

**EL MODELO DE MATRIMONIO CONSTITUCIONALMENTE
GARANTIZADO POR EL PRINCIPIO DE PROMOCIÓN:
EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA NULIDAD
DEL MATRIMONIO POR INOBSERVANCIA DE
LA FORMA PRESCRITA PARA CASARSE**

***THE MODEL OF MARRIAGE CONSTITUTIONALLY
GUARANTEED BY THE PRINCIPLE OF PROMOTION:
EQUAL MARRIAGE AND MARRIAGE ANNULMENT FOR
NON-OBSERVANCE OF FORM REQUIREMENTS***

Alex F. Plácido Vilcachagua*

**Universidad del Pacífico, Universidad San Martín de Porres y
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas**

Marriage is one of the most important social and legal institutions of humanity. Over time, its concept has varied and has adapted to the social and cultural evolution of our societies.

In this article, the author proposes a new constitutional concept of marriage, which includes same-sex couples, explaining also the role that the principle of promotion of marriage, protected in the Constitution, plays in its configuration.

KEY WORDS: *Marriage; same-sex marriage; principle of promotion; nullity of marriage; Constitution.*

El matrimonio es una de las instituciones sociales y jurídicas más importantes de la humanidad. A lo largo del tiempo, su concepto ha variado y ha ido adaptándose a la evolución social y cultural de nuestra sociedad.

En este artículo, el autor postula un nuevo concepto constitucional del matrimonio, el cual incluye a las personas del mismo sexo, explicando también el rol que cumple en su configuración el principio de promoción del matrimonio amparado en la Constitución.

PALABRAS CLAVE: *Matrimonio; matrimonio igualitario; principio de promoción; nulidad del matrimonio; Constitución.*

* Abogado. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad del Pacífico, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad San Martín de Porres, Universidad San Ignacio de Loyola y de la Academia de la Magistratura. Contacto: placido_af@up.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse exige previamente determinar los alcances del régimen legal de invalidez del matrimonio conforme al principio constitucional de promoción del matrimonio; referencia que resulta necesaria, desde que las disposiciones del Código Civil de 1984 no se sustentaron en la Constitución de 1993.

En efecto, el régimen legal de invalidez del matrimonio del Código Civil de 1984 es producto del desarrollo legislativo de los postulados de la Constitución de 1979. En ella, expresamente se contemplaron los principios de: (i) Protección del matrimonio y de la familia como sociedad natural e institución fundamental; (ii) de amparo a la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable; (iii) de igualdad de derechos de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos; y, (iv) de asistencia a la madre, al niño, al adolescente y al anciano ante el abandono económico, corporal o moral.

Ahora, ¿existe alguna diferencia sustancial entre los principios relativos al matrimonio, contenidos en las Constituciones de 1979 y de 1993?

La primera, en su artículo 5, se refería al punto de la siguiente manera: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación [...]”.

La segunda, en su artículo 4, se refiere al tema de la siguiente forma: “La comunidad y el Estado [...] protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad [...]”.

De esta visión, se aprecia la diferencia: En la Constitución de 1979, el matrimonio es objeto de protección y aparece vinculado a la familia; en cambio, en la Constitución de 1993, el matrimonio es materia de promoción y está desvinculado de la familia.

Este cambio es fundamental tenerlo presente; más aún si, como se ha señalado, el Código Civil de 1984 se sustenta en los pos-

tulados de la Constitución de 1979 y, por ello, toda la normatividad del régimen de invalidez del matrimonio está formulada sobre la idea de la protección del matrimonio. Hoy, con la Constitución de 1993, el mandato constitucional es de promoción del vínculo matrimonial.

Pero, ¿tiene algún tipo de eficacia jurídica el principio de promoción del matrimonio de la Constitución de 1993 frente a las disposiciones legales del régimen de invalidez del matrimonio regulado en el Código Civil de 1984?

Desde que la Constitución es una norma jurídica y sus preceptos gozan de eficacia jurídica, se aprecia claramente su aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico y, con mayor razón, frente a la legislación preconstitucional, como es el caso del Código Civil de 1984.

El reconocimiento de esta eficacia jurídica directa e inmediata del principio de promoción del matrimonio de la Constitución de 1993 obliga a interpretar, conforme al aludido principio constitucional, las disposiciones del régimen de invalidez del matrimonio del Código Civil de 1984.

Debe recordarse lo dispuesto por el artículo 233 del Código Civil de 1984: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. Siendo así, interesa conocer el contenido y alcances del principio de promoción del matrimonio para determinar, luego, su eficacia frente a las disposiciones del régimen de invalidez del matrimonio del Código Civil de 1984; esto es, cómo se deben interpretar estas últimas conforme al precepto constitucional.

Cabe insistir en que los preceptos constitucionales no sólo están dotados de un mero carácter programático, aunque este también les puede ser predicable, sino que su efectividad se extiende también a la normativa: Genera vinculatoriedad y aplicabilidad inmediata.

Es claro que, por la supremacía de la Constitución sobre todas las normas ordinarias, aquella se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico, que no podrán ser entendidas ni correcta-

mente aplicadas en contra de la Carta Fundamental, sino de manera acorde a sus esenciales contenidos.

La determinación de sus esenciales contenidos dispone considerar la aplicación directa de sus preceptos y principios a los supuestos de hecho subsumibles en ellos, ya sea de forma inmediata –como fuente en sí, de carácter eminente–, ya sea de modo supletorio, en la medida que contiene principios generales del Derecho.

Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento y, en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos todos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella.

II. ELEMENTOS DEL MODELO DE MATRIMONIO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO. EL MATRIMONIO IGUALITARIO

Determinar los elementos del modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado pasa, necesariamente, por interpretar la disposición contenida en el artículo 4 de la Constitución de 1993 con los tratados internacionales sobre derechos humanos¹, conforme a los cuales se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello, que no afecten el principio de no discriminación, y con plena igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidades.

Siendo la diferencia de sexo una de las notas del concepto legal de matrimonio, que incorporaba la legislación vigente al tiempo de ser

elaborada y entrar en vigor la Constitución de 1993², así como del concepto normal o general de matrimonio³, llama la atención que el constituyente no se limitara a reconocer el derecho a contraer matrimonio, ni sacara del concepto legal y normal de matrimonio entonces vigente una de sus características, como es la relativa a la diversidad de sexo de los contrayentes.

Quizás eso se debe a que “la diferencia de sexo es obviamente la primera de las condiciones naturales de aptitud”; por lo que, “en los códigos no se menciona esta condición por su evidencia”⁴.

La referencia a la plena igualdad de derechos se explica por el propósito de dejar claro, sin lugar a dudas, que el marido y la mujer tendrían los mismos derechos y obligaciones, frente a una historia de discriminación y sometimiento de la mujer, especialmente, la casada. Puede, mejor aún, debe entenderse que esa exigencia de plena igualdad jurídica permite considerar inconstitucional cualquier diferencia de trato por razón de sexo en relación al matrimonio, tanto en la regulación del *ius connubii*, como en el estatuto matrimonial de los ya casados.

Así las cosas, hay ya que plantear una primera cuestión: ¿La referencia al hombre y mujer se explica sólo como aclaración de la exigencia de plena igualdad jurídica, o cumple (también) otras funciones?

Está claro que la referencia al hombre y la mujer no era imprescindible para aclarar que la plena igualdad jurídica se refería a la prohibición de distinciones por razón de sexo entre los cónyuges. Una objeción podría hacerse a esta explicación, y es que el constituyente quiso, con la exigencia de plena igualdad jurídica, referida al hombre y a la mujer, proscribir no sólo cualquier diferencia de trato entre marido y mujer, esto es, entre quienes ya están casados, sino también entre quienes van a

¹ Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² El artículo 234 del Código Civil de 1984 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 este Código, a fin de hacer vida común”.

³ La primera acepción de matrimonio, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es la “unión de hombre y mujer concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales”.

⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Tomo I Sociedad Conyugal. Lima: Librería Studium Ediciones. 1995. p. 139.

contraerlo, esto es, entre el hombre y la mujer solteros, impidiendo así el establecimiento de diferencias por razón de sexo en la edad para poder casarse, como sucedía en la legislación anterior a la Ley 27201⁵.

Pero, en tal caso, habría que ver si la exigencia de plena igualdad jurídica fue introducida con el objeto de comprender toda regulación legal del ejercicio del derecho a contraer matrimonio, o sólo la regulación legal de los derechos y deberes de los cónyuges. Si lo primero, la referencia al hombre y la mujer podrían entenderse, a falta de otros datos, como una mera aclaración de que esa exigencia de igualdad, mayor que la que resulta de las cláusulas generales de igualdad y no discriminación, se limitaba a proscribir diferencias por razón de sexo. Si lo segundo, la referencia al hombre y la mujer no podría ser explicada sólo como una aclaración de la proscripción de diferencias de trato por razón de sexo entre cónyuges.

Un primer elemento a tener en cuenta, por lo que pudiera valer, es la ubicación de la exigencia de no discriminación en las condiciones para contraer matrimonio, en los textos internacionales sobre derechos humanos, que se encuentra en el mismo apartado en el que se reconoce el derecho a contraer matrimonio. Es decir, que la exigencia de plena igualdad jurídica abarca toda la regulación del matrimonio, excluyendo cualquier diferencia de trato por razón de sexo, y no sólo entre los que ya son cónyuges (derechos y deberes,

causas de separación y disolución y sus efectos), sino también entre quienes puedan llegar a serlo (edad y condiciones para contraer matrimonio).

Pero, ¿la referencia al hombre y la mujer tiene un sentido propio que incide en el concepto mismo de matrimonio?

Debe advertirse la falta de mención a la edad núbil, a la condiciones para contraer matrimonio y a la igualdad entre marido y mujer en el artículo 4 de la Constitución de 1993. Ello evidencia que: (i) No está constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio al alcanzar la pubertad, sino que la ley ha de atender a la madurez psicológica, y no sólo a la fisiológica; (ii) que las condiciones para contraer matrimonio quedan incluidas, sin duda, en la reserva de ley; y, (iii) que la igualdad ya no será referida sólo a los cónyuges, sino al hombre y a la mujer; esto es, también a quienes van a contraer matrimonio.

De lo expuesto hasta aquí, resulta que el matrimonio es una unión entre dos personas de diferente sexo⁶, y también lo es que, si ha de ser diferenciable de las uniones de hecho o uniones libres⁷, ha de quedar excluida la libre ruptura, es decir, que no sea disoluble por decisión de uno de sus integrantes sin necesidad de que concurra una justa causa —como se expone en el último párrafo del artículo 4 de la Constitución de 1993—, lo cual requiere necesariamente la intervención del Derecho, es decir, de la sociedad jurídicamente organiza-

⁵ En el texto original del artículo 241 del Código Civil se precisó que: “No pueden contraer matrimonio: 1. Los impúberes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos graves, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce”. Con la reforma introducida por la Ley 27201, el texto vigente establece lo siguiente: “No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. 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”.

⁶ Alberto De la Hera Pérez-Cuesta parece entrever que, si del concepto de matrimonio se extrae su ordenación a la procreación, puede llegar a abarcar uniones que no sean entre dos seres humanos, pues afirma: “Si no hay tendencia a la prole, el matrimonio se transforma en la unión de dos personas que desean una vida en común, afectiva, sexual y socialmente hablando, y no hay necesidad de exigir que se trate de personas de distinto sexo [...]. Este cambio de naturaleza del matrimonio —que se produce en el mundo de hoy, no sólo en las conciencias de amplios sectores sociales, sino incluso en los ordenamientos jurídicos de determinados Estados— nos ha de llevar a uno de estos dos caminos: O se conserva el matrimonio como lo han configurado por siglos sus notas esenciales y las nuevas situaciones de unión personal reciben otro nombre, o consideramos evaporado el sentido romano-cristiano del matrimonio y aceptamos que esta palabra significa hoy algo nuevo; por ejemplo, la unión estable de carácter afectivo entre dos seres humanos (de momento, porque incluso este último requisito puede llegar a desmoronarse en el futuro), que en virtud de la misma tienden a establecer una convivencia familiar”. En: DE LA HERA PÉREZ-CUESTA, Alberto. “La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado 8. 1992. p. 14.

⁷ No ha faltado quien ha sostenido que el matrimonio no tiene por qué ser algo distinto de la unión libre: DE REINA, Víctor y Josep María MARTINELL, Josep María. “Las uniones de hecho”. Madrid: Marcial Pons. 1996. pp. 44-46.

da, sin la cual sólo habría uniones libres. Según lo anterior, habría que preguntarse si nuestra Constitución ha incorporado o no elementos adicionales a los esencialmente constitutivos del matrimonio como institución diferente a la unión de hecho, unión entre personas en la que queda excluida la libre ruptura.

El respeto al libre desarrollo de la personalidad, puesto en relación con el derecho a no contraer matrimonio, entendido como autonomía de la voluntad, requiere que no se desconozcan la libertad de elección entre el matrimonio y la unión de hecho, esto es, el derecho a romper libremente una unión que no haya sido contraída como matrimonial, prestando consentimiento inequívoco en este sentido, para lo cual es necesario que la ley regule muy claramente cuál es la forma que ha de revestir la prestación de ese consentimiento. Pues bien, de esto se desprende que el matrimonio constitucional es una unión formalmente constituida, siendo inconstitucional la admisión de matrimonios tácitos, derivados de la continuación de la convivencia durante un cierto tiempo.

¿Se puede, pues, afirmar que el elemento forma solemne ha sido incluido en el concepto constitucional como significado de la expresión “matrimonio” contenida en el artículo 4 de la Constitución de 1993?

Si de la Constitución desapareciera la referencia al libre desarrollo de la personalidad, sería, por lo menos, dudoso que la ley no pudiera admitir que la prolongación durante un cierto tiempo de la convivencia de los unidos sin matrimonio formal fuera una de las formas de considerar contraído el matrimonio desde que se cumpliera ese plazo; para evitar ese efecto, bastaría con separarse antes de completar ese plazo, con lo que no se negaría el derecho a no contraer matrimonio. Parece, pues, evidente que la forma solemne integre el significado de la palabra “matrimonio”, empleada en el artículo 4 de la Constitución de 1993, teniendo en cuenta ese contexto; más aún, si el propio texto constitucional reserva a ley la regulación de la forma matrimonial.

Del mandato constitucional para que se proteja la familia y se promueva el matrimonio –artículo 4 de la Constitución de 1993– se deriva que sería inconstitucional tanto la poligamia como la poliandria, por cuanto implicaría la desprotección de la primera unión familiar

matrimonial, así como la endogamia entre quienes integran la familia nuclear, por cuanto esto podría desatar una competencia entre sus integrantes para lograr casarse entre ellos, que desprotegería a esa familia frente a las actuaciones de sus integrantes con ese objetivo.

Si se suprimiese ese mandato de protección a la familia, no habría inconveniente constitucional en admitir y calificar como matrimonios a las uniones sin libre ruptura entre quienes integran la familia nuclear, o no prever en forma absoluta el impedimento del vínculo matrimonial previo. Por lo tanto, también sería ahora este contexto el que nos permitiría considerar incluidas en el concepto constitucional de matrimonio las notas de exogamia y monogamia.

Por lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar que el concepto constitucional de matrimonio es el de una unión monogámica, heterosexual, formalmente constituida, sin libre ruptura, entre personas con aptitud para contraerlo, que no integran una familia nuclear, que la ley ha de regular sin distinciones por razón de sexo.

Sin embargo y por influjo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se comprueba una evolución del concepto de matrimonio. Ahora, la sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación, lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el Derecho, su protección jurídica.

La recepción de tales criterios no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico si se recuerda que en el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –“Protocolo de San Salvador”– se reconoce que **“toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación**

interna” [el énfasis es nuestro]; apreciándose que el derecho a constituir familia está expresamente referido a la persona con prescindencia de su sexo u orientación sexual⁸.

Siendo así, se sostiene que no sólo debe institucionalizarse la convivencia heterosexual desde que “el régimen jurídico del matrimonio actual no se basa en la procreación (hoy es valor entendido en los ordenamientos europeos), no hay motivo para llevar la diferencia de trato de la convivencia homosexual con el matrimonio y con la pareja heterosexual hasta el punto de negarle su calidad de familia y la oportunidad, incluso necesidad, de institucionalización jurídica (socialmente, ya lo está): Se trata de dar soluciones racionales a la convivencia no matrimonial, porque mientras la alternativa sea “solución jurídica - no solución jurídica”, no hay una respuesta razonable a esa convivencia, que es una realidad, y no ilícita. Lo cual no quiere decir (merece la pena reiterarlo) que no deba haber ciertas diferencias en el trato de una pareja y a las otras. La cuestión es, como tantas veces, cómo y hasta dónde (límites)”⁹.

En el fondo, “es problema sólo de la pareja homosexual y el Estado (legislador); hay que

tener alguna razón válida y grave para negar a la pareja homosexual su institucionalización jurídica. Con hacerlo no se perjudica a nadie si la cuestión queda sólo entre esos convivientes y se toman ciertas medidas (como es la no permisión de la adopción por esa pareja, en cuanto que esto afecta a terceros, y hoy no está muy clara la conveniencia de esa adopción); únicamente se perjudica a la palabra, al símbolo (el del matrimonio)”¹⁰.

No cabe duda, pues, de la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia. Ello se ve corroborado con la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección de la vida familiar frente a la imposición de un concepto único de familia no sólo como una injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana¹¹, sino también, como una afectación al núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención¹².

En ese sentido, en el Caso Atala Riffo e hijas v. Chile, expresamente se reconoce a la convivencia homosexual como un tipo de familia protegida por la Convención Americana. Para

⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce a la orientación sexual como una categoría implícita de discriminación prohibida. Así, explica que: “Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el Derecho internacional contemporáneo”. De acuerdo con ello, concluye que: “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrafos 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de Derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”. CIDH. “Caso Atala Riffo e hijas v. Chile”. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fundamentos jurídicos 85 y 91.

En nuestro ordenamiento jurídico, la orientación sexual ha sido expresamente reconocida como una categoría de discriminación prohibida en el artículo 37, inciso 1), del Código Procesal Constitucional; cuando, se indica que: “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole”.

⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “Nuevas formas sociales y jurídicas de convivencia. La nueva familia y el Derecho”. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico 63. Julio-Setiembre de 2002. p. 110.

¹⁰ PANTALEÓN, Francisco. “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”. En: MARTINELL, Josep María y María Teresa ARECES PIÑOL (Editores). “Uniones de hecho”. Lleida: Fondo Editorial de la Universidad de Lleida. 1998. p. 70.

¹¹ “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

¹² “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese caso “es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre”¹³.

A este respecto, debe recordarse que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, concordado con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte¹⁴. De otro lado, debe precisarse que la pareja homosexual puede optar por contraer matrimonio o por convivir de manera estable sin contraerlo, como puede hacerlo la pareja heterosexual.

Contra la posibilidad del matrimonio homosexual, se sostiene que el matrimonio heterosexual es un concepto antropológico, un dato de la realidad, por lo que sería contrario a la naturaleza el matrimonio homosexual. Pero a ello cabe contestar que el matrimonio es una creación del hombre, un producto de la cultura. Tras siglos de endogamia y luego de exogamia, la familia evolucionó hacia la monogamia por razones de diverso índole, lograr un orden en las relaciones sexuales, el cuidado de los hijos y los ancianos, necesidades económicas (el culto de los dioses del hogar), y así se afirmaron los lazos espirituales de la pareja. Con el correr del tiempo, la pareja se institucionalizó en el matrimonio.

El carácter de creación cultural del hombre que corresponde al matrimonio determina, por ejemplo, que si bien en la mayor parte del mundo una de las notas del matrimonio es la singularidad, excluyente de otra relación simultánea de la pareja, en los países islámi-

cos no es posible invocar este concepto, ya que un hombre puede sostener hasta cuatro matrimonios simultáneamente. Esto tiende a demostrar que los conceptos culturales y las definiciones consiguientes pueden variar, no son inmutables, porque son creaciones del hombre, no de Dios ni de la naturaleza, y como tales se pueden adecuar a las necesidades y variaciones que la realidad impone a través del tiempo y las diferentes culturas.

De esta manera, desde esta perspectiva, la objeción se reduciría al nombre –“matrimonio”– y no al contenido de la institución. Se sostiene que el matrimonio homosexual es contrario a la finalidad esencial del matrimonio como es la procreación, o como también se ha dicho, contrario a la naturaleza humana, dado que obsta al uso natural de los órganos sexuales porque impide el cumplimiento de su finalidad natural –la procreación– necesaria para la supervivencia de la especie humana.

Ante tal afirmación, se debe recordar que, si bien el Código de Derecho Canónico de 1917 establecía entre los fines primarios del matrimonio la procreación y el Código de 1983, que lo modificó, no lo contradice, con sus consecuencias respecto a causales de nulidad del matrimonio, este no es el criterio jurídico admitido en las legislaciones de Occidente, incluido nuestro país. Concretamente, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Canónico, no es posible demandar la nulidad del matrimonio por la esterilidad o impotencia *generandi* de un cónyuge, aunque sí en caso de impotencia de uno de los cónyuges que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos (artículo 277, inciso 7, del Código Civil).

Si el hecho de que la pareja homosexual no pueda procrear fuera razón suficiente para impedir su matrimonio, también podría sostenerse la prohibición del matrimonio de quienes, por razones físicas o de avanzada edad, no pueden procrear, no obstante ser de distinto sexo. Por cierto, los órganos sexuales son instrumentos de la procreación, pero además, cumplen la función de dar satisfacción al natural impulso sexual. Y esto también forma parte de los derechos atinentes a la condición humana.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Atala Riffo e hijas v. Chile”. Fundamento jurídico 177.

¹⁴ Esto significa que se puede invocar ante los tribunales nacionales, con carácter de obligatoriedad, las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con ello, todas las disposiciones de la Constitución debe ser leídas a la luz de la interpretación de los tratados de derechos humanos que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso de los homosexuales que sienten el deseo y la necesidad de dar estabilidad a su vida mediante la constitución de una pareja permanente, el matrimonio es para ellos el modo de dar singularidad, regularidad y orden a su vida espiritual, conforme a la muy humana necesidad que todo individuo siente de no vivir en soledad, y también al natural impulso amoroso y sexual que, en su caso, es hacia personas del mismo sexo, por más que no puedan procrear. Ello sin perjuicio de que la pareja homosexual pueda optar por convivir de manera estable sin contraer matrimonio, como puede hacerlo la pareja heterosexual.

Se agrega como argumento contra la admisión del matrimonio homosexual la vulneración de diversos tratados de derechos humanos. En tal sentido se señala, por ejemplo, que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, establece **“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”**.

También se cita el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene expresiones similares al antes transcrito y los diversos tratados internacionales que aseguran al **“hombre y a la mujer”** el derecho a casarse. Y de ello se deduce que dichos tratados, con jerarquía constitucional, establecen sin lugar para la duda que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer.

Pero respecto de la interpretación gramatical se advierte que los tratados no establecen el derecho de casarse a **“un hombre con una mujer”**, redacción que habría excluido de su esfera de protección al matrimonio homosexual, sino

que garantizan tanto a los hombres como a las mujeres su derecho a contraer matrimonio, obviamente conforme a los requisitos que establece la ley de cada país y ello puede ocurrir entre personas de distinto o del mismo sexo.

Además, cabe señalar que los tratados incorporados por el artículo 55 de nuestra Constitución son anteriores a la primera ley dictada en el mundo (Holanda, 2000) autorizando el matrimonio homosexual y, también, son anteriores al planteo y desarrollo del debate sobre la admisibilidad del matrimonio homosexual.

Ello conduce a advertir que no es acertado descartar dicha admisibilidad sobre la base de expresiones de determinadas convenciones que no establecen prohibiciones expresas respecto del entonces inexistente matrimonio homosexual, sino que simplemente aluden a la igualdad de derechos del **“hombre y la mujer”**. No parece de adecuada hermenéutica extraer de afirmaciones sobre la igualdad de derechos en el matrimonio, una conclusión contraria a la posibilidad de legislar sobre el matrimonio homosexual, inexistente en el mundo al tiempo de instrumentarse dichas convenciones.

Realizado este necesario deslinde, los elementos del nuevo concepto constitucional de matrimonio quedan referidos a una convivencia monogámica, formalmente constituida, sin libre ruptura, en la que es indiferente el sexo de los contrayentes, que no integran una familia nuclear, que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades, que la ley ha de regular sin distinción por razón de sexo u orientación sexual; diferenciándose el matrimonio heterosexual del homosexual por la aptitud para la procreación¹⁵.

¹⁵ De manera coincidente, Julio V. Gavidia Sánchez señala que **“para que una unión pueda ser considerada generadora de relaciones jurídicas familiares, considero que ha de consistir en una comunidad de vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas, con independencia del sexo, de la orientación sexual y de que mantengan o no sus integrantes relaciones sexuales entre sí”**. En: GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V. **“Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”**. Revista Española de Derecho Constitucional 61. Año 21. Enero-Abril 2001. p. 11. Es de similar criterio María Berenice Días cuando expone que **“aunque haya llegado la Constitución, con aires de modernidad, a otorgar la protección del Estado a la familia, independientemente de la celebración del matrimonio, siguió ignorando la existencia de entidades familiares formadas por personas del mismo sexo. Actualmente, no se define más a la familia por el acaecimiento del matrimonio. La existencia de prole no es esencial para que la convivencia merezca reconocimiento, de manera que la protección constitucional es otorgada también a las familias monoparentales. Si la prole o la capacidad procreadora no son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca la protección legal, no cabe dejar fuera del concepto de familia a las relaciones homoafectivas [...] Es indispensable que se reconozca que los vínculos homo afectivos –mucho más que las simples y esporádicas relaciones homosexuales– configuran una categoría social que ya no puede ser discriminada o marginada por el perjuicio. Es la hora de que el Estado, que se dice democrático y que consagra como principio mayor el respeto de la dignidad**

III. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

A diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979, que sentaba el principio como uno de protección del matrimonio, la Constitución de 1993 ha precisado que el principio es de promoción del matrimonio.

¿Qué implica promover el matrimonio? “Importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Para lo primero, la forma prescrita para casarse debe consistir en un procedimiento sencillo y no costoso que justamente facilite su celebración; para lo segundo, el régimen de invalidez del matrimonio debe gobernarse por el principio *favor matrimonii* a fin de propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos si se contrajo de buena fe”¹⁶.

Este principio guarda relación con el de la forma de matrimonio, contenido en el párrafo final del artículo 4 de la Constitución de 1993, y significa que 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.

Ello no impide que en la ley se contemple diversas maneras de contraer matrimonio, por cuanto al final siempre se lo celebrará *secundum legem*. Así, puede contemplarse una manera ordinaria de contraerlo frente a una extraordinaria que, sustentado en determinadas circunstancias excepcionales, justifique prescindir de algunos requisitos formales no esenciales. Tal es el caso del matrimonio celebrado *in extremis*, del matrimonio civil comunitario o de aquel contraído para regularizar una unión de hecho. Inclusive, puede admitirse la forma prevista por una confesión religiosa reconoci-

da, en los términos acordados con el Estado, como productora de los efectos civiles.

Asimismo, debe distinguirse este principio del referido a las causas de separación y de disolución del matrimonio¹⁷ –tratado igualmente en el último párrafo del artículo 4–, no pudiéndose sostener que la promoción del matrimonio trasciende en su indisolubilidad, toda vez que se expresa y reconoce la disolución del vínculo matrimonial por las causas que establezca la ley. Es decir, se busca promover matrimonios afectivos y efectivos, no matrimonios rotos, sin convivencia. Para estos últimos, su escape será el divorcio.

En resumen, el marco constitucional sobre el matrimonio y el divorcio determina la competencia exclusiva de la ley civil para regular estos institutos. Resulta, de esta manera, definido, a nivel constitucional que la regulación del matrimonio corresponde a la ley civil, como exclusivo y obligatorio; y que también es de competencia exclusiva de la ley civil determinar los casos por los que se produce su disolución. Se trata de un régimen civil exclusivo que sólo atribuye valor jurídico al matrimonio celebrado ante la autoridad designada por ley, dentro del cual es perfectamente lógico que las causas de separación y disolución del vínculo matrimonial sean también reservadas a la ley.

Pero, fundamentalmente, este principio destaca la preferencia del vínculo matrimonial antes que a otras unidades convivenciales *more uxorio*. De acuerdo con la Constitución de 1993, tal preferencia debe ser entendida de la siguiente manera: La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional de la institución familiar.

de la persona, pase a reconocer que todos los ciudadanos disponen del derecho individual a la libertad, del derecho social de elección y del derecho humano a la felicidad”. En: GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V. “Uniones homoafectivas”. Actualidad Jurídica. Tomo 122. Enero 2004. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 27-28.

¹⁶ PLÁCIDO VICACHAGUA., Alex. “La familia en la Constitución peruana”. En: “La Constitución comentada”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. p. 366.

¹⁷ Como se aprecia del texto constitucional, este principio referido a las causas de separación y disolución del matrimonio es programático. Una norma constitucional programática consiente un desarrollo legislativo de acuerdo al criterio imperante en determinado momento y sustentará cualquier reforma legislativa, por no sugerir limitación o restricción alguna en cuanto a la extensión del programa, que queda a la apreciación del legislador. Este tipo de normas admiten su referencia en la interpretación para identificar los alcances de la disposición legal.

El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente. La unión de hecho por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.

Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho dentro de las jerarquías de valores constitucionales. A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos que se prevean en la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.

Para que se entienda este punto, considérese el siguiente ejemplo: El Derecho Sucesorio tiene como uno de sus fundamentos el de la protección de la familia. Pues, siendo ello así, ahora se reconoce el derecho a heredar entre sí tanto a los cónyuges como a los convivientes. Pero la manera de acceder a este derecho no puede ser el mismo. Así, si hoy contraigo matrimonio y mañana muere mi cónyuge, por el hecho de ser tal y con la simple prueba de la partida de matrimonio, tengo mi vocación hereditaria y accedo inmediatamente a ese derecho. En cambio, si hoy inicio una convivencia y mañana muere mi conviviente, no podré acceder al derecho sucesorio porque la Constitución exige que la unión de hecho sea estable; esto supone que, por lo menos, debe haber durado dos años continuos, además de obtener el reconocimiento judicial de su existencia. He ahí la diferencia en los mecanismos que deben ser previstos en la ley, para atender al mandato de promoción del matrimonio.

De ello, se concluye que la protección jurídica de la familia que ordena el artículo 4 de la Constitución de 1993 comienza, pues, por la debida promoción jurídica del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje adecuadamente lo imperecedero e indeleble del nexo biológico —necesariamente además siempre personal, tratándose de seres humanos— que subsiste entre las personas por razón de la generación.

IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA FORMA MATRIMONIAL

Como se ha indicado, el principio de promoción del matrimonio guarda relación con el de la forma matrimonial, contenido en el párrafo final del artículo 4 de la Constitución de 1993, y significa que 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.

Ello no impide que en la ley se contemple diversas maneras de contraer matrimonio, por cuanto al final siempre se lo celebrará de acuerdo con la ley. Así, puede contemplarse una manera ordinaria de contraerlo frente a una extraordinaria que, sustentado en determinadas circunstancias excepcionales, justifique prescindir de algunos requisitos formales no esenciales. Tal es el caso del matrimonio celebrado en peligro de muerte, del matrimonio civil comunitario o de aquel contraído para regularizar una unión de hecho.

La forma matrimonial es el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial. Importa un procedimiento de naturaleza civil-administrativa, en el que la autoridad competente garantiza el control de la legalidad en la concurrencia de los elementos estructurales del matrimonio como acto jurídico; esto es, verifica la identidad de los contrayentes, comprueba su aptitud nupcial y recibe la expresión del consentimiento matrimonial.

Cabe anotar que la autoridad competente para celebrar el matrimonio es el alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de los contrayentes, pudiendo también realizarlo los jefes del registro del estado civil, en las capitales de provincia; y en las comunidades campesinas y nativas, el comité especial a que se refiere el artículo 262 del Código Civil de 1984.

En nuestra legislación se reconoce, en primer lugar, una forma ordinaria para su celebración, la que tiene como diligencias previas a la ceremonia del casamiento:

- a) La declaración del proyecto matrimonial ante la autoridad competente, acompañando los documentos que fueren nece-

sarios según las circunstancias, aunque se puede dispensar la presentación de alguno de ellos cuando sean de muy difícil o imposible obtención. Sobre este último asunto, el artículo 249 del Código Civil dispone que sea el juez de primera instancia el que puede otorgar la dispensa para la presentación de algunos documentos.

- b) La publicidad de esa propuesta matrimonial –la que puede ser dispensada por la autoridad competente para celebrar el matrimonio si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos–, lo que permite formular la oposición al matrimonio y la denuncia de impedimento matrimonial.
- c) La declaración de la aptitud nupcial de los contrayentes, la que tiene una vigencia de cuatro meses, dentro de los cuales debe realizarse el matrimonio.

Cumplidos los pasos previos anotados, la ceremonia pública se realiza en el local de la autoridad competente, aunque excepcionalmente se puede realizar fuera de ese lugar; compareciendo los contrayentes –por lo menos uno, pues el otro puede nombrar apoderado especialmente autorizado por escritura pública– en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar, extendiéndose al final el acta del casamiento.

La forma extraordinaria o excepcional sólo está referida a la situación de que alguno de los contrayentes se encuentre 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. Este matrimonio se celebra ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz.

El principio de promoción del matrimonio marca de un matiz particular a la forma matrimonial, otorgándole un carácter particular a este elemento dentro de la estructura del matrimonio como acto jurídico.

Así, el artículo 234 del Código Civil destaca que el matrimonio debe formalizarse con sujeción a sus disposiciones. Sin embargo, tal carácter esencial se ve atenuado por el aludido principio de promoción del matrimonio. En efecto, dentro de una visión del acto jurídico en general, aquel celebrado sin observancia de

la forma prescrita bajo sanción de nulidad, nunca existió y no puede ser objeto de confirmación. En cambio, desde que del matrimonio surge una familia, en principio el matrimonio celebrado con prescindencia de la forma establecida en el Código Civil es un matrimonio nulo, conforme señala el inciso 8 de su artículo 274; no obstante, puede ser convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

Aquí se aprecia cómo el principio de promoción del matrimonio influye sobre el régimen legal de invalidez del matrimonio: Este se gobierna por el principio *favor matrimonii* a fin de propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos si se contrajo de buena fe. Siendo así, este carácter particular de la forma del matrimonio permite sostener que se trata de una forma prescrita *ad solemnitatem*, aunque atenuada en cuanto a las consecuencias de su inobservancia.

V. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y EL RÉGIMEN LEGAL DE INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

El principio de promoción del matrimonio impregna al régimen legal de invalidez del matrimonio de características particulares que apuntan a la conservación del vínculo por medio de su convalidación no obstante haber sido celebrado con algún vicio que lo invalide, lo que diferencia este régimen del relativo a la invalidez del acto jurídico en general. Por ello, es correcto sostener que el régimen de invalidez del matrimonio es un régimen especial al que no se puede aplicar, ni siquiera supletoriamente, las disposiciones del régimen general de invalidez del acto jurídico.

En efecto, 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, por lo que se excluye la aplicación a aquel de estas últimas disposiciones. Esto es así porque el matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza tan trascendental para el orden social que requiere normas especiales que regulen su invalidez, ya que esta puede acarrear la disolución de la familia y la colocación de los cónyuges en la categoría de concubinos.

“La validez del matrimonio ha sido tratada en la doctrina jurídica y en las legislaciones como

materia de regulación específica que difiere en parte de la adoptada para el acto jurídico en general. Ello se debe a que, en el problema de la validez o invalidez del casamiento, el interés social entra en juego con primerísima importancia, desde que la manera como tal problema se solucione trasciende a la estabilidad de la organización familiar¹⁸. Es muy distinto, pues, invalidar un acto que sólo produce consecuencias patrimoniales que uno que da origen a un sinnúmero de relaciones de orden familiar.

Y la invalidez debe fundarse en motivos claramente determinados, pues 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 respectiva sobre la base de disposiciones creadas con miras a regular situaciones de importancia exclusivamente patrimonial.

Las consecuencias del principio de promoción del matrimonio se aprecian en el régimen legal de invalidez del matrimonio, a saber: La invalidez matrimonial está gobernada por principios propios, que vienen del principio de favorecer las nupcias, por lo que la nulidad absoluta y la relativa del matrimonio no coinciden totalmente en sus efectos con la nulidad absoluta y la relativa de los actos jurídicos en general.

Así, si cotejamos las disposiciones de nuestro Código Civil, advertimos que explícitamente contiene solamente la distinción entre nulidad absoluta del matrimonio y nulidad relativa. Sin embargo, las causales de invalidez del matrimonio no se diferencian por la forma o modo de presentarse el vicio, por su ostensibilidad. No puede sostenerse, por ejemplo, que existen matrimonios nulos que se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada.

Toda nulidad de matrimonio es siempre dependiente de juzgamiento. Y esto es así, ya que, fuere o no manifiesto el vicio que presenta el acto jurídico matrimonial, si el matrimonio fue contraído de buena fe por el cónyuge, produce hasta el día en que se declare su nulidad todos los efectos de un matrimonio válido

(artículo 284 del Código Civil), con lo que no se produce el efecto fundamental de la nulidad de los actos jurídicos. Y aun en los casos en que el matrimonio hubiese sido contraído de mala fe por ambos cónyuges, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges (artículo 285 del Código Civil).

Por ello, si aplicáramos los criterios clasificatorios de las nulidades que se efectúa en el Código Civil respecto de los actos jurídicos en general, deberíamos concluir que se está siempre ante supuestos de matrimonios anulables y no nulos, que, como tales, se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se los tendrá por nulos desde el día de la sentencia que los anulase (artículo 222 del Código Civil).

Por consiguiente, ha de reconocerse que la invalidez matrimonial está gobernada por principios propios, que vienen del principio de favorecer las nupcias, y que la nulidad absoluta y la relativa del matrimonio no coinciden totalmente en sus efectos con la nulidad absoluta y la relativa de los actos jurídicos en general; lo que confirma la teoría de la especialidad.

En cuanto a las causales de invalidez del matrimonio: No hay otras causales que las expresamente previstas en la ley, es decir, las enumeradas en los artículos 274 y 277 del Código Civil. Ello impide que por vía interpretativa se pueda extender el régimen de invalidez del matrimonio a supuestos de hecho no comprendidos en las causas legales.

Sobre este punto, debe observarse que la invalidez del matrimonio traduce la falta o defecto de algunos elementos estructurales que la ley exige para que el acto jurídico matrimonial produzca, en plenitud, sus efectos propios. Tales elementos estructurales se sintetizan en: (i) La exigencia de aptitud nupcial en los contrayentes (o sea, ausencia de impedimentos dirimentes); (ii) la prestación de un consentimiento no viciado; y, (iii) la observancia de la forma prescrita para su celebración.

En ese orden de ideas, las causas de nulidad del matrimonio son los impedimentos de enfermedad mental, sordomudez, ligamen, parentesco y crimen; regulándose, además, la inobservancia de la forma prescrita, de posible

¹⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Óp. cit. p. 209.

convalidación, y la intervención de autoridad incompetente para celebrar el matrimonio, con la actuación de mala fe por parte de ambos contrayentes.

Por su parte, las causas de anulabilidad del matrimonio son los impedimentos de impubertad legal, sanidad nupcial y raptó; regulándose, además, la privación de las facultades mentales por una causa pasajera, los vicios de la voluntad del error en la persona y de la intimidación, la impotencia absoluta (o imposibilidad de realizar la cópula sexual) y la intervención de autoridad incompetente para celebrar el matrimonio, con la actuación de buena fe de por lo menos uno de los contrayentes.

Cabe anotar que existen dos supuestos de nulidad virtual, producto de imprecisiones del legislador. El matrimonio del adoptante con el adoptado y el matrimonio del procesado por el homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente. Tales casos no han sido previstos expresamente como causales de nulidad o anulabilidad del matrimonio; no obstante que constituyen expresos impedimentos matrimoniales, conforme a los numerales 5 y 6 del artículo 242 del Código Civil.

No se vaya a pensar que se tratan de matrimonios válidos porque no existe causal expresa que los invalide. Desde que la aptitud nupcial es un elemento esencial de la estructura del matrimonio como acto jurídico, conforme al artículo 234 del Código Civil, y siendo que esta disposición contiene el concepto legal de matrimonio para el sistema jurídico peruano, resulta evidente que tales matrimonios trasgreden una norma de orden público y, por tanto, son matrimonio nulos por nulidad virtual a que se refiere el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Lo mismo se debe concluir respecto del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo. No obstante que no existe causal expresa de invalidez para tal supuesto y siendo que la diversidad de sexos es otro elemento esencial de la estructura del matrimonio como acto jurídico conforme al artículo 234 del Código Civil, resulta claro también que se está frente a otro supuesto de nulidad virtual.

Respecto de la legitimidad para ejercitar la pretensión de invalidez del matrimonio, sea nulidad o anulabilidad: La ley, en forma expresa, señala los casos de reserva de su ejercicio

a favor de uno o de ambos cónyuges que han actuado de buena fe, toda vez que las nupcias los vinculan directamente, de tal manera que la pretensión de invalidez de matrimonio sólo puede ser interpuesta por cualquier interesado –incluyendo al Ministerio Público– en aquellos casos en que tal reserva no exista.

Esta debe ser la lectura del artículo 275 en relación con los artículos 274 y 277 del Código Civil. En los casos de expresa reserva de la pretensión, esta no se trasmite a los herederos, quienes sólo pueden continuar la iniciada por el causante (artículo 278 del Código Civil).

En los casos en que no existe tal reserva, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, por lo que los herederos pueden tanto ejercerla como continuar el proceso iniciado por el causante (artículo 279 del Código Civil). Se debe precisar que los supuestos de reserva de la pretensión son los previstos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 274 y todos los incisos del artículo 277 del Código Civil. Queda claro que en los demás casos del artículo 274 (incisos 4 al 8) del Código Civil no existe reserva alguna.

Aquí lo que se pretende por el principio de promoción del matrimonio, es que sea el cónyuge de buena fe quien dirima este asunto. Si quiere seguir casado, simplemente no ejerce la pretensión, no pudiéndolo hacer nadie en los casos en que la ley le reservó su ejercicio.

Por la necesidad de salvaguardar el orden público, la regla del *nemo auditur*, vale decir, el principio que veda alegar la propia torpeza, decae en el régimen de invalidez del matrimonio, por lo que, pueden ejercitar la pretensión cualquiera de los cónyuges y no sólo el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento.

Resulta importante resaltar que, en nuestra legislación, se comprueba una evidente incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la legitimidad para obrar contenidas en el artículo 274 respecto de la regla del artículo 275 del Código Civil. Y es que esta última disposición sentencia que la pretensión de nulidad del matrimonio puede ser ejercitada por quienes tengan un legítimo interés, mientras que el artículo 274 establece los casos en que la pretensión de nulidad del matrimonio está reservada a favor de los cónyuges. Sin embargo, esta incongruencia se resuelve consideran-

do el principio de favorecer las nupcias que gobierna la especialidad del régimen.

La previsión legal da expresos plazos de caducidad de tal manera que, vencido el plazo, el matrimonio, sea nulo o anulable, queda convalidado. Esto significa que, si el cónyuge al que la ley le reserva la pretensión quiere seguir casado, simplemente no ejerce la pretensión dejando transcurrir el plazo de caducidad. Vencido éste, nadie puede demandar la invalidez del matrimonio; quedando, así, convalidada la unión nupcial.

Ello es así por cuanto el interés en afianzar la unión matrimonial exige eliminar la incertidumbre que importaría el mantener vigente la pretensión en el tiempo. En tal sentido, 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.

Resulta importante resaltar que en nuestra legislación se comprueba otra evidente incongruencia entre las disposiciones relacionadas con esta materia. Así, el artículo 276 establece que la acción de nulidad no caduca; desconsiderando que en el artículo 274 del Código Civil se han contemplado los casos en que caduca la pretensión de nulidad. Al respecto, esta incongruencia también se resuelve considerando el principio de favorecer las nupcias que gobierna la especialidad del régimen.

Como queda expuesto, el principio de favorecer las nupcias determina la regulación expresa de los casos en que la unión matrimonial deba convalidarse. Esa convalidación también se produce cuando se verifican los supuestos de hecho contemplados en la ley. Así, 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 del parentesco (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 (inciso 8 del artículo 274 del Código Civil); en lo que se refiere a la anulabilidad del matrimonio del impúber, aquel se convalida por

alcanzar este la mayoría de edad y cuando la mujer ha concebido (inciso 1 del artículo 277 del Código Civil).

Igualmente, la vida común de los cónyuges es otro supuesto de hecho convalidante pues impide demandar la anulabilidad del matrimonio por quien pretende alegar la causal de haber celebrado un matrimonio no hallándose en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera (inciso 4 del artículo 277 del Código Civil).

La sentencia que declara la invalidez de un matrimonio, sea por nulidad o por anulabilidad, es constitutiva y proyecta sus efectos hacia el futuro —*ex nunc*—, por lo que el matrimonio así celebrado produce los efectos de un matrimonio válido hasta que se declara la invalidez. Esto es así por las consecuencias negativas que provocaría la aplicación del principio general en cuanto a los efectos de la nulidad de los actos jurídicos en general, lo que no sólo afectaría el vínculo conyugal, sino que también incidirían en todo el cúmulo de situaciones familiares creadas hasta la sentencia de invalidez.

Los efectos del matrimonio se producen a favor del cónyuge que actuó de buena fe al momento de su celebración, la que no se ve perjudicada por el conocimiento posterior del vicio que provoca la invalidez. La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieran tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la invalidez; lo que debe ser alegado y probado, por cuanto se presume la buena fe.

En tal sentido, el matrimonio contraído de buena fe por un cónyuge produce a su favor, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos de un matrimonio válido (artículo 284 del Código Civil); sin que la mala fe por ambos cónyuges, perjudique los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges (artículo 285 del Código Civil).

VI. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR INOBSERVANCIA DE LA FORMA PRESCRITA PARA CASARSE

Desde la antigüedad, el matrimonio fue rodeado de formas y solemnidades así como de

festejos. La importancia dada a las formas está motivada en las siguientes razones: “a) impide los peligros de un consentimiento prestado en un momento de ligereza y exaltación; b) obliga a reflexionar sobre la trascendencia del acto que se va a realizar y despierta la conciencia de las obligaciones y responsabilidades que entraña; c) el formalismo contribuye poderosamente a la vitalidad y estabilidad de las instituciones”¹⁹.

Como se ha explicado, nuestra legislación reconoce diligencias previas a la ceremonia del casamiento:

- a) La declaración del proyecto matrimonial ante la autoridad competente, acompañando los documentos que fueren necesarios según las circunstancias, aunque se puede dispensar la presentación de alguno de ellos cuando sean de muy difícil o imposible obtención. Sobre este último asunto, el artículo 249 del Código Civil dispone que sea el juez de primera instancia el que puede otorgar la dispensa para la presentación de algunos documentos.
- b) La publicidad de esa propuesta matrimonial —la que puede ser dispensada por la autoridad competente para celebrar el matrimonio, si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos—, lo que permite formular la oposición al matrimonio y la denuncia de impedimento matrimonial.
- c) La declaración de la aptitud nupcial de los contrayentes, que sólo se puede producir luego de transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos; la que tiene una vigencia de cuatro meses, dentro de los cuales debe realizarse el matrimonio.

Cumplidos los pasos previos anotados, la ceremonia pública se realiza en el local de la autoridad competente, aunque excepcionalmente se puede realizar fuera de ese lugar; comparciendo los contrayentes —por lo menos uno, pues el otro puede nombrar apoderado especialmente autorizado por escritura pública— en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar, extendiéndose al final el acta del casamiento.

VII. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LOS VICIOS EN LA DECLARACIÓN DEL PROYECTO MATRIMONIAL

El artículo 248 del Código Civil regula los requisitos particulares que debe cumplir la declaración del proyecto matrimonial, que constituye la primera etapa del procedimiento civil-administrativo para casarse y se inicia con la apertura del expediente a propósito de la declaración oral o por escrito que realizan los pretendientes ante el alcalde o funcionario delegado, si es el caso.

Para todos los casos (formalidades de carácter general), se exige presentar copia certificada de las partidas de nacimientos, la prueba del domicilio y el certificado médico prenupcial. Adicionalmente, cada pretendiente presentará 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.

De manera particular (formalidades de carácter especial), además se requiere: (i) La dispensa judicial de la impubertad y el instrumento en que conste el asentimiento de los representantes legales o la licencia judicial supletoria, si uno de los contrayentes es menor de edad; (ii) la dispensa judicial de parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, cuando quienes pretendan casarse son tío y sobrino; (iii) la copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior, la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, si uno de los pretendientes es viudo, divorciado o con matrimonio invalidado, respectivamente; y, (iv) certificado consular de soltería o viudez, si uno de los contrayentes es extranjero.

Vale decir que las formalidades de carácter general deben concurrir siempre, en todos los casos, mientras que las formalidades de carácter especial resultan exigibles según el caso. Así, si uno de los contrayentes es divorciado, debe presentar, como formalidad de carácter especial, la sentencia de divorcio, además de las formalidades de carácter general: (i) Copia certificada de las partidas de nacimientos; (ii) la prueba del domicilio; (iii) el certificado médico prenupcial; y, (iv) dos testigos mayores de edad

¹⁹ Guillermo A. Borda, citado por: BELLUSCIO, Augusto César. “Manual de Derecho de Familia”. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1981. p. 239.

que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento).

Ahora, desde que la disposición legal anotada exige la sentencia de divorcio, debe concluirse que se trata de la presentación de copia certificada de dicha resolución judicial; aunque la prueba del divorcio bien puede consistir, además, en la presentación de copia certificada de la partida de matrimonio con anotación marginal del divorcio o de su inscripción en el Registro Personal.

De otro lado, a partir del principio de promoción del matrimonio, se puede concluir que no resulta exigible la presentación de todos los documentos al momento de la apertura del expediente matrimonial, sino que “la formación del expediente es progresiva, conforme los pretendientes vayan reuniendo dicha documentación”²⁰. Sin embargo, sólo procede pasar a la siguiente etapa del procedimiento civil-administrativo para casarse cuando se haya cumplido con la presentación total de las indicadas formalidades; salvo que, de acuerdo con el artículo 249 del Código Civil, el juez de primera instancia dispense la presentación de algunos documentos.

El propio principio de promoción del matrimonio también aporta a esta última consideración, por cuanto no puede disponerse la publicación del proyecto matrimonial ni declararse la aptitud nupcial de quienes no han demostrado el cumplimiento de las condiciones para casarse, desde que las mencionadas formalidades contribuyen a configurar la capacidad y aptitud legal de los contrayentes.

Siendo así, la inobservancia de los requisitos formales de esta primera etapa del procedimiento civil-administrativo para casarse efectivamente da lugar a la nulidad del matrimonio así celebrado.

VIII. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LOS VICIOS EN LA PUBLICIDAD DEL PROYECTO MATRIMONIAL

La publicidad previa de la celebración del matrimonio o publicidad del proyecto matrimo-

nial es la segunda etapa del procedimiento administrativo previo a la ceremonia del matrimonio civil. De conformidad con el artículo 250 del Código Civil, consiste en el anuncio del proyecto matrimonial mediante la fijación de un aviso que se colocará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico o a través de emisora radial, donde no exista periódico.

Esta publicidad tiene por finalidad dar a conocer al público el proyecto matrimonial y permitir a terceros la formulación de oposición al matrimonio, conforme a los artículos 253 a 257 del Código Civil, en caso conocieran y acreditaran la existencia de una causal o impedimento de los pretendientes o de alguno de ellos para casarse.

Ahora bien, se debe distinguir la publicidad previa a la celebración del matrimonio de la publicidad de la ceremonia matrimonial que es el acto público con el que el trámite para casarse termina. Sólo la publicidad previa de la celebración del matrimonio o publicidad del proyecto matrimonial puede ser dispensada. El artículo 252 del Código Civil señala que “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”.

La dispensa de la publicación del proyecto matrimonial, exige la concurrencia de dos circunstancias: (i) Que existan causas razonables; y, (ii) que los contrayentes hayan cumplido con presentar todos los documentos exigidos por el artículo 248. La norma no precisa qué debe entenderse por “causas razonables” ni contiene pauta o criterio alguno para poder establecer cuándo se está ante una de ellas para conceder la dispensa. Sin embargo, ello no significa que la disposición se haya referido a un concepto carente de contenido.

A propósito, el Diccionario de la Lengua Española dice de la palabra razonable: “Razonable. Del lat. *Rationabilis*. Adj. Arreglado, justo, conforme a razón. 2. ant. Racional”. Y sobre racional, dice lo siguiente: “Racional. Del lat. *Rationalis*. Adj. Perteneciente o relativo a la razón. 2. Conforme a ella”. Puede verse que el Diccionario le da un significado de lo que pa-

²⁰ MURO ROJO, Manuel. “Formalidades y requisitos para contraer matrimonio”. En: “El Código Civil comentado”. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. p. 88.

rece correcto dentro de un contexto social determinado. Por eso se refiere tanto a la razón, como a lo arreglado, a lo justo.

De ello se tiene, en primer lugar, que la razonabilidad es el rechazo de la arbitrariedad por ser contraria a la razón y a un elemental sentido de justicia²¹. En segundo término, la razonabilidad se debe fundar en argumentos de carácter objetivo y no subjetivo; vale decir, no depende de lo que una persona pueda considerar correcto, y tampoco de lo que beneficie a una persona o a un pequeño grupo²². Por último, la razonabilidad exige imparcialidad, en el sentido de que quien actúa no beneficie impropialemente más a uno que a otros, y justificación técnica cuando la haya, es decir, el recurso a los conocimientos humanos en general para fundamentar las decisiones²³.

Se puede concluir, entonces, que por “causas razonables” debe entenderse a aquellos hechos y circunstancias que cumplen el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como una respuesta adecuada a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante, sostenidos en argumentos de razonamiento objetivos y no subjetivos, en valores y principios aceptados y que requiere un tratamiento imparcial al fundamentar decisiones.

En ese sentido, “por causas razonables no debe interpretarse cualquier situación que, por justificada que sea desde el punto de vista de los contrayentes, sirva de argumento para otorgar la dispensa; sino que, dada la amplitud y generalidad de la expresión, 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 puede entrañar contra la institución jurídica del matrimonio la aplicación arbitraria e indiscriminada de la

norma o si se abusa de ella al punto de convertir a la dispensa en una solicitud de recurrencia común haciéndole perder su carácter excepcional”²⁴.

Tal el caso, por ejemplo, de dispensarse de la publicación de los avisos por la proximidad, a la realización de la ceremonia matrimonial, de un viaje al extranjero por asuntos personales que debían tratar los propios contrayentes. Así las cosas, no se está frente a una causa razonable para otorgar la dispensa de la publicación de los avisos.

En efecto, se comprueba que la dispensa está fundamentada en argumentos de carácter subjetivo y no objetivo, desde que la verdadera motivación del viaje al extranjero no era sino “asuntos personales” de los propios contrayentes, no existiendo referencia alguna que vincule el traslado aéreo con ocasión de la celebración de la boda o con la calidad de los contrayentes de ser personas notoriamente conocidas y cuyo detalle de sus vidas privadas inclusive ha sido objeto de difusión en medios de comunicación masiva o con la regularización de una pública unión de hecho preexistente al matrimonio.

De otro lado, en el otorgamiento de la dispensa por la autoridad competente para celebrar el matrimonio debe apreciarse la justificación técnica; vale decir, que la concesión de la dispensa no puede “justificarse” en el mismo pedido formulado por los contrayente sin mayor análisis de la situación particular de los pretendientes y del entorno que puede resultar afectado si se omite la publicación del aviso, así como los peligros que puede entrañar contra la institución matrimonial. Lo contrario, denotaría falta de imparcialidad y la aplicación arbitraria e indiscriminada de la dispensa, haciéndole perder su carácter excepcional.

²¹ “38. Por ello, el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200 de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00090-2004-AA del 5 de julio de 2004.

²² “3. [...] En cualquier circunstancia, sin embargo, la idea central no es otra que la de una distinción por razones objetivas y no, pues, por criterios meramente subjetivos o carentes de razonabilidad”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02497-2002-AA del 27 de enero de 2002.

²³ “6. En cuanto al tercer supuesto, se debe considerar que dentro del ámbito de la discrecionalidad técnico-administrativa, existe una presunción de razonabilidad o certeza respecto del tratamiento imparcial y de la fundamentación técnica en la que se sustentan sus decisiones”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0141-2002-AA del 23 de octubre de 2002.

²⁴ ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Dispensa de la publicación del aviso matrimonial”. En: “El Código Civil comentado”. pp. 103-104.

Por otro lado, y en cuanto a la exigencia de que los contrayentes deben haber cumplido con presentar “todos” los documentos mencionados en el artículo 248 del Código Civil para otorgar la dispensa del aviso, una interpretación conforme con el principio de promoción del matrimonio de los artículos 249 y 252 del Código Civil permite inferir que, si los contrayentes cuentan con la dispensa judicial que los exonera de la presentación algunos documentos, cuando sean de muy difícil o imposible obtención, también pueden obtener la dispensa para no publicar el aviso matrimonial, por cuanto la primera dispensa equivale a sustituir la documentación²⁵.

Además y conforme al principio de promoción del matrimonio, en la medida que se cumplan las exigencias del artículo 252 del Código Civil, la dispensa de publicación del proyecto matrimonial también alcanza a los avisos que deben fijarse en otra jurisdicción municipal distrital, si fuere diverso el domicilio de los contrayentes, a que se refiere el artículo 251 del Código Civil. Redunda a favor de esta interpretación, la generalidad con la que se alude en el artículo 252 del Código Civil a los “avisos” que deben ser publicados. Ello sugiere, también, que no habiéndose distinguido unos u otros, la dispensa alcanza a todos.

De acuerdo con lo expuesto, la falta de publicidad del proyecto matrimonial, como una dispensa otorgada sin observar las previsiones del artículo 252 del Código Civil conforme a lo expuesto para esta segunda etapa del procedimiento civil-administrativo para casarse, efectivamente da lugar a la nulidad del matrimonio así celebrado.

IX. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LOS VICIOS EN LA DECLARACIÓN DE LA APTITUD NUPCIAL DE LOS CONTRAYENTES

La declaración de la aptitud nupcial de los contrayentes es la tercera etapa del procedimiento administrativo previo a la ceremonia del matrimonio civil. De conformidad con el 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 noticias de ningún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes y que pueden contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes”.

Al respecto, se debe precisar que la declaración de capacidad de los pretendientes no significa que no existe impedimento matrimonial alguno, por cuanto la aptitud nupcial de los pretendientes es vulnerable hasta el mismo momento de la celebración del matrimonio y, en el supuesto de estar ya casados, aquellos pueden quedar sometidos a una eventual invalidez del acto. Por eso, tal declaración solo se limita a declarar que los pretendientes pueden casarse.

Debe destacarse que la declaración de la aptitud nupcial o capacidad de los contrayentes para celebrar el matrimonio solo se puede producir luego de transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos que, conforme al artículo 250 del Código Civil, es de ocho días²⁶; no pudiéndose sostener que la dispensa de la publicación de los avisos importe la supresión del plazo previo para la declaración de la aptitud nupcial, por cuanto tal “aptitud de los pretendientes para casarse es vulnerable hasta el mismo momento de la celebración del matrimonio”²⁷, momento hasta el cual se puede formular oposición o denunciar impedimentos.

Siendo así, no es posible que un matrimonio pueda ser celebrado válidamente antes de transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos, por cuanto es, luego de transcurrido dicho plazo, que procede la declaración de la aptitud nupcial o capacidad de los contrayentes para celebrar el matrimonio, conforme al artículo 258 del Código Civil.

En efecto y como se ha explicado, la determinación de los elementos del modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado pasa, necesariamente, por interpretar la disposición contenida en el artículo 4 de la Constitu-

²⁵ *Ibid.* p. 105.

²⁶ Siendo este el término que debe transcurrir, desde la fecha del otorgamiento de la dispensa de la publicación de los edictos, para la celebración del matrimonio, sin que se afecte el derecho de los terceros y el deber del Ministerio Público de formular oposición al matrimonio.

²⁷ MURO ROJO, Manuel. “Declaración de capacidad de los contrayentes”. En: “El Código Civil comentado”. p. 129.

ción de 1993 con los tratados internacionales sobre derechos humanos²⁸, conforme a los cuales, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello que no afecten el principio de no discriminación, y con plena igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidades.

Por lo que, resulta evidente que el derecho a contraer matrimonio se debe ejercer cumpliendo con “las condiciones requeridas para ello”. Tales “condiciones” son los elementos estructurales o esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234 del Código Civil: (i) La diversidad de sexo de los contrayentes; (ii) el consentimiento matrimonial; (iii) la aptitud nupcial; y, (iv) la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

Precisamente, y con relación a la aptitud nupcial, la ley, con vistas a favorecer la celebración del matrimonio, en lugar de fijar requisitos positivos de aptitud o habilidad para contraerlo, parte del principio de que todas las personas están aptas para hacerlo, salvo las que se encuentren en las situaciones de excepción expresamente previstas como impedimentos matrimoniales.

La existencia de los impedimentos matrimoniales opera fundamentalmente en dos momentos distintos:

- a) Antes de la celebración del matrimonio: Como causa de oposición a su celebración por parte de los legitimados a oponerse, 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.
- b) Después de la celebración del matrimonio: Operarán como causa de invalidez del matrimonio si se trata de impedimentos dirimentes, o de la aplicación de las sanciones civiles si se trata de impedimentos impeditivos.

De acuerdo con ello y desde una perspectiva constitucional, el derecho a formular oposición y/o denunciar impedimento forma parte del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, por lo que, el hecho que un matrimonio se celebre antes del vencimiento del plazo para la publicación de los avisos, constituye una violación al derecho de terceros, así como al deber del Ministerio Público, de formular oposición al matrimonio y/o denunciar la existencia de impedimentos para contraer matrimonio.

Se debe recordar que el plazo para la publicación de los avisos es de ocho días, de acuerdo con el artículo 250 del Código Civil; siendo este el término que, además, debe transcurrir, desde la fecha del otorgamiento de la dispensa de la publicación de los edictos, para la celebración del matrimonio, sin que se afecte el derecho de los terceros y el deber del Ministerio Público de formular oposición al matrimonio.

Por supuesto que la omisión de la declaración de la capacidad de los contrayentes o aquella otorgada sin atender a las previsiones anotadas, que es la tercera etapa del procedimiento para casarse, constituye un incumplimiento del trámite previsto para tal propósito y, por ende, ese hecho sustentaría la invalidación del matrimonio así celebrado.

X. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LOS VICIOS EN LA CEREMONIA MATRIMONIAL

El artículo 259 del Código Civil regula la ceremonia ordinaria de celebración del matrimonio, entendida como el acto público con el que el trámite para casarse termina; la que, salvo el caso excepcional del matrimonio de urgencia o *in articulo mortis* (artículo 268), sólo es posible realizar después de haberse cumplido los trámites preparatorios de declaración del propósito matrimonial, publicación del proyecto y declaración expresa de capacidad nupcial²⁹.

Como, por regla general, el matrimonio debe celebrarse en la Municipalidad, resulta claro que la ceremonia se realice públicamente. Ello

²⁸ Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Óp. cit. p. 181.

importa que “en rigor, puede asistir a ella cualquier persona, tenga o no legítimo interés en la celebración o en la no celebración de dicho acto”. La publicidad de la ceremonia ordinaria de celebración del matrimonio tiene por función, pues, garantizar “el cumplimiento de las formalidades” y su importancia es evitar “la consumación de matrimonios clandestinos, en los cuales, en la mayoría de casos, se pretende ocultar vicios que acarrearían la nulidad del acto”³⁰.

Debe destacarse que el artículo 265 del Código Civil autoriza al alcalde a que, excepcionalmente, pueda celebrar el matrimonio fuera del local de la municipalidad; sea en el domicilio de uno de los contrayentes, en el salón de un club social o en lugares similares donde se realizarán los agasajo y festividades posteriores. Ello exige que, al momento de otorgar la concesión, la autoridad sustente razonablemente el carácter “excepcional” del cambio de lugar de celebración del matrimonio. Así, por ejemplo, la imposibilidad para alguno de los contrayentes de trasladarse al local de la municipalidad.

En tales circunstancias, el carácter público de la ceremonia no puede ceder, por más que se realice en un lugar privado o de acceso restringido. Ello es así, por cuanto “[...] el matrimonio así verificado debe llenar todas las formalidades del que se celebra en el local municipal, pues la mente de la ley ha sido, no la de amparar eventualmente la clandestinidad (que puede ocultar una coacción), sino evitar el daño que podría seguirse de la negativa a celebrar el casamiento fuera de la municipalidad”³¹.

Siendo así y de conformidad con el artículo 2.9 de la Constitución, la previsión del artículo 259 sobre el carácter público de la ceremonia matrimonial se presenta como un supuesto excepcional al derecho de inviolabilidad del domicilio, configurado bajo reserva legal y sustentado en la seguridad de las personas por cuanto hasta el mismo momento del acto matrimonial se puede formular oposiciones a su celebración y/o denuncias de impedimen-

to matrimonial. El principio de promoción del matrimonio redundaría en ello, por cuanto lo que se pretende es fomentar la celebración de matrimonios válidos.

Vale decir que, por ser de naturaleza pública la ceremonia matrimonial, “no podría restringirse arbitrariamente el acceso de las personas que desearán presenciarla”³². Por tanto: Que la ceremonia matrimonial se realice públicamente importa que puede asistir a ella cualquier persona, tenga o no legítimo interés en la celebración o en la no celebración de dicho acto; con lo que se garantiza el cumplimiento de las formalidades y se evita la consumación de matrimonios clandestinos.

Por lo que el hecho de no permitirse el ingreso al lugar, público o privado, donde se está desarrollando la ceremonia matrimonial, constituye una vulneración a la publicidad del matrimonio; más aún cuando, con ello, se impide formular oposición al matrimonio y/o denunciar causales de impedimento. No obsta a lo señalado, la concurrencia de los testigos de presencia de la ceremonia matrimonial, por cuanto ellos no garantizan la publicidad del acto.

Se debe distinguir entre los testigos de conocimiento de los testigos de presencia de la ceremonia matrimonial. Los primeros son aquellos que, siendo mayores de edad y conociendo a los contrayentes por lo menos desde tres años antes, depondrán bajo juramento acerca de si existe o no algún impedimento, conforme al artículo 248 del Código Civil. Los segundos son aquellos cuya presencia sólo es exigida para dejar constancia de la celebración del acto, de acuerdo con el artículo 259 del Código Civil.

Como bien se advierte, estos últimos testigos “cumplen un papel de fedatarios en el acto de celebración del matrimonio, pues su función es dejar constancia de que el mismo se ha realizado; sin tener la facultad de pronunciarse respecto a la validez del acto”³³. Siendo así, los testigos deben estar presentes y atentos a la realización de la ceremonia, durante todo el

³⁰ MURO ROJO, Manuel y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Formalidad de la celebración del matrimonio”. En: “El Código Civil comentado”. p. 132.

³¹ CORNJEIO CHAVEZ, Héctor. Óp. cit. p. 185.

³² BELLUSCIO, Augusto César. Óp. cit. p. 258.

³³ MURO ROJO, Manuel; y ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Formalidad de la celebración del matrimonio”. Óp. cit. p. 259.

tiempo que ella tome, hasta su conclusión. Lo contrario desnaturaliza su rol en la celebración del matrimonio. La ley sólo exige que los testigos sean mayores de edad y vecinos del lugar.

Conforme con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra vecino significa: “Vecino, na: Del lat. *vicinus*, barrio, lugar. 1. Que habita con otros en un mismo pueblo, barrio o casa, en habitación independiente. 2. Que tiene casa y hogar en un pueblo y contribuye a las cargas o repartimientos, aunque actualmente no viva en él. 3. Que ha ganado los derechos propios de la vecindad en un pueblo por haber habitado en él durante el tiempo determinado por ley”. Mientras que vecindad es: “Vecindad: Del lat. *vicintas*. Calidad de vecino. 2. Conjunto de las personas que viven inmediatas las unas de las otras. 3. Conjunto de personas que viven en una población o en parte de ella, vecindario. 4. Contorno o cercanías a un lugar”. Por último, el vocablo lugar significa: “Lugar: De *lo-gar*. Espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera. 2. Sitio o paraje. 3. Ciudad, villa o aldea. 4. Población pequeña, menor que villa y mayor que aldea”.

Conforme al principio de promoción del matrimonio, la frase “vecinos de lugar” no puede ser interpretada de manera restringida, para considerar que sólo pueden ser testigos quienes sean vecinos de los contrayentes, por vivir en el mismo distrito. Ello constituye una limitación irrazonable y desproporcionada al aludido principio constitucional. Por el contrario, y conforme al mencionado precepto constitucional, debe optarse por una interpretación amplia; de tal manera que por “vecinos del lugar” debe comprenderse a toda persona que habita en la ciudad, pues en la misma también habitan los contrayentes.

La celebración del matrimonio importa un procedimiento de naturaleza civil-administrativa, en el que la autoridad competente garantiza el control de la legalidad en la concurrencia de los elementos estructurales del matrimonio como acto jurídico.

Cabe anotar que la autoridad competente para celebra el matrimonio es: (i) El alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de los contrayentes (artículo 248 del Código Civil); (ii) el comité especial constituido por la

autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía, en las comunidades campesinas y nativas, (artículo 262 del Código Civil); y, (iii) los jefes del registro del estado civil en las capitales de provincia en las que la Oficina del Registro Civil estuviese a cargo de funcionarios especiales (artículo 263 del Código Civil).

De acuerdo con ello, se tiene que la facultad de llevar a cabo la ceremonia del matrimonio compete, como regla general, al alcalde de la localidad donde se efectuó la declaración del proyecto matrimonial de los contrayentes. Sin embargo, la ley prevé la posibilidad de que el alcalde competente pueda delegar dicha facultad, bien a otras personas, por lo general de la misma localidad (artículo 260 del Código Civil) o a otro alcalde de localidad distinta (artículo 261 del Código Civil), debiendo dejarse constancia, en el acta de casamiento, de la intervención por delegación.

A su vez, el artículo 260 del Código Civil contempla la delegación al interior de la propia municipalidad (regidores o funcionarios municipales), a personas ajenas a la municipalidad (directores o jefes de hospitales o de establecimientos análogos) y al párroco o el Ordinario del lugar. Cabe anotar que la disposición legal citada no precisa si la delegación es genérica para la celebración de diversos matrimonios aún no determinados en forma específica, o es específica para cada acto de casamiento en particular.

Toda vez que es regla general que la facultad de llevar a cabo la ceremonia del matrimonio civil corresponde al alcalde de la localidad donde se efectuó la declaración del proyecto matrimonial de los contrayente, la delegación de esa facultad debe ser específica –para cada acto de casamiento en particular– desde que es una situación de excepción frente a tal regla general. Por el contrario, la delegación genérica desvirtúa el carácter general de la competencia funcional que corresponde al alcalde³⁴.

El principio de promoción del matrimonio también contribuye a favor de esta conclusión, por cuanto la intervención del funcionario competente es un elemento esencial y estructural del matrimonio como acto jurídico, siendo necesario el control de la facultad de delegación.

³⁴ Ibíd. p. 137.

Siendo así, en el expediente matrimonial debe constar el documento y/o resolución pertinente que delegue en la persona de un funcionario de la municipalidad la facultad de celebrar el matrimonio a que se refiere. Una delegación genérica constituye un incumplimiento de un trámite previsto y por ende invalida el matrimonio.

XI. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA CONVALIDACIÓN DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CELEBRADO INOBSERVANDO LA FORMA PRESCRITA PARA CASARSE

Como se ha explicado, el principio de promoción del matrimonio impregna al régimen legal de invalidez del matrimonio de características particulares que apuntan a la conservación del vínculo por medio de su convalidación, no obstante haber sido celebrado con algún vicio que lo invalide; lo que diferencia este régimen del relativo a la invalidez del acto jurídico en general. Por ello, es correcto sostener que el régimen de invalidez del matrimonio es un régimen especial, al que no se puede aplicar, ni siquiera supletoriamente, las disposiciones del régimen general de invalidez del acto jurídico.

Una de esas notas especiales es que, por el principio de favorecer las nupcias, en el régimen legal de invalidez del matrimonio se determinan de manera expresa los casos en que la unión matrimonial deba convalidarse, no obstante haber sido celebrada con algún vicio. Esa convalidación se produce cuando se verifican los supuestos de hecho contemplados en la ley.

Así, 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 del parentesco (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 los contrayentes han actuado de buena fe y subsanan las omisiones en que se ha incurrido (inciso 8 del artículo 274 del Código Civil); en lo que se refiere a la anulabilidad del matrimonio del impúber, aquel se convalida por alcanzar este la mayoría de edad y cuando la mujer ha concebido (inciso 1 del artículo 277 del Código Civil).

Igualmente, la vida común de los cónyuges es otro supuesto de hecho convalidante pues impide demandar la anulabilidad del matrimonio por quien pretende alegar la causal de haber celebrado un matrimonio no hallándose en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera (inciso 4 del artículo 277 del Código Civil).

Conforme a lo que se viene exponiendo, interesa el supuesto de convalidación previsto en el inciso 8 del artículo 274 del Código Civil. Esta disposición legal establece que “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”.

De acuerdo con la norma citada, para que se produzca la convalidación deben concurrir dos condiciones: (i) Que ambos contrayentes hayan actuado de buena fe; y, (ii) que se subsane la omisión.

Con relación a lo primero, la existencia de la buena fe va ligada a la ignorancia del motivo invalidador del matrimonio. Esta ignorancia constituye el fundamento de la protección dispensada, exigiéndose ello a ambos consortes. Si uno de ellos procedió con pleno conocimiento del motivo invalidador del matrimonio, este no podrá ser subsanado. La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia aplican aquí el principio de que la buena fe se presume, lo cual constituye un verdadero estándar jurídico. Esta presunción se destruye con la prueba del conocimiento de la causa de invalidez. Es una presunción *iuris tantum*, desvirtuable por la prueba contraria.

Pero es precisa la prueba; es decir, no bastará la afirmación o los meros indicios o conjeturas del conocimiento de la causa invalidatoria. Por tanto, si la mala fe no es alegada y probada, la buena fe habrá de presumirse. Téngase presente que la prueba de la mala fe puede consistir en cualquier medio admitido, congruente con la causa de invalidez invocada en la demanda. En tal sentido, es conveniente apuntar que la aplicación del principio o estándar de buena fe, juega en este caso, como categoría residual, a falta de prueba de los hechos que infieren directamente el obrar de buena o de mala fe.

Pero, en el presente caso, la causa de invalidez invocada en la demanda es haber celebrado

un matrimonio con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 del Código Civil. Desde que se trata de una forma prescrita en la legislación, el principio o estándar de la buena fe no se ve perjudicado por la ignorancia de la ley, es decir, por el desconocimiento cabal del procedimiento para casarse, por cuanto el último párrafo del artículo 284 precisa que “el error de Derecho no perjudica la buena fe”.

Hay error de Derecho cuando, conociéndose la existencia del hecho, se ignora que él constituye impedimento legal. Siendo la buena fe un estado de ánimo, el que no sabe que existe una dificultad no puede prevenirla ni evitarla. La ignorancia de las leyes es el estado común de las personas, a quienes precisamente por eso debe protegerse en todos los casos en que advierte que se les ha engañado aprovechando de su buena fe. Por ello, en nuestro sistema jurídico se ha optado por esta solución³⁵.

En buena cuenta, los contrayentes deben ser orientados por la autoridad competente para celebrar el matrimonio sobre los requisitos y demás formalidades que se deben cumplir para tal propósito. De acuerdo con ello, la falta de información o una actuación incorrecta por parte de dicha autoridad, no perjudicará la buena fe de los contrayentes, quienes deben haber obrado según lo manifestado.

Por el contrario, la mala fe importará la demostración de actos imputables a los propios pretendientes. Así, si son los contrayentes quienes presentan documentos falsos o adulterados (partidas inexistentes del registro civil, edictos supuestamente publicados, etcétera) para obtener de la autoridad competente un pronunciamiento conducente a la celebración del matrimonio.

Respecto de lo segundo, la subsanación de la omisión “importa realizar aquello que se dejó de hacer involuntariamente”³⁶. Pero, como bien se ha señalado, la subsanación está referida a aquellos actos que los pretendientes dejaron de hacer.

Resulta evidente que los pretendientes no podrán subsanar las omisiones de la propia autoridad competente. Es más, la propia autoridad

competente no puede subsanar los actos por ella no realizados. Esto último se sustenta en la naturaleza civil-administrativa del procedimiento para casarse. En efecto, la propia autoridad competente no podrá promover de oficio la revisión de los actos administrativos emitidos por ella misma, dentro del procedimiento para casarse, por cuanto el ordenamiento jurídico ha previsto como causal de nulidad el que un matrimonio sea celebrado con prescindencia de las formalidades previstas en el Código Civil y ha otorgado a los órganos jurisdiccionales que integran la justicia especializada familiar, la competencia para conocer y resolver ello.

Por tal razón, no procede que la autoridad competente declare la nulidad de oficio de los actos administrativos expedidos dentro del procedimiento para casarse, conforme el artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tampoco procede su revocación por cuanto la autoridad competente emite actos administrativos declarativos y constitutivos de derechos durante el procedimiento para casarse, de acuerdo con el artículo 203 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Si se recuerda las diligencias previas a la ceremonia del casamiento, previstas en nuestro ordenamiento jurídico, se puede advertir los actos que deben realizar los pretendientes, que son los que estos pueden subsanar si no se realizaron, y los que corresponde efectuar a la autoridad competente para celebrar el matrimonio, que no pueden ser objeto de subsanación alguna; a saber:

- La declaración de la propuesta matrimonial ante la autoridad competente:
 - a) Los pretendientes deben declarar oralmente o por escrito su intención de contraer matrimonio, acompañando los documentos que fueren necesarios según las circunstancias, además de dos testigos de conocimiento.
 - b) La autoridad competente para celebrar el matrimonio recibe la declaración oral o escrita de los pretendientes, que contiene su intención de contraer matrimonio;

³⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. “Manual de Derecho de Familia”. Lima: Gaceta Jurídica. 2002. pp. 91-92.

³⁶ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. “Causales de nulidad del matrimonio”. En: “El Código Civil comentado”. p. 187.

además de los documentos y la declaración de los testigos de conocimiento.

- c) El juez de primera instancia puede dispensar la presentación de alguno de ellos cuando sean de muy difícil o imposible obtención.

- La publicidad del proyecto matrimonial:

- a) La autoridad competente 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 y, si este último medio no lo hubiera, el aviso se efectuará a través de una emisora radial.

La autoridad competente debe oficiar al alcalde que corresponda para que en esta jurisdicción también se realice la publicación del matrimonio proyectado, si fuere diverso el domicilio de los contrayentes.

La autoridad competente para celebrar el matrimonio puede dispensar la publicación de los avisos, si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos.

- b) Los pretendientes deben recabar los avisos que se publicarán una sola vez en el periódico o que se anunciará en la emisora radial, según sea el caso.

Los pretendientes pueden solicitar por escrito la dispensa de la publicación de los avisos, acreditando las causas razonables de su pedido.

- La declaración de la aptitud nupcial de los contrayentes:

- a) La autoridad competente para la celebración del matrimonio declarará la capacidad de los pretendientes y que pueden contraer matrimonio, luego de transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos; la que tiene una vigencia de cuatro meses, dentro de los cuales debe realizarse el matrimonio.

De ello se tiene que los pretendientes no pueden subsanar los actos de la autoridad competente, como son: (i) El oficio que debe cursarse al alcalde de otra jurisdicción para que se rea-

lice la publicación del matrimonio proyectado, si fuere diverso el domicilio de los contrayentes; (ii) la resolución por la que se dispensa la publicación de los avisos, si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos; (iii) la resolución por la que se declara la capacidad de los pretendientes y que pueden contraer matrimonio; y, (iv) la resolución por la que delega a otro funcionario municipal, la realización de la ceremonia de un matrimonio en particular.

Debe advertirse que, como lo que se pretende con la subsanación es la pervivencia de la unión matrimonial, debe concluirse que ello puede ser realizado por cualquiera de los cónyuges; por lo que, si uno de ellos se encuentra impedido de hacerlo por alguna causa permanente o temporal, el otro lo puede realizar. El principio de promoción del matrimonio refuerza esta conclusión. Por lo mismo, la subsanación debe ser total respecto de las omisiones en que se haya incurrido. No se producirán los efectos convalidantes si la subsanación es sólo parcial.

Los pretendientes sólo pueden subsanar las omisiones referidas a actos que debieron ser realizados por ellos mismos y no los que corresponde efectuar a la autoridad competente para celebrar el matrimonio; los que, incluso, resultan insubsanables.

De otro lado y en atención a la naturaleza civil-administrativa del procedimiento para casarse, la subsanación de las omisiones en que se haya incurrido durante el trámite debe realizarse en sede administrativa –la de la autoridad que ha celebrado el matrimonio– y sólo puede efectuarse en tanto no se haya interpuesto demanda de nulidad del matrimonio por no haberse observado el procedimiento para casarse. Ello es así, por el principio de independencia judicial por el que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, a que se refiere el artículo 139.2 de la Constitución de 1993.

Ello no obsta que el órgano jurisdiccional, durante el proceso de nulidad del matrimonio, asuma una conducta acorde con la convalidación en la medida que la promoción del matrimonio incube al Estado de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución; no sólo cuando se formule una reconvencción en ese sentido,

sino también cuando –luego de los actos postulatorios– una parte alegue la producción de dicha convalidación.

En concordancia con ello y conforme al principio de promoción del matrimonio, el legislador ha previsto una vía procedimental específica en la que debe conocerse y resolverse la demanda de nulidad por inobservarse el procedimiento para casarse.

XII. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA LEGITIMACIÓN PARA DEMANDAR LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CELEBRADO INOBSERVANDO LA FORMA PRESCRITA PARA CASARSE

Conforme a lo explicado, el principio de promoción del matrimonio impregna al régimen legal de invalidez del matrimonio de características particulares que apuntan a la conservación del vínculo por medio de su convalidación, no obstante haber sido celebrado con algún vicio que lo invalide; lo que diferencia este régimen del relativo a la invalidez del acto jurídico en general. Por ello, es correcto sostener que el régimen de invalidez del matrimonio es un régimen especial, al que no se puede aplicar, ni siquiera supletoriamente, las disposiciones del régimen general de invalidez del acto jurídico.

Una de esas notas especiales es que, por el principio de favorecer las nupcias, en el régimen legal de invalidez del matrimonio se contempla un sistema particular relativo a la legitimidad para ejercitar la pretensión de invalidez del matrimonio, sea nulidad o anulabilidad.

Así, la ley en forma expresa señala los casos de reserva de su ejercicio a favor de uno o de ambos cónyuges que han actuado de buena fe, toda vez que las nupcias los vinculan directamente, de tal manera que la pretensión de invalidez de matrimonio, sólo puede ser interpuesta por cualquier interesado. En estos supuestos, la pretensión no se trasmite a los herederos, quienes sólo pueden continuar la iniciada por el causante en vida (artículo 278 del Código Civil).

En los casos en que no existe tal reserva, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés; por lo que los herederos pueden tan-

to ejercerla como continuar el proceso iniciado por el causante (artículo 279 del Código Civil). En estos supuestos, la actuación de los herederos es a título propio y originario, pues pueden ejercer la pretensión estando vivo el causante. Por ello, no se está frente a una acción concedida *iure hereditatis*, sino *iure proprio*. El término “heredero” se utiliza para identificar a las personas que tienen vocación hereditaria frente a uno de los contrayentes; siendo éstas las únicas legitimadas para ejercer la pretensión. Por ello, los herederos proceden no como sucesores sino a título propio.

Se debe precisar que los supuestos de reserva de la pretensión son los previstos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 274 y todos los incisos del artículo 277 del Código Civil. Queda claro que en los demás casos del artículo 274 (incisos 4 al 8) del Código Civil no existe reserva alguna.

Esta debe ser la interpretación del artículo 275 en relación con los artículos 274 y 277 del Código Civil. El primero dispone que “la acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual”. En concordancia con los artículos 274 y 277 del Código Civil, debe concluirse que la acción de nulidad y anulabilidad del matrimonio puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual, en los casos en que expresamente no se haya reservado su ejercicio a los cónyuges.

Aquí, lo que se pretende por el principio de promoción del matrimonio es que sea el cónyuge de buena fe quien dirima este asunto. Si quiere seguir casado, simplemente no ejerce la pretensión, no pudiéndolo hacer nadie en los casos en que la ley le reservó su ejercicio.

De acuerdo con lo expuesto, cualquier persona con interés legítimo y actual puede ejercer la pretensión de nulidad del matrimonio que ha sido celebrado con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 del Código Civil. Para esta causal no se ha previsto expresa reserva a favor de los cónyuges.

De otra parte, el artículo 280 del Código Civil señala: “La invalidez del matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad”. La invalidez del matrimonio es una acción de estado de familia relati-

va al estado matrimonial³⁷. Del mismo modo que el estado de familia en sí es inherente a la persona, también lo son las acciones de estado de familia. Ello significa, en principio, que la acción de invalidez del matrimonio sólo puede ser ejercitada personalmente por los propios cónyuges y por quienes sean autorizados por ley para ello; lo que implica que únicamente pueden comparecer por sí mismos al proceso.

Sin embargo, la inherencia personal de las acciones de estado de familia se ve limitada cuando la ley reconoce expresamente la posibilidad de conferir representación designando apoderado judicial. Este es el caso del artículo 280 del Código Civil, por el cual el legislador dejó sentado que, los legitimados para ejercer la pretensión de invalidez del matrimonio, pueden comparecer al proceso, como demandantes, por sí mismos o confiriendo representación designando apoderado judicial.

La norma legal citada exige que el apoderado esté facultado expresamente y por escritura pública. Se trata de un poder especial en el que conste la voluntad expresa del poderdante de buscar la nulidad de un determinado matrimonio, con indicación de la causal a invocarse. Todo ello, bajo sanción de nulidad. Estas exigencias formales se sustentan en el principio de promoción del matrimonio, pues se trata de una medida destinada a “tutelar esta institución, en la medida que la invalidez no opera *ipso iure*”³⁸.

Se trata de una norma de naturaleza procesal contenida en el Código Civil, la que debe ser aplicada concordantemente con las disposiciones relativas a la representación procesal del Código Procesal Civil. Se trata, pues, de un supuesto de representación voluntaria; que, para su eficacia procesal, no requiere que el poder esté inscrito en los Registros Públicos (artículo 72 del Código Procesal Civil) y que se presume aceptado por su ejercicio (artículo 71 del Código Procesal Civil).

De acuerdo a lo expuesto, el derecho de acción de invalidez del matrimonio podrá ser

ejercitado, personalmente o a través de sus apoderados, por los propios cónyuges y por quienes sean autorizados por ley para ello; evidenciándose, así, que la previsión del artículo 280 del Código Civil no constituye una limitación o restricción del ejercicio del derecho de acción, conforme con el artículo 3 del Código Procesal Civil.

XIII. CONCLUSIONES

- Los elementos del nuevo concepto constitucional de matrimonio quedan referidos a una convivencia monogámica, formalmente constituida, sin libre ruptura, en la que es indiferente el sexo de los contrayentes, que no integran una familia nuclear, que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades, que la ley ha de regular sin distinción por razón de sexo u orientación sexual; diferenciándose el matrimonio heterosexual del homosexual por la aptitud para la procreación
- La forma matrimonial es un conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial. Importa un procedimiento de naturaleza civil-administrativa, en el que la autoridad competente garantiza el control de la legalidad en la concurrencia de los elementos estructurales del matrimonio como acto jurídico; esto es, verifica la identidad de los contrayentes, comprueba su aptitud nupcial y recibe la expresión del consentimiento matrimonial.
- El principio de promoción del matrimonio marca de un matiz particular a la forma matrimonial, otorgándole un carácter particular a este elemento dentro de la estructura del matrimonio como acto jurídico: se trata de una forma prescrita *ad solemnitatem*, aunque atenuada en cuanto a las consecuencias de su inobservancia, pues puede ser convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

³⁷ BELLUSCIO, Augusto César. Óp. cit. p. 57.

³⁸ COELLO GARCÍA, María Elena. “Acción de invalidez por representación”. En: “El Código Civil comentado”. p. 211.