivo de desarrollarse y complementar su crecimiento espiritual. En ambos casos el Derecho reconoce dichas uniones vinculando la primera con la familia y la segunda con

el matrimonio. Esta es la razón por la cual la relación antagónica matrimonio-divorcio fue promovida por el Derecho natural, nada puede desintegrar a la familia.

Se ha sostenido que el matrimonio constituye la base fundamental del Derecho de Familia, la fuente más importante de la familia legal⁽²⁵⁾ y principal creadora de relaciones jurídico-familiares. También que el matrimonio sea la más poderosa e importante de todas las instituciones del Derecho Privado, uno de los fundamentos de la familia y la piedra angular de la sociedad⁽²⁶⁾.

Actualmente, es necesario repensar sus finalidades y determinar si sigue siendo la forma fundamental y más perfecta de constituir familia. Como acto jurídico e institución, el matrimonio ha sido objeto, a nadie le cabe duda, de constantes cambios a lo largo de los años siendo, a la fecha, necesario encontrar su actual naturaleza a fin de facilitar su proyección y realización en los tiempos modernos.

Pero hay algo que debería darse por sentado. A pesar de la competencia de la unión estable y la llegada del divorcio por su función social y familiar, el matrimonio mantiene su importancia como institución jurídica. Esto significa que su valor se mantiene incluso con la existencia de alternativas que se abren para formar una entidad familiar⁽²⁷⁾.

De antiguo el matrimonio es la más radical forma de asociación humana que permite la repersonalización, redescubrimiento y revalorización de la persona humana⁽²⁸⁾. En el matrimonio se encuentran ínsitos principios morales y religiosos no pudiendo seguir siendo analizado desde una óptica netamente civilista pues ello ha llevado a su debilitamiento como institución y al consiguiente debilitamiento de la familia⁽²⁹⁾.

Su origen primario lo tenemos en la atracción sexual y en la concupiscencia innata de la persona⁽³⁰⁾ contexto con base en el cual se ha argumentado que matrimonio es el ejercicio lícito de los genitales, la regularización normativa del deseo sexual y la canalización legal de las ansias carnales de la persona, como manifestara claramente Kant⁽³¹⁾, siendo, en definitiva, la formalización o legalización de la unión sexual.

(25) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII, 1ª ed., Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 229.

(26) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª ed. act., Saraiva, São Paulo, 2002, p. 39.

(27) En este sentido, véase NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família. 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 40.

(28) LÓBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008, pp. 76 y 77.

(29) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 301.

(30) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 17.

(31) KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797. (*La metafísica de las costumbres*).

Tan antiguo como el hombre, rastrear los orígenes del matrimonio resulta tanto o más complicado que el de los orígenes de la familia siendo, sin duda, esta precedente de aquel. En sus inicios se constituía de manera grupal. Una mujer compartía muchos hombres (poliandria)⁽³²⁾ y un hombre muchas mujeres (poligamia). En esta época si bien del matrimonio emergían derechos y deberes no podían cumplirse por ese compartirse indiscriminado de las personas, lo cual se fue reduciendo hasta llegar al matrimonio monogámico sustentado en el deber de fidelidad⁽³³⁾.

Otra teoría sobre la cuestión se deriva de las enseñanzas del jurista sueco Edvard Westermarck, quién aduce que para la ciencia la única manera de traer el verdadero origen del matrimonio primitivo solo puede lograrse mediante la observación de la cadena biológica, donde el último eslabón y el más perfecto es el hombre. Esto es porque no puede entenderse el estado social humano y psicológico sin antes analizar los eslabones más inferiores del reino animal. En las palabras del jurista: “¿No es, pues, natural que el matrimonio, que juega un papel tan importante en la vida de un individuo, lo mismo que en la de un pueblo, se atribuya a un jefe sabio y poderoso o a una intervención divina directa? Pero la ciencia nada tiene que ver en este orden de ideas. Si queremos encontrar el origen del matrimonio nos hace falta seguir otro camino, el único que puede conducir a la verdad, camino que no se abre más que para quien mira la naturaleza orgánica como una cadena no interrumpida, cuyo último y más perfecto eslabón es el hombre. **Porque ya no nos es posible encerrarnos en los límites de nuestra especie; al buscar las raíces de nuestra vida psíquica y social no podemos comprender el estado psíquico de la raza humana, sin tener en cuenta la de los animales inferiores**”⁽³⁴⁾.

- (32) En la época primitiva existía en concepto de la experiencia humana: una verdadera promiscuidad estableciendo, a priori, una figuración matriarcal, una mujer y varios hombres, momento en que ella identificaba exclusivamente como suyos a sus descendientes. A partir de esta fase, directamente y sin interrupción por un periodo duradero, se pasó a la fase sexista o patriarcal, un hombre con varias mujeres. Luego se experimenta la institución de la “familia” y el “estatus” de la monogamia con la creación de la propiedad desde la perspectiva individual y la creación del Estado como generador de normas para proteger a la familia (monógama), la propiedad (individual) y la sociedad, garantizando y protegiendo estas instituciones a través de sus poderes y a los sujetos en ella involucrados. Cfr. LINS E SILVA, Paulo. “A história do matrimônio”. En: *Direito das Famílias: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira / Maria Berenice Dias* (org.). Editora Revista dos Tribunais, pp. 570-583, São Paulo, 2009, p. 572. Por el contrario, manifiesta Eduardo Espínola que “las más antiguas sociedades inspiran respeto y temor al hombre más fuerte, y cada hombre en la lucha por la existencia sufre el impulso del celo sexual y agarra a la mujer a exclusión de los demás; la promiscuidad de los sexos y la poliandria, por lo tanto algo poco creíble, incluso entre los hombres primitivos”. ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil brasileiro*. Bookseller, Campinas, 2001, p. 13.
- (33) Los estudios de Friedrich Engels llegaron a la conclusión que la familia, y por lo tanto el matrimonio, se inició en un estado primitivo de promiscuidad donde en la cadena evolutiva, la institución de la familia se originó pasando por distintas fases de transformación, lo que se tradujo finalmente en la familia monógama de hoy. Cfr. ENGELS, Friedrich. “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, Trad. Leandro Konder. En: MARX, Karl. *Obras escolhidas*. Alfa-Omega, [s/f], Vol. 3, São Paulo.
- (34) WESTERMARCK, Edward. *Historia del matrimonio*. Editorial Laertes, Barcelona, 1984, p. 20.

Como dice el jurista brasileño Paulo Lins e Silva, debe tenerse en cuenta que hay dos corrientes básicas que impregnan la historia de la institución del matrimonio, que no son necesariamente contradictorios en apariencia general, pero que se chocan en determinados momentos. Tenemos en un lado la defensa de Westermarck por los instintos humanos que, como una evolución del instinto animal, conducen al hombre a la necesidad de vinculaciones sólidas que más tarde se llamará el matrimonio, acabando con la promiscuidad como rasgo habitual de las sociedades. De otro lado, existe la tesis de Engels donde se señala que fue la promiscuidad, aun siendo breve, lo que marcó la primera forma de relación humana que en evolución se ha transformado en la costumbre de las personas de casarse⁽³⁵⁾.

2. Evolución histórica

El matrimonio es tan antiguo como el propio hombre y mantiene rasgos institucionales comunes a lo largo del mundo. Como se señala en la doctrina brasileña⁽³⁶⁾, es evidente e incontrovertible que el matrimonio es una institución histórica, trayendo consigo el peso de la tradición y una serie de factores que se sumaron a lo largo del tiempo. Su importancia deriva de la trascendencia que la sociedad tradicionalmente ha concedido a la familia. Como se mencionó, envuelto en los más variados ritos y costumbres, esta institución jurídica perduró durante siglos y permanece en las legislaciones, aunque con la disciplina diversa en función de la experiencia de cada pueblo⁽³⁷⁾.

Para Jorge Azpiri⁽³⁸⁾ intentar describir una evolución del matrimonio en las épocas prehistóricas presenta las mismas dificultades respecto del origen de la familia. Como refiere Javier Vargas⁽³⁹⁾, el matrimonio históricamente se presenta como la formalización, ya sea legal o religiosa, de la unión de dos personas del sexo opuesto, que se basa en uno de los instintos vitales del ser humano: la atracción de sexos para perpetuar la especie.

Esta institución, como todas las demás, ha sufrido una serie de cambios a lo largo de la historia, para poder ser el matrimonio que, actualmente, concebimos.

Una de las formas del matrimonio más conocidas en el mundo fue la conquista. Los hombres conquistaban a las mujeres por medio de la guerra y el rapto; el problema con los inicios de la institución del matrimonio, era justamente que a

(35) LINS E SILVA, Paulo. "A história do matrimônio". En: *Direito das Famílias: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira / Maria Berenice Dias (org.)*. Editora Revista dos Tribunais, pp. 570-571, São Paulo, 2009.

(36) FARIAS, Cristiano Chaves y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, p. 91.

(37) Cfr. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 37.

(38) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. 1ª ed., 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 70.

(39) VARGAS, Javier. *El matrimonio, familia y propiedad en el Imperio Incaico*. Colegio de Abogados de Lima, Cultural Cuzco, Lima, 1988.

las mujeres, al ser raptadas, se les aplicaba la ley del vencido, por lo que su situación no era muy ajena a la del esclavo.

La labor de las mujeres primitivas serán las tareas manuales, mientras que sobre el hombre va a recaer la función de cazar para poder comer, y las guerras para conquistar nuevos pueblos.

Más adelante, el matrimonio seguirá evolucionando, y aparecerá la figura de la compra, por esta los padres venderán a sus hijas. Desaparecerá la toma de la mujer por la fuerza, para sustituirse este mecanismo, por el de la negociación con los padres. Al igual que en el rapto, la mujer seguirá siendo sometida a las órdenes de su marido. Sin embargo, se puede mencionar que la negociación significó un progreso en esta institución, toda vez que implicó que el matrimonio sea reconocido como un acto serio, en tal sentido, la celebración de este se realizará con la seriedad del caso, por lo que en muchas ocasiones se llevaban a cabo sacrificios y rituales.

2.1. En el preincanato

En los comienzos del imperio incaico, más allá de la importancia que tenía la mujer para la familia, la sociedad era patriarcal.

En esta época va primar la endogamia, en donde el matrimonio se realizaba entre personas que tenían ascendencia en común, esto con la finalidad de mantener el linaje, de que la administración del imperio recaiga solo en la raza suprema. Un dato interesante a señalar, es que la poligamia y el incesto eran considerados ilícitos para el pueblo; no obstante, para el inca eran obligatorios.

2.1.1. Matrimonio real

En la época de Manco Cápac, la costumbre de la endogamia se mantenía, pues se buscaba el mantenimiento de la pureza real; así sucedió en el caso del hijo de Manco Cápac, que fue Sinchi Roca y subsiguientes.

Se sabe por algunos cronistas que esta costumbre, realizada por los incas, era justificada con los siguientes argumentos:

- Se buscaba imitar el matrimonio del dios Sol con su hermana la Luna; es importante recordar que los incas se consideraban descendientes de estos.
- Se buscaba mantener la sangre divina que poseían, de tal forma que no se mezcle con la sangre humana.
- Se buscaba evitar que cualquier mujer sea Coya (reina).

Como ya se mencionó la poligamia era solo permitida para el inca; no obstante, habían algunas excepciones, las que se configuraban cuando el inca entregaba mujeres a caciques, militares destacados o a otra persona que le pareciese a bien premiar. El hecho de poseer más de una esposa era signo de alto nivel social

y/o político, así que el inca podía congraciarse con sus aliados de este modo. Las doncellas al servicio del inca eran llamadas “acllas” (escogidas) y vivían en templos llamados *Aclla-huasi* o *Aclla-huaca*. Algunas de las doncellas escogidas eran dedicadas al inca y otras eran religiosas al dios Sol.

2.1.2. Otras disposiciones sobre el matrimonio

Mientras que el matrimonio del inca se celebraba en un templo con generales y curacas, el matrimonio de la gente de clase alta se realizaba en la casa de los novios con una posterior celebración mundana de acuerdo a la capacidad económica de cada uno.

El matrimonio de la gente común tenía las características de ser monógamo, endógeno, obligatorio, indisoluble, constituía una comunidad de trabajo; y se celebraba bajo cierta solemnidad (pequeña ceremonia). Debido a la obligatoriedad del matrimonio, la figura del solterón era prácticamente inexistente.

A los mudos, sordos, ciegos y otros discapacitados se les emparejaba con sus similares (para que todos los súbditos tuviesen pareja). La edad para casarse era de 18-20 en mujeres y de 24 a 26 en hombres (los hombres debían servir a sus padres hasta dicha edad).

El matrimonio de todos los súbditos lo celebraba el inca en persona (con los de su linaje y caciques) y en manera representativa mediante los curacas (a las demás personas del pueblo incaico). La ceremonia se realizaba básicamente juntando a todos los hombres y mujeres en edad nupcial del pueblo, emparejándolos uno a uno por la autoridad. Las parejas debían aceptar esta unión y no podían estar con nadie más, so pena de muerte, salvo que se les haya otorgado una segunda esposa por parte del inca. A los recién casados se les entregaba una casa y tierra en proporción a los hijos que poseían (una hectárea por varón, y media por mujer). La viuda tenía una situación privilegiada, sus tierras eran cultivadas después de las del sol y antes que las del inca y caciques.

2.2. Antigua Roma

En la época romana antigua, la decisión del matrimonio se realizaba mediante la compra de las mujeres o mediante el convenio entre las distintas tribus. Más adelante, se realizará por medio de la concertación entre familias, de tal forma se mantendrá el linaje.

Así como en el imperio incaico, los romanos no dejaban de lado la práctica de la endogamia, practicándose así el matrimonio entre primos, o tío y sobrina.

El fundamento de la familia va ser el matrimonio. Cuando la sociedad estaba constituida por la clase aristocrática, se estaba frente al caso del patricio, donde el matrimonio va a ser el religioso, llamado *Confarreatio*. En el caso de los plebeyos se tenía la *Coempti*, que era el matrimonio de la plebe, o entre patricios y esa

clase social; finalmente, se tiene al *Usus* que se configuraba con la adquisición de la mujer por la posesión, una especie de usucapión.

En el Derecho Medieval, la Iglesia tomó la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que se reafirmó en los Concilios de Letrán (siglo XIII) y de Trento (siglo XVI) emprendiéndose la tarea de dignificar al matrimonio. El cristianismo le dio el carácter sacramental e indisoluble al matrimonio, considerándolo como un contrato. Se establece como requisito de dicho sacramento, la prestación del consentimiento de los contrayentes ante la Iglesia. Queda claro, entonces, que el Derecho Canónico modificó sustancialmente el concepto del matrimonio, considerándolo como un contrato que exige para su perfeccionamiento el consentimiento matrimonial. A todo ello se sumo, el Concilio de Trento⁽⁴⁰⁾ que dicta la doctrina sobre el sacramento del matrimonio y la Encíclica sobre el matrimonio cristiano⁽⁴¹⁾ que buscó presentar a los hombres de hoy la verdadera doctrina sobre el matrimonio ante las enseñanzas contrarias.

Además de todos los cambios que trajo consigo la Revolución Francesa, se debe mencionar que debido a esta se procede a la laicización del matrimonio, por lo que se va a tener el matrimonio religioso, que es el que se celebraba en la Iglesia, y el matrimonio civil que es el realizado ante un funcionario.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio. El único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios civiles.

En el Derecho Comparado, existen diversos sistemas matrimoniales como el indeterminado y el determinado. En el indeterminado, o confesional, no se exige formalidad para la celebración al tratarse de un régimen propio de los pueblos antiguos que reconocían efectos jurídicos a todas las formas matrimoniales, como por ejemplo: a los católicos se les aplicaba las disposiciones del Concilio de Trento, a los luteranos las suyas, a los judíos las de su religión. En el sistema determinado o único, a su vez, se tienen los siguientes subsistemas: El religioso, que solo reconoce el matrimonio contraído según la religión oficial del Estado. El civil, que reconoce efectos al celebrado ante autoridad competente tal como acontece en Francia, Alemania, Italia, Suiza, Portugal y en la mayoría de los países latinoamericanos y, el sistema mixto, que tiene a su vez dos modalidades: Facultativo: Que, ofrece elegir entre la forma religiosa y la civil, pero que ambos producen los mismos efectos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Nueva Zelanda, entre otros); y el subsidiario: Que, considera una forma principal y otra accesoria, como ocurrió en el sistema del Derecho español antes de 1981.

(40) Concilio Ecueménico de la Iglesia Católica Romana desarrollado entre 1545 y 1563.

(41) CASTI CONNUBII, Carta encíclica del Papa Pío XI, publicada el 31 de diciembre de 1930.

A pesar de que el proceso de secularización y laicidad del matrimonio comienza a fines del siglo XVIII y principios del XIX, en lo concerniente al Perú, con el Código Civil de 1852 se adoptó el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento; sin embargo, el 23 de diciembre de 1897, se reconocieron dos formas matrimoniales: la canónica para los católicos y la civil para los no católicos.

Para evitar que los esposos se contentaran con una simple bendición religiosa se dictó el Decreto Ley N° 6889 y el Decreto Ley N° 6890 que en su artículo 1, confirmado por Ley N° 7893, disponían que los párrocos, antes del matrimonio religioso, exigirían el certificado del matrimonio civil. Decretos que fueron derogados tácitamente por la promulgación del Código Civil de 1936 que no consideró esta medida, y luego expresamente por la Ley N° 8559 que estableció en su artículo único “que las disposiciones sobre la celebración del matrimonio y divorcio” contenidas en el Código Civil “son las únicas que rigen en esta materia”.

Los Códigos Civiles de 1936 y 1984 adoptan el sistema exclusivamente civil.

Brasil parece seguir esta idea, pero no es un camino obligatorio. Antes del advenimiento del Código Civil de 2002, no existía la posibilidad de que un matrimonio religioso sea válido sin ser precedido por el matrimonio civil. En realidad, hasta hoy, es común la doble celebración: los ritos religiosos y los civiles. Sin embargo, dice el artículo 1515 que el matrimonio religioso que cumpla los requisitos de ley para la validez del matrimonio civil es equiparado a este, desde que sea inscrito en el registro.

3. Concepto

Sociológicamente, el matrimonio es la institucionalización de las relaciones interpersonales de dos sujetos cuyo sustento es la unión intersexual reconocida por la ley.

Para la sexología, el matrimonio es el ejercicio legítimo de los genitales. Para el Derecho es un acto jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos. A criterio de Gomes⁽⁴²⁾ el concepto de casamiento está dado con referencia de elementos espirituales o morales más que una conceptualización jurídica.

Matrimoniarse implica compartir un destino, entregarse, amarse. Una comunidad de vida plena de existencia entre dos personas que se fijan un destino común. En conjunto, ese binomio de vida, va a integrarse en compromisos que dejan de lado lo personal para sumar esfuerzos y llevar a cabo actividades afines con un mismo proyecto de vida que se encuentra consolidado por el grado más

(42) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 55.

alto de afectividad. Matrimonio es aquella unión que busca atar cabos para llegar a un puerto común.

La pareja conyugal está formada por la unión intersexual sancionada por ley. Es una unión libre basada en el amor que deja de lado todo tipo de interés personal e importa el sacrificio y desprendimiento de las partes que lo componen. Como compromiso social el matrimonio envuelve una abnegación que marca una característica en sus sujetos.

La unión marital del hombre es una **necesidad vincular**. Ambos se requieren y con el matrimonio se comprometen a satisfacer esa **necesidad del otro**, una especie de alteridad objetiva⁽⁴³⁾.

Se dice, con sustento, que el Derecho de Familia institucionaliza la unión intersexual entre el hombre y la mujer a través del matrimonio (familia conyugal) y la procreación a través de la relación padres e hijos (familia filial). De forma consensuada, la doctrina considera al sexo y a la procreación como la base sobre la que se estructura la familia. Sexo, ayuntamiento, coito, unión carnal son actos humanos realizados por placer, comprometiendo y afianzando la relación, sea o no con fines procreativos, presentándose como hechos jurídicos de trascendencia puntual en el Derecho de Familia.

Comúnmente se le identifica al matrimonio con el acto de la celebración, con el estado de los contrayentes o con la pareja en sí. Pero de todo lo dicho lo cierto es que, siguiendo a Pontes de Miranda⁽⁴⁴⁾, no existe un concepto a priori de matrimonio que valga para todos los tiempos y pueblos. Los vientos y atardecer van dándole forma y reforma a esta vieja institución del matrimonio.

Como se ha señalado por Paulo Lins e Silva⁽⁴⁵⁾, la propia historia de la humanidad mejoró el instituto. Ya no es solo una herramienta que permite la creación de la familia, sino que, también, se convirtió en la prueba de amor y afecto en la medida que el hombre se diferencia de los animales por un rasgo de racionalidad que le es propio. Es debido a ese elemento distintivo que el ser humano, más allá de proteger y cuidar a sus descendientes por instinto, lo hace racionalmente, por su capacidad para **sentir**. El hombre siente amor y comprende este sentimiento, vive de él. Crea lazos de unión fuerte y es una regla de afecto generalmente indestructible; es consciente y lo más importante, nutre este enlace. Este sentimiento no solo lo es por instinto de conservación de la especie, como los otros animales; la complejidad de nuestro ser y la consecuente posibilidad en la planificación para la vida de una manera racional lo justifican.

(43) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, p. 92.

(44) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 240.

(45) LINS E SILVA, Paulo. "A história do matrimônio". Ob. cit., p. 575.

4. Etimología

El origen etimológico del matrimonio no es uniforme.

Se dice que deriva de *matrimonium* expresión conformada de *matrix*, madre y *munium*, carga o gravamen, identificando a la mujer en reconocimiento de su labor natural de engendramiento, preñez, parto y crianza (como lo refieren las partidas)⁽⁴⁶⁾. Es la mujer quien dirige a la familia y quien carga desde el inicio hasta su fin con el mayor dolor y responsabilidad.

Castán y Tobeñas⁽⁴⁷⁾ niega su relación con la mujer, demostrando que en casi todas las lenguas románticas existe, para designar la unión conyugal, sustantivos derivados del *maritare*, forma verbal latina de *maritus*, marido, de *mas*, *maris*, el varón; sea cualquiera la etimología de **matrimonio** como voz compuesta se relaciona siempre con la idea de madre. Considera el autor citado que: “La gran trilogía **amor, matrimonio, maternidad**, tiene un origen filológico común, remontable a la raíz hebrea *am*, que ha originado directamente (a través del *amare* latino) nuestra palabra **amor**, mediante un sencillo movimiento de transposición, la raíz indoeuropea *ma*, de donde proceden nuestras voces **madre** (sánscrito **ma-tar**, antiguo irlandés *Mahathir*, latín *mater*) y matrimonio (...). Quizá el vocablo *am* pertenezca, como dice un filólogo, a la lengua realmente primitiva, a la de la primera infancia, esencialmente onomatopéyica; quizá sea el sonido labio-nasal que el niño, sin quererlo, ni pensarlo, emite al tomar el pecho materno. El sonido *m* es el único de todo el alfabeto que exige la unión completa de todos los labios: ello tal vez pueda explicarnos el hecho presentado por otro filólogo de que la letra *m* designa en todas las lenguas la idea de madre, de maternidad, de ser productor y fructificador”⁽⁴⁸⁾.

Para algunos llama la atención esta etimología. Sería más lógico que el nombre de la institución derivara del hombre, vale decir del padre, tanto más cuanto que la palabra *matrimonium* surge cuando aquel era dueño, amo y señor, administrador de las personas y de los bienes, de allí su similitud con el término **patrimonio**, entre ambas palabras solo hay una letra de diferencia: (p) (m)atrimonio;

(46) Partida 4ª T. II, ley 2ª. *Onde tomo este nome Matrimonio: e por que razón asi al Casamiento, e nom patrimonio.* “*Matrix et munium* son palabras del latín de [las] que tomó nombre [el] matrimonio, que quiere decir tanto en romance como oficio de madre. [Esta] es la razón por [la] que llaman matrimonio al casamiento y no patrimonio; es esta porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre. Como el padre los engendra la madre sufre muy grande embargo con ellos mientras los trae, y sufre muy grandes dolores cuando han de nacer y después de que son nacidos, ya [es] muy grande [el] trabajo en criarlos [de] por sí (...); los hijos mientras son pequeños mayor menester [tienen, y mayor] ayuda [han de necesitar] de la madre que del padre (...); Y por todas estas razones dichas caben a la madre hacer[las] y no al padre. Por ende es llamado matrimonio y no patrimonio”.

(47) CASTÁN TOBEÑAS, José. *La crisis del matrimonio*. Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914, p. 45 y ss. SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. 9ª ed., Temis, Tomo I, Bogotá, 2006, p. 51.

(48) CASTÁN TOBEÑAS, José. *La crisis del matrimonio*. Ob. cit., p. 45 y ss. SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 51 y 52.

sin embargo, con el término se ha querido expresar que las cargas pesadas recaen sobre la madre, más allá de la premisa que el oficio del padre se reduce a aportar patrimonio.

Hay quienes sostienen que deriva de *matrem* y *muniens* significativa de la defensa y protección que merece la mujer por parte del marido⁽⁴⁹⁾ en legítimo reconocimiento de ser esta madre de sus hijos⁽⁵⁰⁾.

5. Definición

5.1. En la legislación

De acuerdo con el Código Civil de 1852 el matrimonio era considerado como la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana. Por su parte, el Código del 36, evita o, mejor dicho, omite una definición del matrimonio, haciendo solo referencia a las figuras de los esponsales, impedimentos, consentimiento para el matrimonio de menores, celebración de este, prueba, nulidad, deberes y derechos, etc. El Código Civil de 1984 aclara el panorama respecto a una definición de dicha figura jurídica cuando en el artículo 234 señala que: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de dicho Código, a fin de hacer vida común; teniendo el marido y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”, ello en concordancia con el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, el cual hace mención al principio de promoción del matrimonio.

La diferencia del matrimonio en los Códigos civiles del 52 y el 84 se circunscribe a que la primera normativa agrega el componente de la perpetuidad del matrimonio hacia la conservación de la especie humana, situación que ha desaparecido en el Código del 84, acotando que la perpetuidad del matrimonio, en cuanto al vínculo matrimonial, subsistía luego de divorciados los cónyuges, tal como previó el artículo 191 del Código Civil de 1852, haciendo una referencia directa a la separación de cuerpos o divorcio relativo. El Código Civil de 1936 no definió el matrimonio dejando dicha labor a la tarea interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia.

El Código de Familia de Cataluña⁽⁵¹⁾ dice que: “El matrimonio es una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la que marido y mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Los cónyuges deben guardarse fidelidad y prestarse socorro mutuo”

(49) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 93.

(50) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 305.

(51) 15 de julio de 1998.

(artículo 1, inciso 1). El Código Familiar para el Estado de Hidalgo⁽⁵²⁾ (México) considera que: “El matrimonio es una institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable” (artículo 11). Para el Código Civil de Guatemala “(El matrimonio, institución social).- El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliares entre sí” (artículo 78).

En Brasil, el Código Civil de 1916 no trajo una definición de matrimonio. Una gran revolución se llevó a cabo a partir del año 1977 con la introducción del divorcio en el sistema legal brasileño, a través de la ley n. 6.515/77⁽⁵³⁾, conocida como Ley de Divorcio. Se comporta de la misma manera del Código de 1936 el sistema jurídico brasileño, ya que la Constitución de la República Federativa de Brasil no ofrece una definición de matrimonio, ni tampoco el Código Civil, dejando que esta tarea sea cumplida por la doctrina y la jurisprudencia.

5.2. En la doctrina

Hay innumerables definiciones del matrimonio.

Es un instituto que proporciona profundas reflexiones históricas, políticas y sociológicas y, por lo tanto, no hay uniformidad en los conceptos doctrinales, pues estos pueden ser mutables y deben adaptarse a los cambios en el ámbito social con el paso del tiempo. Para reforzar este hecho, solo recordar las definiciones de un pasado reciente que, necesariamente, de conformidad con las normas aplicables en ese momento, hicieron referencia a la relación matrimonial indisoluble. Como ya se mencionó, la definición del matrimonio no es ni puede ser inalterable, al igual que ocurre con la comprensión de todos los fenómenos sociales que cambian en el tiempo y espacio⁽⁵⁴⁾ (*in iure omnis definitio periculosa*).

Tres son las más célebres definiciones del matrimonio. En la época clásica la de Modestino⁽⁵⁵⁾, *Nuptiae sunt coiunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*, es decir, “el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino

(52) Publicado en el alcance al periódico oficial, el lunes 8 de diciembre de 1986. Última reforma publicada en el periódico oficial: el 19 de agosto de 1996.

(53) El texto original del artículo 315 del Código Civil de 1916 solo contenía tres formas de disolución del matrimonio: la muerte de un cónyuge, la nulidad o anulación del matrimonio, o separación judicial o de mutuo acuerdo. Haciendo una exégesis del texto original del mencionado dispositivo de la Ley 3.071/16 se puede comprender que el matrimonio era indisoluble, como los separados no fueron liberados de la relación jurídica creada por el matrimonio, o no podían casarse de nuevo.

(54) Esta es también la comprensión de VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, Vol. 6: Direito de Família. 8ª ed., 2ª reimp., Atlas, São Paulo, 2008, p. 25.

(55) Digesto, Libro 23, Tít. 2, fr.I.

y humano”, mientras la definición de Ulpiano⁽⁵⁶⁾, consagrada en las *Institutas* de Justiniano era, “Nutiae autem sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens” (La boda o matrimonio es la unión del hombre y la mujer, lo que implica la comunión indivisible de la vida) y, la de Portalis⁽⁵⁷⁾, allá a finales de 1700, al definirla como la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, por asistencia mutua, para soportar el peso de la vida y para compartir el mismo destino.

Para Ennecerus “la unión de un hombre y una mujer reconocida por la Ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges”⁽⁵⁸⁾.

Azpiri⁽⁵⁹⁾, siguiendo a Busso, considera que el matrimonio es la unión solemne de un varón y una mujer, que constituyen una plena comunidad de vida arreglada a Derecho. De esta definición se destaca que la solemnidad deslinda las uniones de hecho y al ser una unión de varón y mujer, descarta las uniones poligámicas y las homosexuales. Para Díez-Picazo y Gullón “es la unión de un varón y una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales tendentes a realizar una plena comunidad de existencia”⁽⁶⁰⁾.

A criterio de Lôbo⁽⁶¹⁾ el casamiento es un acto jurídico negocial solemne, público y complejo, mediante el cual un hombre y una mujer constituyen familia a través de la libre manifestación de voluntad y por el reconocimiento del Estado. Berenice Dias⁽⁶²⁾, siguiendo el pensamiento de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, 1ª ed., Tomo VII, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 204), considera que es una convención individual debido a su carácter de consenso espontáneo y a los presupuestos exigidos para que las personas lo puedan contraer. Según Paulo Dourado de Gusmão⁽⁶³⁾ es el acto jurídico, bilateral, solemne y público, precedido de publicidad, a través de habilitación, vinculador de personas de sexo diferente, modificador de estado civil, de ambas, creador de sociedad conyugal –dotada de relativa estabilidad, sometida a un régimen de bienes– del cual resultan derechos y deberes recíprocos.

(56) *Institutas*, lib.I, tit. IX, § 1.

(57) PORTALIS, Jean Étienne Marie. *Discurso preliminar del Código Civil francés de 1804*.

(58) ENNECERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981.

(59) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 66.

(60) DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 3ª ed., 2ª reimp., Tecnos, Madrid, 1986, p. 65.

(61) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 76.

(62) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 141.

(63) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. Ob. cit., p. 98.

Para Rizzardo⁽⁶⁴⁾ es un contrato solemne por el cual dos personas de sexo diferente se unen para constituir una familia y vivir en plena comunión de vida y que, mediante la celebración del acto, se prometen mutua fidelidad, asistencia recíproca, así como la crianza y educación de los hijos. Para Monteiro es la unión permanente entre hombre y mujer, de acuerdo con la ley, a fin de reproducirse, ayudarse mutuamente y de criar a sus hijos⁽⁶⁵⁾. Según Pereira⁽⁶⁶⁾ el casamiento se trata de la unión de dos personas de sexo diferente realizando una integración fisiológica permanente. Para Diniz⁽⁶⁷⁾ el casamiento es el vínculo entre el hombre y la mujer que permite el auxilio mutuo material y espiritual, de modo que hay una integración fisiológica y la constitución de una familia legítima. Para Tartuce y Simão⁽⁶⁸⁾, el matrimonio puede ser conceptualizado como la unión entre personas de diferente sexo, reconocida y regulada por el Estado, formado con el objetivo de constitución de una familia y basado en un vínculo de afecto. Paulo Nader⁽⁶⁹⁾ define el matrimonio como un negocio jurídico bilateral que formaliza solemnemente la unión exclusiva e indefinida de dos personas de diferente sexo para una plena comunión de intereses y de vida.

Silvio Venosa ofrece una definición un poco más subjetiva. En las palabras del jurista brasileño: “El matrimonio es el centro del Derecho de Familia. Desde él irradian sus normas fundamentales. Su importancia como negocio jurídico formal, va desde los procedimientos antes de su celebración, pasando por el acto material de conclusión hasta los efectos de lo negocio que vacían en las relaciones entre los cónyuges, los deberes recíprocos, la creación y asistencia material y espiritual recíproca y de la descendencia, etc.”⁽⁷⁰⁾.

5.3. A nivel local

Emilio F. Valverde considera que el matrimonio es la más importante fuente jurídica del Derecho de Familia “por el hombre y la mujer asociados en una perdurable unidad de vida, sancionada por la ley, se completan recíprocamente y cumpliendo los fines de la especie, la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia”⁽⁷¹⁾. Para Cornejo Chávez el matrimonio, en lenguaje del Derecho, se usa

(64) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 17.

(65) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Direito de Família, 36ª ed. actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 12.

(66) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 14ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 53.

(67) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 39.

(68) TARTUCE, Flávio; José Fernando Simão. *Direito Civil*. Vol. 5: Família, 3ª ed. rev. y atual., Método, São Paulo, 2008, p. 53.

(69) NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 37.

(70) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 6: Direito de Família, 8ª ed. 2ª reimpr., Atlas, São Paulo, 2008, p. 25.

(71) VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1942, p. 57.

como una palabra que designa el acto creador de la unión conyugal, esto es, el compromiso que asumen los contrayentes para cumplir los deberes que imponen el matrimonio como estado. Plácido Vilcachagua⁽⁷²⁾, manifiesta que la palabra matrimonio puede tener tres significados diferentes, de los cuales solo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo sentido, es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y, el tercero, es la pareja formada por los cónyuges. Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente (o matrimonio-acto, *in fieri*) y matrimonio-estado, (*in facto esse*) respectivamente. Matrimonio-fuente es el acto jurídico que tiene por objeto establecer la relación jurídica matrimonial. Matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración.

Estas definiciones señalan como finalidad del matrimonio, no precisamente la constitución de una familia, ni la generación de hijos, sino el establecimiento de una plena comunidad de vida, un consorcio total de vida, a decir de Modestino (*consortio totius vitae*), cuyo objetivo es permitir la realización del proyecto de vida de cada miembro de la pareja y de esta en sí.

6. Denominación

Con voces populares el matrimonio es conocido como boda, casamiento, desposorios, sponsales, nupcias, himeneo, epitalamio.

En doctrina jurídica el matrimonio adquiere varias denominaciones:

- **Consorcio**, viene de los vocablos *Cum* y *Sors* que significa suerte común.
- **Casamiento**, del término casa, lugar en el que habita la pareja, adoptando esta el sistema brasileiro⁽⁷³⁾.
- **Maridaje**, había una fuerte tendencia a que el hombre, como cabeza de la familia, tenía como fin el de dirigirla. Para esta última corriente el vocablo matrimonio viene de la evolución del término marido, *maritus*. En español, Maridaje, según el Diccionario de la Real Academia Española es enlace, unión y conformidad de los casados. Deriva de maridaje (en México mariachi), *marriage* (Francia), *maritaggi* (Italia), *marriage* (Inglaterra).
- **Connubio**, relacionado con la ritualidad de la ceremonia, con el misticismo que envuelve el acto de la celebración.

(72) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia. Nuevo enfoque del Estudio del Derecho de Familia*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

(73) DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 135, LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 76, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 11. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Ob. cit., p. 53. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ob. cit., p. 51. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 39.

Finalmente, la doctrina acordó en llamarlo matrimonio.

7. Naturaleza jurídica

Grandes discusiones, *vexata quaestio*, genera esta materia en la doctrina.

En ella encontramos tres posiciones bien marcadas respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio.

7.1. Teoría contractualista

También llamada individualista.

Seguida por Pothier, Demolombe, Colin, Capitán, Josserand, Clóvis Beviláqua y Pontes de Miranda, todos ellos como los más radicales. En nuestro medio por Vidaurre en Proyecto de Código Civil, lo identificó como un contrato natural y civil⁽⁷⁴⁾, asimismo el proyecto de Código Civil de 1847 lo consideró un contrato⁽⁷⁵⁾.

Es sustentada por la Iglesia, según el Canon 1055⁽⁷⁶⁾ del Código de Derecho Canónico, y fue tomada por la Escuela de Derecho Natural, definiéndola como un contrato civil, lo que marca una influencia en el *Code*⁽⁷⁷⁾, donde la disciplina va ser considerada como un negocio jurídico contractual. Tuvo dominancia en los siglos XVII al XIX. Para el Derecho Canónico, el matrimonio es un sacramento y también es un contrato natural debido a la naturaleza humana. Los derechos y obligaciones derivados se fijan en la naturaleza y no pueden cambiarse por las partes o por la autoridad, al ser perpetuo e indisoluble⁽⁷⁸⁾.

Se sustenta en que el matrimonio es un contrato, una relación jurídica en la que prima la voluntad de las partes. Estas tienen libertad para decidir el aspecto económico, objetivos y fines del matrimonio. Este es una especie de contrato de adhesión dado que sus efectos están predeterminados en la ley, siendo imposible pactar en contra de ellos. Dentro de esa teoría se presta especial importancia al

(74) Vide RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre*. Tomo I, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2003, p. 257.

(75) Vide RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX. La codificación del siglo XIX: Los Códigos de la confederación y el Código Civil de 1852*. Tomo II, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2001, p. 289.

(76) Código de Derecho Canónico. 1055 § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. § 2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

(77) La Asamblea Constituyente, instalada luego de la Revolución Francesa (1789), proclamó que “la ley considera al matrimonio como un contrato civil”, asimismo, el proyecto de Código Civil definió al matrimonio como un contrato (art. 3), consideración esta que fue suprimida por considerarse hostil (Vide PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo II, La familia, Ed. Cultural, La Habana, Cuba, 1939).

(78) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., p. 25.

régimen patrimonial y las denominadas capitulaciones matrimoniales, pudiendo los cónyuges decidir qué hacer con los bienes, acodar el régimen a someterse, siendo capaces, incluso, de crear aquel que más les convenga a sus intereses personales.

La tesis de esta teoría se sustenta en que los contratos comprometen el patrimonio de las partes, pero no afectan el estado de estas, quienes se encuentran vinculadas jurídica y sentimentalmente, lo cual nos hace deducir que existe una jerarquía superior del matrimonio en relación con los contratos, siendo presentado de forma mucho más lineal, por Pontes de Miranda⁽⁷⁹⁾, como un contrato de Derecho de Familia que regula la vida en común (no solo la unión sexual entre varón y mujer); en igual línea lo refiere Silvio Rodrigues⁽⁸⁰⁾ como un contrato de Derecho de Familia que tiene como fin promover la unión del hombre y la mujer, de conformidad con la ley, a fin de regular las relaciones sexuales, cuidar a la prole común y prestarse mutua asistencia. Para Carvalho Santos⁽⁸¹⁾ el matrimonio es un contrato especial distinto de los demás contratos patrimoniales. En la doctrina brasileña, otro firme defensor de la doctrina contractualista es Caio Mário da Silva Pereira⁽⁸²⁾, para quien en el matrimonio lo que básicamente debe considerarse es el paralelismo con los contratos en general que proceden de un acuerdo de voluntades y hacen realidad los objetivos que cada uno tiene en vista, de acuerdo con la motivación inspiradora de los declarantes y los efectos garantizados por la ley. Este jurista sostiene que el matrimonio es un “contrato especial”, dotado de consecuencias peculiares, más extenso y más profundo que los contratos con efectos puramente económicos, o “contrato de Derecho de Familia”, debido a las relaciones especiales que ha creado.

Si de contrato se trata, podíamos pensar que es lógico entender que tiene como naturaleza la de un acto jurídico, relación *genus-species*. Esta disputa, si el matrimonio es contrato o acto jurídico, ha llevado a una posición intermedia alegándose que se trata de un convenio o convención⁽⁸³⁾.

Además, para la teoría contractualista, los cónyuges ejercen un derecho recíproco del dominio del cuerpo de su pareja al grado de lo absurdo, agravando el deber de fidelidad –casi al grado de obligación– y la consecuente reafirmación de la diabolicidad de la causal de adulterio. Se trata de una posición netamente individualista, patrimonialista y segmentaria.

(79) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 240.

(80) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27ª ed. actualizada por Francisco José Cahali, Vol. 6, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 19.

(81) CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro*. 7ª ed., Vol. IV, Livraria Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1961, pp. 10 y 11.

(82) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Revisada, actualizada por Tânia da Silva Pereira, Vol. V, 16ª ed. Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 51.

(83) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 65.

Códigos Civiles como el de Chile (102), Ecuador (81), Colombia (113), Nicaragua (94) contrato solemne, también el Código de familia de Filipinas (art. 1). En Europa, uno de los partidarios de esta doctrina es el sistema jurídico portugués; el artículo 1577 del Código establece que el matrimonio es el contrato entre dos personas que desean formar familias a través de la plena comunión de la vida.

7.2. Teoría institucionalista

También llamada supraindividualista o anticontractualista.

Elaborada por Maurice Hauriou y seguida por Georges Renard

De acuerdo con las enseñanzas de Paulo Nader en el origen de la teoría contractual, según Julien Bonnecase⁽⁸⁴⁾, estaría la sobrevaluación del contrato practicada por los juristas del siglo XIX que lo consideraban el “motor supremo de la vida social”. A esa tendencia se suma el error de considerar el matrimonio solo como el acto de creación (contrato). Según el jurista brasileño “desde esa perspectiva de análisis, los estudiosos han descuidado el papel principal del matrimonio, que es el desarrollo individual, familiar, social y moral de la familia y de su base, que es la unión de los sexos”⁽⁸⁵⁾.

Para esta teoría, el matrimonio es una institución trascendental que concierne a la subsistencia y felicidad del hombre en la tierra⁽⁸⁶⁾. Es una forma social de realización de la persona en la que se conjugan una variedad de intereses. La persona contrae matrimonio para compartir su vida, crecer, desarrollarse, lograr sus fines e ideales, realizar su proyecto de vida, su **personalización integral**⁽⁸⁷⁾.

Se contrapone a la tesis contractualista considerando al matrimonio como una institución natural, propia del ser humano. No es un contrato porque tiene efectos personales que van más allá del simple efecto patrimonial.

Para Guillermo Borda el matrimonio propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, un elemento vital de la sociedad, a lo que puntualiza que “nadie se casa con el ánimo de crearse derechos, sino por amor. El matrimonio no es un acto de especulación, de cálculo, sino de entrega”⁽⁸⁸⁾. Como lo considera Díez-Picazo, es una institución básica de la vida social⁽⁸⁹⁾, pero una institución de

(84) BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I, 1ª trad. mexicana, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, p. 540 apud NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 50.

(85) NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 50.

(86) ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Régimen legal de los bienes en el matrimonio*. Obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Echeopar García, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 7.

(87) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 92.

(88) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 47.

(89) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 67.

Derecho Privado reglada por la ley que tiene un contenido público. Posición esta que es seguida también por Monteiro⁽⁹⁰⁾ en Brasil.

Siguiendo este concepto se considera que el matrimonio a pesar de su institucionalidad es un acto de poder estatal⁽⁹¹⁾ premunido de un protocolo jurídico que garantiza sus relaciones. La solemnidad se debe a la intervención del funcionario público, siendo su función recibir el consentimiento de los contrayentes. El funcionario no es parte del acto matrimonial, ni tiene poder de decisión alguna una vez establecida la nupcialidad, por lo que no podría negarse a celebrar el acto. Esta es una característica que no le resta la privacidad, ni le aplica mayor publicidad, sino, por el contrario, es una connotación de formalidad de la institución social que legitima el matrimonio.

La Ley para la familia del Estado de Hidalgo⁽⁹²⁾, México, califica al matrimonio como una institución social y permanente por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer que, con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable (art. 8); es un acto solemne e institucional (art. 9); es una institución social derivada de la permanencia conyugal y es una forma para crear la familia (II, art. 9); el Estado protegerá la institución del matrimonio por ser el fundamento de la familia y la conservación de la especie (art. 11).

7.3. Teoría ecléctica

Conocida como mixta o social.

Seguida por Julien Bonnecase, Marcel Planiol y George Rippert.

Esta teoría sostiene que el matrimonio es un acto complejo, a la vez un contrato y una institución. A nivel local tenemos el criterio de Cornejo Chávez quien se ampara en que “mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución”⁽⁹³⁾. Se trataría de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido. En su nacimiento y conformación se encuentra la diferencia.

De acuerdo a esta teoría, el matrimonio tiene elementos que comparte con el contrato (manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades), pero no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente

(90) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 13.

(91) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 69 y 70.

(92) Última reforma publicada en el Periódico Oficial, el lunes 5 de noviembre de 2007. Ley publicada en el Periódico Oficial, el lunes 9 de abril de 2007.

(93) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 62.

social que lo presenta como una institución. A decir de Julien Bonnecase⁽⁹⁴⁾ hay claras diferencias entre el matrimonio y el contrato:

ELEMENTOS	CONTRATO	MATRIMONIO
Error	El consentimiento debe presentarse libremente, sin vicios de la voluntad.	Solo el error y la violencia vician el consentimiento.
Objeto	Obligaciones de carácter económico. Dar, hacer o no hacer.	Obligaciones recíprocas entre los cónyuges de carácter personal.
Forma	La manifestación de voluntad es libre sin más límite que el orden público y las buenas costumbres.	Exige formalidades y solemnidades.
Disolución	Consensuada entre las partes.	Establecida por funcionario público.
El matrimonio termina siendo más que un simple contrato.		

El matrimonio es un acto complejo, un contrato en cuanto a su formación y una institución en lo referente a su contenido. Se distingue entre el **matrimonio –fuente del matrimonio– estado**, el primero con una naturaleza contractual, el segundo de naturaleza institucional.

El Código Civil de Puerto Rico dice que el matrimonio es una institución civil que procede de un contrato civil (art. 68).

En el Código Civil peruano rige la teoría ecléctica del matrimonio.

7.4. Posición conciliadora

Consideramos que más que contrato, el matrimonio es un acto jurídico, siguiendo la tesis de Paulo Dourado de Gusmão, Lafayette y Rodrigues Pereira.

A nuestro razonar esta posición tiende a considerar la juricidad del matrimonio estando encuadrado más que como un contrato, como un perfecto acto jurídico de naturaleza familiar. Entendiendo ello, vemos que el matrimonio es un acto jurídico familiar, que tiene una trascendencia social importante, que justifica el rol tuitivo del Estado y el singular interés que le presta. Como acto jurídico de naturaleza bilateral, el matrimonio es de carácter complejo en la medida en que tiene una función de tipo constitutivo, lo que supone la declaración de voluntad del órgano estatal.

(94) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 57 y 58. Citado por Paulo Nader, el jurista francés distingue tres aspectos jurídicos en el matrimonio: 1.- El acto jurídico, que pone las partes interesadas en la institución; 2.- El estado del matrimonio como institución, y 3.- El contrato de matrimonio, pertinente únicamente para la convención sobre lo régimen de propiedad. BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 540 apud NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 50.

Lo que sí consideramos es que, más allá del contenido social del matrimonio, su constitución descansa en la voluntad de los contrayentes quienes, conscientes de su decisión, generan consecuencias jurídicas.

7.5. Nuevas posiciones

Se han desarrollado otros pareceres como la de tratar al matrimonio como un **negocio jurídico complejo** (consentimiento ante autoridad pública); un **acuerdo**, pues el matrimonio se distingue del contrato en su modo de constitución, en este último los intereses de las partes son divergentes (yo compro, tu vendes), en el matrimonio son convergentes (yo amo, tu también); **acto-condición**, se trata de una declaración de voluntad que coloca al agente en una condición jurídica impersonal⁽⁹⁵⁾; los cónyuges adquieren un estado que no puede ser materia de negociación, aceptando tal como es el estatuto legal del matrimonio.

En la doctrina brasileña se manifiesta Sílvio Venosa, para quien la celebración, como la conclusión material del negocio jurídico familiar, tiene la naturaleza de un contrato. Por otra parte, el jurista dice que el matrimonio es visto en su conjunto extrínseco bajo el punto de vista de la vida común, los derechos y deberes de los cónyuges, la asistencia mutua, la educación de los niños, poniendo de relieve el aspecto institucional que es mucho más sociológico que jurídico. El matrimonio hace que los cónyuges se adhieran a una estructura jurídica cogente predispuesta. En este sentido se presenta el concepto institucional. Por lo tanto, es negocio complejo, con características de negocio jurídico y de institución. La simple conceptualización como contrato reduce demasiado su comprensión⁽⁹⁶⁾.

8. Caracteres

El matrimonio como acto jurídico presenta un conjunto de caracteres que lo diferencian y lo hacen especial frente a las demás instituciones del Derecho Civil.

8.1. Acto jurídico

Crea relaciones jurídicas familiares, relaciones conyugales y un estado de familia generando un marco amplio de regulación, modifica el estado civil, el nombre, extingue el régimen económico personal constituyendo el régimen económico matrimonial.

(95) DUGUIT, Leon. *Traité du Droit Constitutionnel*. Vol. I, §§ 30 y ss.

(96) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., p. 25.

8.2. Institución jurídica

Es fuente principal de constitución de la familia. Se considera que sin el matrimonio no se concibe una comunidad familiar fuerte, estable y duradera, de allí que muchas veces se considere al matrimonio como sinónimo de familia.

8.3. Unión heterosexual

Hombre y mujer lo constituyen. Como pareja que se integran y complementan. Cada quien da lo suyo, en reciprocidad y entrega, creando en conjunto su descendencia. Se dice que el matrimonio entre personas del mismo sexo va en contra de las buenas costumbres y está sujeto a nulidad virtual contemplada en el artículo V del Título Preliminar y en artículo 219, inciso 8 del Código Civil.

Esta característica divide la doctrina en Brasil. La mayoritaria considera la diversidad de sexos más allá de ser una característica como un requisito para la realización del matrimonio. Gran parte del los juristas creen que el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser considerado como inexistente⁽⁹⁷⁾.

8.4. Perdurable

No es admisible el matrimonio a plazo determinado lo que no resta posibilidad al hecho de la disolución del vínculo conyugal vía divorcio. Como dice Borda⁽⁹⁸⁾, en la institución hay siempre un íntimo y connatural sentido de permanencia.

8.5. Legalidad y forma

Su establecimiento y constitución están unidos a una forma que debe cumplirse, es la teoría de la celebración matrimonial, de allí que no todas las uniones sean matrimonios, mientras que todos los matrimonios implican necesariamente una unión.

8.6. Comunidad de vida

Involucra que los cónyuges deban hacer una **vida en común**, compartirse, entregarse mutuamente a fin de lograr la integración de la familia sustentada en vivencias. Entendida como **unidad conyugal**, la comunidad de vida se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deberán compartir de un mismo destino: **Vivir bajo un solo techo, compartir la mesa y yacer en mismo tálamo**, esto es, gozar no solo de las excelencias que brinda el hogar conyugal, sino también soportar el peso de la vida marital.

(97) Cfr. el tema sobre el matrimonio homosexual en Brasil, *infra*.

(98) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 40.

8.7. Monogámica

La monogamia está relacionada con el deber de fidelidad, siendo un límite a la concupiscencia. De allí que Francois Laurent⁽⁹⁹⁾ diga que el matrimonio, como fundamento de la sociedad, es base de la moralidad pública y privada.

En el Derecho Comparado tenemos los siguientes criterios en cuanto a los caracteres: (ver cuadro en la siguiente página).

A nuestro criterio creemos que son tres los caracteres del matrimonio: Unidad, permanencia y juricidad.

De la mano con los caracteres están los principios que rigen al matrimonio que, según Rizzardo⁽¹⁰⁰⁾, son Libertad, monogamia, indisolubilidad, vida en común y para Gomes⁽¹⁰¹⁾ son libertad y monogamia.

De acuerdo con Cristiano Chaves de Nelson Farias y Rosenvald pueden ser identificados como las principales características del matrimonio en la legislación brasileña: el carácter personal y libre elección de los contrayentes, la solemnidad de la celebración, diversidad de sexos, inadmisibilidad de la presentación a término o condición, el establecimiento como una comunión de vida, la naturaleza cogente de las normas que rigen la estructura, monogamia y disolubilidad, de acuerdo a la voluntad de las partes⁽¹⁰²⁾.

A su vez, Paulo Nader hace la división de las características del matrimonio en dos grupos. En el grupo del **matrimonio-acto**, señala: acto de los cónyuges; diversidad de género; acto civil; acto público y solemne; unión exclusiva. Dentro de la lógica del **matrimonio-estado**, apunta: comunión de vida y creación de los eventuales hijos⁽¹⁰³⁾.

Por su parte el Código Familiar para el Estado de Hidalgo⁽¹⁰⁴⁾ (México) considera (artículo 12) que: “El matrimonio es un acto solemne, contractual e institucional. I. Es un acto solemne, porque para su existencia, la voluntad de los pretendientes debe manifestarse ante el Oficial del Registro del Estado Familiar, y constar su firma, o huella digital en el acta respectiva. II.- Es un contrato de sociedad civil, porque hay consentimiento de los futuros esposos en relación con un objeto: los bienes. III.- Es una institución social, derivada de la permanencia conyugal, para crear la familia”.

(99) Cit. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 11.

(100) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Ob. cit., p. 26.

(101) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Ob. cit., p. 61.

(102) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 100.

(103) NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., pp. 53-54.

(104) Publicado en el alcance al Periódico Oficial, el lunes 8 de diciembre de 1986. Última reforma publicada en el Periódico Oficial: el 19 de agosto de 1996.

Guillermo Borda ⁽¹⁰⁵⁾	Jorge Azpiri ⁽¹⁰⁶⁾	Eduardo Zannoni ⁽¹⁰⁷⁾	Méendez Costa ⁽¹⁰⁸⁾	Eduardo Sambrizzi ⁽¹⁰⁹⁾	Washington Monteiro ⁽¹¹⁰⁾	Maria Helena Diniz ⁽¹¹¹⁾	Isabel Avelado ⁽¹¹²⁾	Orlando Gomes ⁽¹¹³⁾	Caio Mario Pereira ⁽¹¹⁴⁾
Heterosexualidad	Heterosexualidad								Heterosexualidad
Permanencia	Estable	Permanencia	Permanencia	Permanencia	Permanente	Permanencia			
Monogámica	Monogámica	Unidad	Monogámica	Monogámica	Exclusiva	Exclusiva	Unidad		
Legal	Legal	Juricidad	Legal	Legal	Orden público	Orden público	Intervención estatal		
	Solemne					Solemne	Solemne	Solemne	Solemne
							Laicismo	Acto civil	
					Comunidad de vida	Libertad de escoger al cónyuge	Consentimiento	Personal	
					Puro y simple		Perpetuidad		Disolubilidad

(105) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., pp. 40 y 41.

(106) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 67.

(107) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 175 y 176.

(108) MÉNDEZ COSTA, Maria Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 106 y ss.

(109) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 335 y ss.

(110) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 12.

(111) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., pp. 45 y 46.

(112) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2002, pp. 93 y 94.

(113) GOMES, Orlando. *Direito de Familia*. Ob. cit., p. 61.

(114) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ob. cit., p. 62.

9. Finalidad

San Agustín considera que la finalidad del matrimonio se da en tres elementos *Proles, Fides* y *Sacramentum* (descendencia, fidelidad y vehículo de santificación), lo que modernamente se ha delimitado en la fidelidad, asistencia y cohabitación.

A través del matrimonio, la pareja escribe su historia de vida y deja su legado existencial en su descendencia. Sílvio Rodrigues⁽¹¹⁵⁾ establece que la sociedad conyugal permite a los cónyuges enfrentar el porvenir; dentro de esa unión satisfacen el deseo sexual que es normal e inherente a su naturaleza. La aproximación de los sexos es natural en la convivencia entre marido y mujer que, ordinariamente, suscitan el desenvolvimiento de sentimientos afectivos recíprocos, de los cuales, el deber de mutua asistencia es un mero corolario; de la unión sexual resulta la prole, cuya sobrevivencia y educación reclaman la atención de los padres; se quiera o no los fines del matrimonio íntimamente están ligados a la naturaleza humana.

Refiere Bittar⁽¹¹⁶⁾ que en el matrimonio hombre y mujer liberan y realizan toda su potencialidad de amor y de espíritu de comunión asumiendo, socialmente, la responsabilidad de mantener un vínculo, procrear y educar a la prole en beneficio de la propia subsistencia de la Nación, integrándose, además, al circuito parental correspondiente. Para Monteiro⁽¹¹⁷⁾, el matrimonio tiene una triple finalidad: procreación, educación de los hijos y prestación de mutuos auxilios. Silvio Rodríguez⁽¹¹⁸⁾ se orienta en el sentido que la finalidad es el disciplinamiento de las relaciones sexuales entre los cónyuges, la protección a la prole y la asistencia mutua. Para Pereira⁽¹¹⁹⁾ las finalidades son complejas y múltiples llegando a la conclusión de que serían cuatro las finalidades: la constitución de familia, la procreación como finalidad natural, la comunidad de vida e intereses y otras finalidades como la atribución del nombre a la mujer casada. Dice Diniz⁽¹²⁰⁾ que es la institución de la familia matrimonial, procreación de hijos, legalización de la relaciones sexuales, prestación de auxilio mutuo, establecimiento de deberes entre los cónyuges, educación de la prole, atribución del nombre de la cónyuge y de los hijos, reparación de errores del pasado, regularización de relaciones económicas, legalización de estados de hecho. La posición de Aveledo⁽¹²¹⁾, de acuerdo a la concepción social del matrimonio (transpersonalista), es que el fin del matrimonio es la reproducción o procreación, la conservación de la especie, mientras que para la concepción individualista (personalista) del matrimonio, el fin de este es el auxilio, el complemento entre los cónyuges.

(115) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito de Família*. Ob. cit., p. 23.

(116) BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2006, p. 49.

(117) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., p. 15.

(118) RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 22.

(119) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 66 y ss.

(120) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 40 y ss.

(121) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 91.

De acuerdo con Pablo Nader el individuo es un ser teleológico que tiene iniciativas destinadas a alcanzar ciertos fines que se configuran como motores reales de sus acciones. Desde el punto de vista de la ley, el matrimonio, basado en la comunión vida, es destinado a organizar y dar estabilidad a la familia contribuyendo al equilibrio de la sociedad. Para los contrayentes, los propósitos no son idénticos en cada par. Por supuesto, debe haber una aspiración común: el propósito de vida en común y solidaria. Señala el doctrinador que algunos apuntan como un gran objetivo, el advenimiento de los hijos y la participación en el proceso creativo, educativo y cultural. La regularidad en las relaciones sexuales parece estar, en gran medida de las parejas, entre uno de los principales objetivos⁽¹²²⁾.

Según Borda⁽¹²³⁾ existen fines normales como la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, la procreación y la educación de los hijos. En el mismo sentido, Azpiri⁽¹²⁴⁾ delinea que los fines del matrimonio se condensan en la plena comunidad de vida en la que se subsumen la constitución de una familia, la procreación, el socorro mutuo, la educación de los hijos y la vida en común. Para Méndez Costa⁽¹²⁵⁾, el matrimonio es un molde sociocultural imprescindible para la formación y el desarrollo integral de los hijos, siendo en dicho ámbito donde pueden plasmar su integralidad. Podemos encontrar que la finalidad del matrimonio es la comunidad de vida plena (física, existencial y económica) entre la pareja, responsabilizándose del desarrollo de su descendencia.

A nivel local Echeopar García consideró un criterio bastante tradicional al sostener que el **fin primordial** es la procreación de los hijos, que les permite mañana más tarde ser dichosos en la eternidad y, su **fin complementario**, la vida conyugal en común para ayudarse mediante socorros mutuos para soportar el peso de la vida⁽¹²⁶⁾. A criterio de Cornejo Chávez⁽¹²⁷⁾ este tema puede abordarse desde dos puntos de vista:

- **Sociológico**, en tanto que algunos filósofos refieren que la finalidad del matrimonio es la satisfacción del instinto sexual, otros que es el bienestar de la prole y una tercera posición sostiene que el matrimonio tiene un doble propósito: (i) la promoción y educación de la prole y, (ii) el mutuo auxilio entre los cónyuges.
- **Jurídico**, la doctrina presenta también tres posiciones al respecto: (i) creación de la familia, (ii) establecimiento de una comunidad de bienes, y; (iii) creación y educación de la prole y el mutuo auxilio en una comunidad de vida.

(122) NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Ob. cit., pp. 54-55.

(123) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 41.

(124) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 68.

(125) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 94.

(126) ECHEOPAR GARCÍA, Luis. *Régimen legal de los bienes en el matrimonio*. Ob. cit., p. 7.

(127) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 51 y ss.

RESUMEN DE POSICIONES Y TENDENCIAS UNIFORMIZADAS								
DINIZ	AZPIRI	CORNEJO	BORDA	MONTEIRO	PEREIRA	SAN AGUSTÍN	ECHECOPAR	RODRIGUES
Prestación de auxilio mutuo	Vida en común y Socorro mutuo	Mutuo auxilio en comunidad de vida	Mutua compañía y asistencia	Prestación de mutuos auxilios	Comunidad de vida e intereses	Vehículo de santificación	Vida conyugal para ayudarse y socorrerse	Asistencia mutua
Procreación	Procreación	Procreación	Procreación	Procreación	Procreación	Descendencia	Procreación	
Educación	Educación	Educación	Educación	Educación				Protección
Legalización de la sexualidad			Satisfacción del amor			Fidelidad		Disciplinamiento de la sexualidad conyugal
Constitución de familia	Constitución de familia	Constitución de familia			Constitución de familia			
Atribución de nombre a la mujer e hijos					Atribución del nombre a la mujer casada			
Establecimiento de deberes conyugales								
Reparación de errores del pasado								
Regularización de relaciones económicas		Establecimiento comunidad de bienes						
Legalización de estados de hecho								

Del cuadro planteado vemos que en la doctrina moderna existe unanimidad de criterio para establecer que los fines del matrimonio son la vida en común para la ayuda mutua y la procreación, con la correspondiente educación de la prole.

Delineando el tema es sencillo sostener que existen dos grandes finalidades del matrimonio:

- Individual, mutuo auxilio en una plena comunidad de vida, y;
- General, la procreación y educación de la prole;

La finalidad del matrimonio no responde a reglas preestablecidas, menos aún hoy en día que los intereses de las parejas no son los mismos que antes. No merece prestar atención al aspecto de la sexualidad, a pesar que esta es la forma legal como se representa el matrimonio, que tiende a una legalización del sexo. Kant decía que se trata de “la unión de dos personas de diferente sexo para la recíproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales”, refiriendo a una cierta forma de certificación de la sexualidad que busque la consecución natural del matrimonio: la procreación. El amor físico y la entrega carnal, que tiene normalmente consecuencias procreacionales, han limitado la finalidad del matrimonio a la procreación, lo cual no es del todo acertado. El matrimonio no es la simple unión corporal de personas de sexo diferente⁽¹²⁸⁾, lo contrario sería deslegitimar el matrimonio *in extremis*, de los ancianos, de los infértiles y los homosexuales –donde el matrimonio se permite– situaciones estas en las que no existe la función reproductora.

A criterio de la normativa civil, la finalidad del matrimonio, teniendo en consideración lo establecido en el primer párrafo del artículo 234 del Código, es la **vida en común**, el compartirse, entregarse, uno al otro y el otro a uno. En cierta manera existe unanimidad en que, a través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia; sin embargo, esto va cambiando conforme los entornos sociales se van haciendo más liberales.

La doctrina brasileña más moderna parece ir en esa dirección. Cristiano Chaves de Farias y Nelson Rosenvald afirman que el principal propósito del matrimonio es el de establecer una **comunidad de vida**, no existiendo más los fines específicos que pueden o no estar presentes en las diversas relaciones de matrimonio; por ejemplo, el fin de procreación o la asignación de los nombres del cónyuge. Según los juristas, debe establecerse el propósito del matrimonio en términos generales, pero efectivos y claros: el propósito del matrimonio es establecer la **comunidad de afectos**. Señalan los profesores que esta es la verdadera génesis perseguida por el matrimonio: el establecimiento de una vida afectiva en conjunto, constituyendo una entidad familiar formal y solemne⁽¹²⁹⁾.

(128) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Ob. cit., p. 65.

(129) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 98.

10. Importancia social

Con panegiristas y detractores, el matrimonio se concibe como una de las entidades familiares más importantes de la sociedad por su larga tradición y exclusividad⁽¹³⁰⁾. De todas las instituciones del Derecho privado se presenta como la más trascendental y compleja, a lo que se le suma el hecho de ser un acto jurídico y un sacramento. Ha sido, es y será una institución jurídica vital, en tanto que constituye la base fundamental de la sociedad, el Estado y el Derecho. De la relación jurídica matrimonial se derivan derechos, deberes, obligaciones y facultades entre los cónyuges que generan el relacionamiento matrimonial.

Si bien es cierto que la unión estable, mantenida en forma voluntaria y con carácter de permanencia, es cada vez más aceptada por el Derecho, como por la sociedad, ello ha permitido que el Estado le brinde una protección, sin que éste descuide al matrimonio ni su rol promocionador. Como derecho fundamental, el matrimoniarse debe ser gratuito, como sucede en Brasil⁽¹³¹⁾, siendo suficiente que los nubentes firmen su declaración de falta de recursos para ser dispensados del pago de las costas⁽¹³²⁾, tal como lo confirma expresamente el artículo 1.512. Código Civil brasileiro y el artículo 226 de su Constitución.

Su trascendencia se mantiene, aunque algunos manifiesten lo contrario. Según informa el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) un promedio de 80 mil matrimonios se celebran cada año en el Perú, principalmente en Lima, donde se concentra la mayor cantidad de habitantes. El documento Perú: Nacimientos, Defunciones y Matrimonios 2009 sobre Estadísticas Vitales, del INEI, muestra que en 2009 se registraron 87.561 matrimonios. En el ámbito nacional, en el 2009, Lima fue el departamento de mayor registro de matrimonios con el 35,1% (30.708), respecto al total del país. En orden de importancia siguen Piura con el 6,3% (5.538), La Libertad 6,1% (5.307), Arequipa 5,1% (4.474), Lambayeque 4,9% (4.333), el Callao y Junín 4,7% en cada uno (4.143 y 4.141, respectivamente)⁽¹³³⁾.

11. Elementos

Tanto en el Código Civil de 1852 como en el de 1936 cuando se trata de los elementos del matrimonio se refieren a los sujetos que intervienen en dicha figura jurídica, los cuales son el hombre y la mujer. Con el Código Civil de 1984, los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234, son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

(130) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 76.

(131) *Ibidem*, p. 77.

(132) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 142.

(133) Vide <[www. http://elcomercio.pe/lima](http://elcomercio.pe/lima)> (15/02/2011).

ELEMENTOS			
Unión intersexual	Aptitud nupcial	Voluntad	Formalidad

De estos elementos han surgido variedad de teorías que trata de consagrarlo.

Una, establece que el matrimonio es la unión intersexual reconocida por ley.

Otra define al matrimonio como la unión libre, voluntaria y sujeta a forma, a través de la cual dos personas se unen para hacer vida en común.

Y, una tercera considera que el matrimonio es la comunidad jurídica que consagra la vida conyugal.

12. Requisitos

Los requisitos o condiciones de validez, como los denomina Zannoni, son los elementos estructurales que hacen la formación del acto⁽¹³⁴⁾ y se clasifican en:

12.1. Internos

Llamados subjetivos⁽¹³⁵⁾, intrínsecos o de fondo⁽¹³⁶⁾, entre los que se encuentran las condiciones de existencia - elementos estructurales⁽¹³⁷⁾, y son:

- Diversidad de sexos y,
- Consentimiento

Se entiende que estos requisitos están relacionados con la teoría de los impedimentos matrimoniales, en virtud de la cual se puede determinar las condiciones fisiológicas, de libre consentimiento, éticas y sociales con las cuales deben contar los contrayentes para que el matrimonio sea válido.

12.2. Externos

Llamados formales⁽¹³⁸⁾, extrínsecos o de forma⁽¹³⁹⁾, por ejemplo:

- Presencia de autoridad competente para recibir la declaración del proyecto matrimonial.

Los requisitos formales de los cuales está revestido el matrimonio están directamente relacionados con al teoría de la celebración del matrimonio.

La validez del matrimonio se determina por la capacidad de los contrayentes, ausencia de impedimentos dirimentes y libre consentimiento. La violación del

(134) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 230.

(135) MÉNDEZ COSTA, María Josefá. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 141.

(136) BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de Familia*. Tomo I, N° 145, Buenos Aires, 1974.

(137) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. 2ª ed., Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 124 y 125.

(138) MÉNDEZ COSTA, María Josefá. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 141.

(139) BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de Familia*. Ob. cit.

impedimento dirimente genera la invalidez del matrimonio, mientras que la violación del impidiendo no afecta el matrimonio válido y existente generando solo sanciones por su ilicitud.

Los requisitos del matrimonio vistos desde una óptica general son los siguientes:

1. Fisiológicos
 - a. Diferencia de sexos
 - b. Pubertad
 - c. Potencia sexual
 - d. Sanidad nupcial
2. De orden ético y social
 - a. Ausencia de vínculo matrimonial
 - b. Ausencia de consanguinidad
 - c. Ausencia de afinidad
 - d. Ausencia de adopción
 - e. Ausencia de crimen
 - f. Ausencia de tutela/curatela
 - g. Plazo de viudez
 - h. Mayoría de edad
3. De libre consentimiento
 - a. Sanidad mental
 - b. Capacidad para manifestar voluntad de manera indubitable en caso de sordomudos, ciegosordos y ciegomudos
 - c. Ausencia de rapto/retención violenta
 - d. Estado de conciencia
4. Personales
 - a. Voluntad
 - b. Disposición
5. Formales
 - a. Declaración de voluntad
 - b. Funcionario competente
 - c. Documentación
 - d. Testigos

- e. Publicación
- f. Oposición
- g. Denuncia
- h. Declaración de aptitud nupcial
- i. Celebración

13. Sujetos

Son los denominados sujetos conyugales (8.2, del Tomo I) al marido y a la mujer y en conjunto cónyuges. Cónyuge (Del lat. *coniux*, -ūgis) o consorte (aquel que es partícipe y compañera con otra u otras en la misma suerte). La palabra cónyuge contiene el prefijo *con* (acción conjunta) y la raíz *iugum* (yugo) que significa sencillamente “unidos por un yugo”. Su pronunciación correcta es cónyuje. Conyungir es unir⁽¹⁴⁰⁾, mejor sonaría conyugar. Marido y mujer se encuentran conyugados o conyugados. Están unidos. Marido y mujer son casi una persona, una carne⁽¹⁴¹⁾ y una sangre. *Vir et uxor sunt quasiunica persona, quasi caro una et sanguis unus*. Tanto el término cónyuge como consorte son términos neutros que expresan localidad tanto del marido como de la mujer, de allí su matiz más democrático. Como ha señalado el profesor portugués Guilherme de Oliveira, ambos cónyuges están sujetos al mismo proceso de renacimiento de la subjetividad característico de las sociedades modernas. Cada miembro de la pareja busca en la comunión de la vida, un mayor logro y una mayor satisfacción personal que pueda. Cada individuo lleva a cabo sus estrategias que se orientan cada vez más por el amor, el afecto, la intimidad de la vida de los dos, “que se convirtió en la nueva esperanza, una nueva religión”⁽¹⁴²⁾.

En esta relación prima la sexualidad conjugando, entre el hombre y la mujer, su calidad de sujetos de derecho conyugal con la de sujetos del deseo⁽¹⁴³⁾, como menciona Rodrigo da Cunha Pereira. El matrimonio, para la teoría de la sexualidad jurídica, implica el ejercicio lícito de los genitales y, en ese sentido, los cónyuges se deben fidelidad. Las relaciones conyugales determinan compromisos legales y morales en la pareja que deben respetarse bajo la consagración del acto jurídico familiar al cual están subordinados, sea por el matrimonio o, también, la unión estable. En este tipo de relación existe una equiparidad entre quienes la componen, habiéndose descartado la potestad marital, la obediencia de la mujer casada,

(140) *Nuevo Diccionario de la Lengua Castellana*, última edición integrada, muy rectificada y mejorada, La Academia Española, Paris, Librería de Don Vicente Salvá, 1847. <www.book.google.com> [6.10.09]

(141) Génesis: 2, 21-24; Mateo: 19, 3-19.

(142) OLIVEIRA, Guilherme de. “Transformações no direito da família”. En: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 77*, Vol. I: Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 764.

(143) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2ª ed., Editorial Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 28.

el derecho del marido de instruir a su mujer en sus buenos comportamientos, casos estos últimos que van de la mano con el tratamiento sui generis que tuvo, primigeniamente, la mujer⁽¹⁴⁴⁾.

14. Tipos

Si bien el matrimonio es uno solo, la doctrina, con un afán de clasificación, ha tendido a plantear una tipología que, más allá que sea aplicativa, permite en la práctica diferenciar criterios teóricos como es el caso del:

- **Matrimonio como acto:** Llamado matrimonio *in fieri*. Aquel que está consolidado por el acto jurídico siendo realizado para hacer surgir las relaciones conyugales. Se relaciona con el acto de la celebración.
- **Matrimonio como estado o como título:** Llamado matrimonio *in facto*. Es consecuencia directa del matrimonio como acto. En este lo que importa son las relaciones conyugales que trae como consecuencia el acto jurídico realizado. Se vincula con la relación de vida.

En el Derecho Canónico hay también dos tipos de matrimonio:

- **Matrimonio rato:** Es el acto de la celebración del matrimonio, cuando los cónyuges realizan una vida en común, cumpliendo deberes y asumiendo responsabilidades.

Matrimonio consumado: Es el matrimonio rato, comprobadas que fueran las relaciones sexuales (*cópula carnalis*) entre los cónyuges. Antes de eso, el matrimonio no ha llegado a definirse, siendo asumido este criterio por la teoría de la invalidez matrimonial dado que de ella puede haberse procreado cumpliéndose con su finalidad esencial. Para el Derecho Civil, la relación sexual como parte de la solemnidad nupcial, no tiene mayor importancia⁽¹⁴⁵⁾, salvo que uno de los cónyuges no pueda mantener la relación coital presentándose como una causa de anulabilidad.

La historia, las costumbres e idiosincrasia de los pueblos, ha ido generando una tipología bastante especial del matrimonio:

(144) LEÓN BARANDIARÁN, José. "El *status* jurídico de la mujer pretérita y contemporáneamente". En: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, WG editor, Lima, 1991, p. 327. MÉNDEZ COSTA, María Josefa: "Perfiles jurídicos de la mujer en el Código de Vélez Sarsfield". En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*. Tomo I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2000, p. 465.

(145) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 66.

14.1. Matrimonio religioso

También denominado canónico (*in facie Ecclesiae*), según el caso se celebra bajo las normas reglamentarias de la Iglesia católica, la que lo considera como contrato y un sacramento que lo hace indisoluble.

El Código Civil del 36 en su artículo 101 consagraba exclusivamente el matrimonio civil, permitiendo el artículo 124 que ese matrimonio civil pudiera también celebrarse ante el párroco o el ordinario del lugar, o ante el sacerdote a quien alguno de los dos delegue esta facultad.

El matrimonio religioso tiene efectos civiles en Brasil⁽¹⁴⁶⁾ y, como dice Berenice Dias⁽¹⁴⁷⁾, basta que se cumpla con los requisitos legales del Código Civil (arts. 1.515 y 1.516)⁽¹⁴⁸⁾. Dentro de esta doctrina y fundamentados en el derecho constitucional a la libertad de religión y de creencia, se admitiría cualquier tipo de religión para formalizar la unión conyugal siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres (paganas, poligámicas, etc.).

Como advierte Paulo Lôbo, “el Código Civil de 2002 amplió el alcance del matrimonio religioso admitiendo por primera vez en la legislación brasileña efectos a la celebración religiosa del matrimonio sin ser precedida de cualificación civil debidamente aprobada. En este caso, la pareja requiere a la autoridad competente que su matrimonio religioso sea registrado haciendo prueba de su celebración. Sin embargo, la cualificación no deja de existir: solo deja de ser anterior. (...) El modelo diseñado por el actual Código Civil es solo para sustituir a las autoridades civiles por las autoridades religiosas, para fines de celebración⁽¹⁴⁹⁾”.

La boda religiosa es, en el CC de 2002, equivalente al matrimonio civil. Igualar el matrimonio religioso, derivado del sistema jurídico-religioso, es aceptado por

(146) “Art. 226. La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado... 2. El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley”.

(147) DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 142.

(148) “Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”.

“Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil”.

(149) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 80.

el ordenamiento jurídico brasileño. Obtenido el registro, el matrimonio religioso goza de la equiparación *ex tunc* (art. 1.515). El efecto retroactivo al momento en que fue contraído, indica la recepción total del matrimonio religioso. Las partes también pueden solicitar el registro luego de transcurrido un tiempo; sin embargo, una vez registrados, la equiparación generadora de los efectos jurídicos tiene carácter retroactivo a la fecha de la boda⁽¹⁵⁰⁾. En el Perú estuvo vigente en el Código de 1852: “El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento”, (art. 156).

Actualmente en nuestro medio, el matrimonio religioso es autónomo e independiente del matrimonio civil, por lo que no genera efectos civiles. Las partidas de matrimonio religioso se emplean en la práctica, como prueba de la existencia de una unión intersexual, como una unión estable; sin embargo, no acreditan un matrimonio civil.

14.2. Matrimonio civil

Es el que se realiza ante un funcionario del Estado conforme al ordenamiento civil y para su pleno reconocimiento, así como el surgimiento de sus efectos, es necesaria su inscripción en el Registro Civil pertinente. Dice Pontes de Miranda⁽¹⁵¹⁾ que Holanda fue el primer país en aceptarlo, siglo XVI. En sus inicios fue considerado como un punto de oposición a la Iglesia; sin embargo, con el tiempo fue tomando su verdadera dimensión legal.

De los matrimonios realizados durante 2009, el 99,1% se compuso de matrimonios por vía ordinaria (a petición de los contrayentes); el 0,6%, matrimonio masivo o comunitario; y el 0,3%, matrimonio judicial (los que requieren de autorización del juez para inscribirse)⁽¹⁵²⁾.

14.3. Matrimonios simultáneos

Surgen por la poca mística en los fines de esta institución y por el hecho mismo que el desarrollo social conlleva a que las parejas rompan sus vínculos conyugales, contrayendo nuevas nupcias de forma casi inmediata, sin noviazgos previos y, mucho menos prolongados.

14.4. Matrimonio de grupo

Aquellos que se contraen tomando especial consideración la afinidad de las parejas sea política, religiosa, cultural o deportiva. Si bien la integración de dos personas que comparten aficiones es importante, debe tenerse en cuenta la verdadera

(150) RESTIFFE NETO, Paulo y ALONSO, Félix Ruiz. “A recepção do casamento religioso e o novo Código Civil, en: RT, 817/35 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. 6: Direito de Família, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 136-137.

(151) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 226.

(152) Vide <<http://elcomercio.pe/lima>> (15/02/2011).

integración de la pareja, son los típicos casos de matrimonios por conveniencias que rompen esquemas de la bilateralidad matrimonial.

14.5. Matrimonios masivos

Estos son realizados de forma multitudinaria sin tomar en cuenta las formalidades, en muchos casos esenciales, lo que trae como consecuencia la generación de la invalidez de la gran mayoría de dichos actos matrimoniales.

14.6. Matrimonio entre personas del mismo sexo

Matrimonio homosexual u homoafectivo. Es una situación surgida como consecuencia de la liberación del sexo y la veneración a la teoría del género. La homosexualidad se ha socializado, es aceptada y se le da trato social común, en base al principio de igualdad. La legitimación de este tipo de matrimonios facilitaría; además, que una pareja de homosexuales puedan adoptar, en todo caso la pregunta sería ¿a un niño de qué sexo? Igual al de la pareja o también del opuesto o de distinto sexo.

14.7. Matrimonio posjubilación

Está relacionada con la familia geriátrica. Se recurre al matrimonio una vez concluida la vida laboral, ya jubilada la persona sin preocupaciones. La dedicación a la pareja y en sí al hogar será plena y absoluta.

14.8. Regulación de la poligamia

Teniendo en cuenta que actualmente existen muchas unidades familiares clandestinas de este tipo existen posiciones para legalizar estas uniones, que si bien son inmorales, precisarían ser tratadas en caso de presentarse un incremento. Sobre este punto se ha mencionado que la despenalización del adulterio ha sido un primer paso.

14.9. Reinstytución o legalización del matrimonio a prueba

El servinacuy se presenta como una figura interesante a fin de evitar los trámites de celebración y la concreción de vínculos conyugales innecesarios que serán disueltos prontamente. A la fecha, el primer matrimonio se presenta como uno de prueba o prematrimonio reconocido, siendo los siguientes matrimonios un poco más serios.

14.10. Matrimonio plural o en serie

Esta es una consecuencia de los sucesivos matrimonios temporales que celebra una persona. Casarse una, otra y otra vez. Es una realidad celosamente guardada por cada familia. Las estadísticas indican que en América, uno de cada cinco novios estuvo en el altar. Los matrimonios civiles son innumerables, mas no los religiosos.

14.11. Matrimonios momentáneos

Si bien uno de los fines del matrimonio es la procreación y la educación de los hijos, muchas parejas se casan más que para tener descendencia, para ayudarse entre sí. En todo caso, de tener hijos, una vez concluida su educación, acuerdan disolver el matrimonio. Debe considerarse que un buen número de divorcios se da entre cónyuges que han cumplido su función de padres y en los casos que las parejas consiguieron realizarse personalmente.

14.12. Matrimonio forzado

Es el caso de aquellos matrimonios acordados entre los padres, en los que la pareja no muestra su intención de casarse. Todavía tenemos en la retina la imagen de Ghulam, una niña afgana de once años sentada junto a su marido de cuarenta años⁽¹⁵³⁾.

14.13. Matrimonio morganático

Conocido como matrimonio de la mano izquierda, como dice el Diccionario de la Real Academia de la Española “1. (Porque en la ceremonia nupcial el esposo daba a la esposa la mano izquierda). m. El contraído entre un príncipe y una mujer de linaje inferior, o viceversa, en el cual cada cónyuge conservaba su condición anterior”. En esta forma de matrimonio cada cónyuge (generalmente) mantiene su estado original. A los hijos nacidos de este matrimonio se les conoce como hijos morganáticos y para efectos legales son considerados hijos legítimos.

14.14. Ley del levirato o simplemente levirato

La mujer se casa con uno de los cuñados ante la muerte de su marido. Deriva del latín *levir*, “hermano del marido”. El matrimonio por levirato fue practicado por sociedades con estructura de clan, en los que estaba prohibido el matrimonio exogámico, fuera del clan.

14.15. Sororato o matrimonio sororal

Es la unión matrimonial de un hombre con todo un conjunto de hermanas o con la hermana de su esposa.

14.16. Matrimonio a plazo determinado

Un proyecto de ley en Alemania consideró que el matrimonio debe tener una duración de siete años tomando en cuenta que es partir de ese momento que la pareja entra en crisis irremediable, motivo por el cual el matrimonio debe terminar por el cumplimiento del plazo o, en su caso, ser objeto de renovación.

(153) Realizada por la fotógrafa estadounidense Stephanie Sinclair. Mejor fotografía del año por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef).

Para Adriana Krasnow⁽¹⁵⁴⁾, “la pareja es totalmente libre para unirse en matrimonio y para poner fin al matrimonio, sin necesidad de tener que ajustarse de antemano a un plazo que actuaría como una modalidad del vínculo. Admitir esto acercaría el matrimonio al contrato, desatendiéndose por este camino sus elementos estructurales y sus caracteres que exigen un tratamiento diferenciado”⁽¹⁵⁵⁾.

Cuando dos personas se casan, su pensamiento está dirigido a la duración del vínculo. Lo hacen con un compromiso de entregarse mutuamente su vida y envejecer juntos. El vínculo matrimonial tiene como contenido el afecto, el cual no está, ni puede estar, sujeto sometido a un plazo legal.

14.17. Matrimonio por Internet

El avance de los medios de comunicación, el chat y las redes sociales motivan no solo los romances por Internet sino, también, la formalización de futuros matrimonios respecto de personas que ni siquiera se conocen físicamente, siendo su relación meramente informática.

En junio de 2010 un Tribunal de Murcia - España rechazó el matrimonio por poder celebrado en Lima entre un español y una peruana que se conocieron por Internet⁽¹⁵⁶⁾ alegando que se trata de una unión por conveniencia y no un matrimonio real. El sustento, *leitmotiv*, es que el hombre ignoraba el nombre correcto de la mujer y el de sus familiares más próximos, a lo que se suma el hecho de que la pareja no se conocía personalmente.

14.18. Matrimonio post mórtem

Casos de matrimonio de una persona viva con una muerta son una realidad en el Derecho Comparado. Por citar, una mujer de 53 años contrajo matrimonio con su prometido muerto. Esto sucedió en Francia lugar donde la ley permite la boda entre una persona viva y una muerta siempre que se hayan realizado las ceremonias cívicas preliminares que demuestren que la pareja pensaba casarse, siendo la celebración autorizada por el Presidente de la República⁽¹⁵⁷⁾. Respecto de ese caso la empresa Terra⁽¹⁵⁸⁾ hizo una encuesta lanzando la siguiente interrogante

(154) KRASNOW, Adriana. “El matrimonio a plazo”. En: *Actualidad*, Suplemento de La Ley, Buenos Aires, martes 27 de noviembre de 2007, año LXXI, N° 228, p. 1.

(155) Ídem.

(156) Vide <<http://elcomercio.com.pe>> [miércoles 9 de junio de 2010].

(157) El Code establece que: “El Presidente de la República podrá, por motivos graves, autorizar la celebración del matrimonio si uno de los futuros cónyuges falleciere después de cumplir las formalidades oficiales que denotan de forma inequívoca su consentimiento. En este caso, los efectos del matrimonio se remontarán a la fecha del día anterior al del fallecimiento del cónyuge. No obstante, este matrimonio no implica ningún derecho de sucesión ab intestato en beneficio del cónyuge sobreviviente y se considera que no ha existido ningún régimen matrimonial entre los cónyuges” (artículo 171) Ley N° 59-1583 de 31 de diciembre de 1959, artículo 23 Diario Oficial de 8 de enero de 1959.

(158) Encuesta realizada por <<http://www.terra.com.mx>> [Miércoles 11 de febrero de 2004].

¿Consideras válido el casamiento con una persona muerta?, siendo las respuestas 29% Sí, 71% No.

Otro caso más reciente fue el casamiento realizado luego del año de fallecimiento de un hombre teniendo como sustento la contrayente, que el casamiento servirá para que ella y sus hijos puedan utilizar el apellido del marido⁽¹⁵⁹⁾.

El tema genera controversias si lo analizamos desde una óptica naturalista, pero la realidad nos lleva a determinar que la muerte no siempre extingue relaciones jurídicas y menos cuando estas se sustentan en el afecto, el cual se consolida y revive, en muchos casos, luego del fin de la persona. El afecto trasciende a la muerte y si bien este disuelve el matrimonio en algunos casos no es obstáculo para que una persona opte por casarse con un difunto si se trata de consolidar una unión estable. Quien se casa con un cadáver no lo hace en el contexto físico, lo hace en el contexto espiritual, no adquiere el estado de casado(a), sino de viudo(a).

14.19. Matrimonio *in extremis* o nuncupativo

Se trata de una institución del Derecho canónico denominada *instituto in articulo mortis, in extremis vitae momentis*.

La premisa de este tipo de matrimonio es que si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin observar las formalidades que deben procederle (art. 268), téngase en cuenta que el artículo no dice qué formalidades pueden obviarse⁽¹⁶⁰⁾. La aclaración vale en el sentido que se trata de un **peligro**, de un **riesgo** de muerte, de una **probabilidad** que esta pueda ocurrir. En este sentido, y con base en el principio de promoción del matrimonio, se libera del excesivo formalismo que exige el matrimonio civil llevando a cabo una especie de matrimonio religioso, entendido como un matrimonio de urgencia.

Entre sus características tenemos que este matrimonio está regulado en el artículo 268 del Código y tiene las siguientes características:

- Uno de los contrayentes tiene en peligro su vida; no se configuraría si ambos se encontraran en dicha situación.
- Se libera de las formalidades.
- El matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote tomando en cuenta que, conjuntamente con la extremaunción, se formalizaría el matrimonio.

(159) <<http://www.lavanguardia.es>> [19/11/2009].

(160) En Brasil, este tipo de matrimonio está previsto en el artículo 1.540 del Código Civil, *in verbis*: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau”.

- No produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz, lo que evita los matrimonios por conveniencia.
- Se inscribe con la presentación de copia certificada de la partida parroquial.
- La inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, se efectuará dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.
- Resulta un caso de exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges⁽¹⁶¹⁾. La sucesión que corresponde al viudo(a) no procede cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges, al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una unión estable (art. 826). Esto evita, qué duda cabe, los matrimonios con *animus lucrandi* y el mercantilismo casamentario.

Es diferente el caso del matrimonio civil realizado sin las exigencias de las publicaciones siempre que medien causas razonables (ej. Falta de recursos económicos de los contrayentes, que sean personajes públicos, casarse en un lugar que no haya periódico, ni radio)⁽¹⁶²⁾, este caso tiene como finalidad ahorrar el tiempo del anuncio del matrimonio proyectado que es un promedio de ocho días (art. 250), además el *in extremis* es religioso y no guarda las formas del matrimonio civil.

El Código Civil venezolano le ofrece un tratamiento muy especial⁽¹⁶³⁾.

(161) FERRERO COSTA, Augusto. "Improcedencia de la sucesión del cónyuge". En: *Código Civil comentado*. 1ª ed., Tomo IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 638.

(162) ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Dispensa de la publicación del aviso matrimonial". En: *Código Civil comentado*. 1ª ed., Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 104.

(163) "CAPITULO V. *Del matrimonio en artículo de muerte*. Artículo 96.- En el caso en que uno de los contrayentes o ambos se hallaren en artículo de muerte, los funcionarios a que se refiere el artículo 82 podrán autorizar el matrimonio con prescindencia de la fijación de carteles y de los requisitos establecidos en el artículo 69, aun cuando alguno de los contrayentes o ambos fueren transeúntes. Si la urgencia lo impusiere, podrá hasta prescindirse de la lectura de la Sección que trata "De los deberes y derechos de los cónyuges". El funcionario se constituirá con su Secretario, o con el que nombre para el caso, en el lugar donde se hallen las partes en impedimento, y en presencia de dos testigos de uno u otro sexo, mayores de edad, que pueden ser parientes en cualquier grado de los contrayentes, procederá a la celebración del matrimonio. El acta original se extenderá de conformidad con el artículo 89 en el libro o libros del registro respectivo, si pudieren éstos trasladarse sin pérdida de tiempo; caso de no poderse trasladar los libros, se extenderá el acta en papel común e inmediatamente después se copiará y certificará en el libro o libros correspondientes. En el acta se hará constar, además, el lugar, fecha y hora en que se efectuó el matrimonio; las circunstancias de artículo de muerte; mención de haberse producido la certificación comprobatoria de tal circunstancia; y apreciación de los testigos de parecer hallarse en estado de lucidez mental el o los contrayentes impedidos. Si fuere posible, otra persona, mayor de edad, que no sea de los testigos del acta, firmará a ruego del contrayente que no supiere o no pudiese hacerlo. El funcionario dejará en poder de los contrayentes copia certificada del acta de matrimonio. Artículo 97.- Los funcionarios llamados por la Ley a autorizar el matrimonio, están obligados a concurrir, sin demora alguna; al lugar donde se hallen los contrayentes para autorizar el matrimonio en artículo de muerte. Artículo 98.- Cuando en el caso referido de artículo de muerte no fuese fácil o inmediata la concurrencia de alguna de los funcionarios autorizados por el artículo 82 para presenciar el matrimonio, éste podrá celebrarse en presencia de tres (3) personas, mayores de edad, que no estén ligados con ninguno de los contrayentes por parentesco dentro

14.20. Matrimonio consular

Es el matrimonio de un peruano celebrado en el extranjero ante la dependencia oficial y autoridad consular peruana que cumple con todas las formalidades de un matrimonio civil.

Regulado en Brasil por el art. 1.544⁽¹⁶⁴⁾ del CC brasileño. La competencia de los agentes consulares brasileños está prevista en el artículo 18 de la Ley de Introducción al Código Civil (LICC). Más allá de lo previsto en el Código Civil, la eficacia en Brasil del matrimonio celebrado ante la autoridad diplomática o consular está condicionada a lo dispuesto en el artículo 32, párrafo 1, de la Ley de Registros Públicos (Ley 6.015/73).

14.21. Matrimonio putativo

Matrimonio supuesto o aparente. Es un matrimonio sin serlo en realidad.

En sentido estricto, es aquel matrimonio que adolece de nulidad, pero que surte efectos como si hubiera sido lícito y válido por haberse contraído de buena

del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que uno de ellos, por lo menos, sepa leer y escribir. Una de las personas que sepa leer y escribir presidirá el acto, y recibirá de los contrayentes la declaración de que se toman por marido y mujer, respectivamente. Inmediatamente se extenderá el acta en papel común y en la forma ya expresada, dejando constancia de la existencia de los hijos que hubieren procreado. Quien haya presidido dejará una copia certificada de ella en poder de los contrayentes, y el acta original se entregará, en el término de la distancia, a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio. Cumplidos los requisitos que establece el artículo siguiente, dicha autoridad civil insertará el acta en los libros correspondientes, certificada por él, por el Secretario, y las enviará para su inserción al Presidente del Concejo Municipal. Artículo 99.- Antes de insertar el acta de matrimonio, la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio, por sí o por medio de un Juez comisionado al efecto, interrogará a las personas que figuren en dicha acta y a los que hubiesen certificado el artículo de muerte, conforme al artículo 102, acerca de todas las circunstancias del matrimonio y del estado de los contrayentes, a fin de cerciorarse de si se han cumplido los extremos de Ley. Si el funcionario encontrare que se han cometido irregularidades sustanciales, insertará siempre el acta; pero pasará copia de todo lo actuado al Síndico Procurador Municipal a los efectos legales consiguientes. Artículo 100.- Celebrado el matrimonio en caso de artículo de muerte, los contrayentes quedan obligados a presentar, al Concejo Municipal de la jurisdicción, dentro de seis meses, la documentación comprobatoria de que pudieron casarse legítimamente, conforme a las disposiciones de este Título. No efectuada la presentación, el Presidente del Concejo Municipal lo notificará al Síndico Procurador Municipal para que efectúe las averiguaciones del caso. Artículo 101.- Los Jefes de Cuerpos Militares en campaña, podrán también autorizar el matrimonio en artículo de muerte de los individuos pertenecientes a cuerpos sometidos a su mando. Los Comandantes de buques de guerra y los Capitanes de buques mercantes, podrán ejercer análogas funciones en los matrimonios que se celebren a bordo en caso de artículo de muerte. Unos y otros se sujetarán a las prescripciones del presente Capítulo. Artículo 102.- Para la celebración del matrimonio de que trata este Capítulo, se requiere la certificación escrita de hallarse uno de los contrayentes ambos en artículo de muerte; esta certificación deberá extenderse por un médico titular. Cuando esto no pudiese lograrse oportunamente, dos personas mayores de edad podrán certificar la circunstancia de artículo de muerte que a su juicio exista”.

(164) Artículo 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1o Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

fe. Como dice el artículo 284: “El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio”.

En la doctrina se afirma que es el matrimonio realizado en la ignorancia de un impedimento que puede ser de uno o ambos cónyuges. Su esencia radica en un error que puede caer tanto en un hecho (se consideró que existía consentimiento de los padres de un menor o se entendió que estaba disuelta la boda anterior, por ejemplo) o sobre la norma legal (por ejemplo, se ha juzgado que era admitido el matrimonio en edad más joven que la legal). Debe señalarse que la buena fe en los efectos es indispensable: es necesario y suficiente que exista en el momento del matrimonio, no es necesario que se extienda posteriormente. Se presume si es error de hecho o error de derecho. La doctrina se divide en la segunda situación, mientras que algunos excluyen esa presunción al entender que nadie puede excusarse de cumplir la ley alegando ignorancia. En ese momento dejará de tener efecto favorable siendo dictaminado por la sentencia, pero es necesario que adquiera fuerza de cosa juzgada⁽¹⁶⁵⁾. En Brasil, la situación se rige por el art. 1.561 del Código Civil⁽¹⁶⁶⁾.

En toda esta tipología lo que debemos considerar es que una cosa es el medio de procedimiento utilizado para formalizar el matrimonio y otra son las condiciones en las que se encuentra un contrayente para llevar a cabo dicha unión.

15. Clases

Al matrimonio de acuerdo a cómo y ante quién se realiza se le reconoce en diversas clases. Tenemos:

15.1. Por la autoridad ante la que se celebra

Puede ser civil o canónico.

El civil constituye la relación jurídica conyugal generando los efectos legales. El matrimonio civil es institucionalizado en 1920⁽¹⁶⁷⁾. El religioso, está marcado por la esencia tradicional y cultural y se encuentra consagrado en el Código de Derecho Canónico, estando vigente en el Perú en el Código del 52.

(165) Cfr. QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Renovar, Río de Janeiro, 2004, pp. 67-68.

(166) Artículo 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

(167) En este año, como recuerda Cornejo Chávez: “el Congreso aprobó una ley que secularizaba el matrimonio; pero, observaba por el Poder Ejecutivo en uso de sus atribuciones constitucionales, no pudo entrar en vigencia hasta el 4 de octubre de 1930, esto es, al retirarse el veto gubernativo por la Junta de Gobierno de Sánchez Cerro / Decreto Ley N° 6869). Vide CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 31.

15.2. Por las circunstancias de la celebración

Puede ser ordinario o extraordinario.

El ordinario es celebrado ante el alcalde en el local municipal. El extraordinario es realizado por un funcionario con delegación de facultades por el alcalde, dentro o fuera del local municipal.

Actualmente, el matrimonio ordinario, que debe ser el común y la regla en toda celebración, ha pasado a ser una excepción tomando en cuenta que los matrimonios civiles se realizan mayormente al finalizar la ceremonia religiosa por un funcionario o director municipal, salvo, obviamente, que se trate de una pareja importante en la que el alcalde o alguno de sus regidores no desaprovecharán la oportunidad para ejercer su función.

15.3. Por sus efectos

Puede ser válido o inválido, lícito o ilícito.

Dependiendo del cumplimiento de los requisitos para contraer matrimonio, este puede ser válido, generando todos sus efectos legales o, inválido –nulo o anulable– sin consecuencias legales pero que sobre la base del principio de promoción del matrimonio, el matrimonio nulo puede generar consecuencias jurídicas, aceptándose la conversión del acto jurídico matrimonial.

Así tenemos:

Por autoridad	Civil
	Religioso
Por las circunstancias	Ordinario
	Extraordinario
Por sus efectos	Válido
	Inválido
	Lícito

16. Sistemas matrimoniales

La profesora Méndez Costa⁽¹⁶⁸⁾ ha identificado en el Derecho Comparado una variedad de sistemas matrimoniales en mérito de los cuales se formaliza el matrimonio generando todos sus efectos legales.

(168) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 106 y ss.

- Religioso, realizado ante un primado de la Iglesia (Brasil)
- Civil, realizado ante funcionario público, sea el alcalde, regidor, funcionario, director municipal (Perú), el juez (California), o el notario (Colorado).
- Civil subsidiario, el matrimonio civil se realiza a discreción de la pareja no siendo necesaria su formalización para constituir la relación jurídica matrimonial (Las Vegas).
- Optativo, queda a voluntad de la pareja si el casamiento lo realiza en ceremonia religiosa o ante funcionario civil, teniendo cualquiera de los dos actos el mismo valor (Brasil).
- Libertad de forma, prima la autodeterminación y la autonomía para escoger el medio para formalizar su unión casamentaria, incluso puede pactarse formas *extra legis* (Las Vegas).

17. Debilitamiento y extinción

El matrimonio con su carácter de permanencia y estabilidad, llevó a que por siglos, desde su inicio hasta su aceptación como negocio jurídico, sea considerado como un acto indisoluble, inmarcesible, que mantenía incólumes las relaciones conyugales con la misma solidez con la cual fueron constituidas. Solo la muerte acababa con el vínculo matrimonial, la guadaña, la única herramienta para su finiquitación. Se disolvía por deceso del cónyuge mostrando su naturaleza natural más que legal.

Fue con el devenir de los tiempos y la liberalización de su institucionalidad en que se comienza a pensar en admitir su decaimiento antes que su disolución. Surge la figura de la separación de cuerpos –llamada ab initio, luego divorcio relativo– en la que se debilitaba la relación conyugal sin acabarla; el matrimonio persiste, pero no con su fuerza ni trascendencia primigenia: la sociedad de gananciales y la cohabitación entre los cónyuges se extinguen; sin embargo, ellos continúan siendo tales para cuales, marido y mujer, con todo el resto de relaciones jurídico-matrimoniales vigentes.

Tiempo después se admite la disolución por causal –el divorcio– en el que, culpa de por medio, se extingúe el matrimonio en mérito del actuar desleal de un cónyuge en contra del otro; el incumplimiento de deberes conyugales de uno de los consortes genera una causal que lo sanciona y libera al cónyuge inocente de aquel matrimonio insostenible (divorcio absoluto). El divorcio es creación del Derecho. Surge por el cuestionamiento que solo la muerte disuelve el vínculo matrimonial⁽¹⁶⁹⁾, lo que resulta antagónico dado que el matrimonio al surgir de la

(169) Una cita de una cumbre en la literatura mundial nos dice al respecto: “Si todos los que bien se quieren se hubiesen de casar –dijo don Quijote–, quitaríase la elección y jurisdicción a los padres de casar sus hijos con quien y cuanto deben, y si a la voluntad de las hijas quedase escoger los maridos, tal sería que escogiese al criado de su padre, y tal al que vio pasar por la calle, a su parecer, bizarro y entonado, aunque

voluntad debería terminar de la misma forma; es decir, de manera deliberada por uno u otro cónyuge o por ambos.

La separación de cuerpos y el divorcio son actos jurídicos familiares. El primero debilita el matrimonio, el segundo extingue el vínculo matrimonial.

17.1. Debilitamiento

Representado en la separación de cuerpo o divorcio relativo. Cesa la cohabitación y se extingue la sociedad de gananciales. Todo lo demás continúa vigente.

17.2. Divorcio

Representado por la extinción del vínculo conyugal, es llamado divorcio vincular, absoluto o divorcio propiamente dicho. Sin vínculo matrimonial acaban sus efectos, tales como el régimen económico, derecho hereditario, derecho a la casa habitación, y se mantiene, excepcionalmente, otros como los alimentos y el derecho de la mujer de llevar el apellido del marido. El divorcio es por causal, cuando no hay acuerdo entre los cónyuges respecto de esa pretensión. Cuando hay acuerdo, mutuo disenso o consenso, los cónyuges, en nuestro medio, deben pasar por un periodo de separación convencional para posteriormente poder solicitar el divorcio. Situación esta que viene dejándose de lado, como es el caso de Brasil, con la aprobación del divorcio potestativo en el que basta la voluntad de disolver el vínculo sin necesidad que transcurra plazo alguno.

Como ejemplo del origen de divorcio se dio el caso de Enrique VIII de Inglaterra, miembro de la dinastía Tudor y famoso por sus numerosas amantes, que firmó el primer divorcio más famoso de la historia. Es importante destacar que la hazaña ha encontrado apoyo en una anulación sin precedentes de su matrimonio con Catalina de Aragón con el respaldo del Alto Clero de la Iglesia católica llegando a permitir su segundo matrimonio con Ana Bolena⁽¹⁷⁰⁾.

fuese un desbaratado espadachín, que el amor y la afición con facilidad ciegan los ojos del entendimiento, tan necesarios para escoger estado, y el del matrimonio está muy a peligro de errarse, y es menester gran tiento y particular favor del cielo para acertarle. Quiere hacer uno un viaje largo, y si es prudente, antes de ponerse en camino busca alguna compañía segura y apacible con quien acompañarse: ¿por qué no hará lo mismo (*sic*) el que ha de caminar toda la vida, hasta el paradero de la muerte, y más si la compañía le ha de acompañar en la cama, en la mesa y en todas partes, como es la de la mujer con su marido? La de la propia mujer no es mercadería que una vez comprada se vuelve, se trueca o cambia; porque es un accidente inseparable que dura lo que dura la vida; es un lazo que si una vez le echáis al cuello, se vuelve en el nudo gordiano, que si no le corta la guadaña de la muerte, no hay desatarle (...)"'. Cfr. *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Parte 2ª, Capítulo XIX, cit. en parte por CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El Derecho en el Quijote*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1975, p. 16.

(170) Véase la película: *The other boleyn girl* con Natalie Portman, Scarlett Johansson y Eric Bana.

17.3. Invalidez del matrimonio

El vínculo matrimonial se extingue en virtud de la invalidez matrimonial. La invalidez se produce por la celebración del acto nupcial a pesar de adolecer de un impedimento. El matrimonio es inválido desde el momento de su celebración. Se trata de un matrimonio que no cuenta con las condiciones o los requisitos que legalmente se imponen para su correspondiente reconocimiento jurídico.

La sentencia de invalidez matrimonial es declarativa.

17.4. Muerte

La muerte, entre otros efectos jurídicos, pone fin al vínculo conyugal. Se genera el estado civil de viudo(a). Se abre la sucesión del cónyuge fallecido y el cónyuge superviviente viudo, junto con el resto de sucesores, tendrá derecho a participar del patrimonio dejado en sucesión. De encontrarse los cónyuges, sometidos al régimen de sociedad de gananciales, este se extingue, de conformidad con el inciso 5 del artículo 318 del Código Civil y debe procederse a su correspondiente liquidación.

A su vez, la muerte presunta, institución jurídica que genera los mismos efectos jurídicos que la muerte física certera⁽¹⁷¹⁾, de conformidad con lo establecido por el artículo 64 del Código Civil, tiene entre sus efectos disolver el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones. Y asimismo, encontramos en el artículo 68 del Código Civil, que el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge.

En Brasil, el artículo 1.571, § 1º establece que el matrimonio válido solo se disuelve por la muerte de un cónyuge o el divorcio y es aplicable la presunción establecida en el Código en cuanto a los ausentes.

17.5. Nuevas formas de disolución del vínculo matrimonial

En vista de que se uniformizó el divorcio unilateral vía la causal de separación de hecho, tendiendo a la fórmula del divorcio remedio, y se implementó la vía notarial o administrativa para el divorcio consensual, debe pensarse seriamente en la eliminación de las limitaciones legales o estigmas sociales con repercusión jurídica que vienen impidiendo el divorcio.

(171) Código Civil. Artículo 63: "Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos: 1.- Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad. 2.- Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso. 3.- Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido".

18. Regulación jurídica

La Constitución Política del Perú consagra en su artículo 4 que la comunidad y el Estado protegen, promueven el matrimonio, reconociéndolo como un instituto natural y fundamental de la sociedad. El matrimonio es tratado legalmente en el Código Civil. Este, de 1984, está conformado por 2122 artículos distribuidos en 12 libros, encontrándose ubicado el matrimonio en el Libro III: Derecho de Familia-Sección Primera: Disposiciones Generales (art. 234 y ss.). De los 426 artículos del Libro de familia, 160 aproximadamente son referidos al matrimonio, es decir un 37.5% y del total del articulado del Código representa un 7.5%.

18.1. Antecedentes

Los codificadores de 1852 se inspiraron en el Código Civil francés de 1804, en el Derecho español, especialmente el Derecho Castellano, Derecho de Indias y el Derecho Canónico. Este Código se divide en un Título Preliminar (de las leyes en general) y 3 Libros: 1º De las personas y sus derechos; 2º De las cosas: del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellos; y, 3º De las obligaciones y contratos, conteniendo en total 2301 artículos. La regulación del matrimonio está en el Libro Primero: De las Personas y sus Derechos – Sección Tercera: Del Matrimonio - Título II: Reglas Generales sobre el Matrimonio (arts. 132 al 140).

El Código del 1936 se inspira en la orientación germánica, a través del Código alemán de 1900 e imitando los códigos filiales como el suizo y el brasilero. La estructura del Código del 36 comienza con el Título Preliminar conformado por normas generales comunes a todo el derecho y normas de Derecho Internacional Privado. Libro Primero: Del derecho de las personas; Libro Segundo: Del Derecho de Familia; Libro tercero: Del derecho de sucesión; Libro Cuarto: De los derechos reales; Libro Quinto: Del derecho de las obligaciones. Este fue un código altamente técnico, por ello no establecía nada con respecto al matrimonio (como acto y como institución), consignando solo el procedimiento para la celebración de este, esto en el Libro Segundo: Del Derecho de Familia - Sección Primera: Del Matrimonio - Título VI: De la Celebración del Matrimonio (arts. 101 al 126).

19. Instituciones afines al matrimonio

Dentro de las instituciones afines a la figura jurídica del matrimonio podemos mencionar y describir someramente las siguientes:

19.1. Unión estable

Conocido como concubinato, unión de hecho o unión libre. Es aquella relación de pareja cuya finalidad es hacer vida en común sin necesidad de una forma previa.

19.2. Unión civil

Unión estable de dos personas para cumplir fines semejantes al matrimonio.

Es una variante de la unión estable. Dentro de este concepto se agrupan las uniones homoafectivas. Hay muchos tipos de uniones civiles tomando en cuenta que cada una de ellas intentan asemejarse al matrimonio. Entre los países que han dictado leyes que legalizan las uniones civiles se encuentran: Dinamarca (1989), Noruega (1993), Israel (1994), Suecia (1994), Islandia (1996), Hungría (1996), Hawái, Estados Unidos de América (1997), usando el nombre beneficiarios recíprocos, Francia, Pacto Civil de Solidaridad (1998), California, Estados Unidos de América (1999), usando el nombre compañera doméstica, Vermont, Estados Unidos de América (2000), Finlandia (2000), Alemania (2001), Portugal (2001), Zúrich, Suiza (2002), Columbia, Estados Unidos de América (2002), usando el nombre compañera doméstica, Ciudad de Buenos Aires, Río Cuarto (Córdoba - 2009) y Provincia de Río Negro, Argentina (2003), Croacia (2003), Luxemburgo (2004), Tasmania, Australia (enero de 2004), Maine, Estados Unidos de América (2004), usando el nombre compañera doméstica, Nueva Jersey, Estados Unidos de América (julio de 2004), usando el nombre uniones civiles, Reino Unido (noviembre de 2004), usando el nombre uniones civiles, Andorra (2005), usando el nombre unión estable de pareja, Connecticut, Estados Unidos de América (octubre de 2005), Nueva Zelanda (diciembre de 2005), República Checa (2006), Ciudad de México (noviembre de 2006), bajo el nombre Sociedad de convivencia, Colombia (2007), Coahuila de Zaragoza, Ciudad de México, México (enero de 2007), bajo el nombre Pacto Civil de Solidaridad, Uruguay (noviembre de 2007), Villa Carlos Paz, Córdoba, Argentina (2007), Ecuador (2008), Groenlandia (1996), Eslovenia (2006).

Los Países Bajos, Bélgica, Noruega, Suecia, Portugal, Sudáfrica, Argentina y España, son los ocho Estados que han cambiado sus leyes a fin de permitir el matrimonio para las personas del mismo sexo. Existe también esta posibilidad en los siguientes Estados de Estados Unidos de América: *District of Columbia* (2010), Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), New Hampshire (2011), Vermont (2009).

La ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, fue la primera ciudad latinoamericana en permitirlo, pero los derechos que otorga son aún muy limitados. En Brasil, el Supremo Tribunal Federal viene tramitando acciones para legalizar la unión civil homosexual en el país.

19.3. Contubernio

Es la unión ilícita entre aquellos que las leyes no les permitían convivir entre sí.

19.4. Barraganía

Surgió en el Derecho español debido a las costumbres romanas y a la convivencia entre dos razas que no podían celebrar matrimonio entre sí. Su existencia

se prolongó a lo largo de la Edad Media. Las mujeres eran barraganas, mientras que sus compañeros masculinos, abarraganados. Se dice que la barraganía fue un mal necesario y tolerado para evitar el perjuicio al honor de las doncellas y para evitar el meretricio.

19.5. Amancebamiento

Denominada mancebía o amancebamiento. Es el trato sexual habitual entre hombre y mujer que no están casados entre sí. Se le relacionó con el sexo ilegal, de allí que los términos manceba y mancebía fueran utilizados para designar a las prostitutas y los lenocinos.

19.6. Servinacuy

Es el nombre dado al matrimonio a prueba por los indios del altiplano boliviano llevado a cabo antes de formalizar el casamiento definitivo. Es una suerte de contrato prematrimonial, un concubinato con forma y origen ancestral.

20. Prueba del matrimonio

En vista de las importantes consecuencias que se derivan, como el cambio del estado civil y la comunidad de bienes, es indudable y necesaria la prueba del matrimonio por lo que establece un riguroso sistema de pruebas⁽¹⁷²⁾.

El matrimonio es un acto jurídico familiar de naturaleza **privada** en mérito del consentimiento de los contrayentes y **público** en cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley. El matrimonio se formaliza con la validación realizada por el funcionario público del asentimiento matrimonial debidamente expresado por cada contrayente, declarándolos marido y mujer, procediendo en dicho acto a extender el acta de casamiento la que, firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos (artículo 259⁽¹⁷³⁾ del Código Civil), constituirá la relación jurídica conyugal.

La mera declaración de voluntad matrimonial, sobre la base de los principios de protección de la familia y de seguridad jurídica, no es suficiente para la constitución del matrimonio, ni como acto, ni como estado. La autonomía de la voluntad de los contrayentes, su deseo y decisión, si bien marca el inicio y, en su caso, el fin del matrimonio, debe cumplir con la formalidad exigida por la norma la cual, en el caso del matrimonio, consiste en la expedición del acta y en el caso

(172) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 102.

(173) Código Civil. "Artículo 259.- El matrimonio se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde, después de leer los artículos 287, 288, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persiste 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".

del divorcio, en la anotación de la sentencia que disuelve el vínculo, requiriéndose en ambos casos su inscripción en el Registro Civil correspondiente.

La publicidad es una característica del matrimonio que se ve concretada en la celebración que constituye un auténtico procedimiento administrativo del cual emergen actos administrativos que constituyen estados civiles inscribibles.

20.1. Prueba ordinaria del matrimonio

En lo que se refiere a la prueba del matrimonio encontramos en el Código Civil que el artículo 269 establece que: “Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil. La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de esta”.

La prueba ordinaria del estado de familia conyugal la constituye la partida del registro de estado civil que es el título de estado matrimonial por excelencia. Esa es la opción legislativa adoptada claramente por nuestro Código. También constituyen prueba ordinaria de la celebración del matrimonio las “partidas parroquiales” relativas a matrimonios religiosos celebrados entre católicos, según el rito canónico, en lugar donde no existía Registro Civil y con anterioridad a la dación del Decreto Ley N° 6869 de fecha 4 de octubre de 1930.

Cualquier defecto formal de la partida de matrimonio puede ser subsanado por la posesión constante del estado matrimonial conforme a la partida, siendo ello la prueba supletoria de la celebración del acto jurídico matrimonial. La posesión constante tiene un valor convalidante si existe la partida del Registro de estado civil y en ella hay vicios formales que pudiesen poner en duda la celebración del matrimonio.

Por posesión constante del estado matrimonial conforme a la partida debemos entender a la situación de hecho que se da entre aquellos que han sido titulados como casados y así aparecen del tenor de la partida, y se les ha reputado como tales en sus relaciones sociales, comerciales o de otra índole, sin haberse discutido o contestado tal estado civil.

El defecto subsanable es el puramente formal (por ejemplo, errores ortográficos, omisión o error en los nombres de los contrayentes o intervinientes en el acto, etc.). La partida subsanada mediante la posesión constante acredita la celebración del matrimonio.

20.2. Pruebas extraordinarias y supletorias del matrimonio

En nuestro Código encontramos determinadas disposiciones que regulan aquellas situaciones en las que, ante la falta o pérdida del Registro o del acta de matrimonio, otros medios probatorios pueden coadyuvar a la acreditación de la celebración del acto matrimonial. Sin embargo, tal actuación de pruebas podrá llevarse

a cabo siempre y cuando, y de forma previa, se acredite la imposibilidad de obtener la **prueba ordinaria del matrimonio** por la falta o pérdida del Registro o del acta correspondiente. De ahí su carácter de prueba supletoria.

20.2.1. Cualquier medio de prueba

El artículo 270 establece que: “Comprobada la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba”. El hecho a probarse es la “celebración del acto jurídico matrimonial” para lo cual podrá utilizarse todo aquello que lleve a demostrar y cree convicción que el matrimonio fue efectivamente celebrado (por ejemplo, la declaración de testigos que asistieron a la boda, los partes de matrimonio, publicaciones relativas al matrimonio, etc.). Deberá tenerse en cuenta que esta prueba reposa sobre una presunción *juris tantum*; es decir, si se acredita fehacientemente que no hubo matrimonio, la prueba pierde sus efectos.

20.2.2. Sentencia penal

Asimismo, se regula el supuesto de la acreditación del matrimonio a partir de una sentencia penal. En efecto, el artículo 271 del Código Civil establece 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”.

No es la finalidad de una sentencia penal pronunciarse sobre la existencia del matrimonio. Su objeto es imponer una condena o absolver al acusado de haber cometido un delito, en este caso referido al estado civil. La imposición de una condena a quien perjudicó una partida de matrimonio mediante acto delictuoso, supone la comprobación del delito y, por lo tanto, evidencia la celebración del acto jurídico matrimonial y la preexistencia de la partida. No habría pues razón alguna para negar tal celebración. La sentencia penal representa la prueba de la celebración del acto jurídico matrimonial; sin embargo, en ningún caso, la sentencia penal puede resolver sobre la existencia del matrimonio.

Solo así es posible entender el efecto que se le quiere dar a la sentencia penal en tanto se le considera una prueba. Sin embargo, debe acotarse que no sería posible inscribir una sentencia penal en el Registro de estado civil toda vez que esta no resuelve jurisdiccionalmente sobre la celebración del matrimonio.

20.2.3. Posesión constante de estado

Además, nuestro Código regula a la posesión constante de estado como prueba supletoria del matrimonio. En efecto, el artículo 272 establece que: “La posesión constante del estado de casados de los padres, constituye uno de los medios de prueba del matrimonio, si hubiesen muerto o se hallasen en la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información”.

La posesión constante del estado de casados podrá ser usada excepcionalmente como medio probatorio cuando son los hijos los interesados en demostrar que sus padres contrajeron matrimonio, pero no cuentan con el título de estado formalmente hábil como medio de prueba.

En este caso, la posesión constante del estado de casados de los padres tiene relevancia jurídica como medio de prueba supletoria de la celebración del matrimonio al permitir a la ley presumir *iuris tantum* que quienes se han conducido pública y notoriamente como si estuvieran casados han celebrado el acto jurídico matrimonial (por ejemplo, uso por la mujer del apellido del que públicamente es reconocido como su marido, habitar en domicilio común, etc.).

La posesión constante del estado de casados no es en rigor una prueba suficiente, pues el hecho a probarse es la celebración del acto jurídico matrimonial y no la vida en común, ya que esto último no presupone necesariamente la celebración del matrimonio.

Como disposición complementaria de la prueba del acto matrimonial encontramos el artículo 273 del Código Civil que establece que: “La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados”.

Esta disposición guarda concordancia con el Principio de promoción y conservación del matrimonio. Se resuelve en sentido afirmativo, si entre las pruebas se halla la de posesión de estado de casados, las vacilaciones en el espíritu del juzgador en aquellos casos en que se busca suplir la prueba ordinaria del matrimonio, en los que cabe la posibilidad de que los elementos de convicción que se aporten no llenen plenamente la finalidad que con ellos se quiere lograr.

En tal sentido, se refiere a aquellos supuestos en lo que se está frente a una unión que ha creado lazos familiares tenidos como matrimoniales en el consenso público que patentiza la posesión de estado. Esta importa que, en la realidad, los cónyuges notoriamente hagan o hubiesen hecho vida de tales.

Sin embargo, como ya se precisó, la posesión de estado matrimonial no debe ser invocada como prueba suficiente porque el hecho a probar es la celebración del matrimonio y no la vida común que no presupone necesariamente la celebración del acto matrimonial y que se confunde con la posesión de estado de convivientes.

20.3. Posturas acerca de la acreditación del estado de familia conyugal

Existen en doctrina tres posiciones respecto a la prueba del matrimonio y/o del divorcio que intentan dar explicación de cuando se producen y llevan a cabo los efectos jurídicos de una u otra institución:

1. Una primera posición doctrinaria utiliza una única lógica respecto de la prueba del matrimonio y la prueba del divorcio. Se considera que la inscripción

del matrimonio en el Registro de estado civil es una formalidad que funciona en razón del interés de la sociedad de velar por la unidad matrimonial y por legitimar su trascendencia, de modo que “*Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil*”, tal como lo indica el artículo 269⁽¹⁷⁴⁾ del Código Civil. Como refiere Cornejo Chávez⁽¹⁷⁵⁾ esta disposición es aplicable siempre que se trate de establecer la filiación, los derechos y deberes conyugales, las relaciones de parentesco y los derechos hereditarios. Sin el acta; es decir, sin la inscripción en el Registro del estado civil, no podemos probar la existencia del matrimonio, ni de su nacimiento, ni de su extinción. Sin registro, el acto matrimonial no trasciende legalmente, no es exigible, ni mucho menos oponible a terceros. De modo que el consentimiento matrimonial de los contrayentes debe terminar siendo anotado, inscrito, registrado.

Con esta razón, la disolución del vínculo matrimonial decretado por sentencia, acta notarial o resoluciones de alcaldía, consentidas y ejecutoriadas que fueren, producen efectos plenos y completos con la inscripción en el Registro del estado civil; es más, antes de la inscripción cabría perfectamente la reconciliación de los cónyuges sin necesidad de volverse a casar⁽¹⁷⁶⁾; todo queda igual por ser de ellos la decisión de ejecutar la sentencia de divorciados que así los declara. Su mera expedición no trasciende jurídicamente al no ser conocida por terceros. Estas requieren su anotación para dejar sin efecto el acta que, como título de estado, determina la existencia del matrimonio. La sentencia de divorcio, consentida y ejecutoriada, exige ser anotada en el título que dio mérito al proceso desarticulador del matrimonio.

El Código Civil es claro al expresar que el matrimonio se prueba con el acta. Esta es el título de estado de familia en su calidad de instrumento público que constituye el estado de familia y se presenta como una prueba ordinaria, en razón que “todo título de estado de familia formal presupone un título material de estado de familia adecuado que es causa de emplazamiento; de esta manera, la partida de registro de estado civil de matrimonio presupone la celebración del acto matrimonial”⁽¹⁷⁷⁾. Sin acta no tenemos qué probar, con acta probamos lo que en ella consta. Ni más, ni menos, de ella trasciende y finiquita la relación conyugal.

(174) Código Civil. “Artículo 269.- Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil.

La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de esta”.

(175) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 200.

(176) “Si la sentencia de divorcio no se encuentra firme, la reconciliación es posible sin la necesidad de contraer nuevamente matrimonio”, CNCiv., Sala K, La Ley, 1992-E, 329. Vide. SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 185, nota 473.

(177) CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, Olga. “Prueba del matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 162.

Presentada que fuera un acta matrimonial sin inscripción del divorcio, se entiende que el acto jurídico matrimonial mantiene su plena eficacia y validez. En este sentido y para evitar posibles casos de matrimonios múltiples (bi o poligamias), las municipalidades provinciales y distritales vienen exigiendo a las personas divorciadas que pretenden contraer nuevo matrimonio la Copia certificada de la partida de matrimonio con la anotación marginal de la disolución del vínculo matrimonial y, no solo, la copia certificada de la sentencia de divorcio, complementado el sentir del artículo 248⁽¹⁷⁸⁾ del Código Civil.

2. Una segunda posición doctrinaria brinda una lógica distinta a la prueba del divorcio, respecto de la prueba del matrimonio contemplada expresamente por nuestro Código Civil y le otorga prevalencia a la fecha de emisión de los títulos de estado (acta de matrimonio, sentencia de divorcio, acta notarial, resolución de alcaldía) para la acreditación de la existencia del estado conyugal o la extinción de este, para todo efecto, sea respecto de los cónyuges, de terceros, para fines patrimoniales o extrapatrimoniales, etc. Es así como el estado conyugal se acreditaría con la correspondiente acta de matrimonio, mientras que la extinción de dicho estado de familia se produciría con la sentencia consentida o ejecutoriada de divorcio o con la emisión de la resolución de alcaldía o acta notarial, de ser el caso, sin requerirse inscripción alguna del título para que jurídicamente el estado conyugal se extinga. Es así como esta postura da una prioridad especial a la emisión del título de estado en sí mismo, el cual se considera que acredita tal estado al margen de la inscripción que le otorga publicacidad y oponibilidad *erga omnes*.
3. Una tercera posición doctrinaria es una postura ecléctica que toma en cuenta los efectos entre los cónyuges y los efectos respecto de terceros de los títulos de estado. Si estamos frente a una sentencia consentida o ejecutoriada de divorcio quiere decir que nos encontramos ante una cosa juzgada, teniendo

(178) Código Civil. "Artículo 248. - Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedida en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el artículo 241, inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.

Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

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".

por disuelto el vínculo matrimonial. Cuando el emplazamiento en un estado de familia se obtiene mediante una resolución judicial, resolución de alcaldía o acta notarial dichos documentos constituyen título de dicho estado de familia. La inscripción de dichos títulos atañe a la publicidad de estos, los que existen como tal desde que la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada o a partir de la emisión del acta notarial o resolución de alcaldía. En este sentido, si una resolución judicial, resolución de alcaldía o acta notarial extingue el estado de familia conyugal, dicho estado de familia debería entenderse extinguido en virtud del título que resuelve en tal sentido.

Esta postura doctrinaria considera que el que no se haya dado cumplimiento a la inscripción del título no implica que por esta omisión los efectos del divorcio *inter partes* deban desconocerse, por ejemplo, la extinción del deber de cohabitación, fidelidad, asistencia (incluyendo alimentos), la extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales (relaciones patrimoniales entre cónyuges), la extinción del derecho a la herencia, el derecho de la mujer a usar el apellido del marido, para las relaciones entre los cónyuges en la extinción del régimen patrimonial de que se trate, etc. Por lo que la prueba del divorcio debería consistir en la obtención de la sentencia consentida o ejecutoriada con autoridad de cosa juzgada, o la emisión de la resolución de alcaldía o acta notarial de que se trate.

En la práctica, para los efectos entre terceros y teniendo en cuenta la necesidad de obtener título o documento que tenga la correspondiente publicidad y sea oponible *erga omnes* y prueben un estado de familia (o extinción del mismo), para la protección de los derechos e intereses de dichos terceros, es necesario que se exija la inscripción de los partes en el Reniec, en las municipalidades y en Registros Públicos a fin que estos terceros tengan o deban tener conocimiento de estado civil o el estado de familia de una persona determinada.

No obstante, en la práctica es sumamente complicado desligar efectos *inter partes* y efectos frente a terceros, por lo que se entiende que como acto inscribible, la inscripción del divorcio se hace necesaria y prudente, en virtud del interés público implícito en el conocimiento de la extinción del estado de familia conyugal, para poder oponerlo *erga omnes* y exigir el reconocimiento de los efectos jurídicos que genera el divorcio.

20.4. Brasil

En Brasil, según el artículo 1543, el matrimonio, por regla general, se demuestra por el certificado de inscripción expedido por el Registro Civil competente⁽¹⁷⁹⁾.

(179) Artículo 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.

Parágrafo único. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova.

Como se afirma en la doctrina, es la consagración del sistema de las pruebas preestablecidas, que surgen del propio carácter formal y solemne del matrimonio, exige de un registro público. Téngase en cuenta que de la exégesis del párrafo único del mismo dispositivo puede entenderse que está permitido en el Derecho brasileño la prueba indirecta o supletoria del matrimonio, a través de cualquier medio de prueba admitido en el sistema procesal tales como testigos, documentos, fotografías, rodaje, etc. Este artículo permite la posibilidad de probar el matrimonio por otros medios, cuando se justifique, la falta o pérdida de resgistro civil⁽¹⁸⁰⁾.

Este sistema supletorio no debe confundirse de las pruebas con un duplicado del registro civil. Si se pierde el certificado de matrimonio la cuestión se resuelve con la solicitud de un duplicado.

La prueba indirecta solo puede utilizarse cuando el certificado real ya no existe (inundación, incendio, destrucción, etc.), y no sea posible probar la existencia del matrimonio. Esta confirmación supletoria está sujeta a un procedimiento específico de jurisdicción voluntaria, llamado la justificación legal del matrimonio que debe iniciarse en los tribunales de familia y tiene como objetivo evidenciar la existencia un matrimonio donde la expedición de registro civil es un simple efecto anexo de la sentencia⁽¹⁸¹⁾.

II. MATRIMONIO DE MENORES DE EDAD

21. Conceptos

En forma excepcional, y a pesar de estar privados de la capacidad de ejercicio, nuestro Código permite que quienes aún no alcancen la mayoría de edad puedan contraer matrimonio. La permisibilidad se debe a que el matrimonio es un paso decisivo para toda persona y el Estado deben tender a su promoción, más aún si se trata de menores de edad. Estos deben estar protegidos por sus padres o tutores por lo que la ley establece como requisito el consentimiento, llamemos autorización, de quienes están a su cargo, haciendo participar a quienes tienen mayor interés en la felicidad de los contrayentes.

La minoría de edad es un impedimento relacionado con el consentimiento matrimonial. El Derecho considera de forma especial los intereses de las personas a quienes por diversas razones están privadas del ejercicio de sus derechos civiles. Dentro de estas personas se encuentran los menores de edad. La protección, tratándose del negocio jurídico matrimonial, se traduce en la prohibición de contraerlo o en singulares garantías que rodean a su celebración. La más importante

(180) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 102.

(181) *Ibidem*, pp. 102 y 103.

de tales garantías consiste en el consentimiento complementario que deben prestar los padres o, en su caso, los abuelos del pretendiente, en defecto de tal asentimiento, la licencia del juez⁽¹⁸²⁾.

22. Cuestiones de fondo

Las cuestiones de fondo se refieren⁽¹⁸³⁾:

- Valor obstatorio que puede tener la negativa de los padres;
- Los ascendientes a quienes, en defecto de los padres, se llama para dar o negar el asentimiento;
- Al órgano que debe pronunciarse al respecto en defecto de padres y ascendientes;
- A quién está llamado a asentir tratándose del hijo extramatrimonial o de menores que se encuentren en situación irregular; y,
- La sanción que se imponen al funcionario del registro que interviene en la celebración del matrimonio de menores sin exigir el asentimiento o licencia judicial aludidos.

23. Minoría e impubertad

La minoría de edad es una situación más genérica que la impubertad. Solo constituye una faceta de aquella, aunque ambas situaciones son complementarias y están estrechamente relacionadas. La impubertad es un efecto atribuible a la minoría de edad. El análisis de la pubertad implica la determinación de la capacidad generativa y de procreación de la persona, mientras que la minoridad es una situación jurídica más amplia que, además de comprender a la impubertad, está relacionada con la incapacidad de ejercicio del sujeto y su ineptitud jurídica para ejercer y llevar a cabo por se sus derechos y celebrar actos jurídicos con plena validez⁽¹⁸⁴⁾.

Según la Constitución Política, en su artículo 30⁽¹⁸⁵⁾, el Código Civil en su artículo 42⁽¹⁸⁶⁾ y el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo I de su Título Preliminar⁽¹⁸⁷⁾ la mayoría de edad en el Perú se adquiere a los dieciocho años de edad, así como la obtención de la plena capacidad de ejercicio de derechos, de-

(182) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 146.

(183) *Ibidem*, pp. 146 y 147.

(184) CANALES TORRES, Claudia. "Matrimonio de impúberes y matrimonio de menores de edad. Anulabilidad vs ilicitud de matrimonio". En: *Actualidad Jurídica*. N° 164, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2007, p. 67.

(185) Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 30.- "Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral".

(186) Código Civil del Perú de 1984. Artículo 30.- "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44".

(187) Código de los Niños y Adolescentes del Perú. Artículo I del Título Preliminar: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad".

beres, obligaciones y facultades. De tales disposiciones se desprende que el ejercicio de los derechos públicos y privados puede ser llevado a cabo por un sujeto de derecho, a partir de esa edad, salvo las excepciones establecidas en la ley⁽¹⁸⁸⁾.

En casos especiales es posible el matrimonio del varón y mujer mayores de dieciséis años. Constituyéndose, el matrimonio, en una manera excepcional de adquirir la capacidad de ejercicio, de conformidad con el artículo 46 del Código Civil.

Dada la trascendencia que tienen el matrimonio y, en especial el de menores, este se encuentra protegido por la intervención de los padres o de otras personas o instituciones a quienes interese la suerte de los desposados y a los cuales, por mandato de la ley, es preciso pedir que consientan el enlace⁽¹⁸⁹⁾. Generalmente, los menores casamenteros no han alcanzado la madurez psicológica como para llevar adelante un matrimonio, con las cargas que implica, por lo que estos matrimonios tienden a terminar prematuramente. Otro aspecto que incide en forma negativa al matrimonio de menores es que la mayoría de las veces no cuentan con independencia económica.

El fundamento de este requisito es doble: proteger a los menores contra sus propios impulsos en el acto más importante de su vida; y hacer posible la vigilancia de la familia en orden a evitar un matrimonio desproporcionado⁽¹⁹⁰⁾.

24. Consentimiento de los padres

El consentimiento para el matrimonio de menores de edad tiene por objeto asegurar en lo posible la felicidad de estos. Existe unanimidad en doctrina en que no hay nada más natural que lo presten quienes mayor interés tienen en esa felicidad, es decir, los padres, artículo 244, párrafo 1 del CC.

La doctrina moderna considera unánimemente la igualdad del padre y la madre en este caso concreto. Ambos padres están colocados en la misma situación, a ambos les preocupa la suerte del hijo. Se observa claramente plasmado en principio de igualdad entre varón y mujer.

24.1. Disentimiento paterno

Si bien dentro de la corriente doctrinario-legislativa se aplica el principio de la igualdad del varón y la mujer surge el interrogante de saber qué sentido debe atribuirse al disentimiento de los padres⁽¹⁹¹⁾.

El problema del tema no gira entorno a determinar si debe primar la opinión del padre o de la madre sino que se trata de saber si debe predominar la opinión afirmativa o la negativa, cualquiera que sea el padre que sostenga una y otra⁽¹⁹²⁾.

(188) CANALES TORRES, Claudia. Ob. cit., p. 67.

(189) *Ibidem*, p. 147.

(190) *Ídem*.

(191) *Ibidem*, p. 149.

(192) *Ídem*.

Sobre este punto hay discrepancia de criterios en la doctrina:

- a) **A falta de acuerdo prima el asentimiento.**- Para unos autores, el principio debe estar orientado en favorecer el matrimonio del menor de edad; de modo que, en caso de disenso o falta de acuerdo debe primar la opinión afirmativa. La fuerza de este criterio estriba en el hecho de que producida la discrepancia ya no es solo la opinión de un menor de edad la que se inclina por la conveniencia del matrimonio sino, además, la de un mayor capaz e interesado en la felicidad del pretendiente. Esta es la postura de nuestro Código Civil al señalar que la discrepancia entre los padres equivale al asentimiento. Tal criterio es concordante con el Principio de promoción del matrimonio.
- b) **A falta de acuerdo prima la negativa.**- Otro sector de la doctrina opina que la trascendencia del matrimonio es demasiado compleja para que lo contraiga un menor de edad cuando le es adversa la opinión de uno de los padres. El disenso de estos debe equivaler a la negativa.
- c) **A falta de acuerdo decide el juez.**- Es el juez quien da solución a la divergencia de opiniones, interviniendo para subsanar el disenso o la falta de acuerdo de los padres.

24.2. Asentimiento prestado por uno solo de los padres

Cuando no existe uno de los padres o, viviendo ambos, uno está imposibilitado de manifestar su voluntad, la doctrina y las leyes civiles confieren al otro padre la facultad de consentir. Nuestro Código Civil lo determina en la segunda parte del artículo 244, de cuyo tenor se desprende que basta el consentimiento de uno de los padres cuando el otro faltare, fuere incapaz absoluto de ejercicio o estuviere destituido de la patria potestad.

25. Consentimiento de los abuelos

A falta de ambos padres, o si fueran absolutamente incapaces de ejercicio o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas, de conformidad con el artículo 244, párrafo 3 del Código Civil. El llamamiento se restringe a los abuelos, la atribución de asentir o no al matrimonio del menor pasa a los abuelos, en cualquier caso de destitución de la patria potestad.

25.1. Solución legal en caso de igualdad de votos contrarios

Cuando solo existe un abuelo, su opinión, favorable o adversa al matrimonio es definitiva. Si existe más de un abuelo puede ocurrir que haya discrepancia de opiniones entre ellos⁽¹⁹³⁾. El Código, artículo 244, tercer párrafo, resuelve la cuestión, expresa o implícitamente, en la siguiente forma:

(193) *Ibíd.*, p. 151.

- Si son dos los ascendientes, la discordancia equivale al consentimiento;
- Si tales ascendientes son tres, decide el voto mayoritario;
- Si son cuatro, la discordancia de uno a tres se resuelve por mayoría; y la de dos a dos equivale al consentimiento.

26. Consentimiento del juez

A falta de padres y de abuelos, o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de familia otorgar o negar la licencia supletoria.

27. Consentimiento en casos especiales

La misma solución da el Código Civil al caso de los menores expósitos, abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial. Con respecto a la situación del menor adoptado, el Código establece que el hijo adoptivo deja de pertenecer a su familia consanguínea e ingresa a la familia adoptante situación en la cual el consentimiento para su matrimonio se atiene a las mismas reglas antes señaladas para los hijos consanguíneos⁽¹⁹⁴⁾.

28. Matrimonio del hijo extramatrimonial

Ya sea que el consentimiento se considere como un atributo de la patria potestad o como una función protectora, la situación del hijo extramatrimonial es especial. En el primer supuesto, porque la patria potestad no siempre es conferida a ambos padres; y en el segundo, porque no siempre los padres pueden ser dignos de asumir la función amparadora⁽¹⁹⁵⁾.

En tal sentido el artículo 244, párrafo final de nuestro Código establece que los hijos extramatrimoniales solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquel los hubiese reconocido voluntariamente; y que la misma regla se aplica a la madre y a los abuelos de la línea materna. De ello se infiere, que si tal hijo no ha sido reconocido voluntariamente por ninguno de sus padres se hallen o no en la condición de expósitos, la licencia matrimonial podrá serle concedida por el juez o quien haga sus veces⁽¹⁹⁶⁾. En este sentido, no se faculta otorgar el asentimiento para el matrimonio de un menor de edad a aquel padre que como tal ha tenido que ser declarado judicialmente, al carecer de patria potestad.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes es concordante con todos estos supuestos. En su artículo 113 establece que el juez especializado autoriza el matrimonio de adolescentes, de acuerdo a lo señalado en los artículos del Código Civil y, asimismo, indica en su artículo 114 la recomendación que antes

(194) *Ibidem*, pp. 151 y 152.

(195) *Ibidem*, p. 152.

(196) *Ídem*.

de otorgar la autorización, el juez escuche la opinión de los contrayentes y con el apoyo del equipo multidisciplinario disponga las medidas convenientes para garantizar sus derechos.

29. Motivación de la negativa

Aunque el Derecho confiere a distintas personas o instituciones la función de consentir en el matrimonio del menor, no reconoce igual valor a la posible opinión adversa de todas ellas, sino que distingue tres casos⁽¹⁹⁷⁾:

- a) Cuando la desaprobación del matrimonio emana de los padres o abuelos, se considera que la opinión adversa es definitiva y no necesita ser motivada en razón de que el sustento de la negativa afectaría el honor o susceptibilidad del posible consorte, además no siempre podría ser judicialmente probada, no obstante fundarse en una completa convicción moral, según el artículo 245 del Código Civil.
- b) Cuando la desaprobación emana del juez, no teniendo este respecto del menor el mismo directo e íntimo interés que tienen los padres y los abuelos, su posición debe ser fundamentada y respecto de ella se franquea recurso de apelación en ambos efectos.
- c) Si la opinión de los padres no es acertada no se perjudicará en forma irreparable al menor, quien tan solo deberá esperar a que transcurra el tiempo a fin de alcanzar su mayoría de edad, lo que le permitirá además alcanzar la suficiente madurez para decidir por sí mismo tomar o no la determinación de casarse.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. 1ª ed., 1ª reimp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de Familia*. Tomo I, N° 145, Buenos Aires, 1974.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2ª ed., Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006.

(197) *Ibidem*, p. 153.

- BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. 1ª trad. mexicana, Tomo I, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, p. 540 *apud* NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro*, 7ª ed., Vols. IV, Livraria Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1961.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *La crisis del matrimonio*. Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914, p. 45 y ss. *Cit.* SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. 9ª ed., Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2006.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El Derecho en el Quijote*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1975.
- CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, Olga. “Prueba del matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2003.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª ed., 1 Tomo, Studium, Lima, 1987.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 4ª ed., Tomo I, Studium, Lima, 1982.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 3ª ed., 2ª reimp., Tecnos, Madrid, 1986.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª ed. actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- DUGUIT, Leon. *Traité du Droit Constitutionnel*, Vol. I.
- ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Régimen legal de los bienes en el matrimonio*. Obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Echecopar García, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Dispensa de la publicación del aviso matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. 1ª ed., Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2003.
- ENGELS, Friedrich. “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, Trad. Leandro Konder, en: Marx, Karl. *Obras escolhidas*. São Paulo: Alfa-Omega, [s/f], Vol. 3.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981.

- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil brasileiro*. Bookseller, Campinas, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FERRERO COSTA, Augusto. “Improcedencia de la sucesión del cónyuge”. En: *Código Civil comentado*. Tomo IV, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2003.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2001.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006.
- KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797.
- KRASNOW, Adriana. “El matrimonio a plazo”. En: *Actualidad*. Año LXXI, N° 228. Suplemento de La Ley, Buenos Aires, martes 27 de noviembre del 2007.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. “El estatus jurídico de la mujer pretérita y contemporáneamente”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG editor, Lima, 1991.
- LINS E SILVA, Paulo. “A história do matrimônio”. En: *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira/Maria Berenice Dias (org.). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. “Perfiles jurídicos de la mujer en el Código de Vélez Sarsfield”. En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*. Tomo I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª ed., Tomo VII, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2, Direito de Família, 36 ed. actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5, Direito de Família, 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2008.

- OLIVEIRA, Guilherme de. “Transformações no Direito da Família”. En: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 77*, Vol. I: Direito da Família e das sucessões, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Revista y actualizada por Tânia da Silva Pereira. Vol. V, 16ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 14ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2 ed., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia - Nuevo Enfoque del Estudio del Derecho de Familia*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2002.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo Segundo, La Familia. Ed. Cultural, La Habana, Cuba, 1939.
- PORTALIS, Jean Étienne Marie. *Discurso Preliminar del Código Civil Francés de 1804*.
- QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família, Renovar, Rio de Janeiro, 2004.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX: El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre*. Tomo I, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2003.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX: La codificación del siglo XIX: Los códigos de la confederación y el Código Civil de 1852*. Tomo II, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2001.
- RESTIFFE NETO, Paulo y ALONSO, Félix Ruiz: “A recepção do casamento religioso e o novo Código Civil. En: *RT*, 817/35 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. 6: Direito de Família, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 27ª ed. actualizada por Francisco José Cahali, Vol. 6, Saraiva, São Paulo, 2002.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*, 1ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- TARTUCE, Flávio y SIMÃO José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 5: Família, 3ª ed. rev. y atual., Método, São Paulo, 2008.

- VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*, Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.
- VARGAS, Javier. *El matrimonio, familia y propiedad en el Imperio Incaico*, Colegio de Abogados de Lima, Ed. Cuzco, Lima, 1988.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 6: Direito de Família, 8ª ed. 2ª reimp., São Paulo, Atlas, 2008.
- WESTERMARCK, Edward. *Historia del matrimonio*. Editorial Laertes, Barcelona, 1984.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo I, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.

**CAPÍTULO
TERCERO**

**DERECHO
MATRIMONIAL**

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO MATRIMONIAL

I. Generalidades. 1. Derecho matrimonial. 2. Relación jurídica matrimonial. 2.1. Efectos personales. 2.2. Efectos patrimoniales. 3. Acto jurídico matrimonial. 4. Consentimiento matrimonial. 4.1. Representación y matrimonio por poder. 4.2 Requisitos. 4.3. Características. 4.4. Vicios del consentimiento. 4.4.1. Error. 4.4.2. Violencia. 4.4.3. Dolo. 4.4.4. Reserva mental. 4.5. Simulación. II. Matrimonio entre personas del mismo sexo. 5. Consideraciones iniciales. 6. La homosexualidad y la protección constitucional. 6.1. Principio de la dignidad humana. 6.2. Principio de la libertad. 6.3. Principio de la igualdad. 6.3.1. Principio de no discriminación por razón de sexo. 6.4. Derecho a la identidad. 7. La declaración de los derechos sexuales y los derechos humanos. 8. La reestructuración de la familia: las nuevas realidades familiares y la familia homoafectiva. 9. Matrimonio homosexual en el Perú. 9.1. Posición tradicional (en contra). 9.2. Posición moderna (a favor). 9.3. Posición intermedia. 10. Matrimonio homosexual en Brasil. 11. Conclusiones.

I. GENERALIDADES

1. Derecho matrimonial

El Derecho matrimonial es aquella parte del Derecho de Familia que contempla la reglamentación del matrimonio.

Comprende el estudio de su naturaleza jurídica, sus requisitos, consecuencias, pruebas, régimen patrimonial, divorcio y demás⁽¹⁹⁸⁾. Más allá de su tratamiento teórico, este tipo de derecho es la raíz de la normativa legal de la familia al encargarse de delinear las relaciones jurídicas conyugales antes, durante y después de la celebración del casamiento.

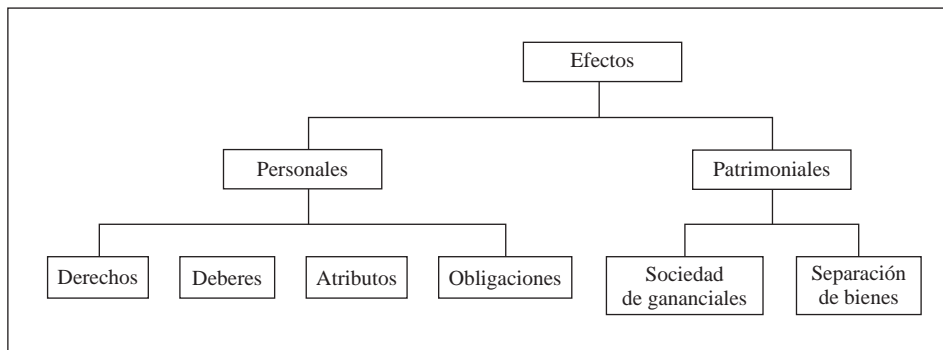
2. Relación jurídica matrimonial

El matrimonio genera entre marido y mujer una relación conyugal que trasciende a los parientes de estos a través de una relación de parentesco por afinidad. La relación conyugal tiene un contenido complejo que determina un conjunto de derechos y deberes atinentes a la vida en común de los casados y, al mismo tiempo, otro conjunto de derechos y deberes de contenido y de proyección económicos⁽¹⁹⁹⁾.

(198) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 51.

(199) DIÉZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 65.

Celebrado que fuera el vínculo jurídico matrimonial, surge de forma inmediata la relación jurídica matrimonial subjetiva de la cual surgen una serie de efectos:



Para Dias⁽²⁰⁰⁾ el casamiento significa el **acto de celebración** del matrimonio como la relación jurídica que le da origen a la relación matrimonial, la cual se expresa en la noción **comunidad de vidas o de afectos**; asimismo, crea un vínculo que los novios no tenían, pasando a disfrutar el **estado de casados**. Genera dos vínculos, el **vínculo conyugal** entre los cónyuges y el **vínculo de parentesco por afinidad** entre uno de los cónyuges y los parientes del otro. Celebrado el matrimonio, surge de manera inmediata la relación jurídica matrimonial subjetiva de la cual se determinan los siguientes elementos o vínculos personales entre los cónyuges:

2.1. Efectos personales

El matrimonio implica sacrificio de los intereses individuales⁽²⁰¹⁾. Es el acto jurídico que más limita el derecho de los cónyuges restringiendo su libertad. Restringe la libertad sexual (monogamia y de fidelidad), el derecho al domicilio, el derecho a la propiedad (comunidad de bienes), el derecho a la identidad (cambio de estado civil, de nombre en el caso opcional de la mujer)⁽²⁰²⁾, el derecho al trabajo (se requiere asentimiento del cónyuge, 293 del CC). Es una prisión deliberada, admitida, a través de la cual el cónyuge nunca más tendrá esa plena autonomía de hacer lo que mejor le plazca.

El matrimonio genera derechos, deberes, facultades y obligaciones en virtud de los cuales surge la relación jurídica familiar.

(200) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., 2009, p. 139.

(201) BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Ob. cit., p. 49.

(202) En Brasil esta prerrogativa se otorga a ambos cónyuges, tal como se desprende de la lectura del primer párrafo del artículo 1565 del Código Civil brasileño.

- **Obligación:** Es exigible, existe el mecanismo legal para poder lograr su cumplimiento expresamente reconocido en la ley.
- **Deber:** Tiene una connotación moral. No se tiene el mecanismo legal para poder exigir su cumplimiento. Es una situación meramente moral, dependiendo del individuo (si lo cumple o no). Su naturaleza es de orden netamente natural.
- **Facultad:** Es de orden moral y ético, no se encuentra reconocido en la ley. Se encuentra regulada dentro de los principios generales del Derecho.
- **Derecho:** Protege a los sujetos de derecho, garantizando el desarrollo del individuo en sociedad y, a diferencia de las facultades, se encuentra reconocido en la sociedad.

RELACIÓN JURÍDICA MATRIMONIAL	
Derechos	Facultades
<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a elegir un régimen patrimonial. - Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido. - Derecho a elegir un domicilio. - Derecho alimentario: los cónyuges entre sí se deben alimentos. - Derecho hereditario. - Derecho real de habitación. 	<ul style="list-style-type: none"> - Igualdad entre los cónyuges. - Principio de la regulación voluntaria de la economía matrimonial. - Relación de igualdad y respeto entre padres e hijos.
Obligaciones	Deberes
<ul style="list-style-type: none"> - Alimentos: Todo aquello que necesita una persona para poder subsistir o desarrollarse. Es una obligación no solo recíproca entre los cónyuges, sino también con su descendencia. - Sostenimiento de la familia: Los cónyuges deben dar todo de sí para sostener a la familia, como por ejemplo, asumir cargas, responsabilidades. Los cónyuges deben estar capacitados para responder personalmente por el sostenimiento económico y moral de la familia. - Educación de los hijos: Relacionada con la crianza y corrección. 	<ul style="list-style-type: none"> - Fidelidad: Se encuentra relacionada con los valores, principios de la persona. Aquí se encuentran las relaciones amorosas. - Material: Implica entrar al tema genital de las relaciones. Se lleva a cabo con la relación sexual propiamente dicha, relacionada con la genitalidad de los cónyuges. - Cohabitación: También es entendida como vida en común, vivir bajo un mismo techo, lecho o habitación. - Asistencia: Se entiende como el cumplimiento que debe realizar un cónyuge para satisfacer las necesidades y requerimientos del otro. La asistencia es económica y moral. El socorro y la ayuda recíproca. Asistencia económica: condición que tiene una persona para poder cumplir con las necesidades de su pareja. Si se trata de alimentos es una obligación. Asistencia moral: implica el compartir, conversar, etc., con la pareja.

	<ul style="list-style-type: none"> - Participación y cooperación en el gobierno del hogar: Este deber permite al cónyuge poder decidir, ayudar o accionar judicialmente para poder participar en la administración del hogar si el otro cónyuge se excede en sus atribuciones. - Respeto mutuo: Entre los miembros que componen el matrimonio.
Atributos	
<p>Cualidades que tiene una persona que la diferencia de las demás:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Estado civil: Situación que tiene una persona con respecto a otra en una sociedad, y que existen actos jurídicos, situaciones o hechos que determinan el estado de una persona. Se puede tener varios estados civiles al mismo tiempo. <p>Nombre</p> <p>Capacidad</p> <p>Domicilio</p> <p>Patrimonio</p> <p>Nacionalidad: Esta podrá cambiar como consecuencia del matrimonio.</p>	

2.2. Efectos patrimoniales

El matrimonio genera consecuencias patrimoniales de especial interés, por tal motivo se le ha equiparado con el contrato. La familia es fuente de riqueza de la sociedad y el matrimonio la empresa generadora. Las relaciones económicas derivadas del matrimonio se reflejan en los regímenes matrimoniales, la administración de los bienes, la administración del hogar, la participación los derechos sucesorios, la asignación de los alimentos, etc.

Los bienes que adquieren los cónyuges deben ser delimitados y ubicados dentro de una estructura económica que los cónyuges voluntariamente determinen. Los efectos patrimoniales en el matrimonio implican una relación jurídica familiar que va a definir el destino y características respecto a la propiedad de los bienes que se adquieran durante el matrimonio. Los cónyuges al escoger el régimen económico tienen que cumplir con la forma predeterminada por la ley. Antes de celebrar el matrimonio, o celebrado este, pueden escoger el régimen económico.

En nuestro sistema jurídico hay dos regímenes económicos, sociedad de gananciales y separación de bienes. Si no se escoge uno de los regímenes, se presume el régimen de comunidad de bienes, en el cual lo adquirido durante el matrimonio y todo lo que se aporte a este pertenece a ambos cónyuges, salvo expresa excepciones que establece la ley (302).

En Brasil hay cinco regímenes matrimoniales: la comunión universal de bienes, la comunión parcial o sociedad de gananciales (régimen más común, utilizable

frente al silencio de las partes), la separación convencional (art. 1687 del CC), la separación forzada (en los casos previstos en el art. 1.641 del CC)⁽²⁰³⁾ y el confuso sistema de participación final en los “aqüestos”⁽²⁰⁴⁾ (Denominação que se dá aos bens adquiridos por qualquer dos cônjuges na vigência da sociedade conjugal. Estes bens passam a incorporar a comunhão).

Según el artículo 1.639 del CC brasileño es permisible para los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, establecer como su régimen lo que sea más conveniente para ellos. El artículo 1.640 establece que a la falta de acuerdo, o siendo este anulable o no ejecutable, será aplicable entre los cónyuges el régimen de comunidad parcial.

En el régimen de separación de bienes, los cónyuges optan por seguir con un régimen individual, en el que los bienes serán propios.

En ambos regímenes existe un sistema de administración, de deudas, de responsabilidades y de derechos patrimoniales. En el régimen de separación de bienes esto es individual mientras que en el sistema de comunidad de bienes esto se ejerce en conjunto.

Un sector de la doctrina ha dicho que es necesario introducir el sistema de las capitulaciones matrimoniales, de tal forma que los cónyuges puedan optar por otro sistema distinto a los consagrados por nuestro ordenamiento.

3. Acto jurídico matrimonial

La institucionalización jurídica de la unión intersexual se logra por medio del acto jurídico matrimonial. Este es voluntario, lícito y formal creando relaciones jurídicas conyugales y es la máxima expresión legal de constituir familia. El acto es un acto jurídico familiar en sí. Con su celebración surge la relación jurídica subjetiva matrimonial entre los contrayentes, quienes pasan a ser marido y mujer, con los derechos y deberes impuestos por la ley estableciéndose el estado matrimonial.

El estado civil surge del acto y este se formaliza a través de una forma y solemnidad. Se trata entonces de un acto jurídico sui generis y se encuentra sometido a formalidad *ad solemnitatem* legal.

(203) Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

(204) Donde cada cónyuge tiene sus propios activos y en caso de disolución del matrimonio cada parte tiene derecho a la mitad de la propiedad adquirida por la pareja a título oneroso.

4. Consentimiento matrimonial

El consentimiento matrimonial es el componente primordial del matrimonio. El Code establece que: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (artículo 146). El Proyecto de Código Civil argentino del 2000 “Requisitos. Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento expresado por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo” (artículo 422).

Para Díez-Picazo: “La expresiva adjetivización **consentimiento matrimonial** indica bien a las claras que no se trata de un simple consentimiento contractual. Es la voluntad de los contrayentes de realizar entre ellos el conjunto de los fines asignados a la institución y de colocarse cada uno en los **roles** que dentro de la institución son considerados”⁽²⁰⁵⁾. A su vez Méndez Costa considera que: “Es la convergencia de dos voluntades internas y manifestadas, en la entrega y aceptación mutua de hombre y mujer para generar el consorcio vital que le matrimonio”⁽²⁰⁶⁾.

Consentir, es un sentir juntos, es un deseo compartido. El consentimiento de los contrayentes es lo que permite la formalización del matrimonio dentro de un perfil preestablecido.

El consentimiento matrimonial no admite condicionamiento, es puro y simple, no hay consentimiento matrimonial genuino si es condicional, a término o modal⁽²⁰⁷⁾. El Proyecto de Código Civil argentino del 2000 considera: “Exclusión de modalidades. El consentimiento matrimonial no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no puesto, sin que ello afecte la validez del matrimonio” (artículo 423).

Se relaciona con la capacidad nupcial, capacidad específica para el casamiento, exclusiva de él y no la general para la celebración de actos jurídicos.

La falta de consentimiento implica la inexistencia del matrimonio. Un consentimiento viciado determina la invalidez (nulo o anulable).

4.1. Representación y matrimonio por poder

Como la mayoría de actos jurídicos familiares el matrimonio se presenta como una institución que debe ser ejercida de forma personal no admitiendo la sustitución de los contrayentes en la formación de la voluntad negocial y en la emisión o declaración de esta⁽²⁰⁸⁾. Quien se casa, y da ese paso trascendental en su vida, debe actuar en cabeza propia, no por interpósita persona. El matrimonio es un actuar en nombre propio en el que el casamentario es portador de una voluntad formada previa y concienzudamente.

(205) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 87.

(206) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 212.

(207) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 88.

(208) *Ibidem*, p. 89.

Caso contrario, existiendo voluntad, pero que no pueda ser expresada por el contrayente, cabe la representación. En este caso se trata de un apoderado o de un nuncio el que actúa en el acto jurídico matrimonial en representación del contrayente representado. Para Díez-Picazo⁽²⁰⁹⁾ es un representante porque posee un margen de decisión reducido (no puede casarse con persona distinta, pero sí dejar de celebrarlo si detecta una circunstancia perjudicial).

En Brasil el tratamiento del matrimonio por procuración es bastante completo⁽²¹⁰⁾. Además, se considera anulable el matrimonio cuando ni el mandatario, ni el contrayente conocen de la revocación del mandato o no sobrevino la cohabitación entre los cónyuges (art. 1.550, V). Esta última parte de la norma citada, a decir de Berenice Dias⁽²¹¹⁾, refrenda la falsa creencia de que el matrimonio **se consuma la noche de las nupcias**. Revocado el poder, pero realizada una posterior cohabitación, esta convalidaría el matrimonio.

Por regla general, la eficacia del mandato no podrá exceder noventa días para la celebración del matrimonio. Si el matrimonio se celebra **a posteriori** es considerado nulo. Celebrado el matrimonio, sin que el mandatario o la otra parte hayan tenido conocimiento de la revocación anterior, responderá el mandante por daños ante el otro contrayente⁽²¹²⁾.

La doctrina no ve impedimento para que el matrimonio pueda ser celebrado por mandato otorgado por los dos cónyuges, si ambos no pueden estar presentes en el evento. Sin embargo, los mandatos no pueden concederse a un mismo mandatario, porque este hecho distorsiona la naturaleza del consentimiento de ambos. Es admitido, también un mandato amplio, con un mandatario que tenga facultad de elegir el régimen económico que será adoptado por la pareja y también la posibilidad de firmar pacto prenupcial⁽²¹³⁾.

Portugal también se ocupa de la cuestión. El artículo 1620, inciso 1 del Código portugués establece que es lícito a uno de los cónyuges ser representado por un

(209) Ídem.

(210) “Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

§ 1º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.

§ 2º O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nupcial.

§ 3º A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.

§ 4º Só por instrumento público se poderá revogar o mandato”.

(211) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 143.

(212) Cfr. TARTUCE, Flávio y SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 5: Família, 3ª ed. rev. y atual., Método, São Paulo, 2008, p. 76.

(213) Cfr. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., pp. 90 y 91.

mandatario en la celebración del matrimonio. El sistema legal portugués reduce esa posibilidad solamente a una de las partes. El Código portugués como el brasileño es muy claro sobre el contenido del mandato: debe contener poderes especiales para el acto, la designación expresa del otro cónyuge y la indicación de la modalidad del matrimonio⁽²¹⁴⁾. Tal especificidad se justifica por la naturaleza del acto jurídico a celebrarse.

4.2. Requisitos

Los requisitos del consentimiento matrimonial se presentan de la siguiente manera:

- **Aspecto interno**, el sentir. Es llamada voluntad real o interna. Internalización, es lo querido, deseado y que así debe ser expresado.
- **Aspecto externo**, el ser vertido formalmente ante autoridad competente. Es llamada voluntad declarada. Exteriorización, es lo manifestado, declarado.

El acto jurídico matrimonial se sustenta en la voluntad interna sobre la declarada. Vale la intención más que la declaración. La manifestación de voluntad, ante un funcionario, puede estar viciada por error o violencia, situación que influye sobre la primacía de la verdadera intención y el deseo.

4.3. Características

- Puro y simple.- Respecto del **matrimonio modal** hay quienes afirman que: i) el vínculo es válido y la condición o plazo es nulo; y, ii) aquellos que distinguen la modalidad suspensiva o resolutoria, sosteniendo que la primera es nula, dejando sin efecto la condición mas no las nupcias (“si se trata de una modalidad suspensiva, la inexistencia corresponden por que no consienten aquellos que supeditan los efectos del matrimonio a la producción de un acontecimiento futuro e incierto o al transcurso del tiempo. Si se trata de una modalidad resolutoria, la exclusión acordada recae sobre una característica, si bien fundamental, de los efectos del matrimonio (...) quienes pactan una modalidad resolutoria aceptan todos los efectos de las nupcias solo hasta que el acontecimiento futuro acaezca o venza el término”)⁽²¹⁵⁾. El Derecho Comparado establece un tratamiento al respecto, Italia, 108; Portugal 1618; España 45; Alemania 1317 y 1324; Cuba 12 al 15; Costa Rica 29 (los numerales mencionados se refieren a los articulados de cada Código).

(214) Artigo 1620 (Casamento por procuração)

1. É lícito a um dos nubentes fazer-se representar por procurador na celebração do casamento.

2. A procuração deve conter poderes especiais para o acto, a designação expressa do outro nubente e a indicação da modalidade do casamento.

(215) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 220.

- Libre e ilustrado.- Implica que la manifestación de voluntad es dada en virtud del discernimiento y libre albedrío de los contrayentes. La propia decisión y la capacidad de elegir es lo que denota y connota al consentimiento matrimonial de forma tal que quienes se casan lo hacen asumiendo plenamente sus responsabilidades.
- Personal.- Nada más individual y propio que el acto jurídico casamentario. La intervención directa de los contrayentes es un elemento que no puede ser obviado en su celebración y solo a modo de excepción se acepta la representación.

4.4. Vicios del consentimiento

Como todo acto jurídico, el matrimonio requiere discernimiento, intención y libertad, viciando el consentimiento el error, el dolo y la violencia. Casarse con la hermana gemela, con una homónima o con un hombre travesti; casarse bajo amenaza de muerte o linchamiento; casarse para evitar la pena de violación o para evitar ser expulsado de un país son situaciones que llevan una gran dosis de invalidez. El temor reverencial, en caso no sea simple como puede ser el caso de la hija menor que se casa por orden del padre, puede influir en los efectos del matrimonio.

El Proyecto de Código Civil argentino de 2000 establece: “Vicios del consentimiento. Vician el consentimiento matrimonial la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales de este si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega” (artículo 424).

4.4.1. Error

El error es un falso conocimiento. Como ignorancia implica una ausencia de comprensión. Los errores típicos en el matrimonio son:

Error acerca de la persona del otro contrayente, error en la identidad, casarse con persona distinta. Hay una confusión en la identidad, queriendo casarme con María lo hago con Rosa.

Error acerca de las cualidades personales del otro contrayente. *Error in qualitatibus*. El estado civil, la calidad de padre o madre, la homosexualidad, la enfermedad⁽²¹⁶⁾.

(216) El Código Civil brasileño de 2002 establece:

Artículo 1557. Se considera error esencial sobre la persona del otro el cónyuge:

I.- que se refiere a su identidad, su honor y buen nombre, siendo este error tal que su conocimiento ulterior hace insoportable la vida en común a el cónyuge engañado;

II.- la ignorancia de delito, anterior a la boda, que por su naturaleza, hace la vida conyugal insoportable;

Discutible es el caso de la virginidad⁽²¹⁷⁾, la edad, la religión, la posición social o económica, la nacionalidad, las costumbres. Como dice Méndez “las cualidades sobre las cuales se ha errado deben ser las del contrayente antes y hasta el matrimonio”⁽²¹⁸⁾, no entran en juego ni podrían ser considerados como errores el cambio de estas situaciones que configurarían, dependiendo cada caso, de una causal de divorcio. Los errores relevantes son de índole subjetiva⁽²¹⁹⁾.

4.4.2. Violencia

El compeler a alguien a casarse implica un vicio grave en la celebración del acto matrimonial.

La fuerza o coacción bloquea la voluntad y compromete el libre consentimiento. La **vis absoluta** y la **vis compulsiva** es aquello que influencia al contrayente a celebrar o no el matrimonio sustentándose en el temor de un grave daño, actual o inminente, directo o indirecto, sobre su persona o bienes.

4.4.3. Dolo

El dolo no es un vicio del consentimiento matrimonial dado que en la práctica es difícil distinguir el “hacerse valer” de las maquinaciones insidiosas determinantes de un vicio de consentimiento⁽²²⁰⁾. El engaño poco importa salvo, y con justa razón, que conlleve a un error en las cualidades del contrayente. Para Méndez Costa⁽²²¹⁾ los requisitos del dolo, como causal de anulación del vínculo matrimonial, son los previstos para el dolo en general aplicados al consentimiento matrimonial entre los que pueden figurar: i) la gravedad del artificio empleado que debe

III.- la ignorancia, anterior al matrimonio, de defecto físico incurables, o de enfermedad grave y transmisible por la infección o la herencia, que pueden poner en peligro la salud del otro cónyuge o de sus descendientes;

IV.- la ignorancia, anterior al matrimonio, la enfermedad mental grave que, por su naturaleza, hace intolerable la vida en común para el cónyuge engañado.

Traducción libre de:

Art. 1557. Considerase erro essencial sobre a pessoa do outro cónyuge:

I.- o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cónyuge enganado;

II.- a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III.- a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cónyuge ou de sua descendência;

IV.- a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cónyuge enganado.

(217) El Código Civil del Brasil de 1916, en su artículo 219, IV consideraba error esencial sobre la persona del otro cónyuge, la desfloración de la mujer ignorada por su marido. Esta situación fue excluida en el Código de 2002.

(218) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 235.

(219) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 91.

(220) Ídem.

(221) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., pp. 245 y 246.

haber sido apto para engañar más allá de la prudencia y diligencia del engañado o, ii) la influencia del error provocado en la voluntad del sujeto que lo sufre evidenciándolo en la celebración del matrimonio.

4.4.4. Reserva mental

También llamada simulación unilateral.

Consiste en declarar algo diferente de lo que se quiere (declaración no seria o *iocandi causa*). Existe una clara discordancia consciente entre la voluntad y la declaración. Para Méndez Costa⁽²²²⁾ “la reserva mental se presenta en la práctica configurando un engaño dolosamente causado”. Es, en definitiva, ocultar la real intención de casarse, lo cual es desconocido por el otro contrayente. La reserva mental implica la inexistencia de consentimiento matrimonial con la correspondiente nulidad del matrimonio. Su probanza, al igual que la simulación, es difícil debiéndose recurrir a las presunciones.

Para la jurisprudencia argentina⁽²²³⁾ los casos típicos de reserva mental para anular el matrimonio es invocar el error en que incurrió el cónyuge por acción u omisión dolosa del otro que le ocultó sus reales intenciones y que fueron puestas en evidencia por el comportamiento que se observó luego. Entre algunos casos tenemos los siguientes: i) la expresión de un consentimiento que no existió; ii) la negativa de celebrar el matrimonio religioso; iii) la negativa de iniciar la vida en común; iv) ante la continuación de una relación concubinar que no se tuvo la intención de interrumpir al celebrarlo; v) el silencio engañoso con el cual ocultó la falta de disposición para establecer una unión real y verdadera, (vi) no aceptar la consumación al prestarse el consentimiento; vii) por no haber la cónyuge demostrado real voluntad e interés de reunirse con su marido luego del matrimonio celebrado por poder o, viii) el propósito de no convivir.

Un caso típico de reserva mental es el matrimonio por complacencia o por conveniencia. Ejemplo, un ciudadano de nacionalidad rumana que presta su consentimiento matrimonial con la finalidad de acceder a la Comunidad Europea, conseguir permiso de residencia y poder obtener la nacionalidad española (Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, considera sobre los matrimonios de complacencia que “El verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería”).

4.5. Simulación

Hay quienes la aceptan y otros la niegan.

(222) *Ibidem*, p. 248.

(223) *Ibidem*, pp. 246 y 247.

Para Díez-Picazo “(...) no habrá simulación por la simple divergencia entre declaración y voluntad interna y no la habrá tampoco por la divergencia entre la función social del tipo y fines empíricos concretos. Mas puede haber simulación en todos aquellos casos en que coexiste el acuerdo simulatorio y la completa exclusión en la realidad de los efectos que el matrimonio debe producir. Si a una finalidad desviada, que a través del matrimonio se busca, se une una exclusión, por acuerdo de las partes, de los fines del matrimonio, a nosotros nos parece que no hay duda que debe de hablarse de matrimonio simulado”⁽²²⁴⁾.

El típico ejemplo es el matrimonio en broma, en el que no hay ni voluntad en la declaración, ni en resultado en ninguno de los contrayentes o, el matrimonio realizado en una representación teatral⁽²²⁵⁾. Ejemplos tenemos⁽²²⁶⁾ i) aquel matrimonio celebrado con pacto de vivir como solteros, siendo la finalidad evitar el servicio militar; ii) matrimonio celebrado para obtener nacionalidad; iii) para adquirir un apellido; o, iv) para tener vocación hereditaria. Se trata de matrimonios aparentes, supuestos, fingidos, ficticios.

En este tipo de matrimonios cabe declarar la inexistencia por ausencia de consentimiento matrimonial.

II. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

5. Consideraciones iniciales

Hecho cristalizado es que la homosexualidad existió desde tiempos remotos. En la antigua Grecia fue aceptada y respetada, mientras que en Roma, tolerada. Con el paso del tiempo, las nuevas costumbres parametradas y los códigos sociales comenzaron a rechazarla

Estudiada por las ciencias sociales, por la psicología y por las ciencias biológicas. La homosexualidad pasó de ser un concepto tornado con la enfermedad para identificarse como una caracterización, un modo de ser distinto de la mayoría. Comienza a ser tomada como natural, nada tiene de artificial.

Cada tema relativo a la sexualidad parece estar cubierto con una cierta “aura de silencio”⁽²²⁷⁾ causando intensa inquietud y curiosidad insaciable. Existe una tendencia para conducir y controlar el ejercicio de la sexualidad que culmina con la tentación de la sociedad de ver la moral en términos puramente de comportamiento sexual.

(224) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 93.

(225) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª ed., Idemsa, Lima, 2007, p. 758.

(226) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 249.

(227) Como dice DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. rev., e atual. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 19.

Apartándonos de arraigados dogmas sociales podemos decir que en la etapa actual de la estructura social se traduce en una **modernidad líquida**⁽²²⁸⁾ en la que existen diferentes maneras de expresar y experimentar el afecto, surgiendo distintas formas de compartir la vida que exigen de un reconocimiento social y legal.

Durante mucho tiempo, la **homoafectividad**⁽²²⁹⁾ fue estigmatizada dejando a los homosexuales encerrados en un “universo paralelo”, marginados de muchas formas y modos. En los últimos años la sociedad ha demostrado ser algo más tolerante y poco a poco está cambiando su forma de ver las relaciones paritarias entre los seres, independientemente de su sexualidad. Los homosexuales comenzaron a ganar visibilidad en el mundo contemporáneo y empiezan su búsqueda de justicia. Este deseo de justicia se conecta con la búsqueda de la felicidad, interconectados con el reconocimiento de la igualdad de derechos y dignidad, sin distinción de ningún tipo⁽²³⁰⁾.

La preocupación por la legalidad de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo integra la agenda del pensamiento jurídico internacional. Ejemplos más recientes es el de Argentina⁽²³¹⁾ que aprobó indirectamente el matrimonio civil homosexual, modificando diversas disposiciones de su Código Civil (básicamente cambia los términos marido y mujer por contrayentes) y el de Portugal, donde después de la promulgación de la Ley 9-XI/2010⁽²³²⁾, ahora existe la posibilidad del matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

En los debates sobre el reconocimiento legal de los matrimonios homoafectivos, los argumentos de justicia son importantes en dos niveles. El primer, y más profundo, es el que consiste en argumentos extraídos del campo de la filosofía política y jurídica. Los otros argumentos se sustentan en un análisis del Derecho Constitucional acerca del reconocimiento legal de las relaciones entre personas del mismo sexo. Tal reconocimiento podrá, en función de la Constitución que se trate, darse a través de la acción legislativa (Argentina y Portugal), por decisión judicial (como ha sido generalmente en Brasil, en tema de uniones estables y adopción de niños) o por aplicación de los remedios constitucionales (caso de Colombia donde la Corte Suprema validara estas uniones). Es, por supuesto, posible la interacción

(228) Sobre la evolución de la modernidad “sólida” y “pesada” para una modernidad “ligera” y “líquida” y, por tanto, más dinámica Vide BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Plinio Dentzien (trad.), Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 6 y ss.

(229) Los términos “homoafectividad” y “uniones homoafectivas” fueron creados por la jurista brasileña Maria Berenice Dias a finales de los años 90 y publicado por primera vez en 2000 en la primera edición de su obra *União homossexual: o preconceito & a justiça*.

(230) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídicas. Lisboa: 2010, disponible en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, p. 18.

(231) Ley 26.618, 21 de julio de 2010.

(232) Promulgada el 17 de mayo de 2010, la ley cambió la redacción de artículos 1577, 1591 e 1690 y revocó la línea e) del artículo 1628 del Código Civil.

entre los dos niveles. En una sociedad con una Constitución escrita como la nuestra, los argumentos filosóficos-jurídicos pueden inspirar al magistrado en la interpretación de las disposiciones constitucionales⁽²³³⁾.

Tenemos que recordar que cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos **no debe y no puede** concertarse en la discriminación arbitraria, como en el caso de la discriminación por razón de sexo o por orientación sexual.

6. La homosexualidad y la protección constitucional

6.1. Principio de la dignidad humana

Es el principio máximo, superprincipio, macroprincipio o principio de principios.

Aparece en el primer artículo de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Fácilmente puede argumentarse que el principio de la dignidad es hoy una de las bases de apoyo de los sistemas jurídicos modernos. Es impracticable reflexionar sobre los derechos desconectados del concepto y de la idea de dignidad⁽²³⁴⁾. Se afirma en la doctrina que “la dignidad humana es la premisa de la idea de la justicia humana, porque es ella que dicta la condición superior del hombre como ser de razón y sentimiento”⁽²³⁵⁾.

La noción de la dignidad humana incluye el núcleo existencial que es esencialmente común a todos los seres de la raza humana, el núcleo duro como también lo llaman. Debemos, con respecto a la dimensión personal de la dignidad, tener la obligación general de respetar, proteger y descalificar cualquier procedimiento, comportamiento o actividad que **cosifique** el individuo⁽²³⁶⁾. La dignidad es contraria a todo precepto de **reificación** del ser.

Según Ingo Wolfgang Sarlet⁽²³⁷⁾, la dignidad es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, envolviendo un complejo de derechos y

(233) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 19.

(234) Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social”. En: *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma Nova Epistemologia*. Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (orgs.), Imago, Rio de Janeiro, 2003, p. 155.

(235) ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. “O princípio da dignidade humana e a exclusão social”. En: *Anais da XXVI Conferência Nacional dos Advogados - Justiça: realidade e utopia*, OAB - Conselho Federal, Vol. I, pp. 69-92, Brasília, 2001, p. 72.

(236) Cfr. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*, Atlas, São Paulo, 2008, pp. 70 y 71.

(237) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, p. 60.

deberes fundamentales que garantizan su desenvolvimiento contra cualquier acto de trato inhumano o degradante así como las condiciones mínimas para una vida sana, facilitando y haciendo posible la promoción de su participación activa y corresponsables en el destino de su propia existencia y la vida en comunión con los otros seres humanos.

En la estructuración de la individualidad de la persona, su sexualidad representa una medida básica para la constitución de su propia subjetividad, sustento indispensable para reforzar la capacidad para el libre desarrollo de la persona y donde puede enmarcar lineal y profundamente su proyecto de vida. Por tanto, las cuestiones relativas a la orientación sexual se relacionan estrechamente con el apoyo de la dignidad humana⁽²³⁸⁾. Habitualmente, el problema surge en relación con la homosexualidad en vista del “carácter homofóbico y heterosexista que caracteriza a casi todas las complejas sociedades contemporáneas”⁽²³⁹⁾.

En este sentido, dice Roger Raupp Rios⁽²⁴⁰⁾, frente a estos elementos se concluye que el respeto de la orientación sexual es punto fundamental para la afirmación de la dignidad humana y no es aceptable, jurídicamente, que prejuicios puedan legitimar restricciones de derechos y servir para fortalecer estigmas sociales y el pisoteo de los fundamentos constitucionales de un Estado democrático. Conectada la relevancia del respeto a la orientación sexual con el objeto de protección del principio constitucional de la dignidad humana hay que tener en cuenta su papel en la solución de las cuestiones jurídicas relacionados con la homosexualidad.

En nombre del principio de la dignidad humana, entre otros, como veremos más adelante, es necesario que se concedan los mismos derechos a los homosexuales, como el matrimonio, el derecho a la paternidad, al final, el derecho de asumir su orientación sexual sin el miedo del rechazo y de la exclusión social.

6.2. Principio de la libertad

También denominada autodeterminación (*selfdetermination*).

Es el valor supremo del ser humano, siendo este el único animal que la posee. Implica aquella capacidad que tiene el sujeto para realizarse con autonomía dentro de sus relaciones sociales. Permite actuar sin restricciones, siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras tomando en consideración que, como derecho, está ligado al interés social. Además, los derechos de la persona tienen necesariamente como punto de partida el reconocimiento del hombre

(238) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., pp. 54 y 55.

(239) RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, p. 91.

(240) *Ibidem*, pp. 94 y 95.

como ser libre⁽²⁴¹⁾. En la feliz afirmación de Paulo Dourado de Gusmão, “el hombre es, en esencia, libertad”⁽²⁴²⁾.

La importancia de la libertad en el Perú es pronto encontrada en la primera parte del inciso 1, del artículo 2 de la Constitución donde se establece que “toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar”. Uno puede preguntarse, entonces:

- ¿Puede hablarse de la libertad en la vida sexual?
- ¿Es posible que los individuos dispongan de sí mismos en esta zona?

Se podría decir que sí. Todos pueden llevar sus vidas como lo crean conveniente. El paternalismo, una vez vigorizante en varias jurisdicciones, no tiene más lugar en los sistemas legales. Se puede asesorar, podemos recomendar, pero no puede imponerse a un individuo qué hacer con su vida. Deberes para consigo mismo no pueden imponerse, solo los deberes para con los demás se exigen.

En el presente estudio, el principio de la libertad puede traducirse en el libre poder de elección y la autonomía en el acto de constitución, realización o terminación de una entidad familiar, sin coacción de la sociedad ni de la propia legislatura. También puede ser concebido como la libertad de acción, basada en el respeto de la integridad moral, psíquica y física.

En este ámbito específico de la homoafectividad puede afirmarse que el principio de libertad está, en el sentido que cualquier persona tiene la prerrogativa de escoger su pareja, independientemente de su sexo, como el tipo de entidad que desea constituir. En palabras de Maria Berenice Dias⁽²⁴³⁾, en vista del principio de la libertad, se garantiza el derecho a formar una relación de pareja, una unión estable heterosexual u homosexual. Existe libertad de disolver el matrimonio o la unión estable, como el derecho de reconstruir nuevas estructuras de convivencia.

La sexualidad es un derecho de primera generación, tanto como la igualdad y la libertad, que incluye el derecho a la libertad sexual, junto con la igualdad de tratamiento, independientemente de orientación sexual. Es una libertad individual, un derecho de la persona humana y es, como todos los derechos de primera generación, inalienable e imprescriptible. Este es un derecho natural que acompaña al individuo desde su nacimiento⁽²⁴⁴⁾.

(241) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las Personas*. 10ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 36 y ss.

(242) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*, 8ª ed., rev. e atual., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 127.

(243) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 61.

(244) En este sentido, véase DIAS, Maria Berenice. “Liberdade sexual e direitos humanos”, Em: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis* - Anais do III Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 85.

Según Rodrigo da Cunha Pereira, “la verdadera libertad y el ideal de justicia están en las jurisdicciones que proporcionan un Derecho de familia a comprender la esencia de la vida: dar y recibir amor”⁽²⁴⁵⁾. Después de todo la libertad es la posibilidad de una coordinación consciente de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y la realización de la felicidad personal. En este concepto se encuentran todos los elementos subjetivos y objetivos esenciales de la idea de libertad. Es el poder de actuar. No dejar de ser resistencia a la opresión. No se dirige contra, pero sí en la persecución, en busca de algo que es la felicidad personal –que es circunstancial y subjetiva– colocando la libertad, por su propósito, en simetría y armonía con la conciencia e interés de cada persona. Todo aquello que implique bloquear la posibilidad de una coordinación de los recursos es contrario a la libertad⁽²⁴⁶⁾.

6.3. Principio de la igualdad

Llamada isonomía. 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⁽²⁴⁷⁾. En la Constitución Política del Perú este principio se encuentra en la primera parte del inciso 2, del artículo 2.

La igualdad está visceralmente relacionada con el principio de la libertad. Solo hay libertad, si existe igualdad. Como dice Maria Berenice Dias “si no hay el presupuesto de la igualdad, habrá dominación y sumisión, no la libertad”⁽²⁴⁸⁾. Con las palabras de Chaim Perelman uno puede extraer el verdadero significado de la igualdad: “La idea de justicia, sugiere para todos, inevitablemente, la idea de igualdad segura”⁽²⁴⁹⁾. Por cierto, esta es la misma línea de pensamiento adoptada por San Tomás de Aquino quien sostiene que la justicia coincide exactamente con la igualdad⁽²⁵⁰⁾.

Los beneficiarios del principio de la igualdad son los órganos de aplicación de la ley, los órganos de creación de la misma ley, así como los titulares

(245) PEREIRA, Rodrigo da Cunha: “Familia, direitos humanos, psicanálise e inclusão social”. Ob. cit., 2003, p. 161.

(246) En este sentido, véase SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 69.

(247) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

(248) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 61.

(249) PERELMAN, Chaim apud GARCIA, Maria da Glória F.P.D: *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29.

(250) GARCIA, Maria da Glória F.P.D: *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Ob. cit., p. 33.

de derechos. La igualdad no solo se refleja en el igual uso de la ley, sino también en la creación de un Derecho unívoco para todos⁽²⁵¹⁾.

Tratamiento diferenciado solo puede existir en la ocurrencia de una base racional para justificarla. A falta de razones válidas o si ello fuera insuficiente se debe entender que, en virtud de la igualdad, debe aplicarse el mismo régimen jurídico en todas las situaciones.

La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo por existencia de dispositivo legal⁽²⁵²⁾ o por omisión en el sistema jurídico⁽²⁵³⁾ es, en principio, inconstitucional. Como dice el jurista portugués Pedro Múrias⁽²⁵⁴⁾ viola la igualdad de la persona, respecto de la ley que hace que la aplicación de una norma sea dependiente de la homosexualidad o heterosexualidad.

En virtud del principio de igualdad, consagrado en la Constitución del Perú, puede decirse que toda diferencia debe ser fundamentada, tener una lógica y una racionalidad compatible con los cánones establecidos en la Carta Magna. Partiendo de estos presupuestos, cualquier discriminación o diferenciación de trato puede considerarse inconstitucional.

La pregunta es, por lo tanto:

- ¿El impedimento al acceso de los homosexuales en la institución del matrimonio es una distinción que tiene razón de ser racional?

6.3.1. Principio de no discriminación por razón de sexo

A pesar de la ausencia en la Constitución del Perú, así como en la Constitución de Brasil (a diferencia de la portuguesa)⁽²⁵⁵⁾, de un dispositivo para sellar de forma explícita la discriminación por orientación sexual, podemos incorporarla en la restricción a la discriminación por razón de sexo, siendo que ambas se refieren al ámbito de la sexualidad⁽²⁵⁶⁾. Es de señalarse que la discriminación sexual

(251) ALBUQUERQUE, Martim. *Da igualdade* / Eduardo Vera Cruz (colab.) Almedina, Coimbra, 1993, p. 73.

(252) Como fue en Portugal hasta el 2010. Antes de la aprobación del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, estos matrimonios eran considerados inexistentes, conforme lo mandaba el literal e) del artículo 1628 del CC.

“Artigo 1628.- (Casamentos inexistentes)

É juridicamente inexistente:

(...)

e) *O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo*”.

(253) Como es el caso de Brasil.

(254) MÚRIAS, Pedro. “Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, em MÚRIAS, Pedro y NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?* Entrelinhas, Lisboa, 2008, p. 19.

(255) CRP, art. 13, 2: Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

(256) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 61.

es un delito tipificado en el Código Penal (art. 323)⁽²⁵⁷⁾ pero que, curiosamente, la L. 28983⁽²⁵⁸⁾ denominada de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en materia de homoafectividad se contraponen a lo establecido al signar la igualdad de oportunidad solo para el hombre o la mujer. Finalmente, no es cuestión de sexo, de hombre o mujer, es cuestión de género.

Es posible señalar que la discriminación basada en la orientación sexual, configura una hipótesis de diferenciación basada en el sexo de la persona a la cual uno dirige su afecto, una vez que la caracterización de una u otra orientación sexual es una consecuencia de la combinación de los sexos de las personas involucradas en la relación.

Bien instructivo es el ejemplo de Roger Raupp Rios: “Así, Pedro sufrirá o no discriminación por orientación sexual precisamente por el sexo de la persona a quien conduce el deseo o la libido. Si dirigida a Paulo, sufrirá discriminación, ya si sea directa a María, sufrirá dicha diferenciación. Los diferentes tratamientos en este contexto tiene su razón de ser en el sexo de Paulo (igual a lo de Pedro) o de María (lo opuesto de Pedro). Este ejemplo ilustra claramente cómo la discriminación por orientación sexual representa una hipótesis de la discriminación por razón de sexo”⁽²⁵⁹⁾.

Hay que recordar que la falta de disposición expresa en la Constitución peruana no establece ningún impedimento para el reconocimiento de la prohibición a la discriminación por orientación sexual, ya que la segunda parte del inciso 2 del artículo 2 de la Ley Mayor prohíbe que nadie debe ser discriminado por los motivos enumerados “o de cualquiera otra índole”. Esta idea es seguida en Brasil, una vez que la parte final del artículo 3, IV de la Constitución brasileña prohíbe expresamente “cualquier otra forma de discriminación”, además de las listadas.

(257) Artículo modificado por el artículo único de la Ley N° 28867, publicada el 9 agosto 2006, cuyo texto es el siguiente:

“Discriminación

Artículo 323.- 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 la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental”.

(258) DOEP., 16/03/2007.

(259) RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Ob. cit., p. 72. Utiliza un ejemplo muy similar, con la misma justificación el jurista norteamericano Evan Gertsman. Cfr. GERSTMANN, Evan. *Same-sex marriage and the Constitution*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2008, p. 16.

Es imperativo tener en cuenta que las prohibiciones de diferenciaciones tienen su base en el enunciado general del principio de igualdad. No podemos sostener la obligatoriedad de la expresa enunciación de la veda a la discriminación. Por último, se puede decir que es errónea la comprensión que requiere la taxatividad de los criterios prohibitivos de diferenciación⁽²⁶⁰⁾.

6.4. Derecho a la identidad

La identidad es todo aquello que caracteriza y diferencia a una persona de otra.

Como derecho fundamental está tutelado por la dignidad. Se relaciona con el nombre, el derecho al conocimiento del origen y del patrimonio genético. Sin la menor duda, la orientación sexual es parte de la identidad. La sexualidad es un elemento personal, individual y constituye parte esencial del sujeto, así como la raza o el origen étnico. Es una característica personal inmutable, independiente del control de la persona.

Como se ha demostrado, la relación entre la protección de la dignidad de la persona y la orientación homosexual es directa. El respeto a los rasgos constitutivos de la individualidad se encuentra establecido en nuestra Constitución cuando se reconoce el derecho a la identidad en el artículo 2, inciso 1 como un elemento central en la vida social que marca el concepto de un Estado democrático ofreciendo a los ciudadanos no solo la abstención de invasiones infundadas en su ámbito personal, sino que ofrece la promoción efectiva y positiva de sus libertades⁽²⁶¹⁾.

Considerar la posibilidad de prejuicios, desprecios o la falta de respeto hacia una persona debido a su orientación sexual sería ofertar un tratamiento indigno. Bajo ninguna circunstancia debe hacerse caso omiso del estatus de la persona, ello es esencial para su identidad, que incluye la orientación sexual, como si en esta cuestión no habría relación con la dignidad humana⁽²⁶²⁾.

Como un subproducto de la dignidad humana y, como desdoblamiento del derecho general a la identidad, la identidad sexual del individuo y su orientación sexual debe ser respetada al gozar de protección originaria de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

La homosexualidad es parte de la identidad, es inherente a la persona (como tener ojos verdes o marrones, ser zurdo o diestro, etc.). La identidad sexual debe ser vista como una clave central para el libre desarrollo de la persona humana y la

(260) En este sentido véase RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. Ob. cit., p. 132.

(261) Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Almedina, Coimbra, 1987, p. 210.

(262) Cfr. RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Ob. cit., 2001, p. 92.

orientación sexual no debe ser un problema de opción, de elegir, es algo que está en las “profundas raíces de la sexualidad humana”⁽²⁶³⁾.

7. La declaración de los derechos sexuales y los derechos humanos

Durante el XIII Congreso Mundial de Sexología (Valencia, 1997) se redactó la Declaración de los Derechos Sexuales, siendo aprobada y refrendada⁽²⁶⁴⁾ por la Asamblea General de la WSA - *World Association for Sexual Health* en el XIV Congreso Mundial de Sexología, (Hong Kong, 1999).

La Declaración antes de enumerar los derechos sexuales afirma que: “La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, afecto, amor. La sexualidad se construye a través de la interacción entre los individuos y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el desarrollo individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad inherente, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. La salud sexual es un derecho fundamental, debiendo ser un derecho humano básico. A fin de asegurar que los seres humanos y las sociedades desarrollan una sexualidad saludable, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados, defendidos por todas las sociedades en todos los sentidos. La salud sexual es el resultado de un ambiente que reconoce, respeta y ejerce estos derechos sexuales”⁽²⁶⁵⁾.

Consta de once puntos, a saber:

1. Derecho a la libertad sexual: La libertad sexual implica el respeto a la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, excluyendo todas las formas de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de vida.
2. Derecho a la autonomía sexual, integridad sexual y la seguridad del cuerpo sexual: Este derecho incluye la capacidad de una persona para tomar decisiones autónomas sobre su propia vida sexual en un contexto de ética personal y social. También abarca el control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.

(263) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Derecho y homosexualismo en el Derecho Comparado”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas* / Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 29.

(264) DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª ed. rev. e atual., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, pp. 70 y 71.

(265) WSA. “Declaración de los Derechos Sexuales”. Disponible en: <<http://www.worldsexualhealth.org>> (acceso, agosto 2010).

3. Derecho a la privacidad sexual: El Derecho a las decisiones y conductas individuales sobre la intimidad, que no interfieran en los derechos sexuales de otros.
4. Derecho a la igualdad sexual: La libertad de toda forma de no ser discriminada, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión, discapacidad mental o física.
5. Derecho al placer sexual: El placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.
6. Derecho a la expresión sexual: La expresión sexual es más que el placer erótico o los actos sexuales. Todas las personas tienen derecho a expresar su sexualidad mediante la comunicación, contacto, la expresión emocional y el amor.
7. Derecho a la libre asociación sexual: Significa la posibilidad de casarse, divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables.
8. Derecho a opciones reproductivas libres y responsables: El derecho a decidir sobre tener o no hijos, el número y el espaciamiento entre ellos y el derecho total a los métodos de regulación de la fecundidad.
9. Derecho a la información basada en el conocimiento científico: La información sexual debe ser generada a través de procesos científicos y éticos y tener la difusión apropiada en todos los niveles de la sociedad.
10. Derecho a la educación sexual inteligible: Es un proceso que dura toda la vida, desde el nacimiento y debería involucrar a todas las instituciones sociales.
11. Derecho a la salud sexual: La idea de que la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas sexuales, preocupaciones y trastornos.

Los derechos humanos, a pesar de toda la lista normativa que ofrece compatibilidad con esta idea, no han sido eficaces para proteger a los homosexuales como seres humanos y mucho menos como una categoría que es considerada erróneamente desviada, desde el punto de vista ortodoxo de la sexualidad⁽²⁶⁶⁾.

Para un modelo de comprensión democrática de los derechos sexuales o de un **derecho democrático de la sexualidad**, como lo llama Roger Raupp Rios⁽²⁶⁷⁾, es necesario considerar la relación entre ciudadanía, democracia, derechos humanos y derechos sexuales. Como dice el autor, cada vez más el individuo es concebido como sujeto de derechos lo que va mucho más allá de “pertenecer” a una nacionalidad. Sin embargo, la sexualidad se presenta como uno de los avances más controvertidos y difíciles. Desde el punto de vista jurídico, los conceptos de derechos

(266) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 66.

(267) RIOS, Roger Raupp. “Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade”. En: *Em defesa dos direitos sexuais / Roger Raupp Rios (org.)*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, pp. 14-15.

reproductivos y derechos sexuales han generado toda una discusión. A pesar de los progresos, razones teóricas y prácticas recomiendan avanzar más. Para ello, debemos desarrollar un “derecho democrático de la sexualidad”, es decir, un estudio desde la perspectiva de los derechos humanos y los derechos constitucionales fundamentales, de las diversas normas jurídicas cuyo ámbito de protección prestan atención a las diversas manifestaciones de la sexualidad humana.

8. La reestructuración de la familia: las nuevas realidades familiares y la familia homoafectiva

El término familia ha venido sufriendo grandes cambios. Ha venido encontrando su contenido real. De hecho, la familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad, cambiando de acuerdo con los nuevos logros de la humanidad y descubrimientos científicos, no siendo creíble o permitido, que sea sometida a ideas estáticas o valores ligados a un pasado lejano. En las palabras de Cristiano Chaves de Farias “es una realidad viva, adaptada a los valores actuales”⁽²⁶⁸⁾.

La familia moderna es el resultado de un vínculo afectivo donde se elevan los sentimientos de solidaridad, lealtad, respeto y cooperación. Es un organismo compuesto de elementos jurídicos, éticos y morales. Podemos llamar a la familia como una **comunidad de afecto y de ayuda mutua** donde lo que cuenta es la intensidad de las relaciones personales de sus miembros⁽²⁶⁹⁾. Como complemento de esta idea, dice Giselda Hironaka, que la familia es el lugar donde se pueden integrar los sentimientos, esperanzas y valores y el camino hacia la realización del proyecto para la felicidad personal⁽²⁷⁰⁾, lo que damos en llamar nosotros el proyecto de vida.

La exclusión de ciertas clases de familia repercutiría en aquellos que se integran por opción o circunstancias de vida, comprometiendo la realización del principio de dignidad de la persona en aquellos casos en que la norma o los fallos superpongan intereses colectivos sobre los personales. Ciertas personas creen en el matrimonio, otras no. Otras prefieren la convivencia, como prueba previa a la formalización. Quienes fracasan en algunas de estas formas de constituir familia lo vuelven a intentar, confiando en fórmulas naturales, como es el ensamblaje familiar o las individuales familiares, como la familia monoparental⁽²⁷¹⁾.

Las familias y su diversidad actual no pueden ser consideradas como anomalías dentro del típico concepto de familia. Debemos tender a su tratamiento,

(268) FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Ob. cit., p. 4.

(269) En este sentido Cfr. MUNIZ, Francisco José Ferreira y OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed., Juruá, Curitiba, 1999, p. 13.

(270) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Família e casamento em evolução”. En: *Revista Brasileira de Direito de Família*, N° 1, Abr. / Jun., IBDFAM/ Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 8.

(271) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Ob. cit.

aceptando la realidad sin ponernos una venda en los ojos, ni renegar por aquello no comprensible ni comprensible para quienes viven de las añoranzas sustentadas en que todo tiempo pasado fue mejor.

Las familias están en un constante devenir. De la sociabilidad a la individualidad. Del querer y aprecio, a la autosatisfacción y desarrollo personal, un espacio ya no de dos, sino, por el contrario, un espacio unipersonal. Dos polos contrapuestos que son la forma como las personas tratan de comprenderse y relacionarse con los demás.

Pero,

- ¿Las uniones homoafectivas?
- ¿Pueden considerarse como familias?

Por supuesto que sí.

En este tipo de familia prima la libertad de relacionarse sin tener en cuenta la diversidad de sexos, solo interesa el afecto de las personas que quieren compartirse. Se reconoce la convivencia plena e irrestricta a través de diversas formas (sociedad de hecho, unión civil, parcerias domésticas, parcerias registradas, pacto de solidaridad y matrimonio).

En un inicio, la legislación comparada aplicó criterios de derechos reales, de las obligaciones y la teoría de los contratos para solucionar los problemas derivados de las uniones convivenciales, pero dichas reglas resultaban insuficientes. Era convocada la justicia para resolver las cuestiones patrimoniales, con el único deseo de evitar el enriquecimiento indebido, inicialmente se relacionó la familia con una relación de naturaleza laboral: de la labor al amor.

Después, la práctica judicial permitió la partición de los bienes teniéndola como una sociedad de hecho siendo, por el contrario, una sociedad de afecto⁽²⁷²⁾. En estos días en Brasil se aplican por analogía las normas de la unión estable, toda vez que terminan siendo más acordes. Se discute la legitimidad del matrimonio entre homosexuales, sus derechos sucesorios, el derecho de habitación, los gananciales, bienes de familia y representación conyugal. Entre todos los institutos que están estandarizados en el sistema jurídico brasileño es evidente la similitud entre la unión estable y la unión homoafectiva. La doctrina mayoritaria y gran parte de la jurisprudencia⁽²⁷³⁾ están por seguir el camino de la aplicación de las normas

(272) DIAS, Maria Berenice y CHAVES, Marianna: “As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal”. En: *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n. 9, Janeiro/Junho, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, Coimbra, 2008, p. 40.

(273) Apelação. união homossexual. reconhecimento de união estável. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência,

relativas a las uniones estables a las uniones homoafectivas, aplicando las reglas de la analogía. Un hecho puede darse por sentado. La unión homoafectiva es legislativamente reconocida como una entidad familiar, después que la Ley Maria da Penha⁽²⁷⁴⁾ incluyera expresamente en el concepto de familia las uniones entre personas del mismo sexo.

En nombre del principio de la dignidad humana, la libertad y la igualdad debe considerarse a las uniones homoafectivas como familias, independientemente del ajuste legal en el Perú.

9. Matrimonio homosexual en el Perú

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú dice que: “La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”. El artículo 234 del Código Civil define el matrimonio como : “(...) 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”.

La restricción al matrimonio de los homosexuales tiene toda una tendencia, en contra y a favor.

9.1. Posición tradicional (en contra)

Los propulsores de esta tendencia consideran que el matrimonio es la unión entre varón y mujer. Es ese **entre** (uno con otro) clave para delimitar a los actores del casamiento. De realizarse, alegan que se trataría de un acto jurídico nulo al ser contrario a las leyes que interesan al orden público (art. V, del Código Civil).

Esta fue la posición asumida hace un tiempo. En esos momentos consideramos⁽²⁷⁵⁾ que, curiosamente, el matrimonio pierde más sentido para los heterosexuales mientras que los homosexuales reclaman voz en cuello la facultad de matrimoniarse. Vivimos la cultura de la contradicción, caos y desorden. Quiero ser parte de lo que no soy parte. Pequeña contrariedad que se traduce en la falta de institucionalidad e identidad. Es cierto, toda persona tiene derecho a conformar una familia (quién lo niega), pero existen variadas formas de satisfacer ese deseo. El matrimonio no es la única. La liberación de la conducta humana no puede llegar a descomponer figuras jurídicas. Regular nuevas necesidades humanas (no es solo

as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. Negaram provimento ao apelo, por maioria. (TJRS, 8ª C. Cível, AC 70021085691, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 04/10/2007).

(274) Brasil, Ley 11340, del 7 de agosto de 2006.

(275) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “(Cuando el amor es puro... y la ley también). Reglando el amor de unos(as). Animadversiones de una ley amatoria”. En: *Legal Express*, año 3, N° 33, setiembre de 2003, p. 19; “Reglando el amor de unos(as). Animadversiones de una ley amatoria”. En: *El Comercio*, 7 de noviembre de 2003, A.4; “Cuando el amor es puro... y la ley también”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 122, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

una posibilidad), es una necesidad que se puede realizar actualizando conceptos, pero no vaciando su contenido natural. Ser partícipes de un cambio es importante, pero lo más significativo es actuar con respeto, no con desenfreno. El matrimonio es para el varón y la mujer (punto). Convertidos en una sola carne se les llama cónyuges (*unitas carnis*).

Etimológicamente el término matrimonio viene del latín *matrimonium*, derivado de *mater - tris*, raíz que significa “madre”. Es el oficio de madre, dada las mayores fatigas que sufre en la propagación de su estirpe. Aquí viene parte de las pautas de delimitación a fin de delimitar a sus beneficiarios. Y es que procreación y descendencia son finalidades esenciales de esta institución natural (no digo las únicas). La complementariedad de sexos es por demás indispensable. Llevar la rienda conyugal es una labor heterosexual. La ideología de las uniones personales viene tendiendo a asimilar el matrimonio a otras emociones individuales. En esta línea argumenta Graciela Medina⁽²⁷⁶⁾ que cualquiera que sea el método de interpretación que se utilice –gramatical, sociológico, teleológico, lógico, integrador–, no es posible aceptar que el derecho a casarse pueda ser extendido a personas de igual sexo y que el derecho a casarse regulado en el derecho positivo infraconstitucional admite reglamentaciones limitativas, siempre que estas no sean arbitrarias.

La ley no prohíbe el amor entre machos, ni entre hembras, al menos la nuestra. Amar es lo más puro que hacemos (sin condiciones, formas, al margen, solo es necesario entregarnos). Pero del amor surge el compromiso. Cedemos derechos y, por si fuera poco, aumentan nuestras obligaciones. Él puede más que la libertad individual, es un límite a ella, pero qué nos “entrega”: al ser amado. ¿Cómo garantizo el producto del amor? Los amantes necesitan protección. He aquí el problema. La sociedad ha desbordado los viejos cánones de las relaciones sentimentales. Se busca formalizar los sentimientos. No por capricho, esa no es la razón, sino por necesidad. Es justo dar seguridad a las nuevas relaciones humanas sin perjudicar las normas de convivencia.

La unión de personas del mismo sexo es una realidad. El ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones homosexuales⁽²⁷⁷⁾. No podemos ser ajenos y menos hacernos de la vista gorda. El Derecho facilita opciones. Se puede elegir varias maneras de proteger las relaciones derivadas de este amor: 1) Las regulamos expresamente; 2) Aplicamos los principios jurídicos y las normas existentes o; (para variar), 3) No hacemos nada. La segunda opción es un mecanismo convincente y efectivo de solución tomando en cuenta que buscamos ofrecer seguridad y protección. En primer lugar pensemos en lo que hay que proteger. Vayamos por lo esencial (un poco difícil, pero es un decir) el

(276) MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 274.

(277) *Ibidem*, p. 273.

patrimonio. Toda pareja dispone de bienes, desde los más esenciales hasta los más suntuosos. Al no existir matrimonio, y menos sociedad de gananciales, la propiedad será de quien la adquiera. No se aplica la presunción muciana. Entonces deben de comprar ambos a efectos de que lo adquirido se rija por las reglas de copropiedad. Ilustrar, reenseñar a las parejas que las adquisiciones sean en conjunto (él con Marte o ella con Venus) es la forma de salvaguardar el aspecto económico. Los alimentos pueden concretarse a través de un convenio en el que exista el compromiso *in pecuniae* o *in specie*, o a futuro en un contrato de renta vitalicia. La herencia a través del legado, entonces el faccionamiento del testamento, en fecha oportuna, permitirá la participación de la pareja en los bienes al momento de la muerte del otro(a). Si nada resulta, quedan la acción de enriquecimiento indebido o la de daños. Recrear los actos jurídicos en las necesidades de los amantes es la mejor elección. Cada quien con lo que busca, cada cual con su aspiración. Tanto sirve una manta para abrigar, como el Derecho para proteger, ambos cumplen una función real, la cuestión es encontrar su utilidad, sin degenerar sus finalidades. Cuando hace frío a todos nos corresponde una manta. Pero cuando decido ir al frío (sin abrigo) es probable que no encuentre manta disponible, entonces deberé tomar la debida precaución.

Para qué quieren casarse quienes están impedidos. El amor homosexual no es prohibido, es un amor al margen de la ley. La naturaleza nos ha formado **de a dos complementarios**. La sabiduría de la naturaleza nos permite encontrar nuestro par sexualmente complementario (la espada y espejo de los dioses mitológicos están equilibrados). Un buen contrato, acaso, no aseguraría las relaciones sentimentales de aquellos que no pueden matrimoniarse. A buen entendedor pocas palabras. La felicidad puede obtenerse a través de la libertad contractual siendo creadores, la pareja dispareja optará por sus necesidades de acuerdo a su tipo de amor. (Que nadie duda que sea puro como el ser humano).

Lo prohibido siempre será tentación (...) lo demás es mera ilusión.

9.2. Posición moderna (a favor)

La ley peruana es por demás explícita en la definición de matrimonio, la unión concertada entre un varón y una mujer, y no deja lugar a dudas.

La pregunta que surge es:

- ¿Este dispositivo puede tener un indicio de inconstitucionalidad?

Al parecer, sí.

La Constitución Política del Perú en su artículo 2, inciso 2 prohíbe la discriminación basada en motivo de sexo que, como ya se explicó, conduce a una discriminación por orientación sexual, así como también prohíbe cualquier y todas las demás formas de discriminación. El artículo 4 de la Constitución consagra el derecho fundamental a contraer matrimonio. Nos parece estar allí la base para la

discusión de la inconstitucionalidad de los dispositivos infraconstitucionales que hacen a la heterosexualidad un presupuesto para el matrimonio.

Es verdad que la propia Constitución dice que: “La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”, lo que al parecer es una referencia al Código Civil, siendo este el que, finalmente, establezca quién puede o no casarse, y en su caso con quién hacerlo. Sin embargo, como señala Isabel Moreira⁽²⁷⁸⁾, la Ley Fundamental debe ser leída sin las gafas de la ley ordinaria vigente debiendo tener en cuenta el interés individual que trascienda en una paz colectiva sustentada en igualdad de oportunidades de ser feliz.

Debe tenerse en cuenta que la Constitución peruana establece el principio de promoción del matrimonio, pero no ofrece una definición, ni establece quién puede ser parte activa de un matrimonio. Mientras que el artículo 234 del Código indica que el matrimonio es la unión entre un varón y una mujer. Sin embargo, es fundamental recordar y hacer hincapié en que la ley ordinaria debe seguir lo establecido por la *Lex Fundamentalis* y no el revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho. Como dice Jorge Duarte Pinheiro⁽²⁷⁹⁾, no se puede sacar el diseño constitucional basado en la ley ordinaria, ya que ello equivaldría a un error metodológico grave, la inversión de la jerarquía de los actos normativos.

Por lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución se supone que toda diferenciación jurídica sustentada en la orientación sexual es inconstitucional. Además, **a priori**, afrenta la isonomía toda ley que supedita su aplicación a la orientación sexual de la persona en cuestión. Por tanto, la restricción del matrimonio entre personas del mismo sexo es, en principio, inconstitucional al no tener argumentos claros y concluyentes para justificar la diferenciación.

Esto es lo que sucede con la posición de muchos juristas, quienes afirman que el matrimonio homosexual está prohibido por el Derecho Civil, y punto. Sin embargo, ¿dónde está el argumento, la justificación de esos supuestos? ¡Dizque en la tradición!, o acaso, en la conceptualización que ofrece el derecho infraconstitucional. Tales argumentos son, por lo menos, débiles e insuficientes⁽²⁸⁰⁾.

Debe existir una lectura de la ley ordinaria de conformidad con los dictados constitucionales, de lo contrario, existirá una inversión metodológica grave. El camino a seguir debe ser: apreciar lo que el Código Civil dice acerca de la

(278) MOREIRA, Isabel. “Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577 do Código Civil e da alínea e) do artigo 1628 do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente”, em PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos; MOREIRA, Isabel y DUARTE D’ALMEIDA, Luís. *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil*. Almeida, Coimbra, 2008, pp. 36-37.

(279) PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. AAFDL, Lisboa, 2008, p. 100.

(280) CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 191.

esencia del matrimonio y, posteriormente, discutir su conformación con la Carta Magna. Como se ha señalado Carlos Pamplona Corte-Real⁽²⁸¹⁾ es la única manera de legitimar el régimen establecido por el Código Civil.

9.3. Posición intermedia

Considera Claudia Canales⁽²⁸²⁾ que quizá más adelante el Principio de Promoción del Matrimonio decaiga en trascendencia frente al Principio de Reconocimiento, Protección, Amparo y Tutela de otras formas de unión intersexual en aras de la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual. Más aún, quizá posteriormente en nuestro medio el matrimonio civil, a pesar de la fuerte influencia religiosa de la que ha estado tradicionalmente premunido, abra sus puertas a las uniones homoafectivas para reconocer como plenamente existente un acto matrimonial entre estas parejas. Pero todo ello implicaría una variación paulatina de nuestro orden público y buenas costumbres que permitan una aceptación en gran parte generalizada de tal situación. Y en este sentido, consideramos que los matrimonios homoafectivos si bien incrementan poco a poco su aceptación, todavía no cuentan con el suficiente apoyo en la sociedad peruana para que se vuelvan una realidad y se generan las modificaciones normativas necesarias para incorporarlos en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez que la sociedad peruana reconozca y legitime a las uniones homoafectivas y estas sean aceptadas dentro de nuestro orden público y las buenas costumbres, presupuesto indispensable de cualquier introducción o modificación legislativa, consideramos que el primer paso podría ser el reconocimiento de mayores derechos extrapatrimoniales y patrimoniales o incluso modificar el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le brinda a las uniones de hecho a fin de que se puedan incorporar a esta institución a las uniones homoafectivas.

10. Matrimonio homosexual en Brasil

En primer lugar, cabe señalar que el Código Civil lleva a la conclusión, **a priori**, que el matrimonio es un instituto reservado exclusivamente a parejas heterosexuales a causa de los términos “hombre y mujer”, presentes en muchos dispositivos, como los artículos 1514, 1517, *caput*, y 1565 del Código brasileño.

Debe observar que eso es una presunción, puesto que el Código no tiene una definición del matrimonio como la unión entre el hombre y la mujer. La Constitución

(281) PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. “Da inconstitucionalidade do Código Civil - artigos 1577, 1628, alínea e), e disposições conexas - ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo”. En: PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos; MOREIRA, Isabel y DUARTE D’ALMEIDA, Luís. *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil*. Ob. cit., p. 23.

(282) CANALES TORRES, Claudia. “¿Matrimonio? ¿Uniones de hecho? ¿Uniones civiles? La homoafectividad en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 32, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 69-82.

Federal no prevé una definición explícita del matrimonio o que la diversidad de género es un requisito previo para la existencia de este. Se limita a determinar que los derechos y deberes de la sociedad conyugal serán ejercidos por igual, por hombres y mujeres⁽²⁸³⁾.

Pregunta: ¿La mera existencia de los términos hombre y mujer implica la denegación a los homosexuales de contraer matrimonio? Hay algunas corrientes sobre la cuestión: la que entiende que el matrimonio civil es solo y solo reservada a las parejas heterosexuales y aquella que menciona que el matrimonio entre personas del mismo sexo es inexistente⁽²⁸⁴⁾. En el mismo sentido, hay quienes sostienen que hay en el sistema legal brasileño una “prohibición implícita” al matrimonio homosexual.

Algunos argumentan que el matrimonio civil se limita a las parejas heterosexuales por omisión legislativa. Esta omisión puede ser salvada por la interpretación extensiva de la ley o la analogía y el matrimonio civil estaría abierto a los homosexuales. Hay quienes muestran una inconstitucionalidad manifiesta de los artículos citados *ut supra*, y que esas normas deben ser apartadas por el control difuso o concentrado de constitucionalidad, ofreciendo la posibilidad de los homosexuales a casarse⁽²⁸⁵⁾.

Gran parte de la doctrina brasileña es homogénea en cuanto a la indicación de las tres hipótesis de “inexistencia” del matrimonio, a saber: la falta de autoridad celebrante, la ausencia de consentimiento de las partes y la falta de diversidad de género de los contrayentes. Esta última cuestión es la que tiene una importancia fundamental a este tema.

El artículo 1514 del Código brasileño afirma que “el matrimonio tiene lugar en el momento en que el hombre y la mujer manifiestan ante el juez, el deseo de establecer la relación matrimonial, y el juez los declara casados”.

El fundamento de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria que sostiene la “no existencia” del matrimonio civil entre personas del mismo sexo se encuentran principalmente en la lectura del dispositivo anterior. Se comprende que debido a la ausencia de referencia expresa al matrimonio entre personas del mismo

(283) CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 194.

(284) La teoría del matrimonio inexistente fue creada por el escritor tedesco del siglo XIX, Zachariae, en comentarios al Code francés de 1804 que apareció en Alemania en el año 1808 y en 1839 fueron traducidos por Aubry et Rau. Más tarde, en 1911, la tesis fue desarrollada por Saleilles en un estudio similar. Cfr. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ob. cit. p. 129.

(285) Véase PACE, Maria Clayde Alves. “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional”. En: *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Eroulth Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.), Juruá, Curitiba, 2008, p. 207.

sexo la diversidad de género es una “condición de existencia” del matrimonio civil⁽²⁸⁶⁾. Nótese que incluso los defensores⁽²⁸⁷⁾ de la teoría de la inexistencia confirman que no está en el sistema jurídico brasileño el texto legal que consagra esta idea, lo que debería conducir a la eliminación automática de esa comprensión por ausencia de fundamento jurídico que la legitime. Situación distinta que sucede en Panamá y Costa Rica donde sus Códigos de Familia consideran que no pueden contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 34 y art. 14, inc. 6, respectivamente).

Podría argumentarse falazmente que los presupuestos de hecho de la existencia del matrimonio (entre ellos, la dualidad de los sexos) serían tan evidentes que prescindirían de toda referencia legislativa. Tal comprensión no debe prosperar por violar los principios de legalidad y seguridad jurídica. Además, el matrimonio entre personas del mismo sexo no está prohibido de manera explícita o implícita –como veremos– en el sistema jurídico brasileño; en la esperanza que tal acto no produzca efecto jurídico debe ser insertado en cualquier hipótesis de nulidad o anulabilidad bajo pena de no tener efecto jurídico alguno la supresión de las consecuencias jurídicas derivadas de ello.

La teoría del matrimonio inexistente en Brasil terminó siendo construida por la omisión legislativa y la negativa a otorgar validez a los matrimonios homosexuales, a pesar de la falta de prohibición en la ley para tales actos o un dispositivo legislativo para indicar la inexistencia del matrimonio, como ya fue el caso de Portugal. Es decir, en territorio brasileño es una construcción puramente doctrinal, sin apoyo legal⁽²⁸⁸⁾.

El argumento de la dualidad de los sexos como un requisito esencial para el matrimonio, no surte ningún efecto desde el momento que otras jurisdicciones han llegado a aceptar el matrimonio de dos personas, independientemente de su orientación sexual (puesto que hay autores que afirman que en **todas** las civilizaciones occidentales la diversidad de género es un elemento esencial del matrimonio). La

(286) Así se manifiesta Maria Helena Diniz, para quien, a pesar de la ausencia de referencia legislativa al respecto de la diversidad de sexo de los cónyuges, este es un requisito previo para la existencia del matrimonio. En opinión de la distinguida jurista, en el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo tendrá, además de un matrimonio que no existe, en sus palabras, una farsa, nada. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 40.

(287) En este sentido se manifiesta Sílvio Venosa, cuando dice que “incluso si el texto legal no proclama la diversidad de los sexos, esta es esencial para el matrimonio en todas las civilizaciones”. El autor añade que la unión matrimonial entre personas del mismo sexo solo tiene apariencia de matrimonio, y que la naturaleza de este defecto debe ser visto como la inexistencia del negocio jurídico, puesto que considera absurdo aceptar tal posibilidad como acto jurídico válido y eficaz. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., pp. 98-100. *Data máxima venia* en un primer punto el jurista está más que equivocado. En la civilización occidental hay varios Estados que reconocen y regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo apartando, en sentido estricto, el requisito de la dualidad de sexo como una presunción de validez del matrimonio. Además, el matrimonio homoafectivo no es un “defecto” que debe ser relegado al plano de lo “nada” legal, sino una situación que no está debidamente regulada en Brasil. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 196, nota 803.

(288) CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 196.

reproducción ya no es el propósito del matrimonio y la necesidad de dualidad de sexo no está consagrada en la legislación brasileña. En opinión de Maria Berenice Dias este ejemplo podría servir hace mucho tiempo pero al día de hoy se convirtió en “inútil para tal fin”⁽²⁸⁹⁾.

Una vez transpuesta la “teoría de la inexistencia”, en oposición al matrimonio homoafectivo, se argumenta que una pareja del mismo sexo solo puede casarse si la ley se expresó en ese sentido y esto no ocurre debido a la frase que conforma el binomio “hombre y mujer” contenida en el Código. Ante este hecho, se vislumbra un sello, una “prohibición implícita”, a consecuencia de la redacción del artículo 1514 del CC, que contraviene lo dispuesto en el artículo 5, II de la Constitución brasileña⁽²⁹⁰⁾.

La doctrina favorable al reconocimiento del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, en Brasil, es basada en la lógica que las palabras “hombre y mujer” no poseen el poder para prohibir el matrimonio entre una pareja del mismo sexo. Señala que los impedimentos matrimoniales son prohibiciones que están expresamente enumeradas por el Código Civil (art. 1521), u otros dispositivos dispersos que determinen la nulidad o anulación del matrimonio civil. Afirman que la referencia al hombre y la mujer solo indica la regulación del hecho heteroafectivo, sin que ello se traduzca en la prohibición del hecho homoafectivo con el mismo fin que deberían ser reguladas por medio de la analogía o interpretación extensiva⁽²⁹¹⁾.

Hay que reiterar que la formulación de la doctrina y la jurisprudencia sobre la diversidad de género como una condición del matrimonio está equivocada. Fachin advierte que “la cuestión está fuera de este reino, y no puede ser vista a la luz de la conocida teoría de la inexistencia del matrimonio, donde fuertes son los prejuicios y la rigidez”⁽²⁹²⁾. Este supuesto solo habría razón de ser, en caso

(289) DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. rev., y atual., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 87.

(290) Art. 5.- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

(291) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 196; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 144; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais*. Editora Método, São Paulo, 2008, p. 285; PACE, Maria Clayde Alves. “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional”. En: *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.), Juruá, Curitiba, 2008, p. 205.

(292) FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 126.

de existencia de un requisito de capacidad procreativa de la pareja para la boda, hecho que no existe, se debe reafirmar⁽²⁹³⁾.

Como se mencionó anteriormente, debido a la máxima constitucional de la igualdad, la ley que tiene la intención de establecer un tratamiento jurídico diferenciado a un grupo particular de personas debe poseer una profunda fundamentación lógico-racional para justificar la discriminación sostenida. La discriminación no puede ser libre o fortuita. Por otra parte, de nuevo se puede hacer la invocación del principio de libertad que, como ha dicho Pimenta Bueno, en el siglo XIX, es la regla general, el principio absoluto, el derecho positivo y no la excepción. La prohibición o restricción son las excepciones y, por tanto, deben ser probadas “encontrarse expresamente pronunciadas por la ley, y no en forma dudosa, pero formal, positiva; todo lo demás es sofisma”⁽²⁹⁴⁾.

Además de la anterior opinión, es de reafirmar que, dado el tenor literal del artículo 5, II de la Constitución, no hay “prohibiciones implícitas” bajo la ley brasileña, ya que el mencionado dispositivo establece que “nadie podrá ser obligado a hacer o no hacer nada sino por la fuerza de la ley”. En caso de matrimonios entre personas del mismo sexo la ley se limita a la regulación de un hecho (el matrimonio heterosexual) dejando a otro sin una reglamentación específica y tampoco sin prohibición (matrimonio homoafectivo). Se entiende, por tanto, que tal “prohibición implícita” no existe, el caso se limita a una brecha en la ley y se debería aplicar al artículo 4 de la Ley de Introducción al Código Civil.

La doctrina en favor del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Brasil, terminan por ofrecer dos salidas: aplicación extensiva del artículo 1 514 del Código o en el caso de entender que no hay dos situaciones idénticas (una pareja con la dualidad de los sexos y otro par con la identidad de género) se debe aplicar, por analogía, el dispositivo mencionado **ut supra**, pues las situaciones son idénticas al menos en esencia, en vista de que el elemento de formación de ambas uniones es uno solo: el afecto⁽²⁹⁵⁾.

(293) En doctrina de los EE.UU., este debate surge también. En este sentido, dice Andrew Sullivan: “the center of public contract is an emotional, financial, and psychological bond between two people; in this respect, heterosexuals and homosexuals are identical. The heterosexuality of marriage is intrinsic only if it is understood to be intrinsically procreative; but that definition has long been abandoned in Western society. No civil marriage license is granted on the condition that the couple bear children; and a marriage is no less legal or less defensible if it remains childless. In the contemporary West, marriage has become a way in which state recognizes an emotional commitment by two people for each other for life. And within that definition, there is no public way, if one believes in equal rights under the law, in which should legally be denied homosexuals”. SULLIVAN, Andrew. “Virtually normal”. En: *Same-sex marriage: The moral and legal debate*. Robert M. Baird; Stuart E. Rosebaum (editors), 2ª ed., Prometheus Books, pp. 205-210, New York, 2004, pp. 205 y 206.

(294) BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Senado Federal/ UNB, Brasília, 1978, p. 382.

(295) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., pp. 198 y 199; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti: *Manual da homoafetividade*. Ob. cit., p. 268.

En dos decisiones, el Juez Roberto Arriada Lorea del 2º Tribunal de Familia y Sucesiones de Porto Alegre - RS, afirmó la posibilidad de un reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema jurídico brasileño actual⁽²⁹⁶⁾. En el primer caso⁽²⁹⁷⁾, relativo a la disolución de una unión estable homoafectiva, el magistrado se manifestó en la posibilidad de reconocer no solo la unión estable sino también el matrimonio homoafectivo, de acuerdo con la legislación vigente. En el segundo caso⁽²⁹⁸⁾, el magistrado fue aún más allá al decir que el matrimonio civil está a disposición de todos sin importar su orientación sexual y agregó que “el matrimonio civil es un derecho humano, no un privilegio heterosexual”. Hace hincapié también en que el Derecho brasileño prohíbe toda forma de discriminación⁽²⁹⁹⁾.

Además, como explica el magistrado, bajo la égida de los principios establecidos en la Constitución brasileña, no hay necesidad de justificar el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. A la inversa, la negación de acceso a la institución jurídica del matrimonio para los homosexuales es la que debe estar justificada. En su opinión, no hay necesidad de “ampliar” los derechos del matrimonio a los homosexuales, porque ese derecho ya existe⁽³⁰⁰⁾ en su comprensión. Para ello, es suficiente que haya una petición formal de matrimonio entre dos personas del mismo sexo⁽³⁰¹⁾.

(296) Proceso n. 00118148080, 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre - RS. Disponible en: <http://www.datadez.com.br/content/noticias.asp?id=7008> . Acceso en: 26/08/2010.

(297) Cfr. “Decisão dá base legal para casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Disponible en: <http://www.datadez.com.br/content/noticias.asp?id=7008> . Acceso en: 26/08/2010.

(298) Apartheid Sexual. A segregação dos homossexuais, restringindo-lhes direitos em razão de sua orientação sexual, é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no primeiro artigo da Constituição Federal. A nova definição legal de família brasileira (Lei 11.340/2006) contempla os casais formados por pessoas do mesmo sexo, conforme antecipado pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, através do Provimento 6/2004 - CGJ. Concepções religiosas de família não podem ser impostas através do Estado-juiz. No ordenamento jurídico brasileiro, porque vedada qualquer forma de discriminação, o casamento civil está disponível para todos, independentemente de sua orientação sexual. Ação julgada procedente, para reconhecer a família constituída pela autora e sua companheira, que conviveram em união estável por 25 anos. (Porto Alegre, 2ª Vara de Família e Sucessões, Processo n. 1060178794-7, Juiz Roberto Arriada Lorea, j. 07/01/2008).

(299) A pesar que el caso se refiera al reconocimiento de una unión estable, el juez volvió a plantear la cuestión del matrimonio homosexual. Cfr. “Reconhecida união estável que durou 25 anos entre duas mulheres”. Disponible en: <http://www.espacovital.com.br> Acceso em: 26/08/2010.

(300) Sin embargo, debido al hecho evidente de los Registros Civiles de negarse a celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo, queda a la pareja la posibilidad de interponer una acción declarativa de la posibilidad legal del matrimonio civil homoafectivo, a través del rito ordinario, con la demostración de los requisitos de la validez del matrimonio en Brasil, así como las razones de la posibilidad legal de la solicitud a través de la interpretación extensiva y la analogía. Por otra parte, también debe incluir pretensión subsidiaria la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1514 del CC brasileño, si el poder judicial comprende la supuesta “prohibición implícita” del matrimonio civil para homosexuales en atención a la redacción de esta disposición legal. Éste es el entendimiento y la solución propuesta por VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti: *Manual da homoafetividade*. Ob. cit., pp. 304 y 305.

(301) Cfr. LOREA, Roberto Arriada. “Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual”. Disponible em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a09v14n2.pdf>. Acceso em: 26/08/2010.

11. Conclusiones

El matrimonio permite el ejercicio del derecho a la afirmación de la identidad personal y el desarrollo, libre y coherente, de la persona en respeto de su vida privada, derechos estos resguardados en un Estado democrático que se encuentran sustentados en la primacía de la dignidad, libertad e identidad.

El derecho a matrimoniarse está relacionado con el libre desarrollo de la persona que se traduce en la libertad de elegir cuándo y con quién casarse. Cualquier restricción a ello resulta inconstitucionalidad.

No existe razón lógica, ni racional, que pueda obstruir el acceso de los homosexuales a la institución del matrimonio.

Debe entenderse que el derecho al matrimonio es un derecho fundamental garantizado a **todos** y no a **algunos**, según podemos entenderlo del artículo 4, conjugado con el artículo 2, inciso 2 de la Constitución del Perú, que se encuentre sustentado en la isonomía y la prohibición a prácticas discriminatorias por motivos de sexo –que incluye la orientación sexual– o de cualquier otra índole. Por tanto, todos los ciudadanos peruanos, sin excepción alguna, tienen derecho a contraer matrimonio.

Las uniones homosexuales no difieren de las heterosexuales para nada. Ambas se sustentan en el afecto.

El propósito del matrimonio civil, establecido en el artículo 234 del Código Civil, puede lograrse por parte de parejas homosexuales.

En Brasil, la propuesta de “inexistencia” del matrimonio homosexual es una creación de la doctrina. No hay soporte legal para dicho juicio. Esta situación no es uno de los impedimentos derivados del artículo 1521 del Código, tampoco existen prohibiciones explícitas o implícitas sobre el tema. Y aún si tenemos en cuenta que la frase “hombre y mujer”, como se usa en las artículos 1514, 1517 y 1565 del Código Civil, constituyen “prohibiciones implícitas”, el juez es responsable por el control difuso de constitucionalidad, y puede no aplicar en este caso una norma que considere inconstitucional. Sin embargo, ya se ha dicho que no hay “prohibiciones implícitas” en el sistema jurídico brasileño. Por tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo no está prohibido; incluso si no se establece explícitamente, se permite ahora ya que no existen obstáculos legales al acceso al matrimonio por los homosexuales en la regulación actual del tema en el ordenamiento jurídico brasileño.

Una comunión de vida no es una prerrogativa inherente a las relaciones heterosexuales.

La disposición de la asunción de un compromiso duradero, basado en el afecto, el compañerismo y la ayuda mutua es algo que puede ser logrado perfectamente

por homosexuales, al menos y en beneficio de la duda debe ser **aceptado**, en la medida en que los heterosexuales no lo venimos aprovechando. Es preciso dar un paso adelante, en **pro** de la legalización de la felicidad jurídicamente aceptada.

La importancia de extender el matrimonio a las parejas homosexuales está más allá de la barrera de la aspiración del alcance de la concesión de los derechos relativos al matrimonio, como la adopción del nombre de otro, herencia, alimentos, inclusión en el seguro de salud y seguridad social, capacidad de adoptar, etc.

El Derecho debe reconocer toda realidad a pesar que sobrepase los límites tradicionales. El matrimonio igualitario se concreta en el logro del reconocimiento de vínculos actuales, otorgando el mismo **estatus** y valor que las relaciones heterosexuales.

Lo contrario a ello es inconstitucional.

El matrimonio es para todos.

Lo quieran o no.

Será así.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ALBUQUERQUE, Martim. *Da Igualdade*. Eduardo Vera Cruz (colab.), Almedina, Coimbra, 1993.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Plinio Dentzien (trad.), Jorge Zahar, Río de Janeiro, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2ª ed., Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Senado Federal / UNB, Brasília, 1978.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. “Derecho y Homossexualismo en el Derecho Comparado”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas* / Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir. Juruá, Curitiba, 2006.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídicas, Lisboa, 2010, disponible en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona. “Da inconstitucionalidade do Código Civil –artigos 1577, 1628, alínea e), e disposições conexas– ao vedar o acesso ao

- instituto do casamento a casais do mesmo sexo”. En: Carlos Pamplona Corte-Real, Isabel Moreira, Luís Duarte d’Almeida, O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil. Almeida, pp. 11-33, Coimbra, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. “Liberdade sexual e direitos humanos”. En: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis - Anais do III Congresso brasileiro de direito de família*. IBDFAM / Del Rey, 2002, pp. 85-88, Belo Horizonte, 2002.
 - DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
 - DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
 - DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª ed. rev. e atual., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
 - DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3ª ed. rev., e atual. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006.
 - DIAS, Maria Berenice y CHAVES, Marianna. “As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal”. En: *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n. 9, Janeiro/Junho, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, pp. 39-52, Coimbra, 2008.
 - DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volúmen IV, 3ª ed., 2ª reimp., Tecnos, Madrid, 1986.
 - DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5: Direito de Família. 15ª ed., rev., Saraiva, São Paulo, 1999.
 - FACHIN, Luiz Edson: *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2. ed., Renovar, Río de Janeiro, 2003.
 - FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las personas*, 10ª edición, Grijley, Lima, 2007.
 - GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. Atlas, São Paulo, 2008.
 - GERSTMANN, Evan. *Same-Sex Marriage and the Constitution*. 2. ed. Cambridge University Press, New York, 2008.
 - GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Estudos Sobre o Princípio da Igualdade*. Almedina, Coimbra, 2005.
 - GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, 8. ed., rev. e atual., Forense, Río de Janeiro, 2006.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Família e casamento em evolução”. En: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Nº 1, Abr./Jun., IBDFAM/ Síntese, pp.7-17, Porto Alegre, 1999.
- LOREA, Roberto Arriada. “Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual”. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a09v14n2.pdf>>. Acesso em: 26/08/2010.
- MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MOREIRA, Isabel. “Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577 do Código Civil e da alínea e) do artigo 1628 do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente”, em Carlos Pamplona Corte-Real, Isabel Moreira, Luís Duarte d’Almeida, O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil. Almeida, Coimbra, 2008.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed., Juruá, Curitiba, 1999.
- MÚRIAS, Pedro. “Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Em Pedro Múrias; Miguel Nogueira de Brito. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?* Entrelinhas, Lisboa, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Almedina, Coimbra, 1987.
- PACE, Maria Clayde Alves. “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional”. En: *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.), Juruá, Curitiba, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de direito civil*, vol. v: Direito de Família, 16ª ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira, Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social”. En: *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma Nova*

- Epistemologia*. Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (orgs.), Imago, Rio de Janeiro, 2003.
- PERELMAN, Chaim *apud* GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Estudos Sobre o Princípio da Igualdade*. Almedina, Coimbra, 2005.
 - PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. AAFDL, Lisboa, 2008.
 - RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.
 - RIOS, Roger Raupp. “Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade”. En: *Em defesa dos Direitos Sexuais*. Roger Raupp Rios (org.), Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007.
 - RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no Direito brasileiro e norteamericano*. Editora Revista dos Tribunais, Porto Alegre, 2002.
 - ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. “O princípio da dignidade humana e a exclusão social”. En: *Anais da XXVI Conferência Nacional dos Advogados - Justiça: realidade e utopia*, OAB - Conselho Federal, Vol. I, Brasília, 2001.
 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.
 - SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2008.
 - SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 9ª ed., Temis, Bogotá, 2006.
 - SULLIVAN, Andrew: “Virtually Normal”. En: *Same-Sex Marriage: The Moral and Legal Debate*/ Robert M. Baird; Stuart E. Rosebaum (editors), 2ª ed., Prometheus Books, New York, 2004.
 - TARTUCE, Flávio. José Fernando Simão: *Direito Civil*. Vol. 5: família, 3ª ed. rev. y atual., Método, São Paulo, 2008.
 - TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª ed., Idemsa, Lima, mayo, 2007.
 - VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2009.
 - VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Cuando el amor es puro... y la ley también”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 122, publicación mensual de la Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2004.

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Reglando el amor de unos(as). Animadversiones de una ley amatoria”. En: *El Comercio*, Lima, 7 de noviembre de 2003.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “(Cuando el amor es puro... y la ley también). Reglando el amor de unos(as). Animadversiones de una ley amatoria”. En: *Legal Express*. Año 3, N° 33, setiembre de 2003.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homossexualidade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais*. Editora Método, São Paulo, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 6: Direito de Família. 8ª ed. 2ª reimp., Atlas, São Paulo, 2008.

**CAPÍTULO
CUARTO**

**CELEBRACIÓN
DEL MATRIMONIO**

CAPÍTULO CUARTO

CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

I. Introducción. **II.** Principio de promoción del matrimonio. **III.** Celebración del matrimonio. **IV.** Celebración ordinaria del matrimonio. **1.** La declaración del proyecto matrimonial ante la autoridad competente y comprobación de la capacidad de los contrayentes (arts. 248 y 249 del Código Civil). **1.1.** Documentos generales. **1.2.** Documentos especiales. **1.3.** Dispensa de la presentación de algunos documentos. **1.4.** Testigos. **2.** La publicidad del proyecto matrimonial (arts. 250-257 del Código Civil). **2.1.** Finalidad. **2.2.** Procedimiento y contenido. **2.3.** Prueba de domicilio. **2.4.** Dispensa de la publicación. **2.5.** Oposición por impedimento matrimonial. **2.5.1.** Finalidad. **2.5.2.** Legitimación. **2.5.3.** Oportunidad. **2.5.4.** Forma. **2.5.5.** Trámite. **2.5.6.** Competencia. **2.5.7.** Límite. **2.6.** Denuncia de impedimento matrimonial. **2.6.1.** Finalidad. **2.6.2.** Legitimización. **2.6.3.** Oportunidad. **2.6.4.** Forma. **2.6.5.** Trámite. **2.6.6.** Competencia. **2.6.7.** Daño moral por denuncia infundada. **2.7.** Cuadro comparativo entre Oposición y denuncia de impedimento matrimonial. **3.** La declaración de capacidad o aptitud nupcial de los contrayentes (art. 258 del Código Civil). **3.1.** Supuestos. **3.2.** Conocimiento de algún impedimento. **3.3.** Vigencia. **4.** Celebración del matrimonio (arts. 259 y 268 del Código Civil). **4.1.** Ceremonia. **4.2.** Contenido del acta. **5.** Onerosidad de la ceremonia. **V.** Celebración extraordinaria del matrimonio. **1.** Supuestos que pueden plantearse. **2.** Otros funcionarios. **3.** Otros lugares. **4.** Tipos de matrimonios por celebración especial. **4.1.** Matrimonio en peligro de muerte. **4.1.1.** Argumentos a favor. **4.1.2.** Argumentos en su contra. **4.1.3.** Características. **4.1.4.** Procedimiento. **4.2.** Matrimonio por representación. **4.2.1.** ¿Representante o nuncio? **4.2.2.** Características. **4.2.3.** Revocación y caducidad. **4.3.** Matrimonio en comunidades campesinas. **4.3.1.** Generalidades. **4.3.2.** Tratamiento. **4.4.** Matrimonio civil masivo. **4.5.** Matrimonio a distancia.

I. INTRODUCCIÓN

El matrimonio es el acto jurídico más formal que existe en el Derecho.

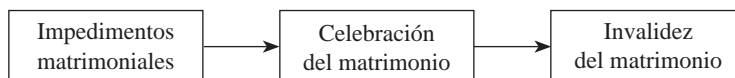
Pompa nupcial, rito matrimonial, casamentorios representa en una ceremonia con excesivo formalismo y formulismo.

El matrimonio consta de cuatro elementos estructurales o condiciones esenciales: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración. Es este último elemento, aquel relacionado con el aspecto formal, el que nos lleva a la teoría de la celebración del matrimonio civil, constituyéndose como un auténtico y típico procedimiento administrativo.

De la mano con la celebración hay tres teorías estrechamente vinculadas, relacionadas consecuentemente entre sí en materia del matrimonio:

- La teoría de los impedimentos matrimoniales

- La teoría de la celebración del matrimonio
- La teoría de la invalidez matrimonial



La legitimidad de la unión matrimonial es un concepto elástico y mutable.

Depende de las formas matrimoniales que son –concretamente– el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial. Entre esas solemnidades se comprende la intervención de la autoridad competente para su celebración, quien se limita a verificar la identidad de los contrayentes, comprobar su aptitud nupcial y recibir la expresión del consentimiento matrimonial garantizando la formalización del matrimonio con sujeción a las disposiciones del Código Civil.

El matrimonio es una institución que posee gran interés social, por tanto, es un acto jurídico sujeto a una formalidad *ad solemnitatem*. Para su validez y eficacia está sometido al cumplimiento de una determinada forma preestablecida por el ordenamiento jurídico. Como veremos, dicha formalidad está premunida del principio de promoción del matrimonio, facilitando a los contrayentes la manifestación de voluntad para su celebración. En nuestra Constitución Política, en su artículo 4 encontramos que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”. Esta formalidad se ve atenuada, en cuanto a sus efectos, en caso de inobservancia al permitirse su convalidación si los contrayentes han actuado de buena fe y subsanan las omisiones en que incurrieron; desvaneciéndose la potencial nulidad del acto jurídico matrimonial.

La doctrina utiliza el *nomen* celebración del matrimonio bajo dos acepciones: i) **en un sentido genérico o lato**, para abarcar todos los procedimientos, etapas y requisitos que se exigen para formalizar este acto jurídico familiar; y, ii) **en un sentido estricto o especial**, para designar a aquel acto propiamente dicho de la ceremonia del matrimonio civil, en otras palabras, la última de las etapas de la formalización del acto matrimonial.

El matrimonio constituye un verdadero acto jurídico familiar. Es el típico acto familiar y, para algunos, el legítimo, real. Es uno de los que importa el cumplimiento y observancia de las mayores formalidades, ritualismos y parafernalias que el sistema jurídico haya creado para dotarlo de validez, siendo dichas formalidades consideradas como de carácter *ad solemnitatem*. Ningún acto jurídico tiene

la solemnidad y el formalismo con tanta trascendencia como la tiene el matrimonio. Sin duda, ello se debe a que el matrimonio es un acto jurídico y a la vez un sacramento. Su excesiva pomposidad social es costumbre de todos los tiempos y pueblos. La importancia del protocolo en el matrimonio, se puede destacar desde distintos ángulos: i) impide los peligros de un consentimiento prestado en un momento de ligereza y exaltación; ii) obliga a reflexionar sobre la trascendencia del acto que se va a realizar y despierta la conciencia de las obligaciones y responsabilidad que entraña; y, iii) el formalismo contribuye poderosamente a la vitalidad y estabilidad de las instituciones.

El carácter profundamente moral y religioso de la institución ha dado lugar a que numerosas legislaciones otorguen efectos civiles a la ceremonia religiosa, como sucede en Brasil⁽³⁰²⁾ que, como derecho fundamental, es gratuito, siendo suficiente que los nubentes firmen su declaración de falta de recursos para ser dispensados del pago de las costas⁽³⁰³⁾, tal como lo confirman expresamente el artículo 1.512. Código Civil brasileiro y el artículo 226 de su Constitución.

Nuestra ley ha seguido un sistema distinto. El acto debe celebrarse ante un oficial público y solo así produce los efectos legales. Ello sin perjuicio de la celebración religiosa, cuya solemnidad y efectos producidos son propios, autónomos e independientes del matrimonio civil. El casado por Iglesia y no de forma civil no es cónyuge de nadie, solo podría acreditar un estado de convivencia.

II. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

El principio de promoción del matrimonio implica fomentar y facilitar la celebración del matrimonio, propiciando la conservación del vínculo si este fuera celebrado con algún vicio, siendo susceptible de convalidación. Como bien lo manifiesta nuestra Carta Magna, el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley.

Este principio lo vemos reflejado en diversas disposiciones de la regulación de los actos jurídicos familiares pero, de manera especial, en materia de impedimentos matrimoniales, celebración e invalidez del matrimonio.

Como se verá, dentro de la teoría de la celebración del matrimonio, el principio de promoción está apoyado básicamente en otros dos principios administrativos: i) el principio de presunción de veracidad; y, ii) el principio de eliminación de

(302) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 77.

(303) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 142.

exigencias y formalidades costosas, lo que se encuentra reflejado, básicamente, en los artículos 249⁽³⁰⁴⁾, 252⁽³⁰⁵⁾, 274⁽³⁰⁶⁾ y 277⁽³⁰⁷⁾ del Código Civil.

III. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

La celebración del matrimonio constituye un procedimiento de naturaleza administrativa, en el que la autoridad competente garantiza el control de la legalidad en la concurrencia de los elementos estructurales como acto jurídico administrativo. Los requisitos para la celebración del matrimonio civil se inspiran en el Derecho Canónico, teniendo como fuente las costumbres y formalidades que el matrimonio religioso obliga a cumplir.

Nuestro Código Civil, en primera instancia, norma la denominada celebración ordinaria del matrimonio que representa el modo regular de formalizar este acto familiar, mientras que, adicionalmente, existen situaciones extraordinarias en las que se pueden encontrar los contrayentes, las cuales modifican y simplifican el trámite ordinario.

Como es lógico suponer, la celebración ordinaria debiera ser la regla y la extraordinaria la excepción; sin embargo, hoy en día estas últimas son las más comunes y raras veces se realizan en forma ordinaria.

IV. CELEBRACIÓN ORDINARIA DEL MATRIMONIO

Realizada por el alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de los contrayentes en el local municipal.

La celebración tiene una etapa previa, una etapa propia y la etapa final. En nuestra legislación se reconoce, en primer lugar, una forma ordinaria para la celebración del matrimonio, la que comprende cuatro momentos:

1. Declaración del proyecto matrimonial y la comprobación de la capacidad legal de los pretendientes.

(304) Código Civil. “Artículo 249.- El juez de primera instancia puede dispensar a los pretendientes de la obligación de presentar algunos documentos, cuando sean de muy difícil o imposible obtención”.

(305) Código Civil. “Artículo 252.- El alcalde puede dispensar la publicación de los avisos si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos en el artículo 248”.

(306) Código Civil. “Artículo 274.- Es nulo el matrimonio: (...) 8. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión. 9. De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de este. La acción no puede ser planteada por los cónyuges”.

(307) Código Civil. “Artículo 277.- Es anulable el matrimonio: (...) 8. 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 debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio”.

2. Publicación del proyecto matrimonial.
3. Declaración de capacidad.
4. Ceremonia de matrimonio.

1. La declaración del proyecto matrimonial ante la autoridad competente y comprobación de la capacidad de los contrayentes (arts. 248 y 249 del Código Civil)

No puede celebrarse un matrimonio válido sin el libre consentimiento de los contrayentes.

Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán ante la autoridad competente.

La declaración debe ser expresa e indubitable. Puede ser hecha oralmente o por escrito y manifestar claramente, y sin lugar a dudas, la voluntad de contraer matrimonio.

Cuando la declaración es hecha oralmente se extiende un acta que firman el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos. Por lo general se estila hacer la declaración oral, que no es otra cosa que dar el **Sí**. Asimismo, conjuntamente con tal declaración de los contrayentes, a estos se les exige en esta primera etapa, la presentación de documentos y testigos.

Con respecto a los documentos a presentar los podemos dividir en documentos generales y documentos especiales.

1.1. Documentos generales

Todo pretendiente debe acompañar a su declaración del proyecto matrimonial tres documentos:

- a) Copia certificada de la partida de nacimiento expedida por el respectivo Registro del Estado Civil;
- b) Prueba del domicilio actual expedida por la autoridad policial correspondiente; y,
- c) Certificado médico prenupcial expedido en fecha no anterior a treinta días o la declaración jurada de no estar comprendido en el impedimento a que se contrae el inciso 2 del artículo 241 o el inciso 3 del artículo 243, si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito.

Los dos primeros requisitos están destinados a acreditar la identificación de los contrayentes y su mayoría de edad, así como su domicilio a efectos de determinar la competencia del alcalde. La norma no menciona la presentación del documento de identidad, actualmente el DNI (Documento Nacional de Identidad), pero la práctica impone que este sea presentado como requisito inexcusable⁽³⁰⁸⁾.

(308) MURO ROJO, Manuel. "Formalidades y requisitos para contraer matrimonio". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 84 y 85.

En cuanto al segundo requisito, la norma se refiere simplemente al domicilio, sin entrar en consideración alguna respecto de los casos singulares de domicilio a que se refiere el Código Civil en los artículos 34 (domicilio especial), 35 (domicilio plural), 38 (domicilio de funcionarios públicos y de residentes temporales en el extranjero) y 41 (domicilio de persona que no tiene residencia habitual)⁽³⁰⁹⁾.

En cuanto al tercer requisito, la norma alude al certificado médico o la declaración jurada destinada a acreditar dos supuestos concretos:

- Que los contrayentes no padezcan de enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole⁽³¹⁰⁾. Se puede considerar que, probablemente con base en el inciso 8) del artículo 333 actualmente se sigue exigiendo como requisito para contraer matrimonio que el certificado médico no solo se refiera a la enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia, como manda el artículo 248, sino, también, y básicamente, a la enfermedad grave de transmisión sexual (ETS); exigencia que puede fundamentarse en la norma citada. Es así que se requiere a los contrayentes que se sometan a la respectiva prueba serológica para acreditar que no padecen de Sida⁽³¹¹⁾.

1.2. Documentos especiales

La ley determina la obligación de presentar otros documentos cuando los pretendientes o uno de ellos se encuentren en situaciones especiales:

a) Menores de edad

El instrumento público en el que conste la autorización para contraer matrimonio si se trata de menores o la licencia judicial que la supla. En efecto, los menores de edad para contraer matrimonio requieren de la autorización de sus padres, de conformidad con lo establecido por el artículo 244⁽³¹²⁾.

(309) *Ibidem*, p. 85.

(310) *Ídem*.

(311) *Ídem*.

(312) Código Civil. "Artículo 244.- Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

A falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro.

A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento.

A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores, respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

b) Parientes o impubertad

El instrumento que acredite la dispensa judicial de parentesco o de impubertad en su caso. La dispensa judicial de impubertad es la que nuestro ordenamiento jurídico exige para los impúberes o menores de edad. El segundo requisito está referido básicamente a aquel matrimonio entre parientes consanguíneos en línea colateral de tercer grado (tío – sobrina) que es el supuesto en el cual nuestro ordenamiento jurídico exige la dispensa judicial de parentesco.

c) Divorciada o viuda

Que en el caso de mujeres viudas o divorciadas, o cuyo matrimonio haya sido invalidado, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz, se requiere el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no se encuentran embarazadas o, en defecto de este documento, la declaración jurada de la contrayente si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito.

Otro aspecto de este requisito es el relativo al plazo máximo de treinta (30) días de antigüedad del referido certificado médico cuyo cómputo no se precisa; no se especifica si son treinta (30) días anteriores a la apertura del expediente, a la culminación de este cuando queda completo, o a la celebración de la ceremonia de matrimonio civil⁽³¹³⁾.

d) Divorciado o viudo

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. Aquellos en los que haya existido en alguno de los contrayentes, algún vínculo conyugal previo que haya sido disuelto o fenecido. La práctica llevó a que se solicite copia certificada de la partida de matrimonio con la anotación marginal de la disolución del vínculo matrimonial y copia certificada de la sentencia de divorcio.

e) Soltería o viudez del extranjero

El certificado consular que acredite el estado de soltería o viudez al pretendiente extranjero; y

f) Otros.

Todos aquellos otros documentos que, según las circunstancias, resulten necesarios.

Los hijos extramatrimoniales solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquel los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna”.

(313) MURO ROJO, Manuel. “Formalidades y requisitos para contraer matrimonio”. Ob. cit., p. 85.

Por regla general es obligatoria la observancia de los requisitos establecidos por el artículo 248 por todas las personas que deseen contraer matrimonio, aun cuando el propio artículo 248 establece una excepción para el caso del certificado médico que puede ser reemplazado por la declaración jurada de los pretendientes en caso de que en el lugar de celebración del acto no exista servicio médico oficial y gratuito.

1.3. Dispensa de la presentación de algunos documentos

El artículo 249 considera que puede dispensarse la presentación de algunos documentos cuando sean de muy difícil o imposible obtención, por ejemplo, la partida de nacimiento cuyo soporte físico esté destruido total o parcialmente a consecuencia de negligencia, hecho fortuito o actos delictivos y no pueda ser realizado el proceso de reposición de partidas⁽³¹⁴⁾.

(314) Este proceso administrativo se rige por la Ley N° 29312 permitiendo la restitución de las actas registrales (nacimientos, matrimonios y defunciones) desaparecidas o cuyo soporte físico esté destruido total o parcialmente a consecuencia de negligencia, hecho fortuito o actos delictivos.

a) Requisitos:

Para iniciar el proceso debe acompañarse a la demanda cualquier documento que sustente la preexistencia de la inscripción. Como por ejemplo:

- Copia simple de la partida de nacimiento, matrimonio o defunción, o,
- Constancia de inscripción otorgada por la Oficina del Registro del Estado Civil; o,
- Partida de bautismo, o,
- Constancias expedidas por la autoridad educativa, militar o electoral de la existencia de una copia de la partida en sus archivos; o,
- Certificados o constancias de nacimientos o defunciones, expedida por hospitales, médicos, oficinas médico-legales y cualquier documento que a criterio del Jefe o autoridad competente de la Oficina de Registro de Estado Civil, acredite fehacientemente la preexistencia de la inscripción del nacimiento, matrimonio o defunción en los Libros de Actas objeto de reposición.

En caso no exista ningún documento que pruebe la inscripción se requiere de dos testigos que declararán en presencia del Registrador Civil.

b) ¿Quién debe realizar la reposición de partidas?

- De oficio, lo realiza el Reniec a través de sus oficinas de Registro Civil.
- El propio interesado, cuando es mayor de edad.
- Para los menores de edad o incapaces, su representante legal, o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad (padres, abuelos, tíos, hermanos mayores).

c) Pasos que debe seguirse para reponer las partidas

- El interesado deberá apersonarse a la Oficina del Registro Civil donde se inscribió, llenar los formularios aprobados por el Reniec sobre reposición de partidas, llevando cualquier documento que sustente la preexistencia de su inscripción en dicha Oficina de Registro de Estado Civil.
- El registrador civil verificará los documentos y se procede a la reposición de partidas.
- Hará firmar a los declarantes,
- Expedición de la copia certificada de su partida de nacimiento, matrimonio, o defunción

d) Costo de la reposición de partidas

El costo a pagar dependerá si la Municipalidad ha establecido el pago por derechos de trámite el que deberá estar señalado en el TUPA (Texto Único de Procedimientos Administrativos) de dicha Municipalidad.

En estos supuestos, se establece un régimen de excepción al contemplar la posibilidad que los pretendientes estén autorizados para no presentar ciertos documentos en el expediente matrimonial, autorización que debe ser otorgada por el Juez de Primera Instancia.

La norma se pone en el caso de circunstancias particulares en las que los pretendientes no tienen la posibilidad material de obtener algunos documentos o de cumplir ciertas obligaciones requeridas para la celebración del matrimonio, pero, a pesar de ello, no quieren tornar irrealizable el matrimonio, superando las exigencias. En estos casos, la autoridad judicial se abocará a certificar, por medios alternos, tal imposibilidad y a otorgar la dispensa del caso.

La petición de dispensa judicial, para la presentación de documentos, se tramita en la vía del proceso no contencioso regulado por el Código Procesal Civil. Seguido el procedimiento conforme a las reglas que lo regulan, el juez deberá resolver otorgando o denegando la mencionada dispensa⁽³¹⁵⁾. Mejor alternativa sería que, si al alcalde le compete la celebración del matrimonio, sea él a quien debería corresponderle resolver sobre la dispensa de presentación de algunos documentos⁽³¹⁶⁾.

En la práctica, la formación del expediente es progresiva, gradual y sucesiva conforme los pretendientes vayan reuniendo dicha documentación.

1.4. Testigos

Adicionalmente, a la presentación de los documentos requeridos, los pretendientes deben facilitar dos personas mayores de edad en calidad de testigos a fin que manifiesten conocerlos por lo menos tres años antes y que aleguen acerca de la existencia o no de algún impedimento.

Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

El artículo 8 del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec aclara el tema de la habilidad con la que deben actuar los testigos, debiendo tener capacidad de ejercicio⁽³¹⁷⁾.

Si uno de los pretendientes se va a casar en el domicilio del otro es probable que no tenga en el lugar personas que lo conozcan y menos desde hace tres años

e) Tiempo que demora el trámite de reposición

Aproximadamente, 30 días hábiles.

(315) MURO ROJO, Manuel. “Dispensa judicial para la presentación de documentos”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 92.

(316) *Ibidem*, p. 93.

(317) Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. “Artículo 8.- Cuando proceda la declaración de testigos, estos deberán ser personas con plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles. Los testigos presentarán su documento de identidad respectivo, y en el caso de ser extranjeros deberán presentar algún documento de identidad reconocido por el Estado peruano”.

y que, en cambio, las tengan en el lugar de su propio domicilio; en tal caso, debe entenderse que no hay inconveniente en ofrecer el testimonio de personas que no residan en el lugar del matrimonio.

Cuando alguno de los testigos está impedido de firmar, deberá expresarse este hecho en el acta, con determinación de la causa. No es necesario que otra persona firme en lugar de aquel.

Los testigos pueden actuar mediante apoderado. El poder requerido es el notarial fuera de registro o el otorgado ante el Juez de Paz, firmado por el mandatario y el alcalde, debiendo ser mencionado en el acta y archivado. En cualquier caso, los testigos deben identificarse para poder intervenir en la formalización del acta con cualquiera de los instrumentos.

2. La publicidad del proyecto matrimonial (arts. 250 - 257 del Código Civil)

La publicidad de los actos jurídicos hace posible que sean conocidos por terceros y en caso afecte derechos o intereses los afectados tengan la posibilidad de ejercer las acciones que correspondan según ley.

La obligación de publicar el aviso matrimonial tiene su origen en el Derecho Canónico, con motivo de buscar una solución al problema de la existencia de matrimonios clandestinos⁽³¹⁸⁾. En el caso particular del matrimonio civil, la publicidad del proyecto matrimonial viene a ser también un requisito formal de cumplimiento obligatorio, salvo el caso de dispensa regulado en el artículo 252.

2.1. Finalidad

Los miembros de la colectividad pueden y deben denunciar la existencia de los impedimentos. Es difícil tener conocimiento de alguno sin el apoyo de los ciudadanos. Por tal razón, la celebración del matrimonio cuenta con esta etapa previa: la publicidad. Esta situación permitirá el control de la sociedad respecto de la aptitud nupcial de los contrayentes y que los matrimonios sean celebrados entre personas casaderas, sin impedimentos.

El propósito del aviso matrimonial, regulado en los artículos 250 y 251, es dar posibilidad a que terceros dejen constancia, vía oposición o denuncia, de la existencia de algún impedimento atribuible a los pretendientes para contraer matrimonio.

2.2. Procedimiento y contenido

El alcalde anunciará el matrimonio proyectado por medio de un aviso escrito que se fijará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico; en la circunscripción que no exista periódico, el aviso

(318) MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Aviso matrimonial". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 96.

se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan los contrayentes, de conformidad con lo establecido por el artículo 250. Dicho aviso consignará el nombre, nacionalidad, edad, profesión, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes, el lugar donde será celebrado el matrimonio y la advertencia de que todo el que conozca algún impedimento debe denunciarlo. El texto publicado, con la firma y documento nacional de identidad del responsable de la emisora radial será entregado al jefe de los Registros Civiles.

EDICTO MATRIMONIAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 del Código Civil hago saber que ante el alcalde de esta municipalidad se han presentado don Amador Amado Amantes, de 27 años, natural de Lima, peruano, ingeniero, soltero, domiciliado en Av. Los Girasoles 370, distrito de La Molina y doña Amanda de los Heros Cachay, de 26 años, natural de Lima, peruana, quinesióloga, soltera, domiciliada en pasaje Angostura 169, Urbanización Santa Catalina, distrito de La Victoria.

Solicitando se les declare expeditos para contraer matrimonio civil.

Las personas que conozcan causales de impedimento podrán denunciar dentro del término de 8 días y en la forma prescrita en el artículo 253 del Código Civil.

Lince, 15 de julio del 2010

La Molina, 13 de julio del 2010
Virginia Dioses Paz
Registrador Civil y Matrimonios

Secretaria General 002-OP-519570-1 1v. 17 julio

El artículo 250 alude a dos publicaciones del aviso matrimonial.

- a) Una en lugar visible de la oficina de la municipalidad donde se celebrará el matrimonio, esto durante un periodo de ocho días.

Habrá que analizar si el tiempo de publicación resulta suficiente para que algún interesado tome conocimiento y eventualmente interponga las acciones correspondientes; pero, como quiera que la norma no especifica si los ocho días son hábiles o calendarios, deben aplicarse las reglas generales contenidas en el artículo 183 inciso 1 del Código Civil, de lo que resulta que cuando el plazo es señalado en días y la ley no establece que se computen por días hábiles, entonces deben computarse por días calendario.

- b) La otra publicación del aviso matrimonial, por una sola vez, un solo día, a través de periódico en las localidades donde hubiere tal medio de difusión.

El requisito se dará por cumplido cuando la publicación se realice en cualquier periódico, independientemente de su tiraje y del alcance de su distribución⁽³¹⁹⁾.

2.3. Prueba de domicilio

Un requisito formal de cumplimiento obligatorio, exigido por el artículo 248, consiste en la presentación de la prueba del domicilio de cada uno de los pretendientes. Si ambos pretendientes residen en la misma localidad en la que se realizará el matrimonio se entiende que la publicación del aviso matrimonial se difundirá en el local del municipio de ese lugar⁽³²⁰⁾.

Cuando los pretendientes domicilien en localidades diferentes se deberá proceder, de acuerdo al artículo 251, difundiendo el aviso matrimonial también en la sede municipal del domicilio del otro contrayente; es decir, en la municipalidad del lugar donde este último reside, pero que no ha sido escogida para llevar a cabo el matrimonio. En este caso se oficiará al alcalde respectivo para que en su local publique el aviso durante ocho días. Si fuere 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⁽³²¹⁾.

Cabe precisar que en caso de que el alcalde o funcionario a quien corresponde efectuar la comunicación oficial no cumpliera con hacerla, el matrimonio que se celebre será válido, pues esta omisión no es causal de invalidez. Esto en caso no exista ninguna otra causal para invocar la invalidez. En el supuesto planteado, el funcionario habrá incurrido en responsabilidad administrativa siendo merecedor de la correspondiente sanción⁽³²²⁾.

2.4. Dispensa de la publicación

El aviso publicitario en cuestión, constituye un requisito formal de carácter obligatorio; sin embargo, la ley ha previsto la posibilidad de la dispensa.

A efectos de concederla, el artículo 252 exige la concurrencia de dos elementos: i) que existan causas razonables; y, ii) que los contrayentes hayan cumplido con presentar todos los documentos exigidos por el artículo 248, lo que permite deducir un límite a aquellos que pudieran plantear oposición al matrimonio y la denuncia de impedimento matrimonial, según lo dispone el artículo 253.

(319) MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Aviso matrimonial". Ob. cit., pp. 96 y 97.

(320) ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Aviso por diversidad de domicilio". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 100.

(321) *Ibidem*, p. 100.

(322) *Ibidem*, p. 101.

Un ejemplo de matrimonios que se celebran de esta manera son los matrimonios civiles secretos (matrimonios de conciencia), por cuestiones de viaje o por enfermedad, los cuales pueden prescindir del acto de la publicidad dada la urgencia que caracteriza su celebración.

Dada la amplitud y generalidad de supuestos de causas razonables debe analizarse con cautela la situación particular de los pretendientes y el entorno que puede resultar afectado si se omite la publicación del aviso, así como los peligros que pueden entrañar contra la institución jurídica del matrimonio, la aplicación arbitraria e indiscriminada de la norma haciéndole perder su carácter excepcional⁽³²³⁾.

2.5. Oposición por impedimento matrimonial

2.5.1. Finalidad

Dado el interés social y colectivo plasmado en la institución del matrimonio es que legalmente se concede la facultad de oponerse a la celebración. Tal facultad hay que conjugarla con el derecho de los contrayentes a exigir que no se obstaculice su matrimonio sin una causa justificada. Por tales motivos, la única causal justificada por la que se puede formular oposición al matrimonio es la existencia de algún impedimento, conforme lo establece el artículo 253.

La oposición tiene como fundamento el interés general de la sociedad de proteger a la institución jurídica, del matrimonio, así como la búsqueda de seguridad jurídica evitando la celebración de matrimonios afectados por impedimentos que pueden dar lugar a la nulidad del acto⁽³²⁴⁾.

2.5.2. Legitimación

Pueden oponerse todos aquellos que tengan legítimo interés.

Debe oponerse el Ministerio Público, en estricto cumplimiento de sus funciones.

Según el artículo 254, el Ministerio Público se opondrá de oficio a la celebración del matrimonio, en caso de que tenga noticias de la existencia de alguna causal de nulidad. Para este efecto, debe filtrar adecuadamente la información, los datos y las pruebas obtenidas para solicitar la oposición, con la finalidad de no entorpecer el acto del matrimonio por hechos o sucesos que no se ajusten a la realidad⁽³²⁵⁾. Si después del análisis respectivo, el representante del Ministerio Público llega a la convicción que los pretendientes se encuentran incurso en alguna causal de

(323) *Ibidem*, pp. 103 y 104.

(324) MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge: "Oposición a la celebración de matrimonio". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 107.

(325) *Ibidem*, p. 112.

nulidad, aquél formulará oposición de inmediato para efectos de impedir la celebración del matrimonio⁽³²⁶⁾.

Lo pertinente en cuanto a la tramitación de la oposición formulada por el Ministerio Público, es la aplicación del artículo 256, norma que en su segundo párrafo dispone que este órgano interpondrá su demanda dentro de los diez días contados desde la publicación de los avisos a que se refiere el artículo 250 o, de formulada la denuncia de impedimento que regula el artículo 255⁽³²⁷⁾. El Ministerio Público acude directamente al Poder Judicial y no al alcalde como ocurre con la oposición interpuesta por los terceros legitimados. La oposición se manifiesta a través de demanda judicial que se tramita conforme a las normas del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil⁽³²⁸⁾.

En cuanto al plazo para oponerse, también se observa del mandato del artículo 256, que el Ministerio Público cuenta con diez días, cuyo cómputo se inicia a partir de la publicación de los avisos matrimoniales, dejándose constancia que si el aviso en el local del municipio y el aviso por periódico o radio se difunden en momentos diferentes, el plazo debe contarse desde la publicación del último aviso⁽³²⁹⁾.

Como consecuencia de lo anterior, se concluye que el Ministerio Público no puede basar su oposición en causales o impedimentos que den lugar a nulidad relativa o anulabilidad, y esto constituye una diferencia sustancial con el derecho de oposición que goza cualquier otro tercero, pues en el artículo 253 se dice que todos los que tengan legítimo interés pueden oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista algún impedimento, sin especificar o distinguir que este impedimento sea causal de nulidad o anulabilidad⁽³³⁰⁾.

2.5.3. Oportunidad

En cuanto a la oportunidad para formular la oposición a la celebración del matrimonio, esta solo procedería luego que los pretendientes hayan iniciado el expediente matrimonial en el que consta su voluntad de casarse expresada en forma oral o escrita, sea que se haya o no publicado el aviso correspondiente, ya que antes de la expresión del consentimiento, no es posible formular la oposición, debido a que cualquier intención de contraer matrimonio no comunicada al alcalde en la forma señalada en el artículo 248, no genera ninguna consecuencia legal para estos efectos.

(326) Ídem.

(327) *Ibidem*, pp. 112 y 113.

(328) *Ibidem*, p. 113.

(329) Ídem.

(330) Ídem.

No hay duda de que si la fijación del aviso del proyecto matrimonial en el local del municipio y la publicación o difusión radial se produce el mismo día, el plazo que el tercero legitimado tiene para oponerse es de ocho días calendario.

2.5.4. Forma

En lo que concierne a la forma de realizar la oposición, el artículo 253 señala que debe presentarse por escrito, no solo debe dejarse constancia de la identidad del opositor y de la causal que invoca, sino que cabe la posibilidad de que, en caso de que los pretendientes nieguen la existencia de las causales planteadas, la oposición sea remitida, con todo lo actuado, al Juez de Paz Letrado del lugar donde habrá de celebrarse el matrimonio, según el artículo 256, quedando evidencia de la fundamentación fáctica y jurídica planteada por el opositor ⁽³³¹⁾.

2.5.5. Trámite

La oposición se formula por escrito y se presenta ante el alcalde o jefe del Registro de Estado Civil que haya publicado los avisos.

Si la oposición se formula ante el alcalde del lugar de celebración del matrimonio, este procederá conforme a lo indicado en los artículos 253 y 256, esto es: i) rechazará de plano la oposición si no se funda en causa legal; o, ii) si se funda en causa legal y los pretendientes la niegan, remitirá lo actuado al Juez de Paz Letrado del lugar de celebración del matrimonio⁽³³²⁾.

Si la oposición se formula ante el otro alcalde del lugar donde no se celebrará el matrimonio, puede afirmarse que, aunque la norma no lo diga, se entiende que este debe proceder de la misma manera, o sea debe optar por cualquiera de las dos alternativas antes referidas, pero en cualquier caso deberá oficiar al alcalde del lugar de celebración del matrimonio para que tome conocimiento del hecho, sea del rechazo de la oposición o de la remisión de lo actuado al juez⁽³³³⁾.

Si la oposición se funda en causa legal y los pretendientes niegan la existencia del impedimento que se les atribuye, el alcalde o funcionario remite lo actuado al juez del lugar donde se ha recibido la declaración, de conformidad con el artículo 256 en concordancia con el artículo 44 del Código Procesal Civil, los pretendientes asumen el papel de demandados, a fin de que, sustanciada la oposición como incidente y oída la opinión del Ministerio Público, se resuelva lo que sea a ley.

(331) *Ibidem*, p. 110.

(332) *Ídem*.

(333) *Ibidem*, pp. 110 y 111.

El fallo adverso a la celebración del matrimonio tiene el carácter de cosa juzgada cuando el impedimento en que se fundó la oposición es permanente, mas no cuando tal impedimento es temporal.

2.5.6. Competencia

La oposición se formula por escrito y se presenta ante el alcalde o jefe del Registro de Estado Civil que haya publicado los avisos.

Del tenor del artículo 256 resulta claro que la autoridad judicial competente para resolver la oposición es el Juez de Paz Letrado del lugar donde se ha de celebrar el matrimonio. En cuanto a la vía procedimental, el último párrafo del artículo 256 precisa que se empleará la vía y las reglas del proceso sumarísimo contemplado en el Código Procesal Civil.

2.5.7. Límite

Conforme al artículo 253, se concluye que el ejercicio del derecho a la oposición no es irrestricto, tiene límites, de modo que no puede invocarse en cualquier caso, la ley exige un interés legítimo⁽³³⁴⁾ de quien formula la oposición. En tal supuesto, el fundamento de la oposición puede ser la existencia de cualquier impedimento, sin importar de qué tipo se trate. En cambio, cuando se opone el Ministerio Público o cuando se formula denuncia de impedimento, la causal que se invoque debe ser una de nulidad, entendida como de nulidad absoluta. Toda esta situación se realiza independientemente que los pretendientes inicien la acción indemnizatoria, según el artículo 257, por los daños que la oposición infundada hubiera podido causar.

2.6. Denuncia de impedimento matrimonial

2.6.1. Finalidad

La denuncia de impedimento a que se refiere el citado artículo 255, al igual que la oposición, tiene como fundamento el interés general de la sociedad de proteger la institución jurídica del matrimonio y la búsqueda de seguridad jurídica, evitando la consumación de matrimonios afectados por impedimentos que, posteriormente a su celebración, puedan dar lugar a su invalidez⁽³³⁵⁾.

(334) Código Civil. “Artículo VI.- Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

(335) MUÑOZ ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Denuncia de impedimento matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 115.

2.6.2. Legitimización

La ley encarga al Ministerio Público la obligación de oponerse al matrimonio cuando tenga noticias de alguna causal de nulidad; sin embargo, todos los miembros de la sociedad a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio, pueden denunciar cualquier impedimento que les conste, siempre que constituya una causal de nulidad, según el artículo 255. En el caso de que se declare infundada una denuncia, se establece responsabilidad civil de aquel denunciante que hubiere obrado de mala fe, responsabilidad que no le corresponde a los ascendientes ni al Ministerio Público.

La denuncia por persona interesada no puede sustentarse en causales o impedimentos que den lugar a la anulabilidad. Esto constituye una semejanza con la oposición del Ministerio Público, pero una diferencia sustancial con la oposición de cualquier otro tercero, en el artículo 253 solo se dice que la oposición a la celebración del matrimonio puede formularse cuando exista algún impedimento, sin especificar si este es causal de nulidad o anulabilidad. En el caso de la denuncia regulada por el artículo 255, no se exige del denunciante legítimo interés, como sí se exige del opositor, como ya lo hemos visto⁽³³⁶⁾.

2.6.3. Oportunidad

Es para interponer la demanda de oposición que se ha generado con motivo de la denuncia de impedimento, conforme al artículo 255, es de diez días, cómputo que no está debidamente regulado, se dice que es a partir de la fecha de formulación de la denuncia, debiendo decir que es a partir de la fecha de remisión de la denuncia al Ministerio Público⁽³³⁷⁾.

2.6.4. Forma

De la interpretación del artículo 255, se desprende que la denuncia, al ser un simple dato informativo, puede hacerse vía escrita u oral y, ser hecha ante el alcalde para que, sin mediar trámite alguno, la remita al Ministerio Público, órgano que evaluará la consistencia de la denuncia y solo de encontrarla fundada formulará la correspondiente oposición.

La denuncia constituye un proceso indirecto, a través del Ministerio Público, para impedir un matrimonio.

2.6.5. Trámite

Aplicando extensivamente lo previsto en los artículos 251 y 253, si en el caso concreto es más de un alcalde el que ha publicado los avisos matrimoniales, la

(336) *Ibíd.*, p. 116.

(337) *Ibíd.*, p. 117.

denuncia puede formularse ante cualquiera de ellos, pero en todo caso debe oficiarse al del lugar de celebración del matrimonio para que tome conocimiento de la denuncia.

En cuanto a la participación del Ministerio Público, si este considera valedera la denuncia procederá conforme a lo establecido en el artículo 254, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 256, los cuales disponen que el procedimiento de la oposición generada, a consecuencia de la denuncia de impedimento, es en la vía judicial, por medio de demanda de oposición que se tramitará conforme a las normas del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil⁽³³⁸⁾.

2.6.6. Competencia

Respecto del tercero, este interpone denuncia ante el Ministerio Público.

En caso del Ministerio Público que encuentra fundada la denuncia, formulará la oposición ante el Juez de Paz Letrado del lugar donde se ha de celebrar el matrimonio. En cuanto a la vía procedimental, el último párrafo del artículo 256 precisa que se empleará la vía y las reglas del proceso sumarísimo contemplado en el Código Procesal Civil.

2.6.7. Daño moral por denuncia infundada

El artículo 257 regula un supuesto de responsabilidad civil derivada de la oposición infructuosa a la celebración del matrimonio o de la denuncia de impedimento maliciosa; casos en los cuales se obliga al opositor o al denunciante, según el caso, a indemnizar los daños causados a título de daño moral⁽³³⁹⁾. Por lo demás, la referida norma exonera de responsabilidad a los ascendientes de los contrayentes y al Ministerio Público.

Un sector de la doctrina alega la colisión del artículo 257 con el sistema de responsabilidad civil regulado en el Libro sobre Fuentes de las Obligaciones; específicamente con el inciso 1) del artículo 1971, sobre responsabilidad extracontractual. Según esta última norma, no hay responsabilidad en el caso del ejercicio regular de un derecho. No obstante, el artículo 257 es contrario a dicha regla, al establecer que si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños. La norma no discrimina si la oposición ha sido formulada con buena fe o con mala fe o dolo. En consecuencia, la responsabilidad se genera de cualquier modo y simplemente nace la obligación de indemnizar en atención al dato objetivo de la oposición declarada infundada⁽³⁴⁰⁾.

(338) *Ibidem*, pp. 116 y 117.

(339) MURO ROJO, Manuel: "Indemnización por oposición infundada". En: *Código Civil comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 122.

(340) *Ibidem*, pp. 122-123.

Por otro lado, la indemnización por daños, en el caso de que efectivamente proceda, apunta a la reparación del daño moral causado a los pretendientes. Si bien es cierto que el Código Civil regula la figura del daño moral⁽³⁴¹⁾, solo se limita a mencionarla sin una definición concreta, pero la doctrina en términos generales ha entendido que se refiere al dolor, sentimiento de pena, sufrimiento o turbamiento causado a una persona natural por un hecho u omisión⁽³⁴²⁾.

Finalmente, tal como ya se mencionó, en el caso de la oposición infundada, los ascendientes de los pretendientes se encuentran exonerados de la responsabilidad de pago de daños, en el entendimiento que son personas que actúan exclusivamente de buena fe y en busca del mayor beneficio para sus familiares que asumirán las responsabilidades propias del matrimonio⁽³⁴³⁾. De la misma forma, el Ministerio Público se encuentra exonerado de esta responsabilidad, ya que se entiende que esta institución no actúa en nombre de un interés propio, sino en defensa de la sociedad.

No obstante que ordinariamente la denuncia de impedimentos y la oposición al matrimonio solo funcionan dentro del término de ocho días de las publicaciones, en todo momento, hasta antes de celebrado el matrimonio, puede el Ministerio Público, amparado en el artículo 254, formular oposición al matrimonio, sea de motu proprio, sea por denuncia hecha por el conducto regular u oficiosamente, siempre que se trate de uno de los impedimentos que acarrear nulidad del matrimonio.

2.7. Cuadro comparativo entre oposición y denuncia de impedimento matrimonial

Las diferencias entre estas dos instituciones pueden parecer sutiles pero en el fondo están marcadas por claros contrastes.

MARCO CONCEPTUAL	OPOSICIÓN	DENUNCIA
Concepto	Institución que tiene como principal fundamento el legítimo interés económico o moral de determinados sujetos, en evitar la celebración de un matrimonio afectado con algún impedimento matrimonial, así como en la obligación legal impuesta al Ministerio Público frente a un supuesto de nulidad de matrimonio.	Institución que tiene como fundamento el interés y el deber de la sociedad de proteger la institución jurídica del matrimonio y la búsqueda de seguridad jurídica, evitando la consumación de matrimonios afectados por impedimentos que, posteriormente a su celebración, puedan dar lugar a su invalidez.

(341) Código Civil. “Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento” y “Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

(342) MURO ROJO, Manuel: “Indemnización por oposición infundada”. Ob. cit., p. 124.

(343) *Ibidem*, p. 125.

Sujetos legitimados	Todos aquellos que tengan interés legítimo. Ministerio Público.	Cualquier persona que conozca de algún proyecto matrimonial.
Sujetos intervinientes	Oponente (sujeto con legítimo interés) Ministerio Público Alcalde Pretendientes Juez de Paz Letrado del lugar donde habría de celebrarse el matrimonio	Denunciante Ministerio Público
Funcionario competente	Cualquiera de los alcaldes que hayan publicado los avisos.	Ministerio Público.
Requisitos	Se formula por escrito. Debe fundamentarse en la existencia de impedimento matrimonial. La oposición del Ministerio Público debe fundamentarse en la existencia de impedimento matrimonial que constituya alguna causal de nulidad de matrimonio.	Se formula por escrito u oral. Debe fundamentarse en la existencia de un impedimento matrimonial que constituya alguna causal de nulidad de matrimonio.
Plazos	8 días hábiles	
Trámite	Si la oposición no se funda en algún impedimento matrimonial, el alcalde la rechazará de plano, sin admitir recurso alguno. Si se funda en algún impedimento matrimonial y los pretendientes niegan su existencia, el alcalde remitirá lo actuado al Juez de Paz Letrado del lugar donde habría de celebrarse el matrimonio. Remitido el expediente de oposición por el alcalde, el Juez requerirá al oponente para que interponga demanda dentro del 5to día. El Ministerio Público interpondrá su demanda dentro de los diez (10) días contados desde publicado el aviso del proyecto matrimonial o de formulada la denuncia de impedimento matrimonial. Vencidos los plazos citados sin que se haya interpuesto demanda, se archivará definitivamente lo actuado. Se tramita como proceso sumarísimo.	Procedimiento que de manera indirecta puede generar una oposición por impedimento matrimonial a través del Ministerio Público.

Resultado	<p>Oposición fundada: se emite fallo judicial adverso a la celebración del matrimonio, el cual es apelable por los pretendientes.</p> <p>Oposición infundada: el oponente queda sujeto al pago de la indemnización de daños. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad.</p> <p>Fallo apelable por el oponente.</p>	<p>Denuncia fundada: el Ministerio Público formula la correspondiente oposición.</p> <p>Denuncia infundada: desestimada por el Ministerio Público.</p> <p>Oposición del Ministerio Público infundada: Si la denuncia hubiera sido maliciosa, queda sujeto al pago de la indemnización de daños, el denunciante que ha obrado de mala fe.</p>
------------------	--	--

3. La declaración de capacidad o aptitud nupcial de los contrayentes (artículo 258 del Código Civil)

Transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos, sin que se haya producido oposición o desestimada esta, y no teniendo el alcalde noticia de ningún impedimento declarará la capacidad de los pretendientes, facultándolos para que puedan contraer matrimonio dentro de los cuatro (4) meses siguientes. Vencido este plazo deberán reiniciar el expediente matrimonial en el entendido que en el lapso transcurrido pueden haber sobrevenido impedimentos que antes no existían. Esto se encuentra estipulado en el artículo 258.

3.1. Supuestos

En la celebración del matrimonio deben diferenciarse los siguientes supuestos⁽³⁴⁴⁾:

- **Plazo de espera.**- Antes de declarar la capacidad de los contrayentes, el alcalde tendrá que esperar, cuando menos, que transcurran diez (10) días desde la publicación del último aviso, teniendo en cuenta que el último aviso puede ser el del diario o el publicado en el local de la municipalidad. Dentro de este plazo puede (i) oponerse cualquier tercero con legítimo interés quien tiene ocho (8) días hábiles (artículo 253) o el Ministerio Público de oficio (artículos 254 y 256) que tiene diez (10) días hábiles para interponer su demanda o, (ii) puede un tercero denunciar la existencia de algún impedimento (artículo 255). De no existir oposición o denuncia, el alcalde podrá declarar la capacidad de los contrayentes, conforme se desprende del primer párrafo del artículo 258.
- **Oposición por tercero.**- En caso de haberse formulado oposición por parte de tercero, el alcalde deberá verificar si esta se funda en causa legal. Si no es así, la rechazará de plano (artículo 253) y podrá declarar la capacidad de los contrayentes (artículo 258). Además, deberá tomar en cuenta lo alegado por

(344) MURO ROJO, Manuel. "Declaración de capacidad de los contrayentes". En: *Código Civil comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 126 y 127.

los pretendientes, si estos niegan su existencia (artículo 253, segundo párrafo) remitirá lo actuado al juez en cuyo caso deberá esperar que el oponente interponga la demanda de oposición en el plazo de cinco (5) días de ser requerido para ello (artículo 256); si no lo hace, el alcalde podrá declarar la capacidad de los contrayentes. Por el contrario, si la demanda sí se interpone, el alcalde deberá esperar el resultado del proceso.

- **Oposición por el Ministerio Público.**- Si la oposición es formulada por el Ministerio Público, dentro de los diez (10) días que tiene para ello, a través de demanda judicial (artículo 256), el alcalde deberá esperar el resultado del proceso.
- **Denuncia por un tercero.**- Si un tercero interpone denuncia por la existencia de un impedimento que constituya una causal de nulidad (artículo 255), el alcalde deberá esperar a que el Ministerio Público interponga la demanda de oposición en el plazo de diez (10) días de recibida la denuncia (artículo 256); si no lo hace, el alcalde podrá declarar la capacidad de los contrayentes; por el contrario, si la demanda sí se interpone, el alcalde deberá esperar el resultado del proceso.
- **Proceso judicial de oposición en curso.**- En los supuestos en los cuales el alcalde debe esperar el resultado del proceso, si la oposición que se debate en proceso es desestimada, el alcalde podrá declarar la capacidad de los pretendientes. Cuando dicho proceso termina por abandono o desistimiento se puede producir, en cuanto a la celebración del matrimonio, los mismos efectos de una sentencia fundada, esto es, posibilitar al alcalde para que declare la capacidad de los pretendientes para casarse, aun cuando en estos dos casos –abandono y desistimiento–, no hay pronunciamiento sobre el fondo, por lo que no se tiene por probada la existencia o inexistencia de la causal o impedimento, consecuentemente el matrimonio podría estar celebrándose mediando estos. No obstante lo expuesto, el alcalde estaría obligado a declarar a los contrayentes en aptitud para contraer matrimonio⁽³⁴⁵⁾.

De conformidad con el artículo 258, un primer supuesto que impide al alcalde efectuar dicha declaración, fluye de una interpretación a contrario sensu del primer párrafo del citado artículo. En efecto, es el supuesto que el proceso judicial, en caso de existir oposición, concluya con sentencia que declare fundada la demanda por haber quedado demostrada la causal o impedimento⁽³⁴⁶⁾.

Al igual que en el caso anterior, cabe señalar que si el proceso termina por alguna de las otras formas establecidas en la ley procesal (formas especiales de conclusión del proceso), podría llegarse a similar resultado. Ello ocurriría si

(345) *Ibidem*, pp. 127 y 128.

(346) *Ibidem*, p. 128.

el proceso concluye por allanamiento o reconocimiento, aunque no haya pronunciamiento sobre el fondo, el alcalde no podrá declarar la capacidad de los pretendientes para casarse, pues el allanamiento o el reconocimiento equivalen a declarar fundada la demanda⁽³⁴⁷⁾.

3.2. Conocimiento de algún impedimento

El alcalde no declarará la capacidad de los contrayentes si tuviese noticia o conocimiento de algún impedimento o si de los documentos presentados y de la información producida, no resulta acreditada dicha capacidad. En estos casos remitirá lo actuado al juez quien, con citación del Ministerio Público, resolverá lo conveniente, en el plazo de tres (3) días, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 258⁽³⁴⁸⁾.

Cabe precisar que se deja abierta la posibilidad de que el alcalde pueda llegar a conocer el impedimento por cualquier medio y en cualquier momento; es decir, antes de transcurrido el plazo de oposición, vencido este, e incluso cuando el propio alcalde ya declaró la capacidad de los pretendientes. Por tanto, la posibilidad regulada por el segundo párrafo del artículo 258 neutraliza los efectos de la declaración de capacidad dispuesta en el primer párrafo, y constituye una excepción a los plazos para oponerse o para denunciar impedimentos, por lo que en rigor, concluiríamos que la aptitud nupcial de los pretendientes es vulnerable hasta el mismo momento de la celebración del matrimonio.

3.3. Vigencia

La declaración de capacidad tiene una vigencia de cuatro (4) meses, vencidos los cuales, sin que los contrayentes se casen, se cerrará el expediente y deberán reiniciar el trámite de celebración de matrimonio desde la primera etapa correspondiente a la declaración del proyecto matrimonial.

4. Celebración del matrimonio (arts. 259-268 del Código Civil)

A esta cuarta etapa la doctrina la denomina celebración del matrimonio propiamente dicha o en sentido estricto.

4.1. Ceremonia

Cumplidos los pasos previos, el matrimonio debe celebrarse públicamente en la municipalidad y por el alcalde (artículo 259). En la ceremonia participan el alcalde, los contrayentes, los testigos y los vecinos.

(347) Ídem.

(348) *Ibídem*, pp. 128 y 129.

El objeto de la intervención de los testigos se reduce a presenciar el acto, sin mayor participación, no es preciso que hayan conocido antes a los contrayentes, como ocurría en la fase inicial de la declaración del proyecto matrimonial.

Instalados los participantes y los contrayentes frente al alcalde, este da inicio a la ceremonia explicando la trascendencia del acto. Paso siguiente el alcalde debe leer los artículos 287 (obligaciones comunes de los cónyuges), 288 (deber de fidelidad y asistencia), 289 (deber de cohabitación), 290 (igualdad en el hogar), 418 (noción de patria potestad) y 419 (ejercicio conjunto de la patria potestad) del Código Civil, manifestando si tienen alguna duda al respecto. Luego de ello preguntará a cada uno de los pretendientes si persiste en su voluntad celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos, tal como lo dispone el artículo 259⁽³⁴⁹⁾.

Si dice(n) que no, en el acto da por terminada la ceremonia y se archiva el expediente matrimonial. Antes que transcurran los cuatro meses concedidos para la realización del matrimonio podría volver a realizarse la ceremonia y formalizar el casamiento.

Cornejo Chávez nos explica que la ceremonia del matrimonio tiene un doble objeto: i) comprobar el pleno y consciente propósito de contraer matrimonio por parte de ambos interesados, y; ii) llamar la atención de estos hacia los deberes y derechos que el matrimonio va a suscitar⁽³⁵⁰⁾.

4.2. Contenido del acta

El acta de matrimonio reviste singular importancia y debe contener los siguientes datos, de conformidad con el artículo 46 del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil⁽³⁵¹⁾:

- a) Nombre, edad, nacionalidad, domicilio, estado civil, firma y número de CUI o de la libreta electoral o de cualquier otro documento que permita fehacientemente la identificación de cada contrayente.
- b) En el caso de matrimonio de menores, nombre, nacionalidad, domicilio, parentesco, de ser pertinente, y número de CUI o de la libreta electoral o de cualquier otro documento que permita fehacientemente la identificación de las personas que prestan su consentimiento.
- c) Lugar y fecha de celebración del matrimonio.
- d) Nombre, firma y número de CUI o de la libreta electoral o de cualquier otro documento que permita fehacientemente la identificación de los testigos.

(349) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de familia peruano*. Ob. cit., p. 177.

(350) Ídem.

(351) D.S. N° 015-98-PCM.

- e) Nombre y firma del registrador.
- f) Nombre de la autoridad que celebró el matrimonio.

5. Onerosidad de la ceremonia

El procedimiento de celebración del matrimonio civil supone el pago de los derechos de tramitación consignados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de cada municipalidad. Estos serán cancelados al momento de iniciar el trámite del matrimonio en la tesorería del municipio y contra acuse de recibo de pago.

Aparte de los derechos de tramitación, no cabe cobro alguno que no se encuentre regulado expresamente en el TUPA.

El artículo 266 establece que: “Ninguno de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en la tramitación y celebración del matrimonio cobrará derecho alguno”. La norma no se limita solo a sancionar a quien solicite contribuciones o emolumentos a su favor a cambio de celebrar la ceremonia, sino también a todo funcionario o servidor que al momento de la tramitación haya solicitado o exigido un pago no previsto en el ordenamiento legal⁽³⁵²⁾.

Aquellos que cobrasen sumas de dinero por cualquier concepto relacionado con la celebración del matrimonio, no contemplado en el TUPA de la municipalidad, en su calidad de infractores serán destituidos del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad penal, según el artículo 267. En estos casos incurrirán en el delito de concusión (382, CP)⁽³⁵³⁾ o exacción ilegal (383, CP)⁽³⁵⁴⁾. La acción penal puede ser interpuesta por los propios contrayentes.

V. CELEBRACIÓN EXTRAORDINARIA DEL MATRIMONIO

Adicionalmente al procedimiento ordinario de celebración de matrimonio, encontramos supuestos especiales de celebración que, de manera excepcional y en aras del principio de promoción del matrimonio, facilitan a los contrayentes la celebración de este acto jurídico familiar. Tales facilidades hacen que las formalidades del matrimonio sean más flexibles. Se dan contemplado situaciones sui generis en las que pueden encontrarse los contrayentes y que el ordenamiento jurídico tiene a bien tutelar y tomar en cuenta para permitir que tal situación especial no sea un impedimento para la celebración del matrimonio.

(352) ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Gratuidad de las diligencias matrimoniales”. En: *Código Civil comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 155.

(353) Código Penal. Artículo 382.- “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”.

(354) Código Penal. Artículo 383.- “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

La extraordinariedad se fundamenta en que no es realizada por el funcionario de origen, es llevada a cabo fuera del local municipal o no participa uno de los contrayentes.

1. Supuestos que pueden plantearse

- El alcalde fuera del local municipal.
- Funcionario con facultades delegadas del alcalde en el local municipal.
- Funcionario con facultades delegadas del alcalde fuera del local municipal.
- Funcionario no municipal y fuera del local (sacerdote, jefe de hospital, jefe de establecimientos penales o establecimientos análogos).
- Poder de uno de los contrayentes.

2. Otros funcionarios

En principio, la celebración del matrimonio debe ser presidida por alcalde. Pero, es posible que por las funciones propias de su cargo, o por otras razones, no esté en aptitud de presidir la ceremonia matrimonial, por tal razón, el alcalde podrá delegar, por escrito, en otros regidores, funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales, párroco o el Ordinario, la facultad de celebrar el matrimonio, según el artículo 260. En el caso del párroco o el Ordinario, este debe remitir dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, el certificado de matrimonio al Registro del Estado Civil.

Siempre que se procede por delegación, esta debe conferirse por escrito y hacerse constar tal circunstancia en el acta de matrimonio, la cual se extiende en los Registros del funcionario delegante⁽³⁵⁵⁾.

Entre esos otros funcionarios con permisión legal para celebrar el matrimonio tenemos:

- *Regidor del Concejo*, por delegación del alcalde (artículo 260).
- *Funcionario municipal determinado*, por delegación del alcalde (artículo 260).
- *Alcalde o Jefe del Registro de otro Concejo*, en razón que puede sobrevenir la imposibilidad de que el matrimonio se celebre ante el funcionario que recibió la declaración inicial o ante las personas que de este podrían recibir delegación, se permite que el matrimonio sea realizado ante el alcalde o Jefe del Registro de otro Concejo mediante autorización escrita del alcalde competente (artículo 261). La inscripción del matrimonio se hace en el registro que está a cargo del alcalde o funcionario autorizado y se deja constancia en el acta de la facultad con que procede el celebrante⁽³⁵⁶⁾.

(355) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª ed. Ob. cit., p. 173.

(356) *Ibidem*, pp. 173 y 174.

- *Jefe del Registro del Estado Civil*, en las capitales de provincia donde dicho Registro se encuentre a cargo de funcionarios especiales (artículo 263).
- *Director o jefe de hospital o establecimiento análogo*, por delegación del alcalde (artículo 260).
- *Párroco o el Ordinario del lugar*, por delegación del alcalde (artículo 260).
- *Comité especial, en las comunidades campesinas o nativas*, constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos (2) directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad (artículo 262).
- *Párroco o autoridad sacerdotal*, en caso de que alguno de los contrayentes se encuentre en inminente peligro de muerte (artículo 268).

3. Otros lugares

En lo concerniente al lugar de celebración del matrimonio, la regla general, de acuerdo a lo establecido por el artículo 259, es que dicho acto se celebre en el local de la municipalidad.

El artículo 265 se limita a enunciar que la celebración del matrimonio puede realizarse excepcionalmente fuera de la municipalidad, en lugar distinto. El citado artículo 265, conforme a su propio texto, contiene una disposición de carácter excepcional; sin embargo, ha terminado en la práctica como una norma de carácter alternativo u opcional, y en muchos casos termina siendo la regla, según decisión de quienes pretenden contraer matrimonio.

Entre esos otros lugares para celebrar el matrimonio tenemos:

- En la Iglesia, luego de la ceremonia religiosa.
- En la recepción, antes de fiesta.
- En el domicilio de uno de los contrayentes.
- En lugares públicos o abiertos (parques, auditorios) para el caso de los matrimonios masivos.
- En otro local municipal de aquel donde se prestó la declaración.
- En el lecho de enfermo, hospitales o establecimientos de salud.
- Establecimientos penitenciarios.
- Comunidades campesinas o nativas.

4. Tipos de matrimonios por celebración especial

4.1. Matrimonio en peligro de muerte

También llamado *in extremis* o *in articulo mortis*.

La principal forma extraordinaria o excepcional de celebración del matrimonio, reconocida, doctrinaria y normativamente, es el matrimonio en peligro de muerte, entendido como aquel matrimonio en el que alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, caso en el que se permite la celebración del matrimonio sin observar las diligencias que deben preceder a la ceremonia e inclusive ante autoridad diferente al alcalde.

Este matrimonio se encuentra regulado por el artículo 268. Se celebra ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz. Tiene validez y eficacia sin más condiciones que la de ser contraído por personas capaces que no tengan impedimentos y que sea inscrito en el Registro de Estado Civil dentro del plazo de un (1) año con la presentación de la partida parroquial.

4.1.1. Argumentos a favor

Se dice que el matrimonio *in extremis* o *in articulo mortis*, tomado del Derecho Canónico, responde al principio doctrinario que el matrimonio puede y debe servir para legitimar la prole procreada con anterioridad, para regularizar la situación de la concubina por consideraciones de orden ético, legal o de conciencia y para otros fines igualmente justos. Modernamente este se encuadra dentro del principio de promoción del matrimonio.

Este tipo de matrimonio quita el prejuicio que solo el matrimonio tiene como fin la procreación.

4.1.2. Argumentos en su contra

No obstante ello, este matrimonio excepcional y de urgencia ha sido combatido a base de argumentos de dudosa fuerza:

- Que no hay matrimonio donde no hay consentimiento, y que no lo hay en quien lo presta en estado de agonía sea por causa de enfermedad, accidente o vejez;
- Que el consentimiento prestado en tales circunstancias solo puede atribuirse a presión extraña, a menos de la existencia de esponsales celebrados en distinta situación;
- Que estos matrimonios tienen en su contra la presunción de fraudulencia.

Asimismo, es muy posible que el sacerdote llamado de urgencia ignore las formalidades del matrimonio civil, en razón que no está obligado a conocerlas en detalle, sin que, en cambio, se conciba que desconozca el rito matrimonial canónico y sin que sea exigible que en tales momentos y circunstancias haya que ingeniarse para consultar los artículos del Código Civil.

4.1.3. Características

El matrimonio *in extremis* se caracteriza en:

- Prescindencia de las formalidades previas,
- La persona que lo celebra,
- La ausencia de testigos,
- El lugar donde se realiza,
- En las personas que firman el acta o certificado y aun en el contenido de este.

4.1.4. Procedimiento

La celebración del matrimonio la realiza el párroco o cualquier sacerdote, sin observar ninguna de las formalidades requeridas por el artículo 248. A pesar de que no se exigen las formalidades, a causa de la grave situación del o de los contrayentes, la ley no ampara la existencia de vicio alguno. En esa línea, el mismo párroco o cualquier persona con legítimo interés que conozca tal acontecimiento podrán oponerse a la celebración del acto si existe algún impedimento legal, en cuyo caso se detendrá el procedimiento o, en su defecto se concluirá el acto, bajo el riesgo de declararse nulo⁽³⁵⁷⁾.

Durante la celebración del matrimonio, la autoridad deberá poner énfasis en la afirmación de la pretensión de matrimonio emitida por los contrayentes, la que deberá ser indubitable, sobre todo por quien se encuentra en una situación enfermedad o mal grave⁽³⁵⁸⁾.

La celebración del acto matrimonial ante el párroco o cualquier otro sacerdote es la opción más acertada, al amparo de la significativa devoción católica existente en nuestro país. Debe tomarse en consideración que el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 expresa que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole⁽³⁵⁹⁾.

Frente a esta realidad puede afirmarse que al referirse el artículo 268 a la celebración del matrimonio ante párroco o cualquier otro sacerdote no supone discriminación alguna respecto a la religión que profesa el contrayente, por lo cual el director de la ceremonia podrá ser la autoridad de su religión, siempre que ejerza un rango similar al sacerdote o párroco católico⁽³⁶⁰⁾.

(357) MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Matrimonio por inminente peligro de muerte”. En: *Código Civil comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 158.

(358) *Ibidem*, pp. 158 y 159.

(359) *Ibidem*, p. 159.

(360) *Ídem*.

Consideramos pertinente que no sea exclusivamente el párroco o cualquier otro sacerdote quienes tengan legitimidad para celebrar la ceremonia del matrimonio, sino que pueda ser también el alcalde, o autoridad civil designada por este, asimismo, los directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos, en circunstancias en las que ello sea posible⁽³⁶¹⁾.

4.2. Matrimonio por representación

De acuerdo a lo enunciado por el artículo 145 del Código Civil, el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. Se ha justificado la necesidad de la representación basándose en la utilidad práctica que dicha figura importa en el dinamismo de la vida social y jurídica, respecto del campo de actuación de las personas.

Esta figura jurídica, así como se aplica de manera natural a los actos jurídicos patrimoniales, ha penetrado el campo de los actos extrapatrimoniales, prueba de ello es que se admite la actuación por terceros en el ámbito del Derecho de Familia.

El artículo 264 autoriza a los contrayentes del acto matrimonial a que comparezcan a la ceremonia a través de apoderado autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. La norma considera la posibilidad de que pueden darse diversos motivos, de índole personal o de fuerza mayor, en que los contrayentes no puedan asistir a la ceremonia del matrimonio civil, en cuyo caso podrán ser representados por un tercero⁽³⁶²⁾.

Conforme al sistema de la representación directa, y particularmente de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 160, el acto jurídico celebrado por el representante dentro de los límites de las facultades que se le hayan conferido produce efectos directamente respecto del representado. Quien actúa en nombre de otro, en este caso para representarlo en la ceremonia del matrimonio civil, no recibe las consecuencias del negocio jurídico celebrado; estas recaen directamente en la esfera jurídica de quien confirió la representación, sin necesidad que se requiera de un nuevo acto para ceder dichos efectos⁽³⁶³⁾.

4.2.1. ¿Representante o nuncio?

Un sector de la doctrina cuestiona que el acto por el cual se otorgan facultades a un tercero para que intervenga en la ceremonia matrimonial en nombre

(361) Ídem.

(362) MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Matrimonio por representación". En: *Código Civil comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 146.

(363) Ídem.

del contrayente, manifestando la voluntad de este de contraer matrimonio, sea un verdadero acto de representación.

Guillermo Lohmann⁽³⁶⁴⁾ se refiere a la figura del nuncio que, a diferencia del representante, no tiene como este un auténtico poder de decisión, sin iniciativa, opción o interpretación de la voluntad. La doctrina exige que el representante actúe frente al denominado tercero contratante con su propia voluntad, mientras que como es sabido, el nuncio es apenas un emisario que traslada y reproduce una voluntad, carece de iniciativa legitimada y creadora, no puede optar y no le está permitido determinar el contenido de ninguna voluntad, ni de amoldarla a circunstancias sobrevinientes, ni posee otra capacidad de decisión vinculante que no sea la de transmitir o no la voluntad de quien representa. La participación del nuncio en el acto jurídico vendría a ser puramente instrumental.

Por estas consideraciones, Lohmann se inclina por sostener que en la celebración del matrimonio, en la que los contrayentes actúan a través de terceros, no cabe hablar de representante sino de nuncio, ya que en este supuesto, el apoderado actúa como portavoz del contrayente, sin posibilidad alguna de decisión, iniciativa, opción o interpretación de la voluntad ajena.

4.2.2. Características

Puede autorizarse la intervención de mandatarios o apoderados en representación de los contrayentes en la celebración del matrimonio, pero con las siguientes características formales⁽³⁶⁵⁾:

El poder debe constar por escritura pública y ser especial para el acto de la celebración del matrimonio.

Lo primero se explica por la necesidad de asegurar la autenticidad de la representación. Lo segundo exige que en el poder deba expresarse, concreta y claramente, i) la persona que lo otorga, ii) aquella a favor de la cual se confiere y iii) con quién va la primera a contraer matrimonio, por lo tanto, no cabe otorgar un poder general, con amplias facultades. No requiere inscripción y;

Cuando uno de los contrayentes actúe por medio de apoderado, el otro debe concurrir personalmente al acto de celebración del matrimonio.

Esta limitación se debe al propósito de garantizar el consenso personal de uno de los contrayentes, pero carece de fundamento jurídico. Si el mandatario no expresa su voluntad, sino la del poderdante, no existe inconveniente para que ambos pretendientes se hagan representar debidamente en la ceremonia. Podría, sin ninguna dificultad, que en un acto de verdadera representación, ambos pretendientes

(364) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª ed., Studium, Lima, 1987, p. 123.

(365) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de familia peruano*. Ob. cit., pp. 174 y 175.

contraigan matrimonio a través sendos representantes o apoderados. Tomando en cuenta que el representante no expresa su voluntad sino la del poderdante.

El otorgante deberá ceñirse en lo que fuere aplicable a lo estipulado por los artículos 145 y siguientes del Código Civil referidos a la representación, a fin de que esta goce de validez absoluta.

4.2.3. Revocación y caducidad

El poder que uno de los contrayentes confiere a tercera persona puede ser revocado en cualquier momento antes de la celebración del matrimonio de conformidad con el artículo 264. El fundamento de esta revocabilidad es obvio: No hay matrimonio donde no hay libre consentimiento, prestado justamente en el momento de contraerlo. Para que surta efectos la revocatoria debe ser notificada al apoderado y al otro contrayente

Respecto a la caducidad del poder, esta se produce a los seis (6) meses de otorgado. El plazo establecido es suficiente y que el poderdante puede haber cambiado su decisión de contraer matrimonio o de hacerlo a través de tercero. Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 264 solo sanciona con nulidad el matrimonio si se ha celebrado con poder revocado o por incapacidad posterior, pero no cuando el poder ha caducado. De esta manera, a la luz de lo dispuesto por los artículos 161 y 162 del Código Civil, podría afirmarse que el acto es válido pero ineficaz, quedando sujeto a la eventual ratificación del poderdante⁽³⁶⁶⁾.

4.3. Matrimonio en comunidades campesinas

4.3.1. Generalidades

De acuerdo con el artículo 134 del Código Civil, las comunidades campesinas y nativas son definidas como las organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.

Las comunidades campesinas y nativas se encuentran ubicadas, en su mayoría, en las zonas más remotas del país, por lo general de difícil acceso y, precisamente por esta razón, sus costumbres, creencias e idiosincrasia distan mucho de las de aquellas poblaciones instaladas en las ciudades del resto del distrito o provincia a la que pertenecen⁽³⁶⁷⁾.

(366) MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Matrimonio por representación". Ob. cit., p. 149.

(367) ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. "Matrimonio en comunidades campesinas y nativas". En: *Código Civil comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 141.

Los comuneros viven alejados de la urbe sin contar con elementos propios de la modernidad. Se abastecen de lo que producen, tienen sus propios medios de protección y defensa. Se autoorganizan y eligen sus autoridades bajo formas muy particulares. En ese contexto y circunstancias, el legislador consideró que no es prudente obligar a los habitantes de las comunidades campesinas y nativas a tramitar y celebrar sus uniones matrimoniales en la municipalidad distrital a la que pertenecen y que resultaría competente en atención al domicilio de los pretendientes⁽³⁶⁸⁾.

4.3.2. Tratamiento

El matrimonio en comunidades campesinas y nativas está regulado en el artículo 262.

A efectos de la tramitación y celebración de los matrimonios, las mencionadas comunidades organizadas forman un comité especial compuesto por la autoridad educativa y por dos directivos de mayor jerarquía de la comunidad, y bajo la presidencia del directivo de mayor jerarquía. El profesor y dos comuneros con cargo directivo, representan la autoridad civil para llevar a cabo la celebración del matrimonio. El comité especial tiene a su cargo la tramitación y celebración de los matrimonios civiles, teniendo en cuenta las particulares costumbres de cada comunidad⁽³⁶⁹⁾.

Obvio es que en estos casos no pueda exigirse la observancia de las formalidades establecidas en el artículo 248, toda vez que el acto se celebra en función de las costumbres propias de la comunidad; debiendo quedar en claro que una vez cumplidas sus respectivas formalidades el acto celebrado surtirá los mismos efectos que un matrimonio civil⁽³⁷⁰⁾. Las comunidades campesinas y nativas, en la mayoría de casos, no se rigen por la ley, sino de acuerdo a sus propias costumbres (incluso *contra legem*, caso del reconocimiento de la bigamia, el servinacuy), entre las cuales pueden presentarse casos de matrimonios que a la luz de nuestro Código serían nulos o anulables⁽³⁷¹⁾.

El artículo 262 es austero y genérico. No detalla sobre los requisitos, formalidades, tramitación y celebración del acto matrimonial, sobreentendiendo que ello corresponde ser regulado en el estatuto de cada comunidad. Legislar sobre estos aspectos sería un error, significaría imponer un estilo de vida que no corresponde⁽³⁷²⁾.

(368) *Ibidem*, pp. 141 y 142.

(369) *Ibidem*, p. 142.

(370) *Ídem*.

(371) *Ídem*.

(372) *Ibidem*, pp. 142-143.

4.4. Matrimonio civil masivo

El matrimonio civil masivo o comunitario constituye una de las instituciones que encontramos en la práctica de las municipalidades. Es un mecanismo destinado a facilitar el acceso a la celebración del matrimonio en aras del principio de promoción. Nuestro ordenamiento jurídico respecto de esta institución, adolece de un gran vacío.

La doctrina ha acusado la precariedad de este tipo de acto. No solo no está regulado por el Código Civil o por otra norma del ordenamiento jurídico, sino que en ellos se prescinde de formalidades que la ley señala como obligatorias. Si bien las omisiones formales pueden ser subsanadas, en muchos casos las personas que se acogen a la convocatoria del municipio no cumplen luego con subsanar los posibles incumplimientos de requisitos formales, por lo que el matrimonio celebrado queda expuesto a una eventual acción de nulidad.

En la práctica es aplicada con criterios y procedimientos diversos de acuerdo a los criterios de cada municipalidad. Esto podría generar inseguridad jurídica si conjugamos las dispersas y distintas disposiciones municipales con las normas de carácter general del Código Civil.

Coincidimos con Plácido Vilcachagua⁽³⁷³⁾ quien busca que la regulación del matrimonio civil masivo sea incorporada al Código Civil, uniformizando criterios y exigencias comunes para todas las municipalidades con el objeto de evitar contradicciones y arbitrariedades, que es lo que viene sucediendo actualmente. Esta institución debe ser analizada y regulada a fin de poder determinar hasta qué punto facilitar la celebración del matrimonio con prescindencia de sus formas es bueno.

Lo principal es evitar que estos matrimonios adolezcan de un vicio formal que pueda llevar a su invalidez.

4.5. Matrimonio a distancia

Este matrimonio trata de suplir la representación de uno de los contrayentes.

Para ello facilita la facultad de que el contrayente que no se encuentra en el lugar donde ha de celebrarse el matrimonio pueda manifestar su voluntad ante un funcionario competente del lugar donde este se encuentre.

Por ejemplo, el contrayente ausente puede manifestar su voluntad ante el alcalde distrital o provincial, si está en territorio peruano o ante cónsul, si está fuera del país.

(373) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 72 y 73.

El Código Civil argentino lo trata como “(...) aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra. La documentación que acredite el consentimiento del ausente solo podrá ser ofrecida dentro de los noventa (90) días de la fecha de su otorgamiento” (artículo 173); asimismo, “El matrimonio a distancia se reputará celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por los impedimentos legales y juzgará las causas alegadas para justificar la ausencia. En caso de negarse el oficial público a celebrar el matrimonio, quien pretenda contraerlo con el ausente podrá recurrir al juez competente” (artículo 174).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 173.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Aviso por diversidad de domicilio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Comentario al artículo 266”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Gratuidad de las diligencias matrimoniales”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima,
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Matrimonio en comunidades campesinas y nativas”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Sanción por infringir la gratuidad”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª ed., Studium, Lima, 1987.
- MURO ROJO, Manuel. “Declaración de capacidad de los contrayentes”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

- MURO ROJO, Manuel. “Dispensa judicial para la presentación de documentos”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel. “Formalidades y requisitos para contraer matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel. “Indemnización por oposición infundada”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Aviso matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Denuncia de impedimento matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Matrimonio por inminente peligro de muerte”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Matrimonio por representación”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Oposición a la celebración de matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

ANEXO 1

CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO-TRÁMITE ORDINARIO

1. Declaración del proyecto matrimonial y comprobación de capacidad de los contrayentes

Declaración oral u escrita de los pretendientes al alcalde del domicilio de cualquiera de ellos.

A su declaración acompañan los siguientes documentos generales:

- Copia certificada de las partidas de nacimiento.
- La prueba del domicilio.
- El certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en los artículos 241, inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.
- Documento Nacional de Identidad - DNI de los contrayentes

Según el caso, deberán presentar los siguientes documentos especiales:

- La dispensa judicial de la impubertad.
- El instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria.
- La dispensa judicial del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado.
- Copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidez del matrimonio anterior.
- El certificado consular de soltería o viudez.
- Todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.

El juez de familia puede dispensar a los pretendientes de la obligación de presentar algunos documentos, cuando sean de muy difícil o imposible obtención. Se realiza bajo el proceso judicial no contencioso.

Cada pretendiente presentará dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, si existe o no impedimento alguno. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos.

- * Sujetos intervinientes en la declaración del proyecto matrimonial: autoridad competente. Pretendientes. Personas que hubiesen prestado su consentimiento. Testigos.
- * Sujetos intervinientes en la dispensa de presentación de documentos: Juez de familia. Pretendientes.

2. Publicación del proyecto matrimonial

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 periódico, donde lo hubiere. En la circunscripción que no exista periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial. Debe entregarse el texto publicado, con la firma y DNI del responsable de la emisora radial, al jefe de los Registros Civiles.

El aviso consignará el nombre, nacionalidad, edad, profesión, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes, el lugar donde será celebrado el matrimonio y la advertencia que todo el que conozca la existencia de algún impedimento debe denunciarlo.

Si fuere diverso el domicilio de los contrayentes se oficiará al alcalde que corresponda para que ordene la publicación prescrita en su jurisdicción.

El alcalde puede dispensar la publicación de los avisos si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos.

- * Sujetos intervinientes en la publicidad del proyecto matrimonial: Alcalde. Responsable de la emisora radial. Jefe de los Registros Públicos.
- * Sujetos intervinientes en la dispensa de la publicación de avisos: Alcalde. Pretendientes.

3. Declaración de capacidad o aptitud nupcial de los contrayentes

Transcurrido el plazo señalado para la publicación sin que haya producido oposición o desestimada esta, y no teniendo el alcalde noticia de ningún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes, habitándolos para que puedan contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes.

- * Sujetos Intervinientes en la declaración de capacidad o aptitud nupcial: Alcalde.

4. Celebración del matrimonio

El matrimonio se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar.

El alcalde, después de leer los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de matrimonio, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.

- * Sujetos intervinientes en la celebración del matrimonio: Alcalde. Pretendientes. Testigos.

ANEXO 2**REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL****Procedimiento general**

1. Adquisición de la carpeta matrimonial (26.00 nuevos soles) y en Registro Civil presentar la documentación solicitada para la apertura del pliego matrimonial.
2. La documentación presentada será calificada en un plazo de tres (3) días útiles. Cualquier observación será comunicada al interesado e interrumpirá los plazos de ley.
3. Los exámenes médicos y la constancia de consejería preventiva prenupciales se podrán realizar en el Centro Médico Municipal.
4. Luego de la calificación positiva, se recogerá el edicto matrimonial para ser publicado por una (1) sola vez en cualquier periódico de circulación.
5. Si uno de los contrayentes residiera en otro distrito se le dará una copia más del edicto para ser publicado en la Municipalidad de su distrito.
6. Transcurrido ocho (8) días útiles de la publicación, se adjuntará el edicto sellado por la jefatura de Registro Civil y la hoja completa del periódico donde se publicó. Se puede dispensar, por motivos excepcionales y justificados (Código Civil, art. 252), los días de plazo de la publicación del edicto previo pago de la tasa correspondiente de la Municipalidad.
7. Luego de transcurrido el plazo de publicación de edicto, sin que medie oposición, recién se podrá programar fecha fija para la realización del matrimonio civil, procediéndose al abono de los derechos por ceremonia matrimonial.
8. Los contrayentes y testigos deben presentarse veinte (20) minutos antes de celebrarse la boda civil al salón de actos con sus DNI vigentes para la habilitación correspondiente.

A. Mayores de 18 años

1. Copia Certificada actualizada de la partida de nacimiento de ambos contrayentes.
2. Original y copia del Documento Nacional de Identidad (vigente) de cada contrayente.
3. Certificado domiciliario de cada contrayente o declaración jurada para el contrayente que resida en otro distrito.
4. Certificado médico prenupcial (ETS, VIH y SIDA) y constancia de consejería preventiva de ambos contrayentes.
5. Constancia o declaración jurada de soltería.
6. Dos testigos (mayores de edad que por lo menos conozcan a los contrayentes desde tres [3] años antes Código Civil, art. 248), con DNI originales y copias simples.
7. Declaración jurada de no administrar bienes de hijos menores bajo patria potestad, caso contrario inventario judicial (Código Civil, art. 243, inciso 2).
8. Publicación de edicto matrimonial en un periódico de circulación nacional, previa apertura y calificación del expediente matrimonial.

B. Menores de edad**Como mínimo 16 años**

1. Requisitos del Rubro A. Nota: En el caso del punto 1 para la identificación del (los) menor(es) se tiene que presentar copia certificada de la partida de nacimiento y/o copia de la boleta o libreta militar fedateadas por fedatario de esta Municipalidad.
2. Autorización notarial de los padres, o abuelos, de ser el caso, o dispensa o licencia supletoria del Juez (Cód. Civil arts. 241, inciso 1, y 248).

C. Viudos

1. Requisitos del Rubro A.
2. Copia certificada de partida de defunción del cónyuge fallecido.
3. Declaración jurada de no administrar bienes de hijos menores bajo patria potestad, caso contrario inventario Judicial (Código Civil, art. 243, inciso 2). Formato dentro de carpeta.

Nota: En caso de las viudas, certificado médico expedido por el Ministerio de Salud que acredite no hallarse embarazada al no haber transcurrido trescientos días del hecho (Código Civil, art. 243, inciso 3).

D. Divorciados

1. Requisitos del Rubro A.
2. Copia certificada de la partida de matrimonio con la anotación marginal de la disolución del vínculo matrimonial y copia certificada de la sentencia de divorcio.
3. Declaración jurada de no administrar bienes de hijos menores bajo patria potestad, caso contrario inventario judicial (Código Civil, art. 243, inciso 2). Formato dentro de carpeta.

Nota: En caso de mujeres divorciadas, certificado médico expedido por el Ministerio de Salud que acredite no hallarse embarazada al no haber transcurrido trescientos días del hecho (Código Civil peruano, art. 243, inciso 3).

E. Extranjeros

1. Requisitos del Rubro A.
2. Original y copia de carné de extranjería y/o pasaporte.
3. Certificado consular de soltería o viudez, con la respectiva visación del Ministerio de Relaciones Exteriores en Lima. Nota: Por motivos excepcionales, previa calificación de la jefatura de Registro Civil, se podrá presentar supletoriamente una declaración jurada de soltería (formato entregado dentro de Carpeta Matrimonial).
4. Copia certificada de la partida de nacimiento del país de origen o copia certificada del título de naturalización. Los documentos mencionados deben ser visados por el Consulado peruano del país de origen o naturalización, y legalizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores en Lima (con traducción oficial, de ser el caso).

5. Los divorciados (as) y/o viudos (as) presentarán los documentos señalados en los rubros (C y D) antes mencionados con la visación correspondiente en los Consulados peruanos en el extranjero y en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Lima.

F. Matrimonios por poder

1. Requisitos del Rubro A.
2. Poder autorizado por escritura pública, emitido ante notario o cónsul peruano del país de su residencia y legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en Perú, traducido oficialmente, de ser el caso. Además debe estar inscrito ante Registros Públicos, confiándose poder para contraer matrimonio en nombre y representación del poderdante.

Nota: El poder caduca en 6 meses (art. 264 del CC).

PAGO DE DERECHOS	
Ítem	Costo en soles a julio de 2010
Apertura de expediente matrimonial	26.00
Ceremonia local Mun. 9:00-12:30 (L-V)	213.00
Ceremonia local Mun. 14:00-16:30 (L-V)	256.00
Ceremonia local Mun. 9:00-12:30 (S)	264.00
Ceremonia local Mun. 13:00-18:00 (S)	287.00
Ceremonia fuera local Mun. (dentro distrito L-S)	373.00
Ceremonia fuera del distrito (L-S)	426.00
Constancia de trámite matrimonial	16.00
Publicación edicto de otras municipalidades	13.00
Dispensa de edicto	51.00
Postergación de matrimonio	18.00

**CAPÍTULO
QUINTO**

**IMPEDIMENTOS
MATRIMONIALES**

CAPÍTULO QUINTO

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

I. Consideraciones generales. **1.** Introducción. **2.** Etimología. **3.** Origen. **4.** Concepto. **5.** Denominación. **6.** Definición. **7.** Naturaleza jurídica. **8.** Sujetos. **9.** Efectos. **9.1.** Tipos. **9.2.** Momentos. **10.** Características. **11.** Finalidad. **12.** Estructura. **13.** Clasificación. **13.1.** Tradicional. **13.1.1.** Impedimentos dirimientes. **13.1.1.1.** Clases **13.1.1.2.** Tipos. **13.1.2.** Impedimentos impidientes. **13.1.2.1.** Tipos. **13.2.** En atención a su extensión o alcance. **13.2.1.** Impedimentos absolutos. **13.2.1.1.** Tipos. **13.2.2.** Impedimentos relativos. **13.2.2.1.** Tipos. **13.3.** En atención a su duración. **13.3.1.** Impedimentos perpetuos. **13.3.1.1.** Tipos. **13.3.2.** Impedimentos temporales. **13.3.2.1.** Tipos. **13.4.** En atención a su dispensa. **13.4.1.** Impedimentos dispensables. **13.4.1.1.** Tipos. **13.4.2.** Impedimentos indispensables. **13.4.2.1.** Tipos. **13.5.** Por su eficacia. **13.5.1.** Impedimentos de Derecho Privado o *Iuris privati*. **13.5.1.1.** Tipos. **13.5.2.** Impedimentos de Derecho Público o *Iuris publici*. **13.5.2.1.** Tipos. **13.6.** Impedimentos especiales. **II.** Impedimentos dirimientes. **14.** Impedimentos derivados del parentesco. **14.1.** Consanguinidad. **14.1.1.** Enunciación. **14.1.2.** Fundamento **14.1.3.** Requisitos. **14.1.4.** Caracteres **14.2.** Afinidad. **14.2.1.** Enunciación. **14.2.2.** Fundamento. **14.2.3.** Requisitos. **14.2.4.** Caracteres. **14.3.** Adopción. **14.3.1.** Enunciación. **14.3.2.** Requisitos. **14.3.3.** Fundamento. **14.3.4.** Caracteres. **15.** Impedimentos eugenésicos. **15.1.** Sanidad nupcial. **15.1.1.** Enunciado. **15.1.2.** Requisitos. **15.1.3.** Fundamento. **15.1.4.** Caracteres. **16.** Impedimentos relacionados con la imposibilidad de expresar consentimiento. **16.1.** Enfermedad mental. **16.1.1.** Enunciado. **16.1.2.** Requisitos. **16.1.3.** Fundamento. **16.1.4.** Caracteres. **16.2.** Sordomudez cuando no sabe expresar su voluntad. **16.2.1.** Enunciado. **16.2.2.** Requisitos. **16.2.3.** Fundamento. **16.2.4.** Caracteres. **16.3.** Impedimento derivado del rapto. **16.3.1.** Enunciado. **16.3.2.** Requisitos. **16.3.3.** Fundamento. **16.3.4.** Características. **17.** Impedimento de ligamen. **17.1.** Enunciado. **17.2.** Requisitos. **17.3.** Fundamento. **17.4.** Características. **18.** Impedimento derivado del crimen. **18.1.** Enunciado. **18.2.** Requisitos. **18.3.** Fundamento. **18.4.** Características. **19.** Impubertad. **19.1.** Enunciado. **19.2.** Requisitos. **19.3.** Fundamento. **19.4.** Caracteres. **20.** Otros impedimentos dirimientes en el Derecho Comparado. **III.** Impedimentos impidientes. **21.** Minoridad. **21.1.** Enunciado. **21.2.** Fundamento. **21.3.** Características. **22.** Cargos sobre incapaces. **22.1.** Enunciado. **22.2.** Fundamento. **22.3.** Requisitos. **22.4.** Características. **23.** Estado civil. **23.1.** Viudez. **23.1.1.** Enunciado. **23.1.2.** Requisitos. **23.1.3.** Fundamento. **23.1.4.** Características. **23.2.** Viudez, divorcio o invalidez. **23.2.1.** Enunciado. **23.2.2.** Requisitos. **23.2.3.** Fundamento. **23.2.4.** Características. **24.** Otros impedimentos impidientes en el Derecho Comparado. **IV.** Prohibiciones administrativas. **25.** Impedimentos de orden especial. **V.** Impedimentos ocultos. **26.** Generalidades. **27.** Tipología. **27.1.** Prescendencia de los trámites. **27.2.** Funcionario incompetente. **27.3.** Buena fe pero funcionario incompetente. **27.4.** Error en la identidad. **27.5.** Incapacidad natural. **27.6.** Violencia. **27.7.** Imptencia.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Introducción

Impedimentos, celebración e invalidez del matrimonio son temas vinculados.

Los impedimentos matrimoniales son analizados a lo largo de todo el proceso de celebración del matrimonio. Si llegara a realizarse uno que adoleciera de algún impedimento tal situación se sometería al análisis de la teoría de la invalidez del matrimonio.

Pontes de Miranda⁽³⁷⁴⁾ considera que debido a la naturaleza jurídica y el carácter moral del matrimonio la ley establece una serie de requisitos sin cuyo cumplimiento no puede ser legalmente contraído; la falta de cualquiera de esos presupuestos toma el nombre de impedimentos. Para que un matrimonio pueda ser contraído válidamente es preciso que los contrayentes reúnan ciertos requisitos, garantizando el cumplimiento de los fines, libertad, consentimiento, sanidad, respeto a principios éticos y la estabilidad de la sociedad.

Allí donde falta alguno de esos supuestos, condiciones o requisitos, dice Héctor Cornejo Chávez⁽³⁷⁵⁾, existe un impedimento para el matrimonio. Para Belluscio que: “La existencia del matrimonio válido necesita la reunión de requisitos o condiciones intrínsecas o de fondo y extrínsecas o de forma. Las primeras son la diversidad de sexos de los contrayentes, la ausencia de impedimentos y el consentimiento; la falta de la primera y la tercera de esas condiciones priva de existencia al matrimonio, en tanto que la falta de la segunda o bien solamente lo priva de validez, o bien es simplemente un obstáculo para la celebración pero ni siquiera afecta su validez si se contrae a pesar de no estar cumplido”⁽³⁷⁶⁾. Tenemos de esta manera:

REQUISITOS	CLASES	AUSENCIA
Fondo (intrínsecos)	Diversidad de sexo	Inexistencia
	Ausencia de impedimentos	Invalidez
	Consentimiento	Inexistencia
Forma (extrínsecos)	Celebración	Invalidez

(374) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª ed., Tomo VII, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 246.

(375) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 125.

(376) BELLUSCIO, Augusto César. *Nociones de Derecho de Familia*. Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 23.

2. Etimología

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra impedimento (del latín *impedimentum*) significa obstáculo, estorbo para algo. Agregándole el adjetivo “matrimonial” implica cada una de las circunstancias que hacen ilícito o nulo el matrimonio.

3. Origen

El origen de la teoría de los impedimentos matrimoniales y el de la nulidad de matrimonio se remonta a los pueblos más antiguos de la humanidad. Fueron los romanos quienes sistematizaron la institución y le imprimieron caracteres que aún hoy se observan en legislaciones modernas. Por ejemplo, en el Derecho Romano era un impedimento casarse con una persona de clase social distinta (patricio con plebeya).

El Derecho Canónico tomó las disposiciones del *Corpus Iuris Romano*. Amplió el número de impedimentos y dispensas con la idea de salvar la cantidad de matrimonios afectados. En el Medievo fueron reduciéndose los supuestos y limitando el uso de la dispensa. El Derecho Moderno reconoció en el tema analizado una doble fuente: el Derecho Romano y el Derecho Canónico⁽³⁷⁷⁾.

Nuestro Derecho, al igual que el Romano y el Canónico acepta el principio según el cual toda persona está facultada para contraer matrimonio, salvo que quedare comprendida en una prohibición para hacerlo (principio *pro matrimonio*). Existe la libertad de casarse, el derecho a matrimoniarse. El *ius connubii* es *erga omnes*, deriva del Derecho natural. No deben ni pueden indicarse *expressis verbis* las cualidades para casarse sino los casos en que no procede el matrimonio (Canon 1058. Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe, Código de Derecho Canónico).

En el campo de los impedimentos, el Derecho Canónico ha sido siempre muy minucioso y ha influido en todas las leyes occidentales. La ley civil, sin embargo, ha quitado a los impedimentos de cariz religioso, manteniendo los que son de interés para la esencia del instituto, en pro de la familia y la estabilidad social⁽³⁷⁸⁾.

Todas las personas son aptas para contraer matrimonio, salvo las que se encuentren en situaciones de excepción expresamente previstas como impedimentos matrimoniales, tal como indica el Código Civil de Portugal –como regla general “Têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei” (artigo 1600)– Debemos

(377) ORTIZ DE ROZAS, Abel Fleitas. “Impedimentos matrimoniales”. En: *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo Urbano Salerno (directores), Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pp. 489 y 490.

(378) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. VI: Direito de Família, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 2007, p. 65.

considerarse que ello se encuadra, como se ha referido, dentro del principio de promoción del matrimonio.

Por lo tanto, en nombre de ese principio es que solo las excepciones deben ser descritas. Por excepción, no pueden casarse aquellos que están en situaciones de prohibición expresas. Los impedimentos son, por tanto, una lista taxativa y no pueden ser ampliados a través de la interpretación⁽³⁷⁹⁾.

Los impedimentos preceden a la celebración de los matrimonios y trascienden en su validez. El matrimonio no es un derecho absoluto. La ley lo regula en interés de la sociedad⁽³⁸⁰⁾.

4. Concepto

Ciertas situaciones, resultantes de valores largamente cristalizados en las sociedades, son considerados moralmente una prohibición para casarse⁽³⁸¹⁾.

Existen tres teorías que conceptualizan a los impedimentos:

- Situaciones jurídicas preexistentes

Se trata de hechos, situaciones o circunstancias jurídicas preexistentes que afectan a uno o a ambos contrayentes y, en consideración a estos, la ley formula prohibición. Representan hechos que obstaculizan la celebración del matrimonio. Estos pueden ser personales o ajenos a la voluntad de los contrayentes e implican una barrera para la correcta celebración de un matrimonio válido.

Constituyen una situación negativa que representa la carencia de un requisito indispensable para contraer matrimonio.

Dentro de esta corriente tenemos a Belluscio⁽³⁸²⁾, Borda.

- Prohibiciones de la ley

Los impedimentos matrimoniales son aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer determinado matrimonio. Son restricciones legales, proscripciones negativas para casarse.

El impedimento no es en sí un hecho sino la contravención legal que se fundamenta en ellos.

(379) *Ibidem*, p. 65.

(380) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo: *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 146, nota 4.

(381) LÓBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 83.

(382) BELLUSCIO, Augusto César. Ob. cit., p. 23.

Dentro de esta corriente tenemos a Azpiri⁽³⁸³⁾, Méndez Costa⁽³⁸⁴⁾, Zannoni⁽³⁸⁵⁾.

- *Posición intermedia*

Cornejo Chávez adopta una posición meridiana al decir que el impedimento es “la ausencia de una condición necesaria para verificar un casamiento arreglado a Derecho, esto es, una causa por la cual no es posible contraerlo válida y lícitamente”⁽³⁸⁶⁾. En ese mismo sentido está Pontes de Miranda cuando señala que el impedimento es ausencia de requisito o la existencia de una cualidad que la ley considera entre los hechos que invalidan o prohíben el matrimonio⁽³⁸⁷⁾. Este también parece ser el pensamiento de Venosa cuando sencillamente indica que los impedimentos pueden ser conceptualizados como la ausencia de requisitos para el matrimonio⁽³⁸⁸⁾.

La teoría del impedimento matrimonial se relaciona con la teoría de la invalidez del matrimonio. La segunda es consecuencia de la primera. Desde este punto de vista, un impedimento implica ausencia de una condición necesaria para verificar un matrimonio arreglado a Derecho, esto es, una causa por la cual no es posible contraerlo válida y lícitamente. De suceder la celebración el matrimonio adolecería de una invalidez. Es objetivo y claro decir que aptitud nupcial es todo lo contrario a impedimento. Quien está impedido carece nubilidad; para casarse debe sortearse esa traba.

5. Denominación

Héctor Cornejo Chávez⁽³⁸⁹⁾ explica que a partir del estudio de los impedimentos matrimoniales podemos extraer aquellas condiciones jurídicas esenciales para contraer un matrimonio válido. Es más didáctico estudiar la materia desde su arista negativa que desde el punto de vista positivo. Las *condiciones para contraer matrimonio e impedimentos matrimoniales* constituyen los puntos de vista positivo y negativo de un mismo contenido doctrinal.

Mediante el primero establecemos quiénes no son impedidos, entendiéndose los que puedan contraer matrimonio. Por la segunda, puede determinarse quiénes no pueden contraer matrimonio con lo cual se entiende que están impedidos. El Código de Familia de Costa Rica en lugar de decir *estar impedidos de casarse* dice, *es legalmente imposible el matrimonio de ...* (artículo 14). Ecuador no se refiere a los impedimentos sino a la invalidez, (artículo 95.- Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas:...).

(383) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*, 1ª ed., 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 73.

(384) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia* Ob. cit., p. 145.

(385) ORTIZ DE ROZAS, Abel Fleitas “Impedimentos matrimoniales”. Ob. cit., p. 489.

(386) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª ed., Tomo I, Studium, Lima, 1987, p. 138.

(387) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 245.

(388) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., p. 65.

(389) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., pp. 137 y 138.

El Código Civil brasileño enumera siete posibles impedimentos al matrimonio en el artículo 1521. (No pueden casarse ...). En el artículo 1548 establece que es “nulo” el matrimonio contraído por personas que violan las restricciones contenidas en el artículo 1521 y describe la nulidad de un matrimonio contraído por el enfermo mental, sin el discernimiento necesario sobre los actos de la vida civil.

Aquellos que cumplen con las condiciones pueden casarse. Quienes no, es porque están impedidos.

6. Definición

Para Beviláqua⁽³⁹⁰⁾, impedimento matrimonial es la falta de requisitos esenciales que la ley requiere de la persona para poder casarse. Esta es la incapacidad nupcial establecida por el Derecho. Monteiro⁽³⁹¹⁾ considera que son circunstancias que imposibilitan la realización de determinado matrimonio. Para Gusmão⁽³⁹²⁾ es una prohibición de casamiento, establecida por ley, que no corresponde a todas las personas sino a aquellas que estuvieran en una situación o posición prevista en la ley que, su inobservancia, torna nulo o anulable el casamiento o impone una sanción. Según Tributtati⁽³⁹³⁾, citado por Diniz⁽³⁹⁴⁾, “constituyen impedimentos aquellas condiciones positivas o negativas, de hecho o de derecho, físicas o jurídicas, expresamente especificadas por la ley, las cuales permanente o temporariamente, prohíben el casamiento o un nuevo casamiento o un determinado casamiento”. Para Lisboa⁽³⁹⁵⁾, es el hecho jurídico que obstaculiza la validez, eficacia o regularidad del matrimonio. En la doctrina portuguesa, Duarte Pinheiro⁽³⁹⁶⁾ dice que son las circunstancias que de cualquier manera obstan la realización del matrimonio. También muestra que estas prohibiciones para casarse están sujetas a un principio de tipicidad: son solo aquellas previstas por la ley.

El Código Familiar para el Estado de Hidalgo⁽³⁹⁷⁾ (México) considera que el impedimento es todo hecho que legalmente prohíbe la celebración del matrimonio civil (artículo 18).

(390) BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Vol. II, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1940, p. 494.

(391) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Direito de Família, 36ª ed. act. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 49.

(392) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 310.

(393) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª ed. act., Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 67 y 68.

(394) TRIBUTTATI, *Digesto italiano*, p. 263, apud Antonio Chaves, *Impedimentos*, cit., En: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vol. 42, p. 270-1. Cit. DINIZ, Maria Helena: *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., pp. 67 y 68.

(395) LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família e Sucessões, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 66.

(396) PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2009, p. 410.

(397) Publicado el lunes 8 de diciembre de 1986. Última reforma publicada el 19 de agosto de 1996.

De forma simple diremos que impedimento matrimonial es la ausencia de requisitos para el casamiento.

7. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de los impedimentos matrimoniales es la de constituir hechos, acontecimientos, situaciones o circunstancias jurídicas que obstaculizan la celebración de un matrimonio, desencadenando la aplicación de sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico para la celebración del matrimonio.

Tales obstáculos deben estar establecidos de forma expresa con base en el principio de promoción de matrimonio y a la afirmación de que todas las personas son libres de contraer matrimonio civil, salvo aquellas incurso en situaciones de impedimento.

Los impedimentos se constituyen en las únicas restricciones legales posibles para la celebración de un matrimonio válido e implican una suerte de incapacidad de ejercicio para casarse. Para Azpiri⁽³⁹⁸⁾ se trata de una incapacidad de derecho en razón que se encuentra imposibilitado de otorgar un acto jurídico, en virtud de una prohibición legal.

Para Gomes⁽³⁹⁹⁾ incapacidad es un concepto distinto a impedimento.⁽⁴⁰⁰⁾ El impedimento para casarse no es incapacidad para contraer matrimonio. La incapacidad es general, el impedimento es circunstancial. El impedimento es un acontecimiento determinado por la ley para prohibir ciertos casamientos. El impedido de casarse no es realmente incapaz para el casamiento (el hermano no puede casarse con su hermana, mas sí puede hacerlo con otras). Algunos refieren que el impedimento es una incapacidad especial, lo cual no es todo correcto si consideramos que la capacidad es una sola, al igual que la incapacidad. Se es capaz o incapaz, no hay un incapaz a medias. Esto lleva a referir, con mejor propiedad, a la legitimación, entendida como la ausencia de restricción legal del agente para practicar determinado acto. La capacidad se establece abstractamente, en cuanto la legitimación se aprecia en relación con el contenido concreto de cierta relación jurídica. Habiendo impedimento la persona no está legitimada para contraer matrimonio con la persona indicada en la prohibición legal pero sí puede hacerlo con otras o, en su caso, en circunstancias distintas. La ilegitimidad no es particular, jamás

(398) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 73.

(399) GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 14ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2001, pp. 91 y 92.

(400) Según Sílvio Rodrigues, esta idea ya existía entre los escritores antiguos y uno de los miembros de esta corriente fue Lafayette que separa los impedimentos dirimentes en absolutos y relativos. Para este autor, los absolutos son los impedimentos que llevan a la inhabilidad para casarse con nadie. Relativos son los que impiden el matrimonio con una persona determinada. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Río de Janeiro, 1869, § 12, *apud* RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004, p. 37, nota 32.

es de una sola persona. La incapacidad únicamente corresponde a una de las partes (salvo excepciones)⁽⁴⁰¹⁾.

El impedimento matrimonial no es incapacidad, es ilegitimidad.

8. Sujetos

Los sujetos del impedimento son los contrayentes. Los esponsales, los novios, aquellos que están próximos a casarse.

A ellos termina aplicándosele los efectos.

Pueden ser:

Sujetos activos

- *Motivantes*: Quienes lo tienen (el cónyuge con impedimento: el casado, el criminoso, el enfermo, el menor). Puede ser que ambos lo tengan (los parientes).

Sujetos pasivos

- *Cónyuge afectado*: Quienes no lo padecen. Aquellos afectados por el impedimento sin tenerlo, aquel casado con casado, con enfermo.

Funcionario, siendo quien se niega a celebrarlo, denunciándolo.

Tercero, aquel que puede oponerse o denunciarlo.

9. Efectos

Los efectos son las consecuencias jurídicas que generan los impedimentos, y son:

9.1. Tipos

- *Capacidad del funcionario de no celebrar el matrimonio remitiendo el caso al Juez*

El funcionario público puede negarse a la celebración en caso se enterase de algún impedimento o si de lo presentado y la información producida no se acredita la capacidad de los pretendientes, remitirá lo actuado al juez (artículo 258).

En Brasil, el párrafo único del artículo 1.522 del Código Civil establece que: “Si el juez o el oficial del registro, es consciente de la existencia de un impedimento, estará obligado a declararlo”.

(401) Muchos autores destacan la necesidad de hacer esta distinción y evitar la confusión entre la incapacidad y el impedimento. Por todos, véase: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 154; y PENA JR., Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. Sarai-va, São Paulo, 2008, pp. 84 y 85.

- *Capacidad de poder oponerse a la celebración del matrimonio o denunciar la existencia de un impedimento matrimonial*

Para que se genere el derecho de oposición la ley exige que previo al matrimonio se realicen las publicaciones correspondientes.

Cualquier persona podrá oponerse o denunciar la celebración de un matrimonio. Esta posibilidad también existe en la legislación brasileña.

- *Invalidez del matrimonio*

El matrimonio celebrado pese a existir un impedimento adolece de una invalidez.

En el supuesto que se trate de un impedimento dirimente.

Si se trata de un impedimento impidiendo y no se vea afectada la validez del matrimonio, se generarán solo sanciones personales establecidas por el ordenamiento jurídico.

- *Genera sanciones*

Sean civiles, penales y administrativas, según sea el caso.

9.2. Momentos

Los efectos de los impedimentos están relacionados con dos momentos distintos y trascendentales en el matrimonio:

- *Antes de la celebración del matrimonio*

Los impedimentos matrimoniales constituyen causas de oposición a la celebración por parte de los sujetos legitimados, conforme a los artículos 253 y 254 del Código Civil; y, respecto de cualquier persona, como fundamento de la denuncia de su existencia ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio, de acuerdo con el artículo 255 del Código Civil. En Brasil, el *caput* del artículo 1522 del CC establece que los impedimentos pueden ser planteados por cualquier persona capaz hasta el momento de celebración del matrimonio.

La oposición y denuncia son los mecanismos a través de los cuales se da a conocer la existencia de impedimentos a fin de evitar que se celebren matrimonios que posteriormente devengan en inválidos.

- *Después de la celebración del matrimonio*

A partir de la celebración del acto jurídico matrimonial, los impedimentos operarán como causas de invalidez si se tratan de impedimentos dirimentes, a través de la nulidad o anulabilidad de matrimonio, o de la aplicación de sanciones civiles personales si se tratan de impedimentos impidiendo. No podemos hablar, por lo tanto, de existencia de impedimentos luego de la celebración del matrimonio sino de supuestos de invalidez del acto matrimonial. La

misma línea de razonamiento es aprobado por la doctrina brasileña⁽⁴⁰²⁾, cuando se dice que después de analizarse los elementos de existencia del matrimonio, debe evaluarse los requisitos de validez. Si faltan uno o más de estos supuestos, la ley declara la invalidez del matrimonio, ocurriendo la nulidad o anulabilidad del matrimonio, reconociendo en cada una de estas hipótesis, un grado diferente entre sí.

10. Características

Los impedimentos tienen las siguientes características:

- Preexistentes a la celebración del matrimonio.
- Restringen derechos de los contrayentes.
- Son *númerus clausus*, expresamente establecidos en la ley.
- Taxativos. Deriva del principio que “sin prohibición expresa el matrimonio puede celebrarse” tomando en consideración que el catálogo de impedimentos es taxativo, típico, expreso y explícito, no puede ser ampliado su número por vía de la interpretación. También se puede hablar en principio de la tipicidad.
- Prohíben la celebración del matrimonio.
- Su existencia determina la nulidad, la anulabilidad del matrimonio o una sanción distinta especial.

11. Finalidad

Se dan por el interés apremiante del Estado de encontrar la paz en las relaciones familiares.

Busca el bien común (sociedad) y el personal (sujetos que quieren contraer matrimonio) evitando uniones matrimoniales que no debieran contraerse. Son medidas preventivas contra las anomalías que pueden presentarse en la vida familiar⁽⁴⁰³⁾. Con la misma línea de pensamiento Sílvio Venosa dice que está claro el carácter preventivo de los impedimentos. El oficial del registro civil debe negarse a celebrar matrimonio con el conocimiento de las restricciones existentes. Por otra parte, los impedimentos abren márgenes a su oposición, cuyo propósito es impedir la celebración del acto, como lo indica su denominación⁽⁴⁰⁴⁾.

(402) AMIN, Andréa Rodrigues, et ál. *O novo Código Civil: do Direito de Família*. Heloisa Maria Daltro Leite (Coord.), Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2004, p. 71.

(403) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 69.

(404) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., p. 65.

12. Estructura

Dependiendo de la metodología de estudio, los autores estructuran la teoría de los impedimentos de diversos modos.

Méndez Costa y D'antonio⁽⁴⁰⁵⁾ estudian los impedimentos con base en tres clasificaciones, dirimentes, impidientes y prohibiciones, tomando en cuenta si generan una nulidad o anulabilidad. Eduardo Sambrizzi⁽⁴⁰⁶⁾ los clasifica en Impedimentos derivados del parentesco, Impedimentos derivados de la disolución del matrimonio en la menor de edad, Impedimentos de ligamen, Impedimentos derivados del homicidio doloso, Impedimentos derivados de la imposibilidad de expresar el consentimiento e Impedimentos eugenésicos.

Roberto Senise Lisboa clasifica los impedimentos matrimoniales en dirimentes absolutos, dirimentes relativos y causas suspensivas del matrimonio⁽⁴⁰⁷⁾. Silvio Venosa habla de impedimentos absolutos, relativos y causas suspensivas del matrimonio⁽⁴⁰⁸⁾. Washington de Barros Monteiro analiza directamente las siete posibilidades de impedimento matrimonial en Brasil y después las causas de suspensión⁽⁴⁰⁹⁾. Maria Berenice Dias clasifica los impedimentos en absolutos o relativos, llamando a los relativos de causas suspensivas⁽⁴¹⁰⁾.

Nuestra opción en cuando a la estructura es: *Impedimentos dirimentes*: Impedimentos derivados del parentesco (Consaguinidad, Afinidad, Adopción), Impedimentos eugenésicos (Sanidad nupcial), Impedimentos relacionados con la imposibilidad de expresar consentimiento (Enfermedad mental, Sordomudez, Rapto), Impedimento de ligamen, Impedimento derivado del crimen, Impubertad. *Impedimentos impidientes*: Minoridad, Cargos sobre incapaces, Estado civil (viudez, divorcio o invalidez).

13. Clasificación

Existen diversas clasificaciones de los impedimentos dependiendo de su extensión, efectos, duración o eficacia.

13.1. Tradicional

La clasificación más importante que se ha hecho de los impedimentos matrimoniales, atendiendo a sus efectos, es aquella que distingue entre impedimentos dirimentes e impidientes, clasificación que ha sido acogida por nuestro Código Civil.

(405) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 150 y ss.

(406) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. 1ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010.

(407) LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Ob. cit., p. 66 y ss.

(408) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., p. 65 y ss.

(409) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. II: Direito de Família, 37. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva São Paulo, 2004, p. 74 y ss.

(410) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 154 y ss.

A contrario sensu, en el sistema legal brasileño los impedimentos son la prohibición impuesta por la ley para llevar a cabo una boda, y si esta barrera se cruza, sin querer o deliberadamente por los cónyuges, la ley brasileña decreta la nulidad absoluta de la boda. Son los anteriores impedimentos dirimentes absolutos del Código Civil de 1916, reducidos en su cantidad por la legislación en 2001 para dejar de usar los impedimentos impeditivos o prohibitivos para dar cabida a las causas suspensivas⁽⁴¹¹⁾. El Código brasileño vigente se ha apartado de la tradición del Derecho occidental moderno de dividir los impedimentos en dirimente absoluto, dirimente relativo e impeditivo. Ahora, de acuerdo con el sistema brasileño, los impedimentos pueden dividirse en tres categorías: 1. Impedimentos derivados de parentesco, 2. Impedimentos derivados del vínculo matrimonial y 3. Impedimentos resultantes de la práctica de un crimen⁽⁴¹²⁾.

13.1.1. Impedimentos dirimentes

Llamados *impedimenta dirimentia*.

Dirimir es deshacer, disolver, desunir, romper, destruir, inutilizar.

Es aquella situación que afecta el fondo o sustancia del matrimonio y se pone en manifiesto al momento de la celebración. Son los más graves. Tienen mayor trascendencia desde un punto de vista legal como humano. Su existencia determina la invalidez o nulidad del matrimonio. Dependen de verdaderas incapacidades o incompatibilidades preexistentes al matrimonio.

Estos impedimentos consisten en una situación personal (transitoria o permanente) que, aunque sea de uno de los contrayentes, implica un obstáculo para el matrimonio y su celebración, acarreado su nulidad.

13.1.1.1. Clases

- *Impedimento dirimente absoluto* (Impedimentos de dirimencia absoluta, Impedimentos absolutamente dirimentes).

Denominados impedimentos públicos, *Impedimenta dirimentia juris publici*.

Están relacionados con el interés público siendo sancionados con nulidad⁽⁴¹³⁾.

Es una prohibición al casamiento. Son instituidos en interés de la familia para personas matrimonialmente capaces que, por fuerza de motivos legales, no

(411) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 78.

(412) ALVES, Leonardo Moreira; et ál. *Código das Famílias comentado*. Leonardo Moreira Alves (coord.), Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 38.

(413) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 248.

pueden casarse tornando nulo el casamiento, sin generar efecto jurídico alguno en relación con los cónyuges⁽⁴¹⁴⁾.

Están sustentados en razones éticas basadas en el interés público que envuelven causas atinentes a la institución de la familia y la estabilidad social⁽⁴¹⁵⁾ (parentesco, vínculo, crimen).

- *Impedimento dirimente relativo* (Impedimentos de dirimencia relativa, Impedimentos relativamente dirimientes)

Denominados impedimentos privados, *Impedimenta dirimentia juris privati*.

Están relacionados con el interés privado siendo sancionados con anulabilidad⁽⁴¹⁶⁾.

Es una restricción al casamiento. Imposibilidad de realizar el casamiento por ausencia de manifestación libre de consentimiento que lo torna anulable, no nulo, por ser constituido en interés del nubente⁽⁴¹⁷⁾ para preservar el consentimiento y la capacidad⁽⁴¹⁸⁾ (error, edad, rapto).

El Código Civil de Portugal hace la referencia expresa de los Impedimentos dirimientes absolutos (1601) y los Impedimentos dirimientes relativos (1602).

13.1.1.2. Tipos

La mayoría de los impedimentos regulados por nuestro ordenamiento jurídico caen dentro de esta clasificación:

- Consanguinidad en línea colateral del tercer grado
- Consanguinidad en línea recta y colateral de segundo grado
- Afinidad en línea recta
- Afinidad en línea colateral de segundo grado
- Adopción
- Impubertad/Adolescencia
- Vínculo
- Crimen
- Enfermedad mental
- Sordomudez

(414) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. Ob. cit., p. 305.

(415) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 70.

(416) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 248.

(417) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. Ob. cit., p. 307.

(418) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 70.

- Sanidad nupcial
- Estado de inconsciencia momentánea/pasajera
- Rapto/retención violenta

13.1.2. Impedimentos impidientes

Llamados impedimentos prohibitivos, *Impedimenta impeditia*, *Impedimenta impediata* o *prohibentia* o impedimento suspensivo⁽⁴¹⁹⁾.

Son aquellos que frenan o reprimen la celebración de un matrimonio. La inobservancia de tales impedimentos determina que un matrimonio celebrado en estas circunstancias sea válido pero ilícito en la medida que se derivan ciertas sanciones civiles para los infractores por su celebración. Estas sanciones no provocan la invalidez, el matrimonio es válido. En caso de contraerse las nupcias se resuelven en sanciones para los contrayentes.

Son prohibitivos al no afectar los presupuestos de validez, como si acaece con los dirimentes.

Si el matrimonio se celebra el acto es válido aunque por haber sido irregularmente celebrado conlleva sanciones para los contrayentes. Están regulados en los artículos 243 y 244 del Código Civil; reafirmandose su carácter, con la revisión del artículo 286, según el cual el matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido. En Brasil, esta categoría está prevista en el artículo 1543 del Código Civil, bajo el nombre de causas suspensivas del matrimonio.

13.1.2.1. Tipos

- Menor de edad
- Tutor(a) con pupilo(a)
- Curador(a) con curado(a)
- Plazo de viudez/Divorcio/Invalidez matrimonial
- Viudo(a) que se casa sin acreditar haber hecho inventario judicial de los bienes que administra de sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que estos no tienen bienes.

(419) No se trata de un impedimento, sí de hecho suspensivo en la celebración. Tal suspensividad opera solamente cuando en ciertas personas legitimadas para su oposición la arguyen antes de la ceremonia nupcial, de ahí que no se le atribuya la estructura real de un impedimento. No prohíbe el casamiento, apenas advierte a los nubentes que no deben casarse, so pena de sufrir una sanción. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 69.

13.2. En atención a su extensión o alcance

Los impedimentos pueden dividirse en absolutos y relativos⁽⁴²⁰⁾.

13.2.1. Impedimentos absolutos

Estos impedimentos entrañan la prohibición de contraer matrimonio con toda persona, sin excepción alguna. De ahí su carácter, absoluto. Son aquellos que impiden el matrimonio de una persona con cualquier otra, señalándose su incapacidad personal para ese acto.

13.2.1.1. Tipos

- Impubertad/Adolescencia
- Minoría de edad
- Vínculo
- Sordomudez
- Sanidad nupcial
- Enfermedad mental
- Estado de inconsciencia momentánea/pasajera
- Plazo de viudez/Divorcio/Invalidez matrimonial
- Viudos

13.2.2. Impedimentos relativos

Son aquellos aplicables a ciertas personas mas no al universo de ellas. Implican la prohibición de contraer matrimonio con determinadas personas. Fuera de esos supuestos, sí puede contraerse matrimonio. Los impedimentos relativos son aquellos que obstaculizan el matrimonio de una persona pero solo en relación con otra determinada.

13.2.2.1. Tipos

- Consanguinidad en línea colateral del tercer grado
- Consanguinidad en línea recta y colateral de segundo grado
- Afinidad en línea colateral de segundo grado
- Afinidad en línea recta
- Adopción
- Crimen

(420) El Código Civil de la República de Nicaragua considera los impedimentos como absolutos, relativos y prohibitivos (artículo 109).

- Rapto/Retención violenta
- Tutor/Pupilo; Curador/Curado

13.3. En atención a su duración

El tiempo genera consecuencia en los impedimentos haciéndolos permanentes o pasajeros.

13.3.1. Impedimentos perpetuos

Son aquellos que perduran por siempre, eternos, *in illo tempore*. El transcurso del tiempo no le otorga capacidad para casarse a la persona que tenga esta clase de impedimentos.

13.3.1.1. Tipos

- Consanguinidad en línea recta y colateral de segundo grado
- Consanguinidad en línea colateral del tercer grado
- Afinidad en línea colateral de segundo grado
- Afinidad en línea recta
- Adopción
- Sanidad nupcial
- Enfermedad mental
- Sordomudez
- Vínculo
- Crimen

13.3.2. Impedimentos temporales

Son aquellos que están sujetos al transcurso del tiempo, son eventuales y transitorios.

13.3.2.1. Tipos

- Minoría de edad
- Impubertad/Adolescencia
- Rapto/Retención violenta
- Viudos
- Plazo de viudez/Divorcio/Invalidez matrimonial
- Tutor/Pupilo; Curador/Curado
- Estado de inconsciencia momentánea/pasajera

13.4. En atención a su dispensa

El Código Familiar para el Estado de Hidalgo⁽⁴²¹⁾ (México) considera esta división especial, entre dispensable y no dispensable⁽⁴²²⁾.

13.4.1. Impedimentos dispensables

Son aquellos que podrán ser permitidos para una válida celebración del matrimonio a través de una autorización judicial y en el caso de menores de edad por consentimiento de los padres.

13.4.1.1. Tipos

- Minoría de edad
- Impubertad/Adolescencia
- Consanguinidad en línea colateral del tercer grado
- Sanidad nupcial
- Sordomudez
- Afinidad en línea colateral de segundo grado
- Rapto/Retención violenta
- Tutor/Pupilo; Curador/Curado
- Viudos
- Plazo de viudez/Divorcio/Invalidez matrimonial

Los impedimentos dispensables (tío - sobrina) terminan siendo en alguna manera impidientes, pero sin generar sanciones a los contrayentes a pesar de que no todos los impedimentos impidientes sean dispensables al generar sanciones (plazo de viudez/Divorcio/Invalidez matrimonial).

(421) Publicado en el periódico oficial, el lunes 8 de diciembre de 1986. Última reforma publicada en el periódico oficial: el 19 de agosto de 1996.

(422) Artículo 20.- Hay dos clases de impedimentos: I.- Los dispensables que consisten en una prohibición de contraer matrimonio, pero si se celebra es susceptible de convalidación y confirmación. II.- Los no dispensables, prohíben gravemente contraer matrimonio e impiden su validez.

Artículo 21.- Son impedimentos no dispensables: I.- La incapacidad permanente. II.- El parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en la línea recta ascendente o descendente. III.- El parentesco en la línea colateral igual. IV.- El parentesco por afinidad en la línea recta, sin limitación alguna. V.- Haber sido autor o cómplice de homicidio o atentado contra la vida de uno de los cónyuges, para casarse con el otro. VI.- El consentimiento obtenido por error, violencia o miedo grave. VII.- Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria. VIII.- El tutor no puede contraer matrimonio con su pupila. IX.- El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado. X.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado.

Artículo 22.- Son impedimentos dispensables: I.- No tener la edad de 18 años el hombre y la mujer, si no han obtenido el consentimiento conforme a las reglas del artículo 16 de este Código. II.- El parentesco en la línea colateral desigual, la cual comprende solo a los tíos y sobrinos en el tercer grado.

13.4.2. Impedimentos indispensables

Son aquellos que no podrán ser permitidos a través de una autorización judicial. Con la existencia de los presentes impedimentos el matrimonio no podrá ser celebrado válidamente.

13.4.2.1. Tipos

- Consanguinidad en línea recta y colateral de segundo grado
- Afinidad en línea recta
- Adopción
- Vínculo
- Crimen
- Enfermedad mental
- Estado de inconsciencia momentánea/pasajera

13.5. Por su eficacia

Depende de la trascendencia del impedimento en las relaciones personales y sociales.

13.5.1. Impedimentos de Derecho Privado o *Iuris privati*

Aquellos que surten efectos solamente cuando las partes los invocan.

13.5.1.1. Tipos

- Vicios de la voluntad: error, dolo, violencia
- Minoría de edad
- Impubertad/adolescencia
- Sanidad nupcial
- Rapto/Retención violenta
- Estado de inconsciencia momentánea/pasajera
- Tutor/Pupilo; Curador/Curado
- Viudos
- Plazo de viudez/Divorcio/Invalidez matrimonial

13.5.2. Impedimentos de Derecho Público o *Iuris publici*

Aquellos que pueden originar de oficio la invalidez del matrimonio.

13.5.2.1. Tipos

- Consanguinidad en línea recta y colateral de segundo grado

- Consanguinidad en línea colateral del tercer grado
- Adopción
- Afinidad en línea recta
- Afinidad en línea colateral de segundo grado
- Enfermedad mental
- Sordomudez
- Vínculo
- Crimen

13.6. Impedimentos especiales

No solo el Código Civil regula el tema de los impedimentos. Existen otras normas de orden administrativo, extraciviles, que establecen pautas previas para contraer matrimonio, la que deberán cumplirse a fin de evitar sanciones.

Tal es el caso de los militares, diplomáticos, miembros de órdenes religiosas. Como menciona el Código Civil venezolano, los sacerdotes o ministros de culto cuentan con el denominado impedimento de orden (art. 50).

Tales personas deberán pedir permiso a su superior jerárquico para contraer matrimonio.

II. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

14. Impedimentos derivados del parentesco

Se trata de un impedimento conjunto, es decir que ambos deben tenerlo.

14.1. Consanguinidad

La consanguinidad es aquel vínculo de parentesco que existe entre dos o más que descienden unas de otras (parentesco por consanguinidad en línea recta) o reconocen a un tronco común (parentesco en línea colateral).

14.1.1. Enunciación

El artículo 242, inciso 1, prohíbe el matrimonio entre los consanguíneos en línea recta, indefinida e ilimitadamente (padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos o trastatarabuelos sea con hijo, nieto, bisnieto, tataranieto o chozno). En el inciso 2 consagra el impedimento tratándose de parientes colaterales por consanguinidad en el segundo (hermanos) y tercer grado (tíos y sobrinos) (el artículo 242, inciso 1).

En Brasil, en el inciso I del artículo 1521 del Código establece que los ascendientes no pueden casarse como los descendientes. El inciso IV del mismo dispositivo prohíbe el matrimonio entre hermanos, unilaterales o bilaterales, y entre los colaterales, hasta el tercer grado.

La relación incestuosa es reprobada y hasta aborrecida por la conciencia moral del hombre considerándola violatoria de la ley natural, sobre todo si se trata de parientes en línea recta, descendientes unas de otras, incluso, si esa línea recta es producto de un parentesco por afinidad, por mandato de la ley. La extensión del impedimento de consanguinidad, ha variado considerablemente en los distintos pueblos.

14.1.2. Fundamento

El fundamento del impedimento de consanguinidad es ético-social. Las razones que actualmente justifican el citado impedimento pueden reducirse a tres⁽⁴²³⁾:

1. Desde el punto de vista puramente moral, se estima que quienes viven cerca unos de otros y bajo el mismo techo no deben pensar en contraer matrimonio a fin de evitar desórdenes; pensamiento que en forma semejante expresó Santo Tomás de Aquino al manifestar su temor que la permisión del matrimonio entre personas que viven en íntimo contacto familiar representa un gran peligro de conducir el sexo a un afeminamiento inmoral.
2. Suele esgrimirse también una razón de carácter social que en otras épocas fue decisiva, pero actualmente cobra menor importancia: la prohibición en estudio contrarresta el innato egoísmo por el cual el amor se polarizaría hacia la misma familia, en una tendencia hacia la constitución de relaciones endogámicas que en su momento tuvieron mucha trascendencia.
3. Finalmente parece existir una consideración de orden científico o eugenésico que abona a favor de la subsistencia del impedimento: los matrimonios entre parientes próximos son fuente de innumerables taras hereditarias.

Hay que recordar que en la práctica encontramos una suerte de repugnancia espontánea contra las uniones incestuosas, tanto más cercano sea el parentesco. Tal situación explica también, el impedimento de consanguinidad.

14.1.3. Requisitos

Este impedimento está centrado en los parientes consanguíneos en línea recta y en línea colateral, dentro del segundo y tercer grado. Sin embargo, por considerar que la vinculación entre los parientes colaterales del tercer grado no es muy estrecha se permite la dispensa en cuanto existan razones graves, es decir, cuando la denegación del matrimonio ha de inferir a los interesados un mal mayor que la insubsistencia del impedimento, apreciación que queda librada al prudente arbitrio del juez a fin de que otorgue la denominada dispensa judicial de parentesco⁽⁴²⁴⁾.

(423) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 138.

(424) Esta posibilidad se puede observar en el Brasil, en virtud del Decreto Ley N° 3.200/41, que mitiga la prohibición, por lo que es posible llevar a cabo el matrimonio por autorización judicial: Direito de família. apelação cível em ação de separação judicial litigiosa. preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, suscitada pela apelante. transferência para o mérito. mérito: casamento

El juez debe hacer un balance entre la subsistencia del impedimento y su dispensa permitiendo el matrimonio y analizar cuál de estas situaciones se muestra más beneficiosa a los pretendientes.

El impedimento de consanguinidad en línea recta alcanza también, por precaución de la ley, al hijo alimentista (242, inciso 1).

Actualmente el Derecho Canónico extiende el impedimento de consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado, pero el impedimento es dispensable más allá del segundo grado (parentesco entre hermanos).

14.1.4. Caracteres

La consanguinidad constituye un impedimento dirimente, relativo y perpetuo.

14.2. Afinidad

El parentesco por afinidad surge del matrimonio y genera efectos a un cónyuge respecto de la familia del otro. Casado que fuera una persona, esta ocupa el mismo lugar que su cónyuge en la familia de este último.

14.2.1. Enunciación

El parentesco por afinidad en línea recta (suegros y yernos o nueras), de conformidad con el artículo 237 del Código Civil, permanece y no acaba por disolución del matrimonio que lo ha generado. De una manera concordante, el inciso 3 del artículo 242, establece el impedimento matrimonial entre tales parientes, los afines en línea recta. En la línea recta el impedimento es total. En el caso del parentesco por afinidad en línea colateral el impedimento solo alcanza al segundo grado, el resto pasa con dispensa al tercer grado, siendo el cuarto permitido.

La situación varía en lo que respecta al parentesco por afinidad en línea colateral. De conformidad con el artículo 237 del Código Civil, subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge. En situación concordante, el artículo 242, inciso 4, establece el impedimento entre afines del segundo grado colateral (cuñados) cuando el matrimonio anterior se disolvió y el excónyuge vive, siendo el fundamento que la ley no puede justificar o estimular la previsible relación infiel entre una persona casada y el hermano o hermana de su cónyuge antes del divorcio.

entre parentes de terceiro grau. ausência de nulidade do matrimônio. aplicabilidade do decreto-lei 3.200/41 em harmonia com o CC/2002. possibilidade de separação judicial. sentença mantida. apelo conhecido e desprovido. (TJRN, 3ª C. Cível, AC 2009.002388-4, Rel. Des. Saraiva Sobrinho, j. 04/06/2009).

La relación de afinidad creada por el hecho del matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro, conocida en doctrina también como afinidad legítima, configura otro de los impedimentos de orden social y moral. Como en el caso del impedimento de consanguinidad.

La ley nacional no considera entre los impedimentos matrimoniales el de afinidad ilegítima, aquella producto de una unión estable. La afinidad considerada en nuestra legislación es solo aquella que nace del matrimonio. No considera tampoco el antiguo impedimento de cuasi afinidad, pues los esponsales no crean relación legal alguna entre cada uno de los esposos y los parientes consanguíneos del otro.

En Brasil, el parentesco por afinidad en la línea recta también genera un impedimento para el matrimonio. Ha innovado el Derecho brasileño al incluir el compañero en este rol. La afinidad en línea recta no desaparece con la disolución del matrimonio o unión estable⁽⁴²⁵⁾. En cuanto a la afinidad, el artículo no presenta ninguna restricción, es decir, el viudo puede casarse con la hermana de su esposa (excuñada)⁽⁴²⁶⁾.

14.2.2. Fundamento

Este impedimento tiene un fundamento ético-social. Se basa en que la institución tiende a constituir vínculos familiares semejantes a los que crea la filiación consanguínea, por lo que rigen las mismas valoraciones éticas que excluyen las relaciones maritales entre padres, hijos y hermanos.

14.2.3. Requisitos

Este impedimento subsiste siempre que se presenten dos hechos: que el matrimonio que se produjo por afinidad se haya disuelto por divorcio y el excónyuge viva. Si no se diese alguno de los dos hechos, el matrimonio será válido.

14.2.4. Caracteres

La afinidad constituye un impedimento dirimente, relativo y perpetuo.

14.3. Adopción

14.3.1. Enunciación

No pueden contraer matrimonio entre sí el adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad (inciso 5 del artículo 242).

(425) CHAVES, Marianna. “A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas”. In: *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira/Maria Berenice Dias (org.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 491.

(426) ALVES, Leornado Moreira; et ál. *Código das Famílias comentado*. Ob. cit., p. 39.

Es mucho más preciso el Código Civil de Portugal, artigo 1607. (*Vínculo de adopção*). *O impedimento do vínculo de adopção restrita obsta ao casamento: a) Do adoptante, ou seus parentes na linha recta, com o adoptado ou seus descendentes; b) Do adoptado com o que foi cônjuge do adoptante; c) Do adoptante com o que foi cônjuge do adoptado; d) Dos filhos adoptivos da mesma pessoa, entre si.*

En Brasil, como señala Maria Berenice Dias⁽⁴²⁷⁾, el adoptado sufre un doble impedimento matrimonial, según los incisos I a V del artículo 1.521 del Código, porque el impedimento existe en relación con la familia biológica y la adoptiva. Artículo 1.521. *Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante.*

14.3.2. Requisitos

El ordenamiento jurídico peruano, en materia del parentesco, por mandato de la ley, contempla la denominada adopción plena, en virtud de la cual el adoptado pasa a formar parte de la familia del adoptante, con un vínculo legal análogo a la consanguinidad quedando sin efecto los vínculos que existían entre el adoptado y su familia consanguínea con excepción de lo concerniente en materia de impedimentos matrimoniales.

Respecto al impedimento de parentesco legal producto de la adopción, el Código Civil ha introducido una modificación sustancial en el tratamiento de la adopción, que ha pasado a ser propiamente una legitimación adoptiva y, consecuentemente, al legislar sobre los impedimentos matrimoniales, establece que no pueden contraer matrimonio entre sí el adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados para la consanguinidad y la afinidad, según el artículo 242, inciso 5.

14.3.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento es ético-social. Se basa en el hecho de que la adopción genera una relación familiar llamada civil que para fines legales es igual a la relación fundada por el vínculo de sangre.

14.3.4. Caracteres

La adopción constituye un impedimento dirimente, relativo y perpetuo.

(427) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 155.

15. Impedimentos eugenésicos

15.1. Sanidad nupcial

15.1.1. Enunciado

No pueden contraer matrimonio quienes adolecen de enfermedad crónica, contagiosa, trasmisible por herencia o de vicio que constituye peligro (inciso 2, artículo 241). En Brasil, el matrimonio puede ser anulable por la ignorancia anterior del matrimonio, de un defecto físico irremediable, o de enfermedad grave y transmisible, por contagio o herencia, que pueda poner en peligro la salud del otro cónyuge o de sus descendientes (artículos 1.556 y 1.557, I del CC).

Prohíbe el matrimonio, si bien por distinta razón, a los enfermos mentales crónicos privados de discernimiento, aunque tengan intervalos lúcidos, según el artículo 241, inciso 3.

15.1.2. Requisitos

Los contrayentes deberán carecer de enfermedades crónicas que puedan ser transmitidas por herencia. Este impedimento no está relacionado propiamente a los cónyuges sino a la prole.

El ideal de la buena generación, al que se oponen las enfermedades contagiosas y hereditarias, ha sido concebido desde época antigua. La mayor parte de las corrientes doctrinarias, incluida la católica, aconseja que no contraigan matrimonio quienes han de engendrar prole defectuosa o enferma. Algunas, yendo más lejos, llegan hasta propugnar la necesidad de una investigación relativa a la sanidad de los pretendientes y de prohibir el matrimonio a quienes adolezcan de ciertas enfermedades o vicios (Japón, China).

El requisito de la sanidad puede ser controlado a través de una declaración de los mismos pretendientes o mediante el examen médico de ambos o de solo uno de ellos. Basta la simple enunciación de estos medios para juzgar de su eficacia y conveniencia, pues es obvio que solamente el certificado médico puede garantizar el cumplimiento de la norma eugenésica. No obstante, un sector de la doctrina se opone a este medio de comprobación, alegando que aumentando las dificultades para contraer matrimonio es: i) multiplicar el número de uniones estables, ii) que no siempre los hijos heredan los caracteres de los progenitores, iii) que la ciencia no está en situación de dar pautas seguras sobre los peligros de contagio o transmisión hereditaria de vicios o dolencias, iv) que los matrimonios *in extremis* o *in articulo mortis* no exigen el requisito de la sanidad y que, v) el certificado médico no resuelve nada, a menos que se controle la seriedad de su expedición.

15.1.3. Fundamento

Esta prohibición está fundada en motivos eugenésicos que se vinculan con la ineptitud física que puede resultar perjudicial para la prole. La eugenesia consiste en la aplicación de las leyes biológicas de la herencia para el perfeccionamiento de la especie. Esta ciencia tiene como objeto estudiar los factores que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras.

Algunos autores opinan que no puede influirse sobre la libre determinación del individuo en un aspecto tan íntimo como el relacionado con el matrimonio, por lo que si una persona por amor desea casarse con otra, aun sabiendo que padece una enfermedad incurable, el Estado no debe intervenir hasta ese punto y debe quedar al libre arbitrio de los contrayentes. Sin embargo, otros autores creen que la ley debe proteger al individuo contra su propia inclinación al error, sobre todo cuando los efectos de su error pueden extenderse a terceros inocentes, como sería el caso de los hijos.

15.1.4. Caracteres

La sanidad nupcial constituye un impedimento dirimente, absoluto y perpetuo.

16. Impedimentos relacionados con la imposibilidad de expresar consentimiento

Existen un grupo de impedimentos que centran su atención en resguardar una concorde manifestación de voluntades que responda al verdadero querer e intención de los contrayentes y que se encuentre libre de vicios que impidan su reconocimiento jurídico.

El consentimiento es la manifestación conjunta de voluntad mediante la cual los futuros cónyuges deciden y aceptan contraer matrimonio. Es un requisito esencial en el que como acto consensual, prima la voluntad. No hay matrimonio sin libre consentimiento. Si en todo acto la voluntad para producir efectos en Derecho es libre y sana con mayor razón ha de serlo en el matrimonio, que modifica el estado de familia y origina trascendentales consecuencias. En este sentido, el consentimiento debe corresponder a una manifestación de voluntad libre de vicios.

El consentimiento establece la validez del matrimonio. Por este medio los cónyuges van a mostrar la *afectio maritalis*. No vale el asentimiento, únicamente el consentimiento, *cum sentire*, sentir juntos.

El consentimiento para el matrimonio debe guardar las siguientes características esenciales:

- Debe ser libre, exento de coacción, violencia física o psíquica.
- Debe ser personal, salvo que el matrimonio se vaya a llevar a cabo por representación.

- Debe ser formal, puesto en conocimiento frente al funcionario público del estado civil y revisado ante la autoridad competente.

16.1. Enfermedad mental

16.1.1. Enunciado

La enfermedad mental es una alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desenvolvimiento considerado como normal con respecto a un grupo social de referencia. Esta alteración se manifiesta en trastornos del razonamiento, del comportamiento, de la facultad de reconocer la realidad y de adaptarse a las condiciones de la vida.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra el impedimento del matrimonio contraído por quien adolece crónicamente de enfermedad mental aunque tenga intervalos lúcidos o que la enfermedad se manifieste después de celebrado el matrimonio artículo 241, inciso 3. En Brasil, según el artículo 1.548, I, del Código Civil, es nulo el matrimonio contraído por el enfermo mental sin el conocimiento necesario sobre los actos de la vida civil. En Portugal, es impedimento dirimente absoluto la demencia notoria, incluso si existen intervalos de lucidez, y la interdicción o inhabilitación por motivos de anomalía mental (art. 1601, b).

Los enfermos mentales por efecto de su propia dolencia son incapaces de una determinación consciente de voluntad en un sentido o en otro.

16.1.2. Requisitos

La enfermedad mental para que se constituya en un impedimento matrimonial debe ser crónica, de larga duración, cuyo fin o curación no pueda preverse claramente o quizá no ocurra nunca. No es necesario que medie la interdicción civil, aunque ello favorecerá su probanza. Este impedimento se relaciona con el libre consentimiento más que con el tema de la sanidad nupcial. Si bien, algunas enfermedades mentales pueden determinar que ciertas personas puedan tener una propensión a sufrirlas, en general estas enfermedades no son contagiosas.

La doctrina brasileña dice que no basta la discapacidad mental, ni siquiera una reducción de discernimiento: para que podamos configurar causal de nulidad es necesario que la discapacidad sea tan grave que implique la falta de discernimiento, es decir, que el contrayente no podrá entender el acto realizado ni sus consecuencias⁽⁴²⁸⁾.

(428) FACHIN, Luiz Edson y RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado XV: Direito de Família. Casamento*. Atlas, São Paulo, 2003, p. 156.

16.1.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento es la imposibilidad de expresar un consentimiento válido. No es por razones eugénicas que el enfermo mental está impedido de casarse y de aquí que su impedimento subsista aun en el caso de que pudiera asegurarse a la prole contra la trasmisión de la tara mental.

Más aún, la doctrina y las legislaciones suelen hacer persistir la prohibición aun en los intervalos lúcidos que el enfermo mental puede experimentar, según el artículo 241, inciso 2, pues aunque el consentimiento pudiera reputarse consciente, el enfermo no podría cumplir luego las obligaciones emergentes de la unión.

En cuanto a la determinación de las variedades de enfermedad mental que pueden suscitar el impedimento, ciertas leyes las enumeran por considerar que una fórmula general entraña el peligro de una interpretación elástica, mientras que otras adoptan un simple enunciado, de grave insanidad mental, lo que permite acoger fácilmente los progresos de la psiquiatría. Nuestro código ha seguido este último sistema, acertado a nuestro juicio.

Sobre este punto existen opiniones encontradas. Por un lado, la mayoría de tratadistas de la escuela francesa sostienen que si un enfermo mental se ha casado durante un intervalo lúcido, la unión debe ser considerada válida porque en ese lapso el demente no fue incapaz. Sin embargo, doctrinariamente, se coincide en señalar que esta prohibición debe persistir aunque el enfermo tenga intervalos lúcidos pues el enfermo, luego de celebrado el matrimonio, no podría cumplir con las obligaciones que emergen de la unión. Además, los hijos pueden sufrir alguna tara hereditaria.

16.1.4. Caracteres

Este impedimento tiene el carácter dirimente, absoluto y perpetuo.

16.2. Sordomudez cuando no sabe expresar su voluntad

16.2.1. Enunciado

No pueden contraer matrimonio, los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable (inciso 4 del artículo 241). El Código Civil brasileño establece que es anulable el matrimonio de la persona que no puede expresar o consentir de manera inequívoca, el consentimiento (inciso IV del artículo 1.550).

16.2.2. Requisitos

El impedimento se refiere a aquellas personas que adoleciendo de alguna incapacidad sensorial no pudiesen expresar su voluntad de forma indubitable, por lo que no alcanza a aquellos que pueden expresarla, más aún cuando en los últimos

tiempos se han desarrollado formas de lenguaje que permiten a estas personas comunicarse. Con ayuda de la ciencia y la tecnología se reducen en la práctica los supuestos de contrayentes que puedan caer en este impedimento establecido en aras de un consentimiento libre y válido.

16.2.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento de sordomudez es la imposibilidad de poder manifestar un consentimiento válido.

El impedimento se refiere al sordomudo, ciegosordo o ciegomudo que no sabe expresar su voluntad de manera indubitable, sin distinción acerca del origen de la afección, sea congénita o adquirida. Suele insinuarse otra razón que justificaría su subsistencia refiriéndose que aunque el sordomudo aprenda a expresar su voluntad en forma indudable: la de que ese efecto no solo gravita sobre el consentimiento sino que atenta contra la sanidad de la raza, vinculándolo, por lo tanto, con el tema de la sanidad nupcial. Esta razón no ha sido acogida por nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 241 inciso 4 del Código Civil solo establece el impedimento en orden a la incapacidad para consentir indubitablemente al matrimonio.

16.2.4. Caracteres

Es impedimento dirimente, absoluto y perpetuo.

16.3. Impedimento derivado del rapto

Se trata de un impedimento conjunto, es decir que ambos deben tenerlo, uno ser el raptor y la otra la raptada.

16.3.1. Enunciado

No pueden contraer matrimonio entre sí, el raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta (inciso 7 del artículo 242). Dispositivo con contenido igual existía en el Código Civil brasileño de 1916. Establecía que no podía casarse el raptor con la raptada, mientras ella no se encontrase fuera de su poder y en un lugar seguro (artículo 183, X).

16.3.2. Requisitos

Este impedimento subsiste mientras exista rapto o retención violenta.

Nuestra ley reputa el rapto o la retención violenta como impedimento solo mientras la víctima del rapto o retención violenta se halle en poder del victimario, por considerar que en tal caso es evidente la no espontaneidad del consentimiento. No obstante, hay un sector de la doctrina que no considera a esta limitación suficiente desde que la probable relación sexual o el mero temor a la malignidad pública, son bastante para forzar la opinión del raptado o retenido violentamente aunque no se encuentre ya en manos de su raptor. En el fondo, solo se

trata de liberar a la víctima de las circunstancias de la coacción inmediata, que es la más grave ya que si se tomará en cuenta la influencia del temor remoto, otros matrimonios también podrían ser obstados.

16.3.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento es la imposibilidad del raptado o retenido violentamente de manifestar un consentimiento válido.

16.3.4. Características

El rapto o la retención violenta constituyen impedimentos dirimentes, relativos y temporales.

Existe un tratamiento más amplio de este impedimento y lo establece el Código Civil Venezolano al considerar en el “Artículo 56.- No podrá contraer matrimonio el encausado por rapto, violación o seducción, mientras dure el juicio criminal que se le forme y mientras no cumpla la pena a que haya sido condenado, a no ser que lo celebre con la mujer agraviada”.

17. Impedimento de ligamen

17.1. Enunciado

Nuestro Código Civil establece en el inciso 5 del artículo 241 que no pueden contraer matrimonio los casados. Norma similar existe en el Código Civil brasileño. El inciso VI del artículo 1.521 determina que no pueden casarse las personas casadas.

Este impedimento es denominado impedimento de vínculo.

17.2. Requisitos

El Derecho reputa la existencia de un matrimonio anterior no disuelto como impedimento para contraer otro, aparte de la sanción penal correspondiente a la bigamia que encontramos en nuestro Código Penal⁽⁴²⁹⁾. En el mismo sentido se manifestó la legislación penal brasileña⁽⁴³⁰⁾. El Código Civil ha acogido este impedimento indicándolo en el artículo 241, inciso 5.

(429) Código Penal. Artículo 139.- Bigamia. “El casado que contrae matrimonio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, respecto a su estado civil, induce a error a la persona con quien contrae el nuevo matrimonio la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”.

Código Penal. Artículo 140.- Matrimonio con persona casada. “El no casado que, a sabiendas, contrae matrimonio con persona casada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”.

(430) Código Penal brasileño. Art. 235.- “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos:

17.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento es ético-social.

Desde hace mucho tiempo, la monogamia es ley natural en los pueblos civilizados. Aunque no se llegue a suscribir la opinión que la misma naturaleza la indica como regla de la humanidad, al mantener un equilibrio aproximado de los sexos, podemos afirmar que la unión monogámica se acomoda mejor a las exigencias de la ética, de la justicia y de la misma sociedad moderna. En este sentido, la monogamia se ajusta de una manera más adecuada como principio rector del desenvolvimiento de las relaciones intersexuales.

17.4. Características

El vínculo o ligamen, constituye un impedimento dirimente, absoluto y temporal, mientras ese vínculo subsista.

18. Impedimento derivado del crimen

Se trata de un impedimento conjunto, es decir que ambos deben tenerlo. Uno ser el condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, y el procesado por esta causa y el otro con el cónyuge sobreviviente.

18.1. Enunciado

No pueden contraer matrimonio entre sí, el condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente (inciso 6, artículo 242). El CC brasileño establece que no puede casarse el cónyuge supérstite con el condenado por asesinato o intento de asesinato contra su consorte (inciso VII, artículo 1.521).

18.2. Requisitos

El Código Civil preceptúa que no pueden contraer matrimonio entre sí el condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa, con el sobreviviente. De acuerdo con dicho texto, el criterio que ha informado al legislador es puramente objetivo, pues establece que el homicidio doloso cometido en agravio de uno de los cónyuges es impedimento para que el sobreviviente contraiga matrimonio con el matador, sin investigar si este o aquel o ambos pretendieron facilitar ese matrimonio mediante el crimen, o si previamente cometieron adulterio o no.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

El impedimento alcanza tanto al condenado como al partícipe en el homicidio, quedan incurso en él tanto el autor como el cómplice, mas no el encubridor.

El homicidio a que se refiere este inciso debe ser doloso. Se excluyen los casos de homicidios culposos o preterintencionales. El dolo al que se refiere concretamente el impedimento está referido a la conciencia y voluntad de quitar la vida a una persona, en este caso, a una persona que es cónyuge de otra. No se exige que el homicida haya cometido el crimen con la intención de contraer luego matrimonio con el viudo o viuda o si cometieron adulterio o no. Este impedimento incluye al procesado, el cual desaparecerá si al final del proceso es absuelto.

La doctrina de Brasil añade que, en este caso, no basta solo la existencia de una investigación policial para llevar al impedimento, se requiere la condena firme, la cosa juzgada, incluso después del matrimonio, en cuyo caso el matrimonio sería nulo desde el principio (el efecto sería retroactivo - *ex nunc*)⁽⁴³¹⁾.

18.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento es ético-social.

18.4. Características

El crimen constituye un impedimento dirimente, relativo y perpetuo.

19. Impubertad

19.1. Enunciado

No pueden contraer matrimonio los adolescentes. No obstante, el juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse (inciso 1, artículo 241). En Brasil, esta posibilidad aparece bajo la hipótesis del matrimonio anulable, en el artículo 1.550 del CC. El inciso I de esta norma establece que es anulable el matrimonio anulable de quien no ha cumplido la edad mínima para contraer matrimonio (16 años).

19.2. Requisitos

La pubertad se encuentra relacionada con la capacidad procreativa. Solo se permite que puedan contraer matrimonio los púberes, por su capacidad de procrear. Siendo la procreación una de las finalidades del matrimonio es lógico que para contraerlo se necesite poseer capacidad genérica; pero como esta no se alcanza por todos en la misma época y a fin de evitar comprobaciones impracticables, las leyes prefieren fijar, siguiendo la tradición romana, una edad de pubertad legal.

(431) ALVES, Leornado Moreira, et ál. *Código das Famílias comentado*. Ob. cit., p. 40.

La pubertad es la edad en que ocurren una serie de cambios físicos que están orientados a habilitar a la persona para relacionarse sexualmente con otros y procrear.

Este impedimento es dependiente de la falta de madurez fisiológica y psíquica que se resuelve en una correspondiente incapacidad de derecho; sin embargo, es transitorio, pues desaparece con el pasar del tiempo.

El reconocimiento de aptitud matrimonial basado en la pubertad se refiere solamente a datos biológicos, los que han recibido tratamiento preferente frente a los psicológicos, a pesar de que para contraer matrimonio no basta la aptitud física para procrear, sino que se requiere además aptitud psicológica para afrontar un hecho tan trascendente como el matrimonio.

Siguiendo la tendencia de varias legislaciones en las que existe la posibilidad de exigir una dispensa judicial en casos de necesidad, poniéndose como único requisito el haber llegado a la pubertad, nuestro Código Civil permite el matrimonio por motivos graves de aquellos jóvenes, que sin haber alcanzado la madurez psicológica, tengan como mínimo dieciséis años. Como hemos visto, para contraer matrimonio, la edad mínima legal exigible es dieciséis años.

Sin embargo, la tendencia del derecho comparado moderno es elevar las edades mínimas requeridas para matrimoniarse, pues para ello no solamente debe importarse la pubertad biológica de los contrayentes, sino que además debe exigirse madurez psíquica y equilibrio emocional y afectivo que permita a los contrayentes asumir el sentido del matrimonio y las responsabilidades que él engendra.

Si bien nuestra normativa no establece una edad de pubertad legal, dato que debería haber sido consignado a nuestro juicio, doctrinariamente se considera que la pubertad se alcanza a los dieciocho años, edad que coincide con la obtención de la capacidad de ejercicio. Tal criterio doctrinario ha sido tomado como una suerte de presunción de pubertad, una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario de ser el caso.

La tendencia que encontramos a elevar la edad de la pubertad legal se justifica porque para contraer matrimonio no se precisa únicamente la aptitud generadora, sino un desarrollo psíquico que permita apreciar la trascendencia del acto y la magnitud de los deberes que de él se derivan. De otro lado, los deberes y responsabilidades del matrimonio exigen una cierta capacidad económica, que comúnmente no se alcanza hasta una edad relativamente elevada, que no coincide con la de la capacidad genérica o de procreación de la persona.

Nuestro Código prohíbe el matrimonio a los impúberes, en el artículo 241, inciso 1; sin embargo, no existe una norma que establezca que la pubertad se alcanza a los 18 años.

Sin embargo, como en determinados casos es posible que el hombre o la mujer llenen los requisitos de aptitud física, psíquica y económica antes de alcanzar la pubertad legal, o que circunstancias graves hagan necesario el matrimonio de personas que aún no la tienen, el código ha querido atenuar la regla general con varias concesiones importantes, que flexibilizan la norma general referente a la edad de la pubertad:

- En primer lugar, el juez, por motivos justificados puede dispensar el requisito cuando los contrayentes tengan como mínimo dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse, de conformidad con el artículo 241, inciso 1 del Código Civil. En Brasil, es anulable el matrimonio de personas que tengan edad mínima para contraer matrimonio, pero que se han casado sin el consentimiento de su representante. Hay, sin embargo, la posibilidad de solicitar al tribunal que este requisito sea suprimido.
- En segundo lugar, el matrimonio celebrado por un impúber se considera automáticamente convalidado si hasta un día después de haber llegado a la edad legal no se hubiera demandado su anulación, de conformidad con el artículo 277, inciso 1.
- Cuando la invalidez del matrimonio contraído por un impúber hubiera sido obtenida a instancia de tercero, los cónyuges pueden confirmarlo con efecto retroactivo al llegar a la edad legal, de conformidad con el artículo 277, inciso 1.
- La falta de edad no puede alegarse como causa de invalidez del matrimonio si la mujer ha concebido, de conformidad con el artículo 277, inciso 1, en la medida en que tal supuesto acredita la situación de pubertad de los contrayentes. En Brasil, el artículo 1.551 establece que no es anulable por razones de edad, el matrimonio resultante de embarazo.

Ahora bien, la presunción de pubertad puede ser desmentida por la naturaleza o por el hecho de un accidente. Las personas que de este modo están incapacitadas para la generación deberían ser tratadas igual que las impúberes y el matrimonio debiera prohibírseles, puesto que no pueden llenar su finalidad esencial⁽⁴³²⁾. En este sentido, la impotencia puede ser considerada como la anomalía que hace imposible la cópula generativa. Se distingue de la esterilidad en que esta no impide el acto sexual, sino solamente la generación.

La ley nacional no ha considerado la capacidad efectiva para engendrar o fertilidad, como una condición necesaria para el matrimonio, según se desprende del hecho de no haber incluido la impotencia entre los impedimentos; y se ha limitado a permitir la invalidez del matrimonio en caso de *impotencia coeundi*, vale decir, la incapacidad para el coito, cópula o unión sexual, de conformidad con lo establecido por el artículo 277, inciso 7.

(432) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 129.

19.3. Fundamento

El fundamento del impedimento de impubertad está relacionado con la ineptitud física para la procreación. Y no solo eso, sino también la falta de madurez para asumir los derechos y obligaciones derivados del matrimonio.

19.4. Caracteres

La impubertad constituye un impedimento es dirimente, absoluto y temporal.

20. Otros impedimentos dirimientes en el Derecho Comparado

Tal como han desaparecido algunos impedimentos (concepciones confesionales, concepciones éticas, impotencia) otros han aparecido, como por ejemplo:

Para el Código Civil de Guatemala tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio: (...) los hermanos y medio hermanos, (...) las personas unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión (art. 88, casos de insubsistencia).

El Código Civil de Quintana Roo - México nos dice: Artículo 700.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio; (...) VI.- El miedo grave. En caso de raptó, subsistirá el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad; VII.- La embriaguez habitual; VIII.- El uso no terapéutico de enervantes, estupefacientes o psicotrópicos o de cualquier otra substancia que altere la conducta y produzca dependencia; IX.- La impotencia por causa física para entrar en el estado matrimonial siempre que sea incurable; XI.- La locura, el idiotismo y la imbecilidad; y

El Proyecto del 2000 del Código Civil argentino, considera: Artículo 408. Impedimentos dirimientes. Son impedimentos para contraer el matrimonio: La consanguinidad entre hermanos o medios hermanos. Ser autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges. La privación permanente o transitoria de la razón.

Sida.- A falta de norma expresa esta enfermedad no es considerada como un impedimento (a pesar de que algunas municipalidades exijan la Prueba de Elisa - La Prueba de detección del VIH). Impedir el matrimonio de dos sidosos o de un sidoso con uno sano sería discriminatorio y abusivo.

Una curiosidad del Derecho español: El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del tercer grado entre colaterales y de edad a partir de los catorce (14) años (artículo 48, del CC español).

III. IMPEDIMENTOS IMPIDIENTES

La doctrina clasifica a los impedimentos impidientes en la *turbatio sanguinis*, de autorización y de inventario, sin embargo no son los únicos.

21. Minoridad

Denominado impedimento de autorización.

21.1. Enunciado

El artículo 244 establece que los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. El inciso II del artículo 1.550 del CC brasileño de esta norma establece que es anulable el matrimonio del menor en edad núbil cuando no esté autorizado por su representante legal.

La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento. A falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro. A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento. A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores, respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial. Los hijos extramatrimoniales solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquel los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna.

21.2. Fundamento

El impedimento se fundamenta tanto en razones ético-sociales como en la imposibilidad de manifestar un consentimiento válido.

21.3. Características

La minoría de edad constituye un impedimento impidiente, absoluto y temporal.

22. Cargos sobre incapaces

Denominado impedimento de inventario.

Existen un grupo de impedimentos contemplados como formas de protección adicional a los intereses de los menores de edad e incapaces de ejercicio. Buscan proteger el vínculo de tutela, curatela y la administración legal de los bienes del incapaz.

22.1. Enunciado

No se permite el matrimonio del tutor o del curador con el menor o el incapaz, durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública (inciso 1 del artículo 243); bajo sanción de perder la retribución que le corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

El Código Civil brasileño establece en el inciso IV del artículo 1.523 que no debe casarse el tutor o curador y sus descendientes, ascendientes, hermanos, sobrinos, o cuñados con la persona bajo tutela o curatela, mientras que no termine la tutela o custodia, y no se liquiden sus cuentas. La ley brasileña establece excepciones a la aplicación de ese dispositivo, de conformidad con el párrafo único del artículo en referencia. Uno puede pedir al juez que no se aplique esta causa suspensiva si se demuestra que no hay daño a la persona bajo tutela o curatela.

22.2. Fundamento

El fundamento de este impedimento es ético-social.

La garantía que se encierra en este dispositivo es evitar que el tutor o curador inescrupuloso oculte bajo el disfraz del matrimonio el malicioso manejo de los intereses del pupilo o curado⁽⁴³³⁾. En aras que la tutela y la curatela son instituciones de amparo familiar, por lo que los intereses de los incapaces deben estar plenamente salvaguardados frente a posibles actos lesivos de sus guardadores.

Esta disposición se fundamenta en la necesidad de proteger los intereses del menor frente a los posibles intereses de quien ha estado encargado de administrarlos.

22.3. Requisitos

Se trata de un impedimento relativo, pues se prohíbe el matrimonio de quien ejerce la tutela o curatela con los que están sometidos a ella. Es temporal, caduca con la terminación de la tutela o curatela y la aprobación de las cuentas respectivas.

En algunos casos podría alcanzar efectos al protutor, es decir respecto de aquel que tiene la obligación de vigilar los actos del tutor.

22.4. Características

Es un impedimento impidiendo, relativo y temporal.

23. Estado civil

El artículo 433 del Código Civil que impone al padre o la madre que quiera contraer nuevo matrimonio la obligación de pedir que se convoque al consejo de

(433) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., pp. 154 y 155.

familia para que este decida si conviene o no que siga administrando los bienes de los hijos del matrimonio anterior; y, el artículo 434 extiende la misma obligación a los padres del hijo extramatrimonial.

Es el llamado plazo internupcial, plazo de viudez o periodo de viudedad. Este impedimento se relaciona con aquellas situaciones de binubio, decir, de segundas nupcias. Bínubo es aquel que contrae matrimonio por segunda vez, luego de haberse producido la extinción de un previo vínculo matrimonial, por cualquiera de las causales que jurídicamente le ponen fin. En este sentido, el impedimento va dirigido a la mujer como un obstáculo para la constitución de una situación de binubio, vale decir, para contraer un nuevo matrimonio.

23.1. Viudez

23.1.1. Enunciado

Nuestro Código Civil en el inciso 2 del artículo 243, no permite el matrimonio del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que estos no tienen bienes. En Brasil, no debe casarse la viuda o el viudo que tiene hijo del cónyuge fallecido mientras que no haga un inventario de los bienes de la pareja y dar la partición a sus herederos (inciso I, artículo 1.523 del CC).

23.1.2. Requisitos

En este impedimento consagra una medida protectora de los menores, al establecer que el viudo o la viuda no pueden contraer nuevas nupcias sin que acrediten haber hecho previamente inventario judicial, con intervención del ministerio fiscal, de los bienes pertenecientes a sus hijos, que estén administrando, o sin que declaren juradamente que no tienen tales bienes a su cargo o tales hijos bajo su patria potestad, so pena de perder el usufructo de tales bienes; disposición que el mismo artículo hace extensiva al cónyuge divorciado o cuyo matrimonio hubiese sido invalidado, así como al padre y madre naturales que tengan hijos bajo su patria potestad⁽⁴³⁴⁾.

23.1.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento es ético-social.

La finalidad de esta prohibición es cautelar los bienes pertenecientes a los hijos de los viudos y divorciados, evitando la confusión de patrimonios.

(434) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 155.

Para lograr este fin, el Código Civil brasileño establece en el inciso I del artículo 1.641 que es obligatorio el régimen de separación de bienes en el matrimonio para aquellos que se casaran en violación de las causas suspensivas de la celebración del matrimonio.

23.1.4. Características

Es un impedimento impidiente, absoluto y temporal.

23.2. Viudez, divorcio o invalidez

Denominado plazo de viudez o viudedad o Impedimento de *turbatio sanguinis*.

23.2.1. Enunciado

Nuestro Código Civil establece en el inciso 3 del artículo 243 que no se permite el matrimonio de la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición es aplicable a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado. El Código Civil brasileño establece, en el inciso II del artículo 1.523 que no debe casarse la viuda o mujer cuyo matrimonio se disolvió por ser nulo o anulable hasta diez meses después del inicio de la viudez o la disolución de la sociedad conyugal.

Se dispensa el plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente. Excepción análoga existía en el Código Civil brasileño de 1916. El CC de 2002 ha permanecido en silencio sobre esta posibilidad.

23.2.2. Requisitos

En el supuesto de disolución del vínculo matrimonial por razón de muerte, divorcio o invalidez, nuestro ordenamiento jurídico contempla un plazo que recae sobre la viuda, divorciada o excónyuge dentro del cual esta no puede contraer nuevas nupcias. El fundamento de este plazo radica en el propósito de evitar la *turbatio sanguinis* con el otro matrimonio, contraído antes del plazo máximo de gestación, podría originar. En efecto, se verifica la necesidad de dejar claramente establecida la paternidad del hijo que la viuda pudiera alumbrar después de la muerte de su primer marido.

Aunque este impedimento que nos ocupa se conoce tradicionalmente con el nombre de plazo de viudez o viudedad, es también aplicable por analogía al caso de la mujer divorciada y al de aquella cuyo matrimonio anterior ha sido invalidado, según el artículo 243, inciso 3. En tales casos, el término comienza a contarse desde que quedó ejecutoriada la sentencia respectiva. Rigen, por supuesto, las mismas excepciones de haber dado a luz o de haberse acreditado la imposibilidad de que la mujer haya quedado embarazada por obra del primer marido. Rige también, aunque la ley no la establezca expresamente, la excepción referente al caso

de que los cónyuges divorciados o cuyo matrimonio se invalidó vuelven a contraer matrimonio entre sí⁽⁴³⁵⁾.

23.2.3. Fundamento

El fundamento de este impedimento es ético-social.

La finalidad de esta prohibición temporal busca evitar una posible confusión de la filiación de los hijos que vayan a nacer del segundo matrimonio de una viuda celebrado inmediatamente después de su viudez.

Anteriormente no se admitía prueba alguna que permitiese a una mujer contraer matrimonio antes de vencido el plazo de 300 días. En la actualidad se puede dispensar de dicho plazo a la mujer que acredita no hallarse embarazada mediante certificado médico expedido por autoridad competente.

Finalmente, no falta quien alegue que este impedimento es discriminatorio hacia a la mujer, pero ante tal situación, el ordenamiento jurídico ha tenido a bien incorporarlo, principalmente con el fin de dar claridad a la posible filiación existente en las uniones matrimoniales.

23.2.4. Características

El plazo de viudez constituye un impedimento impidiente, absoluto y temporal.

24. Otros impedimentos impidientes en el Derecho Comparado

- Disolución del matrimonio del menor de edad (art. 133 del CC argentino)
- El Código Civil alemán clasifica como impedimento matrimonial suspensivo en el caso de parentesco por motivo de adopción (§ 1308 del BGB). Una boda no debe (*sell nicht*) ser celebrada entre personas cuyo parentesco, en el sentido del §1307, fue fundado a través de la adopción. A diferencia del §1307 del Código Civil, es un impedimento suspensivo del matrimonio cuya violación no da lugar a su anulación. El Tribunal de familia puede conceder, a solicitud, la liberación de este impedimento ya que entre el demandante y su futuro cónyuge solo se forma mediante la adopción, el parentesco en línea colateral, siempre y cuando no hay razones concluyentes para oponerse al matrimonio. Para los parientes en línea recta, por el contrario, no es una posible liberación⁽⁴³⁶⁾.
- El Código Civil brasileño establece, inciso V artículo 1.550, que es anulable el matrimonio realizado por el mandatario, si ni él o la otra parte sabían de la revocación del mandato y desconocían la convivencia entre los cónyuges.

(435) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 145.

(436) SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemán: Direito de Família*. Elisete Antoniuk (trad.), traducción de la 9ª ed. (totalmente revisada), Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, pp. 81 y 82.

Antiguamente, se consideró la enfermedad venérea y la lepra, como Salud de los contrayentes, que les impedían contraer matrimonio.

IV. PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS

25. Impedimentos de orden especial

Estos impedimentos también son denominados en doctrina como impedimentos de Derecho Público. La doctrina y las legislaciones suelen referirse a los impedimentos del rubro que obedecen a razones de interés social, pero salen de la esfera del Derecho Civil y las encontramos en otras regulaciones⁽⁴³⁷⁾.

Entre esos impedimentos se hallan los que afectan a los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo (generalmente a los de graduación subalterna); a veces, a estos mismos miembros, aunque se encuentren en situación de reserva o disponibilidad, y en ciertos países a algunos funcionarios públicos⁽⁴³⁸⁾.

En ningún caso el impedimento es dirimente. Solo origina sanciones disciplinarias o la destitución del funcionario correspondiente. Casi siempre no son las leyes civiles, sino reglamentos especiales, los que consignan esta prohibición.

Ella existe, entre nosotros, para determinados grados militares, y su infracción acarrea diversas sanciones puramente disciplinarias. Algunas restricciones rigen, igualmente, para ciertos miembros del servicio diplomático y miembros de órdenes religiosas.

V. IMPEDIMENTOS OCULTOS

26. Generalidades

Los llamados impedimentos ocultos o no expresos surgen frente a aquellas situaciones en las que no existiendo un impedimento típico tiene una contrapartida en la teoría de la invalidez matrimonial.

Vale decir, se tratan de situaciones o supuestos generadores de invalidez que no tienen antecedente, precedente o presupuesto impedimental.

27. Tipología

Los supuestos que en nuestro ordenamiento jurídico se manifiestan como impedimentos ocultos generadores de invalidez de matrimonio son los siguientes:

(437) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 155.

(438) Ídem.

27.1. Prescendencia de los trámites

Los trámites que forman parte de la celebración del matrimonio constituyen la formalidad *ad solemnitatem* a la que es sometido el acto matrimonial. El carácter solemne de dicha formalidad determina que su inobservancia conlleve la invalidez del acto jurídico.

La prescendencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 del Código Civil lleva a ello. No obstante, y tomando en cuenta el principio de promoción de matrimonio, la invalidez se desvanece y el matrimonio será convalidado si los contrayentes actúan de buena fe y subsanan la omisión.

27.2. Funcionario incompetente

Es inválido el matrimonio de los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente. En este supuesto, es importante la conjunción del hecho objetivo de la celebración del matrimonio ante funcionario incompetente, con la acreditación del criterio subjetivo de la mala fe en el actuar de los contrayentes.

En Brasil no es un impedimento oculto. El Código, en su artículo 1.550, inciso VI establece que el matrimonio es anulable por falta de competencia de la autoridad celebrante. Sin embargo, dice el artículo 1554 que será válido el matrimonio anulable celebrado por lo que, sin poseer la competencia requerida por la ley, ejecuta públicamente las funciones de juez de matrimonios y, como tal, hubiera registrado el acto en el Registro Civil.

27.3. Buena fe pero funcionario incompetente

De quien de buena fe lo celebra ante funcionario incompetente. Para la configuración de este supuesto es necesaria la conjunción del hecho objetivo de la celebración del matrimonio ante funcionario incompetente, con el criterio subjetivo de la buena fe en el actuar de los contrayentes.

En este sentido, el artículo 1.561 del Código Civil brasileño establece que aunque anulable o nulo, si se realizó de buena fe por ambos cónyuges, el matrimonio en relación con estos y con los hijos, produce todos los efectos hasta el día de la sentencia de anulación.

27.4. Error en la identidad

Se dice que el tema del error en matrimonio se introdujo en la práctica de la Iglesia hacia el siglo IX cuando el matrimonio entre nobles con frecuencia se celebraba por procurador y había casos en que la novia era sustituida por otra persona⁽⁴³⁹⁾.

(439) SALINAS ARANEDA, Carlos: "El error en la persona del otro cónyuge en la historia del Derecho Canónico". En: *Revista de Estudios Históricos Jurídicos [on-line]*, 1998, n. 20, pp. 223-251. Disponible en <<http://www.scielo.cl>> (26/10/2010).

El Código de Derecho Canónico establece: “1097 § 1. El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio. § 2. El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente”. Estamos ante un consentimiento viciado y por lo tanto, en la misma medida que para la generalidad de los actos jurídicos, aquel contrayente que manifiesta un consentimiento que se encuentra dentro de alguno de los supuestos de los denominados vicios de la voluntad, merece tutela jurídica.

Bajo la ley brasileña, esa posibilidad se encuentra por la correlación del artículo 1.556 y artículo 1.557, inciso I del Código Civil. El artículo 1.556 dice que el matrimonio puede ser anulado por vicio de voluntad, si hubiera por parte de uno de los cónyuges, al consentir, un error esencial en cuanto a la persona del otro. Complementariamente, el artículo 1.557, I considera error esencial sobre la persona del otro cónyuge lo que se relaciona a su identidad, honor y buena fama, y este error es tan grave que la vida ulterior se vuelve insoportable en común para el cónyuge engañado.

Se divide en error en la persona física y error en una cualidad o condición impropia:

- *Error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial que haga insoportable la vida común*, por ejemplo vida deshonrosa, homosexualidad, toxicomanía, enfermedad grave de carácter crónico, condena por delito doloso a más de 2 años de pena privativa de la libertad, ocultamiento de la esterilización o del divorcio.
- *Error en la cualidad o in qualitatis*, por ejemplo la virginidad, riqueza, nobleza, cualidades morales o civiles. El error no dirime el matrimonio. Este supuesto no se encuentra consagrado en nuestra normativa.

27.5. Incapacidad natural

Es inválido el matrimonio de quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera, embriaguez, hipnotismo, sedación, pérdida de conciencia motivada.

Se protege al contrayente que en virtud de alguna circunstancia, aunque pasajera, no se encuentre en capacidad de poder manifestar una voluntad cierta e indubitable de querer contraer matrimonio.

27.6. Violencia

De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído.

El simple temor reverencial no anula.

Este supuesto se refiere a la denominada vis compulsiva o violencia siquica que vicia el consentimiento matrimonial.

El artículo 1.558 del Código Civil brasileño establece que es anulable el matrimonio en virtud de coacción, cuando el consentimiento de uno o ambos cónyuges ha sido capturado por un temor bien fundado de un daño inminente y sustancial a la vida, la salud y honra suyas o de sus familiares.

27.7. Impotencia

El supuesto se refiere a la impotencia, entendida como incapacidad para realizar el acto sexual coetánea al momento de la celebración de matrimonio.

Puede ser invalidado el matrimonio de quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. Esta hipótesis también se inscribe en el ámbito de aplicación del inciso III del artículo 1.557 del Código Civil brasileño, pues a pesar de que el matrimonio ha perdido su fin procreativo, la expectativa de una vida sexual sana y activa es legítima.

No procede la anulación si ambos son impotentes.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ALVES, Leonardo Moreira et ál. *Código das Famílias comentado*. Leonardo Moreira Alves (coord.), Del Rey, Belo Horizonte, 2009.
- AMIN, Andréa Rodrigues et ál. *O novo Código Civil: do Direito de Família*. Heloisa Maria Daltro Leite (Coord.), Freitas Bastos, Río de Janeiro, 2004.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. 1ª ed., 1ª reimp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Nociones de Derecho de Familia*. Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Vol. II, Editora Rio, Río de Janeiro, 1940.
- CHAVES, Marianna. “A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas”. In: *Direito das famílias: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. Maria Berenice Dias (org.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, pp. 487-499.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 154; y PENA JR.,

- Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudencia*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª ed. actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
 - FACHIN, Luiz Edson y RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado XV: Direito de Família*. Casamento, Atlas, São Paulo, 2003.
 - GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2001.
 - GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Ed. Forense, Río de Janeiro, 2006.
 - LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. 5. Direito de Família e sucessões, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
 - LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
 - MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2009.
 - MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
 - MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª ed., Tomo VII, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
 - MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 2: Direito de Família, 36 edición actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001.
 - ORTIZ DE ROZAS, Abel Fleitas. "Impedimentos matrimoniales". En: *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo Urbano Salerno (directores), Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.
 - PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Río de Janeiro, 1869, § 12, *apud*.
 - RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004.
 - PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2009.
 - SALINAS ARANEDA, Carlos. "El error en la persona del otro cónyuge en la historia del Derecho Canónico". En: *Revista de estudios históricos jurídicos [on line]*, 1998, n. 20, pp. 223-251. Disponible en: <<http://www.scielo.cl>> (26/10/2010).

- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. 1ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Elisete Antoniuk (trad.), traducción de la 9ª ed. (totalmente revisada), Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- TRIBUTTATI, *Digesto italiano*, p. 263, apud Antonio Chaves, *Impedimentos*, cit. En: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vol. 42, p. 270-1. Cit. DINIZ, Maria Helena: *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª ed. act., Saraiva, São Paulo, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, Vol. VI: Direito de Família, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 2007.

ANEXO 1

CUADRO DE CLASIFICACIÓN DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Impedimentos	Condiciones de Aptitud Física	Libre Consentimiento	Orden Ético y Social	Dirimientes	Impedientes	Absolutos	Relativos	Perpetuos	Temporales
Diferencia de sexos	X			X			X	X	
Impubertad/Adolescencia	X			X		X			X
Sanidad nupcial	X			X		X		X	
Enfermedad mental		X		X		X		X	
Estado de inconsciencia momentánea/pasajera		X		X		X			X
Sordomudez		X		X		X		X	
Vínculo			X	X		X			X
Consanguinidad			X	X			X	X	
Afinidad			X	X			X	X	
Adopción			X	X			X	X	
Crimen			X	X			X	X	
Rapto/Retención violenta		X		X			X		X
Tutor/Pupilo; Curador/ Curado			X		X		X		X
Viudos			X		X	X			X
Plazo de Viudez/Divorcio/ Invalidez matrimonial			X		X	X			X
Minoría de edad		X	X		X	X			X

**CAPÍTULO
SEXTO**

**TEORÍA DE LA
INVALIDEZ DEL
MATRIMONIO**

CAPÍTULO SEXTO

TEORÍA DE LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

I. Aspectos generales. 1. Introducción. **2.** Conceptos generales. **3.** Estructura. **II. Inexistencia del matrimonio. 4.** Concepto. **5.** Casos. **5.1.** Identidad de sexos. **5.2.** Falta de consentimiento. **5.3.** Funcionario incompetente. **5.4.** Aproximaciones finales. **6.** Efectos. **III. Invalidez de Matrimonio. 7.** Concepto. **8.** Tipología. **8.1.** Nulidad. **8.1.1.** Caracteres. **8.2.** Anulabilidad. **8.2.1.** Caracteres. **9.** Reglas especiales. **9.1.** Legitimidad para obrar. **9.1.1.** Incongruencia. **9.2.** Apoderamiento expreso para demandar. **9.3.** Proceso y aplicación por analogía. **9.4.** Sentencia de invalidez. Contenido. **9.5.** Daño. Aplicación por analogía. **9.6.** *In dubio pro matrimonii*. **10.** Validez excepcional. **10.1.** Buena fe del contrayente. **10.2.** Matrimonios ilícitos pero válidos. **11.** Efectos de la invalidez del Matrimonio. **A. Nulidad del Matrimonio. 12.** Concepto. **13.** Características. **13.1.** Incaducible. **13.2.** Convalidables. **13.3.** Personal. **13.4.** Representación. **13.5.** Legitimación. **13.6.** Transmisibilidad. **14.** Comparaciones de la nulidad del acto matrimonial de la nulidad general. **15.** Causales. **15.1.** Enfermedad mental **15.1.1.** Interdicción. **15.1.2.** Intervalos lúcidos. **15.1.3.** Caducidad. **15.1.4.** Legitimidad. **15.1.5.** Prueba. **15.2.** Sordomudez. **15.2.1.** Interdicción civil. **15.2.2.** Legitimidad. **15.2.3.** Prueba. **15.3.** Vínculo. **15.3.1.** Excepciones. **15.3.1.1.** Muerte. **15.3.1.2.** Desaparición. **15.3.2.** Caducidad. **15.3.3.** Legitimidad. **15.3.3.1.** Casado. **15.3.3.2.** Desaparecido. **15.3.3.3.** Muerto presunto. **15.3.4.** Prueba. **15.4.** Consanguinidad. **15.4.1.** Prueba. **15.5.** Afinidad. **15.5.1.** Prueba. **15.6.** Crimen. **15.6.1.** Caducidad. **15.6.2.** Vacío e incongruencia con el impedimento **15.6.3.** Prueba. **15.7.** Celebración del matrimonio sin observar sus formalidades. **15.7.1.** Prueba. **15.8.** Contrayentes de mala fe ante funcionario incompetente. **15.8.1.** Legitimación. **15.8.2.** Caducidad. **15.8.3.** Prueba. **15.9.** Nulidades no expresas. Implícitas y genéricas. **15.9.1.** Adopción. **15.9.2.** Del procesado en el homicidio doloso de uno de los cónyuges. **16.** Efectos. **16.1.** Efectos del matrimonio inválido contraído de buena fe por uno de los cónyuges o por ambos. **16.2.** Efectos del matrimonio inválido contraído de mala fe por ambos cónyuges. **16.3.** Efectos del matrimonio inválido frente a terceros. **17.** Convalidación de los actos matrimonios nulos. **B. Anulabilidad del matrimonio. 18.** Concepto. **19.** Características. **20.** Comparaciones entre la anulabilidad del acto matrimonial con la anulabilidad en general. **21.** Casos. **21.1.** Impubertad. **21.1.1.** Prueba. **21.2.** Sanidad nupcial. **21.2.1.** Legitimación. **21.2.2.** Caducidad. **21.2.3.** Prueba. **21.3.** Rapto o retención violenta. **21.3.1.** Prueba. **21.4.** Limitación de las facultades mentales por causa pasajera. **21.4.1.** Prueba. **21.5.** Consentimiento viciado. **21.5.1.** Error. **21.5.1.1.** Conceptos no amparados en el Código Civil. **21.5.1.2.** Prueba. **21.5.2.** Dolo. **21.5.2.1.** Engaño sobre cualidades físicas. **21.5.2.1.1.** Defecto físico en general. **21.5.2.1.2.** Defecto físico de la función reproductora. **21.5.2.1.3.** Esterilidad. **21.5.2.1.4.** Enfermedad contagiosa o hereditaria. **21.5.2.1.5.** Enfermedad mental. **21.5.2.1.6.** Ocultamiento del embarazo. **21.5.2.1.7.** Suposición del embarazo. **21.5.2.2.** Engaño sobre cualidades morales. **21.5.2.3.** Engaño sobre la identidad o defecto sustancial del otro cónyuge. **21.5.2.4.** Prueba. **21.5.3.** Violencia. **21.5.3.1.** Prueba. **21.6.** Impotencia. **21.6.1.** Legitimación. **21.6.2.** Prueba. **21.7.** Contrayentes de buena fe ante funcionario incompetente. **21.7.1.** Prueba. **22.** Indemnización por invalidez del matrimonio. **IV. Ilícitud matrimonial. 23.** Concepto. **23.1.** Validez del matrimonio. Impedimentos impidentes. **24.** Características. **25.** Casos. **25.1.** Menor de edad. **25.2.** Tutor o curador. **25.3.** Viudo y administración de bienes. **25.4.** Plazo de viudez. **V. Matrimonio putativo. 26.** Concepto. **27.** Definición. **28.** Etimología. **29.** Denominación. **30.** Características. **31.** Casos. **32.** Ignorancia. **33.** Buena fe. **34.** Mala fe. **35.** Efectos. **35.1.** Entre los cónyuges. **35.2.** Con los hijos. **35.3.** Ante terceros.

I. ASPECTOS GENERALES

1. Introducción

Impedimentos, celebración e invalidez son teorías profundamente ligadas.

El matrimonio es un acto jurídico familiar por antonomasia, constituyendo la invalidez uno de los temas más complejos y delicados del Derecho de Familia. El tema se encuentra gobernado por el principio de promoción del matrimonio, por lo que la nulidad absoluta y relativa del acto matrimonial no coincide totalmente en sus efectos con la nulidad absoluta y la relativa de los actos jurídicos en general. El principio en mención regula expresamente los casos en que la unión matrimonial debe convalidarse, lo que se producirá cuando se verifiquen los supuestos de hecho contemplados en la ley.

Es tratada en la doctrina y en las legislaciones como materia de regulación específica, difiriendo de la adoptada para el acto jurídico en general. Ello se debe a que en el problema de la validez o invalidez, lo que está en juego es nada menos que el matrimonio siendo necesario proteger la estabilidad de la organización familiar.

Uno de los problemas fundamentales vinculados con la invalidez del matrimonio lo constituye la determinación de si las disposiciones del Capítulo Quinto del Título I de la Sección Segunda del Libro III del Código Civil forman un régimen especial o si le son aplicables las normas sobre la invalidez de los actos jurídicos contenidas en el Título IX del Libro II del Código.

La doctrina sustenta la tesis de la especialidad, según la cual el régimen de invalidez del matrimonio difiere de la regulación adoptada para el acto jurídico en general. Excluye la aplicación al acto matrimonial las disposiciones del acto jurídico en general. El matrimonio es un acto jurídico de naturaleza trascendental para el orden social, que requiere normas especiales que regulen su invalidez, ya que la finalidad de esta última es la extinción del matrimonio con la respectiva disolución de la familia, llegando en algunos casos a colocar a los cónyuges en la categoría de uniones estables. Es distinto invalidar un acto que solo produce consecuencias patrimoniales, que uno que da origen a un sinnúmero de relaciones de orden familiar. La invalidez debe fundarse en motivos claramente determinados. No cabe admitir que se generalicen situaciones de duda con respecto a la validez del matrimonio que, necesariamente, surgirían en caso de admitirse la ampliación de las causales del régimen general de invalidez del acto jurídico y del número de personas con derecho de ejercer la pretensión sobre la base de disposiciones creadas con miras a regular situaciones de importancia exclusivamente patrimonial.

La formación histórica de la teoría de la invalidez del matrimonio y la naturaleza del acto determinan la especialidad de este régimen de invalidez, no siendo aplicables las reglas sobre invalidez de los actos jurídicos en general.

La invalidez del matrimonio se regula, en primer lugar, por normas específicas, pudiéndose de manera supletoria recurrir a las normas genéricas de la invalidez del acto jurídico.

2. Conceptos generales

La teoría del acto jurídico genera toda una dogmática, corrientes diversas, terminología inexacta y una polivalencia de semántica, como diría De Castro y Bravo⁽⁴⁴⁰⁾, acerca de los temas que nos ocupan en este capítulo como son la inexistencia, eficacia, validez, ineficacia, invalidez, nulidad, anulabilidad, instituciones que son perfectamente aplicables al matrimonio, con tamices especiales dada la singularidad el acto jurídico matrimonial.

A manera de explicación el cuadro siguiente será de utilidad para recordar los conceptos:

	DEFINICIÓN	BASELEGAL	CASOS
Validez (estructura)	Cuando el acto cuenta con <i>todos los elementos esenciales</i> (agente, objeto, fin y forma). La reunión de estos requisitos legales permite que la validez coincida con la existencia.	140	
Eficacia (efectos)	Es el negocio apto para producir efectos. Es consecuencia de la validez al producir los efectos jurídicos perseguidos por las partes y entre ellas (principio de relatividad) <i>res inter alios acta</i> . El acto es eficaz cuando produce los efectos que le son propios.	140	
Invalidez (nulidad y anulabilidad)	Le falta o está viciado uno de los elementos esenciales por un vicio en la manifestación de voluntad (error, dolo o violencia).	210 221	

(440) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: "El negocio jurídico". En: *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Vol. X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 462.

Ineficacia (género)		<p>La no producción de efectos jurídicos por estar mal constituido o por que circunstancias exteriores se lo impiden.</p> <p>1. Ineficacia estructural, coetánea a la celebración.</p> <p>(Causas inherentes a la estructura del acto; Falta de precio 1529; Falta de inscripción de hipoteca 1099-3; Cuando se celebra contraviniendo normas que establecen su invalidez V TP, 171, 172; Cuando el acto adolece de algún defecto por el que la ley autoriza su invalidación, error, dolo, intimidación, 222; Acto jurídico consigo mismo, 166).</p> <p>2. Ineficacia funcional, sobreviniente a la celebración del matrimonio (condición, plazo, resolución, rescisión, rescilación, revocación, reversión, retracción, retracto, inoponibilidad, excepción de incumplimiento del contrato, excepción de caducidad del plazo, separación de cuerpos, divorcio, caducidad).</p>	71, 161, 1370, 1371	<p>Regla: Todo acto jurídico válido es eficaz.</p> <p>Excepciones: Válido pero ineficaz.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sujeto a condición suspensiva; Testamento produce efectos después de la muerte (660). <p>Inválido pero eficaz.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Matrimonio putativo; matrimonio del sordo mudo, ciego sordo o ciego mudo que aprende a expresar voluntad (274.2).
Inexistencia		<p>La no configuración del acto jurídico, no hay efecto jurídico alguno.</p> <p>Es un vicio grave y radical que excluye la posibilidad de identificar el acto jurídico.</p> <p>Cuando falta la manifestación de voluntad.</p>	1359	<p>Fantasma Sombra</p> <ul style="list-style-type: none"> - El matrimonio celebrado ante funcionario incompetente.
Invalidez (especie) Causal de la ineficacia	Nulidad	Supuesto específico de invalidez	219	Nace muerto
	Anulabilidad		221	Nace débil Enfermo

3. Estructura

Se aprecia en materia de invalidez matrimonial una profunda divergencia de opiniones.

Algunos tratadistas distinguen entre los casos de invalidez e inexistencia del matrimonio. Sostienen que el matrimonio nulo o írrito es un acto jurídicamente existente que adolece de un vicio esencial; mientras que el inexistente es la negación del matrimonio, lo que no existe no puede tener apariencia de acto jurídicamente existente.

Otro sector de la doctrina desconoce la diferencia anotada y resuelve la cuestión calificando de nulo al matrimonio inexistente. Afirman, autores que comparten esta opinión, que considerar como no acaecido un matrimonio que en realidad ha sido celebrado, aunque adolezca de los vicios más esenciales, es una abstracción que no tiene en la práctica más resultado que crear una incertidumbre que al Derecho incumbe evitar.

En doctrina las siguientes figuras jurídicas:

- Inexistencia del matrimonio
 - Nulidad de matrimonio
 - Anulabilidad del matrimonio
 - Ilícitud del matrimonio
- (ver cuadro en las páginas 236 y 237).

II. INEXISTENCIA DE MATRIMONIO

4. Concepto

La existencia del matrimonio está determinada por el consentimiento expreso entre varón y mujer ante funcionario competente. La heterosexualidad, la libertad y la autoridad son los elementos claves que determinan la existencia del matrimonio.

Dice Torres Vásquez que “(...) la idea del acto inexistente surgió en el seno de la comisión que realizó los trabajos preparatorios del Código francés de 1804, atribuyéndose la paternidad al mismo Napoleón, quien, en el Consejo de Estado, al observar al que luego sería el art. 146 del código hizo la distinción entre el matrimonio existente, pero anulable, por haberse contraído con vicios del consentimiento libre ante el oficial del registro civil”⁽⁴⁴¹⁾. Para Lohmann⁽⁴⁴²⁾, el origen de la palabra inexistencia viene de un comentario de Napoleón al Proyecto del

(441) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª ed., Idemsa, Lima, 2007, p. 760.

(442) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª ed., Studium, Lima, 1987, p. 385.

Código Civil Francés en la sección del matrimonio alegando que esta teoría la esbozó Zacharie quien concluye que no habiéndose previsto sanción para el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho matrimonio es inexistente. Chaves⁽⁴⁴³⁾ dice que la teoría del matrimonio inexistente fue creado por el escritor tedesco del siglo XIX, Zachariae, en los Comentarios sobre el Code Francés de 1804, que aparecieron en Alemania en 1808 y en 1839, traducidos por Aubry *et* Rau. Más tarde, en 1911, esta tesis fue desarrollada por Saleilles en un estudio similar.

Acercas de la inexistencia, Maria Berenice Dias⁽⁴⁴⁴⁾ dice que cuando de ella se trata, no se está hablando de inexistencia material, pero sí de inexistencia jurídica. Es una situación que existe empíricamente pero no tiene relevancia jurídica. Sin contenido jurídico no puede producir efectos jurídicos. La dificultad, sin embargo, es la distinción en el plan teórico, entre lo nulo y lo inexistente, lo que plantea problemas de difícil frontera. Hay una gran discusión doctrinal en un intento de establecer los elementos esenciales para la existencia del negocio jurídico en general. No hay consenso en la identificación de cuáles son los elementos cuya falta conduciría a su inexistencia: si el objeto, la forma o la causa, lo que deja la impresión de una huella de camino falso, con el fin de dar lugar a resultados no satisfactorios y arbitrarios.

Por nuestra parte consideramos –como ya lo hemos expresado en nota a pie página– que este matrimonio es inválido, antes que inexistente, ya que este último es un concepto en cierta manera etéreo, extremadamente genérico e inconceptualizable jurídicamente (lo que no existe, es decir la nada, carece desde ya de esencia jurídica), mientras que la invalidez sí es un concepto jurídico (aquello que carece de valor jurídico) al referirse al negocio que presenta vicios en su estructura o en sus elementos esenciales, además que esta íntimamente relacionado con los valores.

La inexistencia del matrimonio envuelve la ausencia de los presupuestos o condiciones necesarias para la configuración del acto matrimonial. Implica un matrimonio que jamás llegó a ser tal, no se llegó a configurar. No hay matrimonio ni acto jurídico, puesto que faltan sus elementos configurantes.

La inexistencia es la nada jurídica. Corresponde a ciertos actos materiales a los cuales les falta algún elemento esencial para ser acto jurídico y se traduce en la falta total de efectos. La inexistencia implica que no sea tal, aunque aparente serlo. Distinto es, por lo tanto, el ser acto jurídico del que este esté viciado, por lo

(443) CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito - Proteção constitucional, uniões, casamento e parentidade: Um panorama luso-brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2011, p. 216, nota 811. En el mismo sentido, véase PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. V: Direito de Família. 16. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 129

(444) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 265.

que resulte pasible de invalidez⁽⁴⁴⁵⁾. Un matrimonio viciado de invalidez implica, a pesar de ello, un matrimonio existente.

Respecto de esta institución de la inexistencia de matrimonio nos encontramos con dos corrientes doctrinarias:

La primera de ellas es la que distingue entre la inexistencia y la nulidad. Para esta teoría, el matrimonio nulo es un acto jurídicamente existente, pero que adolece de un vicio esencial: mientras que el acto inexistente es la negación del matrimonio, pues quien dice inexistente no afirma sino que niega, y lo que no existe no puede tener siquiera apariencia de acto jurídicamente existente.

La segunda es aquella que desconoce la diferencia entre inexistencia y nulidad, resuelve la cuestión calificando de nulo al matrimonio inexistente. Se afirma que considerar como no acaecido un matrimonio que en realidad ha sido celebrado, aunque adolezca de los vicios más esenciales, es una abstracción que no tiene en la práctica más resultado que crear una incertidumbre que al Derecho incumbe evitar.

La discrepancia se extiende aun al problema de saber si en todo caso la invalidez ha de ser judicialmente declarada, si ella, en determinados supuestos, funciona ipso iure.

En doctrina encontramos, respecto de la existencia del matrimonio, la siguiente clasificación:

- *Matrimonios con inexistencia*: Aquellos que no llegan a ser tales porque adolecen de algún elemento configurativo. Es la inexistencia del acto jurídico propiamente dicho,
- *Matrimonios con existencia imperfecta*: A pesar de existir como actos jurídicos adolecen de algún vicio, esencial o no, que puede conducir eventualmente a su invalidez, en virtud de la nulidad o la anulabilidad.
- *Matrimonios con existencia perfecta*: Matrimonios que tienen no solo los elementos configurativos para existir como actos jurídicos sino que cumplen con los requisitos legales necesarios para su plena validez y eficacia.

(445) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 318 y 319.

MATRIMONIOS					
		Inexistentes	Nulos	Anulables	Ilícitos
Semejanzas		Matrimonios sancionables jurídicamente.	Matrimonios sancionables jurídicamente.	Matrimonios sancionables jurídicamente.	Matrimonios sancionables jurídicamente.
		El ordenamiento jurídico contempla efectos jurídicos negativos para este matrimonio.	El ordenamiento jurídico contempla efectos jurídicos negativos para este matrimonio.	El ordenamiento jurídico contempla efectos jurídicos negativos para este matrimonio.	El ordenamiento jurídico contempla efectos jurídicos negativos para este matrimonio.
		Matrimonios que adolecen de un vicio que el ordenamiento jurídico no puede aceptar plenamente.	Matrimonios que adolecen de un vicio que el ordenamiento jurídico no puede aceptar plenamente.	Matrimonios que adolecen de un vicio que el ordenamiento jurídico no puede aceptar plenamente.	Matrimonios que adolecen de un vicio que el ordenamiento jurídico no puede aceptar plenamente.
		Las causales son coetáneas a la celebración del matrimonio.	Las causales son coetáneas a la celebración del matrimonio.	Las causales son coetáneas a la celebración del matrimonio.	Las causales son coetáneas a la celebración del matrimonio.
Diferencias		Matrimonio no configurado, de acuerdo con las condiciones de existencia de matrimonio. Negación del matrimonio.	Matrimonio configurado, de acuerdo con las condiciones de existencia de matrimonio.	Matrimonio configurado, de acuerdo con las condiciones de existencia de matrimonio.	Matrimonio configurado, de acuerdo con las condiciones de existencia de matrimonio.
		Matrimonio que adolece de alguna causal de inexistencia de matrimonio que impide su configuración jurídica.	Matrimonio que adolece de algún impedimento matrimonial dirimente grave.	Matrimonio que adolece de algún impedimento matrimonial dirimente leve.	Matrimonio que adolece de algún impedimento matrimonial impidente.
		Son supuestos que se constituyen en condiciones o requisitos para la existencia y configuración jurídica del matrimonio.	Los supuestos revisitan la gravedad suficiente para invalidar el matrimonio.	Los supuestos son leves y pueden generar invalidez del matrimonio.	Los supuestos son condiciones que se establecen para la plena licitud del matrimonio.

	Inexistentes	Nulos	Anulables	Ilícitos
Diferencias	No hay invalidez del matrimonio, hay inexistencia de este, vale decir, un matrimonio no configurado jurídicamente.	Genera la invalidez del matrimonio.	Puede generar la invalidez del matrimonio.	No genera invalidez del matrimonio, sin embargo el matrimonio es ilícito.
	Es indiferente la buena o mala fe de los cónyuges y/o terceros para determinar la inexistencia del matrimonio.	Respecto de los cónyuges y/o terceros que hayan actuado de buena fe, el matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio.	Respecto de los cónyuges y/o terceros que hayan actuado de buena fe, el matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio.	Es indiferente la buena o mala fe de los cónyuges y/o terceros para determinar la ilicitud del matrimonio y sus consecuencias jurídicas.
	La legitimidad para obrar corresponde a cualquiera que tenga legítimo interés moral o económico y actual.	La legitimidad para obrar corresponde: a) A quienes tengan en la invalidez un interés moral o económico y actual. b) Al Ministerio Público; c) Al juez, por su parte y de oficio declara la nulidad cuando esta aparezca manifiesta.	La legitimidad para obrar corresponde solo los cónyuges y en ciertos casos, a uno solo de ellos.	A la celebración del matrimonio se le aplican las sanciones legales de acuerdo con el supuesto de ilicitud.
	Los efectos de su declaración son retroactivos.	Los efectos de su declaración son retroactivos.	Los efectos de su declaración son retroactivos.	Como acto jurídico válido genera efectos desde su celebración, sin embargo se aplican las diversas sanciones en virtud de la ilicitud.
	La sentencia que declara la inexistencia tiene carácter declarativo.	La sentencia que declara la invalidez tiene carácter declarativo.	La sentencia que declara la invalidez tiene carácter constitutivo.	No se requiere de sentencia que imponga las sanciones que trae consigo la ilicitud.
	No es susceptible de confirmación.	No es susceptible de confirmación.	Es susceptible de confirmación.	No requiere confirmación, pues es un acto jurídico válido.

5. Casos

Torres Vásquez nos dice que en materia de Derecho de familia los actos jurídicos inexistentes pero que existen como hechos jurídicos son el matrimonio del enfermo mental, del sordo mudo, ciego sordo y ciego mudo y el celebrado ante funcionario incompetente⁽⁴⁴⁶⁾, además que son inexistentes en cuanto nulos, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el celebrado en ausencia del oficial del estado civil⁽⁴⁴⁷⁾.

5.1. En nuestra legislación, por su falta de regulación expresa, tenemos entre los matrimonios inexistentes a los siguientes: Identidad de sexos

Es la ausencia de diferencia de sexos. Constituye en nuestro medio, para un considerable sector de la doctrina, algo más que un impedimento matrimonial, una verdadera causal de inexistencia de matrimonio, en la medida en que el matrimonio está definido legalmente como la unión voluntaria entre un varón y una mujer. Siguiendo la cita de De Castro y Bravo⁽⁴⁴⁸⁾, para salvar este obstáculo se dirá que se trata de un *matrimonium non existens*. No puede ser calificado de nulo por no haber precepto legal que establezca esta nulidad. Una cosa es decir *no hay matrimonio* (inexistente)⁽⁴⁴⁹⁾, y otra cosa es decir que *el matrimonio es nulo o anulable* (invalidez).

Para esta corriente varón y mujer constituyen el matrimonio. El realizado entre personas del mismo sexo va en contra de las buenas costumbres y la institución del matrimonio⁽⁴⁵⁰⁾, estando sujeto a nulidad virtual contemplada en el artículo V del Título Preliminar y en artículo 219 inciso 8 del Código Civil.

(446) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Ob. cit., p. 758.

(447) *Ibidem*, p. 759.

(448) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: “El negocio jurídico”. Ob. cit., p. 464.

(449) Código Civil francés. “Artículo 146.- No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”.

(450) MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 42; nos ayuda a determinar que las uniones homoafectivas tienen, entre otras, las siguientes características sui géneris que las distinguen de las uniones heterosexuales:

a) Imposibilidad de engendrar hijos biológicos comunes

La pareja homoafectiva puede tener lazos de afecto, solidaridad, estabilidad y cohabitación, características similares a la pareja heterosexual, pero biológicamente está impedida de engendrar hijos comunes. En tal sentido, los miembros de la pareja pueden concebir hijos; por ejemplo, en el caso del hombre con otras personas, o mediante técnicas de reproducción humana asistida, en el supuesto de las lesbianas, pero nunca van a poder tener hijos biológicos entre ambos miembros.

b) Imposibilidad de educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados

Es sabido que la preferencia sexual no les impide a los homosexuales ejercer su rol paterno y materno. No obstante, una cosa es afirmar que el homosexual puede ejercer su rol paterno o materno, y otra muy distinta es afirmar que la pareja homosexual puede brindar al niño los roles de padre y madre. Esto evidentemente no es posible, puesto que los homosexuales, a diferencia de los transexuales, no se sienten como pertenecientes a otro sexo; por ello, una pareja homosexual podrá brindar a un niño el cuidado de dos hombres o de dos mujeres, pero no le podrá dar la diversidad necesaria para una educación óptima.

Pero en opinión de la más moderna doctrina extranjera no parece ser esa la solución más adecuada. Tomemos el caso de Brasil, cuyo ordenamiento jurídico es muy similar al peruano.

El Código Civil brasileño lleva a la conclusión, a priori, que el matrimonio es exclusivamente reservado a parejas heterosexuales, a causa de la frase “hombre y mujer” presente en varios dispositivos (1.514, 1.517, *caput*, y 1565 del Diploma civil brasileiro). Sin embargo, tenga en cuenta que se trata de una suposición, ya que el CC brasileño no tiene una definición de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. La Constitución Federal no prevé una definición de matrimonio ni dice que la diversidad de género es un requisito previo para la existencia de este⁽⁴⁵¹⁾. Se limita a determinar que los derechos y obligaciones referentes a la sociedad conyugal serán ejercidas por igual por hombre y mujer.

Acaso ¿la mera existencia de los términos hombre y mujer son condiciones capaces de apartarse de la posibilidad de los homosexuales a contraer matrimonio? Hay algunas corrientes sobre el tema, como la mencionada, que entiende que el matrimonio civil es, solo y exclusivamente, reservado para las parejas heterosexuales, y el matrimonio entre personas del mismo sexo, es inexistente.

Gran parte de la doctrina brasileña es homogénea en cuanto a la indicación de las tres hipótesis de “inexistencia del matrimonio”, es decir, la falta de autoridad celebrante, la ausencia de consentimiento de las partes y la falta de diversidad de género de los contrayentes. Esta última cuestión es la de importancia fundamental que tiene para el punto en análisis.

La unión homosexual no conforma una familia monoparental, sino una unión bipersonal de un mismo sexo, que originariamente nunca va a poder brindar al niño el entorno ideal para su educación, la que es la de tener un padre y una madre.

c) Incapacidad de la unión intersexual para la continuación de la especie

La unión homosexual no tiene aptitud para la continuación de la especie. La aptitud de la pareja homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana.

d) Ineptitud para la transmisión de los valores culturales tradicionales

La familia tiene como una de sus finalidades, la transmisión de valores; las uniones estables y solidarias de personas de igual sexo no contribuyen a la transmisión de los valores tradicionales de la sociedad, dado que no tienen a quién transmitirse, porque no tienen descendencia en común, y de tener descendencia individual de cualquiera de los miembros, no tienen posibilidad alguna de transmitir roles diferenciados de hombre y mujer porque no lo son.

Marianna Chaves se opone a Graciela Medina en esta cuestión. En primer plano, el matrimonio no tiene más el fin procreativo que una vez tuvo. Además, hay técnicas de procreación médicamente asistidas para sustituir la procreación natural y el instituto de la adopción. Y se pregunta ¿cuál sería la razón para decir que un homosexual no puede transmitir valores culturales?, ¿cuáles son las razones sociológico, histórico y de bien común para este impedimento? CHAVES, Marianna: *Homoafetividade e Direito - Proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade: Um panorama luso-brasileiro*. Ob. cit., nota 748.

(451) CHAVES, Marianna. Ob. cit., p. 216

El artículo 1.514 del Código brasileño establece que “el matrimonio es celebrado en el momento en que el hombre y la mujer manifiestan ante el juez, su voluntad para establecer el vínculo conyugal, y el juez los declara casados”.

El fundamento de la mayoría de la doctrina que tiene como inexistente el matrimonio civil entre personas del mismo sexo se encuentra principalmente en la lectura del dispositivo mencionado. Se entiende que, debido a la ausencia expresa referencia al matrimonio entre personas del mismo sexo, la diversidad de género es una “condición de existencia” en el matrimonio civil⁽⁴⁵²⁾.

Pero nótese que incluso los defensores de la “teoría de inexistencia” dicen que no existe, en el sistema jurídico brasileño texto legal que consagre este entendimiento⁽⁴⁵³⁾, lo que debería conducir al apartamiento automático de esa idea por la ausencia patente de reglas básicas que la legitimen⁽⁴⁵⁴⁾.

Sin embargo, puede argumentarse de forma falaz que los presupuestos de la existencia del matrimonio (entre ellos, la dualidad de género) son tan manifiestos que rechazan toda referencia legislativa. Tal comprensión no prosperará por la violación de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Además, el matrimonio entre personas del mismo sexo no es prohibido de manera explícita o implícita en Brasil; así, para que el acto no produzca efectos jurídicos deben insertarse en alguna de las hipótesis de nulidad o anulabilidad, bajo pena de no tener trascendencia la eliminación de los efectos jurídicos originarios del matrimonio⁽⁴⁵⁵⁾.

La teoría del matrimonio inexistente en Brasil fue diseñada tomando en cuenta la omisión legislativa y la negativa de otorgar validez al matrimonio entre homosexuales; a pesar de la ausencia de una prohibición en el dispositivo legislativo referido a la inexistencia del matrimonio, como fue el caso de Portugal hasta 2010. Es decir, en Brasil es una construcción puramente doctrinal, sin apoyo legal⁽⁴⁵⁶⁾.

¿Cuál será la idea más correcta?

He ahí el tema en discusión.

(452) Véase: DINIZ, Maria Helena: *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., p. 40; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., p. 27; GOMES, Orlando: *Direito de Família*, 10ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1998, p. 85; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, Vol. VI: Direito de Família, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 544; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. V: Direito de Família, 16. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira, Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 131; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2002, p. 465.

(453) Véase VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Ob. cit., 2007, p. 98.

(454) CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito - Proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade: Um panorama luso-brasileiro*. Ob. cit., p. 217.

(455) *Ibidem*, p. 218.

(456) *Ídem*. En el mismo sentido, véase: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 265; FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. Renovar, Río de Janeiro, 2003, p. 101.

5.2. Falta de consentimiento

Es la ausencia de manifestación de voluntad. Siguiendo el aforismo *no hay matrimonio sin libre consentimiento*, un sector de la doctrina argumenta que la falta de consentimiento constituye una causal de inexistencia de matrimonio, en la medida en que no encontramos manifestación de voluntad expresa del(os) contrayente(s) para la celebración del matrimonio. Es inexistente el matrimonio con el consentimiento de uno solo de los contrayentes⁽⁴⁵⁷⁾. Al respecto, la doctrina brasileña⁽⁴⁵⁸⁾ dice que aquí tenemos la ausencia total de voluntad exteriorizada, con un verdadero silencio o, en el peor de los casos, una manifestación negativa del consentimiento.

Esto sin dejar de considerar, que dentro de los impedimentos matrimoniales existen aquellos que resguardan la existencia de un consentimiento libre y válido susceptible de ser reconocido por el ordenamiento jurídico para contraer matrimonio.

Con respecto a la falta de consentimiento tal supuesto de inexistencia de matrimonio es distinto respecto de aquel celebrado con un consentimiento viciado. En este último caso se trata de un consentimiento que jurídicamente no puede ser reconocido y que es sancionado con anulabilidad.

La doctrina recoge diversas hipótesis de ausencia de consentimiento que generan un matrimonio inexistente, por ejemplo⁽⁴⁵⁹⁾:

- Falta del consentimiento interno y de expresión del “sí” nupcial.
- Falta de expresión del consentimiento por imposibilidad fáctica de expresarlo.
- El matrimonio de efectos convencionalmente limitados, es decir predeterminados por las partes.
- La ignorancia o error sobre la naturaleza del acto.
- Falta de convergencia de voluntades.
- El mero asentimiento de uno de los contrayentes.

La falta de consentimiento implica la inexistencia del matrimonio. Un consentimiento viciado, la invalidez (nulo o anulable).

5.3. Funcionario incompetente

El consentimiento matrimonial, como manifestación de voluntad conjunta, no basta ser expresado. Debe ser recibido por un sujeto revestido y habilitado para la

(457) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Ob. cit., p. 759.

(458) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed., Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010, p. 167.

(459) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 326 y 327.

celebración del acto matrimonial, vale decir, debe darse la intervención de una autoridad, por un funcionario competente.

Asimismo, se considera que la falta de intervención de funcionario competente, por razón de la materia, es causal de inexistencia del matrimonio. En ese sentido, es inexistente el matrimonio, pretendidamente contraído, si se expresó el consentimiento ante sujetos que no invisten las funciones de los habilitados para recibirlo.

Para algunos, la falta de presencia del funcionario competente para la celebración del matrimonio, implica que el matrimonio sea inexistente y no nulo (Braudy Lacantinerie y Houques-Fourcade), otros dicen que es nulo y no inexistente (Planiol y Ripper)⁽⁴⁶⁰⁾. En Brasil, aun cuando la doctrina existente alega que el matrimonio celebrado por una autoridad incompetente es inexistente⁽⁴⁶¹⁾, el Código Civil parece ser claro. El legislador, en el artículo 1.150, VI del Código estableció que es anulable el matrimonio celebrado por una autoridad incompetente⁽⁴⁶²⁾.

5.4. Aproximaciones finales

La identidad de sexos de los contrayentes, la ausencia de consentimiento prestado por ellos y la no intervención de una autoridad competente se constituyen como los únicos supuestos evidentes de inexistencia del matrimonio.

Estos son los requisitos internos y subjetivos del matrimonio.

No cabe duda que la igualdad de sexo de los contrayentes implica una causa fundamental para desconocer toda eficacia jurídica al aparente matrimonio celebrado; razón por la cual, es inútil su regulación expresa. Lo mismo sucede si no concurre el consentimiento matrimonial o si se realiza ante autoridad no competente. Más que impedimentos matrimoniales, en la medida en que estos elementos son esenciales y estructurales del matrimonio, la ausencia de estos constituyen supuestos de inexistencia de matrimonio, de un matrimonio que no puede configurarse, sin posibilidades de que de alguna manera puedan subsanarse.

Al respecto, no debe perderse de vista que la especialidad en materia de invalidez del matrimonio también se presenta en la inexistencia y determina que no se permita sostener la actuación de buena fe de quienes lo celebran y, asimismo, no produce ningún efecto civil y puede ser invocada por cualquier interesado en forma perpetua.

(460) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., pp. 764 y 765.

(461) Por todos, véase: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, Ob. cit., p. 165.

(462) En este sentido, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 265.

Consideramos que la ausencia de diferencia de sexos, del consentimiento matrimonial y celebración ante funcionario incompetente son vicios insubsanables de los que puede adolecer el matrimonio, de allí el sustento para su inexistencia.

6. Efectos

Las consecuencias de la inexistencia de un matrimonio son las mismas de la inexistencia de un negocio jurídico en términos generales⁽⁴⁶³⁾. Para Torres Vásquez el ordenamiento jurídico no diferencia entre el matrimonio inexistente y el nulo; el matrimonio inexistente es nulo⁽⁴⁶⁴⁾.

Si bien normativamente en nuestro medio no hallamos establecidas las consecuencias el matrimonio inexistente, doctrinariamente encontramos acuerdo en las siguientes consecuencias jurídicas, teniendo en cuenta que estamos ante un matrimonio que no cumple con los elementos para la especial configuración de este:

- Carece de efectos, al margen de la buena fe de ambas o de una de las partes.
- No requiere ser judicialmente declarada, es suficiente su comprobación por el juez si ha sido planteada en cualquier tiempo.
- No hay posibilidad jurídica de confirmación.
- La inexistencia puede ser opuesta como excepción, directamente y en cualquier proceso en el que la acción se base en la validez matrimonial.

Para Borda⁽⁴⁶⁵⁾, los efectos son: la inexistencia no es decretada por el juez sino simplemente comprobada por él; puede ser invocada por todo interesado; la acción no prescribe ni caduca; los matrimonios inexistentes no son materia de confirmación y no producen los efectos del matrimonio putativo, ni aun cuando las partes actuaran de buena fe.

Para Paulo Lôbo el casamiento inexistente no es casamiento, o sea, no se configura como acto jurídico, permaneciendo en el mundo de los hechos. Las causas de inexistencia serían, para el derecho brasileiro, dos: inobservancia de la diversidad de sexos y ausencia de celebración regular, además también conlleva a la inexistencia del casamiento, la celebración por juez [en nuestro medio sería el alcalde] absolutamente incompetente (ej. un juez penal) y la violencia física⁽⁴⁶⁶⁾. Para Borda⁽⁴⁶⁷⁾, si los contrayentes tienen el mismo sexo, si falta el pleno y libre

(463) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 324 y 325.

(464) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 823.

(465) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 142 y 143.

(466) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 99.

(467) BORDA, Guillermo A. Ob. cit., pp. 142 y 143.

consentimiento de uno o de ambos contrayentes, si el acto no se ha celebrado ante autoridad competente, si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero en fraude a la ley, son actos inexistentes.

III. INVALIDEZ DE MATRIMONIO

7. Concepto

El Capítulo Quinto del Libro Tercero del Código Civil trata de la invalidez del matrimonio. Considera la nulidad y la anulabilidad. Con características propias, estos casos de invalidez regulan la trascendencia del casamiento como el principal acto jurídico del Derecho de familia.

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 géneris, independientes de aquellos exigidos por el artículo 140 de nuestro Código Civil, para la existencia y validez de todo acto jurídico en general. Para la validez de matrimonio se aplican las normas especiales del Libro de Familia y de manera supletoria las genéricas del acto jurídico. Es decir, la nulidad y anulabilidad del matrimonio tienen matices propios y peculiares características; sin embargo su régimen jurídico no difiere del establecido para los actos jurídicos (Libro Segundo del CC); las normas ahí consideradas serán de aplicación siempre que no existan normas especiales que se contrapongan (convalidación)⁽⁴⁶⁸⁾.

La invalidez que estudiamos está premunida del principio de promoción del matrimonio, por lo tanto, pueden darse supuestos en los que se flexibiliza sus efectos jurídicos; incluso, darse supuestos en los que pueda superarse o subsanarse el impedimento matrimonial. La existencia de un impedimento trae consigo la contingencia de una causa de invalidez.

(Ver cuadro en la siguiente página)

En la invalidez del matrimonio prima el interés social, a diferencia de la invalidez del acto jurídico en general donde predomina el interés particular⁽⁴⁶⁹⁾.

La doctrina brasileña⁽⁴⁷⁰⁾ dice que la nulidad (o invalidez) viola los intereses públicos, cuya protección se refiere a la colectividad, que es consecuencia de la necesidad de la pacificación social. La anulabilidad, a su vez, es un defecto menos grave, que afecta a los intereses privados.

(468) TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 822.

(469) *Ibidem*, p. 821.

(470) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Ob. cit., p. 171.

ART. INC.	TIPO	IMPEDIMENTO	ART. INC.	SANCIÓN
241	No pueden contraer matrimonio			
1	D	Impúber	277,1	Anulable
2	D	Enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio de peligro a la prole.	277,2	Anulable
3	D	Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aun con intervalos lúcidos.	274,1	Nulo
4	D	SM, CS y CM que expresen su voluntad indubitablemente.	274,2	Nulo
5	D	Casados.	274,3	Nulo
242	No pueden contraer matrimonio entre sí			
1	D	Consanguíneos en línea recta y con el hijo alimentista.	274,4	Nulo
2	D	Consanguíneos en línea colateral en 2° y 3°. El 3° se dispensa.	274,5	Nulo
3	D	Afines en línea recta.	274,4	Nulo
4	D	Afines en 2° de la línea colateral (cuando el excónyuge vive).	274,6	Nulo
5	D	Adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad.	--	Nulidad Virtual
6	D	Condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, no el procesado.	274,7	Nulo Nulidad Virtual para el procesado
7	D	Raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el raptó o haya retención violenta.	277,3	Anulable
243	No se permite el matrimonio			
1	I	Tutor o curador con pupilo o curado durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela autorice el matrimonio por testamento o escritura pública.		Pierde retribución y asume responsabilidad

ART. INC.	TIPO	IMPEDIMENTO	ART. INC.	SANCIÓN
2	I	Viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del MP, de los bienes que esté administrando de sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que estos no tienen bienes.		Pérdida del usufructo legal sobre los bienes de los hijos.
3	I	Viuda, divorciada o invalidada antes de los 300 días de la muerte de su marido (salvo acredite no hallarse embarazada).		Pierde los bienes recibidos del marido a título gratuito.
Otros casos				
	D	Prescendencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. (Se convalida si los contrayentes actúan de buena fe y se subsana la omisión).	274,8	Nulo
	D	De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente.	274,9	Nulo
Otros casos más				
	D	De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera.	274,4	Anulable
	D	De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial que haga insoportable la vida común (vida deshonrosa, homosexualidad, toxicomanía, enfermedad grave de carácter crónico, condena por delito doloso a más de 2 años de pena privativa de la libertad, ocultamiento de la esterilización o del divorcio).	277,5	Anulable
	D	De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El simple temor reverencial no lo anula.	274,6	Anulable
	D	De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. No procede la anulación si ambos son impotentes.	274,7	Anulable
	D	De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente.	274,8	Anulable

8. Tipología

8.1. Nulidad

La nulidad de matrimonio es una institución familiar en virtud de la 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 que sea eficaz, que produzca efectos jurídicos respecto de los cónyuges y frente a los terceros que hayan actuado de buena fe.

8.1.1. Caracteres

- Implica un vicio grave, coetáneo o antecedente a la celebración del matrimonio.
- Genera invalidez de matrimonio.
- Afecta al interés público o colectivo.
- Algunas causales permiten desaparecer la nulidad de matrimonio e implica la convalidación del acto matrimonial.
- La sentencia que declara la nulidad es declarativa, ya que recae sobre un matrimonio que adolece de un impedimento de carácter esencial que vició el acto desde el momento de su celebración.
- Implica una nulidad e invalidez flexibilizadas por cuanto, en virtud del principio de promoción del matrimonio, el matrimonio nulo no es absolutamente ineficaz, produce efectos respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si se hubiera disuelto por divorcio; y, si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio nulo no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.
- Existen algunos supuestos de nulidad de matrimonio que pueden verse eventualmente restringidos para ser invocados o incluso desvanecidos.
- Produce efectos frente a los terceros de buena fe.
- La acción de nulidad corresponde al Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés económico o moral legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio.
- Hay causales que solo pueden ser invocadas por el cónyuge que contrajo el matrimonio nulo y que sus herederos solo pueden continuar la acción iniciada. Además, el matrimonio nulo se convalida o confirma en los casos previstos en el artículo 274 o si el cónyuge a quien compete invocar la causal deja transcurrir el plazo de caducidad sin incoarla.
- La acción de nulidad del matrimonio es imprescriptible.

8.2. Anulabilidad

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.

8.2.1. Caracteres

- Implica un vicio leve coetáneo o antecedente a la celebración del matrimonio.
- Puede generar invalidez de matrimonio.
- Corresponde al interés privado o particular.
- De no invocarse la causal, el matrimonio conserva plena validez y eficacia.
- La sentencia que declara la invalidez del matrimonio tiene carácter constitutivo, en la medida en que el matrimonio pierde validez a partir de tal sentencia.
- La acción de anulabilidad del matrimonio corresponde a los cónyuges y en algunos supuestos, a solo uno de ellos.

9. Reglas especiales

La invalidez del matrimonio tiene reglas especiales que permiten su aplicación:

9.1. Legitimidad para obrar

La legitimidad para obrar en la invalidez de matrimonio varía en la nulidad y en la anulabilidad. En principio los primeros en tener legitimidad para obrar son los mismos cónyuges, tanto en la nulidad como en la anulabilidad, sin embargo, tratándose de la nulidad de matrimonio, en el artículo 275 del Código Civil, se regula una considerable amplitud en lo que respecta a la legitimidad para obrar.

De acuerdo con el referido dispositivo, respecto de la acción de nulidad, por necesidad de salvaguardar el orden público se impone al Ministerio Público la obligación de interponer la demanda y se faculta al Juez de Familia declararla de oficio cuando sea manifiesta. Asimismo, la pretensión puede ser ejercitada por todos aquellos que tengan legítimo y actual interés, pudiendo los herederos continuar el proceso iniciado, de acuerdo con el artículo 279 del Código Civil.

Los herederos solo pueden continuar el proceso iniciado (art. 278) y tienen el derecho a accionar como legítimos interesados en la nulidad (art. 279).

No obstante, dentro de los supuestos de nulidad existentes, en algunos se señala expresamente en la ley que el ejercicio de la acción se reserva a favor de uno o de ambos cónyuges, si se dan determinadas circunstancias.

En el sistema jurídico brasileño, en resumen: en el caso de nulidad cualquier persona puede plantearla, incluso el Ministerio Público, y el juez podrá conocerla de oficio. En caso de anulabilidad, solamente la parte interesada puede llevarla a cabo⁽⁴⁷¹⁾.

Tenemos los siguientes supuestos:

- a) Matrimonio del enfermo mental: la legitimidad para obrar se restringe en los supuestos de recuperación plena de las facultades del enfermo, supuesto en el cual la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado.
- b) Matrimonio de los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos: la legitimidad para obrar se restringe si estos aprenden a expresar su voluntad sin lugar a dudas, supuesto en el cual la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado.
- c) Matrimonio del casado: se restringe la legitimidad para obrar si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, supuesto en el cual solo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. Asimismo, con respecto al nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido, sin que se hubiera declarado la muerte presunta de este, el matrimonio solo puede ser impugnado mientras dure el estado de ausencia por el nuevo cónyuge, siempre que hubiera procedido de buena fe.

Con respecto a la legitimidad para obrar en la pretensión de anulabilidad de matrimonio, señala expresamente cada causal taxativa en el artículo 277 del Código Civil, que su ejercicio se reserva a favor de uno o de ambos cónyuges, toda vez que las nupcias los vinculan directamente (los denominados supuestos de reserva de la pretensión). Excepcionalmente, corresponde a los ascendientes o al consejo de familia, en el supuesto de Matrimonio de Impúberes de no existir el correspondiente asentimiento para la celebración de dicho matrimonio. En principio, en la anulabilidad de matrimonio hay una clara reserva y restricción de la legitimidad para obrar hacia los cónyuges o a uno de ellos.

9.1.1. Incongruencia

Se comprueba la incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la legitimidad para obrar contenidas en el artículo 274, incisos 1, 2 y 3, respecto de las reglas de los artículos 275, 278 y 279 del Código Civil. En el artículo 275 encontramos que la pretensión de nulidad del matrimonio puede ser ejercitada por quienes tengan un legítimo interés, mientras que el artículo 274, incisos 1, 2 y 3 establece los casos en que la pretensión de nulidad del matrimonio está reservada a favor de uno de los cónyuges. Para Torres Vásquez: “El artículo 279 presenta una

(471) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Ob. cit., p. 170.

contradicción interna, al establecer primero que la acción de nulidad del matrimonio en los casos de los incisos del 4 al 9 del artículo 274, no se trasmite a los herederos, y luego, en su segundo párrafo, dispone que los herederos tienen derecho por sí mismos a intentar la acción de nulidad⁽⁴⁷²⁾ situación que es del todo cierta.

Es de considerarse que la regla *nemo auditur allegans turpitudinem propriam* (nadie puede alegar su propia torpeza) decae en el régimen de invalidez del matrimonio pudiendo ser ejercitar la pretensión cualquiera de los cónyuges, no solo aquel que ignoró la existencia del impedimento.

9.2. Apoderamiento expreso para demandar

La invalidez del matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, de acuerdo con el artículo 280 del Código.

9.3. Proceso y aplicación por analogía

La pretensión de invalidez del matrimonio se tramita como proceso de conocimiento y le son aplicables, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal, de acuerdo con el artículo 281 del Código.

9.4. Sentencia de invalidez. Contenido

La nulidad del matrimonio, salvo ciertas excepciones, no es sancionada ipso iure, de pleno derecho, sino que requiere sentencia judicial que la declare (la unión matrimonial se reputa vigente y válida mientras el órgano jurisdiccional no declare su disolución o nulidad)⁽⁴⁷³⁾. Al declarar la invalidez del matrimonio, el juez determina lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, sujetándose a lo establecido para el divorcio, de acuerdo con el artículo 282 del Código.

9.5. Daño. Aplicación por analogía

Son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 283 del Código.

9.6. *In dubio pro matrimonii*

En caso de duda acerca de la trascendencia legal de un casamiento, el juez debe preferir la validez del matrimonio antes que declarar su invalidez, lo que se encuadra dentro del principio de protección de la familia y del principio de promoción del matrimonio.

(472) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 835.

(473) Cas. N° 2484. La Libertad del 14/11/2005. Vide TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 823.

10. Validez excepcional

10.1. Buena fe del contrayente

Para Torres Vásquez⁽⁴⁷⁴⁾ los efectos del matrimonio invalidado dependen que los cónyuges hayan actuado de buena o mala fe, elemento trascendental del matrimonio putativo, matrimonio que adolece de invalidez pero es eficaz.

En estos contextos, la mala fe está referida a aquellas situaciones en las que los contrayentes conocen el impedimento que afecta la celebración del matrimonio, mientras que la buena fe implica el desconocimiento de la causal de invalidez.

Para Torres Vásquez⁽⁴⁷⁵⁾, el error de hecho se refiere a aquella situación en la que al momento de casarse se ignora el motivo del impedimento (no sé que es casado) mientras que en el error de derecho, se conoce el hecho, pero se ignora que es impedimento (viudo que se casa con la hija de su cónyuge premuerto).

Respecto a terceros que hubieran actuado de buena fe, el matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, de acuerdo con el artículo 285 del Código.

10.2. Matrimonios ilícitos pero válidos

El matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido (artículo 286). Se refiere a aquellos matrimonios celebrados con los impedimentos impidiendo como son los contraídos entre tutor o curador con los incapaces que tienen a su cargo; la viuda sin esperar el plazo de preñez o del(a) viudo(a) que no acredite haber hecho inventario judicial de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos.

11. Efectos de la invalidez del matrimonio

Cuando estamos frente a un acto jurídico inválido, sabemos que este adolece de un vicio desde el momento de su celebración.

La sentencia de invalidez por nulidad tiene carácter declarativo. Solo declara una situación existente. No es a partir de la sentencia que se invalida el acto jurídico, sino que es inválido desde el momento de su celebración. Los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración. Mientras que la invalidez por anulabilidad tiene carácter constitutivo en virtud de la sentencia que la declara. No obstante, la declaración de invalidez tanto por nulidad como por anulabilidad determina que las cosas vuelvan al mismo o igual estado en que se hallaban antes de la celebración del acto jurídico inválido.

(474) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 834.

(475) *Ibidem*, p. 833.

Sin embargo, cuando estamos frente a un acto jurídico matrimonial, el matrimonio inválido, que debería ser inexistente e ineficaz jurídicamente, produce efectos que difieren según que los pretendidos cónyuges hubieran procedido al casarse maliciosamente o de buena fe; y, en este último supuesto, según que la buena fe haya existido en ambos cónyuges o en uno solo de ellos.

La sentencia que resuelve la nulidad de un matrimonio, en principio, se entiende que tiene el carácter declarativo, en la medida en que no es la sentencia la que propiamente invalida el matrimonio, sino que este, desde su celebración, nace viciado por la existencia del impedimento matrimonial que genera nulidad. Por otro lado, cuando se trata de la anulabilidad de matrimonio, la sentencia que declara la invalidez tiene carácter constitutivo. Asimismo, se entiende que dicha sentencia que declara la invalidez de un matrimonio, sea por nulidad o por anulabilidad, en principio despliega sus efectos con carácter retroactivo, *ex tunc*. El matrimonio produce los efectos de uno válido hasta que se declara la invalidez cuyos efectos deben retrotraerse al momento de la celebración del matrimonio.

Hasta ahí la similitud del matrimonio con la generalidad de los actos jurídicos. Pero, el principio de promoción del matrimonio reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, permite, respecto del acto matrimonial, que determinados impedimentos matrimoniales puedan subsanarse o también se permite eliminar los efectos retroactivos de la invalidez matrimonial considerando, entre otros elementos, la buena fe en el actuar de los contrayentes y/o terceros. De esta manera, se flexibilizan los efectos de la invalidez de matrimonio, a través del denominado matrimonio putativo. Esto permite que dicha invalidez sea eficaz a partir de la sentencia que declara tal situación, sin efectos retroactivos, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

Se entiende que la aplicación del principio general, en cuanto a los efectos de la invalidez de los actos jurídicos, provocaría consecuencias negativas, lo que afectaría el vínculo conyugal, incidiendo, también, en todo el cúmulo de situaciones familiares creadas hasta la sentencia de invalidez.

En tal sentido, es importante el concepto de matrimonio putativo para poder determinar los efectos que genera la invalidez del matrimonio tomando en consideración la buena o la mala fe en el actuar de los cónyuges.

A. Nulidad del matrimonio

12. Concepto

El acto o negocio jurídico nulo es aquel al que le falta un requisito esencial para su validez, sea contrario al orden público y/o a las buenas costumbres, que infrinja una norma imperativa. Se aprecia que la nulidad afecta el aspecto intrínseco del acto jurídico; es decir, cuando hace falta un requisito esencial al momento

de la celebración del acto. Por consiguiente, la consecuencia de la nulidad es la invalidez e ineficacia del acto jurídico celebrado.

En este sentido, la nulidad del matrimonio se origina por la existencia de un vicio coetáneo o antecedente a la celebración del matrimonio, que es socialmente esencial. La determinación de esta clase de vicios varía, en consecuencia, según el criterio en que se basan los ordenamientos jurídicos de cada país⁽⁴⁷⁶⁾.

No obstante, el tema de la nulidad del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico está premunido del principio de promoción del matrimonio, por lo que es posible que un matrimonio nulo se convierta en válido y, por ende, produzca todos sus efectos jurídicos en forma normal.

Respecto de las diferencias entre la nulidad y la anulabilidad en nuestro medio, es que la acción de nulidad reviste una considerable amplitud, como veremos, mientras que la acción de anulabilidad solo puede ser intentada por los cónyuges y en ciertos casos por solo uno de ellos. Asimismo, mientras la invalidez del matrimonio nulo es requerida por un interés social, a la subsistencia de un matrimonio anulable solo se le opone un interés privado. Mientras en el primer caso, la sociedad pelagra seriamente en su estabilidad, por lo cual es preciso desembocar en una declaración invalidatoria; en el segundo, si el interés particular no se siente bastante ofendido, la sociedad tolera y aun busca la subsistencia del vínculo, en aras de la estabilidad familiar⁽⁴⁷⁷⁾. La sentencia que declara la invalidez en virtud de la nulidad tiene carácter declarativo, mientras que la sentencia que declara la invalidez en virtud de la anulabilidad tiene carácter constitutivo. La invalidez del acto nulo, lo es de pleno derecho, de manera absoluta, mientras que la invalidez de acto anulable lo es virtud de la resolución que lo declara. Finalmente, otro elemento diferenciador es la imposibilidad de convalidar el matrimonio en el caso de la nulidad de este, salvo que expresamente se deje una salida convalidatoria; y la posibilidad de convalidarlo en el caso de la anulabilidad.

Por lo tanto, la nulidad se origina por la existencia de un vicio socialmente esencial. La determinación de esta clase de vicios varía, en consecuencia, según el criterio en que se informa el Derecho Positivo de cada país. La acción puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual:

- a) Quienes tengan en la invalidación del matrimonio un interés económico y actual.
- b) Quienes tengan en la invalidación del casamiento un interés moral y actual.
- c) El Ministerio Público.

(476) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 190.

(477) *Ibidem*, p. 196.

- d) Aun sin acción, el juez, por su parte y de oficio, debe declarar la nulidad siempre que esta aparezca manifiesta.

13. Características

La nulidad matrimonial cuenta con las siguientes características:

13.1. Incaducible

La acción de nulidad no caduca (art. 276). Salvo por bigamia (274.3) y enfermedad mental (274.1). En Brasil, la acción para declarar la nulidad del matrimonio es imprescriptible en todos los casos. La nulidad no se convierte en válida y la acción podrá ser presentada en cualquier momento⁽⁴⁷⁸⁾.

Siendo las acciones de estado de familia imprescriptibles por estar referidas a la persona en sí misma, la pretensión de invalidez del matrimonio también goza de esa misma característica. Sin embargo, y por el principio de promoción del matrimonio, se establece en la ley los supuestos en que esa característica se extingue por caducidad, tanto en casos de nulidad, como de anulabilidad; produciendo la convalidación del matrimonio. El interés en afianzar la unión matrimonial exige eliminar la incertidumbre que importaría el mantener vigente la pretensión en el tiempo.

Cuando no se establezca un plazo de caducidad, la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, lo que imposibilita la convalidación del matrimonio; en cambio, previsto un plazo de caducidad y no habiéndose ejercitado la pretensión oportunamente, el matrimonio queda convalidado.

Se resalta en nuestra legislación una incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la materia. El artículo 276 establece que la acción de nulidad no caduca; sin embargo, en el artículo 274 del Código Civil se han contemplado los casos en que caduca la pretensión de nulidad. Esta incongruencia se resuelve considerando el principio de favorecer las nupcias.

13.2. Convalidables

Bajo el principio de promoción del matrimonio, la caducidad de las causales de nulidad y anulabilidad permiten que pueda convalidarse el matrimonio. Claro ejemplo de ello es que si cualquiera de los contrayentes deja pasar el tiempo de caducidad, el matrimonio se convalida y produce todos sus efectos jurídicos, es como si fuera un matrimonio anulable⁽⁴⁷⁹⁾.

(478) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 270.

(479) Exp. N° 99-3434-10JF. “El matrimonio del casado es nulo, sin embargo, por excepción, el legislador conviene en otorgarle caracteres de anulable en los supuestos que señala el artículo 274 del CC. Resulta insuficiente para declarar –de oficio– la nulidad del segundo matrimonio, la presentación de las

13.3. Personal

En cuanto al carácter personal de las acciones de nulidad y anulabilidad, se puede apreciar que la acción que se establece en los artículos 274, incisos 1, 2 y 3, y 277 no se transmite a los herederos; no obstante, pueden continuar con la acción iniciada por su causante. Cabe analizar que en dichos artículos e incisos la acción de nulidad se reserva solo a los cónyuges; es decir, son *intuito personae*. En ese sentido, la norma solo permite a los herederos continuar con la acción de su causante, siempre que acrediten legítimo interés moral, económico y actual.

13.4. Representación

En cuanto a la acción de invalidez del matrimonio por representación, nuestro Código Civil señala que la invalidez del matrimonio puede ser demandado por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 280). El poder de representación debe cumplir con las formalidades requeridas, en este caso, una escritura pública en la cual se exprese específicamente la causal de invalidez que se va a invocar en el proceso, de tal manera que el apoderado puede cumplir efectivamente con la voluntad de su poderdante.

La nulidad de matrimonio es requerida por un interés social, pues la sociedad peligra más o menos seriamente en su estabilidad, por lo cual es preciso desembocar en una declaración de invalidez. El matrimonio nulo es inconfirmable, porque la confirmación debe estar expresamente permitida por la ley, y en este caso no lo está y la acción no caduca por el transcurso del tiempo.

13.5. Legitimación

La legitimidad para obrar en la nulidad de matrimonio es bastante amplia, no correspondiendo solamente a los cónyuges. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 275 del Código, la acción de nulidad de matrimonio corresponde a:

- a) Ministerio Público, como ente encargado de la defensa del interés público y colectivo.
- b) Todo aquel que tenga un interés legítimo y actual, vale decir, un interés moral o económico amparado por el ordenamiento jurídico. El interés moral se entiende cuando este está relacionado directamente con el agente o su familia. El interés económico está referido al daño o perjuicio patrimonial que se encontraría en juego. Y, asimismo, el interés del accionante debe ser actual, no meramente expectatio.
- c) El juez, por su parte y de oficio, cuando la nulidad aparezca manifiesta puede declararla.

dos partidas de matrimonio, por cuanto podría ser materia de contradicción la subsistencia del primer enlace y la oportunidad de su conocimiento por la cónyuge actora”.

13.6. Transmisibilidad

El Código Civil en su artículo 278 establece con respecto de la acción de nulidad de matrimonio que esta no se trasmite a los herederos, pero estos pueden continuar la iniciada por el causante. Tal regla se aplica a los siguientes supuestos:

- a) Matrimonio del enfermo mental.
- b) Matrimonio de sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.
- c) Matrimonio del casado.

Rige la misma disposición, para la acción de anulabilidad de matrimonio recogida en el artículo 277 del Código.

14. Comparaciones de la nulidad del acto matrimonial de la nulidad general

Las comparaciones de la nulidad matrimonial con la nulidad del acto jurídico general, a decir de Torres Vásquez, son⁽⁴⁸⁰⁾:

NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO	NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO MATRIMONIAL
Implica un vicio socialmente esencial coetáneo o antecedente a la celebración del acto jurídico	Implica un vicio socialmente esencial coetáneo o antecedente a la celebración del matrimonio
No produce ningún efecto.	Puede producir efectos como si fuere válido (matrimonio putativo).
Invocada por el MP y por quien tenga legítimo interés. El juez puede declararla de oficio cuando resulte manifiesta.	Invocada por el MP y por quien tenga legítimo interés. El juez puede declararla de oficio cuando resulte manifiesta.
Esta limitación no se da en el acto jurídico.	Puede ser declarada de oficio por el juez si es manifiesta. Disuelto el matrimonio, el MP no puede intentar ni proseguir la acción, ni declararla de oficio.
Es invocada por quien tiene legítimo interés moral o económico.	Es invocada por quien tiene legítimo interés moral.
Prescribe a los 10 años (2002, 1).	Imprescriptible (276).
Puede subsanarse por la confirmación.	Puede subsanarse por la confirmación.

(480) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., pp. 822 y 823.

15. Causales

Las causales de nulidad del matrimonio se encuentran reguladas en el artículo 274 del Código Civil. Tienen una consecuencia de forma o cuando hay falta de voluntad, grado de parentesco o ilícito cometido antes de su celebración. Todas estas deben estar necesariamente reguladas por el Código Civil para poder ser solicitadas. No hay nulidad sin texto expreso de la ley. Tenemos en nuestro medio, las siguientes causales de nulidad de matrimonio:

15.1. Enfermedad mental

Es nulo el matrimonio del enfermo mental (art. 274, inc. 1). El artículo 1.548 del Código brasileño dice que es nulo el matrimonio contraído por enfermos mentales sin el conocimiento necesario sobre los actos de la vida civil.

Está relacionado con el consentimiento libre y válido. Es nulo el matrimonio del enfermo mental aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o incluso tenga intervalos lúcidos. Para Torres Vásquez “El matrimonio del enfermo mental existe como evento material, pero es inexistente como acto jurídico por falta de consentimiento, y como tal, carece de toda eficacia desde el momento de la celebración; no puede haber matrimonio sin voluntad (el demente no la tiene); sin embargo, puede llegar a existir como acto jurídico con efectos desde su celebración como consecuencia de la caducidad, si es que el enfermo mental, que ha recobrado la plenitud de sus facultades, no hace uso de la acción de nulidad dentro del plazo de un año contado a partir del día siguiente que cesó la incapacidad (art. 274); caduca el derecho del cónyuge perjudicado a pedir la nulidad”⁽⁴⁸¹⁾.

Es una posición mayoritaria en doctrina, que la enfermedad mental, que se constituye como una causal de invalidez del matrimonio, debe ser de carácter crónico. Sobre el tema, afirma la doctrina brasileña⁽⁴⁸²⁾ que existe una gradación en la enfermedad mental, lo que permite una distinción entre la que afecta el discernimiento y hace nulo el matrimonio y las otras que no conducen al mismo resultado. No es suficiente la discapacidad mental, ni la reducción de discernimiento. Con el fin de configurar el caso de nulidad es necesario que la discapacidad sea tan grave que implica la falta de discernimiento, es decir, el contrayente no podrá comprender el acto que está haciendo o sus consecuencias.

No obstante, cuando el enfermo recobra la plenitud de sus facultades la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejerce dentro del plazo de un (1) año a partir del día en que cesó la incapacidad.

(481) *Ibidem*, p. 764.

(482) ALVES, Leonardo Barreto Moreira et ál: *Código das Famílias comentado*. Leonardo Barreto Moreira Alves (coord.), Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 91.

El fundamento de la norma es doble. En primer lugar, la protección del enfermo mental que ha otorgado un acto jurídico de la importancia del matrimonio sin discernimiento; en segundo término, la protección del cónyuge sano a quien no parece justo imponer la carga de una unión perpetua con un enfermo mental si contrajo matrimonio ignorando la enfermedad mental de su cónyuge.

De otro lado, y en consideración al criterio mayormente aceptado sobre la génesis de la enfermedad mental, que la aprecia como una anomalía congénita y que se manifiesta por diversos estímulos o factores potencialmente provocadores de su evolución natural que la conducen al estado crónico, es que se admite la vigencia de la causal para demandar la invalidez aun cuando la enfermedad mental se manifieste después de celebrado el matrimonio.

15.1.1. Interdicción

Debe destacarse que la previsión legislativa se refiere a la situación de hecho de la enfermedad mental sin relación con la interdicción civil por esta misma causal. Pero la existencia de esto último no es del todo indiferente, sino que influye sobre la carga de la prueba. En efecto, si existe sentencia de interdicción civil, ello supone que se ha acreditado judicialmente la demencia, por lo que resulta innecesario volverla a probar, por lo tanto, quien sostenga la rehabilitación en el momento del matrimonio es quien deberá acreditarla. En cambio, si no existe sentencia de interdicción civil, corresponde, a quien ataca el matrimonio, demostrar la enajenación mental al tiempo de celebrarlo.

15.1.2. Intervalos lúcidos

Es cuando el enfermo mental recupera su capacidad de discernimiento.

La disposición legal también destaca la vigencia de la causal para demandar la invalidez del matrimonio si el enfermo mental tiene intervalos de lucidez; los que se presentan, según la apreciación generalmente aceptada, en ciertos casos de restablecimiento de la normalidad, como en las psicosis intermitentes con accesos separados por épocas de lucidez perfecta y de bastante duración, que constituyen estados de auténtica salud. Se están considerando, entonces también, aquellas situaciones de suspensión temporal de las manifestaciones y los caracteres de delirio.

Respecto de la legitimación activa por esta causal, la ley expresamente regula un régimen para el supuesto en que el enfermo recobre la plenitud de sus facultades mentales (curación de la dolencia); estando implícito, a partir de considerar las características del régimen legal de invalidez del matrimonio, el tratamiento legal para el caso contrario: cuando el enfermo aún no recupera sus facultades mentales⁽⁴⁸³⁾.

(483) PLÁCIDO VILCACHAGUA. Alex. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 80.

Cuando recobra la plenitud de sus facultades, el matrimonio se torna en anulable⁽⁴⁸⁴⁾, correspondiendo la acción al cónyuge perjudicado y caduca dentro del plazo de un año contado desde el día en que cesó la incapacidad.

15.1.3. Caducidad

Para la primera circunstancia, reserva su ejercicio a favor del cónyuge perjudicado y caduca dentro del plazo de un año (1) contado a partir del día en que cesó la incapacidad. Debe considerarse que con la denominación “cónyuge perjudicado” se alude, de acuerdo con la situación de hecho que se presente, tanto al cónyuge que descubre, luego de recobrar sus facultades mentales, haber contraído matrimonio siendo enfermo mental; como, también, al cónyuge sano a quien se le revela la enfermedad mental que padeció su otro consorte⁽⁴⁸⁵⁾. La determinación del cónyuge perjudicado dependerá entonces del caso en concreto, restringiéndose la legitimidad para obrar.

Para el segundo evento, no realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión, por lo que, mientras el cónyuge enfermo no recupere sus facultades mentales, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés. Asimismo, no establece un plazo de caducidad, por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, mientras el cónyuge enfermo no recupere sus facultades mentales.

La revisión de las previsiones legales descritas evidencia que el cómputo del plazo de caducidad se inicia a partir de un momento que no puede ser señalado con precisión, si se considera que la “cesación de la incapacidad” no es un hecho que tiene lugar en un instante exacto y determinado. Por ello se propone, como supuesto de hecho convalidante para el enfermo mental, el continuar la vida común después de recobrada la razón; y, para el sano, el continuar la vida marital después de conocer el estado mental del otro contrayente. En cualquiera de esas circunstancias, es obvio que se acepta el matrimonio pese a la falta de voluntad o al error sufrido; por lo que queda convalidado y la pretensión no puede ser ejercida. Respecto de estos supuestos de recuperación a plenitud de las facultades mentales del cónyuge enfermo, un sector de la doctrina alega que estos constituyen un supuesto en el cual la causal de nulidad de matrimonio por enfermedad mental se convierte en una causal de anulabilidad, en virtud de la restricción de la legitimidad para obrar y contemplación expresa de un plazo para ejercer la acción para invalidar tal matrimonio.

En Brasil, como ya se ha mencionado, no existe plazo para plantear la acción.

(484) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 825.

(485) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 80.

15.1.4. Prueba

Con una pericia.

15.2. Sordomudez

Es nulo el matrimonio de los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos (art. 274, inc. 2).

Está relacionado con el consentimiento libre y válido. Se trata de otra causal relacionada con la aptitud nupcial de los contrayentes que no saben expresar su voluntad de manera indubitable. Se trata de un impedimento que la ciencia y la tecnología vienen sobrellevando, no siendo la deficiencia en los sentidos una traba para la validez matrimonial.

El artículo 274 en su inciso 2, consagra la sanción de nulidad para el impedimento de la sordomudez, precisándose siempre, que la nulidad del matrimonio operará respecto de las nupcias contraídas por sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no sepan expresar su voluntad de una manera indubitable.

15.2.1. Interdicción civil

La previsión legislativa se refiere a la situación de hecho del sordomudo, ciegosordo o ciegomudo que no sabe expresar su voluntad indubitablemente sin relación con la interdicción civil por esta misma causal. Pero, y como en el caso anterior, la existencia de esto último no es del todo indiferente, sino que influye, también, sobre la carga de la prueba. Si existe sentencia de interdicción civil, como ella supone que se ha acreditado judicialmente tal situación de hecho, resulta innecesario volverla a probar; por lo tanto, quien sostenga que quien estaba inmerso en aquella situación sí sabía expresarse indubitablemente en el momento del matrimonio es quien deberá acreditar tal situación de hecho. En cambio, si no existe sentencia de interdicción civil, corresponde a quien ataca el matrimonio demostrar tal dificultad al tiempo de celebrarlo.

15.2.2. Legitimidad

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente regula un régimen para el supuesto en el que el cónyuge afectado con el impedimento aprende a expresarse sin lugar a dudas; estando implícito, a partir de considerar las características del régimen legal de invalidez del matrimonio, el tratamiento legal para el caso contrario: cuando el cónyuge afectado con el impedimento aún no aprende a expresarse en forma indubitable.

Para la primera circunstancia, reserva su ejercicio a favor del cónyuge perjudicado y caduca dentro del plazo de un año contado a partir del día en que aprendió a expresar su voluntad de manera indubitable. Al respecto, debe considerarse

que con la denominación “cónyuge perjudicado” se alude a aquel impedido que, después de contraer matrimonio, aprendió a expresar su voluntad. Igual que el supuesto de la enfermedad mental, encontramos la restricción de la legitimidad para obrar y la contemplación de un plazo para el ejercicio de la acción de invalidez⁽⁴⁸⁶⁾.

Para el segundo evento, no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que, mientras el cónyuge afectado no aprende a expresarse indubitadamente, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés. Asimismo, no establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, mientras el cónyuge afectado no pueda expresarse de forma clara e indubitable.

Si aprende a expresar su voluntad de forma indubitable el matrimonio originalmente nulo deviene en anulable⁽⁴⁸⁷⁾.

15.2.3. Prueba

Con una pericia.

15.3. Vínculo

Es nulo el matrimonio del casado (art. 274, inc. 3). En Brasil, según el artículo 1548, II, el matrimonio es nulo si es contraída por una infracción a un impedimento matrimonial. El artículo 1.521, VI establece que no pueden contraer matrimonio las personas casadas.

Denominado de ligamen o bigamia y es la consagración del principio de la monogamia. Esta causal de nulidad se fundamenta en la protección de la institucionalización de la unión intersexual monogámica y singular, de un solo hombre con una sola mujer; quiere decir que la existencia de un vínculo matrimonial subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial.

15.3.1. Excepciones

15.3.1.1. Muerte

No obstante, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, solo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe.

15.3.1.2. Desaparición

Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de este, solo puede ser

(486) PLÁCIDO VILCACHAGUA. *Alex. Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 81.

(487) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 825.

impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe. En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68 del Código Civil, el cual manifiesta que el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge.

15.3.2. Caducidad

La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

Este supuesto constituye un matrimonio nulo convalidable, ya que en el caso de la nulidad del matrimonio del casado se permite que el segundo matrimonio sea válido siempre que el primer matrimonio fuere invalidado o disuelto por divorcio. Y se restringe la legitimidad para obrar respecto de la acción de nulidad, al segundo cónyuge del bigamo que ha actuado de buena fe.

Esta causal de nulidad supone la subsistencia de un matrimonio civil anterior; esto es, que el primer matrimonio civil no sea disuelto por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio o por la invalidez de este.

15.3.3. Legitimidad

Respecto de la legitimación activa por esta causal la ley distingue un régimen para los siguientes supuestos:

15.3.3.1. Casado

El nuevo matrimonio contraído por una persona casada.

Cuando el primer matrimonio se ha extinguido, reserva su ejercicio a favor del segundo cónyuge del bigamo, siempre que haya actuado de buena fe y caduca dentro del plazo de un año, contado a partir del día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. Tenemos un nuevo caso en el cual se restringe la legitimidad para obrar, alegándose que se convierte la causal de nulidad del matrimonio, en una de anulabilidad. En cambio, cuando el primer matrimonio está vigente no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión por lo que rige el principio que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, incluso por el propio bigamo. Asimismo, no se establece un plazo de caducidad pudiendo ejercitarse la pretensión en cualquier momento, siempre que el primer matrimonio esté vigente.

15.3.3.2. Desaparecido

El nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de este.

En este supuesto reserva el ejercicio de la pretensión al nuevo cónyuge, siempre que hubiera actuado de buena fe y exista el estado de ausencia. Está implícito que, si la ausencia concluye por la reaparición serán aplicables las disposiciones referentes a que el primer matrimonio esté vigente.

15.3.3.3. Muerto presunto

El matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto.

En cambio, si la ausencia termina por la declaración de muerte presunta del desaparecido, el cónyuge superviviente podrá contraer válidamente un nuevo matrimonio por cuanto la muerte pone fin a la persona, de conformidad con el artículo 61 del Código Civil. En ese sentido, si el declarado muerto presunto reaparece y obtiene su reconocimiento de existencia, ello no invalidará el nuevo matrimonio que hubiere contraído su excónyuge.

15.3.4. Prueba

Con el título de estado.

15.4. Consanguinidad

Incesto (con prefijo negativo: *incestus*: no casto). Complejo de Edipo y de Electra. Con una enraizada tradición judeocristiana.

Es nulo el matrimonio de los consanguíneos (art. 274, incs. 4 y 5). Los vínculos familiares deben estar debidamente establecidos y emplazados.

El impedimento de consanguinidad es un impedimento conjunto, se desdobra dependiendo si estamos ante parientes consanguíneos en línea recta o ante parientes consanguíneos en línea colateral.

Respecto de parientes consanguíneos en línea recta y parientes consanguíneos en línea colateral dentro del segundo grado, el matrimonio es nulo (parentesco prohibido). Tratándose del tercer grado (parentesco permisivo), el matrimonio se convalida si se obtiene la denominada dispensa judicial del parentesco en virtud de motivos justificados, como bien se ha señalado en el desarrollo del impedimento de consanguinidad. En atención al principio de promoción del matrimonio, se regula expresamente la convalidación del matrimonio contraído por quienes están vinculados por el parentesco consanguíneo en tercer grado, si se obtiene su dispensa judicial de parentesco.

El sistema jurídico brasileño (art. 1.521, I y IV del CC) determina que no pueden casarse los ascendientes con los descendientes, sea el parentesco natural o civil, y los hermanos, unilaterales o bilaterales, y los otros colaterales, hasta el tercer grado.

15.4.1. Prueba

Con el título de estado.

15.5. Afinidad

Es nulo el matrimonio de los afines en línea recta (art. 274, inc. 4) y de los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el excónyuge vive (art. 274, inc. 6). El CC brasileño determina que es nulo el matrimonio entre los afines en línea recta (art. 1.521, II).

El impedimento se desdobra dependiendo si estamos ante parientes afines en línea recta y parientes afines en línea colateral.

La afinidad en línea recta determina que el matrimonio entre estos parientes sea nulo. Mientras que respecto de los parientes afines dentro del segundo grado de la línea colateral, el matrimonio será nulo en el supuesto en que el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el excónyuge vive.

En las disposiciones legales citadas se contempla al parentesco consanguíneo o afín, en línea recta o colateral, respectivamente, como causales de nulidad del matrimonio. Se establece que:

- El parentesco afecta con la nulidad al matrimonio celebrado por los afines en línea recta, en todos y cada uno de sus grados;
- El parentesco afecta con la nulidad al matrimonio celebrado por los afines en segundo grado cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el excónyuge vive.

Para todos estos casos no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, incluso por el propio afectado con el impedimento. Asimismo, no se establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

Debe destacarse que la afinidad no subsiste como impedimento matrimonial después de la invalidación del matrimonio que la creó. Invalidado un matrimonio, como principio todos sus efectos desaparecen con efecto retroactivo; claro está que ese principio reconoce excepciones, pero estas están determinadas en la ley.

15.5.1. Prueba

Con el título de estado.

15.6. Crimen

Es nulo el matrimonio del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente (art. 274, inc. 7). Con un dispositivo similar

(art. 1.521, VII), el Código Civil brasileño establece que no puede casarse el cónyuge supérstite con el condenado por asesinato o intento de asesinato contra su consorte.

Se sanciona solo la nulidad del matrimonio celebrado entre el condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente. Se omite el caso del procesado por esta causa, supuesto contemplado en el impedimento matrimonial a que se refiere el artículo 242, inciso 6, del Código Civil.

Para el caso expresamente regulado, no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, inclusive por el propio afectado con el impedimento.

15.6.1. Caducidad

No se establece un plazo de caducidad.

La pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

15.6.2. Vacío e incongruencia con el impedimento

Como se ha anotado; no obstante tratarse de un impedimento dirimente, el Código Civil no regula expresamente el caso del procesado por esa causa que contrae nupcias con el cónyuge supérstite como causal de nulidad del matrimonio. En tal supuesto, los contrayentes también adolecen de aptitud nupcial. Siendo esta un elemento estructural o esencial del acto jurídico matrimonial y no estando esa eventualidad regulada expresamente como causal de nulidad, se aprecia en tal supuesto un caso de nulidad virtual por contravenirse el artículo 234 del Código Civil que contiene el concepto de matrimonio para el sistema jurídico peruano.

Conservando la especialidad estos matrimonios son nulos en aplicación de la disposición del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que constituye una norma general que comprende todas las situaciones en que las prohibiciones de las leyes no vayan acompañadas de los efectos que la contravención provoca. Esto se aprecia fácilmente si se considera que el artículo 234 del Código Civil, al contener, en sede del Derecho de Familia, el concepto de matrimonio para nuestro sistema jurídico, constituye una norma de orden público.

No están considerados los encubridores, los procesados o condenados por delito culposo.

15.6.3. Prueba

Con la sentencia condenatoria.

15.7. Celebración del matrimonio sin observar sus formalidades

Es nulo el matrimonio de quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 del Código Civil (art. 274, inc. 8).

Los artículos 248 a 268 son las normas formales referidas a la celebración del matrimonio civil. Esta nulidad puede desaparecer si los contrayentes actuaron de buena fe y se subsana la omisión.

Como se sabe, la legitimidad de la unión matrimonial es un concepto elástico y mutable. Depende de las formas matrimoniales que son concretamente el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial. Entre esas solemnidades se comprende la intervención de la autoridad competente para su celebración, quien:

- Verifica la identidad de los contrayentes,
- Comprueba la aptitud nupcial y,
- Recibe la expresión del consentimiento matrimonial.

Todo lo cual garantiza la formalización del matrimonio con sujeción a las disposiciones del Código Civil.

Debe recordarse que de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, la forma del matrimonio es regulada por la ley, siendo la forma civil la obligatoria y única productora de los efectos legales, conforme lo manda el artículo 248 del Código. Se trata de una forma prescrita *ad solemnitatem*, de carácter legal, por lo que expresamente se sanciona con nulidad su inobservancia que, por virtud del principio de promoción del matrimonio, se ve atenuada en cuanto a sus efectos en caso de inobservancia, al permitirse su convalidación si los contrayentes han actuado de buena fe y subsanan las omisiones en que incurrieron; desvaneciéndose la potencial nulidad.

La subsanación de las omisiones importa realizar aquello que se dejó de hacer involuntariamente. Por ejemplo, presentar copia certificada de la partida de nacimiento no exigida en su momento, por considerarse suficiente la entrega de la fotocopia del documento de identidad de los contrayentes; realizar la publicación del edicto matrimonial, no efectuado oportunamente al no haber sido proporcionado por la municipalidad respectiva; etc.

De acuerdo con lo regulado, no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, inclusive por el propio afectado con el impedimento. Asimismo, no se establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

La posibilidad de que el matrimonio se efectúe con prescindencia total o parcial de los trámites, que, conforme al mismo Código Civil, deben precederle, plantea un problema de importancia, puesto que el matrimonio es un acto jurídico con formalidad *ad solemnitatem*, generando su inobservancia una invalidez, sobre todo en el caso de prescindencia total de dichos trámites previos, lo cual suscita la sospecha de que el acta del matrimonio, sin expediente matrimonial alguno, haya sido el resultado de un fraude.

Se establece que el matrimonio queda convalidado si los contrayentes actuaron de buena fe y subsanan la omisión; noma que, al menos en el supuesto de prescindencia total de los trámites previos, difícilmente podrá justificarse. En ausencia de otras reglas del Código Civil al respecto, ha de suponerse que el Reglamento de los Registros del Estado Civil deberá precisar el modo y tiempo de la subsanación.

Según lo expuesto, el matrimonio que nos ocupa es típicamente nulo solo cuando ha habido mala fe en uno o ambos contrayentes; pero no es nulo (pues admite subsanación posterior), ni tampoco anulable (por la amplitud de la acción invalidatoria), cuando ambos contrayentes actuaron de buena fe.

15.7.1. Prueba

El expediente matrimonial en el que acredite la ausencia de documentos, los testigos que den cuenta de la omisión de las formalidades de la celebración del matrimonio.

15.8. Contrayentes de mala fe ante funcionario incompetente

Es nulo el matrimonio de los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente (art. 274, inc. 9).

Incompetencia puede ser *ratio loci*, cuando el funcionario no es del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o *ratio personae*, cuando el funcionario no está facultado para la celebración⁽⁴⁸⁸⁾.

La presente disposición legal se refiere a la nulidad del matrimonio celebrado ante funcionario incompetente, por contrayentes que han actuado ambos de mala fe. La intervención de la autoridad competente para celebrar el matrimonio es una de las solemnidades esenciales requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial.

La competencia de la autoridad viene determinada por la función misma y por el territorio. Lo primero se aprecia cuando la ley reconoce que el llamado a celebrar el matrimonio es el alcalde o quien cuente con la delegación de facultades. Si el matrimonio civil lo realiza un Juez de Paz, un Notario Público, el Presidente Regional, el Decano de la Facultad de Derecho o tu profesor de Derecho de Familia, como funcionario incompetente, el matrimonio es nulo. Lo segundo se observa cuando la ley establece que la autoridad competente por razón del territorio es la del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Para tal efecto se exige presentar la prueba del domicilio a fin de vincular a la autoridad competente. Si el matrimonio civil se realiza ante una autoridad de una jurisdicción diferente de la del domicilio de los contrayentes, aquel también ha sido celebrado ante un funcionario incompetente.

(488) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Ob. cit., p. 827.

15.8.1. Legitimación

Se precisa que la acción no puede ser planteada por los cónyuges.

En este supuesto y respecto de la legitimación activa por esta causal, se realiza una reserva negativa con relación a los cónyuges cuando se alega la nulidad del matrimonio; es decir, que en este supuesto, la pretensión no puede ser ejercitada por los contrayentes. Se concluye, entonces, que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés.

15.8.2. Caducidad

La ley no establece expresamente plazo de caducidad para el caso de nulidad; concluyéndose, entonces, que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

15.8.3. Prueba

Cualquier medio probatorio de la mala fe en el actuar.

15.9. Nulidades no expresas. Implícitas y genéricas

Para Jorge Azpiri⁽⁴⁸⁹⁾ “(...) solo puede decretarse la nulidad de un matrimonio en los casos que expresamente esté prevista la sanción, o bien puede haber nulidad de matrimonios por las normas generales de los actos jurídicos, dando lugar a las llamadas nulidades virtuales o implícitas”.

Partimos del principio, dictado por la doctrina francesa clásica, que no hay nulidad sin texto expreso de la ley: *pas de nullité sans texte*. Sin embargo, caben excepciones.

15.9.1. Adopción

El Código Civil no regula expresamente el caso del parentesco adoptivo como causal de nulidad del matrimonio, a pesar de ser un impedimento expreso (art. 242, inc. 5). En Brasil, todos los impedimentos expresos son causales de nulidad del matrimonio. Así, el Código (art. 1.521, III) establece que no pueden casarse el adoptante con quien fue cónyuge del adoptado y el adoptado con el adoptante.

No obstante tratarse de un impedimento dirimente, resulta evidente que los contrayentes, adoptante y adoptado, adolecen de aptitud nupcial, en virtud de la analogía que la ley busca implementar para el parentesco adoptivo con el parentesco por consanguinidad. Siendo esta un elemento estructural o esencial del acto jurídico matrimonial y no estando esa eventualidad regulada expresamente como causal de nulidad, se aprecia en tal supuesto un caso de nulidad virtual por contravenirse el artículo 234 del Código Civil que contiene el concepto de matrimonio para el sistema jurídico peruano.

(489) AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 104.

Conservando la especialidad estos matrimonios son nulos en aplicación de la disposición del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que constituye una norma general que comprende todas las situaciones en que las prohibiciones de las leyes no vayan acompañadas de los efectos que la contravención provoca. Esto se aprecia fácilmente si se considera que el artículo 234 del Código Civil, al contener, en sede del Derecho de Familia, el concepto de matrimonio para nuestro sistema jurídico, constituye una norma de orden público.

15.9.2. Del procesado en el homicidio doloso de uno de los cónyuges

El Código Civil no regula expresamente el caso del procesado en el homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente como una causal de nulidad del matrimonio, a pesar de ser un impedimento expreso (art. 242, inc. 6).

Al ser un impedimento dirimente que afecta el acto jurídico matrimonial en razón de que quienes los contraen carecen de nupcialidad, el matrimonio será inválido.

16. Efectos

Como ya se ha mencionado, la sentencia que declara la nulidad de matrimonio tiene carácter declarativo y, de acuerdo a los principios que inspiran la nulidad de los actos jurídicos, dicha sentencia proyecta sus efectos con carácter retroactivo al día de la celebración del acto. Sin embargo, el tema está influido decisivamente, por la doctrina del matrimonio putativo, o matrimonio inválido contraído de buena fe, del cual hablaremos al detalle más adelante.

Siguiendo una progresiva tendencia unificadora en cuanto a los efectos, los producidos por la sentencia de invalidez del matrimonio son similares a los producidos por las sentencias de separación y divorcio, salvándose el hecho de que los efectos dependen de la buena o mala fe de los cónyuges.

16.1. Efectos del matrimonio inválido contraído de buena fe por uno de los cónyuges o por ambos

Cuando hubo buena fe de ambos cónyuges se dan plenamente para ambos, los efectos del matrimonio putativo. El matrimonio surte efecto para los dos cónyuges, exactamente lo mismo que si se tratara de un matrimonio válido disuelto por divorcio. Mientras que, cuando solo uno de los cónyuges procedió de buena fe, los efectos del matrimonio invalidado rigen para él y respecto de los hijos; pero para el otro que actuó de mala fe, el matrimonio invalidado no surte ningún efecto. Con estas consideraciones, se tendría lo siguiente:

Respecto del ámbito personal de los cónyuges:

- a) Derechos y deberes derivados del matrimonio: En principio, cesan todos los derechos y deberes que produce el matrimonio, por ejemplo, la fidelidad, asistencia, la cohabitación, etc.

- b) Alimentos: la consideración a que el matrimonio invalidado se le considere como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio, determina que la obligación alimentaria entre los cónyuges cese por la invalidez del matrimonio; la que si el que los pide es el cónyuge de buena fe y carece de medidas de subsistencia y de aptitud para adquirirlos, excepcionalmente continuará en lo estrictamente necesario para vivir, restringiéndose en tales supuestos, la extensión de los alimentos.
- c) Uso del apellido marital: el derecho de la mujer de añadir al suyo el apellido de su marido, como derecho que surge del matrimonio, cesa al invalidarse este.
- d) Conservación de la capacidad de ejercicio: la capacidad de ejercicio adquirida en virtud del matrimonio celebrado, la conserva el cónyuge que actuó de buena fe; perdiéndola el cónyuge de mala fe. Tal solución es acorde con la doctrina del matrimonio putativo.
- e) Extinción del parentesco por afinidad: el parentesco de afinidad surgido a partir del acto matrimonial invalidado, desaparecerá por efecto de la invalidez del referido matrimonio.
- f) Derecho hereditario: si la nulidad ha sido declarada después de la muerte de uno de los cónyuges, el otro conserva su derecho hereditario; lo que no ocurre si la invalidez ha sido declarada en vida de ambos cónyuges, pues en tal supuesto, al igual que en el divorcio, desaparecerá la vocación hereditaria recíproca en los dos.

En caso de bigamia, el segundo matrimonio no afecta los derechos hereditarios del que lo contrajo de buena fe, salvo que el primer cónyuge del bigamo sobreviva al causante.

- g) Indemnización del daño moral: el cónyuge de buena fe tiene derecho a una reparación del daño moral⁽⁴⁹⁰⁾ si es que los hechos que determinaron la invalidez del matrimonio agravan su legítimo interés.

Respecto del aspecto patrimonial de los cónyuges:

- a) Fenecimiento y liquidación del régimen patrimonial: la invalidez del matrimonio implica la extinción del vínculo conyugal y como tal, supone la extinción del régimen patrimonial de que se trate. Cualquiera que fuese el régimen patrimonial en vigor, este fenecerá por la invalidez del matrimonio y origina su inmediata liquidación de acuerdo a las disposiciones pertinentes para cada caso.

(490) Exp. N° 1592-98. “(...) Si no se ha demostrado la mala fe de la codemandada en la celebración del matrimonio cuya nulidad se demanda, resulta de aplicación el artículo 284 del CC, para los efectos civiles del matrimonio invalidado (...) Si está acreditado el daño moral a la cónyuge demandante son de aplicación los arts. 283 y 351 del CC (...)”.

- b) En lo que se refiere a la sociedad de gananciales, surge la consideración sobre el destino de los gananciales que corresponderían al cónyuge de mala fe. Se preservan los gananciales del cónyuge de buena fe, mientras que el cónyuge de mala fe pierde los gananciales; aunque no se precisa a quien serán entregados estos. En tal sentido, los gananciales corresponden a cada uno de los cónyuges, al no hacerse distinción alguna sobre la situación del cónyuge de buena fe de la del malicioso. En el derecho comparado se reconoce al cónyuge de buena fe la posibilidad de optar o, por conservar cada quien los bienes que hayan adquirido durante el matrimonio; o exigir que se liquiden los bienes adquiridos por ambos durante el matrimonio de acuerdo a las disposiciones de la liquidación de la sociedad de gananciales, repartiéndose los gananciales en partes iguales sin considerar la buena o mala fe; o, reclamar que se prueben los aportes efectivos en la adquisición de los bienes por los cónyuges, a fin de dividirlos como si se tratara de una comunidad de bienes.

Respecto de los hijos:

- a) Vigencia de la presunción de paternidad matrimonial-presunción *pater is*: atendiendo a que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los hijos, si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio, la presunción de paternidad matrimonial estará vigente hasta los trescientos días posteriores a la invalidez del vínculo matrimonial.
- b) Ejercicio de la patria potestad: la determinación del ejercicio de la patria potestad se establece de conformidad con las disposiciones del divorcio. De no continuar la convivencia entre los padres, en principio, debe primar el acuerdo entre los cónyuges respecto del ejercicio de la patria potestad, la tenencia, el establecimiento de un régimen de visitas y los alimentos para los hijos. A falta de acuerdo en tales aspectos, estos deben ser resueltos en la vía judicial.

16.2. Efectos del matrimonio inválido contraído de mala fe por ambos cónyuges

Si el matrimonio ha sido contraído de mala fe por ambos cónyuges, no produce ninguno de los efectos del denominado matrimonio putativo. Operará la retroactividad de la invalidez a la celebración del matrimonio, asemejándose a una situación de nulidad de cualquier acto jurídico en general. En consecuencia, la relación entre los cónyuges de mala fe será reputada como una unión de hecho, y de acuerdo a sus disposiciones, se procederá a su liquidación.

En cuanto a los efectos para con los hijos, encontramos dos opciones legislativas:

- a) Existen ordenamientos jurídicos que extienden los efectos del matrimonio putativo a estos casos –como es el caso de Brasil–, atendiendo a que no se considera justo que los hijos sufran las consecuencias de una falta que no han cometido.

- b) Existen, a su vez, ordenamientos jurídicos, como es el caso del ordenamiento jurídico peruano, que no aplican la doctrina del matrimonio putativo respecto de los hijos, cuando ambos cónyuges actúan de mala fe. En estos últimos supuestos, a los hijos se les considera procreados dentro de una unión que asume las características de la unión de hecho. En el ordenamiento jurídico peruano tal opción legislativa es intrascendente por el principio de isonomía o igualdad en las categorías de filiación.

16.3. Efectos del matrimonio inválido frente a terceros

El matrimonio invalidado produce efectos, de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe. Esta es la solución ofertada por el sistema jurídico brasileño.

17. Convalidación de los actos de matrimonios nulos

La invalidez del matrimonio puede reflejarse en una nulidad o anulabilidad y en cualquiera de ambos casos, incluso en la nulidad el matrimonio puede surtir efectos vía convalidación, lo que se conoce como los matrimonios nulos pero convalidables. La nulidad de los matrimonios se trata realmente de una anulabilidad en razón de que pueden ser confirmados.

El principio de promoción del matrimonio determina la regulación expresa de los casos en que la unión matrimonial debe convalidarse. Esa convalidación, también, se produce cuando se verifican los supuestos de hecho contemplados en la ley. Tratándose de la nulidad del matrimonio por haber sido celebrado entre parientes consanguíneos del tercer grado de la línea colateral, aquel se convalida si se obtiene la dispensa judicial de parentesco, de conformidad con lo establecido por el inciso 5 del artículo 274 del Código Civil; con relación a la nulidad del matrimonio celebrado con prescindencia de la forma prescrita, aquel se convalida si se subsanan las omisiones en que se ha incurrido, de acuerdo al inciso 8 del artículo 274 del Código Civil; en lo que se refiere a la anulabilidad del matrimonio del impúber, se convalida por alcanzar este la mayoría de edad y cuando la mujer ha concebido, de acuerdo al inciso 1 del artículo 277 del Código Civil.

Los cuales podemos apreciar en el cuadro de la siguiente página.

B. Anulabilidad del matrimonio

18. Concepto

La anulabilidad se refiere a la celebración de un acto con ciertos defectos, coetáneos o antecedentes a la celebración del matrimonio, que ameritarían que se declare invalidado. No obstante, dichos defectos pueden ser subsanados y el acto por consiguiente podría ser convalidado y surtir todos sus efectos. En ese sentido, el acto anulable no es inválido; sin embargo, esta situación podría ser declarada dada la voluntad de la persona que desea impugnar el acto.

274	MATRIMONIOS NULOS	CONVALIDACIÓN
1	<p>Enfermo mental</p> <p>Aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o tenga intervalos lúcidos.</p>	<p>No obstante</p> <p>Cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año contado a partir del día en que cesó la incapacidad.</p>
2	<p>Sordomudo, ciegosordo y ciego-mudo</p> <p>Que no sepa expresar su voluntad indubitadamente.</p>	<p>Empero</p> <p>Si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 274.</p>
3	<p>Casado</p>	<p>No obstante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o, - Si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio. <p>Solo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe.</p> <p>Caducidad, dentro del plazo de un año contado desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.</p> <p>Desaparecido.- El nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido no declarado muerto presunto, puede impugnarse por el nuevo cónyuge si actuó de buena fe en tanto dure la ausencia.</p> <p>Muerte presunta.- El matrimonio del cónyuge del muerto presunto es válido así se reconozca la existencia del anterior cónyuge (68).</p>
5	<p>De los consanguíneos en tercer grado de la línea colateral.</p>	<p>Sin embargo</p> <p>El matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco.</p>
8	<p>De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 al 268.</p>	<p>No obstante</p> <p>Queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.</p>

El acto matrimonial es anulable cuando adolece de algún vicio que no reviste la gravedad de aquel que produce la nulidad del acto desde el punto de vista del interés público. Se requiere de la acción anulatoria para que opere su invalidez. La invalidez en este caso no opera de pleno derecho, sino que se requiere la expresa declaración judicial dentro de la acción respectiva, que solo puede ser intentada por ciertas personas. En estos supuestos existe la posibilidad de subsanación confirmatoria o prescriptoria; y aunque esta no llegue a realizarse, el negocio existe y es eficaz; es decir, que tiene todos los efectos de un matrimonio válido, en tanto no sobrevenga la sentencia anulatoria o de disolución del casamiento. De no interponerse la acción de anulabilidad, el matrimonio será plenamente válido y eficaz. La invalidación funciona con efecto retroactivo y destruye todas las consecuencias que el acto hubiera producido. Este principio se conjuga con la necesidad de amparar la buena fe de los cónyuges y/o de terceros. La acción de anulabilidad solo puede ser intentada por los cónyuges y en ciertos casos solo por uno de ellos. Excepcionalmente corresponde a los ascendientes o al consejo de familia.

En la teoría de la invalidez del matrimonio se puede apreciar que nuestro Código Civil establece determinadas causales de anulabilidad que podrían ser subsanadas y como consecuencia subsistiría el vínculo matrimonial, la razón se encuentra en el principio de promoción del matrimonio que inspira nuestro derecho de familia. En ese sentido, se puede señalar que, perfectamente, en nuestro sistema jurídico un matrimonio nulo o anulable puede ser convalidado, de tal manera que surta todos sus efectos a los cónyuges, de esta forma se promueve la unión matrimonial y se protege a la institución familiar.

19. Características

Para Torres Vázquez⁽⁴⁹¹⁾ las causas que permiten la anulabilidad matrimonial no son de tal gravedad que ofendan la moral imperante en la sociedad, de forma tal que la ley tiende a considerar la posibilidad de un afianzamiento. El matrimonio anulable tiene validez y eficacia y para su invalidez requiere necesariamente que un órgano jurisdiccional lo declare inválido. La invalidez debe ser declarada judicialmente, en tanto ello no suceda tiene efecto y es oponible *erga omnes*. Declarada la invalidez, el matrimonio es nulo, se considera como si nunca hubiese producido efectos jurídicos, y por lo tanto, quedan destruidos los ya producidos, pues la sentencia tiene efectos retroactivos para hacer inválido al matrimonio anulable desde su celebración.

Sin embargo, la sentencia que declara inválido un matrimonio anulable no es de carácter declarativo, sino constitutivo, pues la invalidez es consecuencia de la declaración del órgano jurisdiccional, aun cuando esta tenga efectos *ex tunc*, retroactivos.

(491) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Ob. cit., p. 828.

La legitimidad para obrar en la anulabilidad de matrimonio corresponde solo a los cónyuges y, en ciertos casos, a uno solo de ellos. Excepcionalmente, corresponde a los ascendientes o al consejo de familia; pero nunca se extiende a terceros acreedores o herederos, ni al representante del Ministerio Público; ni puede ser declarada judicialmente de oficio.

A la subsistencia de un matrimonio anulable se le opone un interés privado, por lo que si el interés particular no se siente bastante ofendido, la sociedad tolera y aun busca la subsistencia del vínculo, en aras de la estabilidad familiar y en aras de la promoción y conservación del matrimonio.

El matrimonio anulable puede ser convalidado por confirmación o por caducidad de la acción.

20. Comparaciones entre la anulabilidad del acto matrimonial con la anulabilidad en general

Consideramos que al matrimonio anulable le son de aplicación los principios informantes de la anulabilidad tomando en consideración las reglas específicas que encontramos en la anulabilidad de matrimonio.

El acto matrimonial tiene sus propias causales de anulabilidad respecto de las causales de anulabilidad contempladas para la generalidad de los actos jurídicos.

Cada supuesto de anulabilidad de matrimonio tiene sus propias condiciones, plazos y legitimidad para obrar a fin de poder ser invocadas.

Los plazos para el ejercicio de la acción de anulabilidad son de caducidad. Las acciones anulatorias tienen un carácter personal, pues no se transmiten a los herederos, pero estos pueden continuar la iniciada por su causante.

El matrimonio anulado produce efectos civiles respecto de los cónyuges y de los hijos, si se contrajo de buena fe. Si se contrajo de mala fe por uno de los cónyuges solo los produce respecto del otro cónyuge y de los hijos. Produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio frente a los terceros que hayan actuado de buena fe.

El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

21. Casos

Las causales de anulación son vicios originarios al momento de la celebración del acto jurídico matrimonial, existen en el momento en que este es otorgado, la sentencia que anula es constitutiva, ya que a partir de esta el matrimonio pierde validez y la anulación produce sus efectos jurídicos con carácter retroactivo, vale decir, con carácter *ex tunc*.

Estas causas las regula el artículo 277 del Código Civil en Perú y, en el artículo 1.523 del CC de Brasil. Es importante anotar que la anulabilidad es mucho más amplia que la nulidad, hay causas que están expresamente consideradas en el Código Civil y otras que no están expresamente señaladas y que simplemente son causas de invalidez referencial sin precedente impedimental. Estos están reflejados a partir del inciso 4 del artículo en mención, que analizaremos en su oportunidad.

21.1. Impubertad

Esta causal de anulabilidad se refiere a la persona que carece de la edad núbil para celebrar el matrimonio y que además no cuenta con el asentimiento expreso para celebrar el acto matrimonial⁽⁴⁹²⁾. El artículo 1.550 (I y II) del Código Civil brasileño establece que es anulable el matrimonio de quienes no hayan cumplido la edad mínima para casarse y de los menores en edad de contraer matrimonio, cuando no estén autorizados por sus representantes legales.

Según el artículo I del Título Preliminar de Código de los Niños y Adolescentes, se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta los dieciocho años de edad.

Desde un enfoque social esta causal de anulabilidad encuentra su sustento en que los menores de edad, aún no tienen la suficiente madurez para asumir roles complejos en la formación de una familia, tales como la crianza de los hijos, la administración de los bienes de la sociedad conyugal, y la convivencia conyugal

(492) Artículo 244 del Código Civil: “Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

A falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro.

A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento.

A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores, respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

Los hijos extramatrimoniales solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquel los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna”.

propiamente dicha. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha visto necesario que los menores de edad deben contar con el asentimiento expreso de las personas legitimadas para tal fin, estos son: los padres, los abuelos a falta de los padres, y el juez a falta de los anteriores. Cabe resaltar que según el artículo 241 del Código Civil, no pueden contraer matrimonio los adolescentes; no obstante, el juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad. En consecuencia, siguiendo el sentido de la norma, se deduce que el juez puede otorgar la denominada dispensa judicial de impubertad con el requisito que el contrayente tenga como mínimo dieciséis años de edad, contrario sensu, no podría otorgarse dicho asentimiento.

Por otro lado, en lo que concierne a la legitimidad para iniciar la acción por esta causal, la norma reserva dicha facultad al impúber luego de alcanzada la mayoría de edad, también a sus ascendientes si no le hubieren otorgado su asentimiento expreso, y a falta de estos al consejo de familia.

En cuanto a la posibilidad de convalidación del matrimonio del impúber, se puede apreciar que una vez alcanzada la mayoría de edad o cuando la mujer ha concebido, la anulación ya no es posible de ser solicitada. En ese sentido, de acuerdo al principio de promoción del matrimonio, nuestro Código Civil permite la convalidación de la unión matrimonial del impúber, en todo caso, si el matrimonio fue invalidado, posteriormente los cónyuges una vez alcanzada la mayoría de edad pueden confirmar su matrimonio, no siendo necesario contraer nuevas nupcias, dicha resolución que aprueba la confirmación surte efectos retroactivos.

La ley tiene establecida la prohibición de que contraiga matrimonio el impúber (art. 241, inc. 1), a menos que obtenga dispensa judicial de impubertad, que solo puede ser otorgada por motivos que el juez estime graves y siempre que se trate del varón y mujer de más de 16 años.

La condición de pubertad no debe ser confundida plenamente con la de mayoría de edad, como ya ha quedado claro al analizar los impedimentos matrimoniales, por mucho que ambas se consideran adquiridas a los 18 años de edad, ya que la pubertad es solo un aspecto de la mayoría de edad, no es su elemento esencial. La sanción del impúber que se casa sin dispensa judicial es la anulabilidad, de conformidad con el artículo 277 del Código Civil, en tanto que la del menor que se casa sin consentimiento de quienes deben prestarlo, consiste en que aquel no goza de la posesión, administración y usufructo de sus bienes, etc., en tanto no alcance la mayoría de edad, según lo dispuesto por el artículo 247 del Código Civil.

La acción para que se declare la invalidez corresponde al propio impúber y a sus ascendientes si no prestaron consentimiento, o faltando estos últimos, al consejo de familia.

Respecto de la restricción de la legitimidad para obrar, aparte del fundamento general ya conocido, que es el hecho de que la ley considera que únicamente está en juego el interés privado, se dice que tal restricción se basa en que el menor no haya pedido el consentimiento necesario para casarse, de modo que las personas que debían otorgar la venia pueden hacer valer su derecho a intervenir a través de la acción anulatoria.

Pero no podemos admitir este criterio, porque la anulabilidad es una sanción impuesta a los infractores de la disposición contenida en el artículo 241, inciso 1, y no a los menores que contraigan sin consentimiento de quienes deben otorgarlo, pues ya se ha dicho que esta infracción solo se pena con la privación que sufre el menor de la posesión, administración y otras facultades sobre sus bienes. La falta de dispensa judicial y la ausencia del consentimiento son, pues, supuestos independientes. En tal sentido, puede ocurrir, por eso, que un varón o una mujer menor de 18 años se casen con consentimiento de quienes deben prestarlo; y que; sin embargo, el matrimonio sea invalidado por no haberse obtenido la dispensa judicial del requisito de la pubertad.

En realidad, el fundamento de la aludida restricción es que el interés moral para accionar solo lo tienen los padres, los ascendientes o el consejo de familia.

Como todo matrimonio anulable, este puede ser convalidado, ya sea por acto confirmatorio, o ya sea por caducidad de la acción. Tenemos los siguientes supuestos respecto de la anulabilidad del matrimonio del impúber⁽⁴⁹³⁾:

- a) El supuesto de convalidación dada la no acción de invalidez hasta que el impúber llega a la mayoría de edad. Esta convalidación en virtud de la cual no se puede accionar la invalidez cuando el impúber ha llegado a la mayoría de edad se explica por sí sola: si los ascendientes o el consejo de familia no hicieron uso de la acción, es porque consideraron conveniente el matrimonio; y si el propio impúber no acciona es porque persiste en su propósito aun cuando deja de estar impedido.
- b) La convalidación confirmatoria dada la concepción (teoría de los efectos favorables). La convalidación confirmatoria que funciona cuando la mujer ha concebido obedece a dos razones: la necesidad de amparar al hijo; y el hecho de que la pubertad efectiva de los esposos deja sin efecto la presunción legal de su impubertad. Estas razones deben considerarse como concurrentes y aun con preeminencia de la primera, pues la segunda no bastaría por sí sola para justificar la convalidación, desde que en la fijación de una edad de pubertad legal no entra solo la consideración de la aptitud fisiológica para engendrar, sino otras relativas a la capacidad psíquica y económica que no se demuestran con el mero hecho de la procreación.

(493) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., pp. 207 y 208.

- c) La convalidación confirmatoria del matrimonio por parte de los cónyuges mayores de edad, a pesar de la anulación. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio.

Esta convalidación se fundamenta en que la persistencia del propósito de casarse, cuando el impúber deja de serlo, justifica el matrimonio prematuro. El púber puede casarse con quien desee, y la ley prefiere que lo haga con la persona que llegó a ser su cónyuge, a fin de consolidar la unión contraída. El interés social en esta consolidación es tan vivo, que explica la excepción que hace el predicho inciso a la regla general de que solo se puede confirmar un acto jurídico antes de que sea anulado.

El impúber cuyo matrimonio fue invalidado por acción de un tercero (los ascendientes o el consejo de familia) no necesita volver a casarse con su ex cónyuge. Basta que ambos ocurran ante el juez que dictó el fallo anulatorio, haciendo presente su deseo de confirmar el matrimonio. Deben presentar, al efecto, los documentos que acrediten pubertad, y suscribir la solicitud con firmas legalizadas (según ha establecido la costumbre judicial para casos análogos). La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos.

21.1.1. Prueba

Partida de nacimiento, documento de identidad.

21.2. Sanidad nupcial

Encontramos en el artículo 277, inciso 2, la sanción de anulabilidad para el impedimento matrimonial de sanidad nupcial, básicamente de aquel contrayente que padece de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o vicio que implique un peligro para la prole.

Para poder invocar esta causal es necesario probar la existencia de una enfermedad que revista la calidad de crónica, contagiosa y transmisible por herencia, que lógicamente implique un peligro para la descendencia.

Borda cita un ejemplo: “Supóngase que una persona contrae matrimonio con un enfermo de sífilis. Por amor, guarda silencio, emprende una vida de peligros y abnegación. Quizá contrae ella misma la enfermedad, y luego de una larga convivencia tiene hijos, sanos o enfermos. ¿Puede el juez, en contra de la voluntad de ambos, declarar la nulidad? ¿Puede hacerlo por pedido de parientes interesados quizá en excluir al abnegado cónyuge de una futura sucesión? Esta intromisión en un hogar ya formado, con taras o sin ellas, pero de todos modos respetable, es intolerable”⁽⁴⁹⁴⁾. Posición, esta última, que asumimos.

(494) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Ob. cit., p. 165.

21.2.1. Legitimación

La norma reserva el ejercicio de la acción al cónyuge sano; es decir, al cónyuge del enfermo.

21.2.2. Caducidad

Caduca si no se interpone dentro del plazo de un año contado desde el día en que se tuvo conocimiento de la dolencia o vicio.

No obstante, puede presentarse el hecho de que el cónyuge del enfermo, pese a tener conocimiento de la enfermedad de su consorte, deje transcurrir el plazo de caducidad y su matrimonio podría ser convalidado; en ese sentido, se advierte que en esta causal también opera la convalidación del matrimonio por el transcurso del plazo de caducidad.

21.2.3. Prueba

Certificado médico.

21.3. Rapto o retención violenta

En el artículo 277, inciso 3, encontramos la sanción de anulabilidad respecto del impedimento matrimonial de rapto o retención violenta.

Se sanciona el matrimonio realizado entre el raptor con la raptada o viceversa, o el matrimonio realizado con retención violenta; es decir, debe existir violencia física y moral al momento de la celebración del acto. La violencia física es la “fuerza irresistible” ejercida sobre uno o ambos contrayentes para obtener la celebración del acto; por otro lado, la violencia moral implica inspirar a uno de los cónyuges amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, de tal manera que se le conmine a celebrar el acto matrimonial⁽⁴⁹⁵⁾. Sin embargo, las solemnidades de que el acto de celebración del matrimonio está revestido hacen prácticamente imposible que pueda configurarse, pues supondría el ejercicio a la vez de la violencia sobre el funcionario público y todos los asistentes al momento de la celebración del matrimonio, en ese sentido, la presente causal de anulabilidad no ameritaría ser objeto de regulación.

El artículo 228 del Código Penal expresa semejante idea al definir el rapto como la sustracción de una mujer, contra su voluntad y por violencia, o después de haber obtenido su consentimiento por amenaza, fraude o engaño.

(495) BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., 2002, pp. 228 y 229.

Ahora bien, en esta materia el Código Civil asimila al rapto, que es la sustracción de una persona del lugar de su domicilio o residencia, como el caso de la retención violenta de una persona en el lugar de su domicilio o residencia, porque, para el desarrollo del presente, la situación es enteramente semejante.

De otro lado, el Código Civil precisa que la acción invalidatoria corresponde a quien fue víctima del rapto o la retención, y que la acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención, según el artículo 277, inciso 3.

Adicionalmente, a partir del inciso 4 del artículo 277 se contemplan supuestos de anulabilidad del matrimonio que no tienen precedente impedimental, contemplando básicamente a los denominados vicios de la voluntad (error y violencia) y la impotencia:

21.3.1. Prueba

Denuncia policial

21.4. Limitación de las facultades mentales por causa pasajera

La causal contemplada en el inciso 4) del artículo 277 del Código Civil se refiere a un estado de incapacidad transitoria de las facultades mentales al momento de dar el consentimiento matrimonial. En este caso, algunos autores señalan que cabe incluir los supuestos de embriaguez de uno de los contrayentes, así como cualquier estado emocional que de alguna forma coloque en una situación de privación pasajera de ciertas facultades mentales de la persona; sin embargo, cualquier supuesto devendría en ilógico dado que por las formalidades que reviste la institución familiar, como por ejemplo, la previa tramitación en la Municipalidad, es imposible que se configure esta causal.

En cuanto a la legitimidad de la acción, nuestro Código Civil reserva su ejercicio al cónyuge afectado de la privación temporal de sus facultades mentales, dentro de los dos años de celebrado el matrimonio; no obstante, si se presenta la convivencia después de desaparecida la afección temporal de discernimiento, esta produce como efecto la extinción de la caducidad de la acción, por consiguiente, el matrimonio puede ser convalidado. La acción corresponde únicamente al cónyuge perjudicado, esto es al que sufrió la disminución del dominio de sus facultades.

Es posible la convalidación (confirmación tácita) cuando el cónyuge afectado hace vida común con el otro durante los seis meses siguientes a la desaparición de la causal; y también (convalidación vía caducidad), por el transcurso de dos años de celebrado el matrimonio.

Esta última norma podría generar abusos, si el contrayente afectado no fuese requerido a hacer vida en común durante dos o más años: enterado después de que se ha celebrado la ceremonia, ya no podría pedir la anulación. Es verdad; sin

embargo, difícilmente puede ocurrirle el evento a quien intervino en todas las etapas previas a la ceremonia.

Esta causal de anulabilidad del matrimonio no tiene un precedente impeditivo, como sí ocurre cuando se da la existencia de enfermedad mental crónica.

21.4.1. Prueba

Certificado médico

21.5. Consentimiento viciado

Siendo el acto matrimonial un acto jurídico, este está sometido a la aplicación de los principios establecidos para todos los negocios jurídicos. Sin embargo, esta aplicación ofrece peculiaridades fundadas en que el matrimonio, además de ser un acto, es una institución como estado.

En un acto jurídico ordinario, en que la voluntad de los celebrantes es soberana, importa investigar la psicología de los celebrantes para asegurarse de que la voluntad no está viciada (la teoría de los vicios de la voluntad tiene un carácter marcadamente subjetivo); pero al matrimonio no se le puede aplicar ampliamente esta teoría, ya que la voluntad de las partes no lo es todo, ni lo puede todo. Por esto, sería inadmisibles que se anulara el matrimonio a raíz de sutiles investigaciones psicológicas, que podrían estimular la mutua inteligencia de los cónyuges para simular vicios. De aquí que muchas leyes no consagren la teoría de los vicios del consentimiento en materia de matrimonio, sino en los casos de comprobación fácil de tales vicios; como el error y la violencia.

Esto significa que los vicios indicados se rigen, tratándose del matrimonio, por normas especiales y no por las generales del acto jurídico. Se explica que sean válidos ciertos matrimonios contraídos con un contenido o fin inmoral (por el dinero, por el nombre) o con reserva mental, falta de seriedad, etc.; y que el dolo no sea considerado generalmente como causa de invalidez del matrimonio (salvo cuando se invoca el error de por medio y solo en ciertos casos). La razón de que se omita este último vicio del consentimiento no radica, por supuesto, en la máxima de Loysel, según la cual en *mariage il trompe qui peut* (en el matrimonio engaña quien puede), sino en la necesidad de dar certidumbre a la institución matrimonial, poniéndola a salvo de dudosas investigaciones psicológicas y del peligro de que se llegue a considerar como doloso el fingimiento, poco menos que natural y muy extendido, como que los pretendientes suelen disimular sus defectos. No obstante, hay algunas leyes que admiten el dolo como causa de invalidez del matrimonio.

La doctrina, mayoritariamente, considera que un matrimonio sin consentimiento es inexistente, mientras que un matrimonio en el cual existe un consentimiento, pero que este se encuentra viciado es un matrimonio susceptible de ser

invalidado. Los vicios de la voluntad y el consentimiento matrimonial se encuentran contemplados como causales de anulabilidad del matrimonio. Entre ellos encontramos los siguientes:

21.5.1. Error

Me caso con la persona errada, pensando que es quien a la hora de la hora no es.

El Código Civil brasileño establece, en su artículo 1.556, que el matrimonio puede ser anulado por vicio de la voluntad, si hubo en uno de los cónyuges, al consentir, un error esencial en cuanto a la persona del otro. Para Silvio Rodrigues, el error sustancial o esencial es un error tan grande que si se supiera la realidad, el consentimiento no se expresaría por la forma en que se dio⁽⁴⁹⁶⁾.

Hay unanimidad para considerar el error como vicio del consentimiento en materia matrimonial, pero no lo hay en cuanto a precisar los límites y alcances que dicho vicio debe tener.

Según lo manifestado por Augusto César Belluscio⁽⁴⁹⁷⁾, al respecto se contempla el error de derecho (*error iuris*) y el de hecho (*error facti*). A su vez, en el error de derecho se distingue un error sustancial sobre la identidad del propio acto matrimonial, la ignorancia de la esencia del matrimonio que más parece aproximarse al error sobre la naturaleza del acto que al error de derecho, que excluye el consentimiento matrimonial y es causal de nulidad, de ciertos errores accidentales (sobre la unidad, indisolubilidad o dignidad sacramental del matrimonio, y certeza u opinión de que la unión contraída va a ser nula) que no lo vician.

En cuanto al error de hecho, se diferencia el error acerca de la persona (*error in persona*), del error sobre las cualidades de la persona.

El error sobre las cualidades de la persona (*error qualitatis*) no es causal de invalidez, a no ser que se pretenda determinada cualidad directa y principalmente, por encima de la identidad de la persona misma con la cual se va a contraer matrimonio. Es el antiguamente denominado “error sobre la cualidad de la persona que redundante en error acerca de la persona misma” (*error qualitatis in personam redundans*).

Respecto del error sobre la persona y el error sobre las cualidades de la persona, en doctrina se sostienen las siguientes opiniones:

- a) La más restringida, según la cual el único error comprendido es el que versa sobre la persona física, con lo que no habría habido modificación alguna respecto de las normas que anteriormente regulaban el tema.

(496) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. Ob. cit., p. 84.

(497) BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Família*. Ob. cit., p. 234.

- b) La que no comprende solo el error sobre la persona física, sino también el error sobre las demás cualidades sociales que identifican a la persona, como el nombre o la pertenencia a determinada familia.
- c) La que se extiende, en cierta y variable medida, a las cualidades esenciales de la persona, especialmente las de orden moral.

En la legislación comparada y la doctrina se distinguen claramente dos sistemas sobre el error: Según el primero, solo el error que recae sobre la identidad del contrayente puede dar lugar a la nulidad. El segundo sistema, donde se encuentra, grosso modo, el de Brasil⁽⁴⁹⁸⁾, sostiene que también debe anularse el matrimonio cuando el error ha recaído sobre las cualidades esenciales de la persona. El error es esencial cuando recae sobre la identidad del otro cónyuge, su honra y buena fama, cuando el error es tal que torne insoportable la vida en común al cónyuge engañado; la ignorancia de un crimen no excarcelable anterior al casamiento y definitivamente juzgado por sentencia criminal; la ignorancia anterior al casamiento de defecto físico irremediable o de enfermedad grave y transmisible por contagio o herencia, capaz de poner en riesgo la salud del otro cónyuge o de la descendencia; el desfloramiento de la mujer, ignorado por el marido.

Nuestro Código Civil de 1984 establece en su artículo 277 inciso 5) que es anulable el matrimonio de quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del que haga insoportable la vida común. 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. En ese sentido, se aprecia la forma en la que la teoría del error ha sido considerada en nuestro ordenamiento jurídico, la cual además precisa taxativamente cuáles son los defectos de carácter sustancial que afectan la institución matrimonial.

En doctrina encontramos una crítica a la teoría del error, haciendo un análisis práctico del problema que lleva a la conclusión de que no es posible invalidar el acto matrimonial por este motivo. Esta conclusión resulta a todas luces evidente en el caso del error sobre la identidad de los contrayentes, los que están obligados a comparecer ante el funcionario público y justificar documentalmente su

(498) Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cónyuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cónyuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cónyuge ou de sua descendência;

IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cónyuge enganado.

identidad expresando su nombre, edad, domicilio, filiación, profesión, etc., cabe preguntar entonces: ¿Quién puede sostener más tarde que creía casarse con Pablo cuando en realidad se casó con Pedro? Efectivamente, es en cierta medida una quimera que se produzca el error; no obstante, en el ámbito jurídico y dado nuestro medio social, todo es posible.

La presente causal analizada busca invalidar el matrimonio celebrado por error en el cónyuge de buena fe; es decir, el error en el cónyuge perjudicado, quien tiene la reserva de la acción para ejercitarla en un plazo de dos años de celebrado el matrimonio. Sin embargo, puede darse el caso que conociendo el error en que se incurra con la persona, el matrimonio pueda ser convalidado por el transcurso del plazo de caducidad.

El matrimonio tiene una alta relevancia legal y social, que sería contradictorio admitir la anulación por cualquier motivo de error, razón por la cual la teoría del error se diferencia de la teoría del error de los negocios comunes⁽⁴⁹⁹⁾.

21.5.1.1. Conceptos no amparados en el Código Civil

- a) Error obstativo, está vinculado a la naturaleza del acto que van a celebrar los cónyuges (uno piensa que va a hacer “x” cosa y al final termina firmando; por ejemplo, unos papeles de matrimonio o puede ser que uno le otorga poder a alguien para que realice cierto acto con una persona específica y al final lo termina celebrando con otra).
- b) Error en la cualidad, son los actos accidentales que no invalidan en inicio el acto, pero la consecuencia o trasfondo llegan a establecer la invalidez (uno se quiere casar con una persona de una condición o estatus y termina casándose con una que no forma parte de aquella).

21.5.1.2. Prueba

Cualquier medio probatorio que acredite el conocimiento equivocado o la ausencia de conocimiento respecto del cónyuge o respecto del acto jurídico, que condujo a la celebración del matrimonio.

21.5.2. Dolo

El dolo, como sabemos, es aquel vicio de la voluntad que consiste en el error provocado por el artificio o la omisión de la otra parte interviniente en el acto o de un tercero, conducta empleada con la finalidad de hacer decidir al que lo sufre, la realización de dicho acto⁽⁵⁰⁰⁾.

(499) LÓBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 106.

(500) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 240.

Como vicio del consentimiento matrimonial, presenta íntima vinculación con el error, en todo caso son confundidos. No obstante, el dolo constituye un vicio autónomo y carecería de sentido si estuviera absorbido por el error⁽⁵⁰¹⁾.

El dolo puede ser positivo o negativo, por omisión, destacándose que sobre el futuro contrayente pesa grave deber moral de explicarse. La contemplación del dolo se fundamenta en el vicio del error provocado, que afecta la intención de la víctima.

Los requisitos del dolo, causal de invalidez del vínculo, son los previstos para el dolo en general aplicados al consentimiento matrimonial⁽⁵⁰²⁾.

Respecto del dolo, un considerable sector de la doctrina alega su exclusión como vicio del consentimiento matrimonial, ya que se considera que no debe tenerse en cuenta por ser natural que existiese en el matrimonio, pues sería normal que para llegar a él los futuros contrayentes trataran de aparecer con virtudes que en realidad no tenían; así lo expresó Loysel en sus *Institutes coutumières*, con una máxima de tono humorístico: *en mariage trompe qui peut* (en el matrimonio engaña quien puede), criterios estos absolutamente discutibles.

El dolo implica toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para conseguir la celebración del matrimonio.

En doctrina encontramos una sistematización de los casos del dolo en la celebración del matrimonio, la cual clasifica los errores en los que puede hacerse incurrir a un cónyuge respecto de las diversas cualidades del otro:

21.5.2.1. Engaño sobre cualidades físicas

21.5.2.1.1. Defecto físico en general

En principio, el ocultamiento de un defecto físico, sea que disminuya las cualidades estéticas, la capacidad de trabajo o la salud de un cónyuge, no vicia el consentimiento del otro. Pero si se trata de un defecto físico grave que pueda hacer repugnante la convivencia a punto tal que pueda estimarse que, de habérselo conocido, el matrimonio no se habría celebrado, debe ser tenido en cuenta; claro está que con la condición de que hubiera podido razonablemente ser ocultado durante la relación prematrimonial, lo que es improbable que ocurra, aunque pudiera perfectamente darse.

(501) *Ibidem*, p. 242.

(502) *Ibidem*, p. 243.

21.5.2.1.2. Defecto físico de la función reproductora

En principio, este tipo de defecto no podría dar lugar a vicio consensual, pues la cuestión quedaría regida por un precepto expreso, que considera causal de anulabilidad del matrimonio a la impotencia. De tal modo, el defecto provocaría la impotencia, y sería causal de anulación independiente del vicio consensual.

Sin embargo, no cabe excluir totalmente la existencia de vicios de conformación que no impidan la relación sexual, pero que resulten dificultosos para la relación matrimonial; en tal caso, la anulación fundada en la ocultación dolosa podría ser admitida.

21.5.2.1.3. Esterilidad

En cuanto a la esterilidad, también en principio no cabría tenerla en cuenta, pues, aunque impediría la procreación, no afectaría el posible cumplimiento de los demás fines del matrimonio. Sin embargo, podría asumir importancia la esterilidad voluntariamente provocada (vasectomía bilateral en el hombre o ligadura de las trompas de Falopio en la mujer), ocultada a un contrayente que hace motivo esencial de la celebración el deseo de procrear.

21.5.2.1.4. Enfermedad contagiosa o hereditaria

La ocultación de una enfermedad contagiosa o hereditaria capaz de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de la descendencia que pudiera haber de la unión, es un caso de dolo que debe ser admitido, ya que puede presumirse que normalmente no se contraería el matrimonio sometiéndose a tal riesgo.

21.5.2.1.5. Enfermedad mental

Se ha juzgado que no es posible el dolo por ocultamiento de la enfermedad mental, pues o bien el contrayente es demente y no puede cometer dolo, o bien no lo es y nada tiene que ocultar. A este razonamiento habría que agregar la posibilidad de que el enfermo, con intervalos lúcidos o remisiones periódicas del mal, sepa de su existencia y lo oculte, circunstancia tenida en consideración por la jurisprudencia francesa dentro de la construcción relativa al error y como consecuencia de no estar prevista directamente la locura como causal de anulación del matrimonio, pero en tal caso bastaría invocar la situación objetiva, el impedimento de falta de razón, sin necesidad de acreditar el dolo.

21.5.2.1.6. Ocultamiento del embarazo

El ocultamiento, por la mujer, de embarazo anterior al matrimonio y proveniente de relaciones sexuales con un tercero, sería un engaño de suficiente gravedad para configurar dolo. En efecto, no es razonable que un hombre se case con una mujer embarazada por obra de otro.

21.5.2.1.7. Suposición del embarazo

En cambio, la suposición de embarazo para obtener el consentimiento del novio no pasaría de ser un mero ardid intrascendente. En tal caso, no podría concluirse con certeza que de haber sabido la verdad no se habría casado; por otra parte, su actitud no sería muy digna de protección, ya que si el engaño pudo producirse fue porque realmente había tenido relaciones sexuales con la mujer con la cual se casó y se creyó obligado a regularizar la situación.

21.5.2.2. Engaño sobre cualidades morales

El engaño sobre las cualidades morales debe ser admitido cuando se trata de situaciones de tal gravedad que pueda suponerse que, de haber sido conocidas antes del matrimonio, este no habría sido contraído, siempre que al llegar al conocimiento del otro contrayente le haga intolerable la vida en común. Es lo que ocurre; por ejemplo, en los casos de condena penal por delito grave, la homosexualidad, ejercicio de la prostitución, vida deshonesta anterior al matrimonio, e inclusive, si puede acreditarse que el tema tiene trascendencia para el otro contrayente, el concubinato anterior del que hubo hijos, o simplemente la existencia de hijos extramatrimoniales.

21.5.2.3. Engaño sobre la identidad o defecto sustancial del otro cónyuge

La presente causal de anulabilidad se refiere al error de uno de los contrayentes sobre la identidad física de su cónyuge; es decir, defectos sustanciales de la persona que implique hacer insoportable la vida en común. Nuestro Código Civil detalla taxativamente los defectos sustanciales de la persona, no se admiten otros fuera de la norma, a continuación se detallan:

- Vida deshonrosa. Se refiere a actitudes que perjudiquen el honor y el nombre de la persona.
- La homosexualidad. Se refiere a la preferencia sexual de uno de los cónyuges por personas de su mismo sexo.
- La toxicomanía. Considerado como el padecimiento de un problema de salud de uno de los cónyuges por el consumo excesivo y descontrolado de sustancias psicotrópicas.
- La enfermedad grave de carácter crónico. Entendida como el ocultamiento de la enfermedad severa de uno de los cónyuges.
- La condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de libertad. Referido a la existencia de una sentencia condenatoria contra uno de los cónyuges; no obstante, puede darse el caso que dicha situación sea de conocimiento de ambos y aun así persistan en su decisión de contraer nupcias.
- El ocultamiento de la esterilización. Se trata del ocultamiento de la esterilización de uno de los cónyuges al momento de dar el consentimiento matrimonial,

de tal manera que uno de los contrayentes se ve perjudicado al no cumplir con sus ideales de generar prole.

- El ocultamiento del divorcio. Se trata del ocultamiento del divorcio de uno de los contrayentes, el cual si hubiera sido previamente conocido no se hubiera dado el consentimiento matrimonial.
- Como se observa, la presente causal analizada busca invalidar el matrimonio celebrado por error en el cónyuge de buena fe; es decir, el error en el cónyuge perjudicado, quien tiene la reserva de la acción para ejercerla en un plazo de dos años de celebrado el matrimonio. Sin embargo, puede darse el caso que conociendo el error en que se incurra con la persona, el matrimonio puede ser convalidado por el transcurso del plazo de caducidad.

Si el error es provocado por dolo, probado este y la gravedad del error sufrido, la cuestión se decidirá en razón del vicio de dolo⁽⁵⁰³⁾. Esa es la diferencia fundamental entre el error y el dolo en tanto vicios del consentimiento matrimonial.

21.5.2.4. Prueba

Cualquier medio probatorio que acredite el engaño u ocultamiento de información al cónyuge que condujo a la celebración del matrimonio.

21.5.3. Violencia

La violencia es la presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto. Esta presión puede consistir en la fuerza física (*vis absoluta*) o en una coacción psíquica (*vis compulsiva*), que se concreta en la amenaza dirigida contra el individuo para hacer que nazca en su espíritu un temor insuperable de un mal cierto e inminente.

La violencia es el vicio más grave del consentimiento, pues puede producir hasta la completa desaparición de la voluntad. Además, como se presenta con un carácter objetivo bastante marcado, que hace fácil su comprobación, el legislador no puede dejar de tenerla en cuenta.

La coacción física constituye un impedimento dirimente privado en un sector del Derecho Civil; pero hay legislaciones que no la mencionan por considerar que las formalidades previas de declaración, información, publicación y las del mismo acto de celebración, la hacen imposible.

Nuestro Código Civil, ubicándose en este último grupo, solo se refiere a la *vis compulsiva*, al declarar anulable el matrimonio de quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído; y agrega que el juez apreciará las

(503) BOSSERT, Gustavo. A. y ZANNONI, Eduardo. A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 146.

circunstancias, sobre todo, si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas, de conformidad con lo establecido por el artículo 277, inciso 6.

Para que la amenaza pueda ser invocada como causal de invalidez del matrimonio, debe ser grave; es decir, suscitar tal temor por el peligro que entraña, que resulte decisiva en la determinación de la voluntad.

Naturalmente, la calificación de la amenaza como grave deja amplio margen al juez, el cual deberá tener en cuenta la disposición genérica del artículo 216 del Código Civil, aplicable al caso, según el cual, para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y demás circunstancias y la específica del artículo 277, inciso 6.

Asimismo, para calificar la amenaza, el juez deberá tener en cuenta que la libertad de los pretendientes está garantizada por las formalidades que indica el artículo 259, pues tales pretendientes deben ratificarse en su propósito ante el alcalde y dos testigos.

La violencia debe ser injusta e ilegítima, porque la amenaza del ejercicio regular de un derecho, como la de perseguir la responsabilidad esponsalicia, no anula el acto, esto de conformidad con lo establecido por el artículo 217 del Código Civil.

La doctrina está acorde en sostener que la violencia que invalida el matrimonio no es, únicamente, la ejercida por uno de los contrayentes sobre el otro, sino aun la que emana de tercera persona, y este mismo criterio es aplicable en la línea del artículo 214 del Código Civil. De aquí se infiere que también la intimidación puede alegarse como vicio del consentimiento cuando la esgrimen los padres del mismo contrayente; pero en este caso el juez deberá tener presente que tal coacción ha de ser grande, pues el simple temor reverencial, inspiración en el respeto a ciertas personas o en el deseo de no desagradarlas, no bastan para anular el acto, según el artículo 277, inciso 6.

Algunos tratadistas consideran que también debe comprenderse a la violencia que surge de ciertos acontecimientos externos, como sería el caso de una mujer que, estando en país enemigo, contrajera matrimonio a fin de adquirir la nacionalidad de su marido y evitarse la persecución.

Pero el mal con que se amenaza, además de ser grave, ha de ser inminente; es decir, que suscite el fundado temor de su realización inmediata, de modo que falte el tiempo necesario para requerir el amparo de la autoridad pública o que no sea posible tal requerimiento. Se excluye, por lo tanto, el mal remoto, simplemente posible o susceptible de ser prevenido, aunque sea muy grave.

Por último, la amenaza debe ser capaz de producir en el amenazado un estado de temor sin el cual hubiera contraído el matrimonio; y estar dirigida contra el propio contrayente o contra terceras personas allegadas.

Tanto en el caso del error como en el de violencia, la acción para pedir la invalidez del matrimonio corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado, esto es, al que fue víctima del error o de la amenaza.

La presente causal de anulabilidad tiene como sustento la existencia de una amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no se hubiera brindado el consentimiento matrimonial, en ese sentido, estamos ante una causal que se presenta al momento de dar el consentimiento matrimonial, el cual está viciado por la existencia de una amenaza que debe implicar: un mal grave, inminente y que debe producir un estado de temor, bajo estos criterios la amenaza debe ser de realización inmediata y determinante, de tal forma que ocasione en el afectado un estado de temor que condicione su voluntad a efectos que se le obligue a brindar su consentimiento matrimonial, por lo cual la amenaza no solo podría estar dirigida contra la persona víctima de la amenaza, sino también contra terceras personas vinculadas al contrayente.

Por otro lado, en lo referente al temor reverencial, nuestro Código Civil señala que no anula el matrimonio; sin embargo, podría presentarse la violencia entre el superior y el subordinado, en ese sentido no cabría la exclusión de dicha posibilidad; no obstante, dado que el temor reverencial no tiene efectos jurídicos en los actos jurídicos en general, se desprende que tampoco en el matrimonio.

Respecto a la legitimidad para ejercer la acción, nuestro Código Civil reserva la acción al cónyuge agraviado, quien ha sido objeto de intimidación, y caduca si no se interpone dentro del plazo de dos años de celebrado el matrimonio.

21.5.3.1. Prueba

Cualquier medio probatorio que acredite la violencia física o psíquica a la que fue sometido el cónyuge, que condujo a la celebración del matrimonio.

21.6. Impotencia

La impotencia es un impedimento matrimonial sustentado en que uno de los fines del matrimonio es la unión de los sexos (procreación o satisfacción).

Está referido a la imposibilidad de mantener relaciones sexuales entre sí. De nada sirve que el cónyuge demandado pruebe que con otro(a) si funciona. No tiene nada que ver con la frigidez, ni la eyaculación precoz.

La impotencia a que la ley se refiere es la imposibilidad de realizar el acto sexual (*impotentia coeundi*), y no la imposibilidad de generar (*impotentia generandi*), que es esterilidad, y no impotencia⁽⁵⁰⁴⁾. No solo involucra limitaciones físicas de la persona para efectuar el acto sexual, sino también implica la existencia

(504) BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 341.

de problemas psíquicos que impiden a la persona poder realizar la cópula. En el caso de las mujeres se presenta la imposibilidad de ser accedidas por su cónyuge; por ejemplo, el *vaginismus*, la atrofia vaginal.

21.6.1. Legitimación

La acción corresponde a ambos cónyuges y puede ejercitarse siempre que subsista la impotencia. No procede la anulación del matrimonio si ambos cónyuges pueden realizar la cópula sexual.

El matrimonio celebrado por persona que adolece de impotencia absoluta (*coeundi*) es anulable, a tenor de lo establecido en el artículo 277, inciso 7.

Otro es el caso, desdoblable en dos hipótesis, en que el cónyuge del impotente no quiere renunciar a su aspiración y a su derecho de procrear dentro del matrimonio. La primera hipótesis consiste en que, al momento de casarse, el mencionado cónyuge ignoraba la impotencia del otro; evento en el cual habría bastado añadir este caso de ignorancia a aquellos en que la ley franquea la anulabilidad por error o desconocimiento de una calidad sustancial del otro contrayente, que haga insoportable la vida en común.

La circunstancia de que la ley no haya involucrado este caso en el error-ignorancia, revela que lo que quiere sancionar es la impotencia de esta y no el que el otro cónyuge la hubiera ignorado. Y precisamente por el mismo razonamiento se comprende que también proceda la anulación en la segunda hipótesis, a saber, la de que, al momento de contraer matrimonio, uno de los cónyuges conocía la impotencia del otro. La aparente sinrazón de que, en esta hipótesis, se franquee la acción anulatoria a quien se casó a sabiendas de la impotencia del otro, se disipa si se tiene en cuenta que no se debe obligar a alguien a mantener indefinida o definitivamente su renuncia a procrear. Más aún: se explica también que se otorgue acción anulatoria al propio cónyuge impotente, permanentemente expuesto al doble riesgo, el auditorio y, si se trata del varón, de ser tenido por padre matrimonial del hijo que conciba su mujer obviamente de un tercero.

Semejante razonamiento persuade de acierto la ley, cuando veda la acción anulatoria en el caso de que ninguno de los cónyuges pueda realizar la cópula sexual, de conformidad con lo establecido por el artículo 277, incluso 7.

21.6.2. Prueba

A criterio de Borda⁽⁵⁰⁵⁾ es admisible la confesión, siendo la pericia la prueba básica.

(505) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Ob. cit., p. 199.

21.7. Contrayentes de buena fe ante funcionario incompetente

La buena fe consiste en la ignorancia de cualquiera de los cónyuges sobre la calidad del funcionario que celebra el matrimonio, dicho error debe ser excusable. En ese sentido lo que configura la buena fe es la honestidad y rectitud del propósito y conducta. Sin embargo, dicha causal en cierta medida carece de relevancia, toda vez que los matrimonios tienen como requisito esencial que sean celebrados por el alcalde, quien además por delegación, puede encomendar dicha función a cualquier otro funcionario de la entidad edil.

Nuestro Código Civil vigente determina que la acción corresponde al cónyuge de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.

Cuando el matrimonio ha sido contraído ante un funcionario incompetente a sabiendas de que lo era, es nulo, como ya se ha dicho (con la única y explicable salvedad de que los cónyuges no podrán plantear la acción invalidatoria); pero cuando uno de ellos o los dos ignoraban tal incompetencia, el matrimonio deviene simplemente en anulable. La acción, queda reservada solo al cónyuge de buena fe o ambos si los dos la hubieran tenido; y caduca si no se plantea dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio, de acuerdo al artículo 277, inciso 8, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal del funcionario que intervino indebidamente.

21.7.1. Prueba

Cualquier medio probatorio que acredite la incompetencia del funcionario ante quien se celebró el matrimonio.

22. Indemnización por invalidez del matrimonio

Ante la producción de un resultado lesivo debe verificarse la presencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil; es decir, la producción de un daño, la existencia de un nexo de causalidad, la antijurídica y el factor de atribución de responsabilidad.

Si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por inejecución de obligaciones, derivadas del matrimonio o ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, esto dependerá de cada caso en concreto y la naturaleza del acto matrimonial⁽⁵⁰⁶⁾; no obstante, se considera que por la especialidad de nuestro derecho de familia es conveniente que se apliquen las disposiciones previstas para la responsabilidad extracontractual.

(506) MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos. "Indemnización por invalidez de matrimonio". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 219.

La acción de indemnización solo la puede ejercer el cónyuge que actuó de buena fe, que se vio perjudicado por la invalidez del matrimonio por la actuación de su consorte. Si bien es cierto que la reparación del daño abarca el aspecto moral de la persona, nada restringe que también puede abarcar los daños de tipo patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral o daño a la persona), siempre que se acredite cada supuesto en forma debida.

IV. ILICITUD MATRIMONIAL

23. Validez del matrimonio ilícito. Impedimentos impidientes

La ilicitud matrimonial es una institución familiar distinta de la nulidad y anulabilidad de matrimonio, en virtud de la cual se generan diferentes consecuencias jurídicas para aquellos matrimonios celebrados a pesar de adolecer de impedimentos impidientes coetáneos al momento de la celebración del matrimonio. Estos, generalmente, implican la no observancia de requisitos o condiciones que el ordenamiento jurídico establece que deben cumplir los promitentes incurridos en tales impedimentos para contraer un matrimonio plenamente lícito. La ilicitud matrimonial no implica invalidez, por lo tanto los matrimonios ilícitos son válidos, sin embargo en virtud de su celebración, le son aplicados determinados efectos jurídicos negativos dependiendo de cada supuesto.

Por tal razón, estos matrimonios, a pesar de su validez, son considerados matrimonios ilícitos.

24. Características

- a) Es generada por matrimonios viciados de impedimentos impidientes, vale decir, supuestos distintos de aquellos que generan nulidad o anulabilidad del matrimonio.
- b) Los vicios son coetáneos a la celebración del matrimonio.
- c) No produce invalidez de matrimonio.
- d) Produce los efectos jurídicos de un matrimonio válido.
- e) Las consecuencias jurídicas son distintas a la invalidez de matrimonio y dependen del impedimento impidiente del que adolece el matrimonio.

25. Casos

Adicionalmente a las instituciones que producen la invalidez y consecuente ineficacia jurídica del matrimonio, tenemos supuestos que generan en el matrimonio infracciones jurídicas distintas a la invalidez. Tales supuestos, como sabemos, no son otros que los constituidos por los denominados impedimentos impidientes.

Nuestro Código Civil señala en su artículo 286 que el matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido. Se trata pues de los denominados

impedimentos impeditivos para contraer matrimonio y a los matrimonios sujetos a tales circunstancias, son conocidos en doctrina como los denominados matrimonios ilícitos, los cuales tienen plena validez.

Los supuestos de matrimonios válidos pero ilícitos en virtud de las consecuencias jurídicas negativas con las cuales el ordenamiento jurídico sanciona su celebración, son los siguientes:

25.1. Menor de edad

El primer supuesto es el matrimonio contraído por el menor de edad sin el consentimiento requerido por la ley. La minoría de edad, es una situación jurídica distinta a la impubertad, ya que esta es solo una faceta o aspecto de la primera. La infracción del requisito del consentimiento de los padres o ascendientes para el matrimonio del menor de edad no afecta la validez del matrimonio, y solo acarrea la sanción económica y moral consagrada en el artículo 247 del Código Civil; esto es, la de que el menor no goza de la posesión, administración, usufructo, las facultades de gravamen y disposición de sus bienes hasta que llegue a su mayoría de edad⁽⁵⁰⁷⁾.

Puede ocurrir que el menor de edad logre contraer matrimonio, sin recabar el consentimiento requerido. Frente a este hecho, la doctrina es casi unánime en considerar que la invalidez del matrimonio del menor de edad constituiría una sanción excesiva de la falta cometida, pues el daño que se causaría con la disolución del hogar formado superaría casi siempre al posible daño que se quiso evitar al referido menor de edad. Además, es frecuente que por intereses económicos se induzca a un menor a casarse contra la opinión de su familia, por lo que parece más adecuada la imposición de una sanción también económica⁽⁵⁰⁸⁾. Tal criterio ha sido plasmado en nuestro ordenamiento jurídico.

Héctor Cornejo Chávez nos explica que en nuestro Código Civil funciona otra razón que impediría una sanción tan grave como la invalidez del matrimonio: la de que ella violentaría nuestras costumbres que, conformadas a las tradiciones del matrimonio religioso, nunca vieron que por semejante causa hubiera de invalidarse el matrimonio⁽⁵⁰⁹⁾.

En tal sentido, nuestro Código sanciona al menor de edad que, pese a las limitaciones existentes, se casa sin consentimiento de quienes debían prestarlo estableciendo una privación y limitación en la posesión, administración y usufructo en las facultades de disposición de sus bienes hasta que alcance la mayoría.

(507) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 218.

(508) *Ibidem*, pp. 153-154.

(509) *Ibidem*, p. 154.

Si, a raíz de dicha sanción, el menor quedase reducido a un estado de necesidad, tanto más posible cuanto que el matrimonio contraído, que no es inválido, habrá de imponerle mayores obligaciones pecuniarias, tendrá expedita la vía alimentaria en los términos que señala el propio Código Civil en el capítulo respectivo.

Por otro lado, nuestra normativa establece las sanciones aplicables tanto al menor de edad que se case sin el requisito del consentimiento señalado por ley, como al registrador que lo case a pesar de ello. Resulta curioso que siendo la ley relativamente benigna con el menor de edad, la ley sea en cambio, severa con el funcionario que celebró el matrimonio, al cual se le impone una multa no menor al monto de diez sueldos mínimos vitales mensuales del lugar que corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera incumbirle, según el artículo 247 del Código Civil⁽⁵¹⁰⁾.

25.2. Tutor o curador

El inciso 1) del artículo 243 se refiere al matrimonio del tutor o del curador con el menor o el incapaz, en este caso, el matrimonio se permite siempre que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela hubiesen autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. La norma exige cierta formalidad para permitir el matrimonio, esto para salvaguardar los intereses de la persona sujeta a tutela o curatela. En caso de que el tutor o curador infrinjan la presente norma se le sanciona pecuniariamente con la pérdida de su retribución, sin perjuicio de la responsabilidad de su cargo.

El Código brasileño establece que no pueden casarse el tutor o curador y sus descendientes, ascendientes, hermanos, sobrinos, o acñados, con la persona bajo tutela o curatela, mientras no termine la tutela o curatela, y no sean pagadas las cuentas (art. 1.523, IV).

25.3. Viudo y administración de bienes

El inciso 2) del artículo 243 se refiere al matrimonio del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que estos no tienen bienes. En ese sentido, la norma trata de proteger los bienes de los hijos que aún siguen siendo administrados por el viudo con la finalidad que no se produzca una confusión de patrimonios entre los originados con el cónyuge anterior y el nuevo.

(510) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 154.

De acuerdo con el artículo 1.523, I, del Código brasileño no deben casarse la viuda o el viudo que tiene el hijo del cónyuge fallecido, mientras que no haga inventario de los bienes y dar la comparte a los herederos.

La infracción de esta norma acarrea la sanción pecuniaria de pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos.

25.4. Plazo de viudez

El inciso 3) del artículo 243 se refiere al matrimonio de la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición es aplicable a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado. Según Díez - Picazo se trata de evitar la confusión de la paternidad durante dicho plazo⁽⁵¹¹⁾. Dispositivo equivalente existe en la legislación brasileña (CC, 1.523, II).

Por otro lado, es posible que se dispense el plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por la autoridad competente, de tal manera que con ello se le permitiría contraer nuevas nupcias sin que existan problemas de filiación. Así también se manifiesta el ordenamiento jurídico brasileño (artículo 1.523, párrafo único).

No obstante, si la viuda contraviene la prohibición es sancionada con la pérdida de los bienes que hubiera recibido de su marido a título gratuito, similar situación ocurre con la mujer divorciada o la que se le anuló el matrimonio.

V. MATRIMONIO PUTATIVO

26. Concepto

Todo matrimonio invalidado es ineficaz, salvo que mediando la buena fe de uno de los contrayentes, produzca efectos respecto de este. Se cree celebrarse un matrimonio válido sin serlo.

La buena fe es la condición esencial y suficiente para la existencia del matrimonio putativo⁽⁵¹²⁾, purifica la invalidez⁽⁵¹³⁾ y admite sus efectos a pesar del vicio.

Es un matrimonio reputado o tenido como si fuera tal, sin serlo. Es una apariencia que justifica sus efectos en razón de la buena fe.

(511) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. "El matrimonio como acto". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 155.

(512) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Ob. cit., pp. 142 y 143.

(513) LÓBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 111.

El matrimonio putativo surge como una forma de mitigar las consecuencias nocivas de la retroactividad del reconocimiento judicial de nulidad o anulación del matrimonio, en lo referente a los intereses de los cónyuges y los hijos. Pasó el instituto a reconocer efectos retroactivos a la sentencia de quien se había casado con inequívoca buena fe, sin saber en el momento de la celebración los impedimentos generadores de la nulidad del matrimonio⁽⁵¹⁴⁾.

27. Definición

Es el matrimonio inválido cuyo impedimento es desconocido por uno o ambos cónyuges; es decir, es un matrimonio reputado como válido en mérito de la ignorancia de la causal de invalidez. Esta ignorancia es la encarnación de la buena fe, que puede incluir tanto a los dos como a solo uno de ellos.

28. Etimología

La raíz latina del adjetivo putativo (*putatīvus*) procede del verbo latino *puto*, *putare* que significa juzgar, creer, pensar y suponer. Para nuestro caso, el matrimonio debe ser entendido como aparente, fingido, presunto y pretendido.

29. Denominación

Se le llama también matrimonio de opinión, matrimonio de reputación o matrimonio imaginario por creer que se trata de una unión conyugal válida de origen.

También, matrimonio supuesto, ya que tiene apariencia de tal, sin serlo en realidad.

30. Características

Se caracteriza por lo siguiente:

- Existencia de un impedimento.
- Desconocimiento e ignorancia del impedimento.
- Buena fe al momento de la celebración.
- Celebración de un matrimonio.
- Produce efectos respecto del cónyuge que actúa de buena fe.
- Surte efectos civiles como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

31. Casos

Los casos pueden ser de los más variados.

(514) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 116.

El casamiento de dos hermanos sin saber la existencia del parentesco colateral; o con la hermana desconocida de su ex mujer; aquel que se casa con un menor de edad con la idea de su mayoría.

En definitiva, se da por la existencia de un error. No sabía que era casado (error de hecho), no sabía que era impedimento (error de derecho).

32. Ignorancia

Es el desconocimiento del impedimento que, sustentado en la buena fe, determina la validez del matrimonio. La ignorancia puede ser ocasionada por un error de hecho o uno de derecho:

- **Error de hecho**, cuando los cónyuges o uno de ellos ignoraba, al contraer matrimonio, la existencia del motivo del impedimento. Ni sabía que estaba casado.
- **Error de derecho**, se da cuando conociéndose la existencia del hecho, se ignora que él constituye un impedimento matrimonial. En nuestro medio se considera que el error de derecho no perjudica la buena fe. No es necesario que uno conozca todas las leyes, esto se presenta como una excepción a la regla “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento” (*ignorantia legis neminem excusat*).

33. Buena fe

La buena fe debe incidir en el desconocimiento de la existencia del impedimento matrimonial.

Consiste en la creencia, por parte de uno o de los dos contrayentes, al tiempo de celebrar el matrimonio, que lo contraen válidamente aunque exista un error de hecho o de derecho, con tal de que sea excusable, siendo indiferente el posterior conocimiento del error.

La buena fe está vinculada con la ignorancia del impedimento que afectaba la celebración del matrimonio. Esa fe positiva se necesita en el momento de la celebración del matrimonio, sin que importe que después los cónyuges se enteren de la invalidez y no la pidan⁽⁵¹⁵⁾.

Ante un supuesto de buena fe, el matrimonio surte efectos legales como si se tratara de un casamiento válido disuelto por divorcio.

El Código Civil solo se ha puesto en el caso en que solo uno de los cónyuges actúe de buena fe, solo surtirá efectos jurídicos respecto de los hijos; lo que obsta que pueda ser que ambos que actúen de buena fe.

(515) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 221.

Según Borda no parece justo, “que quien fue sorprendido en su buena fe deba sufrir, además del derrumbe de sus ilusiones y de la afrenta que importa la nulidad, la calificación legal de concubino”⁽⁵¹⁶⁾.

34. Mala fe

La mala fe conyugal consiste en el conocimiento que el(os) cónyuge(s) hubiese(n) tenido, o debido tener, en la celebración del matrimonio, de la existencia del impedimento matrimonial.

Ante un supuesto de mala fe, el matrimonio no surte ningún efecto para aquel que en pleno conocimiento actuó con ella. En consecuencia, la unión conyugal sería reputada como una simple unión estable.

En la práctica probar la mala fe es difícil. La buena fe se presume mientras no se pruebe lo contrario; no se puede preatribuir a los particulares la intención de violar la ley o derechos ajenos. Por tanto, la mala fe es la que debe ser acreditada, siendo la buena fe presumida.

35. Efectos

La consecuencia lógica de la declaración de invalidez de un matrimonio es que nunca existió, sin producir efecto alguno. La invalidez no hace desaparecer las consecuencias resultantes de la celebración del matrimonio, es preciso hacerla compatible con la existencia de los hechos producidos mientras existió.

La putatividad del matrimonio produce consecuencias jurídicas y efectos civiles solo respecto del cónyuge que actúa de buena fe y respecto de los hijos como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio⁽⁵¹⁷⁾. El matrimonio se extinguirá por disolución, no por causal de invalidez.

El artículo 1561 del Código brasileño, en su *caput*, afirma que, aunque anulable o nulo si es celebrado de buena fe por ambos cónyuges, el matrimonio en relación con estos y los hijos produce todos los efectos hasta la sentencia de anulación.

35.1. Entre los cónyuges

- Derechos y deberes derivados del matrimonio.
- Cesan todos los derechos y deberes que surgen del matrimonio.
- Uso del apellido marital.

(516) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Ob. cit., p. 179.

(517) En este sentido, se manifiesta ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Introdução ao Direito de Família*, RT, 2003, São Paulo, p. 91.

El derecho de la mujer de añadir al suyo el apellido de su marido es un derecho derivado del matrimonio. Al invalidarse el matrimonio cesa tal derecho (art. 24 del CC). No existe en nuestro ordenamiento jurídico disposición alguna que autorice a la mujer a usarlo, aunque no tenemos la menor duda que reconocida la identidad que forjara con dicho nombre le corresponderá seguir llevándolo.

- Conservación de la capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio adquirida por matrimonio la conserva el cónyuge de buena fe, perdiéndola quien actúa de mala fe. Ello se deduce de la interpretación de los artículos 24, 46 y 284 del Código Civil. El matrimonio putativo solo protege la buena fe, por lo que la capacidad adquirida por el matrimonio la pierde aquel que actúa de mala fe. Esta situación difiere cuando se disuelve un vínculo conyugal válido, caso en el cual la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este para ninguno de los cónyuges.

- Extinción del parentesco por afinidad

El parentesco por afinidad desaparecerá por efecto de la invalidez del matrimonio y, por tanto, las inhabilitaciones que tengan su sustento en él. Esta situación difiere cuando se disuelve un vínculo conyugal válido, caso en el cual la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce; subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge.

- Fenecimiento y liquidación del régimen patrimonial

Cualquiera que fuese el régimen patrimonial en vigor, este fenecerá por la invalidación del matrimonio y origina su inmediata liquidación de acuerdo a las disposiciones pertinentes para cada caso.

- Distribución de los gananciales (art. 309 del Código Civil)

Dentro del régimen de sociedad de gananciales surge la consideración sobre el destino de los gananciales que corresponderían al cónyuge que actuó de mala fe.

Nuestro Código preserva los gananciales del cónyuge que actúa de buena fe, pero no señala nada sobre el tratamiento de los gananciales que hubieran correspondido al otro cónyuge. En función de la especialidad del artículo 284⁽⁵¹⁸⁾ se sostiene que el cónyuge de mala fe pierde los gananciales que le corresponderían, aunque no se precisa a quien serán entregados o cual será su destino. Por esta última cuestión, se afirma que los gananciales corresponden a cada uno de los cónyuges en la

(518) Exp. N° 1592-98. “(...) Si no se ha demostrado la mala fe de la co-demandada en la celebración del matrimonio cuya nulidad se demanda, resulta de aplicación el art. 284 del CC para los efectos civiles del matrimonio invalidado (...). Si está acreditado el daño moral a la cónyuge demandante son de aplicación los arts. 283 y 351 del CC (...)”.

medida que no existen normas en la liquidación de la sociedad de gananciales sobre la situación del cónyuge que actúa de buena fe respecto del malicioso (arts. 320 al 324). Este razonamiento se da en razón que no debemos distinguir donde la ley no distingue. No obstante, consideramos que se requiere de una previsión legislativa que resuelva esta cuestión.

En doctrina encontramos tres posibles soluciones a este vacío legal:

- a) La primera solución es considerar que los gananciales corresponden a cada uno de los cónyuges. Se sostendría esta opinión en el hecho de que el artículo 318 establece en su inciso 1 que, la sociedad de gananciales fenece por la invalidez del matrimonio; y luego, al indicar la ley el *modus operandi* (arts. 320 a 324) no existe un adiferenciación entre la situación del cónyuge de buena fe de aquel que actúa de mala fe. Como ya se dijo, esto es en virtud del principio de que no podemos distinguir donde la ley no distingue,

Esta solución tiene la ventaja de ser práctica y aplicable; sin embargo, puede ser contraria a la disposición del artículo 284 al privar de efectos al matrimonio declarado nulo respecto del cónyuge que actuó de mala fe. Se trata de una regla específica que prima sobre la genérica que contienen los dispositivos que regulan la liquidación de la sociedad de gananciales⁽⁵¹⁹⁾.

- b) La segunda solución es la que considera que según el artículo 284 del Código el matrimonio declarado nulo no produce efectos civiles respecto del cónyuge de mala fe, y como el derecho a los gananciales es uno de tales efectos, se infiere claramente que estos son perdidos por el cónyuge malicioso. Un sector de la doctrina considera que tal criterio no es una solución porque se limita a privar al cónyuge de mala fe de sus gananciales, y no se dice a quién serán entregados.

Asimismo, privar al cónyuge de mala fe de gananciales no solamente le perjudicaría a él, sino a sus herederos, quienes tendrían que soportar las consecuencias de la malicia del causante.

- c) La tercera solución es considerar que los gananciales corresponden al cónyuge de buena fe. A tal postura puede responderse que si bien la ley quiere proteger al cónyuge de buena fe contra toda merma de sus derechos, no pretende llevar esa protección tan lejos como para amparar un enriquecimiento indebido. Existirá tal enriquecimiento si, además de sus propios gananciales, el cónyuge de buena fe pretendiera quedarse con los del cónyuge malicioso. Además, esto significaría que quien contrajo de buena fe un matrimonio nulo está en mejores condiciones que quien lo contrajo válido, lo cual es inadmisibile⁽⁵²⁰⁾.

(519) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 227.

(520) Ídem.

De otro lado, si la ley hubiera querido que el cónyuge de buena fe tome los gananciales del malicioso a título de indemnización, lo hubiera establecido expresamente, a parte de que el derecho indemnizatorio del inocente se encuentra garantizado por el artículo 283.

Cuando la anulación del matrimonio se ha producido a raíz de que uno de los cónyuges era ya casado y el otro no lo sabía, surge el problema de cómo debe realizarse la distribución de gananciales entre los dos cónyuges del bígamo.

La sociedad de gananciales originada por el primer matrimonio subsiste mientras este no se disuelva; es decir, no es afectada por la constitución ilícita de una segunda sociedad de gananciales. Por tanto, el primer cónyuge tiene derecho a gananciales, aun respecto de los bienes adquiridos durante el segundo matrimonio de su cónyuge con una persona distinta; no sería admisible que este derecho le fuera mermado por el delito de su cónyuge o el error de la segunda mujer (o marido) del cónyuge bígamo⁽⁵²¹⁾.

Si por respetarse en su integridad el derecho del primer cónyuge se sacrifica el del segundo, se infringe la disposición legal de que el cónyuge del bígamo, que se casó de buena fe, puede invocar los efectos civiles de su matrimonio invalidado, exactamente igual si este matrimonio hubiera sido válido.

- Derecho hereditario (art. 827 del Código Civil)

Si la nulidad ha sido declarada después de la muerte de uno de ellos, el otro conserva su derecho hereditario; lo que no ocurre si la invalidación ha sido declarada en vida de ambos, pues entonces, como en el caso del divorcio desaparece la vocación hereditaria.

El derecho hereditario existe a favor del cónyuge de buena fe, cuando el fallecimiento del de mala fe se ha producido antes de la sentencia de invalidez; lo que no ocurre si la invalidación ha sido declarada en vida de ambos, pues desaparece la vocación hereditaria recíproca.

Surge una importante cuestión respecto del ligamen cuando trata de saberse si, muerto el bígamo malicioso y anulado luego su matrimonio ilegal, el segundo cónyuge de buena fe tiene un derecho a la herencia de aquel, y, de ser afirmativa la solución, con qué bienes ha de cubrirse la cuota correspondiente. El artículo 827 del Código Civil resuelve el problema en el sentido de que la nulidad del segundo matrimonio no afecta los derechos sucesorios de quien lo contrajo de buena fe, salvo que el primer cónyuge (del bígamo) sobreviva al causante⁽⁵²²⁾.

(521) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 224.

(522) *Ibidem*, pp. 224 y 225.

- Derecho alimentario (arts. 350 y 281 del Código Civil)

La consideración de que al matrimonio invalidado se le considere como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio, determina la aplicación del artículo 350 del Código Civil, según el cual la obligación alimentaria entre los cónyuges cesa por la invalidez del matrimonio. A pesar de ello, si quien los pide carece de medios de subsistencia y aptitud para adquirirlos, continuará –excepcionalmente– en lo estrictamente necesario.

El Código Civil ha introducido en materia de alimentos, entre excónyuges, modificaciones importantes en aplicación del principio constitucional de igualdad del varón y la mujer ante la ley; subsistió, en teoría, el problema de saber si producida la sentencia de invalidez del matrimonio, son aplicables las normas acerca del derecho alimentario que contiene el artículo 350 para el caso de divorcio⁽⁵²³⁾, lo que hoy en día consideramos que ha sido ampliamente superado.

Si a raíz de la invalidez del matrimonio uno de los cónyuges queda en estado de necesidad, así como la circunstancia que el artículo 281 declara aplicables al proceso de invalidez del matrimonio las reglas que rigen el divorcio, podría sostenerse la procedencia que el cónyuge inocente obtenga del culpable, si este se encuentra en la posibilidad de hacerlo, una pensión de alimentos y, aun, que el culpable que cae en indigencia pueda obtenerla respecto del que ganó el proceso⁽⁵²⁴⁾.

- Régimen de indemnización (arts. 283 y 351 del Código Civil)

El daño conyugal puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial (es decir, daño a la salud física o psíquica y a la moral) y, finalmente, puede causarse también un daño emergente.

Tal como lo preceptúa el artículo 351 del Código Civil para el caso del divorcio, el cónyuge inocente tiene derecho a una reparación del daño moral si es que los hechos que determinaron la invalidez del matrimonio agravian su legítimo interés, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil.

35.2. Con los hijos

- Vigencia de la presunción de paternidad matrimonial

Atendiendo a que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los hijos, la presunción de paternidad matrimonial estará vigente hasta los trescientos días posteriores a la invalidación del vínculo matrimonial, de acuerdo con el artículo 361 del Código Civil.

(523) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 227.

(524) Ídem.

- Ejercicio de la patria potestad

De acuerdo con el artículo 282 del Código, la determinación del ejercicio de la patria potestad se establece de acuerdo con las disposiciones del divorcio. Ahora, si no continúa la convivencia entre los padres y no hay acuerdo entre ellos respecto de su ejercicio, la tenencia, régimen de visitas y alimentos debe ser decidida judicialmente según los criterios de los artículos 340 y 342 del Código Civil.

En cuanto a los efectos para los hijos, no se aplica la doctrina del matrimonio putativo cuando ambos cónyuges son de mala fe. Se les considera procreados dentro de una unión que asume las características de la unión estable; solución legal distinta de otros Códigos que extienden los efectos del matrimonio putativo –razonablemente– a este caso, por no considerarse justo que los hijos sufran las consecuencias de una falta que no han cometido. No debe perderse de vista que la solución de nuestro Código Civil es intrascendente por el principio de igualdad de las categoría de filiación. Estos efectos se encuentran regulados en el artículo 282 del Código.

Desde que la sentencia de invalidez hace desaparecer la comunidad doméstica que dio a los hijos el amparo de la potestad, es preciso que se atienda preferentemente a la situación en que estos van a quedar a raíz de la invalidez.

Este problema es semejante al que se origina con el divorcio. Al ocuparse de este, la ley determina el régimen de los hijos cuando desaparece el vínculo que unió a sus padres. Al normar los efectos de la invalidez del matrimonio no hace sino remitirse a las disposiciones pertinentes a la disolución del vínculo por obra del divorcio, de conformidad con el artículo 282 del Código Civil. Esas disposiciones dejan amplio margen al prudente arbitrio del juez y se inspiran en el interés particular y de los hijos.

35.3. Ante terceros

De acuerdo con el artículo 285 del Código, el matrimonio invalidado produce efectos como un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe. En consecuencia, quienes actuaron de buena fe tendrán la calidad de acreedores de la sociedad conyugal.

Los efectos, respecto de terceros, de la invalidez del matrimonio se encuentran regulados en el artículo 285 del Código Civil.

En Brasil, el artículo 1563 del Código Civil establece que la sentencia que decreta la nulidad del matrimonio tiene carácter retroactivo a la fecha de su celebración, sin afectar la adquisición de derechos a título oneroso por terceros de buena fe.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max: “El matrimonio como acto”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. 1ª ed., 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo 1, 7ª ed. Ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BOSSERT, Gustavo. A. y ZANNONI, Eduardo. A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “El negocio jurídico”. En: *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Vol. X, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1967.
- LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*, Studium, 2ª ed., Lima, 1987.
- MEDINA, Graciela Medina. *Los homosexuales y el Derecho a contraer Matrimonio*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos. “Indemnización por invalidez de matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª ed., Idemsa, Lima, mayo 2007.

**CAPÍTULO
SÉPTIMO**

**DECAIMIENTO
Y DISOLUCIÓN
DEL VÍNCULO
CONYUGAL**

**SEPARACIÓN DE CUERPOS
Y DIVORCIO**

CAPÍTULO SÉPTIMO

DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO CONYUGAL

Separación de cuerpos y divorcio

I. Introducción. II. Decaimiento del vínculo conyugal en el Perú: separación de cuerpos. 1. Generalidades. 2. Concepto. 3. Denominación. 4. Definición. 5. Naturaleza jurídica. 6. Características. 7. Tipos. 8. Efectos. 8.1. En cuanto a los cónyuges. 8.1.1. Suspensión de la cohabitación. 8.1.2. Fecundamiento de la sociedad de gananciales. 8.1.3. Derecho alimentario de los cónyuges. 8.1.4. Derechos hereditarios. 8.2. En cuanto a los hijos. 8.2.1. Patria potestad. 8.2.2. Alimentos. 8.3. Cosa juzgada. 9. Fin de la separación de cuerpos. 9.1. Reconciliación. 9.2. Conversión de la separación de cuerpos en divorcio. 9.3. Por muerte de uno de los cónyuges. III. Decaimiento del vínculo conyugal en Brasil: Separación judicial y separación de cuerpos. 10. El destino de la separación legal en Brasil después de la Enmienda Constitucional 66. 10.1. ¿El divorcio directo existe en Brasil?. 10.2. ¿La separación sigue presente en el sistema jurídico brasileño?. 11. La separación de cuerpos en Brasil. IV. Disolución del vínculo conyugal: Divorcio. 12. Etimología. 13. Concepto. 14. Denominación. 15. Definición. 16. Naturaleza jurídica. 17. Características. 18. Efectos. 18.1. En cuanto a los cónyuges. 18.2. En cuanto a los hijos. 19. Consecuencias. 20. Criterios. 20.1. Antidivorcio. 20.2. Prodivorcio. 21. Teorías. 21.1. Divorcio sanción. 21.2. Divorcio quiebra. 21.3. Divorcio repudio. 21.4. Divorcio remedio. 21.5. Divorcio por mutuo acuerdo. 22. Causas de disolución. V. Causales. 23. Historia. 24. Definición. 25. Naturaleza jurídica. 26. Características. 27. Clases. 28. Causales y deberes matrimoniales. 29. Tratamiento jurídico en el Perú. 30. Tipología. 31. Adulterio. 31.1. Etimología. 31.2. Concepto. 31.3. Definición. 31.4. Elementos. 31.5. *In dubio pro adulterum*. 31.6. Clasificación. 31.7. Caducidad. 31.8. Prueba. 31.9. Adulterio y/o infidelidad. 32. Violencia física o psicológica. 32.1. Antecedentes. 32.2. Definición. 32.3. Elementos. 32.4. Clasificación. 32.5. Caducidad. 32.6. Prueba. 33. Atentado contra la vida del cónyuge. 33.1. Definición. 33.2. Elementos. 33.3. Clasificación. 33.4. Caducidad. 33.5. Prueba. 34. Injuria grave. 34.1. Antecedente. 34.2. Concepto. 34.3. Definición. 34.4. Elementos. 34.5. Clasificación. 34.6. Caducidad. 34.7. Prueba. 34.8. Supuestos que abarcan la causal. 35. Abandono injustificado de la casa conyugal. 35.1. Definición. 35.2. Elementos. 35.3. Clasificación. 35.4. Caducidad. 35.5. Prueba. 35.6. Excepciones. 35.7. Diferencia entre el abandono injustificado y la separación de hecho. 36. Conducta deshonrosa. 36.1. Definición. 36.2. Elementos. 36.3. Clasificación. 36.4. Caducidad. 36.5. Prueba. 36.6. Supuestos que abarcan la causal. 36.7. Injuria y conducta deshonrosa. 37. Toxicomanía. 37.1. Definición. 37.2. Elementos. 37.3. Clasificación. 37.4. Caducidad. 37.5. Prueba. 37.6. Discrepancias. 37.7. Excepción. 38. Enfermedad grave de transmisión sexual. 38.1. Antecedente. 38.2. Definición. 38.3. Elementos. 38.4. Clasificación. 38.5. Caducidad. 38.6. Prueba. 38.7. Impedimento y casual. 39.8. Supuestos que abarcan la causal. 39. Homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 39.1. Concepto. 39.2. Definición. 39.3. Elementos. 39.4. Clasificación. 39.5. Caducidad. 39.6. Prueba. 39.7. Causal de anulabilidad o de separación/divorcio. 40. Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años. 40.1. Definición. 40.2. Fundamento. 40.3. Elementos. 40.4. Clasificación. 40.5. Caducidad. 40.6. Prueba. 40.7. Excepción. 41. Imposibilidad de hacer vida en común. 41.1. Antecedentes. 41.2. Concepto. 41.3. Denominación. 41.4. Definición. 41.5. Elementos. 41.6. Clasificación. 41.7. Derecho comparado. 41.8. Caducidad. 41.9. Prueba. 41.10. Supuestos que abarcan la causal. 42. Separación de hecho. 42.1. Antecedente. 42.2. Concepto. 42.3. Definición. 42.4. Elementos. 42.5. Improcedencia. 42.6. Garantismo. 42.7. Clasificación. 42.8. Legitimidad. 42.9. Caducidad. 42.10. Prueba. 43. Separación convencional. 43.1. Antecedente. 43.2. Definición. 43.3. Denominación. 43.4. Naturaleza jurídica. 43.5. Objetivo. 43.6. Elementos. 43.7. Fundamento. 43.8. Legitimación. 43.9. Acuerdo familiar. 43.10. Vías. 44. La causal frustrada. VI. Vías para la separación convencional y divorcio ulterior, judicial, notarial y municipal. 45. Generalidades. 46. Trámite judicial. 47. Trámite notarial y municipal. 47.1. La Ley. 47.2. El Reglamento. 47.3. Requisitos. 47.4. Esquema. 47.5. Reflexiones. VII. Cuestiones procesales de la separación de cuerpos, divorcio por causal, separación convencional y divorcio ulterior. 48. Generalidades. 49. Titulares de la acción de separación de cuerpos y divorcio por causal. 50. Hecho propio. 51. Apreciación judicial de la injuria grave. 52. Acumulación originaria y sucesiva de pretensiones. 53. Medidas cautelares. 54. Separación convencional y divorcio ulterior. 55. Titulares de la acción de separación de cuerpos y divorcio por causal. 56. Requisitos especiales de la demanda. 57. Convenios. 58. Revocación. 59. Divorcio ulterior.

I. INTRODUCCIÓN

No hay nada eterno, comenzando con la vida que algún día termina. Todo tiene un fin.

El matrimonio no es la excepción; comienza y termina, natural o voluntariamente. Con la expedición de la partida de defunción o de divorcio.

Antes de entrar al tema vale considerar que la invalidez matrimonial implica un matrimonio que no cumple con los requisitos necesarios para ser reconocido jurídicamente, es decir que carece de impedimentos matrimoniales. Tales situaciones se presentan de manera coetánea a la celebración del acto matrimonial y lo invalidan desde ese momento. Al entrar en el tema del decaimiento y la disolución del vínculo conyugal, nos estamos refiriendo a circunstancias sobrevinientes a la celebración del matrimonio que debilitan la relación conyugal hasta el punto de disolverla.

Al igual que ocurre con los supuestos de invalidez de matrimonio, las causales de decaimiento y disolución conyugal son taxativas, contempladas expresamente en la legislación. No queda al libre arbitrio de los cónyuges determinar qué circunstancias fácticas lleven a debilitar o extinguir definitivamente este.

Es un criterio generalmente aceptado en los diversos ordenamientos jurídicos, que el común denominador de las causales de decaimiento o disolución del vínculo conyugal estén, directamente, relacionadas con el incumplimiento de los deberes que surgen del matrimonio, tutelando al cónyuge inocente.

El Código Civil regula el matrimonio en todos sus matices y complejidades normando también su final. Este asunto es de suma importancia para el Derecho Civil, en general y para el derecho de las familias, en particular, debido a la dinámica de las consecuencias jurídicas derivadas de la transformación de la familia tras la ruptura⁽⁵²⁵⁾.

El decaimiento de la relación conyugal está representada en nuestro medio por la institución de la separación de cuerpos que debilita el vínculo conyugal, manteniéndola vigente, mientras que la disolución del vínculo conyugal está presentada por el divorcio.

En Brasil, hasta hace poco, más allá de la separación de cuerpos, el fin de la sociedad conyugal también se producía debido a la separación judicial, institución jurídica abolida en el sistema brasileño después de la promulgación de la Enmienda Constitucional 66, como se verá más adelante.

(525) Cfr. BARBOSA, Águida Arruda. “Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal”. En: *Direito Civil*. Vol. 7: Direito de Família. Giselda M. F. Novaes Hironaka (Orient.); BARBOSA, Águida Arruda y STEIN VIEIRA, Cláudia (Coords.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp. 134-149.

II. DECAIMIENTO DEL VÍNCULO CONYUGAL EN EL PERÚ: SEPARACIÓN DE CUERPOS

1. Generalidades

El matrimonio tiene entre sus finalidades: la procreación y subsiguiente educación de la prole y la mutua cooperación entre los cónyuges a través de una plena comunidad de vida, realizando el proyecto de vida de la pareja.

La consecución de estos fines puede verse obstaculizada en la práctica por una serie de factores adversos, provenientes de causas ajenas a la voluntad de los cónyuges y derivadas otras de la conducta de uno o de ambos cónyuges. Tales supuestos en gran medida pueden relacionarse con una infracción a los deberes y obligaciones que surgen del matrimonio y pueden traer como consecuencia el decaimiento del vínculo conyugal, que no implica necesariamente la disolución de este, sino un debilitamiento que trae consigo la suspensión de algunas situaciones jurídicas que surgen del acto matrimonial.

2. Concepto

Como tal la separación de cuerpos es una apuesta que se hace por el matrimonio. Demostrada la causal, el cónyuge perjudicado más allá de solicitar la disolución busca el debilitamiento del vínculo matrimonial, dándose a sí y a su pareja, una nueva oportunidad, a pesar del agravio conyugal.

La separación de cuerpos es una institución independiente del divorcio. Produce el decaimiento conyugal y no su terminación.

3. Denominación

Divorcio relativo⁽⁵²⁶⁾ o divorcio limitado. *Divortium ad thorum et mensam* (tá-lamo y mesa) consistente en la cesación de la obligación de cohabitar, sin que el vínculo matrimonial desaparezca⁽⁵²⁷⁾. Es llamada comúnmente separación de cuerpos o separación personal.

4. Definición

La separación de cuerpos es una institución del derecho de familia consistente en una interrupción de la vida conyugal que suspende los deberes relativos al lecho y habitación, poniendo fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.

(526) En nuestro ordenamiento la separación de cuerpos es regulada independientemente del divorcio. Sin embargo, no es posible referirse al divorcio relativo (decaimiento matrimonial) y al divorcio absoluto (disolución del vínculo conyugal) como dos caras de la misma moneda. Cfr. BUSTAMANTE ROSALES, Carola. "Definición de separación de cuerpos". En: *Código Civil comentado*. Tomo II. Derecho de Familia. Primera Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 501-502.

(527) CARBONELL LAZO, Fernando R. *Divorcio y separación personal*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, pp. 87-88.

5. Naturaleza jurídica

Es un acto jurídico familiar que modifica la relación conyugal.

6. Características

Entre las principales características de la separación de cuerpos tenemos:

- Es una institución que responde al principio de promoción del matrimonio, mantenimiento del acto matrimonial.
- Genera un estado de familia: el de separado.
- Implica una separación contenida en un título de estado, sea judicial o notarial. Es una separación de derecho, no un simple hecho fáctico.
- Puede establecerse de mutuo acuerdo o mediante causal acreditada.
- Es una institución alternativa al divorcio.
- Debilita el vínculo conyugal: suspende determinados derechos y obligaciones que surgen del acto matrimonial.
- No disuelve el vínculo conyugal.
- Extingue la sociedad de gananciales.

7. Tipos

Si bien la separación de cuerpos es una sola, para efectos prácticos puede ser dividida en dos tipos:

- **Separación judicial**, aquella decretada por el juez cuando se encuentra sustentada en una causal.
- **Separación convencional**, aquella decretada por el juez, alcalde o notario siempre que medie de común acuerdo entre las partes.

8. Efectos

Los efectos de la separación de cuerpos pueden ser distribuidos en dos grupos:

- Los que se refieren a los cónyuges, y;
- Los que se refieren a la situación de los hijos.

8.1. En cuanto a los cónyuges

8.1.1. Suspensión de la cohabitación

El primer efecto es la suspensión de los deberes de lecho y habitación, (art. 332 del Código Civil).

Cada uno de ellos queda en libertad de elegir su propio domicilio.

La suspensión del deber de cohabitación lleva implícita el débito conyugal. Siguen siendo cónyuges, manteniéndose el deber de fidelidad. El cese de la cohabitación no les permite a los cónyuges iniciar o mantener trato sexual con distinta persona.

8.1.2. Fenecimiento de la sociedad de gananciales

Origina automáticamente y de pleno derecho la extinción de la sociedad de gananciales (art. 318, inciso 2 del Código Civil).

Consentida o ejecutoriada la sentencia, la sociedad debe ser liquidada (reglas contenidas en los arts. 320 a 324 del Código Civil).

Producida la separación de cuerpos, el régimen de sociedad de gananciales, si era el que venía rigiendo, queda ipso iure sustituido por el de separación de patrimonios.

8.1.3. Derecho alimentario de los cónyuges

La relación alimentaria entre los cónyuges experimenta, como es natural, una modificación.

La obligación de darse alimentos entre los cónyuges es recíproca y depende de las posibilidades y necesidades de cada uno, de alimentante y alimentista. Concordantemente, los artículos 342 y 345 del Código disponen que el juez fijará la pensión alimenticia que uno de los cónyuges deba pasar al otro observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden, si se trata de una separación convencional⁽⁵²⁸⁾.

8.1.4. Derechos hereditarios

Este punto parecería advertir una implicancia entre los artículos 343 del Libro de Familia y 746 del libro de sucesiones del Código Civil⁽⁵²⁹⁾.

Mientras el primero preceptuaba que el cónyuge separado por su culpa pierde los derechos hereditarios que le corresponden, el segundo incluye como una de las causales de desheredación entre cónyuges el haber uno de ellos incurrido en adulterio, violencia física o psicológica, atentado contra la vida, injuria grave, abandono injustificado de la casa conyugal o conducta deshonrosa. La implicancia estribaría en que la pérdida de los derechos hereditarios por el cónyuge culpable constituye un efecto insoslayable mandado por la ley, según el artículo 343; mientras que sería facultativa del cónyuge inocente, según el artículo 746⁽⁵³⁰⁾.

(528) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 317.

(529) *Ibidem*, pp. 317-318.

(530) *Ibidem*, p. 318.

Cornejo Chávez nos explica al respecto que no existe contradicción alguna, sino que se trata de dos situaciones diferentes: si producida la causal, el cónyuge inocente plantea y gana la acción de separación rige de pleno derecho el artículo 343 y el culpable pierde sus derechos hereditarios; si, producida la causal, el cónyuge inocente no plantea demanda de separación, acaso por no herir a los hijos o por otro motivo, rige el artículo 746: el cónyuge ofendido puede desheredar al culpable⁽⁵³¹⁾.

8.2. En cuanto a los hijos

8.2.1. Patria potestad

El Código Civil distingue entre la separación por causal y la que se produce por mutuo disenso, artículos 340 y 345 del Código Civil, respectivamente.

En el primero de estos supuestos, preceptúa que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación, pero faculta al juez para que, si lo exige el bienestar de los hijos, encargue a algunos e incluso a todos ellos al otro cónyuge o, si hay motivo grave, a una tercera persona. En este último extremo, la ley prefiere que el tercero sea uno de los abuelos, hermanos o tíos; pero si no los hubiera idóneos, se puede confiar la guarda a otro pariente y hasta a un extraño.

Para el caso de la separación convencional, el régimen de la patria potestad será regulada por el convenio firmado por ambos cónyuges, presentado con la demanda, teniendo eficacia jurídica con la sola expedición del auto admisorio.

El artículo 340 del Código Civil es para el caso de separación de cuerpos por causales específicas, regulando los efectos de la eminente separación en relación a los hijos comunes de los cónyuges a separarse; es aquí donde el juez puede incidir e incluso decidir sobre el régimen de patria potestad. Así, señala que la patria potestad se confiará al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de algunos el otro cónyuge, o si hay motivo grave una tercera persona (...); así mismo si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre a no ser que el juez determine otra cosa.

Tratándose de la separación obtenida por mutuo disenso, el juez fija el régimen de la patria potestad observando lo que los cónyuges hayan acordado, siempre que el propio juez lo crea conveniente.

En todo caso, el padre a quien el juez confía los hijos es quien ejerce sobre ellos la potestad. El otro queda, en tanto, suspendido en el ejercicio de esta, pero la reasume de pleno derecho si el otro muere o resulta legalmente impedido.

(531) Ídem.

8.2.2. Alimentos

El artículo 342 del Código establece que en la sentencia de separación por causal el juez señalará la pensión que los dos padres o uno de ellos debe abonar a los hijos; y, el artículo 345, referente a la separación por mutuo disenso, manda que el juez determine la pensión a favor de los hijos y a cargo de los padres observando lo convenido.

Frente a la obligación de sostener, económicamente, a los hijos la ley atiende no tanto a la determinación de cuál de los cónyuges asumirá su tenencia y cuidado, sino a las posibilidades económicas de los esposos.

En la separación convencional la pareja lo define en la propuesta de convenio a acompañar a la demanda (art. 575 del Código Procesal Civil).

8.3. Cosa juzgada

Es importante mencionar, respecto a las decisiones judiciales concernientes a los hijos, que por mandato del artículo 341 del Código Civil, éstas no revisten el carácter de cosa juzgada y pueden ser revisadas y objeto de nuevas providencias, cuando así lo considere beneficioso para los hijos.

9. Fin de la separación de cuerpos

El estado de separación de cuerpos puede terminar por reconciliación, divorcio o muerte.

9.1. Reconciliación

Es la acción y efecto de volver a conciliar; restituir todo al estado anterior reponiendo el vínculo matrimonial que se había relajado. Como señala Pedro Bautista Tomá, “supone el olvido leal y sincero del pasado y la firme voluntad de restaurar el hogar o sea un estado de ánimo recíproco”⁽⁵³²⁾. Debe haber un perdón puro e incondicional de parte del inocente que no sea producto de error, dolo o violencia.

Después de un periodo de separación es posible que los cónyuges lleguen al convencimiento de que sus diferencias no son realmente insalvables, de que la vida común les depara ventajas que antes no apreciaron, hallen deseable y útil renovar sus relaciones⁽⁵³³⁾. La ley permite poner fin a la separación, artículo 346, al establecer que cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges.

El Código establece que si la reconciliación se produce durante el proceso, el juez manda cortarlo; si se produjere después de la sentencia ejecutoriada, los

(532) BAUTISTATOMÁ, Pedro. *Derecho de Familia: Guía teórica - práctica*. 2ª ed. Editorial Ediciones, Buenos Aires, p. 110.

(533) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., pp. 319-320.

cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso, a fin que la reconciliación, como a su turno, la propia sentencia se inscriba en el registro personal.

La cesación de los efectos de la separación en virtud de haberse reconciliado los cónyuges significa que se reanuda la vida en común, se reinstaurará un régimen de gananciales (nuevo si se liquidó o continúa el existente), se restituirá a ambos padres el ejercicio de la patria potestad y en el cumplimiento de la obligación alimentaria, etc. No podrá demandarse nuevamente la separación por los mismos hechos que fueron materia del proceso, solo por causas nuevas.

La reconciliación extingue de pleno derecho los efectos de la declaración de separación con respecto a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, reestablece los derechos y obligaciones emergentes del estado matrimonial. Se debe presumir la reconciliación, si los cónyuges reinician la cohabitación, la reconciliación como extinción de la separación es una evidente materialización del principio de promoción del matrimonio.

9.2. Conversión de la separación de cuerpos en divorcio

Contrariamente, el estado de separación de cuerpos puede desembocar en la completa ruptura del vínculo, si transcurrido dos meses los cónyuges o uno de ellos considera que no hay posibilidad de normalizar la vida conyugal, de acuerdo al artículo 354 del Código Civil.

La conversión de la separación en divorcio constituye una de las formas de extinción de la separación, en cuanto la separación tan solo suspendía los deberes relativos a la cohabitación y lecho, pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial; es decir, no tiene carácter definitivo. Ahora bien, para que esta conversión opere eficazmente es necesario el ejercicio de una acción y el pronunciamiento de una sentencia, que finalmente restituirá a los cónyuges su capacidad para contraer matrimonio, en virtud del principio de promoción del matrimonio.

9.3. Por muerte de uno de los cónyuges

La defunción de uno de los cónyuges al extinguir el vínculo conyugal produce la terminación de la separación de cuerpos.

III. DECAIMIENTO DEL VÍNCULO CONYUGAL EN BRASIL: SEPARACIÓN JUDICIAL Y SEPARACIÓN DE CUERPOS

10. El destino de la separación legal en Brasil después de la Enmienda Constitucional 66

Para una buena parte de los juristas de Brasil el divorcio directo es una realidad, un hecho indudable siendo la separación un instituto que pertenece al museo jurídico de Brasil.

Según algunos estudiosos, la modificación introducida en el § 6 del artículo 226 de la Constitución Federal no parece suficiente para que sea extinguido el instituto de la separación en el ordenamiento jurídico brasileño o, incluso, de entender la existencia del divorcio directo, sin previa separación.

Analicemos cada una de las corrientes existentes sobre el tema⁽⁵³⁴⁾.

10.1. ¿El divorcio directo existe en Brasil?

Hay quien entiende que la modificación del § 6 del artículo 226 de la Constitución brasilera no parece ser suficiente para ordenar el divorcio y consideran el dispositivo como una “Ley disfrazada de Constitución”⁽⁵³⁵⁾.

Luiz Felipe Brasil Santos cree que la supresión de la referencia a los requisitos constitucionales para la realización del divorcio –el transcurso del tiempo o la previa separación legal– no indican que los presupuestos han sido cortados de forma automática, sino solo que ya no existen en la Constitución pero sí en la legislación ordinaria, el Código Civil, como existieran durante 40 años, entre 1937 y 1977.

La idea del jurista, en espera de una modificación o supresión de hechos con relación a la separación judicial y los supuestos para obtener un divorcio en el Derecho Civil, es que la Enmienda Constitucional 66 no tendrá ningún efecto y no pasará de letra muerta⁽⁵³⁶⁾.

La Constitución afirma que el divorcio directo es posible, con la eliminación en su texto de la separación y la necesidad del paso del tiempo; como dijo el jurista portugués J.J. Canotilho, la Constitución “es una ley jerárquicamente superior –la ley fundamental, la ley básica– que está en el vértice del sistema jurídico, a la que todas las leyes tienen que someterse”⁽⁵³⁷⁾.

Tomando ello como base, Paulo Lôbo⁽⁵³⁸⁾ considera que bajo la ley brasileña hay un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la fuerza normativa propia de la Constitución. El § 6 del artículo 226 de la Constitución se califica como una norma regla porque su apoyo fáctico es determinable: el matrimonio puede ser disuelto por el divorcio, sin ninguna condición previa, un acto único de la voluntad de los cónyuges.

Se concluye que el divorcio directo tiene aplicación en Brasil.

(534) CHAVES, Marianna. “O divórcio e separação no Brasil após a emenda constitucional Nº 66”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2710, 2 dez. 2010. Disponible en: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17947>>. Acceso en: 7 fev. 2011.

(535) SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “Emenda do divórcio: cedo para comemorar”. Disponible en: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acceso en: 31/01/2010.

(536) Ídem.

(537) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra. Almedina, 1991, p. 40.

(538) LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Divórcio: alteração constitucional e suas conseqüências”. Disponible en: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acceso em: 01/01/2011.

10.2. ¿La separación sigue presente en el sistema jurídico brasileño?

En esta corriente se entiende que la separación sigue presente en el sistema jurídico brasileño, al menos como un procedimiento opcional o facultativo.

Algunos argumentan que el término puede, en el enunciado constitucional (art. 226), es un factor suficiente para la supervivencia del instituto de la separación en el sistema jurídico brasileño. Otros, con más argumentos sustanciales, dicen que el texto revocado de la Constitución solo se refería a la exigencia previa de la separación y no al propio instituto. Por tanto, se entiende que el instituto de la separación judicial no se abolió de la ley⁽⁵³⁹⁾.

En resumen, esta corriente entiende que la separación existe en el ordenamiento jurídico.

Haciendo una interpretación de los argumentos, los partidarios creen que debería seguir existiendo, por tres (3) razones:

- Opción de las partes, libre ejercicio de la autonomía privada,
- Posibilidad de la reconciliación y,
- Investigación de la culpabilidad.

11. La separación de cuerpos en Brasil

Dice el artículo 1.562 del Código brasileño: “Antes de interponer la acción de nulidad del matrimonio, la de la anulación, la de separación judicial, la de divorcio directo, o la de disolución de estable, puede requerir la parte, comprobando su necesidad, la separación de cuerpos, que será otorgado por el juez tan pronto como sea posible”.

La separación de cuerpos puede ser la opción para aquellos que desean separarse, pero mantener el vínculo conyugal. Como dice Rodrigo da Cunha Pereira⁽⁵⁴⁰⁾, desde su desaparición por razón de la citada Enmienda Constitucional, la separación sea como medida de precaución o jurisdicción voluntaria, gana fuerza y vigor, ya que llena el vacío y cumple funciones similares de la anticuada separación judicial, incluso para los que, por cuestiones de carácter íntimo, no quieren divorciarse.

Esta medida tiene el objetivo de la suspensión del deber conyugal de cohabitación. Por lo tanto, puede servir para que uno de los cónyuges tenga

(539) En este sentido, vide DELGADO, Mário Luiz. “A nova redação do § 6 do Art. 226 da CF 88: O porquê a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro”, en *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais - Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007/Mário Luiz Delgado; Antônio Carlos Mathias Coltro (coords.)*. 2. ed. rev. ampl. e atual. pela EC Nº 66/2010 (PEC do Divórcio). São Paulo: Ed. Método, pp. 26-48 2010, p. 29.

(540) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. GZ, Rio de Janeiro, 2010, p. 205.

permiso para abandonar el domicilio conyugal o para determinar que uno de ellos se retire, coercitivamente⁽⁵⁴¹⁾.

IV. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO CONYUGAL: DIVORCIO

12. Etimología

Dos marcadas tendencias. Del latín *divortium*, prevista del prefijo di-/dis (separar, divergencia, en sentidos diferentes) y la raíz del verbo *verto* (volver, dar vuelta, girar). Del verbo latino *divertere* que significa cada cual por su lado.

13. Concepto

El divorcio es una creación del Derecho.

Surge por el cuestionario enraizado de que solo la muerte disuelve el vínculo matrimonial, lo que resulta antagónico dado que el matrimonio, como acto jurídico y al surgir de la voluntad, debe terminar de la misma forma.

Un sector de la doctrina tomó en consideración las bases del Derecho Canónico, en el que el matrimonio podía ser declarado inválido, como consecuencia de la existencia de vicios, al momento de su celebración. Por la misma razón, frente a casos especiales era de necesidad permitir la terminación de la unión conyugal por diferencias conyugales, que impidan la continuidad del matrimonio.

Por su naturaleza institucional, rígida e indisoluble, el matrimonio amerita que la ley contemple casos de terminación excepcionales, decretados previa probanza por el juez, quien como funcionario del Estado asume una función decisiva en la continuidad matrimonial. Sobre esta función, y el rol estatal tuitivo en el matrimonio.

14. Denominación

Divorcio total, pleno, absoluto, vincular, *divorcio ad vinculum* o simplemente divorcio.

15. Definición

El divorcio es una institución del derecho de familia que consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo los excónyuges su capacidad para contraer matrimonio.

16. Naturaleza jurídica

Es un acto jurídico familiar que extingue la relación conyugal.

(541) Cfr. GAGLIANO, Pablo Stolze y PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 97.

17. Características

El divorcio como institución de derecho de familia tiene las siguientes características:

- Es una institución que no es promovida por el ordenamiento jurídico peruano, tomando en cuenta el principio de promoción y conservación del acto matrimonial. Así pues se establecen causales cerradas y taxativas en virtud de las cuales se pueda acceder a esta institución de familia⁽⁵⁴²⁾.
- Implica la disolución jurídica definitiva del vínculo conyugal.
- Extingue el estado de familia conyugal.
- Genera un nuevo estado de familia: divorciado(a)
- Extingue la sociedad de gananciales.
- Cuando no hay acuerdo de voluntades debe establecerse una causal. Cuando hay acuerdo de voluntades la disolución del vínculo conyugal se obtiene de manera indirecta, luego de un periodo de separación de cuerpos.
- Respecto de la filiación genera el desdoblamiento de los elementos de la patria potestad como la tenencia y el régimen de visitas.

18. Efectos

18.1. En cuanto a los cónyuges

- Disolución, la ruptura, la extinción del vínculo matrimonial;
- Cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades;
- Causal de extinción del régimen de sociedad de gananciales,
- Pérdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del inocente⁽⁵⁴³⁾;
- Provoca la extinción de la vocación hereditaria entre ellos;
- Posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por el daño moral. Así pues, la indemnización del daño moral al cónyuge inocente solo resultará amparable cuando exista daño moral resarcible, producto del menoscabo de los intereses jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derechos

(542) Este hecho no se ha observado más en la legislación brasileña. Con el fin de la existencia de la separación legal en este ordenamiento jurídico, ya que no es necesario la demostración de las causas que llevaron a la ruptura del matrimonio.

(543) Este no es el caso de Brasil, porque hay más discusión acerca de la culpabilidad de los cónyuges en el divorcio.

de la personalidad, ocasionados por las acciones o conductas atribuibles al cónyuge culpable del divorcio, a la luz del artículo 351 del Código Civil⁽⁵⁴⁴⁾.

- Desaparece el parentesco por afinidad entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 237 del Código Civil, lo dicho no rige para el parentesco en línea recta (suegros y otros ascendientes, y descendientes del excónyuge). También subsiste la afinidad colateral de segundo grado (cuñados y cuñadas) y esta última se mantiene hasta el fallecimiento del excónyuge.
- El derecho de la mujer de llevar y conservar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio, si así lo hubiese hecho al casarse, de conformidad con el artículo 24 del Código Civil.

18.2. En cuanto a los hijos

Los efectos son análogos a los de la separación de cuerpos de conformidad con el artículo 355 del Código Civil.

- Patria potestad, tenencia y régimen de visitas
- Alimentos

19. Consecuencias

Las consecuencias personales de la disolución de los matrimonios son múltiples.

Los casos más comunes son: filiaciones compartidas (la biológica con la legal), indefinición de bienes sociales (los adquiridos durante el matrimonio y los posteriores en la nueva unión), continuidad de ciertas obligaciones (alimentos al cónyuge indigente), etc. Estas consecuencias repercuten en el orden social, generando una descompensación en la esfera de la sociedad que se manifiesta en la falta de credibilidad del vínculo matrimonial (aumento de las uniones de hecho) y formalizaciones de hecho para encubrir el estado civil real (matrimonio masivos), entre otras situaciones igualmente atendibles.

Se ha llegado a demostrar que la permisibilidad o aceptación del divorcio facilita a los contrayentes una decisión pensada y libre, hecho este que se limita en aquellos países en los que no se admite la disolución matrimonial. En estos últimos, los matrimoniales piensan (o mejor dicho reflexionan más) en la formalización del vínculo conyugal indisoluble. De esta manera, los índices de parejas casadas es menor que en los primeros países que admiten el divorcio. Por duro que parezca, es la realidad.

(544) En el caso brasileño los daños morales deben buscarse en acción independiente, completamente desconectada de la demanda de divorcio.

20. Criterios

Establecer la posición que adopta una legislación a favor o en contra del divorcio lleva a establecer toda una serie de teorías. Para efectos prácticos nos centramos exclusivamente en dos.

20.1. Antidivorcio

El Código Civil vigente deja de lado aspectos teóricos de la naturaleza del divorcio procediendo a definirlo y aplicarlo de manera práctica, adoptando un pensamiento, medianamente, antidivorcista al considerar elementos disuasivos para iniciar el proceso. Esta fue la posición de Brasil hasta el 2010. Es imprescindible hacer hincapié en que la necesidad de demostrar la causa de la ruptura estaba en la separación judicial y no en el divorcio.

Entre ellos tenemos:

- Debe existir una causal que se configure en el incumplimiento de los deberes matrimoniales, sea o no por culpa de uno de los cónyuges.
- Para optar por la separación convencional deben pasar dos años de la celebración del matrimonio; no procede el divorcio por mutuo acuerdo.
- La conversión de la separación de cuerpos en divorcio procederá a los dos meses de haberse expedido la sentencia.
- Las causales son para la separación de cuerpos, pero también aplicables para el divorcio. Esto es una manera de pretender que el cónyuge culpable recapite y, si no lo hace, que el cónyuge agraviado lo perdone.

20.2. Prodivorcio

En el tiempo se han dado pasos importantes para liberalizar el divorcio; la reducción del plazo de 6 a 2 meses para la conversión de separación de cuerpos en el divorcio; la incorporación de las causales de incompatibilidad de caracteres y la separación de hecho y el reconocimiento del *divorcio express* que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior vía municipalidades o notarías, situaciones estas que analizaremos más adelante. Se puede decir que Brasil se adapta perfectamente a esta categoría por dos razones: la posibilidad de divorcio administrativo y por la posibilidad reciente del divorcio directo. Para ambas situaciones no es necesario esperar tiempo alguno para la demanda.

21. Teorías

Desde el punto de vista doctrinal el divorcio ha sido dividido en las siguientes clases⁽⁵⁴⁵⁾:

(545) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editorial Grijley, Lima, 2004, pp. 7-8.

21.1. Divorcio sanción

En el divorcio sanción se busca al culpable y se le aplican sanciones, castigándolo. En Brasil no se hablaba de divorcio-sanción sino en la separación-sanción que estaba prevista en el artículo 1572 del Código Civil estableciendo que cualquier de los cónyuges puede interponer la acción de separación, apuntando al otro el acto que configure graves violación de los deberes del matrimonio y han tornado insoportable la vida en común⁽⁵⁴⁶⁾. En Brasil no existe más discusión de culpa para disolución del matrimonio, así no existe “castigos” para el cónyuge “culpable”.

Las sanciones de castigo que se le aplican al cónyuge que propició el divorcio son⁽⁵⁴⁷⁾:

- a) Pérdida de la patria potestad (art. 340 del Código Civil).
- b) Pérdida del derecho hereditario (art. 353 del Código Civil, el cual redunda lo dispuesto por el artículo 343 del mismo Código).
- c) Pérdida del derecho alimentario (art. 350 del Código Civil).
- d) Pérdida del derecho de gananciales que procedan de los bienes del otro (arts. 352 y 324 del Código Civil).
- e) Pérdida del derecho al nombre (art. 24 del Código Civil).

21.2. Divorcio quiebra

Busca una solución práctica frente a un problema concreto.

Existe una ruptura real que el Derecho debe asumir y dar solución.

En el Derecho brasileño era la separación-quiebra, presente en el artículo 1.572, § 1º del Código, que establecía que la separación legal también podría ser pedida si uno de los cónyuges demostraba la interrupción de la vida en común durante más de un año y la imposibilidad de su reconstrucción.

21.3. Divorcio repudio

Es el llamado repudio irrevocable perfecto (*batt*)⁽⁵⁴⁸⁾.

(546) Estos actos fueron nombrados por el artículo 1573: I. El adulterio; II. Intento de asesinato; III. Malos tratos o injuria grave; IV. Abandono voluntario del hogar conyugal durante un año; V. Condena por delito infamante; VI. Conducta deshonrosa. El párrafo único determinaba que el juez podría considerar otros hechos que tornaban de manifiesto la imposibilidad de vivir juntos.

(547) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 8.

(548) El repudio irrevocable perfecto (*batt*) exige una sola condición: que la repudiación sea triple, es decir la suma de tres repudiaciones sucesivas o bien por el empleo de una fórmula a la que se atribuye el efecto de tres. MOTILLA, Agustín y LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia islámico*. Editorial Colex, Madrid, 2002, p. 41.

Se trata de una disolución sin expresión de causa. Es un acto unilateral de uno de los cónyuges.

Tiene vigencia en los países islámicos.

21.4. Divorcio remedio

Cuando la convivencia se torna intolerable, sin culpa de las partes, este divorcio busca una salida de crisis.

En Brasil, la separación-remedio estaba prevista en el artículo 1572 § 2° del Código Civil. Se estableció que los cónyuges podrían pedir la separación judicial cuando el otro tuviese una enfermedad mental grave, revelada después de la boda, lo que hacía imposible continuar la vida en común a condición que, después de un periodo de dos años, la enfermedad se torne en incurable.

21.5. Divorcio por mutuo acuerdo

De forma conjunta se facilita a la pareja disolver el matrimonio. Es una extinción voluntaria conjunta, siendo la concertación un mecanismo que permite su realización.

El divorcio remedio y de mutuo acuerdo se les ubica dentro de la teoría denominada *divortium bona gratia*.

Esta tipología podemos sintetizarla de la siguiente manera:

TIPOS	CONCEPTO	EFECTOS
Sanción	Se incurre en una falta	Busca culpable
Quiebra	Existen actos que resquebrajan el vínculo	Actos particulares
Repudio	Disolución sin expresión de causa expresa	Acto unilateral
Remedio	Convivencia se torna intolerable, sin culpa	Salida de crisis
Mutuo acuerdo	Extinción voluntaria conjunta	Concertación

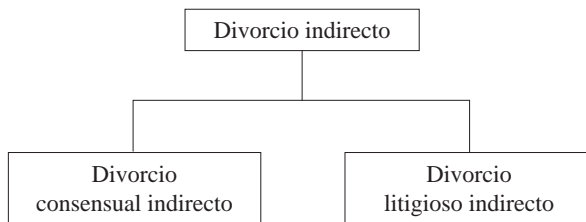
En nuestro medio existe una doble categorización, el divorcio remedio y el sanción.

Según la profesora Diniz⁽⁵⁴⁹⁾, siguiendo la doctrina brasilera, el divorcio tenía modalidades, entre ellos:

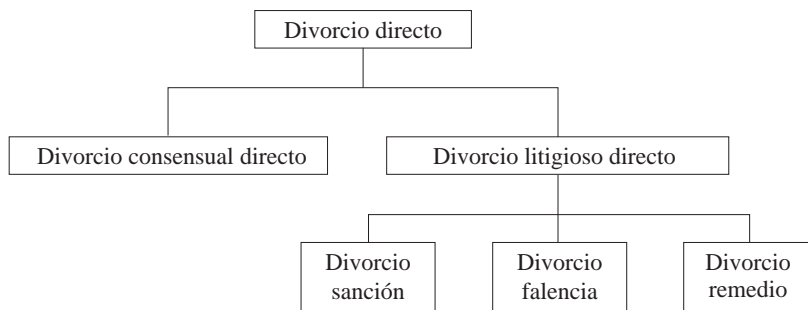
- **Divorcio Indirecto** dentro del que tenemos al **divorcio consensual indirecto**, cuando los cónyuges o uno de ellos con el consenso del otro puede pedir la

(549) DINIZ, María Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Ob. cit., pp. 298-299.

conversión de la separación judicial en divorcio desde que la separación judicial cumplió un año; **divorcio litigioso indirecto**, obtenido mediante sentencia judicial en el que uno de los dos consortes, judicialmente separado por más de un año, puede pedir al juez que se convierta la separación judicial en divorcio;



- **Divorcio Directo**, que puede ser **divorcio consensual directo**, se da de mutuo consentimiento entre los cónyuges que se encuentran separados de hecho hace más de dos años; **divorcio litigioso directo**, se presenta por uno de los consortes separados de hecho por más de dos años, dentro de los que se presentan el **divorcio sanción**, el **divorcio falencia** y el **divorcio remedio**.



Pero ahora, todo este panorama cambió en el 2010. Solo existe la posibilidad del divorcio indirecto, es decir mediante la conversión a los que tienen la condición jurídica de separados. La separación judicial no existe más. Por lo tanto, solo se mantuvo en territorio brasileño la posibilidad del divorcio directo, sin discusiones de causa o necesidad de paso del tiempo. Como no existe la necesidad de apuntar causas, no existen más las clasificaciones. El matrimonio se disuelve por el divorcio y punto.

22. Causas de disolución

El matrimonio se disuelve de forma natural por la muerte (biológica o legal, muerte presunta) o de forma legal por el divorcio.

V. CAUSALES

23. Historia

En la historia del Derecho han existido las más diversas causales de divorcio, algunas extrañas y otras realmente absurdas. Carlos Ramos⁽⁵⁵⁰⁾ señala que en los orígenes de Roma, el rey Rómulo dictó la ley dura para normar el divorcio, concediéndole la prerrogativa de repudio al marido. Entre las causales se tenían el uso de venenos y la sustracción de las llaves de bodegas para el vino. La infertilidad fue otra causal, se cuenta que el primer divorcio señalado en los anales romanos es el de Carvilio Ruga: “De ilustre familia, se separó de su mujer divorciándose, a causa de que no podía tener hijos con ella. La amaba tiernamente y no tenía motivos más para alabar su conducta. Pero sacrificó su amor a la religión del juramento porque había jurado que la tomaba por su esposa a fin de tener hijos”⁽⁵⁵¹⁾.

Durante la época Clásica tenemos la causal de esterilidad, los litigios con la nuera y la impudicia. Constantino determina nuevas reglas para el divorcio, el marido podía repudiar a la mujer si esta había cometido envenenamiento o alcahuetaría, en tanto que la esposa podía repudiarlo por homicida, envenenador o violador de sepulcros.

En la legislación Justiniana surge el divorcio por ocasión razonable, comprendiéndose supuestos como la demencia de la mujer, la ausencia de un consorte o su deportación y la impotencia del marido durante dos años después de celebrado el matrimonio.

Las Novelas determinan como causales la impotencia del varón, el ingreso a la vida monástica, el cautiverio y la ausencia del marido por expedición militar al presumirse su muerte. En la Novela 22 se establece como causales a ser invocadas por la mujer que su marido sea envenenador, falsario, violador de sepulcros, sacrílego, encubridor de ladrones, cuatrero, plagiaro o lujurioso. Entre las causales que podía invocar el marido teníamos que su mujer sea profanadora de sepulcros, sacrílega, encubridora de ladrones, asistiera sin la anuencia del marido a festines o espectáculos, levantase sus audaces manos contra el marido o voluptuosamente se bañara con extraños. En la Novela 117, se estrechan las causales culposas y las imputables a la mujer, eran no informar que se preparaba una sedición contra el Imperio y que, a pesar de la oposición del marido, se bañara o comiera con extraños. Para el marido, la comisión de adulterio en su propia casa y el concubinato en la ciudad, pese a haber sido reprendido por dos o más veces.

(550) RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Acerca del divorcio*. Gráfica Espinal, Lima, 1990, p. 12 y ss.

(551) VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Huérfanos biológicos*. Editorial San Pablo, Madrid, 1997, p. 16.

24. Definición

Las causales son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal. Es todo acto u omisión, doloso o culposo, imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto matrimonial, permitiendo al cónyuge inocente utilizarla como sustento para requerir la separación de cuerpos o el divorcio.

25. Naturaleza jurídica

La causal de divorcio involucra un hecho ilícito en tanto importa la violación de deberes emergentes del matrimonio.

26. Características

Las causales tienen caracteres especiales⁽⁵⁵²⁾:

- Son de orden público. No pueden desconocerse, modificarse o suprimirse en virtud de la autonomía de la voluntad.
- Son determinadas por el juez, por lo que deben ser acreditadas en un proceso judicial.
- Se rigen por los principios de taxatividad, gravedad, imputabilidad, invocabilidad, no exclusión entre sí, acreditación probatoria y referencia a hechos posteriores al matrimonio y el de no absorción de una causal por otra.
- Son de orden expreso, taxativo; solamente pueden invocarse causales expresamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Son autónomas al estar reguladas taxativamente en la ley, los mismos hechos no pueden sustentar dos o más causales⁽⁵⁵³⁾.

27. Clases

Las causales pueden tener toda una tipología especial y variada:

- **Directas**, cuando la acción va dirigida específicamente contra el otro cónyuge. Atentado contra su vida, violencia e injuria.
- **Indirectas**, cuando la conducta de un cónyuge repercute en el otro. Adulterio, homosexualidad, condena por delito doloso, abandono injustificado, conducta deshonrosa, uso de drogas y enfermedad venérea.
- **Objetivas**, aquella que no implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó. Separación de hecho, homosexualidad, condena por delito doloso, enfermedad venérea.

(552) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Ob. cit., pp. 428-429.

(553) Cas. N° 212-2006, Lima, Sala Civil Transitoria, 31/07/2006.

- **Subjetivas**, aquella que implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó. Adulterio, abandono injustificado, conducta deshonrosa, uso de drogas, imposibilidad de hacer vida en común.

Algunas legislaciones dividen las causales de divorcio y las de separación de cuerpos, según infrinjan deberes primarios y secundarios del matrimonio, es decir la gravedad es la base para su determinación (México).

28. Causales y deberes matrimoniales

Como se ha referido el matrimonio genera una serie de deberes como son: la fidelidad, cohabitación, asistencia, participación y cooperación en el gobierno del hogar y respeto mutuo. Estos, cuando se ven afectados, generan un debilitamiento o la ruptura del vínculo conyugal.

Sin necesidad de ser categóricos los deberes incumplidos generan las siguientes casuales:

CAUSAL	DEBERES INCUMPLIDOS
Adulterio	Fidelidad
Violencia física o psicológica	Respeto mutuo
Atentado contra la vida	Respeto mutuo
Injuria grave	Respeto mutuo
Abandono injustificado de la casa conyugal	Cohabitación, asistencia y participación y cooperación en el gobierno del hogar
Conducta deshonrosa	Respeto mutuo
Uso de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía	Cohabitación, asistencia y respeto mutuo
Enfermedad grave de transmisión sexual	Cohabitación, asistencia y respeto mutuo
Homosexualidad	Respeto mutuo
Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años	Cohabitación, asistencia, participación y cooperación en el gobierno del hogar y respeto mutuo
Imposibilidad de hacer vida en común	Respeto mutuo
Separación de hecho	Cohabitación, asistencia y participación y cooperación en el gobierno del hogar

29. Tratamiento jurídico en el Perú

Del análisis de los Códigos civiles vigentes en su momento en el Perú podemos obtener el siguiente tratamiento de las causales de divorcio.

CÓDIGO CIVIL 1852 ART. 192	CÓDIGO CIVIL 1936 ART. 247	CÓDIGO CIVIL 1984 ART. 333
1. El adulterio de la mujer.	1. El adulterio.	1. El adulterio.
2. El concubinato o la incontinencia pública del marido.	2. La sevicia.	2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
3. La sevicia o trato cruel.	3. El atentado contra la vida del cónyuge.	3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.	4. La injuria grave.	4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El odio capital de alguno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves, o por graves injurias repetidas.	5. El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos.	5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad.	6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común.	6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. Negar el marido los alimentos a la mujer.	7. El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes.	7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas a seguir a su marido.	8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.	8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. Abandonar la casa común, o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.	9. La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	9. La homosexualidad sobreveniente al matrimonio.

CÓDIGO CIVIL 1852 ART. 192	CÓDIGO CIVIL 1936 ART. 247	CÓDIGO CIVIL 1984 ART. 333
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.	10. El mutuo disenso, con arreglo a las disposiciones del título tercero.	10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.		11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. Una enfermedad crónica contagiosa.		12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.		13. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

30. Tipología

Las causales que taxativamente encontramos en el artículo 333 de nuestro Código Civil, para poder demandar alternativamente la separación de cuerpos o el divorcio, deben de estar debidamente acreditadas a fin de poder reconocerse jurídicamente su configuración, para ello debemos entender el contenido y configuración de cada una de ellas.

31. Adulterio

Para los egipcios y los hebreos, el adulterio era castigado con la muerte de la mujer. Los griegos tenían algunas sentencias más ligeras. En la India, la mujer que traicionaba a su hombre era devorada por perros hambrientos. En Roma, a priori, el adulterio era un crimen doméstico y el tribunal de familia podría imponer la pena de muerte. A posteriori, se consideró un *crimina publica*.

El Derecho romano, incluso la ley portuguesa antigua, en las Ordenaciones Filipinas, permitía al cónyuge traicionado matar a su esposa y amante, si los hubiera encontrado en el acto⁽⁵⁵⁴⁾.

31.1. Etimología

Del lat. *Adulterium*. Compuesto por dos voces latinas, *ad*, hacia y *later*, referido a otro, es decir ir hacia otro. Otros manifiestan que se trata del término latino *alterius* y *torus*, lecho de otro.

31.2. Concepto

El deber de fidelidad surge del matrimonio. El Código declara como principio inflexible que **los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad**, artículo 288, entendido el término *in extenso* como la lealtad conyugal. Fidelidad es sinónimo de fe, buena conducta y entrega. Prima el decoro, el compromiso de abstenerse frente a cualquier acto comprometedor o lesivo contra la dignidad marital. Su fin es la relación monogámica en la que el débito conyugal es exclusivo para con el otro cónyuge y excluyente de las demás personas.

No todo trato infiel implica un adulterio. Este tiene dos componentes independientes en los que se estructura: i) la infidelidad, mantener una relación sexual coital con una persona que no es cónyuge, y; ii) la paternidad disgregada, procreación del cónyuge fuera del matrimonio. (La inseminación no consentida implicaría una especie de adulterio –*teleadulterio* o adulterio a distancia– en el que, a pesar de no haberse realizado la cópula sexual se ha cumplido con la finalidad de esta: tener descendencia de una persona distinta al cónyuge)⁽⁵⁵⁵⁾.

Estos componentes son individuales, no conjuntos. De ser conjuntos, el cónyuge esterilizado podría solicitar la improcedencia de la acción al incumplir con el segundo supuesto (la procreación), lo cual devendría en absurdo.

La doctrina brasileña clásica dice que la infidelidad se produce a través del adulterio configurándose en la relación sexual del cónyuge con una tercera persona. Por su parte el cuasi adulterio se caracteriza por actos cuyo fin es satisfacer el instinto sexual, incluso si no hay o no se puede probarse la cópula carnal⁽⁵⁵⁶⁾. La doctrina más moderna dice que el adulterio es un acto que viola el deber de fidelidad que va de la mano con la función monógama asignada a las familias.

Es un concepto atado a la práctica exclusiva de las relaciones sexuales vaginales que viene dando pasos para abarcar conductas que violen el deber de lealtad, un

(554) Cfr. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Ob. cit., p. 473.

(555) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Ob. cit., pp. 53-54.

(556) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Ob. cit., p. 253.

corolario de la idea de confianza y mucho más amplio que el deber de fidelidad⁽⁵⁵⁷⁾. En casi todos los Códigos el adulterio se presenta como la primera causal de divorcio, sea por el mayor grado de afectación marital causada, o por su mayor recurrencia. Es que las violaciones del deber de fidelidad material se encuentran entre las conductas más graves y trascendentales que infringen los deberes y obligaciones que surgen dentro de la relación jurídica conyugal en virtud del matrimonio.

Como exactamente pasó en el Perú, en Brasil el adulterio era considerado un delito por el Código Penal. En 2005, la Ley 11.106/05 derogó el artículo 240 del Código Penal brasileño y el adulterio pasó a ser solo una justificación de la imposibilidad de la comunión de la vida para dar lugar a la separación legal y en un delito civil capaz de proporcionar una indemnización por daño moral al cónyuge traicionado⁽⁵⁵⁸⁾.

31.3. Definición

El diccionario de la Lengua Española lo define como: “1. m. Ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge”. En el avance de la vigésima tercera edición del Diccionario se cambia el término ayuntamiento por relación sexual y se elimina la heterosexualidad, siendo definido como la “1. m. Relación sexual voluntaria entre una persona casada y otra que no sea su cónyuge”⁽⁵⁵⁹⁾.

Voltaire mencionó que el adúltero es el que profana el hogar conyugal de otro, como una llave falsa en cerradura ajena.

31.4. Elementos

Para que el comportamiento realizado por el cónyuge se encuentre dentro de esta causal tiene que presentarse los siguientes requisitos:

Elemento material

- **Relación sexual coital.** Una relación sexual que ponga en peligro la integridad de la familia generándose una procreación adulterina. En este sentido, debe ser una relación heterosexual de orden coital, peneano-vaginal. Si dicha relación sexual se da y la pareja utiliza métodos anticonceptivos o se ha sometido a una esterilización voluntaria se estaría dentro del supuesto de hecho de la causal, mientras que otros actos sexuales constituirían, en todo caso, una injuria grave.

(557) Cfr. ALVES, Leonardo Barreto Moreira et ál. *Código das Famílias comentado*. Ob. cit., p. 161.

(558) Cfr. NERY JUNIOR, Nelson y NERY, Rosa María de Andrade. *Código Civil comentado*. 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 1049.

(559) <www.rae.es> (15/12/2010).

Las relaciones isosexuales (homosexuales, entre varones y lesbianas, entre mujeres) no tipifican actos adúlteros sino como conductas deshonorosas, injurias graves o, especialmente, homosexualidad; sucede lo mismo con los actos de molición, los torpes desahogos y, principalmente, los actos preliminares al coito (también llamados sexológicamente de calentamiento: *imnisio penis in os, fellatio in ore, coitus inter fémora y cunnis lingüis*). Al respecto, cabe reflexionar que con la legalización de los matrimonios homoafectivos (hombre-hombre, mujer-mujer) esta causal debe redimensionarse en razón que el adulterio quedará “(...) comprobado cuando uno de los cónyuges –se trate de personas del mismo sexo o de un matrimonio de personas de distinto sexo– tenga relaciones sexuales con una persona ajena al matrimonio, sea del mismo o distinto sexo”⁽⁵⁶⁰⁾.

Elemento intencional

- **Voluntad.** La intención del cónyuge de incumplir con el deber de fidelidad y de poner en peligro la integridad de la familia. La persona violentada psíquica o físicamente para mantener la relación sexual no sería un adúltero sino un un sometido, un violado (embriaguez, narcosis, demencia, hipnosis). En el caso que una persona mantenga una relación sexual “obligada” por otra persona que se encuentra en una posición jerárquicamente superior se estaría configurando el supuesto de adulterio en razón que el temor reverencial no anula el acto (art. 217 del Código Civil). Un caso especial en la que no se configuraría el adulterio sería de quien se cree viudo y contrae nuevo matrimonio (casos de muerte presunta).

Un elemento desfasado es la permanencia. El efecto en el tiempo era antes tomado en cuenta para la configuración de esta causal. Se tenía que probar que el hombre estaba permanentemente con otra mujer y que mantenían relaciones sexuales, se llamaba amancebamiento. El adulterio era solo para la mujer y referido a cualquier acto sexual, en razón que era ella quien estaba en la posibilidad de traer hijos adúlteros al matrimonio. Más adelante se consideró al adulterio como un delito, donde el bien jurídico protegido era la familia. En la actualidad no se necesita este requisito de la permanencia en el tiempo y ya no es más un delito, solo un mero deleite para los infieles que asumen sus actos frente a la causal de divorcio. En el mismo sentido se manifestaba la doctrina brasilera⁽⁵⁶¹⁾ en la que el adulterio se caracterizaba no por la habitualidad, sino solo por el encuentro sexual con el tercero.

(560) SOLARI, Néstor E. “La causal de adulterio en la actual ley de matrimonio civil”. En: *Revista de Familia y de las Personas*. Año 2, núm. 10, nov. 2010, p. 11.

(561) Véase GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. Ob. cit., p. 24.

31.5. *In dubio pro adulterum*

El artículo 336 del Código reconoce el denominado adulterio consentido normando que no puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió, perdonó o si existió cohabitación posterior a su conocimiento. Estos actos impiden iniciar o proseguir la acción.

Esta norma busca que un cónyuge no haga uso de la causal a partir de los actos que la motivaron. La provocación, el consentimiento y la indulgencia impiden invocar el adulterio. En estos casos de excepción se aplica el principio *indubio pro adulterum*; es decir, en caso de duda se aplica lo más beneficioso para el adúltero. Provocar (sometimiento a la abstinencia sexual); consentimiento (aceptación o reconocimiento de la relación sexual sostenida); perdón implica una consecuencia derivada del consentimiento y puede darse de distintas formas (cohabitación o yacimiento sexual posterior al conocimiento del adulterio).

31.6. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

31.7. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.

31.8. Prueba

Reconocimiento de un hijo, bigamia.

Existen una serie de supuestos graves que inducen al adulterio, como son: el reconocimiento de un hijo a pesar de ser estéril, el aborto después de una separación de hecho, segundo matrimonio en el extranjero, concubinato público, ocupación u hospedaje con tercero.

31.9. Adulterio y/o infidelidad

Como refiere Eduardo Zannoni⁽⁵⁶²⁾, la fidelidad presupone la exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge. Debe observarse una conducta inequívoca, absteniéndose de realizar cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro. Se distinguen dos clases de infidelidad: la **materal**, relacionada con el adulterio (criterio restrictivo) y la **moral**, constituida por actos injuriosos en general (criterio amplio).

(562) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 356 y ss. Citando a Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida.

Un sector de la doctrina se inclina por la necesidad de un cambio genérico a la causal del adulterio sosteniendo que es más claro referirnos a la **infidelidad** porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales. La causal de adulterio presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo, pudiendo ser ambas resumidas en la infidelidad. Con este criterio, en la infidelidad se incluirían todas aquellas conductas que impliquen una violación del deber de fidelidad, a cuyo cumplimiento se encuentran sujetos los cónyuges, dándole a la causal un mayor ámbito de aplicación.

32. Violencia física o psicológica

32.1. Antecedentes

El texto original del inciso 2 del artículo 333 del Código Civil denominaba esta causal como sevicia, consistente en actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir, material o moralmente, al cónyuge. El Código Civil brasileño hablaba en su artículo 1573, inciso III, de sevicia o injuria grave, en conjunto.

32.2. Definición

La violencia física está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro. La consideración de esta causal es independiente del juzgamiento que procedería realizar en sede penal por las lesiones sufridas, sea por configurarse un delito o una falta con la integridad o salud de la persona.

La violencia psicológica está referida a los daños mentales, espirituales que se infligen a un cónyuge por la conducta del otro. El daño psíquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconocida magnitud. Este daño genera, por consiguiente, una alteración de la personalidad del cónyuge, de su manera de proyectarse en la familia y en sociedad⁽⁵⁶³⁾.

En la doctrina brasilera la sevicia se configura en los malos tratos, ofensas físicas, agresión. Todo tipo de atentado a la integridad física del otro cónyuge; por lo general, los malos tratos y, más ostensivamente, la agresión física; también se incluyen otros actos de acoso⁽⁵⁶⁴⁾.

32.3. Elementos

Para la configuración de la causal debe determinarse los siguientes elementos:

(563) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 198.

(564) Cfr. PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, Direito de Família, 16ª ed., rev., y actualizada por Tânia da Silva Pereira, Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 260.

- Violencia física o mental a nivel de crueldad.
- Intención y voluntad.
- Estar exentas de causa o motivo.
- Reiteradas, constantes, persistentes aunque, excepcionalmente y dependiendo del caso concreto, podría bastar una sola situación de violencia que se manifieste como intolerable para la subsistencia de la relación marital.

Su característica es que deja una huella, teniendo una calificación objetiva, se mide el efecto⁽⁵⁶⁵⁾.

32.4. Clasificación

Esta causal es directa y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

32.5. Caducidad

La acción caduca a los seis meses de producida la causa.

32.6. Prueba

La probanza consistirá en el examen del estado físico o síquico del cónyuge afectado. La prueba se puede hacer por cualquier medio desde el examen por el médico hasta los testigos⁽⁵⁶⁶⁾.

33. Atentado contra la vida del cónyuge

33.1. Definición

Acción a través de la que un cónyuge intenta matar al otro, pudiendo ser autor principal, cómplice o instigador. Es un acto lo suficientemente grave como para poner el peligro la vida del consorte; no basta afectar la integridad física sino violentar la vida del cónyuge⁽⁵⁶⁷⁾. Como lo ha señalado Arnaldo Rizzardo, esta causal también se configura en la omisión del cónyuge de tomar medidas para el cuidado y la protección en determinadas circunstancias de la vida de la pareja. En las enfermedades y los peligros para la salud y la vida, si el cónyuge se mantiene inerte, deja de llamar a un médico, o no ayuda eliminar el peligro, o no da las condiciones para la atención hospitalario, la causal está configurada⁽⁵⁶⁸⁾.

Como la calificación de la tentativa en el divorcio es independiente al previo juzgamiento en sede penal. Se ha planteado la cuestión de determinar si los actos

(565) Cas. N° 1232-99, Corte Suprema de Justicia.

(566) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ob. cit., p. 261.

(567) Exp. N° 224-97, Sala N° 6, Lima, 1/9/1997.

(568) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 5ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 298.

preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tal a efectos del divorcio, sosteniéndose que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio⁽⁵⁶⁹⁾. En sentido contrario, si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de esta causal, sin perjuicio de que los hechos configuren injurias graves⁽⁵⁷⁰⁾.

Concordamos con esta segunda postura, aun cuando los actos preparatorios no sean punibles nada obsta a que constituyan injurias graves, y en su caso, sea causal de divorcio.

33.2. Elementos

Los elementos que se deben presentar para la configuración de esta causal son los siguientes:

- Tratarse de una agresión ilegítima. Que no se trate de los casos de excepción como lo son el estado de necesidad justificante o la legítima defensa.
- Intención, deseo de atentar contra la vida de su cónyuge.
- La conducta tendrá que ser cometida por el cónyuge, no podrá este encargarse a un tercero que acabe con la vida de su cónyuge.

Esta causal protege el derecho a la vida del cónyuge como derecho fundamental de la persona.

33.3. Clasificación

Esta causal es directa y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

33.4. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.

33.5. Prueba

Lo más conveniente es que exista un proceso penal en giro.

34. Injuria grave

34.1. Antecedente

Originalmente se tipificó solo como injuria grave.

(569) PLÁCIDO VILCACHAGUA. Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 198.

(570) *Ibidem*, pp. 198-199.

Hoy la injuria grave hace insoportable la vida en común. Este elemento constitutivo fue incorporado por la Ley N° 27495⁽⁵⁷¹⁾.

34.2. Concepto

Existen determinados supuestos específicos y graves que puede realizar el cónyuge que se encuadran dentro de la injuria grave o la conducta deshonrosa. Ambas situaciones no representan causales concretas, sino más bien estructuras legales que funcionan como una especie de cajón de sastre (*ut vulgum dicitur*) las que (y en específico la injuria grave) han venido a constituir una categoría residual que permite flexibilizar la apreciación judicial, frente a comportamientos contrarios a los deberes conyugales no contemplados expresamente por la ley⁽⁵⁷²⁾. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia al referir que el concepto ha evolucionado al extremo que se considera que de un modo u otro la injuria es toda violación grave o reiterada de los deberes matrimoniales imputables al otro cónyuge⁽⁵⁷³⁾.

Grosso modo, injuria grave sería cualquier acto que implique una ofensa a la integridad moral del cónyuge. Cualquier acto que manche el honor, la buena reputación, la dignidad o una situación que cause vergüenza o humillación en su entorno familiar o social. Cabe la precisión, no es la misma figura de la injuria penal⁽⁵⁷⁴⁾.

34.3. Definición

La injuria es un acto ofensivo, una afrenta contra el honor, la consideración personal, la honra, sentimientos y dignidad de la persona del cónyuge que hace insoportable la vida en común. La jurisprudencia vino determinando que para dar lugar al divorcio por injuria, esta debe importar una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que imposibilite la vida en común⁽⁵⁷⁵⁾.

La injuria grave es aquella actitud, conducta o hecho, deliberado, hiriente o ultrajante de la dignidad y honor del otro cónyuge. Como dice Mendez Costa y D'Antonio⁽⁵⁷⁶⁾, la injuria es una causal comprensiva de todas las demás causales. El hecho está en que recurrir a una fórmula taxativa generaría una situación de descarte legal de otras conductas, que al no estar expresamente señaladas se

(571) Promulgada el 06/07/2001 y publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 07/07/2001.

(572) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Ob. cit., pp. 31-32.

(573) Cas. N° 2239-2001, Lima, Sala Civil Permanente, *El Peruano*, 31/01/2003.

(574) Cfr. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ob. cit., p. 261.

(575) Ejecutoria Suprema del 18 de enero de 1983, Exp. N° 477-82/Junín. Vide CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 119.

(576) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo II, ob. cit., p. 427.

encontrarían fuera de los alcances de dicha causal, a pesar de la válvula de escape final redactada in extenso⁽⁵⁷⁷⁾.

Está orientada a causar un perjuicio de orden moral consistente en un menosprecio profundo, un desprecio del cónyuge⁽⁵⁷⁸⁾ o ultraje humillante⁽⁵⁷⁹⁾ al otro cónyuge.

34.4. Elementos

Los elementos que se deben de presentar para la configuración de esta causal son los siguientes:

- Forma clara y precisa de configuración, pudiendo estar dada en palabras, gestos, conductas, actitudes o hechos, por un actuar o una omisión. Su estructura es lo suficientemente amplia para acoger cualquier conducta contraria al respeto y deber conyugal. Son expresiones difamatorias. La injuria se mide el acto de exteriorización contra el cónyuge; dicho de otro modo, el hecho más que la consecuencia, lo cual lo diferencia de la sevicia⁽⁵⁸⁰⁾.
- Grave, la gravedad es la *conditio sine qua non* de la injuria. Depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima que afecta su honor interno, es decir sus propios valores y virtudes⁽⁵⁸¹⁾. Es una ofensa inexcusable⁽⁵⁸²⁾.
- Intencionalidad de causar daño a la integridad moral, dignidad, honra y honor del cónyuge.
- Reiterancia en los agravios, aunque un simple acto puede ser injurioso. Un sector de la jurisprudencia considera que no se requiere reiterancia, porque para afectar gravemente el honor de una persona no es necesario que existan ofensas sucesivas⁽⁵⁸³⁾.
- Publicidad, los actos rebasan la intimidad del hogar siendo conocidos por terceras personas de forma que el daño sea de conocimiento público generando el deterioro de la imagen del cónyuge; no obstante, la publicidad no resulta determinante ya que la falta conyugal puede quedar en el interior del hogar.
- Puede ser inferida de un cónyuge a otro (injuria directa y personal) o perpetrada a un miembro de la familia de su cónyuge (injuria indirecta o interpósita).

(577) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 34.

(578) Cas. N° 2239-2001, Lima, Sala Civil Permanente, *El Peruano*, 31/01/2003.

(579) Exp. N° 409-98, Sala N° 6, Lima 20/04/1998.

(580) La injuria implica una "(...) calificación eminentemente subjetiva y de orden moral que, a diferencia de la sevicia, no deja huella objetiva y que solo puede ser calificada por el cónyuge agraviado". Cas. N° 1232-99, Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, diario oficial *El Peruano*, 18/12/1999.

(581) Cas. N° 2239-2001, Lima, Sala Civil Permanente, *El Peruano*, 31/01/2003.

(582) Exp. N° 3179-97, Sala N° 6, Lima 16/03/1998.

(583) Cas. N° 2239-2001, Lima, Sala Civil Permanente, *El Peruano*, 31/01/2003.

- Imposibilidad de hacer vida en común. Tanto de continuarla, si es que conviven como de rehacerla, si es que están separados. Implica que la injuria torne impracticable la relación conyugal.

La jurisprudencia le confiere dos elementos: **Objetivo**, exteriorización de la ofensa y **Subjetivo**, la intención deliberada de causar daño⁽⁵⁸⁴⁾, *animus injuriandi*.

34.5. Clasificación

Esta causal es directa pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

34.6. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal caduca a los seis meses de producida la causa.

34.7. Prueba

Al tratarse de una causal subjetiva hay que tener en cuenta caso por caso.

34.8. Supuestos que abarcan la causal

Para la doctrina es una causal que funciona como válvula de escape, pudiendo incluir en ella otras conductas que no se encuentran establecidas expresamente dentro de las causales que recoge el Código. Todas las causales implican de una u otra forma una injuria grave.

Dentro de los casos en que se subsumirían la injuria grave tenemos:

- Falta de higiene del cónyuge
- Actos de infidelidad que no constituyan la relación sexual de tipo peneano vaginal
- Negativa del cónyuge a cohabitar o la abstinencia sexual
- Exceso de sexo
- Actos de sadomasoquismo. Solicitudes de actos sexuales *contra natura*
- Ofrecimiento a celebrar un matrimonio religioso y no sea cumplido
- Vicios, las llamadas eróticas
- Esterilización voluntaria (ligadura de trompas o vasectomía) que se practique sin el consentimiento del otro cónyuge
- Masturbación

(584) Cas. N° 01-99, Sullana, Sala Civil Permanente, *El Peruano* 31/08/1999. Cas. N° 2239-2001, Lima, Sala Civil Permanente, *El Peruano*, 31/01/2003.

- Amenazas
- No permitir el ingreso al hogar
- Abuso del derecho a accionar
- Omisión del deber de asistencia
- Fecundación o esterilización no consentida
- Cesión de gametos sin el asentimiento de la pareja
- Arrebato de un hijo con la correspondiente restricción de la relación filial directa
- Inducir a los hijos a cultos (espiritismo) contra la voluntad del cónyuge
- Falsificación de firma y suplantación de la persona en un proceso judicial
- Sustracción y desaparición de los bienes conyugales
- Interposición de garantías personales sin fundamento
- Restricción del régimen de visitas
- Alienación parental.

No constituyen injuria grave las expresiones que, aun cuando injuriosas no demuestren la existencia en el que las vierte, de un hábito perverso, ni la intención que la ofensa trascienda del hogar⁽⁵⁸⁵⁾.

35. Abandono injustificado de la casa conyugal

35.1. Definición

Esta causal implica la separación fáctica que se refleja en la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de obligaciones familiares por parte del cónyuge que sale de la casa conyugal.

Esta causal está referida al incumplimiento del deber de cohabitación.

35.2. Elementos

Los elementos que deben presentarse para la configuración de esta causal son los siguientes:

Elemento objetivo

- Existencia de un domicilio conyugal determinado
- Abandono de la casa conyugal. Alejamiento físico y material del hogar

(585) Exp. N° 626-93, Callao, 30/06/1993.

Elemento subjetivo

- Intención de abandono del hogar conyugal
- Sustracción intencional del cumplimiento de los deberes conyugales
- Acto injustificado

Elemento temporal

- Transcurso del tiempo, dos años continuos o que la duración sumada de los periodos excedan dicho plazo.
- En Brasil, este periodo era de un año. Sin embargo, no se debe entender la necesidad de este lapso temporal de forma restricta. Si la persona se retira de su casa, durante un periodo razonable, un mes por ejemplo, y se niega a volver, estará caracterizado el abandono, la violación del deber de cohabitación.

35.3. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

35.4. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

35.5. Prueba

Para su configuración el demandante deberá actuar:

- La prueba de la existencia del domicilio conyugal constituido, y;
- La prueba del alejamiento unilateral del domicilio conyugal, por un periodo mayor a dos años continuos o alternados.

Las pruebas pueden ser movimientos migratorios, nombramiento de defensor de ausente, acciones judiciales por omisión familiar. Esta causal no puede considerarse acreditada con la sola presentación de la copia certificada de la denuncia policial al ser una manifestación unilateral que no forma convicción en el juzgador⁽⁵⁸⁶⁾.

Por su parte, el demandando deberá acreditar:

- Las causas que justifican su alejamiento, como podrían ser los supuestos de cese de la cohabitación por razones ajenas a su voluntad (tratamiento por una enfermedad, para cumplir un trabajo o un estudio temporal) que resulta justificado, o que el abandono se debe a conductas del otro cónyuge (actos de violencia física o psicológica, impedirle el ingreso al domicilio conyugal o expulsarlo de este, etc.).

(586) Exp. N° 3232-97, Sala N° 6, Lima 10/03/1998.

Quien ha hecho abandono tendrá a su cargo probar las causas que lo justifican. Para que el abandono se configure como causal no debe haberse producido por razones justificadas.

35.6. Excepciones

No se configura la causal de abandono cuando la cohabitación ponga en peligro la vida, salud o el honor de cualquiera de los cónyuges, o la actividad económica de la que dependa el sostenimiento del hogar⁽⁵⁸⁷⁾; así también como consecuencia de malos tratos y la negación de alimentos⁽⁵⁸⁸⁾.

35.7. Diferencia entre el abandono injustificado y la separación de hecho

Si bien el abandono y la separación, de hecho, se sustentan en los mismos hechos se diferencian en que en el primero se analiza, es si el abandono del hogar fue o no justificado, mientras que en el segundo básicamente lo que se examina es el elemento temporal⁽⁵⁸⁹⁾.

36. Conducta deshonrosa

36.1. Definición

Es el conjunto de actos indecorosos, ilícitos o inmorales que transgreden las buenas costumbres y el orden público atentando contra el respeto y honor del otro cónyuge y contra la dignidad e integridad de la familia⁽⁵⁹⁰⁾.

36.2. Elementos

Los elementos que deben presentarse para la configuración de esta causal son los siguientes:

- a) Compuesta de actos deshonestos⁽⁵⁹¹⁾, hechos carentes de honestidad y actitudes impropias o escandalosas⁽⁵⁹²⁾. Es el proceder incorrecto de una persona que se encuentra en oposición al orden público, a la moral y el respeto de la familia⁽⁵⁹³⁾.
- b) Implica una práctica habitual, una secuencia y continuidad. El término “conducta” hace referencia no a una situación aislada, sino a un comportamiento

(587) Cas. N° 3006-2001, Lima, 6/02/2002.

(588) Exp. N° 645-86, Lima, 14/07/1987.

(589) Cas. N° 1518-2006, Lima, Sala Civil Transitoria, 06/03/2007.

(590) Cas. N° 746-00, Lima, Sala Civil Transitoria, *El Peruano*, 30/11/2009.

(591) Exp. N° 2538-98, Sala de familia, Lima, 15/12/1998; Cas. N° 746-00, Lima, Sala Civil Transitoria, *El Peruano*, 30/11/2009.

(592) Exp. N° 3532-96, Sala N° 6, Lima, 31/03/1997.

(593) Cas. N° 2090, Huánuco, Sala Civil Transitoria, 13/12/2001.

usual. No puede referirse a un hecho, su significado precisa la realización de actos habituales⁽⁵⁹⁴⁾, a un constante proceder⁽⁵⁹⁵⁾.

- c) Hacen intolerable la vida en común al perturbar la armonía y la unidad conyugal⁽⁵⁹⁶⁾. “La expresión que haga insoportable la vida en común debe ser comprendida extensivamente: sea que imposibilite la continuación de la convivencia o su reanudación. En el primer caso, los cónyuges todavía cohabitan en un mismo domicilio conyugal, mientras que en el segundo, desde fuera del hogar le procura –al otro– deshonor y/o maledicencia en su ámbito social y profesional”⁽⁵⁹⁷⁾.

36.3. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

36.4. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

36.5. Prueba

Al tratarse de una causal subjetiva hay que tener en cuenta caso por caso.

36.6. Supuestos que abarcan la causal

Los más comunes lindan con el aspecto ilícito, contra la moral, las buenas costumbres y el orden público. Casos como la ebriedad habitual, salidas injustificadas, intimación con persona distinta al cónyuge, drogadicción, ludopatía, vagancia, prostitución, prácticas de estafa, usura, vicios, mendicidad, proxenetismo pueden configurar esta causal.

36.7. Injuria y conducta deshonrosa

La injuria (causal directa) difiere conceptualmente de la conducta deshonrosa (causal indirecta). La injuria implica un acto grave y dirigido. La conducta deshonrosa no apunta al acto, sino a las consecuencias de este.

A esto último hay que agregar que la naturaleza jurídica de la conducta deshonrosa es el configurar aquellos comportamientos o modos conyugales que lindan

(594) Exp. N° 363-98, Sala N° 6, Lima, 11/05/1998.

(595) Cas. N° 1431-98, Tacna, Sala Civil, 29/04/1999.

(596) Exp. N° 948-90, Lambayeque, Dictamen Fiscal.

(597) Cas. N° 1640-03, Lima, Sala Civil Transitoria, 20/04/2004. En el mismo sentido el Exp. N° 532-97, Sala N° 6, Lima, 21/05/1997.

con el ámbito ilícito, delictual, contrario al orden público o a las buenas costumbres, no así en la injuria, que es el acto ofensivo dirigido⁽⁵⁹⁸⁾.

La conducta deshonrosa lleva implícita una injuria grave. Algunas conductas de carácter grave que hagan imposible la vida en común pueden ser incorporadas dentro de estos conceptos materia de causal. La premisa es que existen situaciones que, sin ser deshonrosas, son de naturaleza grave que imposibilitan la vida conyugal dándose la necesidad de ser más explícitos, sin llegar a considerar expresamente los asuntos singulares.

37. Toxicomanía

37.1. Definición

Esta causal está referida al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. Se trata de una dependencia crónica a sustancias psicoafectivas como los estupefacientes, psicotrópicos, psicodislépticos e inhalantes volátiles. Para un sector de la doctrina también se considera el alcoholismo.

La causal se justifica en el grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas en forma habitual⁽⁵⁹⁹⁾.

Esta causal busca proteger al cónyuge sano.

37.2. Elementos

Los elementos que se deben de presentar para la configuración de esta causal son los siguientes:

- Habitualidad en el uso
- Tienen que ser (i) drogas alucinógenas o, (ii) sustancias que puedan generar toxicomanía. Se discute si el cigarrillo o el café pueden ser incorporados en esta causal. La respuesta sería afirmativa si llegan al grado de toximocomía.

Que el consumo sea injustificado, es decir, no procede en los casos en los que sea medicada.

37.3. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

(598) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 38.

(599) Exp. N° 144-98, Sala N° 6, Lima 08/04/1998.

37.4. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

37.5. Prueba

Resulta necesario un informe pericial o certificado médico.

37.6. Discrepancias

Algunos consideran esta causal como injusta, en razón que por el deber de asistencia el cónyuge llevado al vicio debe ser atendido, cuidado y socorrido. Como dice Aguilar Llanos⁽⁶⁰⁰⁾, si bien es cierto que el cónyuge sano se debe al enfermo, con base en el deber de asistencia, también es cierto que el cónyuge consumidor no podrá cumplir con su deber de asistencia.

Esta causal protege al cónyuge sano, la drogadicción y la toxicomanía se ven como una inconducta que no solo afecta al cónyuge, sino que dificulta la vida en común.

37.7. Excepción

La Ley N° 27495 estableció como límite de esta causal lo dispuesto en el artículo 347.

38. Enfermedad grave de transmisión sexual

38.1. Antecedente

Originariamente trataba a la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.

La Ley N° 27495 lo sustituye por el término enfermedades de transmisión sexual (ETS).

38.2. Definición

Es aquella causal sustentada en la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. Las enfermedades, según el tipo, implicarán un estado biológico con consecuencias jurídicas que el Derecho regula de manera particular con el fin de proteger a la familia.

Esta causal busca proteger al cónyuge sano.

(600) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. 2ª reimp., Ediciones Legales, Lima, 2010, p. 205.

38.3. Elementos

Para que se configure se tienen que presentar los siguientes elementos:

- La enfermedad tiene, necesariamente, que ser grave y de transmisión sexual, es decir tiene que poner en peligro la integridad del otro cónyuge.
- Debe haberse contraído luego de celebrado el matrimonio.

38.4. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

38.5. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

38.6. Prueba

Resulta necesario un informe pericial o certificado médico.

38.7. Impedimento y casual

Todo tipo de patología que sea crónica (permanente) contagiosa (al cónyuge) o transmisible por herencia (a la prole) implicará un impedimento matrimonial o una causal.

La insanidad nupcial en virtud de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole constituye un impedimento matrimonial (art. 241, inc. 2) que afecta la aptitud física del enfermo para contraer matrimonio y que constituye en causal de anulabilidad de matrimonio (art. 277, inc. 2). Siguiendo el mismo sentido, el inciso 8 del artículo 333 del Código Civil establece como causal de separación de cuerpos, la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

38.8. Supuestos que abarcan la causal

Las enfermedades que se encuadran dentro de esta causal son: Papiloma Humano, Gonorrea, Sífilis, Herpes Genital, VHI (Sida), Chancro blando, Chancro duro, etc. Pueden tratarse también las ladillas y los hongos.

39. Homosexualidad sobreviniente al matrimonio

39.1. Concepto

La heterosexualidad constituye un presupuesto para contraer matrimonio, sin el cual no cobra existencia. El matrimonio es un acto esencialmente heterosexual (salvo en los países donde el matrimonio homosexual ya tiene reconocimiento explícito).

39.2. Definición

Aquella causal sustentada en la pérdida de atracción heterosexual en la pareja, dirigiendo sus afinidades al mismo sexo. Esta conducta afecta la relación de pareja al punto de tornar imposible la convivencia, aunque la norma no lo detalle de esa manera.

39.3. Elementos

Para que se configure se tienen que presentar los siguientes elementos:

- Homosexualidad
- Sobreviniente al matrimonio

39.4. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

39.5. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.

39.6. Prueba

Resulta necesario un informe pericial o certificado médico.

39.7. Causal de anulabilidad o de separación/divorcio

La homosexualidad es causa de anulabilidad del matrimonio (art. 277, inc. 5) sustentada en el error en la identidad. Aguilar Llanos dice que esta causal debe interpretarse respecto del cónyuge agraviado, quien toma conocimiento del estado de su cónyuge “ya dentro del matrimonio, y si este conocimiento se da dentro de los dos años de celebrado el matrimonio tendría dos acciones a su favor, la anulabilidad del matrimonio y la de separación, y si el conocimiento se da luego de superado los dos años de matrimonio, la única vía será la separación”⁽⁶⁰¹⁾.

40. Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años

40.1. Definición

La causal se sustenta en la condena por delito doloso a pena privativa mayor de dos años. Se excluye a la condena por delito culposo. La motivación puede fundarse en el hecho de la separación que impone la privación de libertad o por la conducta reprochable causante de la pena⁽⁶⁰²⁾.

(601) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Ob. cit., p. 207.

(602) PLÁCIDO VILCACHAGUA. Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 203.

Esta causal no va ligada a ningún hecho contrario al cónyuge que invoca la sentencia condenatoria como causal de separación de cuerpos o de divorcio.

40.2. Fundamento

Podemos hablar de un doble fundamento en esta causal:

La separación de hecho producto de la pena privativa de libertades mayor a dos años.

La realización de una conducta socialmente reprobable, como es la comisión de un delito doloso.

40.3. Elementos

Para que se configure se tienen que presentar los siguientes elementos:

- La condena por delito doloso
- Pena privativa de la libertad mayor de dos años
- Impuesta después de la celebración del matrimonio.

40.4. Clasificación

Esta causal es indirecta y pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción.

40.5. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.

40.6. Prueba

Resulta necesaria la sentencia condenatoria.

40.7. Excepción

Una restricción importante de esta causal es que no puede invocar esta causal el cónyuge que conoció el delito antes de casarse, de acuerdo al artículo 338 del Código Civil.

41. Imposibilidad de hacer vida en común

41.1 Antecedentes

Es una causal incorporada con posterioridad a la dación del Código mediante Ley N° 27495. Puede ser considerada una causal genérica. También estaba presente en el Código brasileiro, en el artículo 1.573, párrafo único, que habla de “otras causas” que tornen insoportable la vida en común.

41.2. Concepto

La crisis matrimonial se da en aquellas situaciones en las cuales los cónyuges no mantienen una estable y equitativa relación matrimonial, habiéndose perdido la armonía conyugal⁽⁶⁰³⁾. Amor, pasión, comprensión y tolerancia no se conjugan en el trato común y cotidiano.

41.3. Denominación

Conocida como desquiciamiento matrimonial, incompatibilidad de caracteres o de personalidades, intolerabilidad de hacer vida en común.

Todas las denominaciones tienen como base el carácter de cada cónyuge, tomando en consideración que es “(...) uno de los componentes de la personalidad y constituye su manifestación externa”⁽⁶⁰⁴⁾, sobre el cual se estructuran y desarrollan las relaciones familiares.

41.4. Definición

La causal de incompatibilidad de caracteres representa el desquiciamiento del matrimonio, siendo una causa justa para solicitar el divorcio. Es aquella falta de compenetración y de asociación libre, voluntaria y armónica entre las personas. No hay entendimiento, ni una relación fluida; solo una absoluta falta de correspondencia. Esto se da en algunos matrimonios en razón que los cónyuges no se entienden en nada y convierten su relación marital en inllevadera.

Como dice Arnaldo Rizzardo, ningún principio moral o ético podrá exigir que mantenga una unión donde ha desaparecido el respeto, la comprensión, la amistad, el compañerismo. Lo contrario implicaría mantener un matrimonio puramente externo, estando los cónyuges separados en los sentimientos, en el amor, en los ideales y en el afecto. La inestabilidad de la vida real en común recomienda la separación⁽⁶⁰⁵⁾.

La actitud conyugal “(...) importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su imputabilidad al otro consorte; quien con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio; (...)”⁽⁶⁰⁶⁾.

(603) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La incompatibilidad de caracteres (De la imaginación a la realidad como causal de divorcio)”. En: *El Comercio*. 8 de julio de 2001, A. 31 y en: *Legal Express*, año 1, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2001.

(604) PELÁEZ CAMACHO, Carlos Enrique. *La incompatibilidad de personalidades como causal específica de divorcio*. Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad de Lima, 1992.

(605) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 5ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 298.

(606) Cas. N° 2871-2005, Lima, Sala Civil Permanente, 02/10/2006.

41.5. Elementos

Para efectos de consolidar su estructura y que pueda llegar a considerarse como una causal, la incompatibilidad de caracteres debe cumplir con los siguientes elementos:

- Ser manifiesta y permanente. La mera desavenencia, desacuerdo, discrepancia o disconformidad no es suficiente para configurar la causal y, además, debe haber transcurrido, necesariamente, un tiempo que afecte la relación conyugal.
- Hacer insoportable la vida en común. Implica la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común⁽⁶⁰⁷⁾, y;
- Debidamente comprobada en proceso judicial. La referencia de la imposibilidad de hacer vida en común, deba ser debidamente probada en proceso judicial, y entender que los medios probatorios se pueden hacer valer en el correspondiente proceso judicial, o pueden provenir de un proceso previo⁽⁶⁰⁸⁾. Consideramos que la precisión que el legislador hace en esta causal como innecesaria, ya que todas las causales deben de ser debidamente acreditadas en un proceso judicial.

41.6. Clasificación

Esta causal pertenece al sistema objetivo no inculpatario. La corriente que impulsa esta causal la coloca en la teoría del divorcio remedio. Los factores que la componen no son exclusivamente de uno de los cónyuges, sino de la pareja y afecta la continuidad de vida cuando esta se torna insoportable o inmanejable, trayendo consigo la desarmonía conyugal.

La jurisprudencia considera que: “(...) la legislación nacional, continúa bajo un sistema divorcista moderado, flexibilizado expresamente al incorporar una causal objetiva del sistema remedio (...) dificultándose por tanto que pueda considerarse la inclusión (...), la imposibilidad de vida en común, como una causal de divorcio quiebra, que constituye una modalidad divorcista flexible a la que sigue otros mecanismos de disolución del vínculo matrimonial, como lo es el divorcio unilateral, la conciliación, el divorcio por autoridad administrativa e incluso notarial”⁽⁶⁰⁹⁾.

Otro sector de la doctrina considera que esta causal, al ser tan especial, como parte del divorcio quiebra.

41.7. Derecho comparado

Hay países en los cuales la incompatibilidad de caracteres está considerada de manera indirecta. Tal es el caso de Cuba donde procede el divorcio por mutuo

(607) Cas. N° 2871-2005, Lima, Sala Civil Permanente, 31/01/2007.

(608) Cas. N° 2871-2005, Lima, Sala Civil Permanente, 02/10/2006.

(609) Cas. N° 212-2006, Lima, Sala Civil Transitoria, 31/07/2006.

acuerdo, cuando el matrimonio ha perdido su sentido (art. 52) o en Alemania que permite el divorcio comprobado que fuera el fracaso matrimonial y la consecuente separación de hecho (art. 1565). Donde sí existe reconocida y de manera expresa es en algunos estados de Norteamérica como es el caso de Alabama, Alaska, California, Delaware, Florida, Idaho, Kansas, Nevada, Nuevo México, Oklahoma, Texas, Vermont, entre otros.

41.8. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

41.9. Prueba

La variedad de circunstancias y situaciones que pueden presentar en la vida real hace difícil enumerar los hechos que pueden configurar la incompatibilidad de caracteres. De todas las circunstancias que ordinariamente “pueden producirse viviendo o no los cónyuges bajo el mismo techo, deben ser acreditadas por cualquier medio probatorio admitido en nuestra legislación procesal civil, debiendo el juzgador valorar en conjunto la prueba actuada a fin de llegar al convencimiento que el hecho comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida en común”⁽⁶¹⁰⁾.

41.10. Supuestos que abarcan la causal

Aquí no hay causal objetiva. No existe imputación de una conducta antijurídica a la que hay que sancionar. Tampoco hay incumplimiento de deberes conyugales. El quid es determinar cuándo se transforma en una justificación para disolver el matrimonio.

La desarmonía conyugal genera una situación que hace insostenible la vida en común. Ello está determinado por diversos factores, tales como psicológicos (hipocondría, morbosidad, narcisismo, miedo), funcionales (falta de responsabilidad conyugal), económicos (carencia de dinero), sexuales (machismo, feminismo o aberraciones) y religiosos (diversidad de credos)⁽⁶¹¹⁾. Cada situación no representa en sí ni por sí una justificación para tipificarla como causal de divorcio. Hay que analizar caso por caso. A todo ello hay que considerar que la jurisprudencia establece que: “(...) si bien, la imposibilidad de hacer vida en común es comprendida como una causal inculpatoria genérica, esta incorpora supuestos distintos a los incursos en las otras causales específicas de divorcio”⁽⁶¹²⁾.

(610) Cas. N° 2871-2005, Lima, Sala Civil Permanente, 02/10/2006.

(611) Cfr. PELÁEZ CAMACHO, Carlos Enrique. *La incompatibilidad de personalidades como causal específica de divorcio*. Tesis cit.

(612) Cas. N° 212-2006, Lima, Sala Civil Transitoria, 31/07/2006.

No obstante, estas situaciones no representan necesariamente una justificación para tipificarla como causal. El problema es llegar a establecer cuándo la falta de entendimiento y de compenetración entre los cónyuges se transforman en una justificación para debilitar o disolver el matrimonio. Esto no es fácil y nuestro legislador, a pesar de haberse dado cuenta de ello, ha justificado su admisibilidad siempre que la imposibilidad de hacer vida en común sea debidamente probada en proceso judicial.

42. Separación de hecho

42.1. Antecedente

Es una causal incorporada con posterioridad a la dación del Código mediante Ley N° 27495. En Brasil, antes de la Enmienda Constitucional 66, dos años de separación de hecho era causal para el denominado divorcio directo.

42.2. Concepto

La separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, la cohabitación. Nuestra legislación civil relativa al matrimonio, consigna bajo el nombre de cohabitación, al deber que tienen los cónyuges de hacer vida conjunta y comunitaria en el domicilio conyugal, de conformidad con el artículo 289 del Código Civil, siendo esto es lo que se incumple.

42.3. Definición

Como su nombre lo indica implica una separación fáctica, una ausencia de convivencia que se aprecia en la práctica y que afecta la relación jurídica conyugal.

Doctrinariamente, la separación de hecho constituye una causal no culpable sustentada en uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio: la vida en común. Se presenta como el incumplimiento del deber que los cónyuges tienen en compartir el lecho, techo y mesa. Esta causal es de orden objetivo al demostrar un hecho real y directo: la falta de convivencia por un plazo determinado e ininterrumpido. Se presenta como una fórmula necesaria para incorporar la teoría del divorcio-remedio por la propia realidad social, familiar, económica y política que hoy vive nuestro país. Ponen fin a matrimonios ficticios.

Una vez ocurrida, cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de expresar motivo alguno, sino únicamente la probanza del paso del tiempo ininterrumpido solicitará la separación de hecho en demostración que el paso del tiempo es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida en común. Cuando hay una separación de hecho, se puede decir que el matrimonio existe solo en términos jurídicos, pero dejó de existir en el plano de los hechos, es solo una reminiscencia.

42.4. Elementos

Los elementos constitutivos de la separación de hecho son:

- Elemento objetivo

Es la separación de hecho, la falta de convivencia y la interrupción de la vida en común y se produce por voluntad de uno o de ambos⁽⁶¹³⁾.

Implica (i) ausentarse del hogar conyugal sin autorización judicial, con la sola voluntad del cónyuge que se retira (unilateral) o de una decisión conjunta (bilateral), cuando ambos cónyuges quiebran la convivencia de facto, o; (ii) vivir en una misma casa sin convivir como pareja, incumpliendo el deber de cohabitación o de vida en común.

- Elemento subjetivo

Falta de intención de normalizar la vida conyugal finiquitando la convivencia por más que algún deber se cumpla. La separación se supone que se ha producido por razones no constitutivas de estados de necesidad o fuerza mayor⁽⁶¹⁴⁾.

- Elemento temporal

Este elemento está dividido en dos aspectos:

- **Falta de convivencia.-** Se exige un periodo de alejamiento. Es el plazo transcurrido en el que los cónyuges no hacen vida en común. Tiempo en el que no existe convivencia. Con base en la corriente de protección de la familia y de los hijos se ha considerado dos tipos de plazos: Cuando hay hijos menores de edad, el plazo es de cuatro (4) años o cuando no hay o existiendo son mayores de edad, el plazo es de dos (2) años.
- **Plazo ininterrumpido.-** La separación de hecho debe cumplir un plazo que no puede ser paralizado o suspendido por actos de convivencia (ni esporádicos, ni ocasionales). Esta es una diferencia con la causal de abandono injustificado. Esta última es una causal con un elemento subjetivo y culposo: el carácter injustificado y, como hemos visto, el propio Código permite que el plazo sea mayor de dos (2) años continuos (ininterrumpidos) o cuando la duración sumada de los periodos de abandono (sumatoria de los plazos interrumpidos) exceda a este plazo (más de dos años).

Los elementos objetivo y temporal son necesarios. Su inobservancia acarreará la inaplicabilidad de la causal.

(613) Cas. N° 1120-2002, Puno, Sala Civil Transitoria, 31/03/2003; Cas. N° 784-2005, Lima, Sala Civil Transitoria, 14/03/2006.

(614) Cas. N° 157-2004, Cono Norte, Sala Civil Permanente, 02/06/2005.

42.5. Improcedencia

Para fines de esta causal no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo⁽⁶¹⁵⁾. No se considera las razones de salud, siendo estas, a nuestro criterio, tanto o más justificadas que las laborales.

42.6. Garantismo

Para demandar esta causal, el demandante debe acreditar estar al día en el pago de los alimentos u otras obligaciones que se hubieren pactado entre los cónyuges.

Para brindar seguridad y garantía al cónyuge demandado por esta causal, se faculta expresamente al juez para que vele por su estabilidad económica y la de los hijos, debiendo señalar una reparación por el daño moral u ordenar la adjudicación preferente de los bienes gananciales. Además, el juez podrá otorgar al cónyuge que resulte más perjudicado el derecho de habitación (art. 323), la pensión de alimentos (art. 342) y/o la reparación por el daño moral (art. 351), mientras que respecto al cónyuge que motivó el proceso se podrá disponer la pérdida de gananciales (arts. 324 y 352) y la pérdida de derechos hereditarios (art. 343).

A pesar del carácter objetivo de la causal se buscará determinar la existencia del cónyuge perjudicado con la separación de hecho, para lo cual la lógica nos remitirá que se trata del cónyuge que no motivó dicha separación. Claro está que no en todos los supuestos se podrá determinar tal condición.

42.7. Clasificación

Esta causal pertenece al sistema objetivo⁽⁶¹⁶⁾ no inculpatario del divorcio-remedio.

Busca resolver un problema social claramente identificado: el mantener en la ficción las relaciones conyugales existentes fundadas en falsas verdades, la existencia de matrimonios fracasados.

42.8. Legitimidad

Cualquiera de los cónyuges puede demandar la causal, incluso alegando sus propios hechos. Es un criterio unánime en doctrina considerar a la separación de hecho como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos y que, producida la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un

(615) Tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495.

(616) Cas. N° 2553-2005, La Libertad, Sala Civil Permanente, 01/08/2006.

cónyuge culpable y de un cónyuge inocente, por lo que es posible que el accionante fundamente su pretensión en hechos propios⁽⁶¹⁷⁾.

42.9. Caducidad

La acción que se fundamenta en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

42.10. Prueba

Las pruebas pueden ser movimientos migratorios, nombramiento de defensor de ausente, acciones judiciales por omisión familiar o copia certificada de la denuncia policial.

43. Separación convencional

43.1. Antecedente

Llamada originalmente mutuo disenso. Como decía Cornejo es el acuerdo en el desacuerdo.

43.2. Definición

La separación convencional es la manifestación concorde de voluntades de los cónyuges, que puede motivar un decaimiento o disolución del matrimonio.

Con el concurso de voluntades y cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos, la resolución judicial, acta notarial o resolución de alcaldía se limitan a la aprobación y homologación del acuerdo conyugal.

43.3. Denominación

Llamado mutuo disenso, separación consensual o negocial.

43.4. Naturaleza jurídica

No se trata de una causal. Es el acuerdo, conjunto y armónico, de voluntades a través del cual los cónyuges deciden la continuidad de su relación marital.

43.5. Objetivo

Obtener la separación de cuerpos para luego solicitar el divorcio. No cabe la solicitud de divorcio vía separación convencional. Se requiere el paso previo de la separación de cuerpos.

(617) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La separación de hecho: ¿Divorcio-culpa o divorcio-remedio?”. En: <http://www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ_art45.PDF>. Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, p. 4, (15/01/2011).

43.6. Elementos

Para que se configure se tienen que presentar los siguientes elementos:

- a) Transcurso de dos años de la celebración del matrimonio.
- b) Consentimiento de ambos cónyuges. Expresado en la demanda y ratificado en la audiencia única. La ratificación permite que cualquiera de los cónyuges revoque su consentimiento dentro de los treinta días calendarios posteriores a la audiencia (art. 344 del Código Civil y art. 578 del Código Procesal Civil).
- c) Presentación con la demanda de la propuesta de convenio regulador de los regímenes familiares de los cónyuges. La propuesta de convenio es un requisito especial para la admisibilidad de la demanda (art. 575 del Código Procesal Civil). El contenido está referido a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales.
- d) Aprobación judicial de la separación convencional. La sentencia convalidará y acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los derechos inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 579 del Código Procesal Civil.
- e) Sometimiento a la vía del proceso sumarísimo, artículo 573 del Código Procesal Civil, vía notarial o municipal.

43.7. Fundamento

Si los cónyuges no quieren convivir, es una decisión en la que el Estado no debería intervenir, pues interrumpir su vida común constituye una situación personalísima e individual.

El Estado no puede obligar a los cónyuges a la cohabitación o a la continuidad del matrimonio. Tampoco les otorga una total libertad. Las partes ven supeditada su voluntad a un plazo que la ley les obliga a respetar. La exigencia de este plazo importa una garantía de la seriedad del propósito de separación y sirve como periodo de reflexión de los cónyuges frente a apresuradas decisiones cuando, después de celebrado el matrimonio, surgen desavenencias o problemas conyugales que pueden ser pasajeros o coyunturales.

43.8. Legitimación

La legitimación para accionar se limita a los cónyuges, ambos de consuno.

43.9. Acuerdo familiar

El acuerdo tiene naturaleza negocial. Le son aplicables las causas generales de impugnación de los actos jurídicos. Debe constar por escrito y tener las firmas

legalizadas de las partes para poder ser sustentado en el proceso. Permite regular lo referente a los hijos y bienes del matrimonio. Es un acto jurídico familiar por antonomasia.

El juez examinará si las condiciones estipuladas por los cónyuges son aceptables desde el punto de vista del interés familiar; especialmente, respecto a los hijos menores. De ser el caso puede rechazar el convenio y negar su homologación si las condiciones no son aceptables, solicitando a los cónyuges que presenten otras distintas a la vista de las observaciones planteadas.

La pareja debe decidir la repartición de bienes, tenencia, visitas y la pensión por concepto de alimentos. Todo lo cual debe plasmarse en el acuerdo familiar.

43.10. Vías

En el Derecho comparado existen dos vías para llevar a cabo el divorcio convencional:

- **Vía Directa:** No requiere la separación de cuerpos, divorcio convencional.
- **Vía Indirecta:** Requiere un periodo de separación de cuerpos para, posteriormente, solicitar la disolución del vínculo conyugal, divorcio ulterior.

Héctor Cornejo Chávez⁽⁶¹⁸⁾ explica que el mutuo disenso implica que los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas, que no desean ventilar ante los tribunales o, simplemente, por el hecho que difieren en el modo de pensar y de sentir, deciden que les es imposible continuar la convivencia y por tal motivo solicitan la autorización judicial para exonerarse de los deberes de lecho y habitación. Los cónyuges no están de acuerdo en nada, excepto en el acuerdo de la separación.

44. La causal frustrada

El artículo 347 del Código Civil dispone que en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede solicitar judicialmente que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistente las demás obligaciones conyugales. La dispensa judicial puede aplicarse a los supuestos en que medie alguna causal de divorcio, con la salvedad que en el supuesto del artículo 347 la dispensa solo se produce en dos circunstancias, enfermedad mental o la enfermedad contagiosa. Por su parte, el inciso 8 del artículo 333 es causa de separación de cuerpos: la enfermedad sexual contraída después de la celebración del matrimonio. Así, la grave alteración de la conducta sexual de uno de los cónyuges no solo suspende la obligación de hacer vida en común sino también puede poner fin al matrimonio.

(618) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., pp. 311-312.

En el supuesto del artículo 333 se entiende que los actos que ocasionan la separación de cuerpos son posteriores a la celebración al acto del matrimonio. En cambio, los supuestos del artículo 347 deben entenderse como aplicables a hechos ocurridos tanto *ex ante* como *ex post* al matrimonio.

La suspensión de la cohabitación por enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges, supuesto del artículo 347, se encuentra parcialmente contemplado en el inciso 8 del artículo 333. La norma permite a uno de los cónyuges plantear la separación de cuerpos por enfermedad sexual contraída después de la celebración del matrimonio. No obstante esta semejanza, la diferencia entre ambos supuestos estriba en los efectos. Hecha esta precisión, podemos discrepar parcialmente de lo establecido en el artículo 347, en la medida que si bien la alteración en la salud de cualquiera de los cónyuges influye en los propósitos matrimoniales, esta solo debería sancionarse si fuera muy grave y sobre todo cuando mediara culpa del cónyuge afectado, mas no cuando este ha contraído la enfermedad por razones ajenas a su voluntad. Es decir, el supuesto del artículo 347 solo debería estar referido a enfermedades contagiosas anteriores al acto matrimonial; el inciso 8 del artículo 333; en cambio, debería generalizarse para todos los supuestos de haber contraído enfermedad contagiosa posteriormente al acto matrimonial.

Frente al valor de asistencia y solidaridad que los cónyuges se deben como base de la comunidad de vida que impone el matrimonio, la ley antepone el interés del cónyuge sano, quien será árbitro de la situación, decidiendo si soporta o no las consecuencias de una enfermedad contagiosa.

VI. VÍAS PARA LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR, JUDICIAL, NOTARIAL Y MUNICIPAL

45. Generalidades

La judicialización de los procesos no contenciosos merece un vasto análisis para aligerar sus trámites. Se busca establecer una vía que permita tramitar la separación de cuerpos convencional con el divorcio ulterior a través de la llamada jurisdicción voluntaria o mediante la competencia jurisdiccional.

Actualmente contamos con tres vías: la vía jurisdiccional, notarial o administrativa.

En este sentido tenemos lo siguiente:

VÍA JURISDICCIONAL		VÍA NOTARIAL		VÍA MUNICIPAL	
Cónyuges	Ministerio Público	Cónyuges	Notario	Cónyuges	Alcalde
(Demandantes)	(Demandado)	(Solicitantes)	(Funcionario Público)	(Solicitantes)	(Funcionario Público)

46. Trámite judicial

Se presenta la demanda. Se cita a audiencia única motivando el juez a una conciliación. Las partes pueden ratificar su pedido o desistirse, una de ellas o ambas. Luego de la audiencia se concede 30 días para revocar el consentimiento. De estar conformes las partes se expide la sentencia de separación de cuerpos. Transcurridos dos meses de notificada la sentencia, cualquiera de los cónyuges podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Esta es la etapa de conversión de la separación personal en divorcio, el divorcio ulterior. El juez expedirá sentencia luego de tres días de notificada a la otra parte sobre el pedido formulado y declarará disuelto el vínculo matrimonial. Consentida y ejecutoriada la sentencia se solicitan los partes para su inscripción en el Registro Personal.

47. Trámite notarial y municipal

No existiendo litis, puesto que las partes están de acuerdo en lo que van a solicitar, la pregunta es ¿Para qué recurrir al órgano jurisdiccional a fin de acabar un matrimonio? La tendencia actual es descongestionar y aligerar la labor del Poder Judicial. Llevando estos procesos a la vía notarial o municipal se logrará el fin; sin descuidar la labor tuitiva del Estado de proteger a la familia.

El divorcio rápido, *express* o por ventanilla busca un trámite de forma alternativa a través de la llamada jurisdicción voluntaria (notarial) o la vía administrativa (municipal) a la competencia jurisdiccional. Los ciudadanos puedan optar por la vía que estimen conveniente para estos supuestos. El objetivo es que disminuya la carga procesal en el Poder Judicial y atender de una manera más eficiente y directa estas pretensiones.

Para acceder a esta vía solo se permite que la separación convencional sea solicitada por los cónyuges, después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, cumpliendo con los siguientes requisitos: a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad; b) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

47.1. La Ley

La vía notarial y municipal del divorcio se aprobó en el Perú mediante Ley N° 29227⁽⁶¹⁹⁾.

La norma va por la tendencia divorcista que viene alentando nuestra normativa. Primero con la reducción de los plazos para conversión de separación de cuerpos en divorcio (antes eran 6 meses, ahora 2), segundo, con la no necesidad que suban en consulta a la sala los casos de separación convencional y, tercero, con la incorporación de nuevas causales remedio (separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común).

El tema no es nuevo, viene discutiéndose bastante tiempo atrás. La notarización y municipalización de la separación de cuerpos y divorcio es una exigencia de la sociedad que ve en el Poder Judicial una tramitación costosa. Costo económico, temporal y espiritual. Oneroso en todo sentido, desde llegar a los lúgubres juzgados hasta esperar la formal sentencia entregada por el abogado.

Pero esta ley de divorcio *express* no favorecerá a muchos. Quizá solo a un 10 % de los matrimonios existentes con posibilidad de divorciarse. En efecto, si tomamos en cuenta los requisitos que deben cumplirse: 2 años, sin hijos y sin patrimonios, o con hijos y patrimonio pero con acuerdos al respecto: alimentos, tenencia, régimen de visitas y con qué bienes se queda cada uno (que resulta siendo la esencia de los problemas matrimoniales en lo que normalmente hay acuerdo en el desacuerdo) solo se beneficiarán algunos cuantos. No es, entonces, para alarmarse. El alcance de la Ley es mínimo.

La Ley tiene vacíos. Por ejemplo, debió considerar que la pareja no tenga hijos mayores dependientes o que la mujer no esté embarazada (art. 4, inc. a) de existir estos casos deberían ser parte de los acuerdos (no podemos dejarlos en el desamparo). Además, dentro de los requisitos de la solicitud la ley olvidó considerar el domicilio individual de cada uno de los cónyuges considerando que los cónyuges solicitantes normalmente no conviven.

47.2. El Reglamento

Dictada la Ley, la preocupación fue la dación de una eficiente reglamentación. En un inicio parecía iba a afectar solo a municipales, no los servicios notariales, pero no fue así. Se incluyó a ambas tomando en cuenta que la labor ha realizarse sería significativamente importante.

En estos avatares se dictó mediante D.S. N° 009-2008-JUS⁽⁶²⁰⁾, sin mayor éxito y con un pobrísimo debate, el Reglamento de la Ley de administrativización del divorcio. Si la Ley era mala el reglamento fue peor.

(619) DOEP, 16/05/2008.

(620) DOEP, 14/06/2008.

Este comienza con definiciones incorrectas e imprecisas. Limita los alimentos a lo indispensable, sin tener en cuenta que, independiente posibilidad de los familiares, está la necesidad del alimentista. Respecto de la tenencia y patria potestad, igual, las define como derechos-deberes siendo, esencialmente, relaciones jurídicas familiares. Además, en materia del domicilio conyugal, contrariamente a lo que manda la ley, lo restringe al último que compartieron los cónyuges dejando de lado que la competencia fijada por ley también incluye el domicilio donde se celebró el matrimonio. Respecto del notario, no contempla plazo alguno para que expida el acta notarial de separación de cuerpos y de divorcio. Entendemos que la primera se extiende en la misma audiencia, pero la segunda –tramitada vía solicitud– carece de término. No dudamos de la celeridad del notario pero los plazos deben aplicarse uniformemente para ambas vías.

Otros vacíos más. El Reglamento no trata la delegación de facultades del Alcalde para que otro funcionario realice el trámite (*a simili* de la celebración del matrimonio, art. 260 del CC.); lo que implica que los alcaldes deben tramitar personalmente estos procesos, en aplicación estricta del artículo 9 del Reglamento, bajo sanción de nulidad. En lo que respecta del trámite limita a una (1) sola inasistencia, que debe ser justificada. No deja posibilidad alguna de una tercera citación a audiencia. Refiere de un visto bueno del área legal respectiva sin considerar los puntos que deben ser evaluados por el letrado para admitir la solicitud (siendo posible que sea improcedente o inadmisibile). En lo referido a la defensa cautiva, el Reglamento solo requiere expresamente al abogado para los trámites notariales (a pesar que los notarios no mueven mano sin firma del colega). Pero, para los trámites ante la municipal nada se dice. Cita el Reglamento el artículo 113 de la Ley N° 27444 (de procedimientos administrativos) que no exige que la solicitud deba ser autorizada por letrado. En este caso debió tenerse más cuidado y requerir la asesoría legal de las partes.

Respecto de la audiencia, en esta no se dice nada de nada. Solo la pregunta a los cónyuges divorciantes si se ratifican en contenido de la solicitud. Ni al alcalde ni al notario se le faculta legalmente a conciliar, situación que es obligatoria en el proceso judicial (El juez propiciará la conciliación proponiendo su fórmula, 555 del CPC. Muchas juezas han hecho desistir la pretensión de parejas. Estas salen agarradas de la mano y los abogados terminan mal parados).

Analizando el proceso. Entendemos que solo procederá la revocación conjunta. No se aplica el artículo 344 del CC, referido a la facultad de las partes de revocar su consentimiento dentro de los treinta (30) días naturales siguientes de la audiencia (acaso se aceptará la revocación parcial o condicionada, negada por el art. 578 del CPC). Se deja de lado el artículo 346 del CC, que contempla la cesación de los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges; si esta se produce durante el juicio, el juez corta el proceso; si se da después de la sentencia los cónyuges lo expresarán al juez en el mismo proceso. ¿Cómo funcionará

en el trámite administrativo?, además no interviene el fiscal (diferencia con el proceso civil, art. 574 del CPC).

El Reglamento termina por la pata de los caballos al consignar solo dos (2) requisitos que las municipalidades deben cumplir para acreditarse. Estos son: un ambiente privado y adecuado y una oficina de asesoría jurídica. Lo del ambiente, se soluciona rápidamente con un biombo o unas cortinas que ofrezcan la privacidad que estos casos ameritan pero, respecto de la oficina legal, ¿acaso por ley no se exige que toda municipalidad la tenga? Entonces es un requerimiento sin sentido. Es decir, las exigencias no son nada exigentes. La Comisión que preparó este reglamento olvidó temas que sí deberían exigirse a las municipalidades para la acreditación. Ejemplo, adecuar sus TUPA, interconexión a Reniec y Sunarp, contar con un abogado específicamente contratado con conocimiento en derecho familiar. Y, finalmente, extiende la vigencia de la acreditación por cinco (5) años, holgado plazo para que las municipalidades pasen una nueva revisión.

Un tema importante es que se debió considerar la forma en que deberán convalidarse los divorcios que sean remitidos del extranjero. Por ejemplo Juan y María se divorcian notarialmente en Miami. Me pregunto: ¿Ese divorcio es válido en el Perú?, ¿podrá convalidarse? Claro que si se respetan todas las exigencias de la ley peruana sería viable, pero si no se ajustan al contenido legal deberán ser rechazadas.

¿Qué pasará si existen acuerdos violatorios, desproporcionados o exagerados? De existir serán nulos pero acaso cabe el análisis por parte de las autoridades administrativas al respecto. El Reglamento debió prever estos casos.

47.3. Requisitos

Para solicitar la separación convencional vía no contenciosa los cónyuges deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Ambos cónyuges deben estar de acuerdo con la separación.
- La pareja que desea divorciarse debe tener por lo menos dos años de matrimonio.
- No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad; o, de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y régimen de visitas de los hijos menores de edad.
- Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los registros pertinentes, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.
- La solicitud de separación convencional y divorcio posterior debe presentarse por escrito señalando nombre, documento de identidad, domicilio de los interesados y la última dirección conyugal.

47.4. Esquema

El trámite notarial o municipal de la separación convencional y divorcio ulterior podemos graficarlo de la siguiente manera:

Trámite del proceso administrativo de divorcio												
Solicitud	Presentación	Notaría	Verificación de cumplimiento de los requisitos	Convocatoria y realización de audiencia única	1ª audiencia única por inasistencia justificada	Acta notarial	s/p	Separación convencional	Solicitud de divorcio	Acta notarial	s/p	Divorcio
		Municipalidad				Resolución de alcaldía	5 días			Resolución de alcaldía	5 días	
	Plazo		5 días	15 días						2 meses		
						15 días						
				De no asistir								
				Concluye								

47.5. Reflexiones

Las normas del divorcio administrativo quedan en una buena intención. Faltó tecnicismo y conocimientos para regular esta forma tan especial de disolver el matrimonio. El tiempo decidirá la efectividad. Si se vulneran los principios del Derecho de Familia y si atenta contra matrimonio. Lo que estamos seguros es que los abogados tienen una responsabilidad y son necesarios para el éxito de estos trámites. En virtud a estas normas, que termina siendo una guía práctica para fracasar en los procesos de divorcio municipal y notarial, los abogados nos hacemos necesarios.

VII. CUESTIONES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS, DIVORCIO POR CAUSAL, SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

48. Generalidades

Existen en nuestro Código Civil y Código Procesal Civil normas específicas aplicables para los trámites judiciales de los procesos de separación de cuerpos y

divorcio por causal, así como también para los trámites de la separación convencional y divorcio ulterior.

El trámite de la separación de cuerpo y divorcio por causal está sujeto a las siguientes disposiciones específicas sustantivas y adjetivas:

49. Titulares de la acción de separación de cuerpos y divorcio por causal

La acción de separación de cuerpos y divorcio es personal.

Corresponde a los cónyuges, de acuerdo con el artículo 334 del Código Civil. Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica. A falta de ellos, el curador especial representa al incapaz.

La acción mediante representante puede ser aquella que se basa en una causal específica. Queda claramente preceptuado que para solicitar la separación convencional los cónyuges deberán actuar personalmente, aunque posteriormente a lo largo del proceso puedan hacerse representar por un apoderado.

En lo que respecta al trámite procesal de la separación de cuerpos y divorcio causal, de conformidad con el artículo 480 del Código Procesal Civil, se establece que este se sujeta al proceso de conocimiento y solo se impulsarán a pedido de parte.

El Ministerio Público es parte en estos procesos y, como tal, no emite dictamen de acuerdo con el artículo 481 del mismo cuerpo normativo.

50. Hecho propio

Una precisión acorde a la teoría del divorcio-sanción la encontramos en el límite para accionar sustentándonos en nuestras propias acciones (art. 335 del Código Civil). Resultaría injusto permitir al cónyuge que incumple sus obligaciones, valerse de sus propias actos para obtener la separación de cuerpos o poner fin al matrimonio.

51. Apreciación judicial de la injuria grave

El artículo 337 del Código Civil establecía que la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa eran apreciadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

La ley quiso dotar al juez de las máximas facultades para apreciar los hechos, teniendo en cuenta que en muchos casos se trata de actitudes que dependen de una apreciación subjetiva de las circunstancias. El carácter ultrajante de los hechos alegados depende, no solo de criterios sociales y objetivos, sino también de las particularidades propias de la psicología de los cónyuges.

Por sentencia del Tribunal Constitucional⁽⁶²¹⁾ expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra este artículo la referencia a la apreciación por el juez de la sevicia y la conducta deshonrosa, atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges quedó derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial solo en relación a la injuria grave.

52. Acumulación originaria y sucesiva de pretensiones

Salvo que hubiera decisión judicial firme deben acumularse a la pretensión principal de separación o divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges, de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal que directamente resulten afectadas de la pretensión principal, sin tomar en cuenta en estos supuestos que estos sean de competencia del mismo juez y que sean tramitables en una misma vía procedimental, de acuerdo con el artículo 483 del Código Procesal Civil.

Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

Los procesos pendientes de sentencia respecto de las pretensiones accesorias se acumulan al proceso principal a pedido de parte. La acumulación se solicitará acreditando la existencia del expediente, debiendo el juez ordenar se remita este dentro de tercer día, bajo responsabilidad.

El juez resolverá su procedencia en decisión inimpugnable.

53. Medidas cautelares

El artículo 485 del Código Procesal Civil establece que después de interpuesta la demanda son, especialmente, procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges: alimentos, tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y la administración y conservación de los bienes comunes.

54. Separación convencional y divorcio ulterior

En la vía judicial, la separación convencional y el divorcio ulterior tiene básicamente, las siguientes disposiciones específicas en cuanto a su trámite procesal:

55. Titulares de la acción de separación de cuerpos y divorcio por causal

Los titulares en la acción son ambos cónyuges quienes demandan al Ministerio Público.

(621) Exp. N° 018-96-I/TC.

En lo que respecta al trámite procesal de la separación convencional y divorcio ulterior, de conformidad con el artículo 573 del Código Procesal Civil, se establece que la pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo. Asimismo, en estos procesos el Ministerio Público interviene como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emite dictamen (art. 574 del Código Procesal Civil).

El artículo 577 de la norma procesal considera la representación especial permitiendo que las actuaciones judiciales puedan realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.

56. Requisitos especiales de la demanda

El artículo 575 del Código Procesal Civil nos detalla los requisitos que, específicamente, se deben incorporar a la demanda. Debe anexarse la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales, conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

El inventario valorizado solo requerirá de firma legalizada de los cónyuges.

57. Convenios

Nuestra norma procesal establece una anticipación de tutela declarando que expedido en el auto admisorio tienen eficacia jurídica los acuerdos del convenio anexado a la demanda, sin perjuicio de lo dispuesto en la sentencia (art. 576 del Código Procesal Civil).

La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto siempre que asegure, adecuadamente, la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces (art. 579 del Código Procesal Civil).

58. Revocación

Se contempla la revocación de las pretensiones disponiéndose que dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia, cualquiera de los cónyuges pueden revocar su decisión, en cuyo caso se archiva el expediente.

La revocación debe ser plena, total, no parcial, si sujeta a condición (art. 578 del Código Procesal Civil).

59. Divorcio ulterior

El artículo 580 del Código Procesal Civil regula el divorcio ulterior, disponiéndose que en el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial después de transcurridos

dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional.

El juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte; y el alcalde o el notario que conoció del proceso de separación convencional resolverá el pedido en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales, segunda reimp., enero, Lima, 2010.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira et ál. *Código das famílias comentado*. Leonardo Barreto Moreira Alves (coord.), Del Rey, Belo Horizonte, 2010.
- BARBOSA, Águida Arruda. “Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal”. En: *Direito Civil*. Vol. 7 - Direito de Família. Giselda M. F. Novaes Hironaka (Orient.); Águida Arruda Barbosa; Cláudia Stein Vieira (Coords.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- BAUTISTA TOMÁ, Pedro. *Derecho de Familia: Guía Teórica-Práctica*. 2ª ed. Editorial Ediciones, Buenos Aires.
- BUSTAMANTE ROSALES, Carola. “Definición de separación de cuerpos”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, Derecho de Familia. Primera Parte. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1991.
- CARBONELL LAZO, Fernando R. *Divorcio y separación personal*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.
- CHAVES, Marianna. “O divórcio e separação no Brasil após a Emenda Constitucional N° 66”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2710, 2 dez. 2010. En: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17947>>. Acceso en: 7 fev. 2011.
- DELGADO, Mário Luiz. “A nova redação do § 6º do art. 226 da CF 88: O porquê a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro”. En: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais - Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. Mário Luiz Delgado; Antônio Carlos Mathias Coltro (coords.). 2ª ed. rev. ampl. e atual. pela EC N° 66/2010 (PEC do Divórcio). Ed. Método, São Paulo, 2010.

- DINIZ, María Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª ed. act., Saraiva, São Paulo, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze y PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. Saraiva, São Paulo, 2010.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências”. En: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acceso em: 01/01/2011.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Vol. I, direito matrimonial, Campinas, Bookseller, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil; Direito de Família*. 37ª ed., rev., y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2004.
- MOTILLA, Agustín y LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico*. Editorial Colex, Madrid, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson y NERY, Rosa María de Andrade. *Código Civil comentado*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- PELÁEZ CAMACHO, Carlos Enrique. *La incompatibilidad de personalidades como causal específica de divorcio*. Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad de Lima, 1992.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V; Direito de Família, 16ª ed., rev., y actualizada por Tânia da Silva Pereira, Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. GZ, Rio de Janeiro, 2010.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. “La Separación de Hecho: ¿Divorcio-Culpa o Divorcio-Remedio?”. En: <http://www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ_art45.PDF>. Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, p. 4. (15/01/2011).
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Acerca del divorcio*. Gráfica Espinal, Lima, 1990.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2007.

- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar”. En: <<http://www.ibdfan.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acceso en: 31/01/2010.
- SOLARI, Néstor E. “La causal de adulterio en la actual ley de matrimonio civil”. En: *Revista de familia y de las personas*. Año 2, N° 10, noviembre de 2010.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editorial Grijley, Lima, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La incompatibilidad de caracteres (De la imaginación a la realidad como causal de divorcio)”. En: *El Comercio*, 8 de julio de 2001, A.31 y en: *Legal Express*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica, año 1, N° 6, junio de 2001.
- VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Huérfanos biológicos*. Editorial San Pablo, Madrid, 1997.

**CAPÍTULO
OCTAVO**

UNIONES ESTABLES

**UNIÓN DE HECHO Y
CONCUBINATO**

CAPÍTULO OCTAVO

UNIONES ESTABLES

Unión de hecho y concubinato

I. Introducción. **II.** Breve Reseña Histórica. **1.** Aspectos generales. **2.** Roma. **3.** Iglesia. **4.** Francia. **5.** Península Ibérica. **6.** Perú. **7.** Brasil. **III.** Concepto. **IV.** Definición. **V.** Etimología. **VI.** Denominación. **VII.** Naturaleza jurídica de la unión de hecho. **8.** Teoría institucionalista. **9.** Teoría contractualista. **10.** Teoría del acto jurídico familiar. **VIII.** Desarrollo Normativo. **11.** En Perú: Tratamiento comparativo con los Códigos de 1852 y 1936. **11.1.** En relación al Código Civil de 1852. **11.2.** Respecto al Código Civil de 1936. **12.** Brasil. **IX.** Principios del Derecho que inspiran el Derecho de Familia aplicados a las uniones de hecho. **X.** Clasificación de la unión de hecho. **13.** Unión de hecho propia o en sentido estricto. **13.1.** Elementos. **13.2.** Unión de hecho propia en Brasil. **14.** Unión de hecho impropia. **14.1.** Unión de hecho impropia pura. **14.2.** Unión de hecho impropia impura. **14.3.** Unión de hecho impropia en Brasil. **15.** Semejanzas y diferencias entre las uniones de hecho. **16.** Las familias paralelas en Brasil. **17.** Uniones estables paralelas. **18.** Unión de hecho pura paralela al matrimonio y unión de hecho paralela al matrimonio donde existe separación de hecho: ¿Unión estable putativa?. **19.** Unión de hecho impura paralela al matrimonio. **XI.** Elementos y características de la unión de hecho propia. **20.** Convivencia. **21.** Singularidad. **22.** Publicidad. **23.** Estabilidad. **24.** Inexistencia de impedimentos matrimoniales. **25.** Título de estado de carácter declarativo. **XII.** Finalidad. **XIII.** Importancia. **XIV.** Relaciones jurídicas que generan las uniones estables. **26.** Relaciones jurídicas entre los convivientes. **27.** Relaciones jurídicas frente a los hijos comunes. **XV.** Efectos jurídicos de la unión de hecho. **28.** Efectos personales de la unión de hecho propia. **29.** Efectos patrimoniales de la unión de hecho propia. **30.** Efectos jurídicos de la unión de hecho impropia: la acción de enriquecimiento sin causa. **XVI.** Proceso de reconocimiento de las uniones de hecho. **31.** Reconocimiento notarial de la unión de hecho en la Ley N° 29560. **XVII.** Prueba de la existencia de la unión de hecho. **XVIII.** Posesión de estado en la unión de hecho. **32.** Trato. **33.** Nombre. **34.** Fama. **XIX.** Desarrollo jurisprudencial en Perú. **35.** Sociedad de gananciales. **36.** Pensión de viudez. **37.** Seguridad social. **XX.** Estado civil derivado de la unión estable. **XXI.** Extinción. **XXII.** Instituciones afines. **XXIII.** Unión estable homoafectiva. **38.** Consideraciones iniciales. **39.** Características esenciales de las uniones homoafectivas. **39.1.** Imposibilidad de engendrar hijos biológicos comunes. **39.2.** Imposibilidad de educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados. **39.3.** Incapacidad de la unión intersexual para la continuación de la especie. **39.4.** Ineptitud para la transmisión de los valores culturales tradicionales. **40.** Las uniones estables y uniones homoafectivas en el ordenamiento jurídico peruano. **41.** Omisión legislativa. **42.** La solución paliativa: analogía con las uniones de hecho o uniones estables. **43.** Alternativas para la incorporación de las uniones homoafectivas en los ordenamientos jurídicos.

I. INTRODUCCIÓN

Experimentada, conocida y puesta en práctica desde tiempos remotos, la unión estable o concubinaria entre hombre y mujer, precedió históricamente a la creación de la familia solemnizada por el matrimonio civil o religioso con efectos civiles⁽⁶²²⁾. Muestra de ello lo tenemos en la historia de la humanidad, especialmente en las antiguas Grecia y Roma, pasado que estuvo lleno de uniones extramatrimoniales famosas.

Para Adahyl Dias⁽⁶²³⁾, la historia griega antigua fue legitimadora de uniones concubinarias alcanzando celebridad en la vida íntima de escultores, filósofos y poetas. Se puede apreciar el caso particular de Friné, la más hermosa entre las bellas, quien arrastró a Praxíteles como su amante, sirviéndole de modelo para sus esculturas, Venus y Afrodita. Al mismo tiempo, se convirtió en amante de Hipérides, notable orador que la defendió en el pretorio bajo la acusación de impudicia (famoso juicio al que fue sometida). Se destacan en la historia concubinas famosas que contribuyeron con una noble función en la cultura griega, especialmente Aspasia de Mileto, quien enseñó la retórica, en base a sus propias lecciones, a muchos estudiantes, incluidos viejos griegos. Antes de vivir con Pericles, Aspasia se convirtió en la concubina de Sócrates y, después de su muerte, de Alcibiades. En Grecia Antigua a las concubinas se les llamó hetera o hetaira, que significaba una forma de compañía sofisticada mezclada con prostitución (cortesanas).

Paulo Lôbo⁽⁶²⁴⁾, citando a Jean Carbonnier, afirma que no obstante todas las sociedades humanas institucionalicen y ritualicen la unión sexual, casi todas la conocen, admiten o toleran, al margen de la unión duradera y ritualizada, asignándole un valor inferior. Como se dijo, siempre hubo uniones estables, uniones libres, uniones de hecho o concubinatos en las sociedades modernas.

A pesar que la convivencia está presente en toda la historia de la humanidad, con el cambio de las costumbres y la mayor complejidad de las relaciones sociales ocurrió la regulación, por el Estado, de las relaciones humanas⁽⁶²⁵⁾. Surgieron las figuras del matrimonio civil, el matrimonio religioso con efectos civiles, uniones estables, parejas registradas, entre otras.

(622) Véase OLIVEIRA, Euclides de. “União estável: conceituação e efeitos jurídicos”. En: *Direito de Família*. Barbosa, Ágida Arruda y Vieira, Cláudia Stein (coords.); NOVAES HIRONAKA, Giselda M. F. (orient.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp. 150-170.

(623) DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o Direito brasileiro*. Saraiva, São Paulo, 1988, p. 19.

(624) CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit*, p. 207 apud LÔBO, Paulo: *Direito Civil: Famílias*. Ob. cit., p. 165.

(625) Véase OLIVEIRA, Euclides de. “União estável: conceituação e efeitos jurídicos”. Ob. cit., pp. 150-170.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1. Aspectos generales

El concubinato es un hecho natural anterior al matrimonio. Desde los albores de la civilización, la informalidad es la regla que prevalece en las relaciones humanas. Hay varios informes que demuestran su existencia en la Biblia; por ejemplo, cuando Dios mandó a Abraham llevar a su sierva Agar por mujer y el pasaje de Salomón, hijo de una de las concubinas de David, que usurpó el trono y reunió en su palacio al menos ochocientas esposas y trescientas concubinas⁽⁶²⁶⁾.

2. Roma

Debido a que no había *affectio maritalis* y *honor matrimonii*, en Roma el concubinato fue aceptado como unión conyugal inferior al matrimonio legítimo (*iustitiae nuptiae*), pero con características propias, siendo el matrimonio reservado para los ciudadanos romanos⁽⁶²⁷⁾. Recién en el año 445 AC la *Lex Canuleia* permitió el matrimonio entre patricios y plebeyos. Con el surgimiento del cristianismo al concubinato se le considera inmoral. En principio, el Derecho canónico lo toleró; pero, después de un periodo determinado, con el declive de la moral y con la aparición de las uniones concubinarias incluso en el interior de los conventos, que amenazó la estructura del clero, la Iglesia católica empezó a luchar contra esta forma de relación.

Los nacidos de las uniones concubinarias, en el Derecho Romano, eran legitimados *per rescriptum principis* (por declaración delante del pretor) y *per subsequens matrimonium* (por consecuente matrimonio) y se les reconoció derechos de sucesión *mortis causa*⁽⁶²⁸⁾.

3. Iglesia

La Iglesia primitiva consideró al concubinato como una forma de matrimonio en sucesivos Concilios, desde Nicea (325), Cartago (397) hasta que el Concilio de Trento (1545-1563) estableció prohibiciones sobre el establecimiento progresivo de las relaciones fuera del matrimonio.

(626) Véase CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 76.

(627) Solo los miembros de la clase patricia tenía el derecho al matrimonio (*jus connubium*), por lo tanto, la imposibilidad de los patricios de casarse con plebeyos y viceversa. Solo después de largos años de reclamaciones los plebeyos llegaron a tener sus derechos reconocidos por la legislación vigente. En este sentido, véase ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*, 2. ed. rev., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 160. Pero es de recordar que este obstáculo no ha impedido que los patricios y plebeyos hubieran relaciones, uniones que se daban a través del concubinato.

(628) ALMEIDA, Geraldo da Cruz. *Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado*. PF, Lisboa, 1999, p. 22.

Con este último Concilio se consideró obligatoria la celebración del matrimonio y su asiento en los registros parroquiales, exterminando el matrimonio presumido, lo que es una declaración de muerte al concubinato, en palabras de Lourival Cavalcanti⁽⁶²⁹⁾. Con el Concilio de Trento, los concubinos fueron castigados con la excomunión si, advertidos tres veces, permanecían en la relación informal. Esta posición refleja la reacción contra la Reforma protestante que amenazaba el poder de la Iglesia.

Existió el desarrollo de la noción del matrimonio como uno de los siete sacramentos, por lo demás indisoluble⁽⁶³⁰⁾.

Hasta el Concilio de Trento, la prohibición de la Iglesia tenía como único propósito el concubinato cualificado (sacrílego, adúltero, incestuoso y familiar) pero con este Concilio hasta el propio concubinato sencillo se convirtió en objeto de castigo.

A este movimiento se unieron los Reyes, ocurrió la difusión de los azotes en la plaza pública, las proclamas en las ciudades, el exilio, las penas de muerte. Cualquier persona podría acusar a otros por el delito de concubinato, especialmente del adúltero⁽⁶³¹⁾.

4. Francia

La Revolución Francesa, que dejó a la Iglesia debilitada, anunció una nueva mentalidad respecto a las uniones extramatrimoniales. *Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* (los concubinos prescindían de la ley, la ley no está interesada en ellos), dijo Napoleón, reconociendo su propia calidad de concubino.

El *Code Civil* francés de 1804 no disciplinó la relación fuera del matrimonio, influyendo en los países latinos, incluyendo Portugal y Brasil que en 1867 y 1916, respectivamente, adoptaron un Código civil inspirado en el Código Napoleónico⁽⁶³²⁾.

Durante la época victoriana (1837 - 1901) en la que el puritanismo, la intolerancia y el moralismo formaron los rasgos dominantes, el concubinato no fue aceptado por la sociedad siendo ampliamente condenado⁽⁶³³⁾.

(629) CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. Ob. cit., pp. 79-86.

(630) Cfr. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. "União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária". En: *Questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*/ Delgado, Mário Luiz y Figueirêdo Alves, Jones (coord.), vol. 3, Editora Método, pp. 225-237, São Paulo, 2006, p. 227.

(631) ALMEIDA, Geraldo da Cruz. *Da união de facto: convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*. Ob. cit., pp. 22-23.

(632) Ídem.

(633) Cfr. PEREIRA, Áurea Pimentel. *União estável: doutrina e jurisprudência*. Renovar, Río de Janeiro, 2008, p. 14.

A pesar del silencio del Código de Napoleón, los cambios comenzaron a ocurrir a partir de la primera mitad del siglo XIX cuando los tribunales dan curso a una valoración y consideración de las demandas de las concubinas. La relación convivencial pasó a ser vista desde dos aspectos: (i) una sociedad con un carácter económico y, (ii) como obligación natural. Cuando terminada se reconocían ciertos beneficios a la expareja. Un fallo de la Corte de Rennes en 1883 fue el primer hito de la actual doctrina y concepto de concubinato. A partir de ella, las decisiones de los tribunales franceses pasaron a tener la misma orientación, con base en la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa y de las sociedades de hecho. El criterio de las sociedades de hecho fue consagrado por una sentencia de la Corte de Paris, en 1872⁽⁶³⁴⁾.

En el año 1912 apareció la primera ley francesa sobre el tema. Lo que fue tarea de la jurisprudencia se convierte en un acto legislativo. Por primera vez la nomenclatura concubinato pasa a formar parte de una ley civil determinando que “el concubinato notorio” era un hecho generador del reconocimiento de la paternidad ilegítima. Esta ley abrió las puertas para muchas otras y, sin duda, contribuyó para la evolución de la jurisprudencia y doctrina sobre el concubinato. De acuerdo con Rodrigo da Cunha Pereira, Francia es la patria del “derecho concubinario” y su importancia histórica influyó en todo el Derecho Occidental, especialmente el brasileño⁽⁶³⁵⁾.

5. Península Ibérica

En el Derecho de la Península Ibérica la barraganía, como era conocido el concubinato, fue considerada como una forma de matrimonio. Las ordenanzas le atribuyeron un importante relieve. Solo la castigaba cuando era sacríflega⁽⁶³⁶⁾, adúltera⁽⁶³⁷⁾, incestuosa⁽⁶³⁸⁾ o familiar⁽⁶³⁹⁾. Otras veces, le daba algunos efectos legales. En situaciones distintas, la barraganía no se castigaba a menos que el barragano sea frecuentador de la Corte y allí lleve a su concubina, demandándola. En este caso, perdía su mantenimiento mientras estuviera amancebado o, en caso que no existiera tal derecho, era degradado en la Corte –con el pregón–, él y su concubina⁽⁶⁴⁰⁾.

(634) Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 15.

(635) *Ibidem*, p. 16.

(636) Ordenaciones alfonsinas: Lib. II, Tit. XXII; Lib. V, Tit. XVII e CXXI (concubinato de los clérigos, monjes, frailes y otros religiosos) y Lib. V Tit. XXV (concubinato de judío o moro con cristiana ou de lo cristiano con judía o mora). Disposiciones similares se encuentran en las ordenaciones posteriores.

(637) Ordenaciones alfonsinas: Lib. V Tit. XII (adulterio de la esposa); Tit. XX (adulterio de lo marido).

(638) Ordenaciones manuelinas: Lib. V, Tit. XIII.

(639) Ordenaciones alfonsinas: Lib. V, Tit. XI.

(640) Ordenaciones alfonsinas: Lib. V, Tit. VIII. En las ordenaciones manuelinas (Lib. V, Tit. XXIV se observó una significativa ampliación del ámbito de aplicación de la pena, que se dirige no solo a los que llevan a la concubina a la corte, pero los cortesanos que tienen una concubina. Cfr. ALMEIDA, Geraldo da Cruz. *Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado*. Ob. cit., p. 140, nota 272.

6. Perú

En nuestro medio, Martha Reinoso de Solari⁽⁶⁴¹⁾ hace una interesante recopilación de la legislación referida a la unión de hecho. Cita la Ley 13517 (1961), Ley de Barrios Marginales o Barriadas, indicando que cuando el adquirente de un lote marginal, que sin estar casado, esté ocupándola con una mujer con la cual hace vida marital y que no tenga impedimento de casarse, el bien será de ambos, para lo cual se expedirá el título a nombre de los dos (art. 39). La Ley 17716 (1969), Ley de Reforma Agraria, se refería a la compañera permanente como beneficiaria de la adjudicación gratuita de la unidad agrícola familiar en caso muriera el adjudicatario sin haberla cancelado. El Decreto Ley 29598 (1974), Empresas de Propiedad Social, indicaba que los certificados de retiro serán transferidos a la conviviente que mantiene estado de permanente compañera del causante y siempre que se encuentre registrada en la ficha del trabajador.

Más allá de ello, en el Perú el ordenamiento jurídico ha permanecido, y permanece, al margen de la regulación plena de las uniones estables, las que son también denominadas uniones de hecho o concubinato. Si bien su existencia es de larga data, fue recién a partir de la Constitución Política del Perú de 1979, la que dio mérito al artículo 326 del Código Civil vigente, que se empieza a tomar en serio las cosas. Como se observa, la escueta regulación efectuada para esta institución familiar, no se haya acorde con su trascendencia práctica.

En la mayoría de casos, las uniones libres generan familias que se encuentran discriminadas, esto porque no optaron en consagrar la unión mediante el matrimonio.

Dentro de este contexto, la Constitución de 1993, en su artículo 5, el mismo que es núcleo del reconocimiento, protección y amparo de las uniones estables en Perú, consagra la unión de hecho como la unión estable de un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable. Este artículo, a diferencia del artículo 9 de la Constitución de 1979, no establece un periodo mínimo ni máximo de tiempo, sustentándose en la premisa de que la norma de desarrollo es el artículo 326 del Código Civil de 1984. La norma civil no es contraria a la Constitución al considerar que la unión “estable” implica un periodo mínimo de duración para el reconocimiento legal de sus efectos que, para el caso que nos ocupa, es de dos años, pudiendo ser menos siempre que se pruebe el estado de familia.

Aún falta regular de manera precisa sus efectos, clarificar conceptos y determinar las consecuencias de naturaleza personal que la unión estable origina. Sin embargo, algo se ha avanzado, prueba de ello es la expedición de normas de

(641) REINOSO DE SOLARI, Martha. *La unión de hecho. Análisis y perspectivas*. Lima, 1987, p. 57 y ss.

naturaleza previsional, así como el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano al reconocer a la conviviente el derecho de exigir pensión de viudez, derecho a los alimentos; y además, una tímida jurisprudencia, cuya protección está básicamente encaminada a la defensa patrimonial. Perspectiva que denota que hay mucho por hacer.

Se debe mencionar que el artículo 5 de la Constitución, el cual indica que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”, preceptúa el principio del reconocimiento y protección de las uniones estables.

Las uniones de hecho, doctrinariamente conocidas también como uniones estables, desde hace tiempo han pasado a ser toda una realidad. A través de ellas, muchas parejas optan por compartirse sin formalidades, ateniéndose a sus efectos legales. Cada vez en la práctica el matrimonio pierde fuerza; sin embargo, la ley sigue diferenciándola del matrimonio, colocándola en un segundo plano, categorías más abajo, lo que debilita las relaciones convivenciales.

El principio de protección de la unión estable se consagra en sí mismo en la protección de la familia, a pesar de que exista resistencia en ello, al considerarse que se contrapone con el principio de promoción del matrimonio. Sin embargo, esto no es así. La familia producto de este tipo de uniones intersexuales merece una protección y reconocimiento sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como base de su constitución, por lo tanto la regulación jurídica de la unión de hecho tendrá por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndola menos atractiva.

Nuestra normativa en el Derecho de Familia está premunida del Principio de amparo o reconocimiento de las uniones de hecho. Dicho principio se encuentra, como se ha establecido, consagrado en el artículo 5 de la Constitución de 1993 y 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 del estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida en el artículo 326 del Código Civil, el cual en su primera parte establece lo siguiente: “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)”.

En este sentido, la unión de hecho es reconocida y protegida, mientras que el matrimonio es promovido, vale decir, nuestra normatividad contiene disposiciones

que facilitan la celebración del acto matrimonial, convirtiendo a este en una institución atractiva para que las parejas den legitimidad a su unión intersexual.

La realidad nos muestra la trascendencia que ha adquirido esta institución en nuestro medio, pues, por diversas razones, las parejas pierden cada vez más la confianza en el matrimonio para darle reconocimiento jurídico a su unión intersexual.

Aún existe un gran vacío normativo en relación a la unión de hecho, no acorde con la realidad y con la fuerza *in crescendo* que posee en la práctica esta institución jurídica.

7. Brasil

La situación es diferente en Brasil en relación a la experiencia peruana. Hasta hace no mucho, las uniones estables no estaban legislativamente reguladas. Esta tarea recayó en la Constitución de 1988 y luego en la legislación ordinaria, hasta su inclusión en el Código Civil de 2002.

El concubinato en Brasil era y es una práctica generalizada. Los colonizadores portugueses dejaron a sus esposas y optaron por las relaciones convivenciales al llegar al país. La situación se ha vuelto tan habitual y común que el matrimonio fue considerado la excepción y el concubinato la práctica, a pesar que fue un crimen de acuerdo a la doctrina de la iglesia⁽⁶⁴²⁾.

El concubinato puro fue considerado en las ordenaciones filipinas como una forma de matrimonio de hecho, mientras que se admitió la validez del matrimonio religioso como un contrato particular firmado por dos testigos. El matrimonio civil no se conocía. Fue con el Decreto 181 (24/1/1890) que este tipo de matrimonio se instituyó en Brasil. A partir de entonces se formalizó, bajo las leyes del Estado, la constitución de la familia y pasó a no reconocerse efectos jurídicos a las uniones de hecho, así como al matrimonio religioso y al matrimonio por contrato particular⁽⁶⁴³⁾.

A principios del siglo XX, con el fin de proteger a la familia formada por lazos matrimoniales, el Código Civil de 1916 no reguló las relaciones extramatrimoniales. Pero, como advierte Maria Berenice Dias⁽⁶⁴⁴⁾, la legislación fue más allá. Terminó castigando esos vínculos con la prohibición de las donaciones⁽⁶⁴⁵⁾,

(642) Cfr. JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. "União estável e concubinato". En: *Revista IOB de Direito de Família*. Ano IX, n. 45, síntese, Porto Alegre, Dez-Jan 2008, pp. 88-89.

(643) Cfr. SANTOS, Luiz Felipe Brasil: "União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária". Ob. cit., p. 228.

(644) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 158.

(645) Donaciones del concubino casado a su "cómplice". (Art. 1.177, CC/1916).

la institución del seguro⁽⁶⁴⁶⁾ y la imposibilidad de la concubina de ser beneficiada por testamento⁽⁶⁴⁷⁾.

Hasta 1977 no existía la posibilidad de disolución del matrimonio, pero dicho factor no impidió la formación de nuevas unidades familiares. Tal como señala la misma autora, “no hay ninguna ley de Dios ni de los hombres que prohíba al ser humano buscar la felicidad”⁽⁶⁴⁸⁾. Por tanto, cualquier unión constituida sin el sello del matrimonio se llamaba concubinato.

Los primeros fallos que impulsan la construcción de una **doctrina concubinaria**⁽⁶⁴⁹⁾ aparecen en Brasil en los años 60. En un intento de evitar las injusticias exacerbadas, las soluciones a tales demandas solo regulaban los efectos patrimoniales de aquellos vínculos afectivos que no cumplían las formalidades. En un primer momento, en situaciones donde las mujeres tenían un trabajo remunerado y no tenían otra fuente de ingresos, los tribunales concedieron alimentos “maquillados”, bajo el título de indemnización por servicios domésticos. Más adelante, con la inspiración de la doctrina y la jurisprudencia francesa, la justicia pasó a reconocer la existencia de una sociedad de hecho. Sin embargo, para la configuración de este instituto y la posterior división de los bienes adquiridos durante la convivencia, se necesitó probar la contribución real de cada parte en la construcción del patrimonio⁽⁶⁵⁰⁾. En 1963 esta solución se transformó en súmula del Supremo Tribunal Federal⁽⁶⁵¹⁾, la que, por muchas décadas, fue el pilar del “derecho concubinario” en Brasil y referencia para toda la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre el tema⁽⁶⁵²⁾. En 1964 se publicó la súmula 382 del Supremo Tribunal Federal, mediante la cual se dictaminó que la convivencia bajo un mismo techo *more uxorio* no es indispensable para la caracterización del concubinato.

La Constitución brasileña de 1988, en el artículo 226 utiliza la terminología **unión estable**, así como el Código Civil de 2002, en su artículo 1723, en ambos casos se va a empezar a considerar a dicha terminología como concubinato puro. En tal sentido, el término concubinato, establecido en el artículo 1727 del Código, es aplicable a las relaciones entre el hombre y la mujer impedidos de contraer matrimonio. Dependiendo del impedimento, el concubinato podrá ser clasificado como

(646) Lo concubino de la persona casada no podía ser su beneficiario en seguro de vida. (Art. 1.474, CC/1916)

(647) La concubina no puede ser nombrada heredera o legataria. (Art. 1.719, III, CC/1916).

(648) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 158.

(649) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Da união estável”. En: *Direito de Família e o novo Código Civil*/ DIAS, Maria Berenice y PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.), 4ª ed., 2ª tir., rev. atual., Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 219-234, p. 224.

(650) Cfr. DIAS, Maria Berenice. Ob. cit., pp. 158-159.

(651) STF. Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

(652) Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Da união estável”. Ob. cit., p. 224.

impuro, adúltero o no adúltero, y en este último caso, podrá ser clasificado como unión estable putativa, como veremos más adelante.

III. CONCEPTO

El tratamiento científico de cualquier tema requiere rigor conceptual. Sin embargo, ello no se encuentra en el tratamiento de la unión de hecho, concubinato y unión estable.

Para esbozar los conceptos generales es necesario proceder a realizar una diferenciación entre los institutos, especialmente en relación con el sistema jurídico brasileño, donde el concubinato y unión estable no pueden ser utilizados como sinónimos, como lo fue antes en dicho país y lo sigue siendo en el Perú.

Por ejemplo, Edgard de Moura Bittencourt, utilizaba las dos expresiones como sinónimos antes de la promulgación de la Constitución brasileña de 1988. Para el jurista, “en pocas palabras, el concubinato es la unión estable, en el mismo o diferente techo, entre el hombre y la mujer que no están conectados por el matrimonio”⁽⁶⁵³⁾. Esta terminología no tiene más espacio en la doctrina brasileña debido a la legislación vigente y esta tendencia debe aplicarse en el Perú.

A priori, y con una visión simplificada del tema, podemos decir que la unión estable y el concubinato serán siempre una unión de hecho. La unión estable sería la unión de hecho pura o propia. El concubinato es la unión de hecho impropia o impura, porque las partes están en una situación que les impide casarse. La unión de hecho impropia es dividida en: concubinato adúltero y no adúltero. El concubinato no adúltero, regulado bajo la ley brasileña, se rige por el artículo 1727 del CC. En principio, el concubinato adúltero no genera potestades bajo el Derecho de familia, en virtud de una supuesta afrenta al principio de la monogamia. Sin embargo, es una cuestión matizada que puede tener otras consecuencias, como se verá más adelante. A pesar de esta diferencia, puede encontrarse una confusión en la doctrina y la jurisprudencia en relación con tales institutos, así como una heterogeneidad conceptual.

UNIÓN ESTABLE				
Unión de hecho		Concubinato		
Pura	Propia	Impuro	Impropio	Adúltero
				No adúltero
Sin impedimento		Con impedimento		

(653) BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. Leud, São Paulo, 1975, p. 40.

De acuerdo a la comprensión de Áurea Pimentel⁽⁶⁵⁴⁾, la unión de hecho es la unión libre establecida entre personas de distinto sexo, no vinculados por lazos de matrimonio, y que están juntas sin ningún tipo de sumisión a las normas legales. Como característica de la unión libre se tiene la comunión del lecho, asumida de manera desobligada, sin idea de permanencia o el propósito de tener una familia. Para Paulo Nader⁽⁶⁵⁵⁾, la unión estable y el concubinato se diferencian en un punto fundamental: hombre y mujer son libres, pueden casarse entre sí o, por lo menos uno de ellos, mientras que en el concubinato existen impedimentos matrimoniales. El denominador común es que las relaciones que mantiene la pareja no son ocasionales. Los dos institutos difieren de las relaciones eventuales donde no hay un compromiso asumido por la pareja, solo meros intereses, a menudo de naturaleza sexual. El vínculo no es suficiente para constituir una comunión de vida.

En suma, entendemos por unión estable a aquella entre varón y mujer que, sin haber seguido las formalidades que supone el acto matrimonial, sostienen entre sí una convivencia semejante a la marital, con impedimentos legales o sin ellos, manteniendo una comunidad de vida.

Edgard de Moura Bittencourt⁽⁶⁵⁶⁾ dice que la expresión concubinato tiene un doble sentido:

- **Genérico**, cuando es análogo a la unión libre, que abarca todos los enlaces entre el hombre y la mujer fuera del matrimonio.
- **Específico**, cuando se trata del semimatrimonio, de la posesión de estado de casado, la mezcla de las vidas y los intereses en una comunión de hechos.

De lo descrito puede colegirse que el concubinato puede conceptualizarse en dos sentidos:

- **Amplio**, es la unión de hecho entre personas (varón y mujer) libres o atadas, sea por vínculo matrimonial con otra persona o que se tenga algún impedimento (o no) para legalizar dicha unión, siempre que exista permanencia, y habitualidad en la relación; y,
- **Restringido**, como la convivencia habitual, continua y permanente de dos personas (varón y mujer), sin que dicha unión pueda transformarse en un posterior matrimonio.

Nuestra normativa civil vigente siguiendo esta orientación, no discrimina los conceptos de concubinato y unión de hecho. Por el contrario, los equipara, tal como se advierte de los artículos 326 y 402 inciso 3, señalando sus dos vertientes,

(654) PEREIRA, Áurea Pimentel. *União estável: doutrina e jurisprudência*. Ob. cit., p. 13.

(655) NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família. 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2008, p. 472.

(656) BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. Vol. 1, 2ª ed., Jurídica e Universitária, Río de Janeiro/ São Paulo, 1969, p. 109.

al concubinato (o unión de hecho) propio e impropio. Esta situación no ocurre en Brasil. Después de la Constitución de 1988, y especialmente luego de la entrada en vigor del Código Civil de 2002, los conceptos de concubinato y unión estable no pueden tomarse como sinónimos.

El artículo 1727 del Código brasileño establece que: “Las relaciones no eventuales entre el hombre y la mujer, impedidos de casarse, constituyen el concubinato”. Este dispositivo es capaz de extraer con precisión el concepto de concubinato que el legislador quiso ofrecer. Sin duda, el propósito de la legislación fue hacer la distinción, en el sistema jurídico, de las instituciones de unión estable y concubinato, a fin de no permitir que continúen empleando de forma indiscriminada dichos conceptos.

No obstante, como señala la doctrina, el concepto contenido en este dispositivo no está completo. Resulta que, según el § 1 del artículo 1723 CC, es posible establecer una unión estable cuando uno o ambos cónyuges están casados, a pesar de estar separados legalmente⁽⁶⁵⁷⁾ o de hecho. Para que exista el concubinato es necesario que, el impedimento matrimonial tenga origen en un matrimonio; es decir, los concubinos estén casados y no separados de hecho. De lo contrario, si se dan todos los otros requisitos, existe una unión estable. Esta excepción en la ley confirma la corriente jurisprudencial que desde hace algún tiempo distinguía a la concubina de la compañera⁽⁶⁵⁸⁾.

Por lo tanto, para el Código Civil brasileño, el concubinato es lo que es calificado doctrinalmente como concubinato impuro (adúltero o incestuoso). El concubinato puro, donde no hay impedimento para el matrimonio se identifica como unión estable, y así es tratado en la ley.

El artículo 1723 del Código establece que la unión estable es reconocida como entidad familiar entre hombre y mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera, y establecida con el objeto de formar una familia. La disposición correspondiente de la Constitución brasileña (art. 226, § 3) determina que, a efectos de la protección del Estado, es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.

Preciso y actual parece ser el concepto de unión estable presentado por Federico Santos quien lo define como “una convivencia pública, duradera y continua entre un hombre y una mujer, no impedidos de casarse o separados de derecho o de

(657) La referencia a la separación legal va perdiendo, poco a poco, su razón de ser dentro del sistema jurídico brasileño, dado que en virtud de la Enmienda Constitucional 66, la separación legal ya no existe.

(658) Cfr. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária”. Ob. cit., p. 232.

facto de su respectivo cónyuge, con las características inherentes a una comunidad de vida, como si estuvieran casados⁷⁽⁶⁵⁹⁾.

IV. DEFINICIÓN

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española concubinato significa: (Del lat. *concubinātus*). 1. m. Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados.

En el ordenamiento jurídico peruano se constituye por la unión estable monogámica y voluntaria de dos personas heterosexuales, libres de impedimento matrimonial que da origen a una familia, siendo merecedora de protección por parte del Estado en condiciones de igualdad.

Una unión intersexual sustentada en la libertad y estabilidad protegida y reconocida por el Derecho.

V. ETIMOLOGÍA

Etimológicamente concubinato deriva del latín *concumbere*, *cum* (con) *cu-bare* (dormir). Literalmente significa acostarse con, dormir junto a, yacer juntos, una comunidad de lecho. Se trata de una situación de hecho consistente en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables y vivir juntos.

En palabras de Rodrigo da Cunha Pereira⁽⁶⁶⁰⁾, concubina es la mujer que tiene la vida en común con un hombre o mantiene, permanentemente, relaciones sexuales con él.

Complementa el jurista que el concepto original de concubinato o el más primario es concúbito, el que deriva del latín *concubitus* y significa coito, cópula; asimismo, es exclusivo de la mujer con el hombre con el que vive y/o tiene relaciones sexuales.

Este concepto ha evolucionado enormemente y existe una gran dificultad entre los autores para delinear con precisión la idea.

VI. DENOMINACIÓN

La propia nomenclatura del concubinato ha cambiado con el tiempo en razón de los estudios más detallados y de su tecnificación como instituto del Derecho de familia.

(659) SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Alimentos decorrentes da união estável*. Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 20.

(660) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Ob. cit., p. 27.

Unión estable, unión de hecho, unión libre, unión conyugal libre, sociedad de hecho, sociedades familiares de hecho, uniones extrajurídicas, convivencia, compañerismo, queridato, barraganía, contubernio, institución prematrimonial, matrimonio de hecho, matrimonio por equiparación, matrimonio tradicional, matrimonio de derecho común, matrimonio no solemnizado, matrimonio tácito, matrimonio de segunda clase o de segundo grado.

En el Derecho comparado, *common law marriage*.

La unión estable pasó a ser protegida desde la óptica práctica para que legalmente sea equivalente al matrimonio. La terminología concubinato ahora es aplicable a las relaciones eventuales entre el hombre y la mujer, prohibidos de unirse por los lazos del matrimonio.

El término convivencia quizá no sea el más feliz para denominar a este tipo de uniones intersexuales, pues la convivencia es un elemento que implica una comunidad de vida, cohabitación, etc., la cual perfectamente podemos verificarla en el matrimonio.

El ordenamiento jurídico peruano utiliza el término uniones de hecho, precisando la situación de facto que se crea en estas uniones extramatrimoniales voluntariamente concertadas.

En la doctrina moderna encontramos la denominación uniones estables, la cual resalta el carácter básico de la permanencia y constancia que debe poseer toda unión intersexual a fin de ser reconocida por el ordenamiento jurídico. Por tal consideración, preferimos esta última denominación.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN DE HECHO

Determinar la naturaleza jurídica no es tarea pacífica, como tampoco lo es la del matrimonio. Una interpretación del artículo 5 de la Constitución Política del Perú permite inferir que la protección de la familia en un Estado Democrático y Social de Derecho empieza por el reconocimiento de pluralidad de estructuras familiares, abandonando la idea de que el matrimonio es el único medio generador de familia, por lo que se concluye que existe otra fuente que es la unión estable, con finalidades, deberes y derechos similares a los del matrimonio, como se confirma y reafirma en el contenido del artículo 326 del Código civil de 1984.

8. Teoría institucionalista

Si consideramos que la teoría del matrimonio institución es la más aceptada, a la unión estable le correspondería naturaleza jurídica similar, en razón de que esta unión es un acuerdo libre de voluntades y cumple con los elementos propios

del matrimonio, como son los deberes de fidelidad y asistencia, deberes y obligaciones frente a sus hijos y a terceros⁽⁶⁶¹⁾, generando consecuencias jurídicas.

Si la familia es la institución encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales⁽⁶⁶²⁾; la unión estable, por ser unas de sus células creadoras, merece igual reconocimiento.

Consideramos que la unión estable es una entidad familiar que se sustenta en la institucionalidad de sus principios y la voluntad de sus integrantes de generar relaciones amparadas por el Derecho de familia.

9. Teoría contractualista

La unión estable se presenta como una relación exclusivamente contractual, en la que los compañeros componen sus relaciones en base a criterios económicos.

Consideramos, al igual que en el caso del matrimonio, que al acuerdo de voluntades entre los convivientes no puede atribuírsele los elementos propios de un contrato, puesto que la unión estable carece de contenido patrimonial. En la unión libre sus integrantes se deben auxilio y ayuda mutua, lo que es una consecuencia derivada de la misma convivencia y no el objetivo de esta.

10. Teoría del acto jurídico familiar

La unión estable es un acto jurídico familiar en el que se pone especial relieve la voluntad de los compañeros en generar relaciones familiares. El Tribunal Constitucional ha señalado que se “está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo”⁽⁶⁶³⁾.

VIII. DESARROLLO NORMATIVO

11. En Perú: Tratamiento comparativo con los Códigos de 1852 y 1936

Tomando en consideración que la unión de hecho recién mereció reconocimiento normativo en la constitución de 1979, no existe regulación alguna en los Códigos Civiles de 1852 y 1936. Sin embargo, es de advertir que en el articulado de estos Códigos subyace una regulación indirecta de las consecuencias de las uniones de hecho, referidas específicamente al tratamiento de los hijos y cuya máxima diferenciación se aprecia en el derecho sucesorio.

(661) REINOSO DE SOLARI, Martha. *La unión de hecho. Análisis y perspectivas*. Ob. cit., p. 15.

(662) Exp. N° 06572-2006-PA/TC, 6 de noviembre de 2007. Fundamento 10.

(663) Exp. N° 06572-2006-PA/TC, 6 de noviembre de 2007. Fundamento 13.

11.1. En relación al Código Civil de 1852

Las uniones no consagradas con el matrimonio religioso eran consideradas como relaciones marginales, contrarias al comportamiento ético y moral. Ello se justifica en cuanto en el siglo XIX el Perú estaba constituido por una sociedad *post* colonial, profundamente católica, donde la religión mantenía una hegemonía moral y social muy fuerte. Basta ver el contenido de la Carta Política de 1839, bajo la cual entró en vigencia el Código de 1852, que en su artículo 3 señalaba “su religión es la católica, apostólica y romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otro culto”.

Si a ello le agregamos que el matrimonio religioso era el único reconocido y que legitimaba a la familia, fácil es comprender que la existencia de toda relación fuera del matrimonio merecía el rechazo de la sociedad.

Sin embargo, las uniones estables existían. El Derecho no podía soslayar por completo una realidad tangible que comprometía la célula básica de la sociedad, sobre todo en su principal efecto, los hijos. Existió una regulación tangencial que tuvo como elemento la discriminación de trato y su carácter estigmatizador, dando lugar a los llamados hijos legítimos e ilegítimos (aberración recién subsanada más de un siglo después).

De ahí la existencia de los siguientes artículos del Código Civil de 1852:

Artículo 235: “Son hijos ilegítimos, los que no nacen de matrimonio, ni están legitimados”.

Artículo 236: “Entre estos ilegítimos se califican de natural, al hijo concebido en tiempo en el que el padre y la madre no tenían, para casarse, ninguno de los impedimentos expresados en los nueve primeros incisos del artículo 142.

De los naturales unos están reconocidos por el padre y otros no”.

Artículo 237: “Los derechos concebidos por este código a los hijos naturales reconocidos no se adquieren por sentencia en que se declare la paternidad.

Exceptúase el caso en que fuere declarada la paternidad a consecuencia de un juicio de raptó o estupro”.

Artículo 243: “El hijo adulterino por parte de madre no goza de los derechos que respecto de ella tienen, sin distinción, los ilegítimos en general.

Es hijo adulterino, por parte de madre, el ilegítimo concebido por mujer casada”.

Artículo 244: “Los padres están obligados:

1. A educar a sus hijos legítimos;

2. A instituir herederos a los hijos, conforme a este código;
3. A prestar alimentos a toda clase de hijos”.

Artículo 245: “Los hijos están obligados:

1. A respetar y obedecer a sus padres;
2. A mantenerlos si caen en pobreza;
3. A asistirlos en su vejez y en caso de enfermedad”.

Artículo 246: “Los alimentos que se deben, según los artículos anteriores, se presentarán en el orden siguiente:

1. Por el padre;
2. Por la madre;
3. Por los ascendientes paternos;
4. Por los ascendientes maternos;
5. Por los descendientes, según el orden en que están llamados a suceder”.

Artículo 247: “Entre los ascendientes y descendientes legítimos, la obligación de darse alimentos pasa, por causa de pobreza del que debe prestarlos, al que le sigue en el orden establecido en el artículo anterior”.

Artículo 251: “La obligación que tienen los padres de alimentar a su hijo natural reconocido, solo pasa a los abuelos después que han muerto los padres.

La obligación que tiene el hijo natural de alimentar a sus padres, no pasa a los nietos si no después que haya fallecido dicho hijo.

En todo caso en que viviere la persona inmediatamente responsable a dar alimentos, no pasará, por ningún motivo, esta obligación a los abuelos ni a los nietos, cuando, entre el que pida y la persona a quien se demande alimentos, haya intermedia alguna generación natural reconocida”.

Artículo 252: “Rige también la disposición del anterior artículo, en la línea materna de un hijo ilegítimo”.

Artículo 253: “La obligación recíproca de alimentarse que tiene un padre y su hijo ilegítimo, que no es natural reconocido, no se extiende a los ascendientes y descendientes de la línea paterna”.

Artículo 254: “En la línea materna de un hijo adulterino por parte de madre, no se extiende tampoco la obligación recíproca de alimentarse, más allá de la madre y del hijo.

La obligación de alimentar al hijo ilegítimo procreado por hombre casado, corresponde a la madre antes que al padre; y este hijo jamás debe alimentos a sus padres”.

Artículo 263: “Los descendientes ilegítimos no pueden tampoco exigir alimentos:

1. Cuando han cumplido veintiún años de edad, a no ser que se hallen habitualmente enfermos;
2. Cuando se les ha asegurado la subsistencia hasta la misma edad;
3. Cuando se les ha enseñado alguna profesión, arte u oficio con que puedan subsistir”.

Artículo 285: “Los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos están sujetos a la autoridad del padre, y en su defecto a la de la madre”.

Artículo 286: “La patria potestad que corresponde a la madre se extiende sobre todos sus hijos ilegítimos”.

11.2. Respeto al Código Civil de 1936

Dicho cuerpo normativo se expidió bajo el mandato de la Constitución de 1933 (previa a esta habían sucedido cuatro constituciones desde la de 1839), en la cual se denota un notable avance en materia de reconocimiento de garantías individuales y sociales. En su artículo 51 dispone que: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado”. Advierte el artículo 59 que: “La libertad de conciencia y de creencia es inviolable”, no encontrándose norma alguna respecto de la Iglesia católica, ni de prohibición respecto a otras confesiones o credos.

No obstante, la influencia de la Iglesia seguía siendo poderosa, lo cual propiciaba una posición conservadora de la institución matrimonial frente a las uniones de hecho a la que consideraban como una relación de segundo orden que debía ser reconocida solo por la existencia de los hijos, pero que en modo alguno podía generar efectos jurídicos.

Para entender mejor la situación imperante a fines del siglo XIX, resulta interesante la posición asumida por Luis Benjamín Cisneros⁽⁶⁶⁴⁾, en la defensa de su patrocinada quien había mantenido una relación convivencial con el demandante por un periodo de dieciocho años; el accionante aspiraba a una pretensión no especificada sustentada en el trabajo desplegado dentro de dicha unión convivencial que había generado riqueza. Dicho proceso había dado lugar a un folleto denominado: “El concubinato no da derecho a gananciales; no todo trabajo funda derechos”. En él se condensa su defensa que, entre otros argumentos, esgrime: “La demanda no difiere de la que hubiere podido interponer la Vela si hubiese sido casada con el doctor Beltrán. Leyéndola, se cree ver la demanda de la viuda que reclama de los herederos del marido, su parte de gananciales”. “Estos principios de

(664) RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo IV. Legislación, abogados y exégetas. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2003, pp. 563-568.

sana moral y de estricta justicia no son aplicables a los consorcios habidos fuera del matrimonio, a menos que medie pacto expreso. La concubina, no tiene como la viuda, acción a gananciales, porque estos solo emanan del matrimonio, porque hay una grande, intensa e inconmensurable distancia entre la sociedad lícita de dos personas que se ligan con vínculo perpetuo entrando en la sociedad como factor de moralidad y buen ejemplo, y la de aquellos que se asocian pasajera y sin obligarse a fidelidad recíproca y a la vida ordenada que impone la ley civil y las buenas costumbres”. “No es la demanda de una viuda honesta”.

Como podrá apreciarse, el tiempo no era propicio para un cambio en el Código Civil de 1936, necesitando cuarenta y ocho años para que el ordenamiento jurídico asuma viejos retos con nuevas mentalidades y recoja someramente a la institución.

En el Código anterior, la única materia recogida es la referida a los hijos nacidos dentro de la unión convivencial, con o sin impedimento matrimonial, en el siguiente articulado:

Artículo 348: “Son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio”.

Artículo 349: “La filiación materna ilegítima se establece por el hecho del nacimiento”.

Artículo 350: “El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación paterna ilegítima”.

Artículo 351: “La filiación paterna y la materna ilegítimas pueden resultar del matrimonio nulo, en el caso de que ambos contrayentes hubieran procedido de mala fe”.

Artículo 352: “El hijo ilegítimo puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, o por uno solo de ellos”.

Artículo 353: “En caso de muerte o de incapacidad permanente del padre o de la madre, el hijo ilegítimo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno, respectivamente, cuando estos son padres legítimos del pre-muerto o del incapaz”.

Artículo 361: “El hijo ilegítimo llevará el apellido del padre o de la madre, según quien lo hubiera reconocido o el del padre si fue reconocido por ambos”.

Artículo 366: “La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre en que la reconozca;
2. Cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre, justificada por actos directos de este o de su familia;
3. En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

4. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción;
5. En el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en época contemporánea de la concepción, y siempre que para el segundo supuesto exista principio de prueba escrita”.

Artículo 367: “Fuera de los casos expresados en el artículo anterior, el hijo ilegítimo solo podrá reclamar una pensión alimenticia, hasta la edad de dieciocho años, del que hubiera tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción. Esta acción subsistirá aunque la madre hubiera transigido o renunciado a incoarla, si lo hizo en condiciones manifiestamente perjudiciales para los intereses del hijo”.

Artículo 368: “Si cumplida la edad de dieciocho años no se hallare el hijo, por incapacidad física o mental, en condiciones de proveer a su subsistencia, le deberá el padre la pensión alimenticia mientras dure la incapacidad”.

Artículo 369: “En los casos de los artículos 366 y 367, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta siguientes al parto, así como al pago de todos los gastos ocasionados por este y por el embarazo”.

Artículo 370: “La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de promesa de matrimonio, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción”.

Artículo 373: “En el caso del inciso 4 del artículo 366, y para los efectos de los artículos 367 y 370, se presume la paternidad, salvo que concurren las circunstancias expresadas en el artículo 371”.

Artículo 374: “La maternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada cuando se prueba el hecho de parto y la identidad del hijo”.

Artículo 394: “La patria potestad sobre los hijos ilegítimos voluntariamente reconocidos por el padre se ejerce por él.

Sin embargo, el juez, a pedido de la madre, podrá confiarle la patria potestad, o resolver que la ejerza hasta determinada edad del hijo, si el interés de este así lo exige”.

Artículo 395: “La patria potestad sobre los hijos ilegítimos no reconocidos voluntariamente por el padre corresponde a la madre, aunque esta sea menor de edad. Esto no obstante, el juez podrá confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo si así lo exige el interés de este”.

12. Brasil

Con el advenimiento de la Constitución de 1988, el concubinato puro o unión estable fue aprobado por el Estado, generando efectos jurídicos antes inexistentes o escasos.

En el sistema legal brasileño, mientras estaba en vigor el Código Civil de 1916, no se reconoció los derechos a las familias establecidas fuera de los estándares oficiales del matrimonio. Las referencias dispersas del texto legal a la vida en concubinato tenían carácter restrictivo y de censura, especialmente en los casos de uniones adúlteras, las que se quedaban al margen de cualquier protección legal⁽⁶⁶⁵⁾.

A pesar del tratamiento restrictivo otorgado por el Código Civil de 1916, el concubinato tenía ciertos derechos reconocidos en la legislación dispersa, tanto antes como después de la Constitución Federal de 1988. De acuerdo con la doctrina brasileña⁽⁶⁶⁶⁾, merecen destacar los siguientes puntos a favor del antiguo concubinato, extraídos de los dispositivos dispersos en la legislación:

- El reconocimiento de los hijos, independientemente de su origen, teniendo en cuenta los principios de igualdad y el respeto de la dignidad humana, sin importar si los padres estaban casados o no⁽⁶⁶⁷⁾.
- Permiso de adopción de hijos por concubinos como participantes en una entidad familiar formada en la sombra de una unión estable⁽⁶⁶⁸⁾.
- El reconocimiento del compañero para fines de seguridad social y fiscales⁽⁶⁶⁹⁾.
- El reconocimiento del compañero como heredero⁽⁶⁷⁰⁾.
- La posibilidad de la mujer de adoptar el apellido del compañero⁽⁶⁷¹⁾.
- La extensión del bien de familia legal a cualquier tipo de entidad jurídica familiar⁽⁶⁷²⁾.

(665) Véase OLIVEIRA, Euclides de. “União estável: conceituação e efeitos jurídicos”. Ob. cit., pp. 150-170.

(666) *Ibidem*, p. 152.

(667) Derogación del artículo 358 de la CC/1916 por la Ley 7841 del 17 de octubre de 1989; Leyes 883 del 21 de octubre de 1949, 7.250, del 14 de noviembre de 1984, 8.069, del 13 de julio de 1990, artículos 26 y 27, y 8.560 del 29 de diciembre de 1992.

(668) Artículo 42, § 2 de la Ley 8.069/1990—Estatuto del Niño e del Adolescente. En 2009, sin embargo, el artículo ha cambiado su redacción. En la actualidad, solo las personas casadas o que viven en uniones estables pueden adoptar conjuntamente, de acuerdo con la nueva redacción dada por la Ley N 12.010 de 2009.

(669) Artículo 201, V, de la Constitución; Ley 8.213 del 24 de julio de 1991, y la legislación de impuesto sobre la renta.

(670) Ley 6.858, del 24 de noviembre de 1980 y artículo 1.037 del Código de Procedimiento Civil.

(671) Artículos 57, §§ 2 a 6 de la Ley 6.015, del 31 de diciembre de 1973—Ley de los Registros Públicos.

(672) Ley 8.009 del 29 de marzo de 1990.

- El reconocimiento del derecho a la vivienda, por subrogación del compañero en el arrendamiento de inmuebles urbanos en el caso de terminación de la vida en común con el inquilino o en el caso de su muerte⁽⁶⁷³⁾.

Aparte de estas normas, después de la aprobación de la Constitución de 1988 se editaron dos leyes especiales sobre la materia. En 1994 surgió la Ley 8.971 (29/12) que establece el derecho de los compañeros a los alimentos, la sucesión (herencia y usufructo) y la aparcería en el caso de la muerte. Esta ley estuvo en vigor desde el 30 de diciembre de 1994 y en 1996 fue derogada parcialmente por la Ley 9.278⁽⁶⁷⁴⁾.

La Ley 9.278 (10/5/1996) dio una nueva definición a la unión estable considerando los derechos y deberes de los convivientes, tratando de la asistencia material (alimentos) en el caso de cese de la unión estable, asegurando el condominio (aparcería) de los bienes adquiridos durante la unión, a menos que haya un acuerdo que estipule otra cosa. La ley añade el derecho a la vivienda en los términos de la sucesión hereditaria, permitió la conversión de una unión estable en el matrimonio por la aplicación del Oficial del Registro Civil. Las dos leyes, a pesar de no haber sido expresamente derogadas, no se aplican después de la incorporación de la materia en el Código Civil de 2002⁽⁶⁷⁵⁾.

IX. PRINCIPIOS DEL DERECHO QUE INSPIRAN EL DERECHO DE FAMILIA APLICADOS A LAS UNIONES DE HECHO

Los principios del Derecho de Familia aplicables a las uniones estables son los siguientes:

- a) Reconocimiento de las uniones estables: Estas uniones, dada su trascendencia fáctica, deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos, regulando las relaciones personales, patrimoniales y lo relativo a la filiación. En virtud de este principio se logra no la promoción de las uniones estables, sino la tutela y el amparo de estas, recogiendo jurídicamente estas instituciones dada su trascendencia en la práctica.
- b) Limitación a la autonomía de la voluntad: No es de aplicación este principio, en cuanto la duración de la convivencia está sujeta a la libre determinación de las partes; siendo, por el contrario, la manifestación más excelsa de la irrestricta autonomía de la voluntad de las partes.
- c) Protección de la familia: La Constitución y el Código Civil al reconocer que el matrimonio y la unión de hecho son fuentes generadoras de familia, otorgan

(673) Artículos 11 y 12 de la Ley 8.245, del 18 de octubre de 1991.

(674) Cfr. OLIVEIRA, Euclides de. “União estável: conceituação e efeitos jurídicos”. Ob. cit., pp. 152-153.

(675) Cfr. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária”. Ob. cit., p. 231.

- plena protección a ambas figuras jurídicas. La familia que surge a partir de las uniones estables debe ser protegida y tutelada.
- d) Promoción del matrimonio: Principio constitucionalmente reconocido. Desde esta perspectiva, considerando la promoción como un incentivo, a las uniones de hecho no le es aplicable. Sin embargo, es de reconocer que la conducta pasiva del Estado y los altos costos del matrimonio civil, constituyen barreras que de manera indirecta y no querida, propician la proliferación de uniones libres. Dentro de este contexto, la creación de Registros de Convivientes en algunos gobiernos locales, si bien es un avance, no constituye más que una prueba sin efectos, si no ha sido legalmente declarada dicha unión a través de la sentencia judicial o su reconocimiento notarial.
 - e) Principio de igualdad: El artículo 6 de la Constitución de 1979 consagró por primera vez la igualdad de los hijos al señalar “Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”. Situación que se hizo extensible a los hijos nacidos de las uniones estables y que acabó con la estigmatización de consignar en la partida de nacimiento si eran o no legítimos por provenir de uniones matrimoniales o convivenciales.
 - f) Protección a los menores e incapaces: Todas las relaciones parentales y de amparo como son los alimentos, patria potestad, curatela y consejo de familia le son aplicables a los hijos nacidos de uniones de hecho, independientemente que dichas relaciones tengan o no impedimento matrimonial. Situación que consagra el principio de igualdad de derechos de todos los hijos.

X. CLASIFICACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

Doctrinariamente, la unión de hecho se clasifica teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos que legalmente se exigen para su reconocimiento y producción de efectos jurídicos. Tenemos la siguiente clasificación:

13. Unión de hecho propia o en sentido estricto

Llamada unión de hecho en sentido estricto o concubinato carencial.

Es aquella unión que cumple con todos los requisitos establecidos por nuestra normativa para generar efectos jurídicos, tanto personales como patrimoniales. Se encuentra conformada por sujetos que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que, por lo tanto, en cualquier momento, cuando lo deseen, pueden contraer matrimonio.

La unión de hecho propia implica la ejecución, en la práctica, de una relación jurídica análoga, semejante a la relación jurídica matrimonial. Llevar a cabo

derechos, facultades, deberes y obligaciones semejantes a los del matrimonio, a pesar de que tal vínculo formal no es el que une a la pareja.

13.1. Elementos

Los elementos que configuran a esta unión son:

- Dos personas de sexos complementarios.
- Libres de impedimentos.
- Determinación del estado de familia.
- Buscar finalidades similares al matrimonio (derechos, deberes y obligaciones).
- Genera efectos patrimoniales correspondientes a la sociedad de gananciales.

13.2. Unión de hecho propia en Brasil

En Brasil, la unión de hecho propia es sinónimo de unión estable o compañerismo. Se trata de una figura jurídica regulada por el artículo 226 de la Constitución y el artículo 1723 del Código Civil.

La unión se extingue por el fin de la convivencia: sea por muerte o por la voluntad de las partes, sin intervención judicial. La relación termina de la misma manera como comenzó.

La unión estable es un acto jurídico que nace y perdura hasta que termina. Se constituye y deja de existir sin el sello del Estado, contrario a lo que ocurre con el matrimonio. Para establecer un punto de partida y término de la relación se requiere de una acción judicial declarativa⁽⁶⁷⁶⁾. En algunos casos se le conoce como acción de disolución de unión estable⁽⁶⁷⁷⁾, terminología inadecuada porque, como

(676) União estável. Pedido de declaração. Petição inicial indeferida. sentença cassada. 1. É direito da parte ter reconhecida uma possível união estável em ação de natureza declaratória. A afirmação da falta de interesse processual só deve ocorrer em casos excepcionais. Não se pode, sem forte razão de direito, subtrair da parte o direito de receber uma resposta de mérito. 2. Recurso provido. Sentença cassada. (TJDF; AC 20070710301809; Ac. 305886; 4ª T.Cív.; Rel. Des Antoninho Lopes; DJDFTE 26/05/2008; p. 60).

Familia. ação declaratória de união estável. reconhecimento e partilha de bens. Situação retratada que se caracteriza como de união estável, reconhecida como entidade familiar, nos termos do que dispõe a Lei Nº 9.278/96 (art. 1), reproduzida no art. 1.723 do CCB/02. Duração da convivência bem delineada na sentença, com as conseqüências daí decorrentes. Impedimento matrimonial não identificado, concubinato inocorrente. Direito real de habitação sobre imóvel deixado pelo companheiro falecido, inovação processual. Pretensão descabida, posto que não submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Apelação e recurso adesivo desprovidos, por maioria. (TJRS; AC 70020929832; 8ª C.Cív.; Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos; DJRS 24/09/2007).

(677) Reconhecimento e dissolução de união estável. requisitos. prova. O art. 1.723 do atual Código Civil reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Nesse sentido, comprovadas as características legais, reconhece-se a união estável, com os efeitos jurídicos que podem decorrer da relação. (TJDF; AC 20040410112189; 1ª T.Cív.; Rel. Des. Natanael Caetano; DJU 18/09/2007).

dice Maria Berenice Dias⁽⁶⁷⁸⁾, cuando las partes llegan a los tribunales el vínculo está disuelto. La sentencia reconoce solo que la unión existió e identifica el periodo de convivencia (posesión de estado convivencial) debido a los efectos patrimoniales, en razón que los bienes adquiridos durante la relación pertenecen a ambos y da causa a una distribución equitativa.

En la unión estable los compañeros pueden resolver las cuestiones patrimoniales sin interferencia del Poder Judicial. La división de la propiedad no requiere la aprobación del Tribunal. Sin embargo, los litigios se dan, generalmente, por la parte que no está en posesión de los bienes comunes. El objeto de la acción es la identificación del periodo de convivencia y la división de los bienes acumulados en ese lapso de tiempo. Más allá de la duración de una unión estable el fallo define y divide los bienes comunes⁽⁶⁷⁹⁾.

Un poco más complicada es la situación de una unión estable disuelta por la muerte de uno de los compañeros. Curiosamente, la legislación dispersa anterior al Código Civil de 2002 fue más beneficiosa en algunos aspectos.

En su artículo 1831 I el Código Civil garantiza al cónyuge supérstite el derecho real de habitación, independientemente del régimen de bienes. Respecto a esta situación la doctrina se divide, habiendo guardado silencio el legislador de 2002. Como advierte Maria Berenice Dias⁽⁶⁸⁰⁾, la “siesta” de la ley no permite que se retire al compañero el derecho de continuar en posesión de los bienes que sirvieron de residencia para su familia⁽⁶⁸¹⁾.

Para que esta situación ocurra, según Zeno Veloso⁽⁶⁸²⁾, existen dos salidas:

- El derecho real de habitación del compañero se rige por el artículo 7, párrafo único de la Ley 9.278/96⁽⁶⁸³⁾, y;
- Aplicación analógica del artículo 1831 del CC⁽⁶⁸⁴⁾.

(678) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 179.

(679) *Ibidem*, pp. 180-181.

(680) DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 72.

(681) Inventário. direito real de habitação. companheira. Possibilidade. Comprovação da união estável que perdurou por mais de 20 anos, inclusive com realização de casamento religioso. Direitos da companheira que devem ser preservados, ante a iminência de adjudicação extrajudicial do bem pelas herdeiras e negociações para a venda, sem o consentimento da companheira. Agravo desprovido (TJRS; AI 70031009574; 7ª C. Civ.; Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior; DJERS 08/10/2009; p. 50).

(682) VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 163.

(683) Esta solución también es apuntada por Maria Berenice Días para quien la omisión del Código Civil no significa que el dispositivo ha sido derogado, ya que no hay incompatibilidad con el Código Civil (Cfr. *Manual das Sucessões*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 72.).

(684) Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Las dos soluciones han tenido aceptación dentro de la jurisprudencia⁽⁶⁸⁵⁾.

Y en materia de sucesión, ¿qué ocurre con el compañero superviviente? Este es otro campo donde las críticas son duras en relación a lo adoptado por el Código Civil brasileño. La unión estable puede ser comprobada con cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento jurídico. El compañero para garantizar su condición de heredero y obtener los derechos de sucesión, previstos en la ley, deberá acreditar y reunir previamente las pruebas de la existencia de una entidad familiar, demostrando que se han cumplido los requisitos objetivos y subjetivos para su caracterización⁽⁶⁸⁶⁾.

De la exégesis del artículo 1790⁽⁶⁸⁷⁾ del Código Civil puede decirse que la sucesión del compañero es limitada y restringida a los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la unión estable, en concurrencia con los hijos comunes, hijastros y colaterales hasta el cuarto grado. En relación a estos bienes adquiridos a título oneroso durante la convivencia el compañero, por regla general, tiene derecho a la mitad, en virtud del artículo 1725 del CC⁽⁶⁸⁸⁾.

(685) Apelação cível. Imissão de posse. União estável. Companheiro falecido. Bem imóvel. Moradia conviventes. Direito real de habitação à companheira sobrevivente. Inteligência dos artigos 1831 do nccb e art. 7 da lei 9.278/96. Requisitos. Reconhecimento. O direito real de habitação ao único imóvel residencial, por aplicação analógica do art. 1.831 do NCCB, deve ser estendido ao convivente, independentemente de ter este contribuído, ou não, para a sua aquisição, assegurado, igualmente, pelo art. 7 da Lei 9.278/96, informado pelos artigos 6 e 227, parágrafo 3, da Lei Maior, que reconhecem a moradia como direito social e a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado. (TJMG; AC 1.0514.06.020813-9/001; 9ª C.Civ.; Rel. Des. Tarcísio Martins da Costa; DJEMG 26/04/2008).

Agravo de instrumento. Direito real de habitação à companheira sobrevivente. Reconhecimento. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7 da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre essa Lei e o Código Civil em vigor. A equiparação entre união estável e casamento foi levada a efeito pela Constituição Federal. Caso em que se reconhece o direito real de habitação à companheira, considerando a verossimilhança na alegação de que ela conviveu com o de cujus por mais de 20 anos, pelo fato dela atualmente estar morando de favor e por ser o imóvel que serviu de morada ao casal o único dessa espécie a inventariar. Agravo provido em monocrática. (TJRS, AI N° 70019892595, 8ª C. Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 29/05/2007).

(686) VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. Ob. cit., p. 167.

(687) Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

(688) Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

14. Unión de hecho impropia

Llamada unión de hecho en sentido lato o amplio o concubinato sanción.

Esta unión estable no cumple con los elementos o requisitos para su reconocimiento formal. La unión de hecho impropia se presenta cuando dos personas que tienen impedimentos para poder contraer matrimonio se unen entre sí. Crea una familia ensamblada, reestructurada o informal. Se entiende que cuando no puede acreditarse que una determinada unión de hecho es propia, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, dicha unión de hecho, en un criterio residual, tendrá el carácter de impropia.

En el Perú, el primer indicio para referirnos a la unión de hecho impropia lo encontramos en el último párrafo del artículo 326 del Código Civil (la unión de hecho que no reúna las condiciones de ley genera la acción de enriquecimiento sin causa).

Los efectos que genera no son patrimoniales, son solo personales. Es una unión de hecho simple, sencilla, que no requiere el cumplimiento de requisitos.

En el caso que se conciba dentro de la presente unión bastará que dicha concepción haya sido en la época en la cual estuvieron viviendo juntos para que se presuma que el hijo nacido de la concubina es del concubino. Este efecto personal de orden filial es con respecto a la descendencia, no con respecto al concubino. Si se presenta el caso en que la mujer se encuentra casada no se aplicará lo expuesto en líneas anteriores, se presume que el hijo es del marido, no del concubino.

Esta unión de hecho, a su vez se clasifica en:

14.1. Unión de hecho impropia pura

En esta unión de hecho los convivientes desconocen que se encuentran incurso en una situación de impedimento matrimonial. En tales supuestos, la relación familiar se desarrolla dentro de un clima de buena fe en el que uno de sus integrantes está convencido, o al menos es parte de su ilusión, de la posibilidad de formalizar en algún momento la relación convivencial en matrimonio. Esta confianza y sinceridad con la que actúa aquel compañero merece un resguardo y un reconocimiento⁽⁶⁸⁹⁾. Encontramos en esta clasificación a lo que la doctrina conoce como la unión estable putativa en aras de la buena fe presente en uno o en ambos miembros de esta unión intersexual.

(689) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Los derechos de mi amante*. En: <<http://www.enriquevarsi.com>>. Lima, 2008. (febrero de 2011)

14.2. Unión de hecho impropia impura

En esta subclasificación, los convivientes, o por lo menos uno de ellos, conocen que se encuentran incursos en una situación de impedimento matrimonial. Por lo tanto, se da la presencia de este elemento objetivo. Esta situación no solo implica una especie de contubernio, sino una situación que vulnera los Principios del Derecho consagrados a la protección de la familia institucionalizada en base a la sacralidad del matrimonio⁽⁶⁹⁰⁾.

La unión de hecho, nos dice Héctor Cornejo Chávez, puede darse entre personas libres o atadas por un vínculo matrimonial con distinta persona, tengan impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, sea dicha unión ostensible o no lo sea; pero siempre que exista cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Por este motivo, el citado maestro del Derecho de Familia excluye de la unión de hecho, aún entendida esta en su acepción amplia, impropia a la unión intersexual esporádica y al libre comercio carnal⁽⁶⁹¹⁾.

14.3. Unión de hecho impropia en Brasil

La unión de hecho impropia es la figura del concubinato tratado en el artículo 1727 del Código Civil brasileño. Es la unión de hecho en la que existe un impedimento para contraer matrimonio, el mismo que puede referirse a un matrimonio anterior o a una separación de hecho.

La estructura del sistema diferencia el concubinato de la unión estable, en razón que la justicia no reconoce los efectos jurídicos de carácter patrimonial al adulterio.

En la medida que la doctrina y la jurisprudencia se resisten en aceptar las familias paralelas, para evitar el enriquecimiento ilícito de una de las partes, por lo general se recurre a la Súmula 380 del STF, al establecer que demostrada la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos es posible su disolución judicial y el reparto de los bienes adquiridos por el esfuerzo conjunto.

Para Maria Berenice Dias⁽⁶⁹²⁾, antes de las relaciones simultáneas, es preciso formular solicitudes judiciales alternativas, como pueden ser: la declaración de una unión estable, el reconocimiento de la sociedad de hecho o por lo menos una compensación por los servicios prestados.

15. Semejanzas y diferencias entre las uniones de hecho

La diversidad de uniones estables genera un interesante cuadro comparativo.

(690) Ídem.

(691) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Ob. cit., p. 63.

(692) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 178.

UNIÓN ESTABLE		
Unión de hecho Propia	Concubinato Impropia	
Sin impedimento	Con impedimento	
	Desconoce	Conoce
	Pura	Impura
Entidad familiar		
Total Reconocida en la Constitución, Código Civil y generadora de derechos	Parcial Reconocida en el Código Civil y generadora de derechos	
	Unión estable putativa	Presunción de paternidad
Entre los compañeros y su descendencia	Derechos genuinos al compañero inocente	Genera relaciones jurídicas para efectos filiales
Sociedad de gananciales Alimentos Beneficios sociales Pensión de viudez Familia ensamblada	Alimentos Familia ensamblada	Nombre Alimentos Herencia

16. Las familias paralelas en Brasil

Las familias, las relaciones y las uniones paralelas son un tema cargado de prejuicios, tabúes y subjetivismo.

Es imprescindible hacer hincapié en que la discusión se limita al contexto de conyugalidades o compañerismos paralelos, tomando el criterio que la cuestión de la parentalidad extramatrimonial y paralela al matrimonio es pacífica hace mucho tiempo. Además, con el advenimiento de la Constitución de 1988, no se ajusta la distinción entre los hijos, procedan ellos del vínculo matrimonial o extramatrimonial. Los hijos son hijos, cualesquiera que hayan sido los lazos de sus progenitores⁽⁶⁹³⁾.

La fidelidad está en la lista de los deberes de los cónyuges. Para los compañeros existe el deber de lealtad y respeto, dentro de los cuales se encuentra la fidelidad. Sin embargo, a veces la vida no sigue el camino de la ley. Como un tren descarrilado, las personas traicionan y son traicionados. El ser humano es capaz de cometer toda clase de errores. La infidelidad en sí misma no es el problema

(693) CHAVES, Marianna. "Familias paralelas". En: *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., pp. 39-40.

más grande. El gran enigma es cuándo se hacen familias en paralelo, situaciones en las que un componente común tiene múltiples conyugalidades en más de una unidad familiar⁽⁶⁹⁴⁾.

Cuando se trata de familias en paralelo no estamos hablando acerca de las relaciones de sigilo o casuales, sino de fuertes vínculos basados en el afecto, los que finalmente existen, sean moralmente aceptables o no. En la mayoría de los casos debe generar efectos jurídicos y no ser expatriados de la normatividad, generando una invisibilidad legal.

17. Uniones estables paralelas

El artículo 1724 del Código Civil brasileño es la fuente de los deberes de los compañeros como la lealtad, respeto, cuidado, custodia, manutención y educación de los hijos. Como se explicó anteriormente, del deber de lealtad puede hacerse una exégesis, llegando a la conclusión que incluye a la fidelidad y monogamia.

Por ejemplo, el caso de un hombre que mantiene uniones estables en paralelo. Tres uniones estables. Las mujeres aparentemente no sabían una de la otra. Cada una tenía sus hijos. Las relaciones se habían iniciado, al parecer, al mismo tiempo. El deber de lealtad, por supuesto, no existía para el varón pero ellas actuaron de buena fe.

En una situación como esta no se ofrece legalidad a todas las uniones. Caso contrario, sería sellar el enriquecimiento ilícito del que fue infiel no solo con una familia, sino con tres, recompensando al hombre desleal. No ver estas relaciones, no otorgarle efectos, es atentar contra la dignidad de las partes y de los hijos, si existieren⁽⁶⁹⁵⁾.

Por lo tanto, puede decirse que en los casos de uniones estables paralelas, las dos compañeras (o más) tienen derechos patrimoniales, como la división de propiedad, el derecho a alimentos, la inmunidad del bien de familia, derechos sucesorios, los derechos de pensión, etc.

18. Unión de hecho pura paralela al matrimonio y unión de hecho paralela al matrimonio donde existe separación de hecho: ¿Unión estable putativa?

¿Dónde está la supuesta pureza de este tipo de unión? En la buena fe de la pareja o del compañero que no tenía conocimiento de la relación del otro participante en la unión. Este caso parece tener una comprensión más pacífica en la doctrina. La buena fe; es decir, no saber de la existencia de una relación anterior

(694) *Ibidem*, p. 44.

(695) Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 49.

o simultánea es lo que caracteriza a la unión estable putativa⁽⁶⁹⁶⁾, situación que le concede a la compañera los derechos que se le concederían si es que estuviera establecida una verdadera unión estable.

La supuesta buena fe de la relación adúltera es más una excepción que una regla. Obviamente, hay hombres y mujeres que no son conscientes que su compañero se encuentra casado. Pero la realidad de los hechos es otra. Para configurarse la buena fe, y tener la concesión de derechos, los que se consideran el “otro” u “otra” necesitan “recurrir a una mentira, porque si confiesa que sospecha o sabe de la traición, recibe un solemne: ¡bien hecho!”⁽⁶⁹⁷⁾.

Sobre la cuestión, Fabiana Maia dice que esta falta de protección termina en violación de la dignidad de la persona humana. Al no reconocer los derechos inherentes a las entidades familiares, también al concubinato adulterino se le concede espacio para la aparición de todo tipo de injusticias, como el enriquecimiento ilícito de la familia institucionalizada del concubino casado y, más grave: el fomento de la infidelidad conyugal, no habiendo consecuencias de orden patrimonial para el adúltero. A fin de que ninguna injusticia se ponga en marcha, la mayor mácula del Estado Democrático de Derecho debe dar prioridad a la esencia de la entidad familiar en detrimento de la forma, pues la búsqueda de la ética en las relaciones no puede rendirse al moralismo enraizado⁽⁶⁹⁸⁾.

Puede considerarse plácida la relación cuando la pareja está separada de hecho en el momento de la concomitancia del matrimonio con el compañerismo. Sobre la importancia de la separación de hecho, dice Rodrigo da Cunha Pereira⁽⁶⁹⁹⁾, que se da cuando uno de los concubinos mantiene el matrimonio pero solo en su formalidad sin que exista la convivencia. La situación es bastante diferente de la anterior. Aquí el matrimonio no existe, es solo una apariencia y un enlace formal. El elemento emocional es desplazado al verdadero matrimonio que es en realidad con la persona de la unión estable.

El hecho es que la justicia debe preservar la esencia en lugar de meras formalidades, cuando el afecto, la conexión más grande de toda relación, ha marchado hace mucho tiempo la relación convivencial. No es razonable; por ejemplo, aplicar las normas del régimen de comunidad de bienes a una pareja separada de

(696) VELOSO, Zeno. *União estável. Doutrina, legislação, Direito comparado, jurisprudência*. Cejup, Pará, 1997, p. 76.

(697) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 48.

(698) MAIA, Fabiana. “Concubinato adulterino: Panorama histórico e disciplina jurídica a partir do Código Civil de 2002”. Disponible en: <www.ibdfam.com.br>. Acceso en: 01/05/2010.

(699) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Ob. cit., p. 67.

hecho por un lapso de tiempo considerable, y que en la objetividad no es más un par, no tiene una comunión de vida o algún otro interés que no sea patrimonial⁽⁷⁰⁰⁾.

Si hay amor, convivencia y asistencia mutua, el sistema jurídico no puede dejar de brindar reconocimiento jurídico a estos supuestos. Sería una protección estatal injusta a una familia que hace mucho tiempo no existe más, donde la comunión de vida ha desaparecido y que en la actualidad es solo una reminiscencia formal, en el desprecio de una legítima, actual y auténtica relación familiar, fundada en el afecto^{(701) (702)}.

19. Unión de hecho impura paralela al matrimonio

Impuro, de mala fe son algunos de los términos despectivos atribuidos a aquellos que viven este tipo de unión extramarital. La diferencia entre el matrimonio y la unión estable putativa o concubinato puro reside en una cuestión: el conocimiento que el compañero (a) está casado (a).

Como afirma Maria Berenice Dias⁽⁷⁰³⁾, frente a la realidad que se plantea, y en el rostro de las enormes dificultades para hacer frente a estas situaciones, trata la doctrina de hacer clasificaciones. A las relaciones de concubinato adulterino se le procede a identificar las siguientes especies: el concubinato puro o adúltero de buena fe y el concubinato impuro o adúltero de mala fe. La diferencia se centra exclusivamente en el hecho de que el concubino no sea consciente que su pareja permanece en el estado de casado o tenga otra relación simultánea. Solo cuando no es consciente que su pareja tiene otro se reconoce que actúa de buena fe y se acepta el establecimiento de la unión estable, con el nombre de unión estable putativa.

Sin embargo, preguntas intrigantes pueden surgir:

¿Y si en el principio de la relación el “otro” u “otra” no tenían conocimiento que la pareja estaba casada y después de un buen lapso de tiempo descubre la realidad?

¿Cómo se debe proceder?

(700) Cfr. CHAVES, Marianna. “Familias paralelas”. Ob. cit., p. 49. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Ob. cit., p. 67.

(701) CHAVES, Marianna: “Familias paralelas”. Ob. cit., p. 49.

(702) En este sentido, fallo de Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul: União estável. Reconhecimento. Companheiro falecido. Separação de fato. Prova. Inexistência de concubinato. 1. Para o reconhecimento da união estável não é necessário que as partes estejam divorciadas ou separadas judicialmente, bastando que estejam separadas de fato. Inteligência do art. 1.723, §1, do CCB. 2. Os efeitos da relação não decorrem do estado civil das partes, mas do vínculo afetivo e da natureza da relação, que deve ser duradoura, pública e contínua, com o propósito de constituir uma família. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade, assim como a *affectio maritalis*, imperioso é o reconhecimento da união estável havida entre a autora e o *de cujus*. Recurso desprovido (TJRS, 7ª C. Cível, AC 70015261407, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 02/08/2006).

(703) DIAS, Maria Berenice: “Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade”, Disponible en: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acceso en: 01/05/2010.

¿Cuál es la frontera de la buena fe?

¿Dónde comienza y termina?

De acuerdo con gran parte de la doctrina, el desconocimiento implica buena fe. Después del descubrimiento, cuando existe una relación construida con lazos emocionales, el compañero que descubre que la pareja está casada puede terminar sin nada. Esta no puede considerarse una solución adecuada⁽⁷⁰⁴⁾. Existe jurisprudencia en territorio brasileño que reconoce la unión estable paralela al matrimonio cuando la “otra” tenía conocimiento que su compañero era casado⁽⁷⁰⁵⁾.

Otra cuestión, menos común, pero igualmente interesante, es cuando existe la supuesta mala fe de las partes. El marido es infiel, la mujer acepta y la “otra” sabe de la consorte. ¿Cuál es la solución para este caso? Se entiende en doctrina que sería una manera excepcional de considerar la relación paralela como una entidad familiar. “Si la relación es notoria y no es cuestionada por sus miembros, no hay razón para desconocer a la familia, ya que promueve la dignidad de sus participantes y fomenta su felicidad”⁽⁷⁰⁶⁾.

En este caso particular, puede ser viable concluir, de acuerdo a las peculiaridades que se presentan en este caso y a la luz de los derechos y de la buena fe de las partes, que la simultaneidad no sería injusta dado que no hay violación a la confianza de los otros y sobre todo da protección a la dignidad de los componentes de ambas familias. La simultaneidad asistiría a los deseos de felicidad convivencial de todos los componentes de las familias en la pantalla⁽⁷⁰⁷⁾.

Esta hipótesis es una de las menos recurrentes. La realidad es que en la mayoría de los casos la pareja conoce del “otro” u “otra”; sin embargo, no recae en el juez, en la sociedad o el Estado imponer una presunción “absoluta sobre la configuración de una conducta desleal, violando los principios éticos inherentes a la vida social y a la tutela de la dignidad de los demás”⁽⁷⁰⁸⁾.

(704) CHAVES, Marianna. “Familias paralelas”. Ob. cit., p. 50.

(705) Apelação cível. ação declaratória de união estável paralela ao casamento. Demonstrada a configuração da união estável paralela ao matrimônio, com todos os requisitos legais pertinentes, deve ser reconhecida e declarada a sua existência, conforme precedentes da Corte. Partilha. Imóvel adquirido com valores provenientes de saque do FGTS. O saque da conta de FGTS para a compra de imóvel afasta a incomunicabilidade defendida pelo recorrente. AJG. Demonstrada a insuficiência de recursos para arcar com as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento, deve ser concedido o benefício da AJG. Deram parcial provimento ao apelo. (TJRS; AC 70030384820; 8ª C.Civ.; Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz; DOERS 28/08/2009).

(706) GOECKS, Renata Miranda y OLTRAMARI, Vitor Hugo: “A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis”. En: *Revista IOB de Direito de Família*. Síntese, Porto Alegre, v. 9, n. 45, dez/jan., 2008, p. 126.

(707) RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluridade constitucional*. Río de Janeiro, Renovar, 2005, p. 194.

(708) *Ibidem*, p. 195.

Un Estado democrático, donde la dignidad humana es elevada a la condición de fundamento de la República no puede, so pena de contradecir frontalmente el orden constitucional, partir de una perspectiva de exclusión de los arreglos familiares, y referirse técnicamente a las entidades familiares no mencionadas explícitamente en la Constitución, lo que llamamos entidades familiares constitucionalmente implícitas, como es el caso del concubinato adúltero⁽⁷⁰⁹⁾. Negar la existencia de las uniones paralelas es simplemente negar lo innegable. Es no querer ver lo evidente. Decisiones tímidas se pueden observar, como aquellas que reconocen una sociedad ilusoria de hecho⁽⁷¹⁰⁾, las que otorgan a la compañera la compensación por servicios prestados. No obstante, algunos avances se pueden observar, como es el caso de la determinación de la división de seguros de vida⁽⁷¹¹⁾ y el reparto de pensiones con el cónyuge supérstite⁽⁷¹²⁾.

Las soluciones propuestas están lejos de ser consideradas justas y equitativas para las partes. Por ahora, alguien termina lastimado, en la mayoría de los casos es el compañero o compañera. Todo en nombre de una supuesta mala fe, una traición a la dignidad de su cónyuge cuando, de hecho, solo el infiel y desleal fue la persona casada. Pero la evolución social es la esperanza de obtener justicia⁽⁷¹³⁾.

(709) ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. “Famílias simultâneas e concubinato adúltero”. En: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002, Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acceso en: 01/04/2010.

(710) Direito Civil - Concubinato - Embargos de divergência - Dissídio jurisprudencial não configurado - Dissídio entre decisões de turmas da mesma seção de julgamento - Competência da 2ª seção. A Quarta Turma desta Corte, julgando recurso especial, decidiu em acórdão assim ementado:

Concubinato. sociedade de fato. direito das obrigações. 1. Segundo entendimento pretoriano, “a sociedade de fato entre concubinos é, para as conseqüências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica”. 2. Recurso não conhecido. (STJ, Embargos de Divergência em Resp 229.069-SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/11/2005).

(711) Seguro de vida em favor da concubina-Homem casado-Situação peculiar de coexistência duradoura do *de cuius* com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações-Indicadora da concubina como beneficiária do benefício-Fracionamento. Inobstante a regra protetora da família, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o *de cuius*, as particular situação dos autos, que demonstra “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado à família e à concubina, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito. Recurso conhecido e provido em parte para determinar, o fracionamento por igual, da indenização secundária. (STJ, REsp 100.888/BA, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12/03/2000).

(712) Pensão previdenciária - Partilha por pensão entre a viúva e a concubina - Coexistência de vínculo conjugal e a não separação de fato da esposa - Concubinato impuro de longa duração - “Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo” - Possibilidade de geração de direitos e obrigações, maxime no plano da assistência social - Recurso especial não conhecido (STJ, 4ª T., Resp 742685/RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 04/08/2005).

(713) CHAVES, Marianna. “Famílias paralelas”. Ob. cit., p. 52.

Investigar la buena o mala fe es tarea compleja. Existe el peligro de caer en el subjetivismo puro. La línea, el límite donde la buena fe se convierte en mala es tenue y puede ser invisible, inaccesible e imperceptible. Sin duda, el compañerismo, sea clasificado como de buena o mala fe, debe ser considerado una unidad familiar. Eso sí, cada caso, debe ser examinado a fondo en base a hechos y no en prejuicios, a la justicia, que es plural, “razón por qué en la sociedad abierta y democrática puede realizarse mejor”⁽⁷¹⁴⁾. La decisión debe surgir de conformidad con la ética, de acuerdo con el Derecho justo y la dignidad de la persona humana⁽⁷¹⁵⁾. El prejuicio, los supuestos valores morales de la sociedad humana no pueden prevalecer sobre la dignidad, la justicia y la equidad⁽⁷¹⁶⁾.

XI. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN DE HECHO PROPIA

La unión de hecho es la situación de un hombre y una mujer que viven en posesión de estado de cónyuge sin haber celebrado matrimonio.

No es una forma de derecho, simplemente es un hecho, una situación jurídicamente existente, orgánica, provista de *status* y cada vez más de toda fuerza obligatoria. Existen vínculos de derecho entre los concubinos. Jurídicamente no son extraños entre sí, por lo tanto, esa unión es fuente de derechos, de obligaciones recíprocas para quienes la mantienen.

Como se mencionó, la unión de hecho propia es la que genera distintos efectos jurídicos contemplados en nuestra normativa, específicamente para esta institución jurídica. En este sentido, debe cumplir con una serie de requisitos o estar dotada de determinados elementos para ser susceptible de ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

Del análisis de la doctrina y de la clasificación de las uniones estables podemos determinar que las mismas cuentan con elementos de tipo objetivos y subjetivos:

(714) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 91.

(715) Según Paulo Dourado de Gusmão, la justicia requiere seguridad y paz, porque en el desorden, la anarquía y en el imperio de la tiranía no existe lugar para ella. Pero el precio de la seguridad y de la orden no debe ser el sacrificio de la justicia, la dignidad humana, la libertad individual. Si lo fuera, y si se les pagaba, sería incompatible con la idea del derecho, así como la propia naturaleza y propósito del derecho, que debería ser un vehículo de la justicia. El mundo moderno necesita la fraternidad, la solidaridad social, la sumisión del egoísmo al bien común. Solución que depende del compromiso, del consenso, cómo y por lo cual cada persona crea su propio valor y imagen, sin la cual cada uno se convertirá en un instrumento, un robot, un simple medio, sin sentido para la justicia. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Ob. cit., p. 95.

(716) CHAVES, Marianna: “Familias paralelas”. Ob. cit., p. 53.

Elementos objetivos

20. Convivencia

Un primer elemento está referido a la comunidad de vida, a la vida conyugal estable, que distingue una unión de hecho de una mera relación circunstancial, momentánea, accidental, esporádica. Implica el compartir la realización de actividades en la vida cotidiana. Un gran sector de la doctrina es de la opinión, que si los convivientes carecen de un domicilio común no es posible sostener la existencia de una unión de hecho para los diversos efectos que pueden invocarse en el ámbito jurídico⁽⁷¹⁷⁾. Esta comunidad implica ser susceptible de público conocimiento, ser notoria. En la unión de hecho existe un deber natural de cohabitación, semejante al deber legal de los cónyuges, por lo que su incumplimiento podría ocasionar la terminación de dicha unión.

La cohabitación implica compartir conjuntamente un mismo domicilio, una relación de pareja y tener una organización económica común. Ello permite descartar como unión de hecho a aquellas parejas que se comparten solamente los fines de semana o las vacaciones, o encuentros casuales⁽⁷¹⁸⁾.

El estatuto económico que rige la pareja de hecho es naturalmente variable por ser esta una situación fáctica, pero necesariamente debe existir⁽⁷¹⁹⁾. La cohabitación no implica solamente compartir una misma habitación, sino que supone una vida de pareja; de otro modo no se justificarían las incapacidades para celebrar la unión que las legislaciones imponen a las personas casadas o a quienes tienen impedimentos de incesto⁽⁷²⁰⁾.

La convivencia no se debe entender como cohabitación a ultranza. Puede ocurrir que por razones de trabajo uno de los convivientes deba vivir en otra residencia; en este caso, la unión continuará, salvo que la separación vaya acompañada de una voluntad real de disolución. En este sentido dice Pitt: “La convivencia no siempre habrá de darse bajo el mismo techo, como ocurre cuando uno de los convivientes tenga que desplazarse con regularidad de un lugar o país a otro, por razones de trabajo, de salud, inclusive cuando se pierde la libertad”⁽⁷²¹⁾.

La convivencia resulta tan importante, que de allí surge una de las denominaciones de los miembros de la unión, “convivientes”, usada también en el *common law*, donde la expresión utilizada es *cohabitant*⁽⁷²²⁾.

(717) PLÁCIDO VILCACHAGUA. Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 250.

(718) MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 42.

(719) *Ibidem*, p. 42.

(720) *Ibidem*, pp. 42-43.

(721) *Ibidem*, p. 43.

(722) *Ídem*.

21. Singularidad

Implica que la totalidad de elementos que constituyen la unión de hecho debe darse entre dos sujetos: un hombre y una mujer, configurándose una relación heterosexual y monogámica. En virtud de la singularidad surge el deber natural de fidelidad que de no observarse podría provocar la terminación por decisión del conviviente ofendido. Somos de la opinión de no considerar como uniones estables propias a uniones poligámicas en las que, dicho sea de paso, su grado de estabilidad y permanencia, sería de difícil probanza.

En la primera mitad del siglo XX, entre los requisitos de la unión de hecho se enumeraban la honestidad y la fidelidad⁽⁷²³⁾. En los estudios de la segunda mitad del siglo XX, en lugar de la fidelidad se enumeraba la singularidad. Bossert explica que la singularidad implica la totalidad de los elementos que constituyen la unión de hecho, los cuales deben darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de esos elementos se dé entre uno de los convivientes y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo: la singularidad no se destruye si el conviviente mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la conviviente le es infiel en un momento dado al conviviente⁽⁷²⁴⁾.

22. Publicidad

Este elemento implica la notoriedad de la vida marital de hecho. Involucra la convivencia en un mismo hogar y su trascendencia en la sociedad. La unión de hecho debe tener *famma*, reconocimiento público o demostración externa de su existencia; ello desecha las uniones de hecho clandestinas u ocultas. Lo importante es que los convivientes sean conocidos como pareja, en razón que para tener la posesión de estado de convivientes deben tener trato y fama. El trato deviene de la cohabitación y de las normas internas que regulan la convivencia, y la fama del conocimiento público de la relación. Solo cuando esos caracteres aparezcan, podremos reconocer relevancia jurídica a la unión de hecho⁽⁷²⁵⁾.

23. Estabilidad

La unión de hecho está revestida de permanencia, duración, continuidad, habitualidad, por tal motivo se entiende que es una unión estable. Este elemento implica el establecimiento de un plazo de tiempo mínimo. Nuestra Constitución no hace referencia alguna a la fijación de un tiempo; lo que corresponde efectuar al legislador de acuerdo a cada circunstancia.

(723) *Ibíd.*, p. 45.

(724) *Ibíd.*, p. 46.

(725) *Ibíd.*, p. 47.

Es muy difícil determinar cuándo una unión es permanente y cuándo es esporádica o transitoria si no existe una regulación legal que determine el plazo exacto, pero lo cierto es que la duración de la relación es una condición sine qua non para producir efectos jurídicos. Esta determinación deberá hacerse en cada caso por los jueces, especificando las circunstancias propias y teniendo en cuenta las pruebas aportadas⁽⁷²⁶⁾.

Un elemento controvertido es el relativo al plazo de duración de la relación convivencial. Nuestra Carta Magna no establece plazo de duración mientras que nuestro Código Civil sí lo establece.

Al respecto encontramos posiciones predominantes en la doctrina:

La primera postura sigue el criterio de jerarquía de las normas. En tal sentido, busca resaltar la primacía de nuestra Constitución Política, respecto de las normas de inferior jerarquía; es decir, en la medida en que la Constitución no establece un plazo de duración de la unión de hecho, tal elemento concreto no es exigible para el reconocimiento jurídico de estas uniones estables, por lo que no se considera necesaria la observancia del plazo determinado de dos años establecido en nuestro Código Civil. Esta es la postura que va cobrando fuerza en la práctica.

La segunda postura sigue un criterio de especialidad o especificidad de las normas. En tal virtud, busca conjugar el texto constitucional con el Código Civil. Se alega que las disposiciones genéricas del reconocimiento, amparo y protección de las uniones de hecho las encontramos en nuestra Carta Magna, mientras que las disposiciones específicas las encontramos en la normativa especial; es decir, en nuestro Código Civil. En este sentido, se toma en cuenta el plazo determinado de dos años continuos de duración de la relación convivencial, como elemento legalmente exigible para el reconocimiento jurídico de dicha unión estable.

Elemento subjetivo

Es la voluntad de los convivientes, la que es esencial pues de ella depende no solo la constitución de la unión de hecho, sino también su continuidad. Si cesa el acuerdo voluntario, la unión desaparece. De ahí su carácter precario, puesto que la unión puede quedar sin efecto por voluntad unilateral de cualquiera de las partes⁽⁷²⁷⁾.

24. Inexistencia de impedimentos matrimoniales

Asimismo, tenemos como elemento de la unión de hecho la ausencia de impedimentos matrimoniales en los sujetos que la componen. Esto distingue a la

(726) *Ibíd.*, p. 48.

(727) MÉNDEZ COSTA, María Josefa; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara; D'ANTONIO, Daniel Hugo; FERRER, Francisco A. M. y ROLANDO, Carlos H. *Derecho de Familia*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1982, p. 103.

unión de hecho propia, en la cual no media impedimento matrimonial entre la pareja, y la unión impropia, aquella en la que sí existe impedimento matrimonial.

En doctrina existe una gran polémica sobre si la unión de hecho puede celebrarse entre personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio o si solo existe cuando no existen dichos impedimentos. Bossert sostiene que en el concepto de concubinato cabe incluir a las uniones en las que existan impedimentos matrimoniales entre los miembros, y que sus efectos se producen igualmente haya o no tales impedimentos; los efectos quedan determinados por las circunstancias fácticas que rodean el hecho, entre las cuales figura la vida en común de la pareja y esto evidentemente no se altera por la existencia de impedimentos matrimoniales⁽⁷²⁸⁾.

En cambio, López del Carril distingue la unión libre, en la que no existen impedimentos para contraer matrimonio y la unión de dos personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio, situación que se daría cuando existe incesto o adulterio, y a estas últimas uniones las descalifica por inmorales e ilícitas⁽⁷²⁹⁾.

La cuestión de la existencia o no de los impedimentos cobra relevancia en los supuestos en que el sistema jurídico regula los efectos de las uniones homosexuales, pues en estos casos, los efectos pueden negarse a quienes tienen algún impedimento para contraer matrimonio⁽⁷³⁰⁾. Pero cuando solo se trata de regular las consecuencias jurídicas de un hecho no contemplado en general por la ley, la posibilidad de que exista algún impedimento para contraer matrimonio resulta indiferente, sin perjuicio de que esa situación pueda ser tenida en cuenta para arbitrar soluciones diferentes según que los impedimentos se presenten o no⁽⁷³¹⁾.

Vemos que los elementos de la unión de hecho se relacionan todos con el tema de la estabilidad, tal es que muchos doctrinarios prefieren denominar a esta institución jurídica como uniones estables, en lugar de uniones de hecho. Es básica, entonces, la acreditación de la posesión constante de estado, entendido como el ejercicio de hecho de los deberes, derechos, obligaciones y facultades que surgen de la relación jurídica, aparentando ser parte de una relación producto de un matrimonio, sin serlo.

El estado de familia deriva del emplazamiento de un sujeto en una familia determinada, basado en la existencia de un título de estado. En la unión de hecho, en la medida en que es notoria y estable, se advierte la existencia de un estado aparente de familia, la posesión de un estado determinado de familia que se da en los hechos, un aparente estado matrimonial que por implicar

(728) MEDINA, Graciela. *Uniones de hechos homosexuales*. Ob. cit., pp. 50-51.

(729) *Ibidem*, p. 51.

(730) *Ídem*.

(731) *Ídem*.

en sí misma un valor jurídico, incidirá, en ciertos aspectos, sobre las negociaciones de los convivientes con los terceros⁽⁷³²⁾.

25. Título de estado de carácter declarativo

Cuando la relación convivencial cumple con los requisitos para ser una unión de hecho propia, los efectos jurídicos de la sentencia que reconoce dicha unión tiene un carácter declarativo y no constitutivo, consagrando una situación jurídica preexistente y este efecto es *ex tunc*, no *ex nunc*, y consecuentemente se incluye la tutela de sus efectos jurídicos al periodo comprendido entre el inicio de la unión de hecho y la emisión de la sentencia judicial. Una sentencia referida a la existencia de una unión de hecho tiene carácter retroactivo al momento del origen de la unión intersexual.

La unión de hecho implica una convivencia de carácter estable y permanente y en este orden de ideas llegamos a las siguientes precisiones⁽⁷³³⁾:

- a) No es unión de hecho la unión sexual circunstancial o momentánea de varón y mujer. Se requiere la comunidad de vida que confiere estabilidad a la unión y se proyecte en la posesión de estado. La doctrina francesa alude, de este modo, al matrimonio aparente, conceptualizándolo como la situación de dos personas no casadas que viven como marido y mujer, haciéndose pasar por tales.
- b) No es unión de hecho aquella que carece de permanencia en el tiempo. La permanencia está estrechamente ligada a la estabilidad. La posesión de estado conyugal, o estado conyugal aparente, se nutre del carácter de permanencia, de la perdurabilidad en el tiempo en que ambos convivientes han asumido el rol de marido y mujer. Por eso se dice que en nada difieren las personas casadas de las que viven en convivencia, y de ahí otros caracteres se subsumen: la singularidad de la unión respecto a cada uno de los convivientes y recíproca fidelidad.
- c) En cuanto a la singularidad de la unión se tiene en cuenta que la posesión de estado de los concubinos se traduce en el hecho de la unión estable y permanente monogámica, remedo del matrimonio mismo. Por eso se requiere que los caracteres de estabilidad y permanencia de la unión se den entre un hombre y una mujer. Ello no obsta, obviamente, a que cualquiera de los convivientes pudiese mantener, momentánea o circunstancialmente, una unión sexual con tercera persona, situación que no trascenderá más que como relaciones fugaces y breves (simples contactos pasajeros), sin consecuencias de otro orden.

(732) PLÁCIDO VILCACHAGUA. Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 252.

(733) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª ed. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004, pp. 423-425.

- d) En lo relativo a la fidelidad recíproca, la doctrina suele calificarla de aparente. Se trata de una condición moral: las relaciones de los convivientes deberán caracterizarse por conductas que manifiesten el afecto y la aparente fidelidad. Tratándose de una unión estable, permanente y singular, la fidelidad queda también implicada; y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda su carácter de tal, del mismo modo en la unión de hecho puede darse la infidelidad por parte de uno de los convivientes. Claro que si cualquiera de estos no ha guardado la apariencia de fidelidad, y sus diversas relaciones sexuales son públicamente conocidas, se estaría afectando la singularidad de la unión, elemento caracterizante de la unión de hecho.

XII. FINALIDAD

Es criterio unánime en la doctrina que las uniones estables se constituyen con el objetivo de cumplir derechos, facultades, deberes, obligaciones y finalidades semejantes, análogas al matrimonio, pero sin cumplir con las formalidades que el acto matrimonial conlleva. Las uniones estables se constituyen para crear una comunidad de vida. La procreación se encuentra entre sus finalidades aunque, como se ha precisado, esta finalidad, hoy por hoy, es colocada en un segundo plano, con una trascendencia menor de la que anteriormente gozaba. La procreación no es el objetivo esencial en virtud del cual se constituye una unión intersexual, la comunidad de vida la ha desplazado.

Lo que se busca en una unión estable es la formación de una familia. Esto no implica tener descendencia, pero sí formar una comunidad de vida sustentada en objetivos comunes, una vida de relación de la pareja.

XIII. IMPORTANCIA

La unión estable es una fuente generadora de familia y es reconocida constitucionalmente. Este reconocimiento y positivización se debe al hecho de ser una realidad social que se desarrolla dentro de un entorno familiar.

Tienen gran importancia práctica y se configuran en el fenómeno social sustentado en que las parejas confían cada vez menos en el matrimonio, adhiriéndose de esta forma a las uniones estables. Esto ha validado de importancia y de fuerte reconocimiento social como institución familiar. En efecto, muchas personas, especialmente las de las últimas generaciones, prefieren esta forma de unión en lugar del matrimonio. Ello debido a la pérdida de trascendencia del matrimonio y a las nuevas conceptualizaciones de las relaciones familiares. Como dice Jiménez Sanjinés⁽⁷³⁴⁾ el divorcio degradó la institución del matrimonio y

(734) JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *El matrimonio de hecho*. Ed. Popular, La Paz, 1993, p. 28.

cuando es fácilmente admitido no existe mayor diferencia entre el matrimonio y la unión libre.

XIV. RELACIONES JURÍDICAS QUE GENERAN LAS UNIONES ESTABLES

Las uniones de hecho generan relaciones, de las más diversas, entre sus miembros.

26. Relaciones jurídicas entre los convivientes

En el Perú, conforme al artículo 326 del Código, se derivan las siguientes relaciones jurídicas:

- El surgimiento de una relación jurídica patrimonial a partir de la formación de una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales; esto es, existen bienes propios y comunes cuya administración es conjunta. De manera análoga al Perú, la ley brasileña establece un sistema de propiedad entre los compañeros. De conformidad con el artículo 1.724 del Código Civil, salvo pacto en contrario, los compañeros están sujetos al régimen de comunidad parcial de bienes. A falta de acuerdo, se aplican las normas contenidas en los artículos 1.158 a 1.666 del Código.
- En caso de extinción por decisión unilateral, a elección del abandonado, el juez puede conceder una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos.
- La posibilidad de demandar al conviviente la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, conforme al artículo 402 inciso 3 del Código Civil, esta acción se tiene pues la presunción *pater is est* no es aplicable a la unión estable. Por lo general, se requiere la presencia de ambos padres para establecer la parentalidad en relación a los dos. Es posible que la declarante sea la madre y registre al niño a nombre de ambos cuando tenga evidencia de la existencia de la unión estable, como una sentencia declaratoria judicial, o incluso un certificado de matrimonio religioso⁽⁷³⁵⁾.
- Alimentos. En virtud del artículo 1.694 del Código Civil brasileiro se permite a los compañeros pedir alimentos con respecto al binomio necesidad–posibilidad⁽⁷³⁶⁾.

(735) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 322.

(736) Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

27. Relaciones jurídicas frente a los hijos comunes

Con respecto a las relaciones filiales, las uniones estables tienen incidencia respecto de las instituciones de la filiación extramatrimonial y la patria potestad.

Las instituciones para legitimar las uniones intersexuales (matrimonio o uniones estables) son independientes y autónomas respecto de la institución de la filiación, la cual genera sus propias relaciones y efectos jurídicos paterno-materno filiales. Y es que la clásica división entre filiación matrimonial y extramatrimonial, en virtud del principio de isonomía, únicamente conserva sentido para la determinación de la filiación, nada más que para ello.

XV. EFECTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN DE HECHO

Para determinar los efectos jurídicos que trae consigo la unión de hecho hemos de tener en cuenta de qué tipo de unión de hecho se trata. En principio, los efectos jurídicos consagrados en nuestra normativa están dirigidos a la unión de hecho propia en consideración al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento jurídico.

28. Efectos personales de la unión de hecho propia

En una unión de hecho la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio, esto en virtud de la tesis de la apariencia del estado matrimonial, la cual nos explica que las uniones de hecho generan relaciones jurídicas entre sus miembros, no iguales, pero sí parecidas a las generadas en el matrimonio. Por ejemplo:

- Deber de asistencia, de la que derivan los alimentos.
- Deber de cohabitación.
- Deber natural de fidelidad.

29. Efectos patrimoniales de la unión de hecho propia

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 fuere aplicable. Se trata de un régimen patrimonial forzoso; es decir, que no puede pactarse en contra de él y que la ley lo impone.

El artículo 326 del Código Civil condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, siempre que la unión haya durado, por lo menos, 2 años continuos.

Antes de los dos años de convivencia no existirá sociedad de gananciales, por lo que se debe situar a los bienes adquiridos en dos categorías. Si el bien fue adquirido por uno solo de los convivientes debe operar las reglas de los bienes

propios, en otras palabras, el bien pertenece al adquirente. Si el bien determinado fue adquirido por ambos convivientes, entonces, deberán operar las reglas de la copropiedad. Una vez cumplido el plazo señalado, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicará las reglas del régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

La sujeción a la verificación de un plazo para determinar cuándo son o no aplicables las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, produce que, antes del cumplimiento del plazo, los convivientes deban probar su participación en la comunidad de bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume; mientras que, una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los mismos, correspondiendo la probanza a aquel que alega la calidad de bien propio⁽⁷³⁷⁾.

En el ordenamiento jurídico peruano se aprecian los siguientes efectos jurídicos de la unión estable propia:

- Creación de una comunidad de bienes.
- Indemnización como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción en sus sentimientos ante el abandono y/o pensión alimenticia en caso de conclusión por decisión unilateral, a efectos de paliar las dificultades económicas derivadas de la falta de asistencia económica.
- Deberes de asistencia.
- Derecho a percibir el 50% de la compensación por tiempo de servicios: en virtud del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 650.
- Beneficiario del seguro de vida: según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales.
- Pensión de invalidez y supervivencia: la pensión de invalidez de su compañero de acuerdo con el artículo 100 del Decreto Supremo N° 206-92-EF, Reglamento del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.
- Derecho habiente del trabajador compañero en calidad de afiliado con derecho a beneficios: de conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 26970, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su correspondiente Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA.
- Sujeto activo en el delito de parricidio: de acuerdo con el artículo 107 del Código Penal. Agravante en el delito de Favorecimiento a la Prostitución y de Rufianismo (arts. 179 y 180 del Código Penal). Beneficiario de excusa absolutoria conforme a lo previsto en el artículo 208, inciso 1) del Código Penal.

(737) PLÁCIDO VILCACHAGUA. Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 256.

- Exención de responder sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra su concubino: prohibido de declarar como testigo en un proceso civil, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria de conformidad con los artículos 220 y 229 del Código Procesal Civil.
- Proyección sucesoral del conviviente: El artículo 870 del Código Civil señala: “Las personas que hayan vivido en la casa del causante o alimentado por cuenta de este, pueden exigir al albacea p a los herederos que continúen la atención de estos beneficios con cargo a la masa hereditaria, durante tres meses”.

30. Efectos jurídicos de la unión de hecho impropia: la acción de enriquecimiento sin causa

El último párrafo del artículo 326 del Código Civil refiere los efectos que se pueden producir en el caso de la unión de hecho impropia. Se señala que tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Estamos ante una unión de hecho impropia, cuando alguno de los convivientes tenga impedimento, no se respete la diversidad de sexos o las reglas de la monogamia. En tales supuestos, la unión de hecho no produce los efectos contemplados en la ley.

La acción de enriquecimiento sin causa procede cuando ha mediado empobrecimiento de un sujeto y el correlativo enriquecimiento de otro a expensas de aquel, sin que exista causa que lo justifique, nexo causal y siempre que el perjudicado no disponga de otra acción para reclamar su resarcimiento, artículos 1954 y 1955 del Código Civil. Se dice que es el último remedio jurídico contra la arbitrariedad.

Esta acción se fundamenta en que no existe una relación o situación jurídica constituida que justifique el provecho o beneficio, no siendo de ninguna manera aceptable que uno de los convivientes se beneficie injustificadamente a dispensas del otro conviviente.

XVI. PROCESO DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO

El reconocimiento jurídico de una unión de hecho es el tema medular de esta institución en la medida que permite a la pareja reclamar sus derechos.

Una interrogante que encuentra diversas respuestas es si se requiere, adicionalmente a la prueba, que los convivientes inicien un proceso judicial y obtengan sentencia que reconozca dicha unión. Nuestra legislación no ha establecido tal requerimiento de manera explícita. Asimismo, es una cuestión controvertida

el carácter que tiene la sentencia de reconocimiento de una unión de hecho, por lo que hay que determinar si tiene efecto constitutivo o declarativo; es decir, si sus efectos son a partir, en primer caso, de la sentencia o a partir del inicio de la unión de hecho con efecto retroactivo, en el segundo supuesto.

En el ámbito administrativo existe un precedente de observancia obligatoria al que arribó el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos–Sunarp referido a la inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho, concluyéndose:

“A efectos de inscribir la adquisición de un bien por una unión de hecho con la calidad de social, debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes”. Dicho criterio ha sido adoptado en dos principales resoluciones: Resolución N° 343-98-ORLC/TR, del 30 de setiembre de 1998 y Resolución N° 11-2003-SUNARP/TR-L, del 10 de enero de 2003.

Este precedente registral se adopta tomando en cuenta que para el registrador es imposible verificar el cumplimiento de los requisitos para que exista una unión de hecho propia, razón por la cual se considera fundamental el reconocimiento judicial de existencia de la unión.

Un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia considera, en lo que respecta a los efectos personales exigidos entre los concubinos, que dicha unión no merece reconocimiento judicial en proceso previo, sino que en el mismo proceso, tal es el caso por ejemplo cuando uno de los convivientes le reclame al otro una pensión de alimentos o una indemnización en razón del abandono unilateral e injustificado del otro.

Existe consenso doctrinal por el cual especialistas en Derecho de familia consideran que, para reclamar los efectos patrimoniales de la unión de hecho, es necesario que previamente exista un reconocimiento judicial del estado de convivencia. Bajo estas consideraciones es que se opina que del tenor del segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil puede colegirse que la unión de hecho es aquella que mereció calificación judicial dentro del proceso correspondiente y que mientras no se pruebe, únicamente puede alegarse que existe una posesión constante de estado. En este sentido, Cornejo Chávez manifiesta que en cuanto a la prueba de la unión de hecho parece evidente que cuando los mismos interesados están de acuerdo en el hecho de su unión no debería obligárseles a litigar para demostrarlo, al menos para las relaciones entre ellos. La fórmula adoptada por el nuevo Código, probablemente en consagración de los intereses de terceros, resulta obligando a los concubinos, en todo caso y para todos los efectos, a probar dentro del juicio su condición de tales⁽⁷³⁸⁾.

(738) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 73.

Asimismo, Alex Plácido participa de este pensamiento y menciona, con relación a los efectos patrimoniales, que se reclamen entre los convivientes o frente a terceros, como son los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, que la prueba de la existencia de la unión de hecho se requiere en forma previa al ejercicio de tales pretensiones; por lo que debe actuarse en un proceso distinto y anterior⁽⁷³⁹⁾. Este criterio también se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman y por la seguridad jurídica necesaria para evitar perjuicios a terceros. Esto encuentra razón en algo simple, la existencia de la unión de hecho se trasluce en una incertidumbre jurídica y la única forma de despejar dicha incertidumbre es acudiendo al juez.

A tenor de lo prescrito por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil corresponde eliminar la incertidumbre jurídica al juez dentro del proceso correspondiente; se concluye, en consecuencia, que para inscribir la adquisición de un bien por parte de una unión de hecho, con la calidad de social, deberá existir el reconocimiento judicial de esta⁽⁷⁴⁰⁾.

A pesar de estos considerandos doctrinarios y jurisprudenciales comentados, no consideramos justo ni acorde con los principios procesales esperar el reconocimiento de la unión de hecho en otro procedimiento para luego pretender solicitar tutela judicial de la otra pretensión de naturaleza patrimonial. En nada contraría o vulnera derechos procesales, como la tutela judicial ni debido proceso legal, optar por acumulación de pretensiones. Ello pudiera dar lugar a que los justiciables, en la mayoría de casos, abduquen a sus derechos de carácter pecuniario.

En relación a los terceros, en caso de que pretendan reclamar un derecho patrimonial por parte de los concubinos, tampoco consideramos que sea menester el reconocimiento judicial en un proceso previo, sino en el mismo proceso judicial que se trate. Cabe precisar que si se expide una sentencia en la que se brinda reconocimiento judicial a una unión de hecho, la misma no producirá efectos *erga omnes* de cognoscibilidad de los terceros y de oponibilidad a estos, máxime si no se inscribe la sentencia en los Registros Públicos.

Cuando hay acuerdo de voluntades respecto a la existencia de la unión de hecho no debería exigirse seguir todo un proceso judicial de cara a obtener el reconocimiento cuando se trata de exigir los derechos, deberes obligaciones y facultades que trae consigo esta relación *de facto*, siempre y cuando acrediten su unión de la manera como está dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico. Situación distinta sería cuando no hay acuerdo de la pareja respecto de la existencia de la unión de hecho o cuando existiendo o no tal acuerdo se encuentran involucrados derechos de terceros, supuestos en los cuales consideramos, por un tema de seguridad

(739) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 257.

(740) Resolución del Tribunal Registral N° 011-2003-SUNARP-TR-L, emitida el 13/12/2003. Punto N° 10 del Análisis.

jurídica, que es necesario que se obtenga el reconocimiento judicial de existencia de esa unión, de manera tal que el juez despeje las incertidumbres que surgen en torno a dicha relación intersexual.

A nuestro juicio, la sentencia que declara o reconoce la existencia de una unión de hecho debe tener carácter retroactivo al momento del origen de esta unión intersexual. Vale decir, cuando cumple con los requisitos para ser una unión de hecho propia, los efectos jurídicos de la sentencia tienen carácter declarativo y no constitutivo, consagrando la existencia de una situación jurídica preexistente. Este efecto debe ser *ex tunc*, no *ex nunc* y, consecuentemente, se incluya la tutela de sus efectos jurídicos al periodo comprendido entre el inicio de la unión y la emisión de la sentencia judicial.

A pesar de la posición que consideramos es la más pertinente, existen jurisprudencias donde indirectamente se establece que la sentencia de reconocimiento de unión de hecho no es retroactiva, situación con la cual nos encontramos disconformes.

Es necesario mencionar la decisión adoptada en la sentencia recaída en el Exp. N° 462-08 de fecha 3 de julio de 2008, en donde se confirma la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2007 que declaró infundada la pretensión contenida en la demanda referida a la nulidad de acto jurídico por la causal de falta de manifestación de voluntad y no revertir la forma prescrita.

En el presente caso se adjuntó a la demanda el acta, de fecha 22 de marzo de 2006, donde se establece que las partes conciliaron que iniciaron la unión de hecho desde el año 1983; sin embargo, se ofrecen como fundamentos relevantes para confirmar la sentencia los siguientes:

“Que sin embargo, frente al primer agravio expuesto, y advirtiéndose de la resolución apelada, que el Juez Civil no ha considerado –como afirma la recurrente–, el reconocimiento de convivencia o unión de hecho a partir de la expedición de la sentencia, sino que, resolvió en el sentido que, al celebrarse el mutuo con garantía hipotecaria, aquel fue realizado con fecha anterior a la declaración judicial de la existencia de unión de hecho, y en consecuencia, el bien inmueble sublitis, le correspondía únicamente al propietario codemandado en aquella fecha; siendo así, y estando a que lo expuesto se corrobora con la copia de la escritura pública y acta de audiencia glosada, así como, con la copia literal de fojas diecisiete, en consecuencia, lo argumentado por la demandante, respecto a la nulidad del acto jurídico contenida en la escritura pública de mutuo con garantía hipotecaria glosada, merece ser desestimado.

En cuanto a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y artículo III del Título Preliminar del Código Civil, cabe precisar que, si bien dicha normativa señala que la Ley se aplica a la consecuencia de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, también es que, precisa no tener fuerza ni efectos

retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú, lo que no ocurre en el presente caso, consideraciones por las cuales, no resultaría lógico aplicar dicha situación jurídica y sus consecuencias jurídicas a dicho hecho fáctico⁷⁴¹⁾.

Al respecto existe un vacío legal en nuestra normativa sobre todo en el Código Civil y el Código Procesal Civil. No obstante, resulta labor importante para el legislador establecer que los efectos de la sentencia de reconocimiento de unión de hecho son retroactivos, pues los efectos jurídicos no pueden imputarse a partir de una sentencia que no refleja verdaderamente la permanencia en el tiempo y la posesión de estado.

Toca ahora revisar las disposiciones y alternativas introducidas, en virtud de la norma materia de análisis, respecto del reconocimiento de las uniones estables.

31. Reconocimiento notarial de la unión de hecho en la Ley N° 29560

La Ley N° 29560⁷⁴²⁾ modifica el artículo 1 de la Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, permitiendo que los interesados puedan recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar el reconocimiento de unión de hecho.

Asimismo, se creó el Título III, de la citada ley, denominado declaración de la Unión de Hecho, estableciendo que procede el reconocimiento de la unión de hecho existente entre el varón y la mujer que voluntariamente cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil.

La solicitud del reconocimiento notarial debe incluir:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso de que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.
3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
4. Certificado domiciliario de los solicitantes.
5. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
6. Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.

(741) Exp. N° 462-08 de fecha 3 de julio de 2008.

(742) Promulgada el 15/07/2010 y publicada el 16/07/2010 en el diario oficial *El Peruano*.

7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.

Con respecto al trámite, la nueva norma dispone que el notario mandará a publicar un extracto de la solicitud por una sola vez en el diario oficial y en otro de amplia circulación, consignándose el nombre y la dirección del notario ante quien se realiza el trámite. Transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes.

Cumplido el trámite señalado, el notario remite los partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes para la correspondiente inscripción. En caso de oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad.

Si cualquiera de los solicitantes proporciona información falsa para sustentar su pedido ante el notario público será pasible de responsabilidad penal conforme a la ley de la materia.

Finalmente, si los convivientes desean dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia podrán hacerlo en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social. Para este caso no se necesita hacer publicaciones.

El reconocimiento del cese de la convivencia se inscribe en el Registro Personal.

XVII. PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO

La probanza convivencial se acreditará por cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento procesal. El artículo 326 del Código, en su segunda parte, preceptúa que prevalecerá la prueba escrita. Sin embargo, nada obsta que puede acreditarse por cualquier otro medio probatorio señalado en el Código Procesal Civil, como podría ser la prueba testimonial.

En materia de prueba, un concepto trascendental es la posesión de estado, el goce de hecho de un estado de familia, con título o sin él, que validan el ejercicio de los derechos y obligaciones propios de una situación familiar, con prescindencia que quien los ejerza tenga el título de estado de dicha situación o carezca de él. Tradicionalmente, se dice que para acreditar la existencia de esta posesión de estado se requiere la reunión de tres elementos: el *nomen*, el *tractus* y la *famma*.

Respecto de los efectos personales que se reclamen entre los convivientes, como serían alimentos o una indemnización por término de la unión de hecho por decisión unilateral, la prueba de la existencia de la convivencia puede actuarse dentro del mismo proceso en que se ejerciten tales pretensiones; no requiriéndose su

previo reconocimiento judicial o notarial. Con relación a los efectos patrimoniales que se reclamen entre los convivientes o frente a terceros, como son los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, consideramos que en el mismo proceso judicial donde se reclamen derechos patrimoniales podría acreditarse la existencia de la unión de hecho.

La prueba va a estar dirigida a demostrar, fuera de un proceso judicial o dentro de este, que un hombre y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales; es decir, la posesión constante de estado.

Una precisión importante respecto de los medios probatorios es que la partida de matrimonio religioso, si bien no surte efectos civiles, acredita la existencia de una unión de hecho, criterio que lo encontramos contemplado por el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al Exp. N° 498-99-AA/TC-Cajamarca, del 14/04/2000⁽⁷⁴³⁾.

XVIII. POSESIÓN DE ESTADO EN LA UNIÓN DE HECHO

Un tema importante en la configuración de la unión de hecho es lo relativo a la configuración de la posesión constante de estado que debe caracterizar la relación intersexual para su reconocimiento jurídico. Todos los elementos caracterizantes de la unión de hecho se relacionan con la posesión constante de estado, la que implica una situación de facto, análoga a la que encontramos en el estado de familia generado por el matrimonio.

La posesión de estado es una suerte de reconocimiento del principio de primacía de realidad. Se toma en cuenta lo que verdaderamente sucede y no solo lo que las partes manifiestan o lo que consta en los negocios jurídicos. La voluntad y el formalismo cede el paso a la demostración, primando los intereses existenciales y personificantes.

Consiste en el ejercicio de facto de los derechos y cumplimiento de los deberes propios de un determinado estado de familia, pero con prescindencia del

(743) Exp. N° 498-99-AA/TC - Cajamarca, del 14/04/2000.- Fundamento N° 5: “Que, por otro lado, la posesión de estado no ha sido cuestionada en momento alguno por la demandada, no siendo este extremo hecho controvertible. Cabe precisar que lo que en ningún momento niega la parte demandada es la existencia de la unión de hecho; aquí no hay discrepancia respecto a una cuestión de hecho (la unión o posesión de estado), sino una cuestión de derecho consistente en determinar si la partida de matrimonio religioso es o no documento idóneo para acreditar la existencia de la posesión constante de estado, respecto a lo cual este Tribunal entiende que dicho documento, aun cuando no genera efectos civiles en virtud del artículo 2115 del Código Civil, sí puede acreditar perfectamente, como lo hace en el caso sub júdice, la existencia de una unión de hecho, conservando pues mérito probatorio aun cuando carezca de efectos civiles. Ciertamente, debe precisarse que la presente consideración se efectúa sin perjuicio de la convicción suficiente que respecto a la existencia de la citada unión de hecho genera el resto de documentos citados en el fundamento precedente”.

título. Poseer un estado, dicen Planiol y Ripert⁽⁷⁴⁴⁾, es gozar del título, de las ventajas anexas al mismo y soportar sus deberes. Es vivir en la realidad de los hechos, como corresponde al estado de hijo, padre, cónyuge, pariente.

La posesión de estado es una situación de hecho que normalmente corresponde al estado de derecho; en su defecto legitima a que pueda accionarse para la obtención del título que dé estado.

Para que se configure la posesión de estado se requiere de tres elementos básicos:

32. Trato

La conducta genera en el sujeto que la realizó ciertos efectos. Es la forma que una persona tiende a tratar a otra o, a la inversa. Coincide con lo que es usual en las relaciones de carácter afectivo; por ejemplo, las realizadas entre padres e hijos.

Aunque este elemento tiene una proyección familiar hacia dentro, nuestra norma civil exige que el trato se exteriorice, de manera que pueda crear la apariencia de la relación de pareja en la unión de hecho, vale decir, el trato público cual si fuesen cónyuges.

33. Nombre

Este elemento implica identidad. La manera cómo se conocen y reconocen, denominan e identifican las parejas miembros de una unión de hecho. Como consecuencia de tal situación fáctica, por ejemplo: la mujer de tal, la pareja cual, utilizando incluso los correspondientes apellidos.

34. Fama

Es el reconocimiento y la legitimación social que realiza la comunidad a ese estado de familia convivencial. Por ejemplo, la opinión pública o el entorno social reconoce a una pareja como si fueran cónyuges.

En suma, dichos elementos son: nomen proprio (la persona se presenta como), tractus (la persona es considerada como) y fama correlata (la persona disfruta en sociedad de las consecuencias de ostentar aquel estado).

Para Valencia Zea⁽⁷⁴⁵⁾, respecto del nomen, los poseedores del estado civil llevan el nombre y apellido que corresponde a ese estado; en lo que se refiere al tractus los poseedores de un estado de familia se comportan de la misma manera que la persona que ejerce de hecho tal estado; en cuanto a la fama, los habitantes del respectivo municipio o aldea en donde viven los poseedores del estado

(744) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo II. Ob. cit., p. 66.

(745) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª ed. act.. Temis, Colombia, 2000, p. 364.

civil dan por cierto, fundándose en hechos indicados, la existencia del estado civil de que se trate.

La doctrina y la jurisprudencia moderna han prescindido de la exigencia conjunta de estos tres elementos. Es verdad que reunidos configuran de una manera más precisa la posesión de estado, pero se considera en general que basta con el trato, al constituir este el elemento revelador de la posesión de estado, aunque no hubiera exteriorización ni uso del apellido⁽⁷⁴⁶⁾. La posesión de estado no importa emplazamiento en el estado familiar, ni es, por lo tanto, título de estado. Se configura solo por un conjunto de hechos que tienen significativa relevancia como prueba del estado de cuyo título se carece. La sentencia que admite la acción de estado es la que produce el emplazamiento en el estado de familia y constituye el título de estado.

XIX. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN PERÚ

El Tribunal Constitucional peruano viene reconociendo los efectos jurídicos de las uniones de hecho.

35. Sociedad de gananciales

No es indispensable que exista un matrimonio para que se configure el régimen de sociedad de gananciales, las uniones estables se hallan bajo dicho régimen por mandato legal⁽⁷⁴⁷⁾.

36. Pensión de viudez

El Tribunal Constitucional⁽⁷⁴⁸⁾, respecto a las uniones estables y su protección como familia, amparó la petición de la demandante ordenando a la Oficina de Normalización Previsional-ONP que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, debe abonarse la pensión de viudez a la concubina, tomando en cuenta que la unión estable es una entidad familiar que merece protección y, además, por existir un tratamiento diferenciado entre el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones que vulnera el derecho-principio de igualdad.

37. Seguridad social

Tenemos las STC Exps. N°s 03605-2005-AA y 09708-2006-PA referidas a la vulneración del derecho a la seguridad social por la negativa de conceder una pensión de viudez en beneficio del conviviente supérstite tomando en cuenta que

(746) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo II. Ob. cit., p. 67.

(747) Exp. N°s 0498-99-AA/TC de fecha 14 de abril de 2000, 09332-2006-AA/TC del 30 de noviembre de 2007 y 04777-2006-AA/TC del 13 de octubre de 2008.

(748) Exp. N° 06572-2006-PA/TC. Sentencia del 6 de noviembre de 2007.

el Decreto Ley N° 20530 se muestra conforme con la pensión a favor del cónyuge supérstite, no del conviviente. La innovación radica en la modificación de criterio respecto del reconocimiento de los efectos personales, desarrolladas en la sentencia recaída en el Exp. N° 06572-2006-AA/TC de fecha 6 de noviembre de 2007 en la que se declara fundado el amparo interpuesto por doña Janet Rosas Domínguez; posición distinta respecto del criterio esbozado en la sentencia pronunciada en el Exp. N° 03605-2005-AA/TC de fecha 8 de marzo de 2007 en el proceso instaurado por doña Irma Doris Anaya Cruz.

En la primera de las sentencias citadas, ofrece como fundamentos relevantes los siguientes:

“Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenece a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad puedan repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un ‘aparente matrimonio’”.

De tales fundamentos se infiere que existen también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.

Llegar a la conclusión, mediante una interpretación cerrada de la Constitución, de que las uniones de hecho no existen sería muy controvertido, puesto que no se puede dejar de lado las obligaciones que de esta institución nacen. Contémplese la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo, no sería pertinente dejar que el otro deje que su conviviente padezca de este tipo de dolores. No debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia, de conformidad con lo establecido por el artículo 326 del Código Civil. En el caso de la dependencia económica generada se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

De lo expuesto se infiere que si bien es cierto, el máximo intérprete de la Constitución, no equipara en igual posición a la unión de hecho con el matrimonio,

dado que este último tiene mayor preeminencia constitucional, no podía soslayar por más tiempo, una realidad que alcanza a una gran parte de la población peruana. De ahí que de un reconocimiento eminente patrimonial, lo haya extendido al aspecto personal, constituyendo la pensión de viudez uno de sus inicios.

XX. ESTADO CIVIL DERIVADO DE LA UNIÓN ESTABLE

Como hemos manifestado⁽⁷⁴⁹⁾, hay quienes agregan un sexto estado civil, el de conviviente⁽⁷⁵⁰⁾ para identificar a aquellas personas que se comparten en una vida de relación de pareja carente de formalidad. Su propia palabra lo dice, conviviente es aquel que convive, que comparte su vida, se acompaña con otro. Reconocer a la convivencia como un estado civil implica una posición no solo amplia, sino fundamentalmente realista que recompone el estado de familia de cónyuge y pariente –que tradicionalmente consideraba en nuestro medio Corvetto Vargas⁽⁷⁵¹⁾ y en Galindo Garfías⁽⁷⁵²⁾– a otros como el de conviviente, como lo considera expresamente, en México, Domínguez Martínez⁽⁷⁵³⁾ al decir que el concubinato provoca posiciones llamadas de **convivencialidad** y, como es lógico, genera consecuencias jurídicas atribuibles a las personas inmiscuidas. Ello amerita que la convivencia sea tratada como un estado civil, posicionando y relacionando a los sujetos entre sí en sus vínculos familiares. Esto nos puede llevar a toda una discusión teórica a fin de establecer si la convivencia forja un estado civil propiamente dicho o, meramente, crea consecuencias patrimoniales por el transcurso del tiempo en la vida de la pareja, situación esta última que se desdice del hecho que el estado civil no se adquiera ni se pierda por el decurso del tiempo (no opera la *usucapio* ni la prescripción adquisitiva).

El reconocimiento del concubinato como un estado civil implicaría la generación de un título de estado que lo respalde, como sucede en otras con la implementación de los registros de convivientes⁽⁷⁵⁴⁾ que otorgan a las parejas una constancia de su unión, indicándose el tiempo en la que se inicia. Esto puede aplicarse en nuestro medio si se implementa en el Registro de Estado Civil de manera que las parejas pueden adquirir dicho estado siempre que exista acuerdo y manifestación conjunta para su establecimiento.

(749) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Los nuevos estados civiles conyugales. Soltero, casado, viudo, divorciado ¿separado?, ¿conviviente?”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 100. Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2009.

(750) WASHINGTON DE BARROS, Monteiro. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: Parte general, 39ª ed., Revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 86.

(751) CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Talleres Gráficos la Prensa, Lima, 1945, p. 70.

(752) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso*. 15ª ed. puesta al día. Porrúa, México, 1977, p. 398.

(753) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. 4ª ed. act., Ed. Porrúa, México, 1994, p. 207.

(754) A nivel nacional Callao, Chiclayo y en el exterior Argentina (Buenos Aires, Córdoba), Francia.

De acuerdo con Paulo Lôbo⁽⁷⁵⁵⁾ “compañero en unión estable” es un estado civil autónomo. En la opinión del distinguido jurista, un partícipe de una unión estable no es soltero, separado, divorciado o viudo. Esta clasificación autónoma es el resultado:

- a) De la protección constitucional y del Código Civil a la unión estable, a diferencia de la del estado de soltero y del estado de casado;
- b) Del enlace de los compañeros inevitables con la organización familiar, en especial los deberes mutuos;
- c) De la relación de parentesco por afinidad con los familiares del compañero que genera impedimentos para los otros con las uniones con ellos;
- d) De la protección de los intereses de terceros que celebran actos con uno de los compañeros, a causa del régimen comunión parcial de bienes desde el inicio de la unión.

XXI. EXTINCIÓN

Las uniones estables se extinguen por las siguientes causas:

- **Muerte:** Sea natural o legal, caso de la muerte presunta, dado que involucra la extinción de la persona física de uno de los convivientes.
- **Ausencia:** El artículo 49 del Código Civil prescribe que transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido se puede solicitar la declaración judicial de ausencia. La desaparición de uno de los convivientes trae aparejada la extinción del elemento básico de la unión de hecho, la convivencia. La ausencia implica el estado por el cual no se localiza al concubino en su domicilio por el plazo de dos años, siempre y cuando antes haya sido declarada la desaparición del mismo.
- **Mutuo acuerdo:** Decisión libre y voluntaria de ambos convivientes de poner punto final a la unión de hecho.
- **Matrimonio:** La unión de hecho también se extingue en virtud de la formalización y legitimación de dicha unión intersexual a partir del matrimonio. En ese sentido, los convivientes pasan a ser cónyuges. Implica una situación jurídica decidida de mutuo acuerdo.
- **Decisión unilateral:** Determinación de uno de los convivientes de poner fin a la relación convivencial.

(755) LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Ob. cit., pp. 167-168.

XXII. INSTITUCIONES AFINES

Entre las instituciones que se asemejan a la unión estable tenemos:

- **Matrimonio:** Dado que persigue finalidades y genera deberes y derechos similares. En este sentido, la convivencia o unión estable propia se acercaría considerablemente al matrimonio debiendo ser visualizado como un hecho social en el que se unen el hombre y la mujer por lazos de afecto y sexualidad para formar una familia⁽⁷⁵⁶⁾.
- **Sociedad:** Las normas de una sociedad conceden a sus integrantes derechos, beneficios y responsabilidades, lo cual sucede también en la unión estable.
- **Unión civil:** Son aquellas instituciones destinadas a incorporar a las parejas homoafectivas y guardan relación directa con las uniones de hecho en la medida que la voluntad, el afecto y el amor son el núcleo central para su configuración.

XXIII. UNIÓN ESTABLE HOMOAFECTIVA

38. Consideraciones iniciales

Las relaciones homosexuales siempre han existido, día tras día. Científicos, académicos y operadores del Derecho no pueden permanecer ajenos a este hecho social, que en la mayoría de los sistemas legales no están protegidas legalmente. Pero, por regla general, el hecho social precede a la ley. Democracias constitucionales reconocen cada vez más que las reivindicaciones de los homosexuales se basan en los derechos constitucionales fundamentales que, a su vez, están sustentados en el respeto de los derechos humanos⁽⁷⁵⁷⁾.

En una lógica de Estado Democrático de Derecho es posible afirmar que los sistemas jurídicos en estudio tienen todas las herramientas para tratar de manera coherente las nuevas formas de arreglos familiares y afectivos. Cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos no puede tolerar la discriminación arbitraria, como es el caso de discriminación por razón de sexo o por orientación sexual. Lo contrario sería ir contra el criterio social⁽⁷⁵⁸⁾.

En consonancia con esta idea puede decirse que las uniones homoafectivas forman un núcleo familiar y, como tal, hacen emerger las consecuencias jurídicas de todo tipo. Sea la constitución o reconocimiento de la unión, su término, la

(756) JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. “União estável e concubinato”. Ob. cit., pp. 88-89.

(757) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídicas, disponible en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, 2010, p. 19.

(758) El eminente ministro del Superior Tribunal de Justicia brasileño, Salvio Figueirero Teixeira, en los años 90 hablaba del “fetichismo de las normas jurídicas, en contradicción con la evolución social y científica”. Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Tesis. cit., p. 20.

parentalidad ejercida por uno o ambos miembros de la pareja, los efectos jurídicos son infinitos y no siempre debidamente protegidos. El Poder Judicial, debido a la falta de regulación normativa, no puede seguir prestando “respuestas muertas a las preguntas vivas”⁽⁷⁵⁹⁾, alejándose del Derecho justo, restringiéndose a formalismos y haciendo caso omiso de la realidad social subyacente.

Toda Constitución debe guiar y dar luz al sistema jurídico y no al revés. Los principios de dignidad, libertad e igualdad nos llevan a considerar que las relaciones homosexuales merecen una tutela al igual que las relaciones heterosexuales, en grado de paridad. El medio jurídico debe, más allá de respetar las disposiciones constitucionales, proporcionar una visión más amplia de la realidad, analizar y discutir los diversos aspectos de las relaciones amorosas que surgen, incluyendo las homoafectivas.

El tratamiento otorgado a las parejas heterosexuales que viven en uniones de hecho o estables debe ser garantizado a las parejas homosexuales que cumplan con los requisitos para su configuración.

39. Características esenciales de las uniones homoafectivas

Graciela Medina nos ayuda a determinar que las uniones homoafectivas tienen entre otras, las siguientes características que las distinguen de las uniones heterosexuales⁽⁷⁶⁰⁾.

39.1. Imposibilidad de engendrar hijos biológicos comunes

La pareja homoafectiva puede tener lazos de afecto, solidaridad, estabilidad y cohabitación similares a la pareja heterosexual pero biológicamente está impedida de engendrar hijos comunes. Los miembros de la pareja pueden concebir hijos con otras personas en el caso del hombre, o mediante técnicas de reproducción humana asistida en el supuesto de las mujeres.

39.2. Imposibilidad de educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados

Es sabido que la preferencia sexual no les impide a los homosexuales ejercer su rol paterno y materno. Pero una cosa es afirmar que el homosexual puede ejercer su rol paterno o materno y otra muy distinta es afirmar que la pareja homosexual puede brindar al niño los roles de padre y madre. Eso, evidentemente, no es posible puesto que los homosexuales, a diferencia de los transexuales, no se sienten como pertenecientes a otro sexo; por ello, una pareja homosexual

(759) FACHIN, Luiz Edson *apud* IBIAS, Delma Silveira: “Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir. Juruá, Curitiba, 2006, p. 87.

(760) MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 42.

podrá brindar a un niño el cuidado de dos hombres o de dos mujeres, pero no podrá dar la diversidad necesaria para la educación óptima. En la unión homosexual la situación varía, porque no es una familia monoparental, sino una unión bipersonal de un mismo sexo que originariamente nunca va a poder brindar al niño el entorno ideal para su educación, cual es la de tener la figura del padre y la de la madre.

39.3. Incapacidad de la unión intersexual para la continuación de la especie

La unión homosexual no tiene aptitud para la continuación de la especie. La aptitud de la pareja homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana.

39.4. Ineptitud para la transmisión de los valores culturales tradicionales

La familia tiene como una de sus finalidades, la transmisión de valores. En mérito a esta consideración es que se dice que las uniones estables y solidarias de personas de igual sexo no contribuyen a la transmisión de los valores tradicionales de la sociedad dado que no tienen a quién transmitírselo porque no tienen descendencia en común, y de tener descendencia individual de los miembros no tienen posibilidad alguna de transmitir roles diferenciados de hombre y mujer por lo que no son pareja natural.

40. Las uniones estables y uniones homoafectivas en el ordenamiento jurídico peruano

Hay que reconocer, para aquellos que aún creemos en el matrimonio, el triunfo de la realidad y la costumbre que el Derecho, al no poder ponerse una venda en los ojos frente a los fenómenos sociales, haya optado por brindar amparo, tutela, protección y reconocimiento a las uniones intersexuales extramatrimoniales, encontrando jurídicamente en nuestro medio a las uniones estables, las uniones de hecho, como alternativa para el reconocimiento de los derechos, deberes y obligaciones y facultades que surgen en el marco de las relaciones humanas.

El artículo 5 de la Constitución Política de nuestro país indica que: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

No cabe duda que la familia producto de este tipo de uniones intersexuales merece una protección y reconocimiento, sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como base de su constitución, por lo que la regulación jurídica de la unión de hecho tendrá por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndola una institución menos atractiva.

Nuestra normativa en el Derecho de Familia está premunida del principio de amparo o reconocimiento a las uniones de hecho. Dicho principio, como se dijo, se encuentra consagrado en los ampliamente analizados artículo 5 de la Constitución de 1993 y 326 del Código Civil, que sustenta la regla 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.

De esta forma, la unión de hecho en nuestro medio es reconocida y protegida, mientras que el matrimonio es promovido, vale decir, nuestra normativa contiene disposiciones que facilitan la celebración del acto matrimonial, convirtiendo a este en una institución atractiva para que las parejas den legitimidad a su unión intersexual.

No obstante ello, la situación de las uniones estables, a pesar de ser fáctica, se entiende que debe implicar un estado de familia análogo y semejante al que surge en el matrimonio. Surgiendo deberes, derechos, obligaciones y facultades similares a los de dicho acto matrimonial. Por tal motivo es que, incluso para las denominadas uniones estables, nuestro medio que el reconocimiento de efectos jurídicos personales y patrimoniales de esa unión intersexual dependen de la heterosexualidad.

41. Omisión legislativa

Perú, y el vecino Brasil, se encuentran entre los países cuyo sistema jurídico no ha regulado las uniones homoafectivas. No existe ninguna prohibición, tampoco un tratamiento específico de la materia. Según Luiz Edson Fachin “las dificultades y resistencias muestran el foso abismal entre la realidad y el espejo jurídico”⁽⁷⁶¹⁾. Además, como dice Dworkin: “Los homosexuales son ciertamente el blanco de prejuicio y odio irracional”⁽⁷⁶²⁾.

Esta actitud se refleja en el ámbito jurídico. El Poder Judicial, extremadamente tímido y conservador, se niega a dar visibilidad a situaciones que son objeto de rechazo de la sociedad. Basándose en ausencia de disposiciones legales, los jueces se sienten incapaces de conceder derechos o reconocer obligaciones cuando las demandas vienen de las relaciones homosexuales⁽⁷⁶³⁾.

Dada la falta de legislación que regule expresamente las uniones homoafectivas, el Poder Judicial termina cometiendo todo tipo de injusticia, dejando al margen del Derecho una gran parte de los ciudadanos. En Brasil, propuesta la acción

(761) FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed., Renovar, Río de Janeiro, 2003, p. 124.

(762) DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Jussara Simões (trad.); Cícero Araújo, Luiz Moreira (revisão técnica e da tradução), Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 655.

(763) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 139.

de reconocimiento de unión estable, dado el vacío legislativo, la tendencia fue la denegación de la solicitud. Por lo tanto, el caso quedaba extinto por la imposibilidad legal de la petición⁽⁷⁶⁴⁾.

Los derechos son sustraídos a aquellos que se atreven a vivir fuera del modelo arraigado. Como dice Maria Berenice Dias⁽⁷⁶⁵⁾, en lugar de hacer justicia, a menudo se deja de proteger a los ciudadanos bajo el pretexto simplista que no existe disposición legal que garantice el derecho a los que se consideran “torcidos”.

Las Constituciones del Perú y Brasil hicieron hincapié en la prohibición de la discriminación de cualquier tipo. Sin embargo, en última instancia, solo protegen explícitamente la entidad familiar formada por el hombre y la mujer, olvidando que la heterosexualidad no es la única forma de expresión de los sentimientos humanos. La misma línea de razonamiento fue seguido por el Código Civil de ambos países.

No obstante, la omisión constitucional y el silencio de la ley no deben impedir que las uniones homoafectivas produzcan efectos jurídicos, esto por la determinación del artículo 4 de la Ley de Introducción al Código Civil (LICC) brasileño, que establece que “cuando la ley es omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo a la analogía, las costumbres y los principios generales del Derecho”. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LICC se debe recurrir a una “hermenéutica analógica aplicada a la unión estable”⁽⁷⁶⁶⁾, como se indicará a continuación. Por otra parte, el artículo 126 del CPC impide que el magistrado brasileño emita una sentencia basándose en una laguna legal, en cuyo caso debe remitirse a las fuentes antes mencionadas⁽⁷⁶⁷⁾. Situación similar se aplica en el sistema peruano al amparo del artículo VIII del Título preliminar del Código Civil.

Como dice Zeno Veloso⁽⁷⁶⁸⁾, por más experto y precavido que sea, el legislador no puede regular todas las situaciones que surgen en la vida social. La vida es dinámica, ágil, creativa. A cada minuto surgen hechos incontables, inimaginables.

(764) Como se demuestra en este fallo brasileño: *Apelação cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, par. 3, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher. Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. Negaram provimento. (TJMG, 12ª C. Cível, AC 1.0024.04.537121-8/002, rel. Des. Domingos Coelho, j. 24/05/2006).*

(765) DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3ª ed. rev., e atual., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 15.

(766) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*, Vol. XX: *Da união estável, da tutela e da curatela*. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 67.

(767) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 141.

(768) VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*. Artigos 1 a 6, 2ª ed. rev. e aum., Unama, Belém, 2006, p. 75.

Las lagunas son inevitables en la ley; la existencia de lagunas son una fatalidad que el magistrado debe saber manejar y solucionar.

Estas son las “ventanas” abiertas por la legislación brasileña para la construcción de la jurisprudencia existente hoy en día en Brasil y darse en Perú. Pero la pregunta es: ¿Los resultados son siempre ajustados? Es de interés y deber público que el Estado cree una ley que consagre los derechos y deberes para los que viven una relación homosexual. El Estado tiene que normalizar, regular la situación que de hecho existe, a fin de prevenir la lesión de derechos. Es imprescindible hacer hincapié que la omisión jurídica no hace desaparecer la realidad social. Más allá de los argumentos utilizados, el Derecho de las familias tiene como objetivo principal proteger a toda y cada familia. Esta es base de la sociedad. Debe entenderse desde un nuevo tejido normativo, permeado por valores más éticos y en sintonía con la realidad. Es la familia del afecto, que exalta los valores existenciales de los individuos⁽⁷⁶⁹⁾.

42. La solución paliativa: analogía con las uniones de hecho o uniones estables

Como se mencionó en el capítulo sobre el matrimonio, por respeto a los principios constitucionales, el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser reconocido y legalizado. Hasta que eso ocurra, la analogía a las uniones estables o uniones de hecho puede ser visto como una solución paliativa o, incluso, complementaria, cuando el matrimonio sea permitido.

La analogía puede ser conceptualizada como un proceso de revelación de normas implícitas. Es el método de aplicación del derecho inspirado en la vieja máxima romana: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*. El fundamento de la analogía está en la igualdad jurídica. El proceso análogo se traduce en un razonamiento basado en motivos pertinentes de similitud, basada en la identidad de la razón, que es el principal factor que justifica la aplicabilidad de la regla en los casos no previstos pero esencialmente similares⁽⁷⁷⁰⁾. Sin embargo, no hay intención de investigar el significado exacto de la disposición partiendo del supuesto que el caso *sub judice*, a pesar de estar fuera del marco legal, debe caer bajo la égida del dispositivo, en razón de la similitud⁽⁷⁷¹⁾.

El Derecho debe acompañar el momento vivido por la sociedad. Observándose los momentos históricos de la humanidad podemos decir que el hecho social precede el jurídico y la jurisprudencia antecede a la ley. En el caso de omisión legislativa, el juez debe buscar respuestas en otras relaciones

(769) Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Ob. cit., p. 141.

(770) *Ibidem*, p. 147.

(771) Véase DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileira interpretada*. 12ª ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 117.

jurídicas, cuyas circunstancias de hecho presenten una situación similar a la situación. Como dice Carlos Maximiliano, la fuerza es la adaptación del Derecho en este nuevo mundo de fenómenos sociales y económicos en constante transformación, lo contrario no será realmente justo – *das richtige Recht*, en la feliz expresión de los tudescos⁽⁷⁷²⁾. La analogía puede ser una herramienta valiosa para el vacío legislativo existente, una herramienta que cubra la brecha que existe entre la ley y la realidad.

Entre todos los institutos que están regulados por el ordenamiento jurídico brasileño, es evidente la similitud entre las uniones homoafectivas y las uniones estables. La doctrina mayoritaria, al igual que gran parte de la jurisprudencia⁽⁷⁷³⁾, sigue el camino que aplicará la normativa relativa a las uniones estables a las uniones homosexuales por analogía. El mismo razonamiento se puede aplicar en el Perú, en relación con las uniones de hecho.

Al eliminar el requisito de la dualidad de sexo de los compañeros de la unión estable, no habría disparidad entre las relaciones heterosexuales y homosexuales. Como tan bien se advierte en la doctrina, los dos son los vínculos que tienen su origen en el afecto, con unidad de propósito que es la realización del ideal de la felicidad de cada uno⁽⁷⁷⁴⁾.

Si dos personas comparten la vida, con base en la asistencia mutua, cuya principal característica de la interacción es el amor y el respeto, más allá de la meta de crear una familia, la identidad de género no puede constituir un obstáculo para

(772) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 28.

(773) Apelação cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ausência de regramento específico. Utilização de analogia e dos princípios gerais de direito. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4 da LICC). Negado provimento ao apelo. (TJRS, 7ª C. Cível, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 17/11/2004).

Apelação. União homossexual. Reconhecimento de união estável. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. Negaram provimento ao apelo, por maioria. (TJRS, 8ª C. Cível, AC 70021085691, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 04/10/2007).

(774) DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*, 3ª ed. rev., e atual., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 94.

la concesión de los derechos y obligaciones recíprocos. La notoriedad, publicidad, convivencia y respeto mutuo son señales patentes de una verdadera comunión de sentimientos⁽⁷⁷⁵⁾.

Por lo tanto, es motivada la idea que, en ausencia de ley específica, se aplicará de forma análoga a las uniones homoafectivas las normas relativas a las uniones estables o las uniones de hecho con respecto a los principios de la dignidad humana e igualdad, más allá de los principios generales del Derecho⁽⁷⁷⁶⁾.

43. Alternativas para la incorporación de las uniones homoafectivas en los ordenamientos jurídicos

Con estas precisiones podemos determinar varias alternativas que la doctrina y los ordenamientos jurídicos pueden optar como decisión jurídica y legislativa respecto de las uniones sexuales homoafectivas:

- a) **Opiniones cerradas al reconocimiento jurídico:** Niegan todo reconocimiento jurídico a las uniones intersexuales homoafectivas.

Es la opción por la que tradicionalmente opta la doctrina conservadora y los distintos ordenamientos jurídicos. Básicamente, el fundamento de esta alternativa se encuentra en la consideración de que las uniones intersexuales generan familia, descendencia y deben ser capaces de proporcionar un estado regular de familia para la convivencia y sobre todo para la filiación generada a partir de estas uniones. Por tal razón, se considera a las uniones homoafectivas como ineptas para proporcionar y generar dicho estado de familia, donde varón y mujer desempeñan exclusivamente cada uno sus propios roles y sobre todo, encontramos respecto de los hijos, las funciones imprescindibles de padre y madre que se entienden irremplazables y complementarias. El orden público y las buenas costumbres no permiten el reconocimiento social y jurídico de las uniones homoafectivas. Estas, como unión intersexual, no ven reconocidos a plenitud sus efectos jurídicos a pesar que

(775) Véase GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A relação homoerótica e a partilha de bens”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir., Juruá, Curitiba, 2006, pp. 115-144, p. 143.

(776) Ação Ordinária. União Homoafetiva. Analogia com a União Estável Protegida pela Constituição Federal. Princípio da Igualdade (Não-Discriminação) e da Dignidade da Pessoa Humana. Reconhecimento da Relação de Dependência de um Parceiro em Relação ao Outro, para Todos os Fins de Direito. Requisitos Preenchidos. Pedido Procedente. À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (TJMG, 7ª C. Cível, AC-RN 1.0024.06.930324-6/001, Rel. Des. Heloisa Combat, pub. 27/07/2007).

normativamente pueden encontrar otras herramientas para llevar a cabo los derechos y obligaciones que surgen de estas uniones. Sin embargo, se dice que esta concepción contraría el principio de igualdad consagrado constitucionalmente, pues se alega que discrimina a las personas en virtud de su opción sexual. El Perú aún se adhiere a esta concepción cerrada.

- b) **Opciones abiertas al reconocimiento jurídico:** Buscan el reconocimiento jurídico y legislativo de las uniones homoafectivas. El fundamento de estas concepciones es básicamente el Principio de igualdad consagrado constitucionalmente, puesto que se entiende a la homoafectividad como una opción sexual, la cual no debe ser objeto de discriminación para el reconocimiento jurídico de las uniones intersexuales. Cabe precisar que estas opciones doctrinarias y legislativas varían en cuanto al grado de reconocimiento de los efectos jurídicos, derechos y obligaciones que generan.

Estas concepciones abiertas tienen 3 grandes manifestaciones:

- **Reconocimiento jurídico a partir del matrimonio:** la que genera más controversia, en virtud de las características y elementos muy peculiares con los que tradicionalmente se conciben a la institución matrimonial, entre los cuales se encuentra la heterosexualidad. Tal es el caso de Argentina, el primer país latinoamericano que aprueba y legaliza el matrimonio entre personas de igual sexo, en todo su territorio, consagrando el denominado matrimonio igualitario⁽⁷⁷⁷⁾.
- **Reconocimiento jurídico a partir de las uniones estables o uniones de hecho:** las que a pesar de ser concebidas, en virtud de su apariencia a la institución matrimonial, como uniones heterosexuales por naturaleza, se presentan como una opción interesante para que los doctrinarios y legisladores las analicen y trabajen para incorporar a las uniones homoafectivas al ordenamiento jurídico.

(777) Mediante Ley 26.618, promulgada el 21/07/2010, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, el 22/07/2010 y vigente a partir del 02/08/2010 se modifican varios aspectos del instituto del Matrimonio Civil en la República Argentina, reemplazando los términos “hombre y mujer” por “contrayentes” y sus demás adecuaciones.

El artículo 2 de la citada ley, señala que: “(...) el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo (...)”.

Por su parte, el artículo 38 de la misma norma indica que: “(...) en caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, será optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el de su cónyuge, precedido por la preposición ‘de’ (...)”.

A su vez, la cláusula complementaria, en el artículo 42, especifica que: “(...) Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo (...)”. Y asimismo añade que: “(...) los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones (...)”.

- **Reconocimiento jurídico a partir de otro tipo de uniones intersexuales:** usualmente denominadas en doctrina como uniones civiles. Dichas uniones se crean como instituciones descodificadas o no, distintas al matrimonio y a las uniones estables estrictamente consideradas. Esta manifestación de la concepción abierta al reconocimiento jurídico de las uniones homoafectivas considera a las mismas como uniones intersexuales distintas a las matrimoniales e incluso distintas a las uniones de hecho o uniones estables, las que siguen considerándose como instituciones heterosexuales. Esta concepción propone la incorporación de una tercera alternativa de uniones intersexuales que consagre y reconozca jurídicamente a las uniones homoafectivas proponiéndose incluso una legislación especial al respecto, distinta al Código Civil. Es el caso del proyecto de ley del partido aprista peruano presentado en el 2010⁽⁷⁷⁸⁾.

(778) El 02/08/2010 se presentó el Proyecto de Ley N° 04181/2010-CR, que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Para efectos de este proyecto de ley su artículo 1 establece que se entiende por unión civil a la siguiente:

- a) A la unión conformada libremente por dos personas del mismo sexo.
 - b) Que, hayan convivido en una relación de afectividad estable por un periodo mínimo de un año.
 - c) Que los integrantes deben tener domicilio legal en el Perú, por lo menos con dos años de anterioridad a la fecha en la que solicitan la inscripción.
 - d) Que, se inscriba la declaración de la Unión Civil en el registro personal de los Registros Públicos.
- Asimismo, el artículo 5 del proyecto de ley establece, para redondear el concepto, que no pueden constituir una unión civil:

- a) Los menores de edad.
- b) Los parientes por consanguinidad ascendiente y descendientes sin limitación y los hermanos o medios hermanos.
- c) Los parientes por adopción, en los mismos casos de los incisos b y e, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras esta no sea anulada o revocada.
- d) Los parientes por afinidad en línea recta en todos los grados.
- e) Los que se encuentren unidos en matrimonio, mientras subsista.
- f) Los que deseen establecer una segunda unión civil mientras subsista una primera unión civil no disuelta.
- g) Los declarados incapaces.

Así también se establece que tal unión civil queda disuelta por:

- a) Mutuo Acuerdo.
- b) Voluntad unilateral de uno de los miembros de la unión civil.
- c) Matrimonio posterior de uno de los miembros de la unión civil.
- d) Muerte de uno de los integrantes de la unión civil.
- e) Las razones estipuladas por los miembros de la unión en el contrato que regula sus relaciones personales y efectos patrimoniales, de ser el caso.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ALMEIDA, Geraldo da Cruz. *Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado*. PF, Lisboa, 1999.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. Leud, São Paulo, 1975.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo II. 9ª Ed.. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- CHAVES, Marianna. “Famílias paralelas”. En: *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Maria Berenice Dias; Jorge Duarte Pinheiro (coords.), Magister, Porto Alegre, p. 2008.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídicas, disponible en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, Lisboa, 2010.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 3ª ed., Saraiva, São Paulo.
- CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. Saraiva, São Paulo, 2003.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Talleres Gráficos la Prensa, Lima, 1945.
- DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. Saraiva, São Paulo, 1988.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3ª ed. rev., e atual., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileira interpretada*. 12ª ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002, Saraiva, São Paulo, 2007.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. 4ª ed. act., Porrúa, México, 1994.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., Renovar, Río de Janeiro, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson *apud* IBIAS, Delma Silveira. “Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e*

- psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir., Juruá, Curitiba, 2006.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso*. 15ª edición puesta al día, Ed. Porrúa, México, 1977.
 - GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A relação homoerótica e a partilha de bens”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir., Juruá, Curitiba, 2006.
 - GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo: “A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis”. En: *Revista IOB de Direito de Família*. Síntese, Porto Alegre, v. 9, n. 45, dez/jan., p. 2008.
 - GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Forense, Rio de Janeiro, 2006.
 - JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *El matrimonio de hecho*. Ed. Popular, La Paz, 1993.
 - JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. “União estável e concubinato”. En: *Revista IOB de Direito de Família*. Síntese, ano IX, n. 45, Porto Alegre, Dez-Jan 2008.
 - LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo.
 - MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1992.
 - MEDINA, Graciela. *Los Homosexuales y el Derecho a contraer Matrimonio*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.
 - MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho Homosexuales*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
 - MÉNDEZ COSTA, María Josefa; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara; D’ANTONIO, Daniel Hugo; FERRER, Francisco A. M. y ROLANDO, Carlos H. *Derecho de Familia*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1982.
 - NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família. 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2008.
 - OLIVEIRA, Euclides de. “União Estável: Conceituação e Efeitos Jurídicos”. En: *Direito de Família*. Águida Arruda Barbosa; Cláudia Stein Vieira (coords.); Giselda M. F. Novaes Hironaka (orient.). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
 - PEREIRA, Áurea Pimentel. *União estável: doutrina e jurisprudência*. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil, vol. XX: Da união estável, da tutela e da curatela*. Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Da união estável”. En: *Direito de família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira (coords.), 4ª ed., 2ª tir., rev. atual. Del Re, Belo Horizonte, 2006.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. 2ª ed., Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2002.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo IV. Legislación Abogados y Exégetas. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- REINOSO DE SOLARI, Martha. *La unión de hecho. Análisis y perspectivas*. Lima, s/e, 1987.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2ª ed. rev., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.
- SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Alimentos decorrentes da união estável*. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária”. En: *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (coord.). Vol. 3, Editora Método, São Paulo, 2006.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte General y personas*. Tomo I, 15ª ed. act., Ed. Temis, Colombia, 2000.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Los nuevos estados civiles conyugales. Soltero, casado, viudo, divorciado ¿separado?, ¿conviviente?”. En: *Revista jurídica del Perú*. N° 100, junio de 2009.
- VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil - artigos 1 a 6*, 2. ed. rev. e aum., UNAMA, Belém, 2006.
- VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. Saraiva, São Paulo, 2010.
- WASHINGTON DE BARROS, Monterio. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: parte general, 39ª ed., Revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003.

ANEXO 1

DIFERENCIAS ENTRE MATRIMONIO Y UNIÓN ESTABLE	
Diferencias	
Matrimonio	Unión estable
1. Promovido y protegido.	1. Protegida.
2. Hay una etapa previa para su nacimiento, denominada esponsales, noviazgo. Los esponsales llegan a cumplir su objetivo.	2. No está definido el momento de su nacimiento, existe por la manifestación de voluntad. Vendría a ser un noviazgo eterno.
3. Tiene formalidades para su celebración (formalización).	3. Se formaliza con el reconocimiento judicial, que puede ser común o interpuesto unilateral.
4. La prueba del matrimonio es la partida de matrimonio.	4. Se prueba con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que existe principio de prueba escrita, reconocido en una sentencia judicial (partida de nacimiento de un hijo, contrato de arrendamiento, de compraventa o cualquier otro firmado por la pareja), testamento.
5. Se genera la relación jurídica (derechos y obligaciones) a partir del momento mismo de su celebración.	5. Se genera la relación jurídica (derechos y obligaciones) a partir del momento de la unión consensual, de forma que la sentencia que lo reconoce es de tipo declarativa.
6. Existe derecho a suceder (heredar), de adoptar conjuntamente, a constituir patrimonio familiar.	6. No pueden heredar, ni adoptar en forma conjunta, ni constituir patrimonio familiar.
7. En el matrimonio los bienes adquiridos bajo sociedad de gananciales conforman una comunidad de bienes, por lo tanto para la transferencia de los bienes conyugales es necesario el consentimiento de ambos cónyuges.	7. Los bienes adquiridos por los convivientes son a título de copropiedad, por lo cual para la transferencia de estos bienes, no necesariamente se requiere del consentimiento de ambos, puesto que es válida la transferencia de las acciones y derechos que le corresponde al transferente.
8. Al ser la sociedad de gananciales una unidad, en el supuesto de querer constituir una sociedad mercantil, necesitarán contar con por lo menos un socio más, debido al mínimo de socios que establece la norma (2).	8. Podrían constituir una sociedad, sin necesidad de otro socio ya que cada uno participa en forma individual.

9. Se puede optar por dos regímenes patrimoniales: sociedad de gananciales o separación de patrimonios.	9. No existe la posibilidad de elegir régimen económico alguno, solo existe el régimen de sociedad de gananciales pero que no se aplica de pleno derecho sino que es determinado por sentencia declarativa.
10.El matrimonio se celebra con las formalidades que establece la ley y con la intervención del funcionario público.	10.La unión de estable se declara a través de un proceso judicial.
11.Puede celebrarse a través de poder (representación).	11.Al no existir celebración es inoperante el poder. Para su declaración sí sería viable el otorgamiento de poder.
12.Existe un registro civil para su inscripción.	12.No existe un registro civil obligatorio para las uniones estables, salvo en el caso de los registros municipales (Breña, Callao, La Victoria, Chiclayo). La sentencia declarativa de unión estable puede inscribirse en el registro personal.
13.La cónyuge puede llevar el apellido del marido.	13.La compañera mantiene sus apellidos de soltera.
14.Casado es un estado civil.	14.Conviviente no es un estado civil.
15.La prueba del matrimonio es la partida del registro de estado civil (partida de matrimonio).	15.La prueba de la constitución de la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales es la resolución judicial de reconocimiento.
16.Según la Ley del Profesorado N° 24029 y Ley de la Carrera pública solo se le otorga subsidios por luto y gastos de sepelio al cónyuge.	16.No goza del subsidio según esta Ley del Profesorado N° 24029 y Ley de la Carrera Pública.
17.Puede disolverse por divorcio o terminar por muerte.	17.No se disuelve por divorcio, sino que termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.
18.En el aspecto tributario ambos cónyuges pueden optar por declarar sus impuestos como un solo contribuyente.	18.No pueden ser considerados como un solo contribuyente, por lo que deberán declarar sus impuestos de forma individual.
19.Existe la presunción <i>pater is</i> , según la cual los hijos nacidos dentro del matrimonio se presumen como hijos del marido.	19.No existe la presunción <i>pater is</i> .

20. La celebración del matrimonio es un acto constitutivo.	20. El reconocimiento judicial de la unión estable es un acto declarativo.
21. Los bienes adquiridos por la sociedad conyugal constituyen un patrimonio distinto al patrimonio con el que cuentan cada uno de sus miembros.	21. Los bienes adquiridos por la unión estable se rigen por las reglas de la copropiedad, siendo sus alícuotas parte de los bienes propios de cada conviviente.
22. El matrimonio goza de mayor estabilidad, pues es disuelto por una serie de causales legales establecidas como sanción para aquel cónyuge que infrinja algunos de sus deberes conyugales o por mutuo acuerdo cuando la continuidad de la vida en común resulta imposible.	22. No presenta estabilidad, en el sentido de que cualquiera de los convivientes, trasgresor o no de los deberes del lecho y habitación, en cualquier momento y forma unilateral puede poner fin a la relación convivencial.
23. Hay una sola clase de matrimonio (salvo el matrimonio putativo).	23. Hay la unión estable propia y la impropia, pudiendo ser esta última pura o impura.
24. Hay matrimonio putativo.	24. No hay unión estable putativa.
25. Es formal.	25. No es formal.

SEMEJANZAS	
Matrimonio y unión estable	
1.	Ambas son reconocidas siempre que sean entre personas de diferentes sexos, es decir heterosexuales.
2.	Ambas son consensuadas.
3.	Ambas son reconocidas y protegidas por la Constitución y por el ordenamiento jurídico.
4.	Su forma natural de disolución es la muerte.
5.	En ambas se originan derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, como el régimen de sociedad de gananciales, pensionario, alimentos, daños y derechos de filiación, respectivamente.
6.	Poseen iguales derechos, deberes, obligaciones y atributos; excepto el derecho del nombre, de suceder, adoptar conjuntamente y constituir patrimonio familiar.
7.	Se garantiza la igualdad en el gobierno del hogar.
8.	Los padres tienen los mismos atributos de la patria potestad, régimen de visitas.
9.	Existe igualdad en la obligación del sostenimiento de la familia.
10.	Tienen en común como causal de disolución el consenso.
11.	Generan derechos patrimoniales (sociedad de gananciales).
12.	Se conceptúan como la unión voluntaria para hacer vida en común.
13.	Tienen fines comunes como: hacer vida en común, fidelidad y asistencia recíproca.
14.	Tanto para la validez del matrimonio como para la unión de hecho propia, el varón y la mujer deben estar libres de impedimento matrimonial.
15.	Casados y convivientes tienen derecho a la pensión de viudez. Curioso es el caso que se considera viudo(a) al conviviente supérstite que sin tener la condición de casado por analogía, y con base en un criterio pro familia, se le considera como tales.
16.	Los bienes adquiridos bajo sociedad de gananciales conforman una comunidad de bienes, por lo tanto para la transferencia de los bienes es necesario el consentimiento de ambos.
17.	Tanto cónyuges como convivientes pueden ser individualmente miembros de personas jurídicas sin fines lucrativos o, también denominados, personas jurídicas no societarias (asociados, fundadores, comitentes, comuneros).
18.	Ambas gozan del régimen especial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, Ley N° 29451, D.S. N° 116-2010-EF.
19.	Las reglas de la sociedad de gananciales es aplicada para ambas instituciones.



**BIBLIOGRAFÍA
GENERAL**

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales, Lima, 2ª reimp. enero 2010.
- ALBUQUERQUE, Martim. *Da Igualdade*. Eduardo Vera Cruz (colab.), Almedina, Coimbra, 1993.
- ALMEIDA, Geraldo da Cruz. *Da união de facto: convivência more uxorio em direito internacional privado*. PF, Lisboa, 1999.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira *et al.* *Código das Famílias comentado*. Leonardo Barreto Moreira Alves (coord.). Del Rey, Belo Horizonte, 2010.
- ALVES, Leonardo Moreira; *et al.* *Código das Famílias comentado*. Leonardo Moreira Alves (coord.), Del Rey, Belo Horizonte, 2009.
- AMIN, Andréa Rodrigues; *et al.* *O novo Código Civil: do Direito de Família*. Heloisa Maria Daltro Leite (Coord.), Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2004.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “El matrimonio como acto”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2002.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. 1ª ed., 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BARBOSA, Águida Arruda. “Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal”. En: *Direito Civil*. Vol. 7 - Direito de Família. Giselda M. F. Novaes Hironaka (Orient.); Águida Arruda Barbosa; Cláudia Stein Vieira (Coords.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Plinio Dentzien (trad.), Jorge Zahar, Río de Janeiro, 2001.
- BAUTISTA TOMÁ, Pedro. *Derecho de Familia: Guía Teórica - Práctica*, 2ª ed., Editorial Ediciones, Buenos Aires.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de Familia*. Tomo I, N° 145. Buenos Aires, 1974.

- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo 1, 7ª ed. ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Nociones de Derecho de Familia*. Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Vol. II, Editora Rio, Río de Janeiro, 1940.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2ª ed., Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. Leud, São Paulo, 1975.
- BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I, 1ª trad. Mexicana, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, *apud* NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 9ª ed., Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Senado Federal. UNB, Brasília, 1978.
- BUSTAMANTE ROSALES, Carola. “Definición de separación de cuerpos”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II. Derecho de Familia. Primera Parte. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Almedina, Coimbra, 1991.
- CARBONELL LAZO, Fernando R. *Divorcio y separación personal*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. “Derecho y Homossexualismo en el Derecho Comparado”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir. Juruá, Curitiba, 2006.
- CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro*. Vol. IV, 7ª ed., Livraria Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1961.

- CASTÁN TOBEÑAS, José. *La crisis del matrimonio*. Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El Derecho en el Quijote*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1975.
- CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, Olga. “Prueba del matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2003.
- CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. Saraiva, São Paulo, 2003.
- CHAVES, Marianna. “O divórcio e separação no Brasil após a Emenda Constitucional N° 66”. *Jus Navigandi*. Ano 15, n. 2710, Teresina, 2 dez. 2010. Disponible en: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17947>>. Acceso en: 7 fev. 2011.
- CHAVES, Marianna. “A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas”. In: *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias (org.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- CHAVES, Marianna. “Famílias paralelas”. En: *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Maria Berenice Dias; Jorge Duarte Pinheiro (coords.), Magister, Porto Alegre, 2008.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito - Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2011.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade: uma perspectiva luso-brasileira*. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídicas, disponible en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, Lisboa, 2010.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª ed., Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1999.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 4ª ed., Tomo I, Studium, Lima, 1982.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo I - Sociedad conyugal, 6ª ed., Librería Studium, Lima, 1987.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona. “Da inconstitucionalidade do Código Civil - artigos 1577, 1628, alínea e), e disposições conexas - ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo”. En: Carlos Pamplona Corte-Real, Isabel Moreira, Luís Duarte d’Almeida, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil*. Almeida, Coimbra, 2008.

- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil Peruano*. Talleres Gráficos la Prensa, Lima, 1945.
- DANTAS, Santiago. *Direito de Família e das sucessões*. 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1991.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “El negocio jurídico”. En: *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Vol. X, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1967.
- DELGADO, Mário Luiz. “A nova redação do § 6º do art. 226 da CF 88: O porquê a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro”. En: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais - Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. Mário Luiz Delgado; Antônio Carlos Mathias Coltro (coords.). 2ª ed. rev. ampl. e atual. pela EC Nº 66/2010 (PEC do Divórcio). Ed. Método, São Paulo, 2010.
- DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. Saraiva, São Paulo, 1988.
- DIAS, Maria Berenice y CHAVES, Marianna. “As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal”. En: *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n. 9, Janeiro/Junho, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, Coimbra, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. “Liberdade sexual e direitos humanos”. En: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis - Anais do III Congresso brasileiro de Direito de Família*. IBDFAM/ Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3ª ed. rev., e atual. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 3ª ed., 2ª reimp., Tecnos, Madrid, 1986.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5: *Direito de Família*. 15ª ed., rev., Saraiva, São Paulo, 1999.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5: *Direito de Família*, 17ª ed. act., Saraiva, São Paulo, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5: *Direito de Família*. 15ª ed., rev. Saraiva, São Paulo, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 12ª ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002, Saraiva, São Paulo, 2007.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. 4ª ed. act., Porrúa, México, 1994.
- DUGUIT, Leon. *Traité du Droit Constitutionnel*. Vol. I.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Aviso por diversidad de domicilio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Dispensa de la publicación del aviso matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2003.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Gratuidad de las diligencias matrimoniales”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Matrimonio en comunidades campesinas y nativas”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Sanción por infringir la gratuidad”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Régimen legal de los bienes en el matrimonio*. Obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Echecopar García, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- ENGELS, Friedrich. “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”. Trad. Leandro Konder. En: Marx, Karl. *Obras escolhidas*. Vol. 3, Alfa-Omega, São Paulo, [s/f].
- ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil brasileiro*. Bookseller, Campinas, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson *apud* IBIAS, Delma Silveira. “Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir., Juruá, Curitiba, 2006.

- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson y RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado XV: Direito de Família. Casamento*. Atlas, São Paulo, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las personas*. 10ª ed., Grijley, Lima, 2007.
- FERRERO COSTA, Augusto. “Improcedencia de la sucesión del cónyuge”. En: *Código Civil comentado*. Tomo IV, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze y PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. Saraiva, São Paulo, 2010.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso*. 15ª ed. puesta al día, Ed. Porrúa, México, 1977.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. Atlas, São Paulo, 2008.
- GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Estudos Sobre o Princípio da Igualdade*. Almedina, Coimbra, 2005.
- GERSTMANN, Evan. *Same-Sex Marriage and the Constitution*. 2ª ed., Cambridge University Press, New York, 2008.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A relação homoerótica e a partilha de bens”. En: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (coord.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir., Juruá, Curitiba, 2006.
- GOECKS, Renata Miranda y OLTRAMARI, Vitor Hugo. “A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis”. En: *Revista IOB de Direito de Família*. Síntese, v. 9, n. 45, Porto Alegre, dez/jan., 2008.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. VI: Direito de Família, Saraiva, São Paulo, 2005.

- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 8. ed., rev. e atual., Forense, Rio de Janeiro, 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Família e casamento em evolução”. En: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Nº 1, abr./Jun., IBDFAM/ Síntese, Porto Alegre, 1999.
- JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *El matrimonio de hecho*. Ed. Popular, La Paz, 1993.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. “União estável e concubinato”. En: *Revista IOB de Direito de Família*. Ano IX, Nº 45. Síntese, Porto Alegre, Dez-Jan 2008.
- KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. 1797.
- KRASNOW, Adriana. “El matrimonio a plazo”. En: *Actualidad*, Suplemento de La Ley. Año LXXI, Nº 228, Buenos Aires, martes 27 de noviembre de 2007.
- LAGOMARSINO, Carlos A.R. “Esponsales”. En: LAGOMARSINO, Carlos A.R. y SALERNO Marcelo U. *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Universal, Buenos Aires, 1992.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. “El status jurídico de la mujer pretérita y contemporáneamente”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG editor, Lima, 1991.
- LINS E SILVA, Paulo. “A história do matrimônio”. En: *Direito das Famílias: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. Maria Berenice Dias (org.). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família e sucessões, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências”. Disponible en: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acceso em: 01/01/2011.
- LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª ed., Studium, Lima, 1987.
- LOREA, Roberto Arriada. “Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual”. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a09v14n2.pdf>>. Acceso em: 26/08/2010.

- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 3ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1992.
- MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho Homosexuales*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "Perfiles jurídicos de la mujer en el Código de Vélez Sarsfield". En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*. Tomo I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2000.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "Perfiles jurídicos de la mujer en el Código de Vélez Sarsfield". En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*. Tomo I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2000.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Vol. I: direito matrimonial, Bookseller, Campinas, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII, 1ª ed., Campinas, São Paulo, Bookseller, 2000.
- MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos. "Indemnización por invalidez de matrimonio". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Direito de Família, 36ª ed. act. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, 37ª ed., rev., y act. por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2004.
- MOREIRA, Isabel. "Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577 do Código Civil e da alínea e) do artigo 1628 do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente". En: Carlos Pamplona Corte-Real, Isabel Moreira, Luís Duarte d'Almeida, O

casamento entre pessoas do mesmo sexo: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577 e 1628, alínea e), do Código Civil. Almeida, Coimbra, 2008.

- MOTILLA, Agustín y LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico*. Editorial Colex, Madrid, 2002.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira y OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed., Juruá, Curitiba, 1999.
- MÚRIAS, Pedro. “Um símbolo como bem jurídicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”. En: Pedro Múrias; Miguel Nogueira de Brito. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?* Entrelinhas, Lisboa, 2008.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Aviso matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Denuncia de impedimento matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Matrimonio por inminente peligro de muerte”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Matrimonio por representación”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte, 1ª ed., Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Oposición a la celebración de matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, *Derecho de Familia*, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel. “Declaración de capacidad de los contrayentes”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, *Derecho de Familia*, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel. “Dispensa judicial para la presentación de documentos”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, *Derecho de Familia*, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel. “Formalidades y requisitos para contraer matrimonio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, *Derecho de Familia*, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MURO ROJO, Manuel. “Indemnización por oposición infundada”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, *Derecho de Familia*, Primera Parte, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson y NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Almedina, Coimbra, 1987.
- OLIVEIRA, Euclides de. “União estável: conceituação e efeitos jurídicos”. En: *Direito de Família*. Águida Arruda Barbosa; Cláudia Stein Vieira (coords.); Giselda M. F. Novaes Hironaka (orient.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- OLIVEIRA, Guilherme de. “Transformações no direito da família”. En: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 77*. Vol. I: Direito da Família e das sucessões. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- ORTIZ DE ROZAS, Abel Fleitas. “Impedimentos Matrimoniales”. En: *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo Urbano Salerno (directores), Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.
- PACE, Maria Clayde Alves. “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional”. En: *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Eroulth Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.), Juruá, Curitiba, 2008.
- PELÁEZ CAMACHO, Carlos Enrique. *La incompatibilidad de personalidades como causal específica de divorcio*. Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad de Lima, 1992.
- PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudencia*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. *União estável: doutrina e jurisprudência*. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V: Direito de Família. 16ª ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Revista y actualizada por Tânia da Silva Pereira. Vol. V, 16ª ed.. Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 14ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004.

- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro, 1869.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Da união estável”. En: *Direito de Família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira (coords.), 4ª ed., 2ª tir., rev. atual., Del Re, Belo Horizonte, 2006.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social”. En: *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma Nova Epistemologia*. Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (orgs.), Imago, Rio de Janeiro, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2 ed., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XX: *Da união estável, da tutela e da curatela*. Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. GZ, Rio de Janeiro, 2010.
- PERELMAN, Chaim *apud* GARCIA, Maria da Glória F.P.D: *Estudos Sobre o Princípio da Igualdade*. Almedina, Coimbra, 2005.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. AAFDL, Lisboa, 2008.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia - Nuevo Enfoque del Estudio del Derecho de Familia*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2002.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *La Separación de Hecho: ¿Divorcio-Culpa o Divorcio-Remedio?*. En: <http://www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ_art45.PDF>. Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, (15/01/2011).
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo II, La Familia, Ed. Cultural, La Habana, Cuba, 1939.
- PORTALIS, Jean Étienne Marie. *Discurso Preliminar del Código Civil francés de 1804*.
- QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Renovar, Rio de Janeiro, 2004.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Acerca del divorcio*. Gráfica Espinal EIRL, Lima, 1990.

- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX, El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre*. Tomo I, Fondo editorial, PUCP, Lima, 2003.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX, La codificación del siglo XIX: Los códigos de la confederación y el Código civil de 1852*. Tomo II, Fondo editorial, PUCP, Lima, 2001.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo IV, Legislación Abogados y Exégetas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2003.
- REINOSO DE SOLARI, Martha. *La unión de hecho. Análisis y perspectivas*. Lima, s/e, 1987.
- RESTIFFE NETO, Paulo y ALONSO, Félix Ruiz. “A recepção do casamento religioso e o novo Código Civil. En: *RT*, 817/35 apud GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito Civil brasileiro*. Vol. 6: Direito de Família, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.
- RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. “Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade”. En: *Em defesa dos Direitos Sexuais*. Roger Raupp Rios (org.), Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano*. Editora Revista dos Tribunais, Porto Alegre, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2ª ed., Editora Forense, Río de Janeiro, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Lei n. 10.406, de 10/01/2002, 5ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2007.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes: “O princípio da dignidade humana e a exclusão social”. En: *Anais da XXVI Conferência Nacional dos Advogados - Justiça: realidade e utopia*. OAB - Conselho Federal. V. I, Brasília, 2001.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Introdução ao Direito de Família*. RT, São Paulo, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 6, 27ª ed. actualizada por Francisco José Cahali, Saraiva, São Paulo, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 28. ed., Saraiva, São Paulo, 2004.

- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito romano*. 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluridade constitucional*. Renovar, Río de Janeiro, 2005.
- SALINAS ARANEDA, Carlos. “El error en la persona del otro cónyuge en la historia del Derecho Canónico”. En: *Revista de estudios históricos jurídicos* [on-line]. N° 20, 1998. Disponible en: <<http://www.scielo.cl>> (26/10/2010).
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Alimentos decorrentes da união estável*. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar”. Disponible en: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acceso en: 31/01/2010.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária”. En: *Questões controversas no direito de família e das sucessões*. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (coord.). Vol. 3, Editora Método, São Paulo, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.
- SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Elisete Antoniuk (trad.), traducción de la 9ª ed. (totalmente revisada), Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2008.
- SOLARI, Néstor E. “La causal de adulterio en la actual ley de matrimonio civil”. En: *Revista de família y de las personas*. N° 10, año 2, nov. 2010.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. 9ª ed., Temis, Tomo I, Bogotá, 2006.
- SULLIVAN, Andrew. “Virtually Normal”. En: *Same-Sex Marriage: The Moral and Legal Debate*. Robert M. Baird; Stuart E. Rosebaum (editors), 2. ed., Prometheus Books, New York, 2004.
- TARTUCE, Flávio y SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Vol. 5: família*. 3ª ed. rev. y atual., Método, São Paulo, 2008.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª ed. Idemsa, Lima, mayo 2007.

- TRIBUTTATI, *Digesto italiano*, p. 263, *apud Antonio Chaves, Impedimentos*, cit., en: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 42, p. 270-1. Cit. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª ed. act., Saraiva, São Paulo, 2002.
- TRIGINELLI, Wânia. “Aspectos gerais dos regimes de bens”. En: *Manual de Direito das Famílias e das sucessões*. Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Coords.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2010.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte General y personas*. Tomo I, 15ª ed. act., Temis, Colombia, 2000.
- VALVERDE, Emilio. *El Derecho de familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1942.
- VARGAS, Javier. *El matrimonio, familia y propiedad en el Imperio Incaico*. Colegio de Abogados de Lima, Ed. Cuzco, Lima, 1988.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “(Cuando el amor es puro (...) y la ley también). Reglando el amor de unos (as). Animadversiones de una ley amorosa”. En: *Legal Express*. Año 3, N° 33, setiembre de 2003.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Cuando el amor es puro (...) y la ley también”. En: *Actualidad jurídica*. Gaceta Jurídica. Tomo 122, enero de 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La incompatibilidad de caracteres (De la imaginación a la realidad como causal de divorcio)”. En: *El Comercio*, 8 de julio de 2001, A. 31 y en: *Legal Express*. Gaceta Jurídica, año 1, N° 6, junio de 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Los nuevos estados civiles conyugales. Soltero, casado, viudo, divorciado ¿separado?, ¿conviviente?”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 100, junio 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Reglando el amor de unos(as). Animadversiones de una ley amorosa”. En: *El Comercio*. 7 de noviembre de 2003, A.4.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editorial Grijley, Lima, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2009.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homofetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais*. Editora Método, São Paulo, 2008.

- VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*. Artigos 1 a 6, 2. ed. rev. e aum., UNAMA, Belém, 2006.
- VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. Saraiva, São Paulo, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. VI: Direito de Família, 7. ed., Atlas, São Paulo, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. V. 6: Direito de Família, 8ª ed. 2ª reimp., Atlas, São Paulo, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. VI: Direito de Família, 7. ed., Atlas, São Paulo, 2007.
- VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Huérfanos biológicos*. Editorial San Pablo, Madrid, 1997.
- WALD, Arnaldo. *O novo direito de familia*. 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005.
- WASHINGTON DE BARROS, Monteiro. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: parte general, 39 edición, Revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003.
- WESTERMARCK, Edward. *Historia del matrimonio*. Editorial Laertes, Barcelona, 1984.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. 3ª ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1998.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo I, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.



**ÍNDICE
GENERAL**

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO Cuestiones previas al matrimonio

I. LOS ESPONSALES

1. Introducción.....	11
2. Etimología.....	11
3. Origen.....	12
3.1. Vertiente romana.....	12
3.2. Vertiente germánica.....	12
3.3. Vertiente canónica.....	13
4. Definición.....	13
5. Naturaleza jurídica.....	13
5.1. Teoría del hecho.....	13
5.2. Teoría del contrato.....	14
5.3. Teoría del <i>avant contrat</i>	14
6. Efectos de la ruptura de los esponsales.....	15
7. Extinción.....	16

II. REGÍMENES ECONÓMICOS

8. Introducción.....	16
9. Clases de regímenes económicos.....	17
9.1. En Perú y en Brasil.....	18
9.1.1. Sociedad de gananciales.....	18
9.1.2. Separación de patrimonios.....	19
9.2. En Brasil.....	21
9.2.1. Participación.....	21
9.2.2. Comunión universal.....	21
Bibliografía del capítulo.....	22

CAPÍTULO SEGUNDO Matrimonio

I. EL MATRIMONIO

1. Introducción.....	27
----------------------	----

2.	Evolución histórica	30
2.1.	En el preincanato.....	31
2.1.1.	Matrimonio real.....	31
2.1.2.	Otras disposiciones sobre el matrimonio.....	32
2.2.	Antigua Roma.....	32
3.	Concepto.....	34
4.	Etimología.....	36
5.	Definición	37
5.1.	En la legislación.....	37
5.2.	En la doctrina	38
5.3.	A nivel local	40
6.	Denominación.....	41
7.	Naturaleza jurídica.....	42
7.1.	Teoría contractualista	42
7.2.	Teoría institucionalista	44
7.3.	Teoría ecléctica	45
7.4.	Posición conciliadora.....	46
7.5.	Nuevas posiciones.....	47
8.	Caracteres.....	47
8.1.	Acto jurídico	47
8.2.	Institución jurídica.....	48
8.3.	Unión heterosexual.....	48
8.4.	Perdurable	48
8.5.	Legalidad y forma.....	48
8.6.	Comunidad de vida	48
8.7.	Monogámica	49
9.	Finalidad	51
10.	Importancia social	55
11.	Elementos.....	55
12.	Requisitos.....	56
12.1.	Internos	56
12.2.	Externos.....	56
13.	Sujetos.....	58
14.	Tipos	59
14.1.	Matrimonio religioso.....	60
14.2.	Matrimonio civil	61
14.3.	Matrimonios simultáneos	61
14.4.	Matrimonio de grupo.....	61
14.5.	Matrimonios masivos	62
14.6.	Matrimonio entre personas del mismo sexo	62
14.7.	Matrimonio posjubilación	62
14.8.	Regulación de la poligamia.....	62
14.9.	Reinstitución o legalización del matrimonio a prueba	62
14.10.	Matrimonio plural o en serie.....	62
14.11.	Matrimonios momentáneos	63

14.12. Matrimonio forzado	63
14.13. Matrimonio morganático.....	63
14.14. Ley del levirato o simplemente levirato	63
14.15. Sororato o matrimonio sororal	63
14.16. Matrimonio a plazo determinado.....	63
14.17. Matrimonio por Internet.....	64
14.18. Matrimonio post mórtem	64
14.19. Matrimonio <i>in extremis</i> o nuncupativo.....	65
14.20. Matrimonio consular.....	67
14.21. Matrimonio putativo	67
15. Clases	68
15.1. Por la autoridad ante la que se celebra	68
15.2. Por las circunstancias de la celebración	69
15.3. Por sus efectos.....	69
16. Sistemas matrimoniales.....	69
17. Debilitamiento y extinción	70
17.1. Debilitamiento.....	71
17.2. Divorcio.....	71
17.3. Invalidez del matrimonio.....	72
17.4. Muerte	72
17.5. Nuevas formas de disolución del vínculo matrimonial	72
18. Regulación jurídica	73
18.1. Antecedentes.....	73
19. Instituciones afines al matrimonio	73
19.1. Unión estable	73
19.2. Unión civil.....	74
19.3. Contubernio.....	74
19.4. Barraganía	74
19.5. Amancebamiento	75
19.6. Servinacuy.....	75
20. Prueba del matrimonio	75
20.1. Prueba ordinaria del matrimonio	76
20.2. Pruebas extraordinarias y supletorias del matrimonio	76
20.2.1. Cualquier medio de prueba.....	77
20.2.2. Sentencia penal	77
20.2.3. Posesión constante de estado	77
20.3. Posturas acerca de la acreditación del estado de familia conyugal.....	78
20.4. Brasil	81
II. MATRIMONIO DE MENORES DE EDAD	
21. Conceptos	82
22. Cuestiones de fondo	83
23. Minoría e impubertad	83
24. Consentimiento de los padres.....	84
24.1. Disentimiento paterno	84

24.2. Asentimiento prestado por uno solo de los padres	85
25. Consentimiento de los abuelos	85
25.1. Solución legal en caso de igualdad de votos contrarios	85
26. Consentimiento del juez	86
27. Consentimiento en casos especiales	86
28. Matrimonio del hijo extramatrimonial	86
29. Motivación de la negativa	87
Bibliografía del capítulo	87

CAPÍTULO TERCERO

Derecho matrimonial

I. GENERALIDADES

1. Derecho matrimonial	95
2. Relación jurídica matrimonial	95
2.1. Efectos personales	96
2.2. Efectos patrimoniales	98
3. Acto jurídico matrimonial	99
4. Consentimiento matrimonial	100
4.1. Representación y matrimonio por poder	100
4.2. Requisitos	102
4.3. Características	102
4.4. Vicios del consentimiento	103
4.4.1. Error	103
4.4.2. Violencia	104
4.4.3. Dolo	104
4.4.4. Reserva mental	105
4.5. Simulación	105

II. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

5. Consideraciones iniciales	106
6. La homosexualidad y la protección constitucional	108
6.1. Principio de la dignidad humana	108
6.2. Principio de la libertad	109
6.3. Principio de la igualdad	111
6.3.1. Principio de no discriminación por razón de sexo	112
6.4. Derecho a la identidad	114
7. La declaración de los derechos sexuales y los derechos humanos	115
8. La reestructuración de la familia: las nuevas realidades familiares y la familia homoafectiva	117
9. Matrimonio homosexual en el Perú	119
9.1. Posición tradicional (en contra)	119
9.2. Posición moderna (a favor)	121

9.3. Posición intermedia	123
10. Matrimonio homosexual en Brasil	123
11. Conclusiones.....	129
Bibliografía del capítulo.....	130

CAPÍTULO CUARTO

Celebración del matrimonio

I. INTRODUCCIÓN

II. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

III. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

IV. CELEBRACIÓN ORDINARIA DEL MATRIMONIO

1. La declaración del proyecto matrimonial ante la autoridad competente y comprobación de la capacidad de los contrayentes (arts. 248 y 249 del Código Civil)	141
1.1. Documentos generales	141
1.2. Documentos especiales	142
1.3. Dispensa de la presentación de algunos documentos.....	144
1.4. Testigos	145
2. La publicidad del proyecto matrimonial (arts. 250-257 del Código Civil)	146
2.1. Finalidad.....	146
2.2. Procedimiento y contenido.....	146
2.3. Prueba de domicilio.....	148
2.4. Dispensa de la publicación	148
2.5. Oposición por impedimento matrimonial	149
2.5.1. Finalidad	149
2.5.2. Legitimación.....	149
2.5.3. Oportunidad	150
2.5.4. Forma	151
2.5.5. Trámite	151
2.5.6. Competencia	152
2.5.7. Límite	152
2.6. Denuncia de impedimento matrimonial	152
2.6.1. Finalidad	152
2.6.2. Legitimización.....	153
2.6.3. Oportunidad	153
2.6.4. Forma	153
2.6.5. Trámite.....	153
2.6.6. Competencia	154
2.6.7. Daño moral por denuncia infundada	154

2.7. Cuadro comparativo entre oposición y denuncia de impedimento matrimonial.....	155
3. La declaración de capacidad o aptitud nupcial de los contrayentes (art. 258 del Código Civil).....	157
3.1. Supuestos.....	157
3.2. Conocimiento de algún impedimento	159
3.3. Vigencia.....	159
4. Celebración del matrimonio (arts. 259-268 del Código Civil).....	159
4.1. Ceremonia.....	159
4.2. Contenido del acta	160
5. Onerosidad de la ceremonia.....	161
 V. CELEBRACIÓN EXTRAORDINARIA DEL MATRIMONIO	
1. Supuestos que pueden plantearse	162
2. Otros funcionarios.....	162
3. Otros lugares.....	163
4. Tipos de matrimonios por celebración especial.....	163
4.1. Matrimonio en peligro de muerte	163
4.1.1. Argumentos a favor.....	164
4.1.2. Argumentos en su contra	164
4.1.3. Características.....	165
4.1.4. Procedimiento.....	165
4.2. Matrimonio por representación.....	166
4.2.1. ¿Representante o nuncio?.....	166
4.2.2. Características.....	167
4.2.3. Revocación y caducidad	168
4.3. Matrimonio en comunidades campesinas.....	168
4.3.1. Generalidades	168
4.3.2. Tratamiento	169
4.4. Matrimonio civil masivo.....	170
4.5. Matrimonio a distancia	170
Bibliografía del capítulo.....	171
Anexo 1. Celebración del matrimonio-trámite ordinario	173
Anexo 2: Requisitos para contraer matrimonio civil.....	175

CAPÍTULO QUINTO

Impedimentos matrimoniales

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Introducción.....	182
2. Etimología.....	183
3. Origen.....	183

4. Concepto.....	184
5. Denominación.....	185
6. Definición	186
7. Naturaleza jurídica.....	187
8. Sujetos.....	188
9. Efectos	188
9.1. Tipos	188
9.2. Momentos	189
10. Características	190
11. Finalidad	190
12. Estructura.....	191
13. Clasificación.....	191
13.1. Tradicional	191
13.1.1. Impedimentos dirimientes	192
13.1.2. Impedimentos impidientes.....	194
13.2. En atención a su extensión o alcance.....	195
13.2.1. Impedimentos absolutos.....	195
13.2.2. Impedimentos relativos	195
13.3. En atención a su duración.....	196
13.3.1. Impedimentos perpetuos	196
13.3.2. Impedimentos temporales	196
13.4. En atención a su dispensa	197
13.4.1. Impedimentos dispensables.....	197
13.4.2. Impedimentos indispensables	198
13.5. Por su eficacia	198
13.5.1. Impedimentos de Derecho Privado o <i>Iuris privati</i>	198
13.5.2. Impedimentos de Derecho Público o <i>Iuris publici</i>	198
13.6. Impedimentos especiales	199
II. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES	
14. Impedimentos derivados del parentesco	199
14.1. Consanguinidad	199
14.1.1. Enunciación.....	199
14.1.2. Fundamento	200
14.1.3. Requisitos	200
14.1.4. Caracteres	201
14.2. Afinidad.....	201
14.2.1. Enunciación.....	201
14.2.2. Fundamento	202
14.2.3. Requisitos	202
14.2.4. Caracteres	202
14.3. Adopción.....	202
14.3.1. Enunciación.....	202
14.3.2. Requisitos	203
14.3.3. Fundamento	203

14.3.4. Caracteres	203
15. Impedimentos eugenésicos.....	204
15.1. Sanidad nupcial.....	204
15.1.2. Requisitos	204
15.1.1. Enunciado.....	204
15.1.3. Fundamento	205
15.1.4. Caracteres	205
16. Impedimentos relacionados con la imposibilidad de expresar consentimiento	205
16.1. Enfermedad mental	206
16.1.1. Enunciado.....	206
16.1.2. Requisitos	206
16.1.3. Fundamento	207
16.1.4. Caracteres	207
16.2. Sordomudez cuando no sabe expresar su voluntad	207
16.2.1. Enunciado.....	207
16.2.2. Requisitos	207
16.2.3. Fundamento	208
16.2.4. Caracteres	208
16.3. Impedimento derivado del rapto	208
16.3.1. Enunciado.....	208
16.3.2. Requisitos	208
16.3.3. Fundamento	209
16.3.4. Características.....	209
17. Impedimento de ligamen.....	209
17.1. Enunciado	209
17.2. Requisitos	209
17.3. Fundamento.....	210
17.4. Características	210
18. Impedimento derivado del crimen.....	210
18.1. Enunciado	210
18.2. Requisitos	210
18.3. Fundamento.....	211
18.4. Características	211
19. Impubertad	211
19.1. Enunciado	211
19.2. Requisitos	211
19.3. Fundamento.....	214
19.4. Caracteres.....	214
20. Otros impedimentos dirimentes en el Derecho Comparado.....	214
 III. IMPEDIMENTOS IMPIDIENTES	
21. Minoridad.....	215
21.1. Enunciado	215
21.2. Fundamento.....	215
21.3. Características	215

22. Cargos sobre incapaces	215
22.1. Enunciado	216
22.2. Fundamento.....	216
22.3. Requisitos.....	216
22.4. Características	216
23. Estado civil.....	216
23.1. Viudez.....	217
23.1.1. Enunciado.....	217
23.1.2. Requisitos	217
23.1.3. Fundamento	217
23.1.4. Características.....	218
23.2. Viudez, divorcio o invalidez	218
23.2.1. Enunciado.....	218
23.2.2. Requisitos	218
23.2.3. Fundamento	219
23.2.4. Características.....	219
24. Otros impedimentos impidientes en el Derecho Comparado	219
IV. PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS	
25. Impedimentos de orden especial	220
V. IMPEDIMENTOS OCULTOS	
26. Generalidades.....	220
27. Tipología	220
27.1. Prescendencia de los trámites	221
27.2. Funcionario incompetente.....	221
27.3. Buena fe pero funcionario incompetente.....	221
27.4. Error en la identidad.....	221
27.5. Incapacidad natural	222
27.6. Violencia.....	222
27.7. Impotencia	223
Bibliografía del capítulo.....	223

CAPÍTULO SEXTO

Teoría de la invalidez del matrimonio

I. ASPECTOS GENERALES

1. Introducción	230
2. Conceptos generales	231
3. Estructura.....	233

II. INEXISTENCIA DE MATRIMONIO

4. Concepto.....	233
------------------	-----

5. Casos	238
5.1. En nuestra legislación, por su falta de regulación expresa, tenemos entre los matrimonios inexistentes a los siguientes: Identidad de sexos	238
5.2. Falta de consentimiento	241
5.3. Funcionario incompetente.....	241
5.4. Aproximaciones finales	242
6. Efectos	243

III. INVALIDEZ DE MATRIMONIO

7. Concepto	244
8. Tipología	247
8.1. Nulidad	247
8.1.1. Caracteres	247
8.2. Anulabilidad	248
8.2.1. Caracteres.....	248
9. Reglas especiales.....	248
9.1. Legitimidad para obrar.....	248
9.1.1. Incongruencia	249
9.2. Apoderamiento expreso para demandar	250
9.3. Proceso y aplicación por analogía.....	250
9.4. Sentencia de invalidez. Contenido.....	250
9.5. Daño. Aplicación por analogía.....	250
9.6. <i>In dubio pro matrimonii</i>	250
10. Validez excepcional.....	251
10.1. Buena fe del contrayente	251
10.2. Matrimonios ilícitos pero válidos	251
11. Efectos de la invalidez del matrimonio	251
A. Nulidad del matrimonio	252
12. Concepto	252
13. Características	254
13.1. Incaducible.....	254
13.2. Convalidables.....	254
13.3. Personal	255
13.4. Representación	255
13.5. Legitimación	255
13.6. Transmisibilidad.....	256
14. Comparaciones de la nulidad del acto matrimonial de la nulidad general....	256
15. Causales.....	257
15.1. Enfermedad mental	257
15.1.1. Interdicción	258
15.1.2. Intervalos lícidos	258
15.1.3. Caducidad.....	259
15.1.4. Prueba	260
15.2. Sordomudez	260

15.2.1. Interdicción civil.....	260
15.2.2. Legitimidad	260
15.2.3. Prueba	261
15.3. Vínculo	261
15.3.1. Excepciones	261
15.3.2. Caducidad.....	262
15.3.3. Legitimidad	262
15.3.4. Prueba	263
15.4. Consanguinidad	263
15.4.1. Prueba	264
15.5. Afinidad.....	264
15.5.1. Prueba	264
15.6. Crimen.....	264
15.6.1. Caducidad.....	265
15.6.2. Vacío e incongruencia con el impedimento.....	265
15.6.3. Prueba	265
15.7. Celebración del matrimonio sin observar sus formalidades.....	265
15.7.1. Prueba	267
15.8. Contrayentes de mala fe ante funcionario incompetente	267
15.8.1. Legitimación.....	268
15.8.2. Caducidad.....	268
15.8.3. Prueba	268
15.9. Nulidades no expresas. Implícitas y genéricas	268
15.9.1. Adopción	268
15.9.2. Del procesado en el homicidio doloso de uno de los cónyuges	269
16. Efectos	269
16.1. Efectos del matrimonio inválido contraído de buena fe por uno de los cónyuges o por ambos.....	269
16.2. Efectos del matrimonio inválido contraído de mala fe por ambos cónyuges.....	271
16.3. Efectos del matrimonio inválido frente a terceros.....	272
17. Convalidación de los actos de matrimonios nulos.....	272
B. Anulabilidad del matrimonio.....	272
18. Concepto	272
19. Características	274
20. Comparaciones entre la anulabilidad del acto matrimonial con la anulabilidad en general	275
21. Casos	276
21.1. Impubertad	276
21.1.1. Prueba	279
21.2. Sanidad nupcial.....	279
21.2.1. Legitimación.....	280
21.2.2. Caducidad.....	280
21.2.3. Prueba	280
21.3. Rapto o retención violenta.....	280

21.3.1. Prueba	281
21.4. Limitación de las facultades mentales por causa pasajera	281
21.4.1. Prueba	282
21.5. Consentimiento viciado	282
21.5.1. Error	283
21.5.2. Dolo	285
21.5.3. Violencia	289
21.6. Impotencia	291
21.6.1. Legitimación.....	292
21.6.2. Prueba	292
21.7. Contrayentes de buena fe ante funcionario incompetente	293
21.7.1. Prueba	293
22. Indemnización por invalidez del matrimonio	293

IV. ILICITUD MATRIMONIAL

23. Validez del matrimonio ilícito. Impedimentos impidientes.....	294
24. Características	294
25. Casos	294
25.1. Menor de edad.....	295
25.2. Tutor o curador	296
25.3. Viudo y administración de bienes	296
25.4. Plazo de viudez.....	297

V. MATRIMONIO PUTATIVO

26. Concepto	297
27. Definición	298
28. Etimología.....	298
29. Denominación.....	298
30. Características	298
31. Casos	298
32. Ignorancia	299
33. Buena fe.....	299
34. Mala fe.....	300
35. Efectos	300
35.1. Entre los cónyuges.....	300
35.2. Con los hijos	304
35.3. Ante terceros.....	305
Bibliografía del capítulo.....	306

CAPÍTULO SÉPTIMO

Decaimiento y disolución del vínculo conyugal

Separación de cuerpos y divorcio

I. INTRODUCCIÓN

II. DECAIMIENTO DEL VÍNCULO CONYUGAL EN EL PERÚ: SEPARACIÓN DE CUERPOS

1.	Generalidades.....	311
2.	Concepto.....	311
3.	Denominación.....	311
4.	Definición.....	311
5.	Naturaleza jurídica.....	312
6.	Características.....	312
7.	Tipos.....	312
8.	Efectos.....	312
8.1.	En cuanto a los cónyuges.....	312
8.1.1.	Suspensión de la cohabitación.....	312
8.1.2.	Fenecimiento de la sociedad de gananciales.....	313
8.1.3.	Derecho alimentario de los cónyuges.....	313
8.1.4.	Derechos hereditarios.....	313
8.2.	En cuanto a los hijos.....	314
8.2.1.	Patria potestad.....	314
8.2.2.	Alimentos.....	315
8.3.	Cosa juzgada.....	315
9.	Fin de la separación de cuerpos.....	315
9.1.	Reconciliación.....	315
9.2.	Conversión de la separación de cuerpos en divorcio.....	316
9.3.	Por muerte de uno de los cónyuges.....	316

III. DECAIMIENTO DEL VÍNCULO CONYUGAL EN BRASIL: SEPARACIÓN JUDICIAL Y SEPARACIÓN DE CUERPOS

10.	El destino de la separación legal en Brasil después de la Enmienda Constitucional 66.....	316
10.1.	¿El divorcio directo existe en Brasil?.....	317
10.2.	¿La separación sigue presente en el sistema jurídico brasileño?.....	318
11.	La separación de cuerpos en Brasil.....	318

IV. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO CONYUGAL: DIVORCIO

12.	Etimología.....	319
13.	Concepto.....	319
14.	Denominación.....	319
15.	Definición.....	319

16. Naturaleza jurídica.....	319
17. Características	320
18. Efectos	320
18.1. En cuanto a los cónyuges	320
18.2. En cuanto a los hijos.....	321
19. Consecuencias	321
20. Criterios.....	322
20.1. Antidivorcio	322
20.2. Prodivorcio	322
21. Teorías	322
21.1. Divorcio sanción	323
21.2. Divorcio quiebra.....	323
21.3. Divorcio repudio	323
21.4. Divorcio remedio	324
21.5. Divorcio por mutuo acuerdo.....	324
22. Causas de disolución	325

V. CAUSALES

23. Historia.....	326
24. Definición	327
25. Naturaleza jurídica.....	327
26. Características	327
27. Clases	327
28. Causales y deberes matrimoniales.....	328
29. Tratamiento jurídico en el Perú	329
30. Tipología	330
31. Adulterio	330
31.1. Etimología	331
31.2. Concepto	331
31.3. Definición.....	332
31.4. Elementos.....	332
31.5. <i>In dubio pro adulterum</i>	334
31.6. Clasificación.....	334
31.7. Caducidad	334
31.8. Prueba.....	334
31.9. Adulterio y/o infidelidad.....	334
32. Violencia física o psicológica.....	335
32.1. Antecedentes.....	335
32.2. Definición.....	335
32.3. Elementos.....	335
32.4. Clasificación.....	336
32.5. Caducidad	336
32.6. Prueba.....	336
33. Atentado contra la vida del cónyuge	336
33.1. Definición.....	336

33.2. Elementos.....	337
33.3. Clasificación.....	337
33.4. Caducidad	337
33.5. Prueba.....	337
34. Injuria grave.....	337
34.1. Antecedente	337
34.2. Concepto	338
34.3. Definición.....	338
34.4. Elementos.....	339
34.5. Clasificación.....	340
34.6. Caducidad	340
34.7. Prueba.....	340
34.8. Supuestos que abarcan la causal.....	340
35. Abandono injustificado de la casa conyugal.....	341
35.1. Definición.....	341
35.2. Elementos.....	341
35.3. Clasificación.....	342
35.4. Caducidad	342
35.5. Prueba.....	342
35.6. Excepciones.....	343
35.7. Diferencia entre el abandono injustificado y la separación de hecho ..	343
36. Conducta deshonrosa.....	343
36.1. Definición.....	343
36.2. Elementos.....	343
36.3. Clasificación.....	344
36.4. Caducidad	344
36.5. Prueba.....	344
36.6. Supuestos que abarcan la causal.....	344
36.7. Injuria y conducta deshonrosa	344
37. Toxicomanía	345
37.1. Definición.....	345
37.2. Elementos.....	345
37.3. Clasificación.....	345
37.4. Caducidad	346
37.5. Prueba.....	346
37.6. Discrepancias.....	346
37.7. Excepción	346
38. Enfermedad grave de transmisión sexual.....	346
38.1. Antecedente	346
38.2. Definición.....	346
38.3. Elementos.....	347
38.4. Clasificación.....	347
38.5. Caducidad	347
38.6. Prueba.....	347

38.7. Impedimento y casual.....	347
38.8. Supuestos que abarcan la causal.....	347
39. Homosexualidad sobreviniente al matrimonio	347
39.1. Concepto	347
39.2. Definición.....	348
39.3. Elementos.....	348
39.4. Clasificación.....	348
39.5. Caducidad	348
39.6. Prueba.....	348
39.7. Causal de anulabilidad o de separación/divorcio	348
40. Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años	348
40.1. Definición.....	348
40.2. Fundamento.....	349
40.3. Elementos.....	349
40.4. Clasificación.....	349
40.5. Caducidad	349
40.6. Prueba.....	349
40.7. Excepción	349
41. Imposibilidad de hacer vida en común.....	349
41.1. Antecedentes.....	349
41.2. Concepto	350
41.3. Denominación.....	350
41.4. Definición.....	350
41.5. Elementos.....	351
41.6. Clasificación.....	351
41.7. Derecho comparado	351
41.8. Caducidad	352
41.9. Prueba.....	352
41.10. Supuestos que abarcan la causal.....	352
42. Separación de hecho.....	353
42.1. Antecedente	353
42.2. Concepto	353
42.3. Definición.....	353
42.4. Elementos.....	354
42.5. Improcedencia.....	355
42.6. Garantismo	355
42.7. Clasificación.....	355
42.8. Legitimidad.....	355
42.9. Caducidad	356
42.10. Prueba.....	356
43. Separación convencional	356
43.1. Antecedente	356
43.2. Definición.....	356
43.3. Denominación.....	356
43.4. Naturaleza jurídica.....	356

43.5. Objetivo.....	356
43.6. Elementos.....	357
43.7. Fundamento.....	357
43.8. Legitimación.....	357
43.9. Acuerdo familiar.....	357
43.10. Vías.....	358
44. La causal frustrada.....	358

VI. VÍAS PARA LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR, JUDICIAL, NOTARIAL Y MUNICIPAL

45. Generalidades.....	359
46. Trámite judicial.....	360
47. Trámite notarial y municipal.....	360
47.1. La Ley.....	361
47.2. El Reglamento.....	361
47.3. Requisitos.....	363
47.4. Esquema.....	364
47.5. Reflexiones.....	364

VII. CUESTIONES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS, DIVORCIO POR CAUSAL, SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

48. Generalidades.....	364
49. Titulares de la acción de separación de cuerpos y divorcio por causal.....	365
50. Hecho propio.....	365
51. Apreciación judicial de la injuria grave.....	365
52. Acumulación originaria y sucesiva de pretensiones.....	366
53. Medidas cautelares.....	366
54. Separación convencional y divorcio ulterior.....	366
55. Titulares de la acción de separación de cuerpos y divorcio por causal.....	366
56. Requisitos especiales de la demanda.....	367
57. Convenios.....	367
58. Revocación.....	367
59. Divorcio ulterior.....	367
Bibliografía del capítulo.....	368

CAPÍTULO OCTAVO
Uniones estables
Unión de hecho y concubinatio

I. INTRODUCCIÓN

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1. Aspectos generales.....	375
----------------------------	-----

2. Roma	375
3. Iglesia	375
4. Francia	376
5. Península Ibérica.....	377
6. Perú	378
7. Brasil	380

III. CONCEPTO

IV. DEFINICIÓN

V. ETIMOLOGÍA

VI. DENOMINACIÓN

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN DE HECHO

8. Teoría institucionalista.....	386
9. Teoría contractualista.....	387
10. Teoría del acto jurídico familiar.....	387

VIII. DESARROLLO NORMATIVO

11. En Perú: Tratamiento comparativo con los Códigos de 1852 y 1936	387
11.1. En relación al Código Civil de 1852	388
11.2. Respecto al Código Civil de 1936	390
12. Brasil	393

IX. PRINCIPIOS DEL DERECHO QUE INSPIRAN EL DERECHO DE FAMILIA APLICADOS A LAS UNIONES DE HECHO

X. CLASIFICACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

13. Unión de hecho propia o en sentido estricto	395
13.1. Elementos.....	396
13.2. Unión de hecho propia en Brasil.....	396
14. Unión de hecho impropia	399
14.1. Unión de hecho impropia pura	399
14.2. Unión de hecho impropia impura	400
14.3. Unión de hecho impropia en Brasil.....	400
15. Semejanzas y diferencias entre las uniones de hecho.....	400
16. Las familias paralelas en Brasil.....	401
17. Uniones estables paralelas.....	402
18. Unión de hecho pura paralela al matrimonio y unión de hecho paralela al matrimonio donde existe separación de hecho: ¿Unión estable putativa?.....	402
19. Unión de hecho impura paralela al matrimonio	404

XI. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN DE HECHO PROPIA

20. Convivencia	408
-----------------------	-----

21. Singularidad.....	409
22. Publicidad	409
23. Estabilidad.....	409
24. Inexistencia de impedimentos matrimoniales	410
25. Título de estado de carácter declarativo	412
XII. FINALIDAD	
XIII. IMPORTANCIA	
XIV. RELACIONES JURÍDICAS QUE GENERAN LAS UNIONES ESTABLES	
26. Relaciones jurídicas entre los convivientes.....	414
27. Relaciones jurídicas frente a los hijos comunes	415
XV. EFECTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN DE HECHO	
28. Efectos personales de la unión de hecho propia	415
29. Efectos patrimoniales de la unión de hecho propia	415
30. Efectos jurídicos de la unión de hecho impropia: la acción de enriquecimiento sin causa.....	417
XVI. PROCESO DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO	
31. Reconocimiento notarial de la unión de hecho en la Ley N° 29560	421
XVII. PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO	
XVIII. POSESIÓN DE ESTADO EN LA UNIÓN DE HECHO	
32. Trato	424
33. Nombre.....	424
34. Fama	424
XX. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN PERÚ	
35. Sociedad de gananciales.....	425
36. Pensión de viudez	425
37. Seguridad social	425
XX. ESTADO CIVIL DERIVADO DE LA UNIÓN ESTABLE	
XXI. EXTINCIÓN	
XXII. INSTITUCIONES AFINES	
XXIII. UNIÓN ESTABLE HOMOAFECTIVA	
38. Consideraciones iniciales.....	429
39. Características esenciales de las uniones homoafectivas.....	430
39.1. Imposibilidad de engendrar hijos biológicos comunes.....	430

39.2. Imposibilidad de educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados.....	430
39.3. Incapacidad de la unión intersexual para la continuación de la especie...	431
39.4. Ineptitud para la transmisión de los valores culturales tradicionales ..	431
40. Las uniones estables y uniones homoafectivas en el ordenamiento jurídico peruano	431
41. Omisión legislativa	432
42. La solución paliativa: analogía con las uniones de hecho o uniones estables.	434
43. Alternativas para la incorporación de las uniones homoafectivas en los ordenamientos jurídicos	436
Bibliografía del capítulo.....	439
Bibliografía general	449
Índice general.....	467