

NOTAS SOBRE EL LIBRO DE FAMILIA DEL CODIGO CIVIL

Róger Rodríguez Iturri
Profesor de Derecho de Familia
Pontificia Universidad Católica del Perú

*Al maestro don Héctor Cornejo Chávez,
con profunda gratitud.*

En el seno del CCD han sido presentadas diversas propuestas divorcistas, que según sus mentores requieren de una inmediata plasmación legislativa. El doctor Róger Rodríguez Iturri comenta dos de estos trabajos, analizándolos a la luz del devenir histórico de las instituciones implicadas. La conclusión es clara y tajante: ambas propuestas deben ser desechadas.

Hace tiempo ya que el Derecho objetivo se apartó del Derecho divino, mas ello no debe servir de precedente para que ahora se pretenda reparar al mismo orden moral que debe regir la vida social. Partiendo de esta premisa, el autor llega a la conclusión de que lo fundamental por defender es el orden del núcleo familiar. El divorcio, y por lo tanto las causales que lo producen, merecen un tratamiento serio y cuidadoso, para no dejarnos llevar por diversas coyunturas sociales que a primera vista podrían justificar una profunda modificación del sistema jurídico-familiar existente.

Por todo esto, con motivo de celebrarse diez años de vigencia del Código Civil, y consciente del excelente trabajo realizado por el ponente del libro de familia, doctor Héctor Cornejo Chávez, el autor presenta un proyecto modificadorio de las secciones primera y segunda del mencionado libro, explicándonos cada una de las nuevas propuestas que a lo largo de este trabajo se formulan.

El artículo que a continuación proponemos ofrece, con doble alcance, notas a propósito del vigente Libro de Familia del Código Civil.

Así, de un lado, en un breve comentario, manifestamos sin reservas nuestra postura contraria respecto del proyecto de ley a favor del llamado divorcio automático por abandono de hecho sustentado por el congresista don Pedro García Saavedra. Asunto éste al que -al final del comentario- añadimos unas cuantas líneas para, a su vez, señalar la dicotomía que en la propia raíz encierra, tal como está formulada, la propuesta del congresista don Xavier Barrón Cebreros, a propósito de la enfermedad del SIDA como causa jurídica de divorcio. En ambos casos, y para mejor ilustración, nos estamos permitiendo agregar el texto de los proyectos legales remitidos al Congreso de la República.

De otro lado, en la parte final de este artículo, y sólo después de observar durante una década el desenvolvimiento del Libro de Familia, con profundo respeto y reverencia a la persona y al trabajo del gran maestro de ayer y hoy don Héctor Cornejo Chávez, formulamos unas cuantas insinuaciones jurídicas correspondientes a las Primera y Segunda Secciones del Libro, ofertas éstas que constituyen hoy parte de un conjunto global de modestos aportes completados para las cuatro secciones del Libro de Familia del Código Civil. En lo que a nosotros concierne, no existe duda alguna de que si alguna virtud halla el lector en es-

te artículo y sus comentarios, buena parte, muy buena parte de ello, tiene que ver con las rectoras enseñanzas jurídicas y morales con que nos orientó aquél al que en la introducción de este texto le tributamos nuestro más sentido homenaje.

A PROPOSITO DE DOS PROYECTOS DIVORCISTAS EN EL CODIGO CIVIL

Propuesta del congresista Pedro García Saavedra

El Congresista de la República que suscribe, miembro de la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, Ing. Pedro García Saavedra, formula el presente Proyecto de Ley.

PROPOSICION

CONSIDERANDO:

Que el Código Civil en vigencia, que introdujo sustanciales modificaciones al Código Civil de 1936, tiene como finalidad el fortalecimiento y la consolidación de la familia.

Que precisamente en el Libro de Familia, si bien se han hecho modificaciones de la legislación de 1936, sin embargo en lo que respecta a las causales de separación de cuerpos o divorcio, se ha omitido un hecho de trascendencia social, que refleja la grave situación en que se encuentran aquellas parejas que teniendo la condición de casados, ya sea una o ambas partes, hacen vida en común y no tienen ninguna seguridad jurídica.

Que el Derecho, entre otros conceptos, es la regulación de la vida social del hombre para alcanzar justicia. Dentro de esta premisa, es menester legislar la situación de innumerables parejas que se encuentran unidas de hecho, con impedimento matrimonial por tener la condición de casado(s), las mismas que inclusive han procreado hijos.

Que, en consecuencia, es necesario incluir o adicionar a las causales de divorcio establecidas en el art. 333 del C.C. otra más, considerándose como nueva causal de divorcio la SEPARACION DE HECHO, entendiéndose que esta separación debe tener una duración prudencial, considerándose equitativamente 5 años, a partir del cual cualquiera de los cónyuges puede solicitar y obtener el divorcio. Se dará solución así a un grave problema social: el de las personas que a pesar de estar separadas durante largos años e incluso de haber formado otras uniones, no pueden formalizar su nueva situación, ni obtener el divorcio por la oposición de alguno de los cónyuges.

Que el matrimonio civil es la unión formal, libre y voluntaria de dos personas, con la finalidad de convivir, constituir un hogar común, procrear hi-

jos, educarlos y formarlos para que contribuyan al desarrollo del país; que, sin embargo, al quedar sin efecto estos fines por la separación de hecho de ambos cónyuges, carece de objeto la existencia del matrimonio formal, pues no tendría finalidad.

Que no debemos soslayar el hecho evidente y real de que si por una u otra razón (a veces egoísta) una de las partes se opone a la disolución del vínculo, la otra parte (cónyuge) queda sentenciada a pasar de por vida, en un estado de ilegalidad y desamparo y en muchos casos afectando su dignidad como persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado; por lo que al no existir en nuestra legislación civil causales de divorcio como la incompatibilidad de caracteres, desaparición del amor y comprensión entre dos personas casadas, no queda otra vía que el incluir una nueva causal, como ya se ha referido; y que en la legislación comparada tiene precedentes que, finalmente, como quiera que al solicitar uno de los cónyuges el divorcio por separación de hecho, no exista mutuo disenso, se generaría un conflicto respecto de la sociedad de bienes gananciales, pensión alimenticia tanto para el cónyuge afectado y si lo hubiere para los hijos; en tal eventualidad, es el órgano jurisdiccional quien deberá pronunciarse en la resolución respectiva, cuidando de asegurar estos conceptos con el fin de no incurrir en abuso del derecho.

Propone el siguiente Proyecto de Ley:

Art. 1°.- ADICIONASE AL ARTICULO 333° DEL C.C. el inciso 12°, redactado de la siguiente manera: inciso 12°) La separación de hecho de ambos cónyuges por un plazo no menor de 5 años.

Art. 2°.- Modifíquese el Art. 349° del C.C., el mismo que queda redactado de la siguiente manera: Art. 349°.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Art. 333°, inciso 1° al 10° y 12°.

Art. 3°.- Vencido el plazo previsto en el artículo 1°, cualquiera de los cónyuges puede solicitar al juez competente la disolución del vínculo matrimonial.

Art. 4°.- El procedimiento será el establecido para el juicio de divorcio; deberá el Juez pronunciarse en la sentencia respecto de los bienes y alimentos, rigiéndose en las normas del Código Civil, en lo que sea pertinente.

Art. 5°.- Deróguese todas las normas que se opongan a la presente ley.

Art. 6°.- La presente ley rige el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial «El Peruano».

Lima, 6 de mayo de 1993

Propuesta del congresista Xavier Barrón Cebreros

El Congresista del Partido Popular Cristiano que suscribe, propone al Congreso Constituyente Democrático el siguiente Proyecto de Ley.

PROPOSICION

CONSIDERANDO:

Que la enfermedad de la inmunodeficiencia adquirida, SIDA, se ha convertido en un verdadero flagelo de la humanidad, ocasionando -en no pocos casos- dentro de los matrimonios, en los cuales uno de los cónyuges adquiere esa fatal enfermedad, la progresiva destrucción de la vida marital que debe existir entre él traducida en una alianza vital frente a la adversidad, no es menos cierto que el cónyuge sano se encuentra permanentemente amenazado de contraer el SIDA, e incluso de procrear descendencia que en un futuro puede desarrollar dicha enfermedad.

Que se pretende con el presente proyecto de ley, proteger la vida humana de quien pueda estar amenazado por la conducta sexual irresponsable de su cónyuge o de su padre a condición que nazca vivo, al mismo tiempo que crear un mecanismo de prevención de dicha enfermedad, incorporándola como causal de divorcio absoluto.

EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

Artículo 1ro.- Modifíquese los artículos 333° y 349° del Código Civil, los mismos que tendrán la siguiente redacción.

«Artículo 333.- Son causales de separación de cuerpos:

- 1.- El adulterio.
- 2.- La sevicia.
- 3.- El atentado contra la vida del cónyuge.
- 4.- La injuria grave.
- 5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
- 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable de la vida en común.
- 7.- El uso habitual e injustificado de drogas, alucinógenos o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
- 8.- La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
- 9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- 10.-La condena por delito doloso de pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

11.-La enfermedad de la inmunodeficiencia adquirida, SIDA, contraída después de la celebración del matrimonio.

12.-El mutuo Disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio».

«Artículo 349.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333°, incisos 1 a 11».

Artículo 2do .- La presente rige a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial «El Peruano».

Publíquese y comuníquese, etc.

Lima, 4 de junio de 1993

1. LA PROPUESTA

García Saavedra y Barrón Cebreros han presentado al Congreso de la República para su aprobación, sendos proyectos de ley. Uno, sobre divorcio por separación de hecho cuando han transcurrido cinco años, y el otro, cuando media enfermedad de inmunodeficiencia adquirida, SIDA, contraída después de la celebración del matrimonio.

Nos resulta imperativo hablar, pues ambas propuestas contiene doctrina que no podemos aceptar sin faltar a los principios y convicciones que nos sirven de norma y base, en comprensión de lo que es el matrimonio y la familia.

2. LA DOCTRINA, LA HISTORIA Y LA TRADICION

La propuesta de García Saavedra sobre el divorcio por separación de hecho, confiriendo aún al cónyuge abandonante el derecho de solicitar la destrucción del vínculo, no es asunto nuevo en el Perú.

Bustamante de la Fuente la solicitaba el año 31 ante el Congreso, si es que mediaban dos años de separación. En el Diario de Debates del propio Congreso, se lee que el 17 de abril del 40, el diputado por Celendín, Clodomiro Chávez, la sugirió si la separación de hecho había durado cinco años. Más cerca a nosotros, recién ahora en noviembre del 80, los diputados Francia Guevara y Mendiola Martínez la reclamaron si había transcurrido diez años de «simple abandono».

En setiembre del 81, ante el mismo Congreso, Valle Riestra, Larco Cox, Santander Estrada, Rodríguez Campos, Alva Castro y Santamaría Calderón, concedían autoridad a la acción judicial si la separación había perdurado siete años; y finalmente, en octubre del 85, Valle Riestra, esta vez acompañado de Biaggi Rodríguez, reformuló y re-

novó su pedido, y propuso la disolución del vínculo cuando la separación continuó por más de años consecutivos.

Hoy, García Saavedra repone el tema ante el Congreso y promueve una ley consagrando la separación de hecho como causal de divorcio en el Perú.

Si de clasismo se trata, bueno es sostener que nuestro sistema jurídico civil tiene su raíz en el viejo Derecho Romano (y en parte germano). Si es así -asunto que en materia de divorcio para nosotros está en discusión- nada nos debe extrañar la presencia del *divortium* romano en Perú, porque aún cuando según Mehesz, Metello Numídico, cuestor republicano, haya al matrimonio llamado «sacrificio de un placer particular o un deber público» y Justiniano «unión de un hombre y mujer que lleva consigo la obligación de vivir en sociedad indivisible», bueno es saber que desde los primeros tiempos de su historia, Rómulo ya dictaba en Roma la infertilidad, el adulterio, el uso de venenos y la sustracción de las llaves de las bodegas del vino, como causales de repudio del marido. Y aunque Plutarco cuente que la práctica del divorcio no se hallaba muy extendida, la reglamentación de Rómulo -narrada por Fustel de Coulanges- nos hace pensar distinto.

Cantú, en la *Historia de la Muerte de Augusto*, refiere que en la época clásica romana se recurrió al divorcio por los más inauditos pretextos. No sólo ofrecían causas para el divorcio la esterilidad, los litigios con la nuera y la impudicia, sino que Paulo Emilio repudió a su mujer sin alegar más causa que la mención de que ella lo había ofendido. Sulpicio Galo se separó de su consorte porque ésta salió con la cabeza descubierta; Antistitio Veter porque habló en secreto con una libertad vulgar; Sempronio apartó a su mujer porque ella se dirigió a los juegos sin su consentimiento y Cicerón repudió a Terencia -luego de 30 años de consorcio- porque necesitaba una dote nueva para pagar sus deudas.

Fue Constantino, bajo la influencia del cristianismo, quien intentó morigerar el asunto, pero fue difícil.

Y aunque los romanos declararon a la letra en las Novelas, acápite 22 y 140, que «nada es más decoroso para los hombres que las nupcias de las que provienen los hijos [...] y el eximio estado de la República [...]», y que el matrimonio «[...] (es) una cosa tan hermosa [...] (que) da inmortalidad al género humano», y agregaba a más «que el divorcio se opone al interés del Estado, por lo que resulta imperioso obstruirlo», en verdad en el fondo

de noción matrimonial romana latía protagónica, como elemento capital y decisivo, la *affectio maritalis*: «es el mutuo afecto el que constituye las nupcias» nos dice el Digesto Romano «[...] porque de todas las cosas que se hacen entre los hombres, todos son disolubles cualquiera sea la que los ligue [...]» rezan las Novelas en el acápite 22, punto tercero. De modo que desaparecida la *affectio maritalis*, el vínculo marital le sigue la misma suerte.

En buena cuenta ésta es la gran tesis sustentadora de la ruptura del vínculo matrimonial por separación de hecho: «muerto el amor, sepultado está el matrimonio». Ya en la década de los 40, luminosos juristas nacionales como Angel Gustavo Cornejo se aferraban con rotundidad al principio: «cinco años de separación, digamos de rompimiento -decía Cornejo- son la mejor prueba de que el matrimonio no es viable. Casi no vale la pena interrogar acerca de esto. Es una indiscutible causa de divorcio».

Empero, lo dicho no compromete al caso peruano. El divorcismo no ha sido la tendencia de la legislación civil peruana. Ni lo albergó el proyecto de Código Civil de Vidaurre en los albores de la república allá en 1834, ni lo contempló el Código de la Confederación Perú-Boliviana del 36, como que tampoco fue parte del contenido del primer Código Civil peruano en 1852, y apenas si como obra de políticos y no de juristas insurgió como imposición -según narra Cornejo Chávez- en el Perú el 4 de octubre de 1930.

3. LA SEPARACION DE HECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL REMEDIO NO CURA

La propuesta del congresista García Saavedra tampoco es novedosa en el Derecho Internacional.

Si miramos en nuestra América, Bolivia, Ecuador y Venezuela tienen un causal similar, por cinco, cuatro cinco años de separación, respectivamente. Si miramos más arriba de América del Sur, contemplamos que México y Estados Unidos la regulan: en un caso, cuando median dos años de separación; y en el otro, el período es variado según la tendencia de cada estado de la unión.

Si dirigimos nuestra mirada a Europa y nos fijamos en tres países con los que observamos fluida interrelación, apreciamos que España, Francia y Alemania la proclaman. Inglaterra también.

Pero si detenemos científicamente nuestra observación en el contenido de la ley, alcanzaremos a comprobar ciertamente que no se concede a los

cónyuges al poder arbitrario que el proyecto del señor García pretende.

Miremos ligeramente el caso de los llamados países más desarrollados: Francia, España, Alemania.

Francia dice en el artículo 237 de su Código Civil que: «Un cónyuge puede demandar el divorcio, en razón de una ruptura prolongada de la vida en común, cuando los cónyuges viven separados de hecho hace seis años», pero, tres artículos después -cosa que no quiere admitirse en el Perú- humaniza totalmente el precepto cuando el numeral 240 sentencia: «Si el otro cónyuge demuestra que el divorcio tendría, ya sea para él, tomando en cuenta su edad y la duración del matrimonio, ya sea para sus hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez denegará la demanda. Puede incluso denegarla de oficio en el caso previsto en el artículo 238 (enfermedad mental de uno de los cónyuges)».

Es esto lo que se denomina en doctrina jurídica la cláusula de dureza. La dureza que interpone el Estado frente a cualquier solución inhumana contra la estabilidad del matrimonio.

Los españoles, con sus reformas de la ley 30 del 7 de julio de 1981, modificaron su Código Civil, y en efecto sobre esta materia introdujeron el siguiente precepto: Artículo 86: son causas de divorcio:

«[...]

4a.: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años a petición de cualquiera de los cónyuges.»

Pero se concede al cónyuge demandado o abandonado la posibilidad de probar de que perdura la *affectio conjugalis*, es decir alguna suerte de vínculo espiritual; en tal caso, su probanza enervará la acción.

Los alemanes, más allá de la pretendida fama que se proponga achacarles, no han ido tan lejos, pues si bien el artículo 1566 de su Código sostiene que:

«Artículo 1566: (1) [...]

(2) se presume irrefutablemente que el matrimonio ha fracasado si los cónyuges viven separados desde hace tres años.»

El propio párrafo 1ro. del numeral 1566 es el que le pone coto al asunto, cuando frasea: «se presume irrefutablemente que el matrimonio ha fracasado, cuando los cónyuges viven separados desde hace

un año y ambos piden el divorcio, o el cónyuge que no lo ha solicitado, lo acepta.»

Como de pleno se observa, no se arrasa con la voluntad del consorte abandonado, él es parte protagónica en la disolución.

Desde 1969, los ingleses se han intentado inscribir en esta fórmula corrosiva del matrimonio, y mediante su Acta de Reforma del Divorcio, apuntando al liberalismo jurídico, han proclamado respecto al consorcio que «procede disolverlo tras la irreparable destrucción del matrimonio».

Y sin consumir más tiempo, auscultemos en América nuestra un caso: la ley venezolana. Desde el 26 de julio de 1982 efectivamente los venezolanos introdujeron variaciones en su Código Civil, y entre las variaciones vino ésta relativa a la separación de hecho. El artículo 185-A dice: «cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común». Y cuando la norma parece concluyente, absoluta e irrefutable, apenas si el cuarto párrafo del mismo artículo ordena a los cónyuges comparecer personalmente ante el citatorio, pues si no hay comparecencia personal de ambos, no hay divorcio.

El proyecto de García Saavedra es el más audaz entre los más audaces, en ninguna de sus partes, en parte alguna de su letra, se le concede al cónyuge abandonado ni siquiera el uso de la palabra como un natural derecho jurídico al alegato.

Y bien, ¿para qué han servido todos estos proyectos destructores de la familia en Europa y en América? ¿Habrán concurrido de alguna forma a remediar la situación y contribuido a la solidez de la familia?

Los franceses introdujeron sus modificaciones permisivas al divorcio el año 75, y según datos oficiales de estadística internacional, denuncian que en Francia en las zonas metropolitanas, uno de cada dos matrimonios termina en divorcio.

Desde el año 69, los ingleses se asisten del precepto de que procede disolver el consorcio tras la «irreparable destrucción del matrimonio», y entre ellos, en 1983 el índice de divorcios alcanzó el más alto nivel de toda Europa occidental y un niño de cada 8, vive en una familia donde falta uno de los padres.

Los norteamericanos, que exhiben la causal dentro de sus normas jurídicas, ostentan el increíble

récord de que la mitad de las parejas que contraen matrimonio terminan en divorcio. Se estima en más de un millón los divorcios anuales, y el 60% de los niños pasan parte de su niñez en una familia donde falta uno de los padres.

En esta parte de América, el caso de Bolivia, de Ecuador y Venezuela, todos países con la causal, no puede ser menos comprometedor. Se estima que en no menos de 40, sino 50 millones de niños en América Latina tienen débiles o absolutamente nulos lazos de vínculo familiar.

¿Qué ha resultado esta causal en el mundo?

4. LOS FUNDAMENTOS DE NUESTRA RECUSACION

«Nadie puede invocar hecho propio» ha sido y es un antiguo precepto doctrinario que desde tiempo reza en nuestra legislación. Supone que en materia de divorcio el cónyuge que incurre en causal agravante no puede plantear judicialmente ese hecho para solicitar la disolución del vínculo. Ello es potestad del consorte ofendido, el cual de acuerdo a su concepción -puede ofrecer desde el perdón conciliatorio y generoso hasta la radical decisión de poner fin a la vida marital. Jamás se ha concebido en nuestra tradición jurídica conceder al cónyuge agravante, y sólo a él, la facultad disolutiva del matrimonio en el instante en que convenga a sus particulares intereses personales.

Constituye ello una suerte de estremecedor beneficio al cónyuge libertino; auspiciará psicológicamente los acercamientos clandestinos en la expectativa de convertirlos en futuro matrimonio. Tal causal introducida como motivo de divorcio, hará perder por completo a esta institución el carácter de docencia moral que pudiera atribuírsele. El agravante no sólo agravará a su cónyuge y a su familia, agravará a la sociedad, a su orden, los socavará e ingresaremos a una pendiente de resultados impredecibles.

La propuesta de García Saavedra el matrimonio en un acto jurídico casi inexistente y ciertamente desconoce, en absoluto, el carácter de institución del matrimonio. La propuesta sugiere la simple voluntad unilateral de una de las partes pueda poner fin al matrimonio. No interesa el matrimonio como estado, no interesan los efectos sociales y morales de la ruptura; ni siquiera interesa el divorcio como docencia moral, pues quien ofendió a la familia puede aún burlarla en los estrados judiciales, mofándose de ella, invocando su agravio como razón suficiente. Y se propone que el Estado cautele tamaña afrenta.

Aún en las rescisiones contractuales más efímeras, en una simple compraventa, en las de menor trascendencia o repercusión, por el mérito de su bilateralidad, de haber actuado dos partes, se requiere que ellos en conjunto transijan respecto a la solución adecuada. En la propuesta no, pese a que se trata de la convención -más importante que pueden suscribir dos seres humanos, que por libre voluntad unen sus vidas en el juramento de la vida en común, de la fidelidad, de la cohabitación y de la asistencia recíproca. Pese a que se trata de la familia, de la auténtica célula fundamental de la sociedad, la convención puede ser rota arbitraria y unilateralmente, aún por el cónyuge ofensor.

Nadie imagina ahora, entre nosotros, un matrimonio válido por la simple voluntad de uno de los contrayentes; sería ello calificado probablemente como una monstruosidad. Pero nada de extraño, de irregular, se halla en que la ruptura del vínculo matrimonial proceda por el mérito de una simple y arbitraria voluntad unilateral.

Para esta posición, la teoría clásica del matrimonio -institución no tiene ninguna importancia. La relación matrimonial puede ser interrumpida o concluida *ad libitum*. Los deberes y los derechos matrimoniales, las relaciones y responsabilidades propias de él, son una suerte de simplista negocio jurídico que puede ser resuelto de acuerdo a la caprichosa orientación de una voluntad.

¿Es a este tipo de formulación y propuesta al que se refiere la flamante Constitución del Estado, cuando proclama que la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad? (artículo 4).

Una rápida revisión de la relación de causas de divorcio de nuestro Derecho ampara, nos llevará con facilidad a la comprobación de que quienes invocan el divorcio, lo hacen argumentando uno o varios motivos.

Pero es una, cruda y rotunda, tantas veces, la capital razón de proceder: la presencia una tercera persona extraña al matrimonio. Los magistrados encargados de juzgar incontables casos de esta naturaleza, tal vez, puedan añadir algunas palabras a lo que aquí expreso. Y si este aserto se confirma, como parecería manifiesto, la propuesta que se sugiere, ¿no se constituirá en una suerte de vestíbulo del amor libre?

Señores, más allá de eufemismos y fuera de toda hipocresía, en los hechos, esta propuesta constituye un grosero premio al adulterio. Empero, habrá

quienes afirmen que la ponencia es sana; que concluido el amor no hay ya matrimonio; y que resulta imprescindible regularizar toda unión clandestina. Mas legalizar estos fenómenos no conduce a eliminarlos, ni resulta política sana para la educación social y moral del pueblo. Con tan sencillo expediente, fácil será estar jamás en falta, pues frente a la ley que nos dice que un hecho es malo, bastará invocar otra que nos diga que ese mismo es bueno. No se trata de disfrazar las realidades. Se trata de revisar con el más profundo criterio de conciencia la responsabilidad ética que entraña un matrimonio.

Pero hay una actitud casi imperante en el mundo de hoy que busca poner de lado la ética. Se pretende reemplazarla por otra «ética», que establece el criterio del bien o del mal, según el mandato del placer y del egoísmo. En realidad, si anteponemos cualquier otra cosa a la ética, con seguridad avanzamos hacia la destrucción del hombre. Una sociedad y una cultura en la que el hombre queda reducido a la condición de súbdito y esclavo del egoísmo y del exacerbado individualismo, se torna profundamente deshumanizante.

La moderna Filosofía también busca separar la ética de la religión. Pero la ética que no tiene fundamento trascendente no puede ser ni objetiva ni universal, y se sujeta al parecer y al antojo de cada cual. Así, nos conducimos a un permisivismo trágico y a un confusionismo en donde nadie sabe ni sabrá lo que es bueno ni lo que es malo.

Admitida esta causal, el divorcio romperá el marco dentro del cual pretendió encerrarse, y avanzará en nuestra sociedad como torbellino, socavando el matrimonio hasta desnaturalizarlo.

La ola desencadenada de la pasión humana es difícil de controlar cuando se es imprudente. Es probable que si el Congreso Constituyente rechaza la causal propuesta, amenacen frustrarse algunas situaciones personales que merecen y habrá que darles especial comprensión, pero concedida, si introducirá en la familia y en la sociedad un factor de descomposición tan terrible que, tal vez no nos permita, a quienes lo toleramos, soportar mañana el juicio de la historia.

Ocurre que la simple existencia de una causal de naturaleza tolerante y liberal como la que se cometa, estimulará inmaduros, irreflexivos e imprevistos matrimonios, de quienes van al acto civil, inciertos y confusos, pero seguros de que transcurrido un lapso, tienen a su antojo abierta la alternativa de concluir con el vínculo matrimonial en el instante en que lo resuelvan.

Por ello es señores que el proyecto en un ataque fundamental a la estabilidad de la familia, la que desprovista de defensas queda a merced de los cónyuges y encadenada a los caprichos y a los deleites de éstos.

La propuesta es inmoral porque es el «ser» el que proscribe al «debe ser». Así, la falta de eticidad desjurifica al Derecho, y se pretende que éste después de haberse alejado de la ley divina, se aleje ahora de la ley moral.

Y finalmente, y de otro lado, en cuanto al proyecto del congresista Barrón Cebreros sobre SIDA, es anticonstitucional, absurdo, antijurídico, impertinente e inadmisibile, porque si la tutela de la salud es deber del Estado, asunto constitucional y de orden público, y si el SIDA, como es sabido no expresa ni síntomas, ni manifestaciones, si no a los ocho o diez años ¿para qué un consorte contagiado podrá reclamar el divorcio? ¿para en nombre del hedonismo adquirir credencial jurídica y contagiar de muerte al prójimo?

No más sobre este tema.

Basta de causales destructoras, que si se trata de emplear tiempo, hagámoslo construyendo en pro de políticas que preparen al hombre peruano, a nuestros jóvenes, para asumir matrimonios responsables, porque si en las cosas en las que nuestros sentidos pueden ejercer imperio titánico no hay leyes que ayuden a regular el orden natural del hombre en la vida, hace mucho tiempo que el género humano hubiese perecido por los mismos medios que le han sido dados para conservarse y reproducirse. Y finalmente quede bien claro, señores, parafraseando al inmortal Portalis, que si de salvar a la familia se trata, «el matrimonio no puede seguir quedando librado a la licencia de las pasiones».

SUGERENCIAS LEGISLATIVAS PARA EL DEBATE SOBRE EL LIBRO DE FAMILIA DEL CODIGO CIVIL

Sólo el rigor inexorable del paso de los años me sugiere revisar en parte el excepcional trabajo jurídico, civil y familiar que hace una década entregara a la patria el insigne maestro y jurista don Héctor Cornejo Chávez. Y lo hago con profundo respeto y reverencia.

Hace cuatro meses, el pasado 2 de mayo, remitimos a un centro de investigaciones en Lima algunas modestas sugerencias legislativas a propósito de las Secciones Primera y Segunda del Libro de Familia del Código Civil. Las sugerencias envi-

adas entonces, las mismas que ahora forman parte de un conjunto global para todo el Libro, versan fundamentalmente sobre los siguientes temas:

- Enunciado del tema de la política para matrimonios responsables.
- Enunciado del tema de la política para la paternidad y maternidad responsables.
- La inseminación artificial.
- El tema del matrimonio consuetudinario.
- La ineptitud psicológica como impedimento matrimonial susceptible de nulidad.
- El impedimento de afinidad *cuasi* legítima o ilegítima.
- La actualización para el tratamiento jurídico del plazo de viudez.
- El desdoblamiento para la regulación jurídica del matrimonio del impúber, según haya o no concebido su consorte.
- Una nueva regulación jurídica para el matrimonio de menores con la incorporación de la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio.
- Reformulación del recurso de oposición y de la denuncia de impedimento para neutralizar matrimonio proponiendo una mayor coherencia.
- Intervención preferencial del galeno especializado, y aún del alcalde para el llamado matrimonio *in extremis*.
- La anulabilidad del matrimonio de menores.
- La reformulación en el tratamiento y en los plazos para el matrimonio contraído mediando impedimento transitorio.
- La reformulación en la cuenta del plazo, y el plazo en sí, para el matrimonio contraído bajo violencia moral.

Pues bien, algunas de las fórmulas legales sugeridas arriba son parte de este artículo. Tales fórmulas constituyen el aspecto medular de este trabajo, a las que hemos agregado algunas pocas y sencillas palabras a modo de sustentación elemental.

Con la lectura de este artículo, el lector podrá apreciar que en unos casos se repite a la letra el texto positivo del Código Civil vigente, y en otros casos, en efecto, se advierten innovaciones; sólo responden a nuestra imaginación, aquellas innovaciones que cuentan con un breve comentario al final del texto positivo sugerido.

LIBRO III
DERECHO DE FAMILIA
Sección Primera
Disposiciones Generales

Artículo A.- Al Estado, y a la sociedad y sus instituciones en coordinación con el Estado, les co-

rresponde el estudio, elaboración, aplicación y ejecución de políticas que aseguren la celebración de matrimonios integralmente responsables.

De la misma forma, al Estado y a los particulares les corresponde la formulación, aplicación y ejecución de las políticas tendientes a la regulación jurídica de la familia, con la finalidad de contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Nota: Parece no requerir de mayor explicación un artículo como el que antecede. La crisis del matrimonio y la familia es de excepcional magnitud. Como expresara Portalis, consejero napoleónico, "el matrimonio no puede seguir quedando librado a la licencia de las pasiones". Por ello se hace evidente, y cada vez más, la urgencia de políticas educativas en pro de la familia y del matrimonio.

Artículo B.- La inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de un tercero, siempre que conste el consentimiento de ambos cónyuges, equivale a la cópula sexual para efectos de la paternidad y la filiación. El tercero no adquiere ningún derecho ni obligación sobre el concebido y carece de acción para demandar la paternidad.

La vida del concebido es protegida por el Estado contra todo experimento o manipulación genética contraria a su integridad o desarrollo físico o mental.

Nota: En el ámbito de la reproducción humana artificial, sugerimos la propuesta legislativa de la inseminación homóloga, e incorporamos -no sin reservas morales- la inseminación heteróloga. Limitamos los derechos del tercero, e igual que el Código de los Niños y Adolescentes, cancelamos legislativamente la posibilidad de la genética sobre embriones y la clonación. Deliberadamente omitimos consideraciones legislativas respecto al alquiler de Vientres.

Artículo C.- Al Estado, y a la sociedad y sus instituciones en coordinación con el Estado, les corresponde el estudio, elaboración, aplicación y ejecución de políticas que aseguren la realización integral de la paternidad y de la maternidad responsables. Los padres tienen el deber y el derecho de proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

Los hijos tienen el deber de obedecer, respetar, ayudar y honrar a sus padres.

Nota: No requiere mayor fundamentación afirmar que desde el Estado y la sociedad se requieren profundas políticas para contribuir a la paternidad y a la maternidad responsables. Ambas se hallan en profunda crisis.

De otro lado, los hijos tienen el deber de obedecer, respetar y honrar a sus padres. Si bien en la expresión obedecer puede hallarse involucrada la palabra «ayuda», nos animamos a incluirla explícitamente, a modo de manifestación jurídica simbólica y expresa y como repuesta a las urgencias de la familia hoy.

Artículo D.- El matrimonio consuetudinario y la costumbre familiar son fuentes del Derecho sólo cuando a ellos se refiere la ley o en situaciones no regulares legalmente.

Excepcionalmente, el juez puede pronunciarse según el Derecho consuetudinario matrimonial y familiar dejando de aplicar la ley, sin derogarla, si la costumbre beneficia al interés jurídico familiar. El juez, en lo posible, consultará los usos y costumbres con las autoridades de la comunidad a la cual pertenecen.

Nota: el matrimonio costumbrístico crea atmósferas consuetudinarias para la familia. La tendencia a consultar la costumbre adquiere valor de garantía para el fallo judicial. Con la doctrina francesa, Du Pasquier afirmó: «aquél que invocaba una costumbre debía probarla. A falta de costumbres redactadas, esta prueba podía administrarse por todos los procedimientos ordinarios y además por medio de la encuesta por turba: el tribunal reunía un cierto número de notables y los consultaba. También podía invocarse a una serie de actos anteriores, generalmente escritos, que implicaban la regla en cuestión. Ocurría también que el tribunal se dirigía a la autoridad administrativa del lugar para informarse sobre la existencia de un uso: en París se consultaba el *Parloir aux bourgeois*; en Neuchtel, el *Conseil de la Ville*».

SECCION SEGUNDA

Sociedad Conyugal

TITULO I

El Matrimonio como acto

CAPITULO SEGUNDO

Impedimentos

El orden y contenido de los impedimentos que se sugieren, son los siguientes:

Artículo E.- Son impedimentos matrimoniales regulados conforme a las disposiciones de este Código:

1. La ineptitud psicológica que entraña insuficiencia de madurez para la adecuada ponderación en el juicio acerca de la finalidad del matrimonio, y de los deberes y derechos esenciales de éste.

2. La impubertad. No pueden contraer matrimonio el varón y la mujer que no hayan cumplido dieciocho años.

El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

3. La enfermedad contagiosa y transmisible por herencia o el vicio que constituya peligro para la prole

4. La enfermedad mental, aunque existan intervalos lúcidos.

5. El de los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.

6. El matrimonio anterior, mientras subsista, excepto lo regulado en el artículo Q inciso 3ro.

7. El de los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.

8. El de los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento, antes o después del matrimonio.

9. El de los afines en línea recta.

10. El de los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive. Este impedimento, en la misma forma,, es aplicable a quienes han convivido por lo menos durante dos años continuos.

11. El caso del adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 7 a 10 para la consanguinidad y la afinidad.

12. La condena como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges. No pueden contraer matrimonio entre sí el condenado ni el procesado por esta causa con el sobreviviente. La sentencia exculpatoria del procesado lo releva del impedimento.

13. El matrimonio contraído mediando comisión de delito de violación de la libertad personal.

14. El matrimonio entre personas del mismo sexo. Este matrimonio no produce efectos civiles.

Nota: El inciso 1, de riesgosa procedencia, ataca sin embargo aspecto de profundo realismo en nuestro medio: los matrimonios inmaduros. Estos son fuente de fracasos matrimoniales. La legislación canonista vigente, ya abordó este tema, Y así lo establece el canon 1095 del Código Canónico de 1983. Desde luego, el asunto es delicado. Puede presentarse a ilimitados abusos, si es que no se controla adecuadamente la norma. Por ello, para su aplicación consideramos que el principio debe ir indisolublemente vinculado al art. A de nuestra propuesta. Corresponde a los legisladores mensurar los pesos y contrapesos de este asunto y cortejar sus riesgos y su realismo.

Respecto del inciso 3, eliminamos la antigua acepción «crónica», pues el sentido de la norma postula evitar matrimonios proclives a patologías horizontales (contagios) y patologías verticales (transmisibles).

Respecto del inciso 6, nos animamos a concordarlo directamente con su complemento situado en artículo Q inciso 3 de este proyecto.

En los casos de los incisos 7, 8, 9, 10 y 11, excepto el caso de la afinidad *cuasi* legítima o ilegítima agregada en el inciso 10, coincidimos por lo precisa con la redacción de los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 de artículo 242 del Código Civil vigente.

En el caso del inciso 13 vemos recomendable adecuar la terminología al Código Penal vigente, desechando términos romanistas y canonistas que, siendo valiosos, conviene concordar con el resto del sistema jurídico nacional.

Finalmente, en el inciso 14, a modo de impedimento, incorporamos la prohibición absoluta del matrimonio homosexual, el que carece de efectos civiles.

Artículo E- Son matrimonios impedidos, pero válidos, que ameritan sólo una sanción:

1. El del tutor o del curador con el menor o el incapaz, salvo que el padre o la madre sujeta a la tutela o curatela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o por escritura pública. El tutor o curador que infrinja la prohibición, pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la

responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

2. El contraído por el padre o madre cuyo matrimonio se disolvió o que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad, celebrado sin previo inventario judicial ni intervención del Ministerio Público, respecto de los bienes que esté administrando pertenecientes a los hijos, o por falta de declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad, o de que éstos no tienen bienes. La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos.

3. El matrimonio de la mujer que lo contrajera antes de que transcurran los 300 días contados desde la disolución de su matrimonio anterior, salvo que dé a luz antes de cumplirse ese término o se compruebe, mediante certificado médico oficial, que no existe embarazo. En el caso en que la mujer contravenga la prohibición, pierde los bienes que hubiese recibido del marido a título gratuito y opera la presunción de paternidad, respecto del nuevo marido.

4. El del impúber contraído con infracción del artículo E, inciso 2, si es que la mujer ha concebido. El infractor es susceptible a una sanción pecuniaria que no superará los diez sueldos mínimos vitales, a criterio del juez.

Nota: Al inciso 3, dedicado al llamado «plazo de viudez», le hemos introducido el elemento del certificado médico como comprobatorio del estado de gestación, poniéndonos a tono con la moderna legislación sobre esa materia.

En el caso del impúber, inciso 4, cabe anotar que tradicionalmente, este matrimonio ha sido en efecto catalogado como ilícito, y más bien el matrimonio del impúber fue considerado anulable. Juzgamos que la infracción es más grave cuando se concurre al matrimonio de manera inconsulta o desoyendo el criterio de los padres. De otro lado, juzgamos que la infracción es menos grave si el matrimonio se celebra sin ostentar la dispensa judicial de impubertad.

Hemos incluido en la lista de matrimonios impedidos, pero válidos, con sanción, el caso del matrimonio del impúber en el que la mujer da a luz, por considerar que la presunción de impubertad queda desvirtuada. Reservamos para el ámbito de los matrimonios anulables, el del impúber en el que la mujer no concibe, así como el caso del menor casado sin el consentimiento de ley.

CAPITULO TERCERO Matrimonio de Menores

Artículo G.- Se requiere el consentimiento expreso de uno de los padres para que el menor de edad pueda procurar contraer matrimonio. Si faltan los padres o son absolutamente incapaces, o han sido suspendidos de la patria potestad, corresponde dar el asentimiento a los abuelos y abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordia equivale al consentimiento. Contra la negativa de los ascendientes no hay recurso alguno.

Si faltan los abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, resuelve el juez especializado del niño y del adolescente, quien también es competente para los casos de menores expósitos, abandonados y en los demás en que la naturaleza de la situación del menor lo justifique.

Los hijos extramatrimoniales sólo requieren asentimiento del padre o de la madre que los reconoció voluntariamente, o en su caso de los abuelos y abuelas respectivos o del juez especializado.

Artículo H.- Formulada la pretensión, el juez especializado está facultado para reducir la solicitud de matrimonio civil a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

No procede resolución judicial a favor del matrimonio de menores, si no media exhaustiva investigación psicológica, social y moral del caso.

La investigación tiene carácter sumario y sus conclusiones son fundamentadas, bajo responsabilidad del juez. La resolución judicial denegatoria del matrimonio debe ser fundamentada y contra ella procede el recurso de apelación.

ARTICULO I.- Cuando la resolución judicial reduce la pretensión matrimonial a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio, el juez especializado, previo asentamiento expreso de los pretendientes, procede a inscribir la resolución en la «Sección de pública promesa de cuasi estado de matrimonio» del Registro Civil del Municipio respectivo.

Los pretendientes deberán sujetarse en todo lo posible a las reglas de consejo y conducta que se contienen y derivan de la resolución judicial denegatoria del juez.

ARTICULO J.- Por la pública promesa de cuasi estado de matrimonio los prometidos afirman su

compromiso matrimonial y se deben fidelidad y asistencia recíproca. La ley no impone a los prometidos el deber de cohabitación ni fijación de domicilio común y deja, en tal sentido, su proceder librado al juicio de su propia conciencia y en su caso a los imperativos devinientes de su moral y religión.

La pública promesa de cuasi estado de matrimonio puede revocarse unilateralmente sin expresión de causa, antes de la celebración del matrimonio civil. La revocatoria se efectúa ante el mismo juez que emitió la resolución respectiva y surte efecto cuando ha sido notificado el otro prometido. La revocatoria se inscribe en la sección a la que se refiere el artículo 245.

Artículo K.- Empero, si la solicitud para el matrimonio del menor se sustentó en causa de embarazo o en la declaración de tener uno o más hijos nacidos, el juez especializado, bajo responsabilidad procederá en el día, a dirigir, ejecutar y asegurar la respectiva inscripción de filiación en el Registro Especial del Estado Civil. Tal inscripción produce en favor de los hijos todos los efectos de la filiación matrimonial. Ambos padres quedan obligados a alimentar a los hijos. En el mismo procedimiento el juez especializado, tras interrogar a los pretendientes, fijará las cuotas de las pensiones respectivas. Tal resolución judicial tiene valor de sentencia. Para regular jurídicamente estas relaciones, son de aplicación las normas del Código Civil y las del Código de los Niños y Adolescentes.

Asimismo, de haber hijo o hijos nacidos, cuya paternidad o maternidad corresponde a los pretendientes, el juez especializado determinará a cual de los padres les confía y establecerá lo que resulte conveniente en materia de patria potestad.

Artículo L.- El hijo concebido durante la vigencia de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su culminación, tiene por padres a los prometidos. Tal hijo tiene respecto de sus padres todos los derechos de la filiación matrimonial. Para contestar o reclamar la paternidad o maternidad serán de uso, en cuanto sean aplicables las normas contenidas en el Código Civil.

La resolución judicial de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, mientras rige, no produce entre los prometidos ningún efecto matrimonial ni alimentario, excepto lo previsto en el artículo 414 del Código Civil y el artículo 101 del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo M.- Cuando los prometidos alcanzan la mayoría de edad o si la investigación a la que se refiere el artículo 244 lo ha previsto para antes y a criterio del juez se han cumplido las reglas de consejo y conducta a las que se refiere el artículo 245, éstos pueden convertir la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio en matrimonio civil, por el mérito de su presentación personal ante el alcalde y de la entrega de copia certificada de la resolución judicial respectiva, así como de los demás documentos que señala la ley.

Con la conformidad de la presentación de los instrumentos antes mencionados el matrimonio se celebrará públicamente ante el alcalde respectivo, obviándose cualquier otro requisito. El alcalde, luego de preguntar sobre su voluntad final a los contrayentes y hallándola afirmativa, los declarará esposos ante la ley. Los efectos civiles de este matrimonio se retrotraen a la fecha de la inscripción de la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio, si durante dicho lapso los pretendientes han hecho vida común.

Artículo N.- En caso de disolución de la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio, y si existen hijo o hijos concebidos o nacidos durante ésta, el juez especializado determinará a cual de los padres confía el hijo o hijos, a no ser que por el bienestar de ellos los encargue a una tercera persona, y resolverá lo concerniente a la patria potestad, sin perjuicio de lo establecido para la obligación alimentaria en el artículo 247. De otro lado, si la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio se disuelve por culpa exclusiva de uno de los comprometidos, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a tercero, son de aplicación las reglas del artículo 240 del Código Civil.

Nota: Recientes investigaciones determinan la gravedad de la crisis del matrimonio entre menores. Cabe el aserto de que el matrimonio de menores es factor protagónico para la crisis familiar. El modelo propuesto es absolutamente original y ofrece en principio, las siguientes ventajas:

1. Explica la conveniencia y exigencia de una investigación psicológica, social y moral exhaustiva, sin la cual no procede el matrimonio de menores.
2. A diferencia del sistema actual en el que si no se autoriza el matrimonio de menores no hay efectos jurídicos directos, la propuesta sugiere que si en la solicitud de matrimonio media razón de embarazo o de hijos nacidos (y aproximadamente más del 70% de menores peticionan matrimonio mediando embarazo), el juez en ese procedimiento debe dirigir, ejecutar y asegurar la ins-

cripción de la filiación con carácter matrimonial.

3. A diferencia del vacío existente hoy la propuesta sugiere que la inscripción a la que se refiere el punto 2 genere alimentos y establezca patria potestad, en ambos casos a criterio del juez.

4. Cubriendo otro vacío legal muy clamoroso, la propuesta estima que si durante la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución, la mujer concibe, el hijo tiene por padres a los prometidos, con carácter de hijo matrimonial.

5. De otro lado, la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio puede convertirse en matrimonio civil a solicitud de los prometidos o cuando lleguen a la mayoría de edad, o antes si así lo permite y fija la investigación psicológica, social y moral respectiva, y siempre que los novios hayan cumplido -a criterio del juez- con las reglas de consejo y conducta derivadas de la investigación. Cuando la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio se convierte en matrimonio civil, habrá efecto retroactivo si hubo vida común entre tanto.

6. A fin de asegurar la filiación, si hubiesen hijos concebidos o nacidos durante la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio y ésta se rompe, el juez fijará la patria potestad y los alimentos.

7. Finalmente, la propuesta respetuosa al máximo de la libertad para el consentimiento, establece que la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio es voluntaria y requiere del asentimiento expreso de los pretendientes.

CAPITULO CUARTO

Celebración del matrimonio

SUBCAPITULO I

Forma de celebración ordinaria

Artículo Ñ.- Las personas que conozcan alguna causa impediendo del matrimonio, podrán intentar la no celebración de la boda:

1. Mediante un recurso escrito de oposición, dirigido al alcalde que publicó los avisos y siempre que tengan interés legítimo.

Si la oposición no se funda en causa legal, el alcalde la rechazará de plano, sin admitir recurso alguno. Si se funda en causa legal y los pretendientes niegan su existencia, el alcalde remitirá lo actuado al Juez de Paz Letrado del matrimonio proyectado, a fin de que el oponente interponga demanda, dentro del quinto día. Vencido tal plazo sin que se

haya interpuesto la demanda, se archivará definitivamente lo actuado.

El Ministerio Público debe oponerse de oficio al matrimonio cuando tenga noticia de la existencia de alguna causa de nulidad, e interpondrá el recurso dentro del plazo de cinco días desde que conoció del impedimento.

La oposición se tramita como proceso sumario y se puede interponer hasta antes del casamiento.

Si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad.

2. Mediante la denuncia, oral o escrita, de un impedimento de nulidad formulada ante el Ministerio Público, el cual si la encuentra fundada tramitará la oposición conforme a lo establecido en el inciso anterior.

Se puede interponer denuncia de impedimento hasta antes del casamiento.

Si se acredita que la denuncia fue maliciosa, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios.

En la indemnización de daños y perjuicios por recurso de oposición infundado o por denuncia maliciosa, el juez ponderará y especialmente el daño moral irrogado.

Nota: Desde el antiguo Código de 1936 y aún en el vigente, el recurso de oposición y la denuncia de impedimento matrimonial -instituciones distintas-, no han sido del todo sistemáticamente presentadas. La propuesta constituye un esfuerzo por sistematizarlas y clarificarlas.

SUBCAPITULO II

Forma de celebración extraordinaria

Artículo O.- Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, este matrimonio en lo posible será preeminentemente celebrado por un médico especialista, sin observar las formalidades que deben precederle, verificándose la capacidad de los contrayentes. No produce efectos civiles si alguno de estos es incapaz.

Este matrimonio puede también ser celebrado por el ministro de un culto religioso reconocido oficialmente, así como por el alcalde o quien válidamente lo represente. Los jefes de cuerpos milita-

res, comandantes de buques de guerra y los capitanes de buques mercantes pueden celebrar el matrimonio en peligro de muerte de las personas bajo sus órdenes.

La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada del acta o del documento se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente del celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

Nota: El matrimonio *in extremis*, ofrece el difícil problema de dilucidar el estado de "inminencia del peligro de muerte", así como el de la "capacidad civil" de los contrayentes. Ciertamente el mejor llamado para hacer tal puede ser el médico especialista, razón por la cual incluimos dicha propuesta. Los ministros de cultos religiosos reconocidos oficialmente igualmente son mencionados, así como el alcalde, respecto del cual -salvo la rai-gambre canonista de la institución- no debiera aparecer como incompetente para la celebración.

CAPITULO SEXTO

Invalidez del Matrimonio

El orden del contenido de los matrimonios nulos y anulables que se sugieren son los siguientes:

Artículo P.- Es nulo el matrimonio:

1. Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto a aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la pretensión le corresponde exclusivamente y caduca sino se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

2. Del sordomudo, del ciegosordo, y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Empero, si aprende a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la nulidad siempre que hubiese actuado de buena fe. La pretensión caduca sino se ejercita dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido o declarado ausente sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, la pretensión sólo puede ser ejercida mientras dure el estado de desaparición o 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 muerto, éste no se invalida por el reconocimiento de existencia.

4. De quien está impedido conforme al artículo E inciso 1. La pretensión corresponde al cónyuge perjudicado, empero la nulidad no podrá ser declarada si es que no prueba indubitadamente la existencia del impedimento al momento de la celebración del matrimonio.

5. De quienes están impedidos conforme al artículo E, inciso 6 al 11.

6. De quienes están impedidos conforme al artículo E, inciso 12.

7. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 244 a 260. No obstante, queda convalidado, si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

8. De acuerdo con el texto recibido de los contrayentes que, actuando de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente por razón del territorio o por usurpación de autoridad, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La pretensión no puede ser ejercida por los cónyuges.

Nota: La principal sugerencia se advierte en el inciso 4. En él hemos introducido el tema de la nulidad del matrimonio de quien lo contrae ostentando ineptitud psicológica. Se ha intentado empero ser rigurosos en la prueba para la disolución de este matrimonio.

Deliberadamente hemos usado la expresión «cónyuge perjudicado» a fin de dejar a la jurisprudencia recrearse jurídicamente en este asunto, conscientes de que -cónyuge perjudicado- puede ser un criterio jurídicamente oscilante.

Artículo Q.- Es anulable el matrimonio:

1. Del impúber, cuando la mujer no ha concebido y siempre que el menor no haya alcanzado la mayoría de edad. Entre tanto, la pretensión puede ser ejercida por él, por el cónyuge, por sus ascendientes si no hubiesen prestado Consejo de Familia.

Si se hubiera declarado la anulación a instancia de los ascendientes o del Consejo de Familia, los excónyuges llegados a la mayoría de edad pueden

confirmar su matrimonio ante el juez de paz letrado del lugar del domicilio conyugal. La confirmación produce efectos retroactivos y se tramita como procedimiento no contencioso.

2. Del menor casado sin consentimiento de sus representantes legales. La pretensión puede ser ejercida por los padres o por los abuelos si estos últimos eran competentes para dar el asentimiento. Aunque se hubiera declarado la anulación, si la pareja contrae nuevo matrimonio válido, los efectos civiles de éste se retrotraen al primer matrimonio.

3. De quien está impedido conforme al artículo E, inciso 3. La pretensión solo puede ser ejercida por enfermo, dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.

4. El contraído bajo delito de violación de la libertad personal. La pretensión corresponde exclusivamente a la parte agraviada y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año de cesada la violación de la libertad personal.

5. De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La pretensión sólo puede ser ejercida por él, cesado el impedimento transitorio y siempre que no hayan transcurrido más de treinta días. Para que proceda la pretensión se requiere que el demandante no haya hecho vida común con el cónyuge.

6. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insostenible la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, las variaciones sexuales, la toxicomanía, la enfermedad grave, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad, el ocultamiento de la esterilización o del divorcio o de hijos extramatrimoniales y el embarazo proveniente de relaciones sexuales con un tercero. La pretensión puede ser ejercida sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.

7. 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. El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La pretensión corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser ejercida cesada la amenaza y siempre que no hayan transcurrido más de sesenta días. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.

8. De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La pretensión corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.

Nota: En nuestra sugerencia principalmente innovamos en los incisos 1, 2, 4, 5, 6 y 7.

Si el matrimonio del impúber que fecundó a su mujer resultó para nosotros ilícito (ver artículo F, inciso 4), el del impúber que no ha demostrado su capacidad genésica nos parece anulable. Por ello lo situamos en la lista de los anulables, dejando abierta la posibilidad de su confirmación con efecto retroactivo.

De otro lado, en el inciso 2 nos ocupamos del caso del menor de edad casado sin el consentimiento de ley. Parece grave que el menor de edad contraiga matrimonio sin consultar o luego de desoír a sus padres o abuelos, con el obvio fundamento de que nadie puede conocer o anhelar mejor prosperidad para el menor que éstos. Empero el matrimonio podrá ser confirmado con efecto retroactivo.

En el inciso 4, reemplazamos la terminología de «raptó» y «retención violenta», pertenecientes al mundo de las especies, por la de «delito de violación de la libertad personal» que corresponde al género, y que por ser tal resulta amplia y conveniente.

En el inciso 5. no distanciamos del fraseo tradicional que esta causal ha tenido en nuestra legislación desde 1936. El matrimonio civil supone etapas, tales como la amistad, el enamoramiento, el

noviazgo y luego el matrimonio. Previo al matrimonio, se supone la existencia de un expediente administrativo matrimonial. El matrimonio no es un acto espontáneo, o en todo caso no debiera serlo, pues requiere de meditación. Cuando media impedimento pasajero, la boda no ha de celebrarse, y puede posponerse por lapso prudente. No queda claro porque este tipo de matrimonio, es decir, el celebrado mediando impedimento transitorio, exige -hoy- que la acción sea interpuesta por el cónyuge que adolecía del impedimento «dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa». Parece un lapso exagerado y no prudente. Anima y fomenta inconvenientes. Quien se casó mediando impedimento transitorio, cesado éste, sabe bien si quiere o no casarse. Por ello proponemos que el plazo no sea mayor de 30 días desde cesado el impedimento, y siempre que no se haya hecho vida común con el consorte.

En el inciso 6, hemos incluido la expresión «variaciones sexuales», género suficientemente amplio como para incluir no sólo a la homosexualidad sino otro tipo de calificaciones como el masoquismo, el sadismo, la necrofilia, etc. Adviértase que entre las causas de error para la anulabilidad matrimonial, también hemos incluido el ocultamiento de la existencia de hijos extramatrimoniales.

En el inciso 7, hemos reducido ostensiblemente el plazo para interponer la acción, pues juzgamos que cesada la amenaza -y no computada como ahora desde la celebración del matrimonio-, sesenta días es plazo suficiente para la definición del asunto.