Róger Rodríguez Iturri



ADOLESCENCIA MATRIMONIO Y FAMILIA

Un estudio interdisciplinario

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1995

Adolescencia, matrimonio y familia importa una exhaustiva reflexión jurídica, moral y social a propósito de la excepcional trascendencia del matrimonio y la familia. Para tal efecto dichas instituciones son estudiadas desde muy variados ángulos. Es en esa perspectiva que la obra, luego de detenerse en el análisis de la persona del menor de edad, centra la atención en el tema del «alto riesgo» al que están expuestos los matrimonios contraídos por adolescentes. Entre otros enfoques, el matrimonio de los adolescentes es estudiado jurídicamente desde un perfil romanogermánico, anglosajón, socialista y canónico. Una cruda estadística sobre la realidad de los matrimonios de adolescentes en Lima, Perú, revela un estado y cifras muy graves. Frente a ello el autor opone la tesis de la «pública promesa de cuasi estado de matrimonio», a modo de propuesta, con la que reafirma el respeto por la familia y procura el cabal cumplimiento del orden y la finalidad matrimonial. La obra constituye en esencia una marcada reflexión crítica sobre el sistema tradicional de ingreso al matrimonio.

Róger Rodríguez Iturri (Lima, 1947), formado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, es abogado, profesor principal y magíster en Derecho. Ha dedicado en ella veintiún años a la docencia en las áreas de la deontología forense, el derecho de familia y el derecho de menores. Ha sido provisionalmente decano de la Facultad de Derecho.

(Continúa en la siguiente solapa)

Adolescencia, matrimonio y familia

RÓGER RODRÍGUEZ ITURRI

ADOLESCENCIA MATRIMONIO Y FAMILIA

Un estudio interdisciplinario

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1995

Primera edición: setiembre de 1995

En la cubierta: *Sagrada Familia con santa Ana,*
óleo de Domenico Theotokopoulos,
El Greco (1540-1614)

Diseño de la edición: Antonio Luya Cierto
Cuidado de la edición: Antonio Luya Cierto
Diagramación: Yoryina León Mejía

Adolescencia, matrimonio y familia. Un estudio interdisciplinario

Copyright © 1995 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Apartado 1761, Lima 100, Perú. Teléfs. 462-6390, 462-2540, anexo 220

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores

Derechos reservados
ISBN 84-89309-97-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

A Susana, mi esposa, con la misma adoración que me inspiran Susana, Róger y Luis Fernando, nuestros hijos.

Contenido

PRESENTACIÓN 15

INTRODUCCIÓN 19

1 FAMILIA Y CRISIS 23

1.1 Concepto de familia 25
1.2 Funciones e importancia del matrimonio y de la familia 31
1.3 Crisis del matrimonio y de la familia 36
1.4 Y el niño y el adolescente peruanos, ¿están ante una educación suficiente? 50
1.5 Descripción situacional del menor y de la familia en Perú: presentación en cifras 57

ANEXOS 65

Anexo 1 Algunos resultados de los censos nacionales de población. Ámbito: departamento de Lima 69

Anexo 2 Algunos resultados de los censos nacionales de población. Ámbito: Perú 83

Anexo 3 Opiniones de los niños y adolescentes peruanos 97

2 ¿Quién es el menor? Una explicación psicológica 107
2.1 El menor: su naturaleza y características 109
2.2 La etapa de la adolescencia y juventud 122
2.3 El razonamiento en el menor 131

3 El trabajo, una extensión del derecho a la dignidad de la persona humana. Menores y ocupación laboral 135
3.1 Antecedentes del trabajo de menores 137
3.2 ¿Y cuál es la relación entre minoridad y trabajo en el Perú de hoy? 141
3.3 ¿Es remontable la crítica situación laboral y de empleo para la minoridad en nuestro medio? 152

4 El matrimonio en el Perú: referencias historicojurídicas 157
4.1 El caso peruano: el matrimonio andino. Historia, naturaleza, caracteres 159
4.2 Los pasos históricos y la forma matrimonial 172
4.2.1 La época colonial: de 1535 a 1563 172
4.2.2 Segunda época: 1564 180
4.2.3 Tercera época: de 1569 a 1581 181
4.2.4 Cuarta época: 1681 184
4.3 El matrimonio en la República 188
4.3.1 Primera época: de 1821 a 1851 188
4.3.2 Otras leyes especiales, Código y nuestro tiempo 191

5 Estructura jurídica del matrimonio 211
5.1 Estructura jurídica del matrimonio romano 213
5.2 Estructura jurídica del matrimonio canónico 221
5.3 Estructura jurídica del matrimonio germano 234
5.4 Naturaleza jurídica del matrimonio, hoy 241
5.4.1 Concepto de matrimonio 241
5.4.2 El concepto de matrimonio en el Código Civil peruano 244

5.4.3 Los fines del matrimonio 247
5.4.4 Jurídicamente, ¿qué es el matrimonio civil? Su naturaleza 254

5.4.4.1 ¿Es un contrato?, 254; 5.4.4.2 ¿Es una institución?, 260; 5.4.4.3 ¿Es un contrato-institución?, 265; 5.4.4.4 ¿Es un acto jurídico?, 267

6 El matrimonio de menores en la legislación civil peruana 277
6.1 El matrimonio de menores en el proyecto de Código Civil de Vidaurre 279
6.2 El matrimonio de menores en el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana 286
6.3 El matrimonio de menores en el Código Civil de 1852 294
6.4 El matrimonio de menores en el Código Civil de 1936 304
6.5 El matrimonio de menores en el Código Civil de 1984 319

7 Sistemas jurídicos y Declaraciones internacionales 331
7.1 El caso del matrimonio de menores en modelos legales representativos del sistema jurídico romanogermánico 333
7.1.1 Lo legislativo 339
7.1.2 El matrimonio de menores en el Código Civil italiano 340
7.1.3 El matrimonio de menores en el Código Civil francés 346
7.1.4 El matrimonio de menores en la legislación alemana 353
7.2 El caso del matrimonio de menores en modelos legales representativos del sistema jurídico anglosajón 358
7.2.1 El matrimonio de menores en el sistema jurídico inglés 363
7.2.2 El matrimonio de menores en los Estados Unidos de América 368
7.2.3 El matrimonio de menores en el estado de California (Estados Unidos de América) 373

7.3 El caso del matrimonio de menores en un modelo legal representativo del sistema jurídico socialista 376
7.3.1 Matrimonio de menores en el Código de Familia de Cuba 385
7.4 El caso del matrimonio de menores en el sistema jurídico musulmán 389
7.4.1 La regulación del matrimonio de menores musulmán 392
7.5 El caso del matrimonio de menores en la concepción jurídica del canonismo 396
7.6 El matrimonio de menores en las Declaraciones internacionales jurídicamente vinculadas al Perú 402

8 El matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima 409
8.1 Matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima: una muestra estadística 411
8.1.1 Características de la investigación 411
8.1.1.1 Objetivo de la investigación, 411; 8.1.1.2 Oportunidad de la investigación, 412; 8.1.1.3 Base investigada, 412; 8.1.1.4 Tamaño de la muestra, 412; 8.1.1.5 Condicionamiento de la muestra, 413; 8.1.1.6 Juzgados de menores del distrito judicial de Lima en los que comúnmente se tramitaba la «Licencia judicial para el matrimonio de menores», 413; 8.1.1.7 Dirección y supervisión de la muestra, 413; 8.1.1.8 Diseño de la ficha muestral aplicada, 414
8.1.2 Descripción y resultados de la muestra 416
8.2 El matrimonio civil de menores en la Municipalidad del Cercado de Lima y en la Red municipal peruana 429

9 El amor, fundamento del matrimonio 433
9.1 La naturaleza moral del matrimonio: el ideal filosófico 435
9.2 La realidad social del matrimonio y de la familia en nuestro medio 439

9.3 ¿Por qué fracasan los matrimonios (de menores)? El asunto de la aptitud psicológica 443
9.4 ¿Por qué fracasan los matrimonios (de menores)? El asunto social 453
9.5 Aproximaciones al concepto de amor 456
9.6 Tendencia a aumentar la edad mínima para contraer matrimonio 463
9.7 ¿Por qué se casan los jóvenes en Lima? Motivo, riesgos, medidas 464
9.8 Una propuesta concreta: proyectos de ley 490
9.8.1 Pública promesa de cuasi estado de matrimonio 490
9.8.2 Impulso a la política educativa en pro del matrimonio y la familia 506
9.8.3 Comentario final 508

SINOPSIS 513

BIBLIOGRAFÍA 535

Presentación

Hace casi medio siglo, el eminente maestro universitario y jurista José León Barandiarán prologó la primera edición de nuestro Derecho familiar peruano *con algunas apreciaciones que nos parece oportuno y pertinente reproducir a propósito de la obra titulada* Adolescencia, matrimonio y familia, *que acaba de publicar Róger Rodríguez Iturri, antiguo y brillante discípulo nuestro en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y actual profesor principal de la materia desde hace varios años.*

«La elaboración de un libro –escribió entonces el maestro y jurista– que comporta siempre un largo, perseverante e intenso esfuerzo, no deja a su autor desvinculado de aquél aun después de su publicación. El libro queda sometido a la apreciación crítica de cualquier lector. Quien lo creó, ha de seguir las vicisitudes de su existencia, marcadas en este caso por los comentarios que suscite su lectura. El juicio que él merezca le confiere su mayor o menor viabilidad inmediatas en cuanto a su mérito y utilidad. Todo libro nace así con su destino y ha de recorrer su propio pathos.»

Estas apreciaciones nos parecen ahora aplicables por entero al libro del maestro Rodríguez Iturri, el cual significa una muy importante aportación a la no abundante bibliografía nacional sobre la materia.

Se trata, en realidad, de un estudio interdisciplinario de envergadura que no solamente resulta interesante por el novedoso enfoque

metodológico, sino por la circunspección de su tratamiento y la seriedad de su exposición.

«Construir una familia, un matrimonio firme, fuerte y erguido, cimentado en roca y no en arena como lo es el personalismo egoísta [...]», constituye tarea al mismo tiempo ímproba e indispensable, señala el autor. «[Construirla sobre arena,] como lo es el personalismo egoísta, la inmadurez o la irreflexión, [...] no puede menos que conducir al naufragio», agrega.

Imbuido de estas reflexiones, Rodríguez Iturri inicia, desarrolla y culmina un trabajo arduo de análisis e investigación interdisciplinario, que además resulta novedoso, al menos en nuestro país.

A lo largo del trabajo analiza un amplio abanico de temas acerca de los tipos de familia, las funciones y la crisis de ésta, la situación del menor desde los puntos de vista de la psicología y el trabajo, las cuestiones vinculadas al matrimonio procesual y al católico, el amancebamiento y la violencia, la hegemonía del matrimonio católico y la situación del matrimonio civil. Revisa luego con ahínco los elementos del matrimonio en el derecho romano y en el canónico, así como en el germánico; analiza el concepto natural del matrimonio y sus signos en el Código Civil peruano; la naturaleza del matrimonio civil y el tratamiento de este tema en el proyecto de Vidaurre, en el de la Confederación Perú-Boliviana y en los códigos civiles de 1852, de 1936 y el actualmente vigente.

Más allá el autor pasa a examinar el tratamiento del fenómeno matrimonial del menor y sus signos en los sistemas juridicolegales romanogermánico, anglosajón, socialista y musulmán, y expone luego cuidadosamente los temas relativos al matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima, con reveladoras conclusiones.

En la parte final, la obra desarrolla las más importantes cuestiones referentes a la paternidad irresponsable, la inmadurez mental del menor, la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio y las cuestiones vinculadas a la pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

Se trata, en verdad, de un trabajo riguroso, pormenorizado y

cuidadoso referente a un fenómeno de trascendental importancia como lo es el matrimonio, enfocado desde un ángulo novedoso y poco utilizado hasta ahora en nuestro medio.

La lectura atenta de la obra del distinguido maestro de la Universidad Católica habrá de ser, sin duda, de mucho provecho, no sólo para los estudiantes de la especialidad, sino para los hombres de derecho en general.

HÉCTOR CORNEJO CHÁVEZ

Introducción

El nuevo rostro del demonio en el siglo XX es el egoísmo, ese fatal hedonismo que en nombre del individualismo, del gozo propio, del utilitarismo, y del placer, ha postergado quién sabe hasta dónde el concepto y el sentido del deber en el Perú.

Y construir una familia, un matrimonio firme, fuerte y erguido, cimentado en roca y no en arena como lo es el personalismo egoísta, la inmadurez o la irreflexión, muchas veces no puede menos que conducir al naufragio. Y no sólo naufragio –de quienes un día arriesgaron (para logro de ellos) un sí recíproco–, sino también tragedia, interior o exterior, que los padres no siempre ven, de miles y miles de niños, que nacen y crecen, unos, sin ver el rostro de sus padres, y otros sin la ilusión y hasta el repudio al no querer conocerlos jamás.

Y es que el problema del Perú es el problema de la construcción de un hombre bueno.

El papa Pablo VI dijo que «[...] la educación básica es el primer objetivo de un plan de desarrollo [...]. Efectivamente el hambre de instrucción no es menos deprimente que el hambre de alimentos [...]».

Empero, la historia demostró en el Perú bastante más. Los principios materialistas propios de una sociedad como la nuestra orientaron la educación hacia la conquista permanente de *status,* sin una verdadera preocupación por las responsabilidades morales. Se hace necesaria la recusación de un sistema educativo que nunca sirvió entre nosotros sino para cultivar seudoaxiologías que han conducido a la desgracia de esta

nación. Se hace asunto de supervivencia –e impostergable– ir a la búsqueda, de verdad, de una cabal educación en valores del hombre peruano; a la forja de un nuevo tipo de hombre comprometido en el énfasis de los valores de la libertad para ser, el amor para servir, la solidaridad para hermanar, la caridad para amar, y la justicia para la paz.

Lejos, muy lejos estamos de tal destino.

Pobreza, ignorancia, corrupción, terrorismo y más..., no son causas sino efectos de un sistema –y ello involucra gravemente a la educación– que tradicionalmente ha servido y sirve en la patria no para ponderar la dimensión, la potencialidad interior de la persona, su dignidad, sino para aquilatar en grado supremo la sensualidad, y con ella el placer por sí, el placer del cuerpo humano, y también de los objetos, las cosas y los bienes.

He ahí parte del drama del hombre peruano, y buena parte de nuestra tragedia. También de la tragedia del matrimonio y de la familia en el Perú.

Y la familia es el cimiento de nuestra sociedad; mas ocurre que el matrimonio es como la primera piedra, aquella a cuya puesta todos y tantos concurren, y sin la cual no hay razón para echar de verdad los cimientos. Tal primera piedra debiera ser noble.

¿Dónde está entonces la grandeza, la nobleza, la fortaleza y la dureza de la primera piedra, razón de un matrimonio, de un hogar? En el amor.

El amor es la base del matrimonio. El amor auténtico es la respuesta al problema de la existencia humana. En palabras de Mahatma Gandhi: «[...] sin amor la verdadera vida humana no existe».

El amor es la causa y razón del matrimonio y apunta hacia la unidad del destino conyugal. Implica una participación en la suerte del otro e importa la vocación de compartir su historia personal.

Pero sin orientación y educación en el amor el matrimonio se tambalea, se torna incierto. Sin sujeción a una escala de valores genuinos, la tarea de edificar una familia es cual albur y el matrimonio juego de azar.

Diría el inmortal maestro Portalis, consejero de Napoleón en la obra del Codex a inicios del siglo XIX: «[...] la experiencia prueba que una buena educación puede extender hasta edad avanzada la ignorancia de los deseos y la pureza de los sentidos». Hoy, casi doscientos años después, el prestigioso *The Alan Guttmacher Institute* de Nueva York repite como parece inexorable que: «[...] los [jóvenes] menos educados tienen más probabilidades de contraer matrimonio siendo adolescentes [...]».

La educación en valores para el amor se hace en sí una premisa urgente para el matrimonio. Más cuando las investigaciones sobre «matrimonio de menores», que aporta este libro, alertan de un mínimo de 75,6% de matrimonios de adolescentes por razón de embarazo; de cómo 48,0% de estos matrimonios luego de cinco años de celebrados no existen o se hallan en grave estado de descomposición; o cuando se nos informa que 50,0% de hijos en este país tienen carácter de extramatrimoniales; o se aprecia que los juicios civiles sobre pensión de alimentos ostentan el mayor volumen en todos los distritos judiciales de la república, y los delitos contra la familia el tercer lugar de conflicto luego de las acciones judiciales contra el patrimonio, y contra la vida, el cuerpo y la salud.

El tema que propone esta obra interpela, desde diversas vertientes, la idoneidad y conveniencia de los matrimonios de menores en el distrito judicial de Lima. Mas no sólo desde el análisis jurídico. Moral, psicología, ciencias sociales, historia y estadística se entremezclan con el derecho para intentar dilucidar desde lo psicoafectivo «quién es el menor»; para interrogarnos sobre la crisis de la familia y sus causas; sobre la calidad y validez del consentimiento matrimonial de un adolescente y las probabilidades de pervivencia que el sistema educativo, y también el económico y laboral local, ofrecen a su matrimonio; y al introducirse el estudio en las categorías morales y filosóficas de la noción de amor conyugal, analiza con modestia, pero con bondad, el tipo de regulación jurídica que históricamente se ha ofrecido en el Perú al «matrimonio de menores», en correlato con una difícil investigación jurídica del mismo tema a nivel universal, recorriendo los grandes

sistemas jurídicos romanogermánico, anglosajón, socialista y musulmán.

La investigación, el trabajo, concluye con una innovadora propuesta legal que luce pionera en los sistemas jurídicos internacionales, y que mientras de un lado aboga por la seguridad jurídica, pretende, de otro, además, coadyuvar, ojalá con energía, a la tarea educativa pendiente en pro de matrimonios reflexivos cuya causa eficiente no sea otra que el amor.

Porque como expresan M. y K. Ryan en *Matrimonio:* «Amar es compartir: las alegrías y las penas [...]. Entre los esposos que se aman no hay tuyo ni mío [...]. Compartir en las almas y en los cuerpos. Amar es ayudarse para crecer en espíritu y en entendimiento. Es elogiar sinceramente, prontamente y muchas veces [...]. Construir algo tan difícil y tan frágil como un buen matrimonio [...]. Es decir con obras lo mucho que se aprecia al otro. Es ponerse en su lugar [...]».

Porque creemos en esta causa, presentamos a ustedes este libro.

1

Familia y crisis

1.1 Concepto de familia

«Entendida en su sentido amplio la familia es el conjunto de las personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción [...]. Hoy se entiende generalmente por familia el grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos, con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales. Subsisten, no obstante, reglas jurídicas de importancia fundadas en la antigua concepción de la familia, que comprende a todos los parientes; las más notables de ellas son las que se relacionan con la transmisión de la herencia.» [1].

«Se definirá, pues, la familia: [como] la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo, o de su calidad de cónyuges, están sujetas a la misma autoridad: la del cabeza de familia. Resulta de ello que la familia no comprende más que al marido, a la mujer y aquellos de sus hijos sometidos a su autoridad, es decir, sus hijos menores, solteros y no emancipados, porque la autoridad paterna cesa con la mayoría

[1] PLANIOL, Marcelo, y Jorge RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés,* [La] Habana, Cultural S.A., 1946, tomo II, pp. 7 y 8.

de edad, el matrimonio y la emancipación del hijo.

Sin embargo, hay que reconocer que esa definición, desde algunos puntos de vista, puede resultar demasiado restringida.»[2].

«Familia es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco [...].

La historia jurídica ulterior de la familia, es la historia de su descomposición.» [3].

Adviértase en las nociones de familia que hemos presentado, la vigencia del matrimonio, de la filiación, de la adopción, como elementos constitutivos de «familia», cuando no otras formas aún más extensas de parentesco, que terminan –para muchos– constituyendo noción de familia propiamente dicha.

«Sociológicamente, la familia ha sido considerada como "una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana" (Aristóteles), definición que, no obstante los términos aparentemente vagos en que está concebida, puede ser admitida como correcta.

Jurídicamente, la idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del derecho [...].

En sentido restringido, la familia puede ser entendida como [...] el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente sólo los menores o incapaces), y por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces.» [4].

---

[2] MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD, y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, parte I, volumen III, pp. 7 y 8.

[3] ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP, y Martín WOLFF, *Tratado de Derecho civil,* Barcelona, Bosch, 1979, tomo IV, volumen I, p. 2.

[4] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano,* Lima, Studium, 1985, tomo I, pp. 21 y 22.

De otro lado, y para efectos estadísticos y censales, hoy los conceptos modernos para entender la familia establecen, de un lado, la llamada *familia nuclear,* constituida exclusivamente por los padres y los hijos; la acompaña la denominada *familia extensa,* integrada por la familia nuclear y uno o más parientes agregados; y al lado aparece la *familia compuesta,* que es propiamente la familia nuclear, o en su caso la extensa, pero a la que se agrega alguna o algunas personas que no tienen parentesco con el jefe de familia *.

En verdad, desde una perspectiva natural, y al margen de su tipología, para nosotros la familia es una sociedad natural deviniente de la unión marital, que existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad, y que por sí ostenta derechos, y ha ostentado, por su naturaleza, derechos propios.

Desde un punto de vista valorativo, ella, la familia, constituye, por encima de una unidad jurídica, social y económica, fundamentalmente una comunidad de amor y de solidaridad que resulta insustituible para la transmisión y enseñanza de los valores esenciales que importan el desarrollo y bienestar de sus miembros, y para el bien de la sociedad[5].

Pero aún así, siguiendo al Centro Internacional Prospective (Bélgica) en «Familia y Sociedad (fichas)», es tal la diversidad de la realidad familiar a través del espacio y del tiempo, que parece complicado deducir constantes absolutas acerca de un modelo familiar ideal. La evolución futura de la familia no es nada fácil de prever [6].

---

* Desde el punto de vista censal se suele recurrir a la técnica de considerar «familia» a todos aquellos que viven bajo un mismo techo y comparten las comidas principales del día. Desde tal punto de vista, el censo nacional de 1981 determinó que el tipo más importante de «familia» en el Perú, particularmente en las áreas rurales, es la definida como «familia nuclear»; empero, en las áreas urbanas las familias «extendidas» y «compuestas» representaban un 40% del total de hogares mientras que en el campo sólo constituían el 33%, según Héctor Cornejo Chávez (*Derecho familiar peruano,* tomo I, pp. 21 y 22).

[5] *Carta de los derechos de la familia* (documento vaticano), Lima, Comisión Episcopal de Familia, 1983, p. 6.

[6] Centro Internacional Prospective, «Familia y sociedad (fichas)», *Encuentro,* Lima, Centro de Proyección Cristiana, n.º 7, 1980, p. 99.

En lo que a nosotros concierne, creemos que es importante no uniformar el concepto de familia en el Perú. Pensamos que en respuesta a las circunstancias pluriculturales de nuestro país, en efecto frente a ellas se hallan diversos tipos familiares.

En la costa, la familia parece responder a características de orden nuclear. Se advierten tendencias monogámicas. Se funda, cuando menos hipotéticamente, en principios como la fidelidad, la cohabitación y asistencia, aun cuando resulta cada vez más evidente que nos hallamos ante una severa crisis.

La familia nuclear, cuando no costeña, provoca efectos personales y patrimoniales que se hallan regulados en el vigente Código Civil de 1984. Su prole está sujeta hasta los 18 años a la patria potestad. La «familia costeña», por llamarla así, se encuentra influenciada por preceptos y principios jurídicos tratados en el derecho cristiano y vinculados al derecho romano, al germánico y al viejo derecho de Castilla, como veremos con posterioridad.

En las zonas marginales de la costa, en los denominados «asentamientos humanos» o «pueblos jóvenes», hay dicotomía, contradicciones, pues hay antecedentes de uniones de hecho, concubinatos, frente al matrimonio civil institucionalizado. Se advierte también en la familia de la costa los signos del machismo, del patriarcalismo y del autoritarismo del varón.

La familia serrana tiene también rasgos peculiares. En la comunidad andina la relación y la interacción es de carácter personal. Los núcleos humanos son corrientemente pequeños y es fácil el conocimiento personal recíproco. La fuente y modalidad del parentesco son protagónicos. Impera, más bien aquí, la denominada «familia extensa», y ésta se reúne con frecuencia para fines sociales y culturales, si no también religiosos. El matrimonio andino actual es, pese a todo, monogámico, pero con frecuencia es un matrimonio procesual. No se trata de un simple y aislado acto.

En la comunidad andina hay una ostensible precocidad y libertad en el aspecto sexual, y en ella el emparejamiento es fundamental: casarse significa adquirir adultez. Empero, tal emparejamiento no es con

cualquier otro. Hay normas sociales que regulan las conveniencias matrimoniales, las que también tienen una explicación cultural.

En el caso de la selva, nos encontramos frente a siete grandes fuentes genealógicas. Son las «siete grandes familias amazónicas» que han derivado en 67 o más grupos etnolingüísticos, es decir, cuando menos 67 tribus reconocidas hoy oficialmente por el Estado nacional. No hay norma social sobre familia que sea aplicable para toda la selva peruana. Se podría decir que se trata de «tipos familiares» al interior de la familia. Hay trazos indiscutibles de líneas matriarcales familiares; empero, en otras circunstancias impera la poligamia, y en otras es indudable la presencia del matrimonio y la familia nuclear. Al igual que en el Ande, en la selva no interesa mayormente la virginidad, por cuanto el matrimonio también es un proceso. Pese a todo, se advierte en la selva la presencia de la llamada «familia extensa» (comunal) que cumple protagónico rol cultural, social, político y religioso [7].

De otro lado, y en general:

> «El indio posee su filosofía propia, inconfundible con la del europeo. Sus reacciones lo diferencian de cuanto ser humano existe, especialmente del español.» [8].

En los *Siete ensayos de la realidad peruana* José Carlos Mariátegui encontrará espacio para plantear igual preocupación:

> «El costeño se diferencia fuertemente del serrano. En tanto que en la sierra la influencia telúrica indigeniza al mestizo, en la costa el predominio colonial mantiene el espíritu heredado de España.»[9].

---

[7] RODRÍGUEZ ITURRI, Róger, *Curso superior de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 1984.

[8] RODRÍGUEZ ITURRI, Róger, «La necesidad de un auténtico estudio integral de la realidad social del niño peruano», *Revista de la Asociación Nacional de Centros*, Lima, Asociación Nacional de Centros, julio, n.os 99-100, 1992, p. 26.

[9] *Loc. cit.*

¿Qué es el Perú? Manuel Vicente Villarán a propósito de tal complejidad exclamará en 1936:

> «Es un mosaico de razas, de lenguas y de culturas. Es un territorio partido en retazos por las cordilleras, los desiertos y las selvas, es un pueblo todavía en marcha hacia la unidad y la cohesión [... Y agregará:], en el Perú, suelo rebelde e intransitable, lo primero de todo, lo más urgente, no es traer nuevos pobladores sino acercar y unir a los que ya tenemos [...] el indio es nuestro compatriota.»[10].

El asunto de la amalgama de razas y culturas que nos impide llegar a una definición pasa por el análisis de la tradición, del tiempo, del medio y del tipo de hombre. Detengámonos en algunas palabras a propósito del hombre peruano:

> «Parece que en el Perú se produce un tipo de hombre completamente distinto al de muchos otros países: el hombre de altura. De acuerdo con los trabajos de biología andina, las características fisiológicas del hombre cordillerano son diferentes de las del hombre común.» [11].

La aclimatación en las cumbres provoca un proceso biológico singular con efectos psíquicos aún en estudio; el consumo de coca y sus efectos individuales y sociales siguen siendo objeto de pródigos estudios; el hombre peruano refleja como su mundo esencial una singularísima complejidad de influencias, y sea o no el indio de origen asiático, su actitud lo asemeja más al oriental que al occidental.

Sin embargo, desde la perspectiva estrictamente jurídica, y a propósito de lo que la ley dice, en el Perú el Código Civil reconoce efectos legales para la familia representada por el marido, la mujer, los hijos y los parientes colaterales hasta el cuarto grado civil.

---

[10] *Loc. cit.*

[11] *Loc. cit.*

1.2 Funciones e importancia del matrimonio y de la familia

> «La familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de servicio a la vida. En efecto, de la familia nacen los ciudadanos, y éstos encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma.
>
> Así, la familia, en virtud de su naturaleza y vocación, lejos de encerrarse en sí misma se abre a las demás familias y a la sociedad, asumiendo su función social.» [12].

Pero de otro lado, en el mismo tema, en el ámbito psicoafectivo de la familia y su importancia, preciso es decir que todo ser humano necesita de afecto.

El afecto es imprescindible para el equilibrio emocional y mental, e incluso para la salud física de todos los seres.

En tal sentido, la familia es esa entidad regular que en forma natural puede proveer tal alimento espiritual. Los casados, quienes fundan una familia, lo hacen llevados no sólo por el impulso erótico, sino fundamentalmente por la atracción afectiva. A su vez, los padres normalmente aman a sus hijos. Es connatural el afecto recíproco de los parientes que comparten un hogar. A tal función familiar afectiva se le estima primordial en los tiempos presentes, pues el afecto parece ser aspecto no accesible a plenitud cuando lo procuran instituciones distintas a la familia.

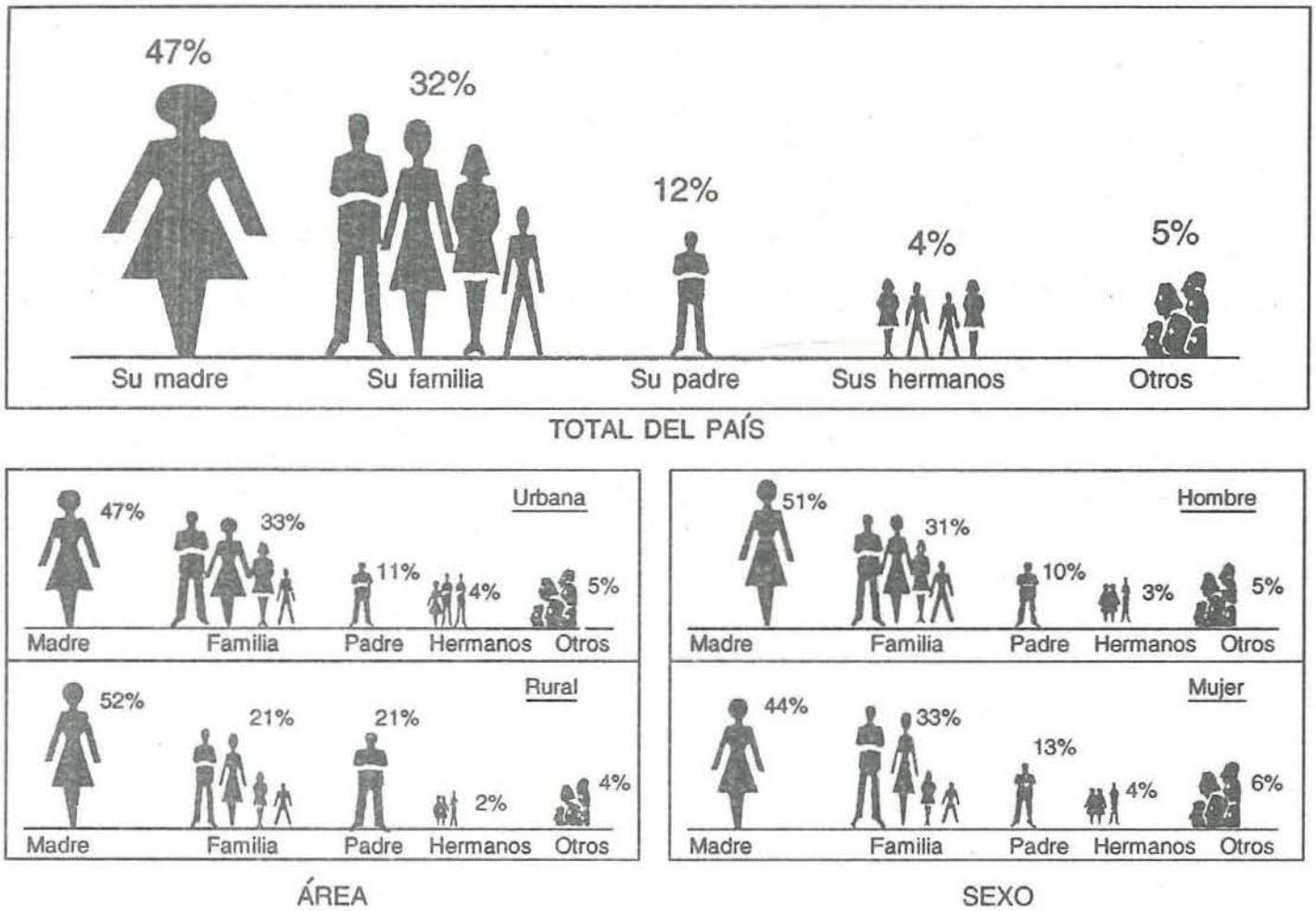
M. y K. Ryan, citados por el maestro don Héctor Cornejo Chávez, nos dicen que:

> «Amar es compartir: las alegrías y las penas, y no sólo el pan de cada día. Tanto si se es rico como si se es pobre. Entre los esposos

---

[12] *Familiaris Consortio* (documento vaticano), Lima, Ediciones Paulinas, 1981, p. 82.

FIGURA 1.1 *Persona más importante en su vida*



Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 131.

que se aman no hay tuyo ni mío: lo que importa es el bien común. Compartir en las almas y en los cuerpos. Amar es ayudarse para crecer en espíritu y entendimiento. Es elogiar sinceramente, prontamente y muchas veces. Es estar siempre disponible. Construir algo tan difícil y tan frágil como un buen matrimonio es algo que lleva tiempo. Amar es no hacerse zancadillas; no hurgar en el almacén de las faltas del otro. Es decir con obras lo mucho que se aprecia al otro. Es ponerse en su lugar. Es no competir, sino colaborar.»

Dentro del tema del afecto humano, nada es comparable en satisfacciones a las que produce una familia bien constituida.

El simple conocimiento psicológico de que existe un lugar cálido en el que se encuentra y se da comprensión, solidaridad, apoyo, y en el que se comparte la vida con todas sus variantes, en suma, la certeza de la existencia de tal familia, convierte el hogar en algo insustituible.

> «En el matrimonio y en la familia se constituye un conjunto de relaciones interpersonales –relación conyugal, paternidad, maternidad, filiación, fraternidad– mediante las cuales toda persona humana queda introducida en la "familia humana" [...].» [13].

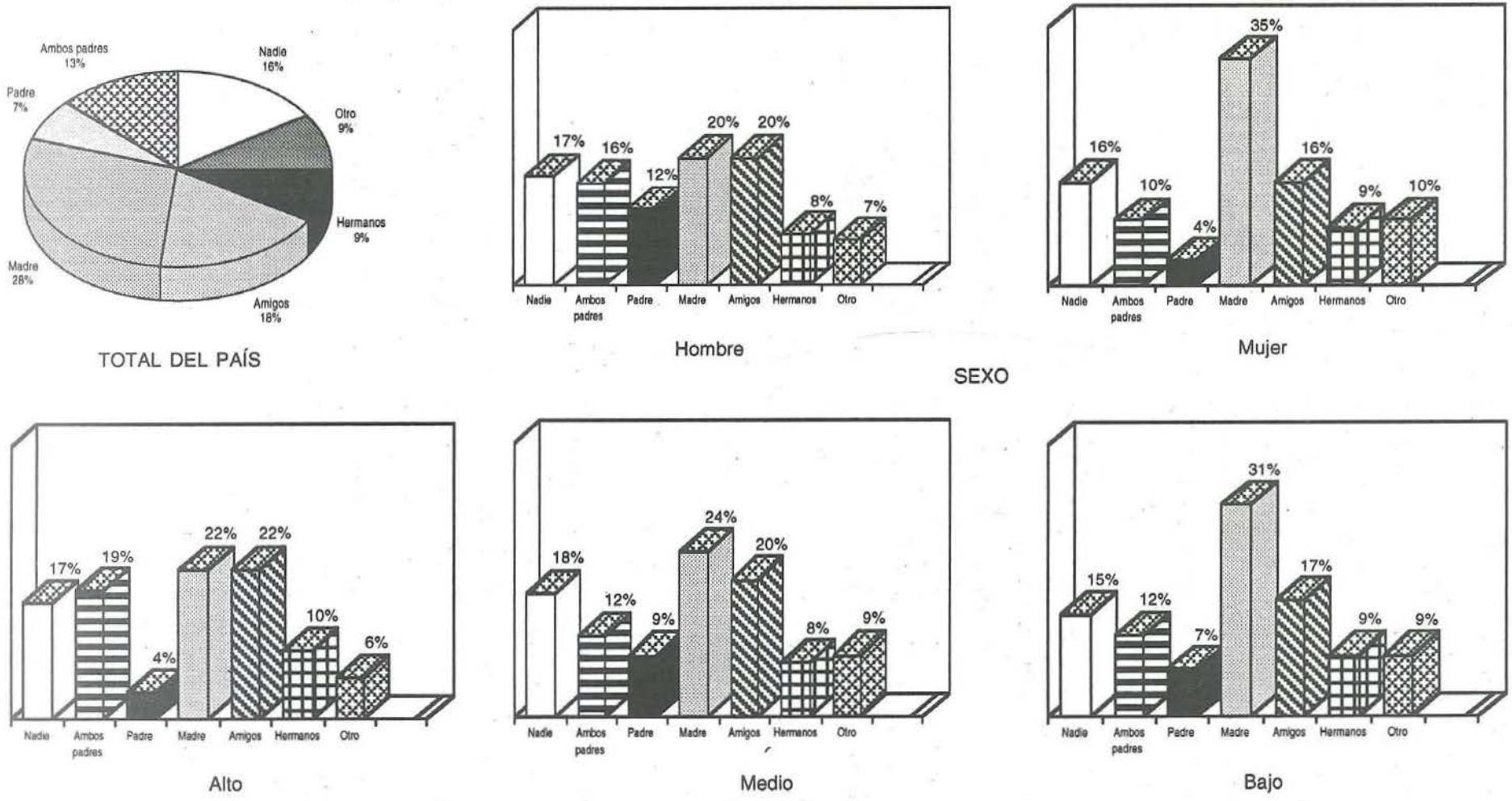
De otro lado, la familia. también contribuye para otros fines inmediatos de primera importancia.

Todas las culturas recogidas por la historia establecen la institución del matrimonio (con sus tipos variables) como un principio de familia. Y más modernamente es que también se ha dicho que dentro de él es que se canaliza el instinto sexual; es dentro de la relación de pareja, en lo posible institucionalizada, que se ordena debidamente la relación sexual conveniente en la unión marital. Consecuencia directa de la relación sexual en el núcleo familiar es (temprano o después, menos veces nunca) la procreación. La procreación es en buena parte sinónimo de familia. Porque la reproducción, es decir, la perpetuación

---

[13] *Ibídem*, p. 28.

FIGURA 1.2 *Persona a quien acude ante un problema serio*



Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 127.

de la especie, más que constituir una típica función propia de la familia, se convierte en fuente de la misma. «Los hijos, [son] don preciosísimo del matrimonio.» [14].

La familia es, pues, como dirá el concilio Vaticano II, «escuela de la más rica humanidad». Pero para conseguir tales propósitos es necesaria la benévola comunicación espiritual entre sus miembros, el consejo común de los esposos, la más adecuada y cuidadosa cooperación de los padres en la educación de «ellos mismos» y de sus hijos. La presencia firme, activa, constante del padre, es, sin duda, trascendente para la formación de los menores hijos; como también, qué duda cabe, lo es el cuidado de la madre, de la que sus hijos requieren tanto particularmente –pero no únicamente– cuando son más pequeños, sin perjuicio de la legítima promoción social a la que toda mujer tiene aspiración.

La forja del sentido de responsabilidad entre los esposos y de éstos para con sus hijos, constituye un deber sagrado al interior de la familia[15]. Por ello, una de las funciones gravitantes por su universalidad y trascendencia social es el papel educativo que cumple la familia con respecto a sus miembros: esposos, niños, adolescentes, y también en beneficio de otros protagonistas integrados en la familia.

Bueno es repetir que bajo una adecuada guía es dentro de la familia donde se moldea el carácter, donde se sensibilizan, se afinan y se confirman y consolidan las normas éticas. El rol educativo de los padres, y de los otros adultos de la familia, con respecto a los seres bajo su responsabilidad, es gravitante y decisivo para su formación en la vida, y para la sociedad. El papel que en este orden de cosas pueda jugar de otra manera cualquier institución subsidiaria es secundario, pues, quiérase o no, en forma consciente o inconsciente, de manera positiva, ojalá no negativa, es la familia la que marca de manera fundamental el ámbito educativo.

---

[14] *Ibídem*, p. 27.

[15] *Concilio Vaticano II* (documento vaticano), Bilbao, El Mensajero del Corazón de Jesús, 1965, p. 191.

Más allá, y sólo por decirlo en muy pocas palabras, la función económica de la familia presenta un doble aspecto: como unidad productora de bienes y servicios, y como unidad de consumo. Como unidad productora pueden darse innumerables variantes en los diferentes tipos de familia, y en una misma unidad familiar en las diversas etapas por las que la misma se desenvuelve. La función de consumo para la satisfacción de las necesidades materiales es corrientemente empleada por la familia. Los alimentos, la conservación o recuperación de la salud, el vestido, la habitación, entre los fundamentales, son aspectos que están todos dirigidos al ámbito del consumo y deben ser satisfechos al interior de una familia [16].

Pero más allá de todo, en el tema de las funciones (importancia) de la familia, está «su razón natural de ser y de realizarse», que lleva a los pueblos «más desarrollados» de la historia, hoy en crisis, a voltear la cara hacia la familia y recurrir a ella ya no como «hecho circunstancial», sino como base firme «del proyecto de realización del hombre en la historia».

1.3 Crisis del matrimonio y de la familia

Conviene decir que con la presencia española en América hubo también en la familia un neto afán de dominio político y económico.

Una manifestación de ello fue la restricción que impidió el matrimonio legítimo entre el nativo y el europeo. Ello no obstó el abuso de relaciones sexuales con mujeres nativas, sin tener en cuenta su estado de solteras o casadas. Tal afrenta no mereció sanción, sino que fue más bien alentada. Era en buena cuenta «un derecho del conquistador».

Producto de tal cópula sexual nacerá el mestizo, mezcla de blanco e indio, cuyo número aumentará y significará un importante estrato social intermedio.

---

[16] MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1985, pp. 10, 11, 12 y 13.

En la población peruana nativa el mestizo ocupará un renglón superior al de sus hermanos nativos; pero al mismo tiempo el padre español con frecuencia desatenderá su responsabilidad paterna, trasladando tal ámbito a la madre a propósito de la crianza y mantenimiento del hijo.

Es por ello que, después de la conquista, los nativos peruanos no podrán socializar adecuadamente a sus hijos en sus propios valores tradicionales en vista de que el poder político, social y económico será impuesto por el conquistador, primero, y luego por el español de la colonia.

Previnose así cualquier insurgencia contra el poder de dominación española [17].

Añádase a la versión narrada la aparición del machismo como factor sociológico e histórico. Modelo de comportamiento autoritario apreciado en los conquistadores en el trato con las mujeres indígenas, será continuado luego en la colonia por los encomenderos, y finalmente por los hacendados o gamonales en el período republicano. Pero este modelo de comportamiento, a modo de imitación, será repetido por los sectores nativos de la población.

En contraste, las comunidades andinas que gracias a su relativo aislamiento mantuvieron importantes elementos de su cultura nativa, desarrollarán formas familiares de igualdad basadas en la ayuda mutua de los esposos y los hijos para la producción agrícola, y en el reconocimiento de la mujer como propietaria y usufructuaria de tierras y ganados [18].

Sin embargo, donde se advierte el machismo, en aquellos lugares donde éste impera, el varón es absolutamente contrario a mantener una relación conyugal estable, y como derivación se aprecia un porcentaje significativo de mujeres abandonadas que se ven obligadas a afrontar solitarias y de modo precario el mantenimiento de sus hijos.

---

[17] SARA-LAFOSSE, Violeta, «Crisis familiar y crisis social en el Perú», *Revista de la Universidad Católica,* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.os 15-16, 1987, p. 99 y ss.

[18] *Loc. cit.*

Al frente aparecerá involucrada la poligamia. El varón entablará relaciones con una segunda, a veces hasta una tercera mujer, y establecerá nuevas familias con ellas, sin abandonar totalmente a la primera. El resultado será una vida netamente precaria también respecto a las más elementales necesidades materiales de las personas con las que se vincula [19].

Producido el desajuste narrado, apreciemos ya en la familia de hoy otros factores que contribuyen a la disolución de ésta. Veamos algunos.

La familia tradicional, por lo menos la de comienzos de este siglo y con data anterior, estuvo constituida bajo patrones rígidos: matrimonio indisoluble, roles específicos de sus miembros, marco ético y religioso, y más. ¿Será que el rompimiento de algunos de estos factores, en forma explosiva, ha contribuido a la mayor desorganización y desintegración de la familia? *.

El matrimonio no es más indisoluble; ante el fracaso real o a veces aparente de la unión conyugal, los casados se refugian muchos con facilidad en el divorcio.

Los roles sociales del varón y de la mujer se han tornado marcadamente difusos. En tantos lugares, ya que no en todos, las mujeres recusan –con razón– el papel de «simples compañeras del jefe del hogar» y reclaman una participación igualitaria con los varones en todos los sectores del pensamiento y del quehacer humano.

Pero, de otro lado, los problemas de toda índole que plantea el nuevo papel de la mujer en la sociedad no han sido todavía satisfactoriamente resueltos. La incorporación femenina a todo tipo de actividades productivas es un fenómeno de los tiempos modernos.

Veamos cómo reflexiona sobre tal tema el Premio Nobel y exlíder soviético Mijail Gorbachov, en su *Perestroika. Nuevo pensamiento para mi país y el mundo:*

---

[19] *Loc. cit.*

* Empero, son evidentes los signos de descomposición familiar desde la misma época virreinal, si no desde antes.

«Pero a través de los años de nuestra difícil y heroica historia, no prestamos atención a los derechos y necesidades específicas de la mujer, que surgen de su papel de madre y ama de casa y su función educativa esencial en lo que respecta a los hijos. Al ocuparse de investigaciones científicas, trabajos en obras de construcción, en producción y en servicios o dedicarse a actividades creativas, a las mujeres no les queda suficiente tiempo como para realizar sus tareas diarias en el hogar: labores domésticas, educación de los hijos y el logro de una buena atmósfera familiar. Hemos descubierto que muchos de nuestros problemas, en la conducta de los niños y los jóvenes, en nuestra moral, cultura y producción, en cierta forma derivan del debilitamiento de los vínculos familiares y de una actitud indolente hacia las responsabilidades familiares. Esto es un resultado paradójico de nuestro deseo sincero y políticamente justificado de igualar a las mujeres con los hombres en todos los aspectos. Ahora, en el curso de la perestroika hemos empezado a solucionar este inconveniente. Por tal motivo desarrollamos acalorados debates en la prensa, en las organizaciones públicas, en el trabajo y en el hogar, sobre la cuestión de qué deberíamos hacer para que la mujer pudiera volver a dedicarse a su misión puramente femenina.» [20].

Y a propósito de la suprema prevalencia de la familia, Plazas y Schickler sostienen, en el estudio sobre «Desintegración familiar en América latina», patrocinado por Adveniat de Alemania, en 1983, que:

"Los niños educados en instituciones [entidades sustitutas de la familia], raramente tienen un desarrollo normal de la personalidad y acostumbran a encontrar dificultades para adaptarse a las condiciones de la vida moderna.» [21].

---

[20] GORBACHOV, Mijail, *Perestroika. Nuevo pensamiento para mi país y el mundo,* Bogotá, Retina, 1988, p. 123.

[21] PLAZAS DE TOVAR, Claudia Patricia, y Ana Elizabeth SCHICKLER DE CAMPO, *Causas de la desintegración familiar y ruptura matrimonial,* Bogotá, Cenpafal, 1983, p. 12.

Sostiene la misma investigación que, en muchos casos, cuando la mujer incursiona en el mercado laboral, además de otras necesidades materiales se acrecienta en ella paulatinamente el afán de realización profesional, provocándose, más de una vez, encuentros y conflictos entre «su realización» y los «intereses de la familia». De modo que no resulta extraño que en razón del empleo –no siempre, pero sí muchas veces– aumente la frecuencia del conflicto matrimonial, más aún cuando la mujer, como consecuencia de su ascenso en el nivel socioeconómico, «siente que compensa» la inestabilidad en el hogar.

Así son no una sino tantas las veces que, con autoridad, la ciencia dice que queda claramente descubierto que el depósito de los hijos pequeños en manos extrañas, mientras la madre cumple las funciones del trabajo, ciertamente provoca desajustes en la salud emocional pero también mental de los hijos.

Teorías de criminología juvenil, desde hace buen tiempo, atribuyen a estas causas gran parte de la defección de los niños y los jóvenes en su vida en sociedad.

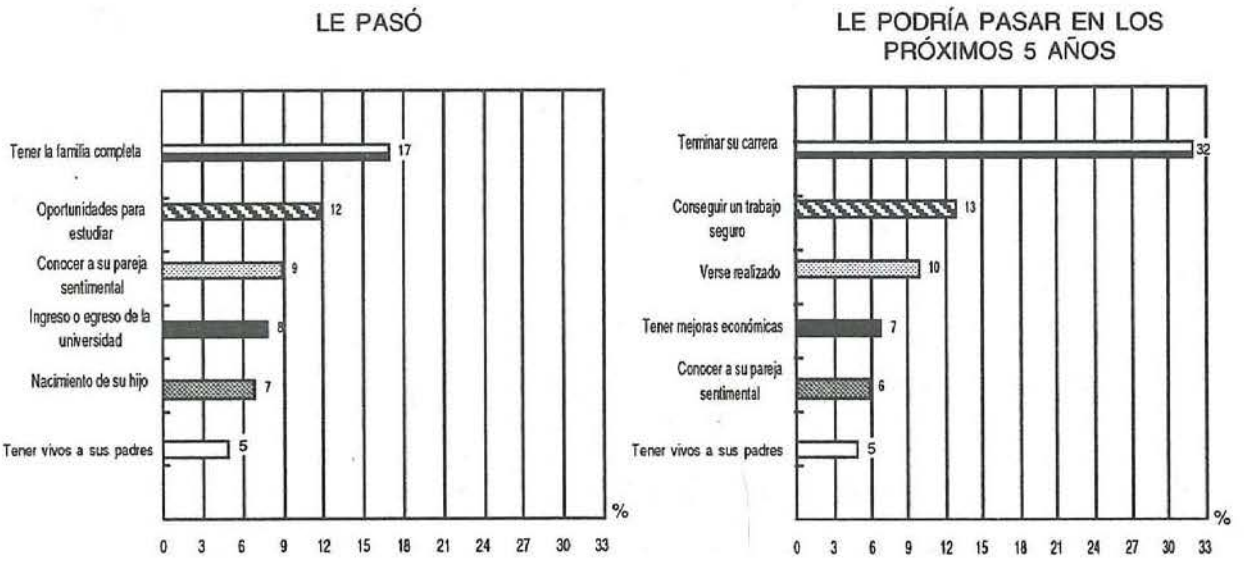
Pero hoy también con gravedad se advierte que por una razón u otra el padre de familia desatiende seriamente la educación de sus hijos. Entonces, cuando es posible, los hijos quedan bajo la responsabilidad casi exclusiva de la madre o de otra fémina, con serias consecuencias en la determinación de la personalidad de la prole, advirtiéndose desajustes emocionales y de identificación de su rol sexual de varones, con consiguientes respuestas de inseguridad y evasión.

La identificación absoluta de la mujer con el hijo genera un protagónico rol materno que provoca respuestas de sobreprotección sobre ellos, con riesgo de fomentar en los hijos comportamientos no conformes a la determinación de su sexo.

Mas la vida de marido y mujer así concebida, distanciados por las exigencias e implicancias de la vida moderna, provoca también otros resultados. El vínculo de pareja se ve afectado por la poca relación existente en el nivel de colaboración mutua en el hogar y en la educación de los hijos. La relación se reduce tantas veces casi al acto de la cópula sexual, y no es la expresión de un encuentro vivencial, íntegro

y profundo, que una y realice a la pareja. En tal orden, la procreación no tiene un sentido consciente y responsable ni para el marido ni para la mujer, y los hijos concebidos, muchas veces son consecuencias circunstanciales de episodios que nada tienen que ver ni con la paternidad o maternidad responsable y menos con el amor.

FIGURA 1.3 *Mejor situación en su vida*



Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 149.

Más aún, en la etiología de la descomposición familiar, al lado de la evidente causal del desempleo como terrible flagelo que concurre a la destrucción de matrimonios y familias, hay otras causas de desintegración. Veamos.

La ingestión de bebidas alcohólicas juega un papel protagónico en todo este proceso de desintegración del grupo familiar, afectándolo doblemente. De un lado, en el aspecto económico, pues se derivan en un consumo innecesario y dañino para la salud escasos recursos que son indispensables para asegurar las más elementales necesidades. De inmediato, se produce también al interior de la familia, tantas veces provocado por el propio alcohol, la violencia física en el hogar. Dicha

violencia física no sólo significa una agresión como tal, sino que produce el socavamiento paulatino del vínculo marital y de la relación familiar, sin perjuicio de los desórdenes sexuales que al interior del hogar y fuera de éste pueden producirse.

Así, el alcohol como problema, el alcoholismo –a riesgo de colisionar con opiniones contrarias–, ha sido y es uno de los factores más gravitantes en la génesis del conflicto en la relación familiar. Sea de origen psicológico, social o motivado por la angustia económica cuando no moral, condiciona el comportamiento del individuo provocando más de una vez terribles repercusiones familiares. Se ve con frecuencia cómo el enfermo alcohólico recurre a esta frustrante forma de evasión en la ansiedad de alcanzar alguna suerte de «compensación» a sus problemas.

Empero, el sujeto alcoholizado, el mismo que se pone al filo o dentro del drama de otras drogas, se extrae de su propia realidad, derivando sus responsabilidades a terceros y socavando casi irremediablemente su autoridad paterna o materna, según sea el caso.

TABLA 1.1 *Adicción de sustancias*

Sustancia	*Total*	*Produce adicción*		
		Sí	*No*	*No sabe*
Tabaco	100,0	70,5	21,5	8,0
Alcohol	100,0	78,2	15,9	5,9
Analgésicos	100,0	39,6	30,5	29,9
Jarabes p./tos	100,0	24,0	51,4	24,7
Sedantes	100,0	52,8	18,5	28,7
Hipnóticos	100,0	54,8	17,9	27,4
Estimulantes	100,0	40,2	24,2	35,6
Marihuana	100,0	40,2	24,2	35,6
Alucinógenos	100,0	41,6	12,0	46,4
Inhalantes	100,0	61,9	12,9	25,2
Hojas de coca	100,0	61,9	12,9	25,2
PBC	100,0	81,8	3,0	15,3
Cocaína	100,0	79,1	4,4	16,5

Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 5, FERRANDO, Delicia, *Uso de drogas en las ciudades del Perú*, Lima, 1990, p. 102.

TABLA 1.2 *Drogas que ocasionaron problemas en los últimos doce meses*

Drogas	*Total*	*Lima*	*Provincias*			
			Total	*R. Costa*	*Sierra*	*Selva*
Total	100,00	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	83,2	84,9	80,2	83,8	75,4	76,6
Otras drogas	16,8	15,1	19,8	16,2	24,6	23,4
Tabaco	9,0	7,8	10,9	8,1	14,6	14,4
Analgésicos	1,3	0,0	3,7	3,5	4,4	0,0
Jarabes p./tos	0,2	0,0	0,5	0,0	1,3	0,0
Sedantes	0,3	0,0	0,9	1,4	0,2	0,0
Hipnóticos	1,2	2,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Estimulantes	0,3	0,5	0,0	0,0	0,0	0,0
Marihuana	0,7	0,5	1,0	1,0	1,0	0,0
Inhalantes	0,1	0,0	0,2	0,0	0,4	0,0
Hojas de coca	0,3	0,0	0,8	0,0	2,0	0,0
PBC	3,2	4,3	1,0	1,0	0,7	9,0
Otro*	0,2	0,0	0,6	1,2	0,0	0,0

* Incluye alucinógenos y cocaína.

Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 5, FERRANDO, Delicia, *Uso de drogas en las ciudades del Perú,* Lima, 1990, p. 103.

De otro lado, el desplazamiento masivo de población del campo a la ciudad, en la búsqueda de mejores condiciones de vida, ha convertido a las grandes urbes en asentamientos deshumanizados y traumatizantes. La migración rural urbana, de dimensiones realmente explosivas en el Perú, ha producido en las ciudades más importantes, sobre todo en Lima, un proceso desordenado y precario en términos de construcción adecuada de viviendas, aspecto que afecta negativamente a la familia. La afecta porque ello constituye un obstáculo a su propia conformación como grupo humano. La carencia de viviendas de características adecuadas induce a que el sujeto no encuentre identificación con ella y se desintegre entablando solidaridades más fuertes con grupos externos.

TABLA 1.3 *Tipo de problemas ocasionados por consumo de drogas*

Problema	*Total*	*Lima*	*Provincias*			
			Total	*R. Costa*	*Sierra*	*Selva*
Discusiones y peleas con la familia	40,1	38,1	42,9	40,1	49,7	31,6
Discusiones y peleas con los amigos	32,1	34,0	27,8	28,1	31,8	10,1
Problemas en el trabajo, colegio, univers.	11,7	12,0	11,1	13,6	8,3	8,0
Problemas familiares por hurtos	4,2	2,6	8,0	6,0	6,5	25,9
Nerviosismo y ansiedad	23,6	21,0	29,0	25,4	30,5	44,4
Problemas de salud	62,4	64,0	59,7	63,9	54,1	58,3
Problemas con la policía	9,6	11,3	6,8	7,3	4,8	12,4
Accidentes	5,0	3,3	8,8	12,0	3,3	12,5
Sufrió agresiones	17,4	18,3	15,4	15,3	17,1	8,6
Agredió a otros	16,7	19,0	12,0	12,1	13,9	4,2
Problemas sexuales	4,8	5,2	4,9	4,7	2,0	17,6

Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 5, FERRANDO, Delicia, *Uso de drogas en las ciudades del Perú*, Lima, 1990, p. 104.

TABLA 1.4 *Tipo de problemas ocasionados por consumo de drogas*

Problema	*Total*	*Lima*	*Provincias*			
			Total	*R. Costa*	*Sierra*	*Selva*
Discusiones y peleas con la familia	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	86,0	85,1	87,5	89,9	84,8	89,8
Otras drogas	14,0	14,9	12,5	10,1	15,2	10,2
Discusiones y peleas con los amigos	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	89,2	86,5	95,0	90,5	100,0	100,0
Otras drogas	10,8	13,5	5,0	9,5	0,0	0,0
Problemas en el trabajo, colegio, universidad	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	87,5	83,8	94,8	95,7	92,2	100,0
Otras drogas	12,5	16,2	5,2	4,3	7,8	0,0
Problemas familiares por hurtos	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	58,0	29,9	76,4	71,8	78,9	83,8
Otras drogas	42,0	70,1	23,6	28,2	21,1	16,2
Nerviosismo y ansiedad	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	63,7	53,1	78,1	78,7	78,3	72,5
Otras drogras	36,3	46,9	21,9	21,3	21,7	27,5
Problemas de salud	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	82,0	83,4	79,3	84,7	71,3	77,4
Otras drogas	18,0	16,6	20,7	15,3	28,7	22,6
Problemas con la policía	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	51,2	42,7	78,4	78,2	89,4	40,1
Otras drogas	48,8	57,3	21,6	21,8	10,6	59,9
Accidentes	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	97,7	100,0	96,0	97,7	100,0	66,4
Otras drogas	2,3	0,0	4,0	2,3	0,0	33,6
Sufrió agresiones	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	83,5	79,5	92,1	4,3	7,8	0,0
Otras drogas	16,5	20,5	7,9	12,2	3,1	0,0
Agredió a otros	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	85,0	86,5	80,8	80,5	83,8	0,0
Otras drogas	15,0	13,5	19,2	19,5	16,2	100,0
Problemas sexuales	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Alcohol	85,5	85,3	85,8	100,0	100,0	25,3
Otras drogas	14,5	14,7	14,2	0,0	0,0	74,7

Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 5, FERRANDO, Delicia, *Uso de drogas en las ciudades del Perú,* Lima, 1990, p. 105.

En el distanciamiento entre los miembros de la familia, y particularmente entre el padre o la madre y con sus hijos, también influye ostensiblemente la mala planificación del transporte vehicular y de su red vial. Sus efectos desgastan física y moralmente a sus usuarios. «La revista dominical» * del pasado 13 de setiembre de 1992, señalaba cómo en enero del mismo año, comprobadamente, el trabajador del cono sur o del cono norte de Lima consumía diariamente un promedio de dos horas de ida y dos horas de vuelta para trasladarse desde su vivienda hasta su centro de trabajo, viajando en condiciones absolutamente inaceptables en vehículos que con capacidad para 80 pasajeros rebasaban contundentemente tal cifra; y cómo, de los 17 900 ómnibus para el transporte urbano masivo, 5 500 unidades debían ser urgentemente reemplazadas, sin dejar de considerar las deficitarias condiciones de muchas de las demás. Naturalmente, tampoco este factor influye en la integración de la familia.

Ahora bien, digamos, aun cuando parezca contradictorio, que el hecho de que la mujer se encuentre retraída de la actividad productiva económica, a su vez también provocará consecuencias en la estructura familiar. Al retirarse la mujer de tal actividad, es el marido y padre el único proveedor de la familia, y con ello se establece una relación de dependencia económica de la mujer, la que tantas veces se convertirá en fuente de abusos.

Más aún, todo ello se verá agravado por la inmadurez, la irresponsabilidad e impreparación con que se afronta el matrimonio. Un matrimonio irreflexivo, sin amor, constituye el primer paso para un divorcio o una separación segura; es un llamado firme al adulterio, cuando no al amor libre u otras deformaciones análogas. Pero el egoísmo, el hedonismo a que se encuentra habituado el hombre de hoy, protagonista de una sociedad consumista en la que a modo de paradigmas se enarbolan valores y pendones, fundamentalmente materiales, lo ubican con facilidad frente a la meta y el anhelo ideal del placer.

---

* Programa periodístico que se trasmite los domingos por América Televisión de Lima, Perú.

Tantos medios de comunicación social en nuestra sociedad cumplen un pavoroso rol, ensalzando el ejercicio ilícito y promiscuo del sexo, la infidelidad, la violencia criminal, perturbando gravemente la mente y los corazones de los niños y de los jóvenes. Estos vicios son alentados irracionalmente desde las revistas, la prensa, la televisión y por todo otro conducto de la comunicación social. Todo ello y más:

> «[...] mina la familia y erosiona desde su interior los cimientos mismos de la comunidad civil. Factores económicos vinculados a la producción y distribución de la riqueza, sobre todo en los países emergentes, impactan sobre la familia. La desnutrición, la ignorancia, la promiscuidad, la enfermedad, el desempleo, torna heroica, si es que no imposible, la tarea de construir con el amor y la sonrisa miles de hogares [... Inciden negativamente] la falta de preparación matrimonial y familiar, la ignorancia sobre cuestiones fundamentales de la vida sexual, la alegre despreocupación con que a veces se aborda el matrimonio [...].» [22].

> «[...] el amor conyugal se ve profanado frecuentemente por el egoísmo, el hedonismo y las prácticas ilícitas contra la generación. Por otro lado, las actuales condiciones económicas, sociales, psicológicas y civiles acarrean no leves perturbaciones a la familia. Por fin, son para preocupar en determinadas partes del mundo los problemas que surgen de la explosión demográfica. Todas esas cosas arrastran consigo problemas de conciencia.» [23].

Al lado de todo ello, bueno es repetir que los procesos de concentración poblacional como secuela de la crisis económica constituyen un factor determinante en el rompimiento del núcleo familiar. En efecto, un tercio de la población del país se encuentra en la ciudad de

---

[22] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, «Familia y Derecho», *Revista de la Universidad Católica,* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.os 15-16, 1987, p. 27 y ss.

[23] *Concilio Vaticano II* (documento vaticano), *op. cit.*, p. 184.

Lima. De esta población, el 50% habita en zonas urbanomarginales y un gran número de niños crece en tales zonas, en tugurios y solares del cercado de la ciudad.

> «La exacerbación de la crisis económica exige a los niños asumir responsabilidades o tareas esperadas para edades mayores; así se tiene que los niños dejan de serlo pronto, y los jóvenes se convierten en padres de familia prematuramente.» [24].

Un estudio sobre menores recluidos en lugares de cuidado, realizado por el Instituto Nacional de Bienestar Familiar, en el Hogar de los Menores (Lima), en 1987, nos dice que:

> «Social y demográficamente esos menores estaban entre 12 y 14 años; la mayoría provenía de Lima; casi el 100% (93%) provenía de hogares incompletos, es decir, [...] la gran mayoría había sufrido por lo menos un abandono; la mitad de todos no tenían padres y nunca los habían conocido. Por añadidura el 50% de tales menores procedían de familias numerosas; casi la mitad había sufrido el maltrato físico; el 32% vivía en la calle; y el resto en viviendas de estera o de adobe.» [25].

Pero aún hay mayores signos de descomposición.

Hace sólo poco y no bien el Perú se ufanaba de haber firmado la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la ciudadanía quedó conmovida cuando los medios de comunicación dieron la noticia de que más del 50% de los trabajadores en las faenas de extracción del oro en Madre de Dios eran niños, menores de edad, muchas veces no mayores de 12 años.

Pero si en un caso la desesperación y la miseria impulsa a los niños a los trabajos forzados, de hecho la irresponsabilidad para los embarazos

---

[24] GONZALES CASTAÑEDA, Olga, *Violencia y maltrato infantil,* Lima, Saywa Editores, 1991, pp. 94, 95 y 96.

[25] CLEMENS DE BRICEÑO, Muriel, *Mundo interno, mundo externo: un eterno maltrato,* Lima, Cotadeni, 1990, pp. 51 y 55.

prematuros no deja de ser clamorosa. Según el propio Ministerio de Salud, en 1970 el 10% de madres gestantes eran adolescentes; en 1985 llegaban al 14%, en tanto que en 1986 constituían ya el 20%. En 1992, las adolescentes constituían el 30% del universo de embarazos. Pero más del 90% de embarazos en los adolescentes no son deseados y según el Hospital de la Maternidad de Lima el 50% de las adolescentes embarazadas tuvieron su primera experiencia sexual aproximadamente a los 15 o 16 años; en tanto que un porcentaje cercano al veinte por ciento ubica la iniciación sexual a más temprana edad [26].

Desgraciadamente la crisis del matrimonio y de la familia parece tornarse en un problema general, casi universal.

En el congreso «Semana de la Familia», organizado en mayo de 1992 por la Conferencia Episcopal Peruana, el profesor García Uriarte con cifras en la mano afirmaba que en los Estados Unidos de América se estiman en más de un millón los divorcios al año; la mitad de las parejas que contraen matrimonio terminan en divorcio y el 60% de los niños pasan parte de su niñez en familias incompletas. El 20% de los niños nacen en familias en donde falta cuando menos uno de los padres.

En Francia el asunto asume caracteres dramáticos, por cuanto se informa que en las zonas metropolitanas uno de cada dos matrimonios termina en divorcio.

Y mientras en Canadá aproximadamente el cuarenta por ciento de las parejas casadas se separan, en 1983 el Reino Unido alcanzaba el nivel más alto de divorcios para toda Europa occidental.

Pero no es un asunto de posturas ideológicas o de sistemas económicos que influyen en las determinaciones de las conductas a propósito de la familia. En lo que fue la Unión Soviética, aproximadamente el setenta por ciento de las parejas se separa entre los diez primeros años de matrimonio.

Por otro lado, en un informe de la Organización de las Naciones

---

[26] García Iriarte, Jacinto, [Intervención en la] Semana Nacional de la Familia de la Conferencia Episcopal Peruana, Lima, 1992.

Unidas se ha estimado que aproximadamente cien millones de niños son abandonados cada año por sus familiares y la mitad de éstos son obligados a trabajar en condiciones infrahumanas. Igual se estima que aproximadamente ciento veinte millones de niños en el mundo se ven privados de la oportunidad de asistir a la escuela como consecuencia del abandono a que se hallan sometidos por sus padres [27].

Bajo estos conceptos, con estas descripciones y con estas estadísticas, ¿cómo no comprender que la familia peruana, y con ella la familia en general, se halla en crisis?

1.4 Y el niño y el adolescente peruanos, ¿están ante una educación suficiente?

Sobre esta materia deseamos poner el acento en asuntos como la ausencia de formación ética en la educación nacional, el tema de los contenidos curriculares, y la diversificación curricular.

En tal sentido, en el Perú aún se sigue imponiendo una estructura curricular única a nivel nacional y que se pretende –absurdamente– válida para todo el país.

En materia de educación primaria se advierte, y hay consenso, que las disciplinas no se encuentran actualizadas ni, menos, interrelacionadas. Nos encontramos lejos de una estructura académica escolar con integración interdisciplinaria.

Del mismo modo, deficitariamente no se aprecian para beneficio del sistema educativo escolar investigaciones respecto de las características biopsicosociales de los niños de diferentes realidades socioeconómicas y culturales en el Perú, de suerte que permitan diversificar los contenidos curriculares y métodos para el aprendizaje y su aplicación en los contextos locales y regionales de nuestro país.

Predomina, pues, en el medio, una concepción de currículum único de disciplinas básicas de estudio, y como quiera que el acceso

[27] *Loc. cit.*

a los textos y materiales educativos es mínimo, millares de estudiantes primarios transcurren esta etapa en contacto con el texto único [28].

El niño peruano, común y corriente, termina concurriendo a la escuela generalmente –no siempre– para adquirir técnicas. Va a aprender a leer, a escribir, a sumar, a dividir y a recibir una serie de datos [29]. Pero no es siempre la escuela el lugar en donde ejercita el razonamiento, y mucho menos la fuente adecuada de una educación (menos ejercicio) de valores.

Los cursos que específicamente se dictan desde la educación primaria, y luego en la secundaria, no constituyen base sólida para la construcción de la personalidad ética del sujeto, pues la currícula está más bien encaminada a la formación teórica en materias que, a la larga, no influyen ni determinan el comportamiento ético de la persona.

Dentro de este panorama, y cada vez con más frecuencia, advertimos cómo la escuela ante su insuficiencia requiere de la participación educativa de la propia familia. Porque si se trata de hablar en puridad y exactitud, bueno es recordar que los primeros educadores de los hijos son, o debieran serlo, los propios padres.

> «En las actuales condiciones físicas de espacio y de tiempo, el maestro no puede realmente "enseñar", se limita a indicar contenidos. Lo demás queda para las "tareas de la casa". Si el niño no tiene en el hogar buenas condiciones de estudio (desde espacio hasta el acompañamiento de un adulto al cual consultar) y/o se ve obligado a trabajar para comer, los resultados serán desastrosos. Y lo peor es que, muchas veces, a pesar de su mal rendimiento, irá pasando de grado en grado "pues ése es el promedio de rendimiento del aula" [...].

---

[28] PERÚ, *Plan de acción nacional por la infancia,* Lima, Viceo Impres, 1991, p. 131.

[29] LORA DE AMES, Carmen, «La educación del niño: infraestructura, contenido y acciones pedagógicas», en *El niño en el Perú: presente y futuro,* Lima, La Semilla (Centro de Estudios, Comunicación y Promoción Social), 1983, p. 45.

Y ésta es una realidad que no se limita al nivel colegial. La educación superior tiene más o menos las mismas características.» [30].

Sin embargo, lamentablemente, las apreciaciones y observaciones, las estadísticas situacionales sobre la familia, concurren resueltamente a informarnos que no es precisamente en el núcleo fundamental (la familia) donde la escuela puede encontrar campo propicio para el proyecto de educación de los hijos.

Así, el tema de una educación en valores, de una educación con sentido ético, en donde efectivamente el hombre y la mujer peruanos comprendan por convicción el esencial rol del deber individual y social, va siendo soslayado y postergado gravemente en el Perú.

Esto es más grave todavía si nos percatamos, como es manifiesto, que los otros elementos sociales que como instrumentos valiosos pueden contribuir a una efectiva educación científica y también moral, se encuentran lejos de estos propósitos.

«Parece que quien está realmente preocupado por la educación no puede quedarse solamente en la escuela. Creo que hay una responsabilidad de educar fuera de la escuela; enfrentar lo que significan los medios de comunicación que son, hoy, el canal por el cual la población se está educando. Allí, en la TV, la radio, el cine, los periódicos, hay toda una tarea para quienes están realmente preocupados por la educación. Yo creo que ese es el lugar donde se está reclamando muy fuertemente alternativas, no sólo en las aulas de los colegios.» [31].

Y es claro para todos nosotros, en general, que los medios de comunicación social en el Perú no concurren a ninguna tarea educativa, y desde luego en ningún caso a una exaltación de valores fundamentales vinculados a la ponderación del bien, la libertad, la justicia, la solidaridad, la caridad...

---

[30] *Ibídem*, p. 47.

[31] *Ibídem*, p. 49.

De otro lado, también la crisis económica y social en nuestro país ha afectado y deteriora seriamente el nivel de la educación. Repercute gravemente en la infraestructura para la educación, de tal manera que se produce un importante déficit en cuanto a la calidad y cantidad de locales, material de enseñanza y mobiliario *.

Obviamente, y éste es un punto sustantivo, no podemos dejar de entender que el nivel de la calidad de la educación y del beneficio para los educandos se halla en correlato directo con la eficacia no sólo de las currículas escolares, sino y principalmente de los educadores.

Pero el propio *Plan de acción nacional por la infancia* del Estado peruano, de junio de 1991, nos refiere severos cuadros de incompetencia de tantos educadores en el Perú. Se estima que un elevado porcentaje de maestros no tienen título pedagógico. Así, en 1989 carecía de él el 28%, en 1988 el 24%, y en 1990 la suma se acrecentó hasta el 50,6%.

Sobre la misma materia, el documento nos refiere que la mayoría de los maestros titulados e intitulados manejan metodologías desactualizadas que inciden todavía en el memorismo y en el dictado, y declara que los programas de profesionalización docente rara vez son de calidad debido a la gran masificación de profesores que imposibilita un control serio en la formación del maestro.

> «Otro aspecto que cabe resaltar es el deterioro de las remuneraciones reales del magisterio; así, en julio de 1990 el salario de un maestro titulado se había reducido en un 46% en relación a lo que ganaba hace cinco años y en 68% y 82% en relación a lo que recibía en 1979 y 1973, respectivamente.» [32].

Pero, de otro lado, y esto es de excepcional importancia en la formación del hombre, los planes de educación no pueden estar

---

* Empero, entre 1993 y 1994 la administración Fujimori, haciendo recordar el viejo Fondo para la Educación Nacional del régimen de Odría, ha emprendido la construcción masiva de locales escolares.

[32] PERÚ, *Plan de acción nacional por la infancia, op. cit.*, p. 131.

desprovistos del aspecto educativo de la moral.

Por lo menos en estas materias han estado, desde muy buen tiempo, interesadas grandes potencias como Estados Unidos de América y la otrora Unión Soviética.

Los exsoviéticos ejercitaron por largo tiempo lo que denominaron «educación del carácter», experiencia en la que se involucró el Estado. El plan de estudios relacionado con la moral no está oculto en la educación rusa. Contrariamente, entre ellos, por largo tiempo, la educación del carácter ha sido considerada como la función más importante de las escuelas, y se ha capacitado a los maestros para que participen de un sistema definido de educación moral dirigido a fomentar la disciplina de sus ciudadanos [33].

El caso de los Estados Unidos no ha sido distinto. Por largo tiempo los educadores norteamericanos han aceptado generalmente el supuesto de que la escuela ha tenido dos funciones concretas y fundamentales: la educación intelectual y la formación moral. Los manuales de educación del carácter, allá por los años veinte, se fundaron en un concepto de estructura moral que formaba parte de «un conjunto de virtudes» tales como la honradez, la responsabilidad, la amistad, el espíritu de servicio y demás. Pero en la década de los treinta dichos planteamientos de educación moral cayeron en desuso [34].

Elliot Turiel, y el afamado educador y psicólogo de Harvard, Lawrence Kohlberg, sostienen que:

> «Más frecuentemente los maestros son sensibles a los problemas de la educación moral, pero se muestran desconcertados respecto de cuáles sean sus funciones [...].
>
> El maestro debe ser: 1) un filósofo de la moral que tiene en cuenta las implicaciones morales de sus propias acciones y valores, y 2) un psicólogo moral que entiende el pensamiento del niño y

[33] KOHLBERG, Lawrence, «Desarrollo y educación de la moral», *Encuentro*, Lima, Centro de Proyección Cristiana, n.os 47-48, 1988, p. 205.

[34] *Loc. cit.*

la manera como éste percibe el significado moral de las acciones del maestro.» [35].

La psicología y ciencia de la educación más avanzadas no dejan de trabajar sobre esta materia. Los mismos Kohlberg y Turiel, siguiendo las primeras posturas de John Dewey, afirman enfáticamente que:

«[...] podemos decir que todos los maestros requieren de un conocimiento sólido de los principios éticos y psicológicos.» [36].

Y es que la psicología y la ética, sostienen, pueden sacar a la educación de la etapa del método empírico y elevar la escuela hasta que llegue a ser una institución vital y efectiva en la más grande de todas las construcciones: la construcción de un carácter libre y poderoso.

Sostienen estos investigadores, Kohlberg y Turiel, cuyo suceso es tratado en las más modernas escuelas de educación y de psicología, respecto de esta materia que:

«[El método es socialmente útil porque] las personas que se encuentran en un nivel más alto de desarrollo moral no sólo razonan mejor, sino que actúan de acuerdo a sus juicios. Los experimentos demuestran que las personas con principios actúan más honestamente y cumplen con sus creencias ante los obstáculos y la autoridad más que las personas o los niños que se hallan en etapas inferiores.» [37].

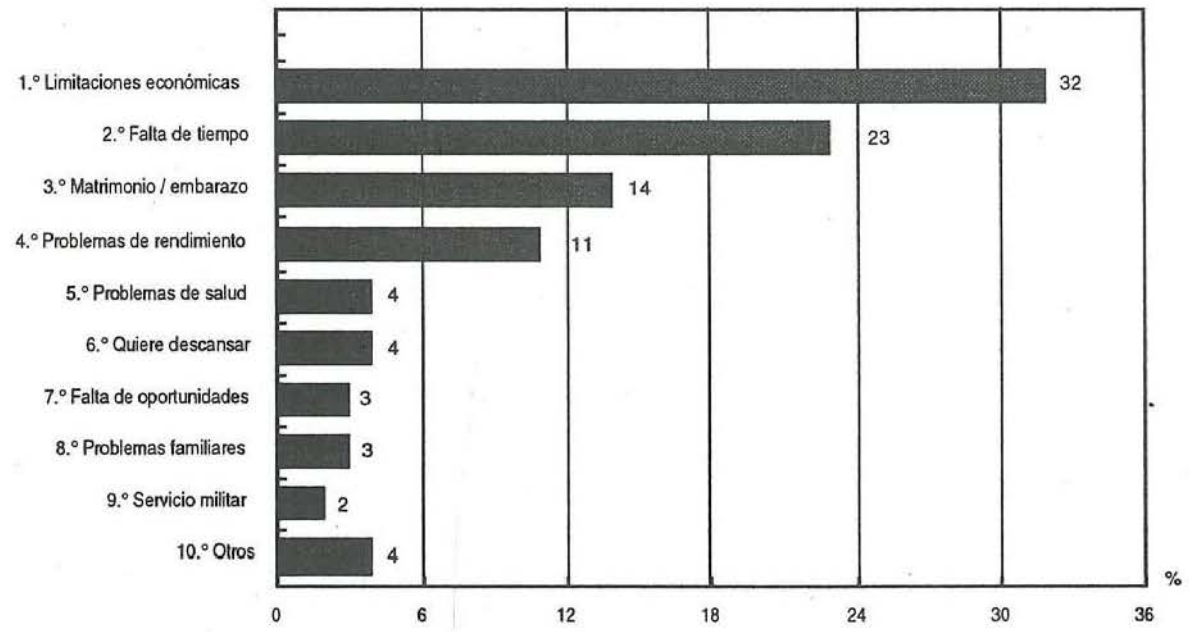
En fin, en materia educativa hay otros aspectos que también requieren cuando menos de presentación en esta exposición sobre la educación en el Perú.

Así, de una población escolar estimada en más de 7 millones, se calcula que más de un millón quinientos mil niños en edad de iniciación escolar no tienen acceso al programa educativo.

---

[35] *Ibídem*, p. 204.
[36] *Ibídem*, p. 205.
[37] *Ibídem*, p. 206.

FIGURA 1.4 *Razones para no estudiar*



Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 165.

Aproximadamente 400 000 escolares de 6 a 14 años abandonan prematuramente la educación primaria, y por igual se ha calculado –entre 1985 y 1990– una tasa de 45,1% de repitencia de la primaria escolar.

A todo ello agreguemos que hoy, en el Perú, más de un millón quinientos mil adultos son analfabetos absolutos (la mayor parte mujeres), sin sumar a ellos los llamados «analfabetos funcionales», que no tienen estímulos psicosociales ni posibilidades económicas y por ende se pierden en la vida típica del analfabetismo. Si bien es cierto que además, en materia de infraestructura, las tres cuartas partes de los centros educativos peruanos carecen de agua, luz y desagüe, y que el costo de educación de un niño en el Perú es apenas la cuarta parte del promedio de costo para América latina y el Caribe, y que la inversión o gastos en educación ha caído en el Perú en 1989 apenas al 58% de lo que se gastaba en 1985, con graves deficiencias remunerativas al personal

docente, no puede ser menos impactante y trascendente informar sin retaceo que la calidad de nuestra educación, en los hechos y en la práctica, como se deduce fácilmente, no corresponde a las necesidades básicas de aprendizaje de los niños, jóvenes y adultos, y menos a nuestras realidades socioculturales, plurilingües, multiétnicas y a nuestras urgencias impostergables con el compromiso ético ante la nación [38].

Así, en estos términos, en lo posible objetivos, ¿es posible no hablar de una terrible crisis en la educación del niño y del joven en el Perú?

1.5 Descripción situacional del menor y de la familia en Perú [39]: presentación en cifras

(Pese al esfuerzo de precisión, las cifras deben considerarse como aproximaciones.)

1. **Población total: Perú, país de jóvenes y niños**
   - 1.1 Se estima que la población total del Perú asciende a 22 332 100 habitantes.
   - 1.2 El año 2000 el Perú tendrá una población aproximada de 27 952 100 habitantes, con una tasa de crecimiento anual de 2,1%.
   - 1.3 La población del Perú de 0 a 14 años asciende hoy a 8 774 600 habitantes, constituyendo el 39,15% de la población total.

2. **Otros signos demográficos**
   - 2.1 La población del Perú de 0 a 24 años asciende a 13 200 800 habitantes. En consecuencia, 59,1% son habitantes con 24 o menos años de edad.

---

[38] PERÚ, *Plan de acción nacional por la infancia, op. cit.*, p. 127.

[39] RODRÍGUEZ ITURRI, Róger, Lima, *Derecho de Familia.* Materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, parte 1. Los datos estadísticos que aparecen aquí, excepto algunos referidos a población total, tuvieron vigencia hasta 1991.

2.2 Se estima que no menos del 50% de la población del Perú es menor de 18 años (menor de edad).

3. **Perú: número de familias y tasa de crecimiento**
El Perú a 1987 estaba compuesto por aproximadamente 5 331 975 familias, con una tasa de crecimiento anual de 2,7%. La media de hijos por familia se establece en 4,2.

4. **Perú: paternidad irresponsable y ausencia de personalidad jurídica**
Se estima que el 50% de los hijos nacidos en el Perú tienen carácter extramatrimonial (nacidos fuera del matrimonio civil).

A 1987, en la costa el 30% de los hijos no son inscritos en el resto del país.

5. **Menores: situación de abandono físico y moral**
Respecto a la situación de la niñez peruana, entre 0 a 9 años, según el Instituto de Bienestar Familiar (1985), apreciamos:

TABLA 1.5 *Situación de la niñez*

Situación	*Grupos de edad*	*Población en miles*	*Población en %*
Total Perú			
En abandono físico y moral	0-9	3 500	62,48
Departamento de Lima			
Alto riesgo	0-9	200	3,57
En abandono físico y moral	0-9	600	10,71
En abandono total	0-9	6	0,11
En los otros 24 departamentos			
Alto riesgo	0-9	125	2,23
En abandono físico y moral	0-9	2 900	51,77
En abandono total	0-9	5	0,09
Total Perú			
En abandono total	0-9	11	0,20

Fuente: Oficina de Estadística del Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF).

6. Instituto Nacional de Bienestar Familiar (órgano del Estado para la protección de la familia y el menor en el Perú): ¿presta una cobertura cuantitativa suficiente?

TABLA 1.6 *Ingreso de menores a centros infantiles (1988)*

Motivo de ingreso	*Total*	*Lima y Callao*		*Otros dptos.*
		INABIF	*Comunal*	*INABIF*
Total	6 225	3 262	1 477	1 486
Abandono	25	6	1	18
Crisis económica	88	32	22	34
Madre que trabaja	6 099	3 224	1 450	1 425
Otros	13	0	4	9

Fuente: Oficina de Estadística del Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF).

TABLA 1.7 *Egreso de menores de centros infantiles, según motivo (1988)*

Motivo de egreso	*Total*	*Lima y Callao*		*Otros dptos.*
		INABIF	*Comunal*	*INABIF*
Total	6 225	3 369	1 431	1 425
Límite de edad	405	309	0	96
Límite de inasistencia	295	158	66	71
Superación problema familiar	61	14	2	45
Retiro voluntario	465	263	29	173
Otros	89	21	54	14
Población permanente*	4 910	2 604	1 280	1 026

* Población que queda para el período siguiente.
Fuente: Oficina de Estadística, INABIF.

7. Centros de asistencia y protección del menor: prueba del abandono material familiar y baja cobertura cuantitativa

TABLA 1.8 *Ingreso de menores a centros de asistencia y protección, según causa (1987-1988)*

Motivo de ingreso	*Total*	*Tipo de servicio*		
		Casa	*Colocación familiar*	*Hogar transit. Virú*
1 9 8 7	416	90	131	195
Abandono material	263	67	61	135
Hospitalización	31	5	22	4
Crisis económica	34	9	25	0
Adopción	13	0	7	6
Otros	75	9	16	50
1 9 8 8	467	28	198	241
Abandono material	238	12	27	199
Hospitalización	32	4	13	7
Crisis económica	143	11	131	1
Adopción	18	0	0	18
Otros	36	1	19	16

8. Estado civil de la población

Respecto a la población de 12 y más años de edad, apreciamos que se encuentra en estado de soltería el 42,4%, son convivientes el 13,6% y casados el 34,9%. Sin embargo, existe una importante crisis familiar vinculada a los rubros «casados» y «convivientes». Los juicios civiles sobre pensión de alimentos ostentan el mayor volumen de todos los distritos judiciales de la República.

En 1988 los delitos registrados contra la familia alcanzaban el tercer lugar en el Perú, detrás de los delitos contra el patrimonio (primer puesto), y contra la vida, el cuerpo y la salud (segundo puesto).

9. **Perú: tarea pendiente en educación y alfabetización**

9.1 Aunque casi el 50% de la población nacional se ecuentra en edad escolar, a 1989 se matricularon 7 320 000 peruanos, lo que establece una fracción porcentual importante de deserción escolar, que se estima en un aproximado de 35%.

9.2 El Perú ostenta a 1989 una significativa tasa de analfabetismo de 12,0%, sintiéndose el fenómeno particularmente en el área rural.

10. **Perú: déficit en esperanza de vida al nacer**

El Perú ocupa el penúltimo puesto en esperanza de vida al nacer entre los países andinos, adelante de Bolivia, con una media del orden de 60 años.

11. **Perú: récord de mortalidad infantil y causas**

11.1 Entre los países andinos el Perú ocupa el último puesto en mortalidad infantil con una tasa de 80,7 por mil. Otros indicadores señalan que la tasa es de 88 por mil.

11.2 La primera causa de mortalidad infantil suele ser la paternidad irresponsable.

Las causas patológicas principales de tal mortalidad suelen ser diarrea, deficiencias en la cobertura de inmunización, paludismo, tuberculosis, infecciones respiratorias agudas, sarampión, tifus y meningitis, entre otras.

12. **Incremento del tráfico ilícito de drogas: también un problema entre jóvenes**

En 1988 se incrementó la frecuencia de casos de tráfico ilícito de drogas registrados. La droga incautada por la Policía Técnica ascendió a un récord de 8 778 kilogramos, detectándose el uso cada vez más constante de la pasta básica de cocaína, el clorhidrato de cocaína y la marihuana.

Empero, en la III Conferencia de Organizaciones Nacionales contra la Droga, dependiente de Naciones Unidas, en Aruba, 1990, la misión peruana expuso haber decomisado en su país, entre 1985 y 1990, 154 632 kilogramos de estupefacientes.

13. Perú: orfandad de empleo y de seguridad social

13.1 En 1988, la población económica ascendió sólo a 7 425 000 trabajadores, acentuándose la grave crisis del desempleo.

13.2 En 1988, los asegurados activos en el Instituto Peruano de Seguridad Social ascendieron sólo a un total de 3 073 000.

14. Perú: el problema a propósito de una vivienda digna

El 42,3% de los peruanos tienen, como materiales, tierra en el piso de sus viviendas y un 32,5% tiene cemento puro. Con acabados en el piso (locetas, etc.) 6,8%, lo que señala el estado deficitario de las viviendas en general.

15. Pobreza en el Perú

A 1990, 12 800 000 peruanos viven en estado de pobreza, constituyendo el 57,31% de la población. Más de 6 800 000 son habitantes de ámbitos rurales.

16. ¿Cuál es el estado nutricional de los menores en el Perú?

Niños menores de 6 años malnutridos según ENSSA (1984)	=	44,9%
Número estimado de niños malnutridos	=	1 997 000
% más alto de desnutrición = Cajamarca	=	63,5%
Duración promedio de lactancia materna	=	3,31 meses
Incremento del número de niños desnutridos en la periferia de Lima, según PRISMA (1987-1988)	=	48%

17. Además, en materia de educación, ¿cuáles son los porcentajes de atención escolar a menores y en qué medida se manifiestan los factores de promoción, repitencia y deserción escolar primaria, así como otros indicadores?

Porcentaje de atención de niños menores de 5 años en educación preescolar	=	26%
Matriculados en preescolar. Sistema escolarizado	=	603 800
Matriculados en preescolar. Sistema no escolarizado	=	398 000
Educación primaria de menores. Matriculados	=	4 019 500

Educación primaria de menores. Relac. alumnos/profesor	=	28,5
Tasa de promoción en primaria de la cohorte 1985-1990	=	31,3
Tasa de repitencia en primaria de la cohorte 1985-1990	=	45,1
Tasa de deserción en primaria de la cohorte 1985-1990	=	23,6
Tasa de analfabetismo	=	11,1%
Número estimado de analfabetos	=	1 500 000
% de jóvenes que cumplieron 15 años sin completar primaria	=	60%

18. Respecto del trabajo de niños los indicadores numéricos varían

Niños que trabajan (estimaciones 1985)	138 680
Área urbana	34%
Área rural	66%

Empero, estas cifras son relativas y según otros indicadores se estima que más de 500 000 niños trabajan en el Perú.

19. ¿Cuáles son las cifras vinculadas a los aspectos reproductivos en el Perú?

Población femenina 1990	10 703 744
Tasa global de fecundidad (ENSSA-1986)	4,1 hijos por mujer

20. Derecho a la educación [40]

1. Porcentaje de niños menores de 6 años con servicios educativos (1991)		
Nacional	=	26,0%
Rural	=	4,0%
2. Porcentaje de niños de 6-14 años matriculados	=	95,0%
3. Porcentaje de niños de la calle que no van a la escuela	=	20,0%
4. Porcentaje de niños de la calle que van irregularmente a la escuela	=	30,0%

40 Asociación Red Internacional para la Infancia y la Familia, América Latina y el Caribe - Núcleo Nacional de Perú. *Derechos del Niño. Situación Diagnóstica en el Perú* (documento), p. 3.

5. Ruta educacional crítica del niño peruano

Ingresan al 1.er grado de primaria	=	100,0%
Terminan el 6.º grado de primaria	=	53,0%
Prosiguen estudios de 1.º de secundaria	=	47,0%
Culminan el 5.º de secundaria	=	26,0%
Postulan (buscan) ingreso a la universidad	=	22,0%
Ingresan a la universidad	=	5,0%
Terminan estudios profesionales / universitarios	=	1,0%
Encuentran trabajo como profesionales	=	0,2%

Anexos

En este punto del libro queremos reproducir alguna información proveniente de los diversos censos nacionales de población y vivienda (incluyendo los últimos de 1993) y que tiene relación con ciertas característas que conforman el ambiente en el que se desenvuelven la niñez, la adolescencia y la familia en nuestro medio. Creemos necesario presentar estos datos a fin de ilustrar con la realidad misma lo problematizado y propuesto por nosotros en estas páginas.

La información censal se presenta en dos partes: la primera contiene datos sobre el departamento de Lima y la segunda datos a nivel nacional.

Finalmente, una tercera parte reproduce tablas elaboradas en base a encuestas realizadas con un universo de 544 niños y adolescentes entre 11 y 17 años de ambos sexos (de Lima, Arequipa, Cusco, Piura, Huancayo y Pucallpa) y que ofrecen su opinión sobre asuntos que de una u otra forma tienen influencia en su formación. En este caso nuestra fuente ha sido *Rädda Barnen* de Suecia.

Anexo 1

Algunos resultados de los censos nacionales de población. Ámbito: departamento de Lima

Características demográficas
Tablas A.1.1. y A.1.2
Características sociales
Tablas A.1.3 a A.1.9
Características económicas
Tabla A.1.10

TABLA A.1.1 *Lima, población total y tasa de crecimiento en los censos del presente siglo*

Año	*Población total*	*Incremento intercensal*	*Tasa de crecimiento intercensal (Promedio anual)*
1940	849 711		
			4,4
1961	2 093 435	1 243 724	
			5,1
1972	3 594 787	1 501 352	
			3,7
1981	4 993 032	1 398 245	
			2,2
1993	6 478 957	1 485 925	

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1940, 1961, 1972, 1981 y 1993.

TABLA A.1.2 *Lima, población femenina de 12 años y más, por número de hijos nacidos vivos, según estado civil y grupos quinquenales de edad: 1993*

Estado civil y grupos quinquenales de edad	*Población femenina de 12 años y más*								*Total hijos nacidos vivos*
	Total	*Número de hijos nacidos vivos*							
		0	*1*	*2*	*3*	*4-5*	*6-7*	*8 y más*	*No especificado*	
DPTO. DE LIMA	2 495 339	960 639	327 312	330 673	248 967	286 565	136 295	117 072	87 816	4 994 872
De 12 a 14 años	199 857	197 109	1 424	467	0	0	0	0	857	2 358
De 15 a 19 años	373 058	330 647	22 559	3 315	456	146	0	0	15 935	31 141
De 20 a 24 años	361 406	213 425	80 560	35 822	9 935	2 535	123	0	19 006	193 353
De 25 a 29 años	307 645	98 014	79 212	65 553	30 111	16 376	1 729	198	16 452	382 702
De 30 a 34 años	264 284	43 157	52 482	69 203	44 363	35 653	8 077	1 586	9 763	543 609
De 35 a 39 años	225 370	22 878	28 772	53 240	46 676	46 699	15 700	6 027	5 378	632 579
De 40 a 44 años	179 030	13 678	16 893	33 886	35 761	44 580	19 632	11 083	3 537	615 121
De 45 a 49 años	139 247	9 482	11 430	20 876	24 839	36 415	18 948	14 612	2 645	547 321
De 50 y más años	445 442	32 249	33 980	48 331	56 826	104 161	72 086	83 566	14 243	2 046 688
CONVIVIENTE	310 321	3 682	80 937	71 119	46 075	48 186	20 244	14 051	26 027	835 475
De 12 a 14 años	1 985	83	795	284	0	0	0	0	823	1 363
De 15 a 19 años	20 145	773	11 542	2 041	167	22	0	0	5 600	16 213
De 20 a 24 años	69 199	1 211	32 535	19 089	5 814	1 480	44	0	9 026	94 592
De 25 a 29 años	68 689	698	19 598	22 029	12 877	7 853	814	76	4 744	141 454
De 30 a 34 años	51 798	344	8 295	13 531	11 519	12 083	3 216	621	2 189	148 501
De 35 a 39 años	35 969	194	3 627	6 919	7 343	10 344	4 509	1 872	1 161	130 636
De 40 a 44 años	22 735	122	1 711	3 175	3 683	6 706	4 007	2 631	700	98 889
De 45 a 49 años	14 219	76	961	1 607	1 936	3 914	2 752	2 530	443	69 335
De 50 y más años	25 582	181	1 873	2 444	2 736	5 784	4 902	6 321	1 341	134 492
CASADA	875 300	6 025	139 354	200 071	161 148	181 235	82 129	67 904	37 434	2 994 136
De 15 a 19 años	6 147	202	3 453	548	103	64	0	0	1 777	5 114
De 20 a 24 años	50 018	920	26 594	11 990	3 105	766	36	0	6 607	63 303
De 25 a 29 años	110 487	1 532	40 468	36 228	14 376	7 111	745	82	9 945	191 523
De 30 a 34 años	138 523	1 084	29 256	47 891	28 674	20 296	4 154	794	6 374	331 657
De 35 a 39 años	136 068	584	14 102	38 870	34 543	31 485	9 590	3 591	3 303	425 092
De 40 a 44 años	114 208	389	7 450	24 603	27 461	32 161	13 067	7 091	1 986	428 494
De 45 a 49 años	90 300	281	5 056	14 481	18 912	26 937	13 270	9 866	1 497	387 000
De 50 y más años	229 549	1 033	12 975	25 460	33 974	62 415	41 267	46 480	5 945	1 161 953
VIUDA	129 623	649	11 295	16 081	16 902	30 949	22 209	26 826	4 712	639 688
De 15 a 19 años	282	10	93	31	21	13	0	0	114	270
De 20 a 24 años	788	11	349	205	60	35	9	0	119	1 146
De 25 a 29 años	1 726	13	547	518	320	172	41	8	107	3 615
De 30 a 34 años	2 795	12	561	769	586	576	138	53	100	7 809
De 35 a 39 años	3 981	12	574	917	825	998	392	180	83	13 420
De 40 a 44 años	5 518	12	509	1 033	998	1 566	805	493	102	22 201
De 45 a 49 años	7 159	14	626	1 012	1 186	1 950	1 180	1 055	136	32 301
De 50 y más años	107 374	565	8 036	11 596	12 906	25 639	19 644	25 037	3 951	558 926

TABLA A.1.2 *(Continuación)*

Estado civil y grupos quinquenales de edad	*Población femenina de 12 años y más*									*Total hijos nacidos vivos*
	Total	*Número de hijos nacidos vivos*								
		0	*1*	*2*	*3*	*4-5*	*6-7*	*8 y más*	*No especificado*	
DIVORCIADA	19 189	195	5 115	4 691	3 115	3 089	1 101	692	1 191	50 866
De 15 a 19 años	64	4	19	4	1	3	0	0	33	42
De 20 a 24 años	317	6	190	71	13	5	0	0	32	391
De 25 a 29 años	959	10	532	227	76	34	3	0	77	1 379
De 30 a 34 años	2 012	22	888	570	215	144	19	4	150	3 456
De 35 a 39 años	2 764	23	904	830	464	302	63	15	163	5 796
De 40 a 44 años	3 022	29	797	848	567	451	122	61	147	7 498
De 45 a 49 años	2 588	23	538	664	489	533	165	75	101	7 380
De 50 y más años	7 463	78	1 247	1 477	1 290	1 617	729	537	488	24 924
SEPARADA	73 096	529	18 592	15 510	10 812	12 743	6 144	4 494	4 272	219 783
De 15 a 19 años	2 294	100	998	121	17	3	0	0	1 055	1 303
De 20 a 24 años	6 480	103	3 734	1 355	300	74	5	0	909	7 681
De 25 a 29 años	8 883	65	3 987	2 511	1 069	534	54	4	659	14 843
De 30 a 34 años	9 583	61	3 021	2 744	1 685	1 346	304	41	381	21 719
De 35 a 39 años	10 093	37	2 219	2 646	1 906	2 096	675	224	290	28 613
De 40 a 44 años	9 281	44	1 484	1 923	1 787	2 293	1 041	497	212	31 907
De 45 a 49 años	7 623	25	989	1 448	1 339	1 940	1 012	696	174	29 437
De 50 y más años	18 859	94	2 160	2 762	2 709	4 457	3 053	3 032	592	84 280
SOLTERA	1 070 292	949 109	71 156	22 542	10 524	9 868	4 156	2 740	197	243 653
De 12 a 14 años	197 872	197 026	629	183	0	0	0	0	34	995
De 15 a 19 años	336 422	329 303	6 339	536	140	38	0	0	66	7 983
De 20 a 24 años	231 898	211 092	16 921	3 007	625	170	27	0	56	25 707
De 25 a 29 años	115 620	95 659	13 928	3 936	1 344	646	65	26	16	29 203
De 30 a 34 años	58 674	41 613	10 373	3 589	1 634	1 170	229	59	7	29 535
De 35 a 39 años	35 816	22 018	7 277	2 976	1 535	1 418	452	135	5	28 125
De 40 a 44 años	23 628	13 074	4 895	2 240	1 227	1 349	562	278	3	25 133
De 45 a 49 años	16 876	9 055	3 238	1 640	943	1 095	536	366	3	21 067
De 50 y más años	53 486	30 269	7 556	4 435	3 076	3 982	2 285	1 876	7	75 905
NO ESPECIFICADO	17 518	450	863	659	391	495	312	365	13 983	11 271
De 15 a 19 años	7 704	255	115	34	7	3	0	0	7 290	216
De 20 a 24 años	2 706	82	237	105	18	5	2	0	2 257	533
De 25 a 29 años	1 281	37	152	104	49	26	7	2	904	685
De 30 a 34 años	899	21	88	109	50	38	17	14	562	932
De 35 a 39 años	679	10	69	82	60	56	19	10	373	897
De 40 a 44 años	638	8	47	44	38	54	28	32	387	999
De 45 a 49 años	482	8	22	24	34	46	33	24	291	801
De 50 y más años	3 129	29	133	157	135	267	206	283	1 919	6 208

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.1.3 *Lima, población censada de 12 y más años, según estado civil o conyugal: 1972, 1981 y 1993*

Estado civil o conyugal 1/	*1972*		*1981*		*1993*	
	Población	*%*	*Población*	*%*	*Población*	*%*
Total	2 333 656	100,0	3 333 936	100,0	4 804 616	100,0
Soltero	1 112 881	47,7	1 584 033	47,5	2 196 662	45,7
Casado	863 371	37,0	1 286 317	38,6	1 703 066	35,5
Conviviente	220 125	9,4	269 732	8,1	603 245	12,6
Viudo	92 508	4,0	125 375	3,8	168 169	3,5
Divorciado	10 294	0,4	19 232	0,5	30 873	0,6
Separado	34 477	1,5	49 247	1,5	102 601	2,1

1/ No incluye a la población que no declaró su estado civil o conyugal.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1972, 1981 y 1993.

TABLA A.1.4 *Lima, población censada de 5 y más años, según idioma o dialecto materno aprendido en la niñez: 1993*

Idioma o dialecto materno aprendido en la niñez 1/	*Población*	*%*
Total	5 720 257	100,0
Castellano	5 118 928	89,5
Quechua	547 397	9,6
Aymara	26 018	0,5
Otra lengua nativa	5 106	0,1
Idioma extranjero	22 808	0,3

1/ No incluye a la población que no declaró su idioma o dialecto materno aprendido en la niñez.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.1.5 *Lima, población censada, según religión que profesa: 1993*

Religión 1/	*Población*	*%*
Total	6 374 545	100,0
Católica	5 821 634	91,3
Evangélica	290 757	4,6
Otra religión	167 686	2,6
Ninguna	94 468	1,5

1/ No incluye a la población que no declaró la religión que profesa.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.1.6 *Lima, población censada de 15 y más años, según condición de alfabetismo: 1972, 1981 y 1993 (por ciento)*

Condición de alfabetismo 1/	*1972*	*1981*	*1993*
Total	100,0 (2 104 291)	100,0 (3 030 846)	100,0 (4 440 737)
Alfabeto	93,2	95,5	95,8
Analfabeto	6,8	4,5	4,2
Hombres	100,0	100,0	100,0
Alfabeto	97,3	98,3	98,1
Analfabeto	2,7	1,7	1,9
Mujeres	100,0	100,0	100,0
Alfabeto	89,1	92,8	93,8
Analfabeto	10,9	7,2	6,2

1/ No incluye a las personas que no declararon si sabían leer y escribir.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1972, 1981 y 1993.

TABLA A.1.7 *Lima, población censada de 15 y más años, según nivel de instrucción: 1972, 1981 y 1993 (por ciento)*

Nivel de instrucción 1/	*1972*	*1981*	*1993*
Total	100,0 (2 075 298)	100,0 (2 981 398)	100,0 (4 386 538)
Sin nivel	6,8	3,5	4,0
Preescolar	0,5	0,4	0,2
Primaria	46,8	32,9	20,4
Secundaria	37,3	46,0	44,7
Superior	8,6	17,2	30,7

1/ No incluye a las personas que no declaron su nivel de instrucción.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1972, 1981 y 1993.

TABLA A.1.8 *Lima, población de 5 años y más, por grupos de edad, sexo y nivel de educación alcanzado: 1993*

Sexo y nivel de educación alcanzado	*Total*	*Grupos de edad*						
		5 a 9 años	*10 a 14 años*	*15 a 19 años*	*20 a 29 años*	*30 a 39 años*	*40 a 64 años*	*65 y más años*
Dpto. de Lima	5 742 511	639 845	660 237	725 412	1 293 016	937 414	1 180 034	306 553
Ningún nivel	234 067	52 297	5 903	6 104	18 244	21 818	81 960	47 741
Inicial o preescolar	139 998	125 516	2 289	2 847	2 567	1 815	3 807	1 157
Primaria	1 734 890	445 946	395 055	74 943	120 950	149 217	409 195	139 584
Secundaria	2 201 581	0	242 047	517 009	601 249	390 457	378 991	71 828
Sup. no univers. incompleta	260 952	0	0	60 238	135 421	41 633	21 250	2 410
Sup. no univers. completa	337 465	0	0	7 404	140 340	105 645	72 683	11 393
Sup. univers. incompleta	339 812	0	0	41 726	165 694	74 427	51 058	6 907
Sup. univers. completa	406 826	0	0	0	94 496	143 561	147 663	21 106
No especificado	86 920	16 086	14 943	15 141	14 055	8 841	13 427	4 427
Hombres	2 800 027	322 936	330 144	352 354	623 965	447 760	581 141	141 727
Ningún nivel	72 335	26 908	2 873	2 555	6 709	6 105	17 153	10 032
Inicial o preescolar	69 604	63 544	1 134	1 411	1 107	689	1 306	413
Primaria	796 134	224 310	198 391	31 506	43 435	49 924	180 166	68 402
Secundaria	1 138 152	0	120 287	262 067	316 481	200 159	204 374	34 784
Sup. no univers. incompleta	127 283	0	0	24 803	66 442	22 556	12 188	1 294
Sup. no univers. completa	128 300	0	0	2 176	49 031	39 704	31 893	5 496
Sup. univers. incompleta	193 167	0	0	20 279	90 458	45 014	32 854	4 562
Sup. univers. completa	232 999	0	0	0	43 136	79 509	95 291	15 063
No especificado	42 053	8 174	7 459	7 557	7 166	4 100	5 916	1 681
Mujeres	2 942 484	316 909	330 093	373 058	669 051	489 654	598 893	164 826
Ningún nivel	161 732	25 389	3 030	3 549	11 535	15 713	64 807	37 709
Inicial o preescolar	70 394	61 972	1 155	1 436	1 460	1 126	2 501	744
Primaria	938 756	221 636	196 664	43 437	77 515	99 293	229 029	71 182
Secundaria	1 063 429	0	121 760	254 942	284 768	190 298	174 617	37 044
Sup. no univers. incompleta	133 669	0	0	35 435	68 979	19 077	9 062	1 116
Sup. no univers. completa	209 165	0	0	5 228	91 309	65 941	40 790	5 897
Sup. univers. incompleta	146 645	0	0	21 447	75 236	29 413	18 204	2 345
Sup. univers. completa	173 827	0	0	0	51 360	64 052	52 372	6 043
No especificado	44 867	7 912	7 484	7 584	6 889	4 741	7 511	2 746

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.1.9 *Lima, viviendas particulares con ocupantes presentes, por material predominante en los pisos, según tipo de vivienda: 1993 (por ciento)*

Tipo de vivienda	*Total*	*Material predominante en los pisos de la vivienda*						
		Parquet o madera pulida	*Lámina asfáltica, vinílicos*	*Losetas, terrazos, etc.*	*Madera*	*Cemento*	*Tierra*	*Otro mater.*
Total	100,0 (1 252 664)	15,3	3,5	11,7	2,2	44,0	22,3	1,0
Casa independ.	100,0 (881 459)	14,8	3,1	11,6	1,5	49,6	18,9	0,5
Dpto. en edificio	100,0 (135 515)	39,8	11,0	21,1	1,5	26,5	0,1	0,0
Viv. en quinta	100,0 (39 011)	15,4	2,9	30,1	12,0	38,0	1,4	0,2
Viv. casa vecindad	100,0 (61 204)	0,8	0,3	4,7	12,0	64,7	16,9	0,6
Viv. improvisadas 1/	100,0 (120 706)	0,0	0,0	0,0	0,1	13,0	80,9	6,0
Local no dest. hab. hum. 2/	100,0 (14 769)	3,0	1,6	9,8	2,2	56,2	25,4	1,8

1/ Incluye choza o cabaña.
2/ Incluye otro tipo.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.1.10 *Lima, población de 6 años y más, por grandes grupos de edad, según sexo y condición de actividad: 1993*

Sexo y condiciones de actividad	*Total*	*Grandes grupos de edad*				
		6 a 14 años	*15 a 29 años*	*30 a 44 años*	*45 a 64 años*	*65 y más años*
DEPARTAMENTO DE LIMA	5 605 876	1 163 447	2 018 428	1 287 489	829 959	306 553
Población económicamente activa	2 418 276	27 327	975 525	875 671	465 237	74 516
Ocupada	2 231 411	22 562	877 728	822 713	436 698	71 710
Trabajaba por algún ingreso	2 055 748	14 445	799 703	773 998	404 815	62 787
No trabajo pero tenía trabajo	82 199	445	29 123	30 257	18 637	3 737
Ayudando a un familiar sin pago	93 464	7 672	48 902	18 458	13 246	5 186
Desocupada	186 865	4 765	97 797	52 958	28 539	2 806
Buscando trab. habiendo trab. antes	114 039	279	44 643	41 560	25 175	2 382
Busca trab. por primera vez	72 826	4 486	53 154	11 398	3 364	424
Población económicamente no activa	3 187 600	1 136 120	1 042 903	411 818	364 722	232 037
Cuidado del hogar y no trabajo	1 298 983	121 979	423 846	367 220	271 904	114 034
Estudiante y no trabajo	1 406 563	847 388	546 312	11 727	1 136	0
Jubilado/pensionista y no trabajo	155 253	0	3 800	5 356	63 154	82 943
Rentista y no trabajo	24 640	0	5 536	4 476	7 547	7 081
Otro	302 161	166 753	63 409	23 039	20 981	27 979
HOMBRES	2 730 985	584 038	976 319	618 805	410 096	141 727
Población económicamente activa	1 575 908	13 418	592 145	575 878	339 011	55 456
Ocupada	1 454 919	10 918	534 821	540 703	315 403	53 074
Trabajaba por algún ingreso	1 352 473	6 834	490 944	512 330	294 752	47 613
No trabajo pero tenía trabajo	56 102	268	18 351	20 022	14 474	2 987
Ayudando a un familiar sin pago	46 344	3 816	25 526	8 351	6 177	2 474
Desocupada	120 989	2 500	57 324	35 175	23 608	2 382
Buscando trab. habiendo trab. antes	82 267	179	28 141	30 022	21 797	2 128
Busca trab. por primera vez	38 722	2 321	29 183	5 153	1 811	254
Población económicamente no activa	1 155 077	570 620	384 174	42 927	71 085	86 271
Cuidado del hogar y no trabajo	204 129	59 890	80 525	24 379	23 080	16 255
Estudiante y no trabajo	695 940	426 543	263 920	5 099	378	0
Jubilado/pensionista y no trabajo	93 605	0	1 618	1 760	34 394	55 833
Rentista y no trabajo	12 704	0	2 606	2 107	4 178	3 813
Otro	148 699	84 187	35 505	9 582	9 055	10 370

TABLA A.1.10 *(Continuación)*

Sexo y condiciones de actividad	*Total*	*Grandes grupos de edad*				
		6 a 14 años	*15 a 29 años*	*30 a 44 años*	*45 a 64 años*	*65 y más años*
MUJERES	2 874 891	579 409	1 042 109	668 684	419 863	164 826
Población económicamente activa	842 368	13 909	383 380	299 793	126 226	19 060
Ocupada	776 492	11 644	342 907	282 010	121 295	18 636
Trabajaba por algún ingreso	703 275	7 611	308 759	261 668	110 063	15 174
No trabajo pero tenía trabajo	26 097	177	10 772	10 235	4 163	750
Ayudando a un familiar sin pago	47 120	3 856	23 376	10 107	7 069	2 712
Desocupada	65 876	2 265	40 473	17 783	4 931	424
Buscando trab. habiendo trab. antes	31 772	100	16 502	11 538	3 378	254
Busca trab. por primera vez	34 104	2 165	23 971	6 245	1 553	170
Población económicamente no activa	2 032 523	565 500	658 729	368 891	293 637	145 766
Cuidado del hogar y no trabajo	1 094 854	62 089	343 321	342 841	248 824	97 779
Estudiante y no trabajo	710 623	420 845	282 392	6 628	758	0
Jubilado/pensionista y no trabajo	61 648	0	2 182	3 596	28 760	27 110
Rentista y no trabajo	11 936	0	2 930	2 369	3 369	3 268
Otro	153 462	82 566	27 904	13 457	11 926	17 609

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

Anexo 2

Algunos resultados de los censos nacionales de población. Ámbito: Perú

Características demográficas
Tablas A.2.1. a A.2.4
Características sociales
Tablas A.2.5 a A.2.14
Características económicas
Tabla A.2.15

TABLA A.2.1 *Perú, población total y tasa de crecimiento en los censos del presente siglo*

Año	*Población total*	*Incremento intercensal*		*Incremento anual (Hab.)*	*Tasa de crecimiento (Prom. anual)*
		Absoluto (Hab.)	*%*		
1940	7 023 111				
		3 397 246	48,4	161 774	1,9
1961	10 420 357				
		3 701 207	35,5	336 473	2,8
1972	14 121 564				
		3 640 667	25,8	404 519	2,6
1981	17 762 231				
		4 877 212	27,5	406 434	2,0
1993	22 639 443				

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1940, 1961, 1972, 1981 y 1993.

TABLA A.2.2 *Perú, composición de la población por sexo e índice de masculinidad, según departamentos: 1981 y 1993*

Departamento	*1981*		*1993*		*Índice de masculinidad*	
	Hombres	*Mujeres*	*Hombres*	*Mujeres*	*1981*	*1993*
Total	8 489 867	8 515 343	10 956 375	11 091 981	99,7	98,8
Amazonas	132 772	121 788	172 603	164 062	109,0	105,2
Ancash 1/	407 323	419 076	470 111	484 912	97,2	96,9
Apurímac	157 705	165 641	190 005	191 992	95,2	99,0
Arequipa	357 097	349 483	455 200	461 606	102,2	98,6
Ayacucho	245 447	257 945	240 138	252 369	95,2	95,2
Cajamarca 1/	508 955	517 489	627 875	631 933	98,4	99,4
Callao	225 734	217 679	318 188	321 541	103,7	99,0
Cusco	419 483	413 021	517 798	510 965	101,6	101,3
Huancavelica	168 558	178 239	187 890	197 272	94,6	95,2
Huánuco 1/	240 502	237 375	327 379	327 110	101,3	100,1
Ica	216 651	217 246	279 602	286 084	99,7	97,7
Junín	426 526	425 712	514 222	521 619	100,2	98,6
La Libertad	483 315	498 759	624 178	646 083	96,9	96,6
Lambayeque	332 172	342 270	449 573	471 222	97,0	95,4
Lima	2 349 439	2 396 438	3 126 615	3 259 693	98,0	95,9
Loreto 1/	249 331	233 498	353 587	333 695	106,8	106,0
Madre de Dios	19 623	13 384	37 883	29 125	146,6	130,1
Moquegua	53 646	47 964	66 843	61 904	111,8	108,0
Pasco 1/	108 313	103 605	114 425	111 870	104,5	102,3
Piura	565 251	560 614	692 917	695 347	100,8	99,7
Puno	438 434	451 824	535 830	544 019	97,0	98,5
San Martín	167 175	152 576	294 453	257 934	109,6	114,2
Tacna	76 333	66 752	111 808	106 545	114,4	104,9
Tumbes	55 465	48 374	82 426	73 095	114,7	112,8
Ucayali 1/	84 617	78 591	164 826	149 984	107,7	109,9
Lima Metropol.	2 279 368	2 328 642	3 102 074	3 243 782	97,9	95,6

1/ Reconstruidos de acuerdo a la división politicoadministrativa de 1993.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1981 y 1993.

TABLA A.2.3 *Perú, número promedio de hijos nacidos vivos por mujer, según mujeres en edad fértil: 1981 y 1993*

Grupos de edad	*1981*			*1993*		
	MEF 1/	*HNV 2/*	*Promed.*	*MEF 1/*	*HNV 2/*	*Promed.*
Total	4 052 566	9 893 713	2,4	5 630 378	12 312 773	2,2
15-19	931 761	124 805	0,1	1 187 911	167 719	0,1
20-24	811 735	779 508	1,0	1 088 211	924 210	0,8
25-29	653 829	1 431 692	2,2	926 069	1 691 614	1,8
30-34	511 143	1 743 071	3,4	788 055	2 238 299	2,8
35-39	453 481	2 074 071	4,6	670 878	2 555 045	3,8
40-44	366 539	1 925 630	5,3	531 562	2 447 949	4,6
45-49	324 078	1 814 936	5,6	437 692	2 287 937	5,2

1/ MEF = Mujeres en edad fértil.
2/ HNV = Hijos nacidos vivos.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1981 y 1993.

TABLA A.2.4 *Perú, número promedio de hijos nacidos vivos por mujer, según departamentos: 1981 y 1993*

Departamento	*Mujeres en edad fértil*		*Hijos nacidos vivos*		*Hijos por mujer*	
	1981	*1993*	*1981*	*1993*	*1981*	*1993*
Total	4 052 566	5 630 378	9 893 713	12 312 773	2,4	2,2
Huancavelica	74 077	82 582	239 891	277 903	3,2	3,4
Apurímac	65 974	78 432	227 886	260 921	3,5	3,3
Amazonas	52 111	72 222	164 047	222 384	3,1	3,1
Loreto	96 165	151 161	295 970	465 151	3,1	3,1
Ayacucho	106 208	108 595	335 762	324 485	3,2	3,0
Huánuco	105 542	149 015	314 625	427 475	3,0	2,9
Ucayali	43 101	71 441	134 328	205 211	3,1	2,9
San Martín	67 097	122 522	215 571	337 539	3,2	2,8
Cajamarca	224 208	284 682	668 117	798 502	3,0	2,8
Pasco	46 263	53 347	144 240	146 131	3,1	2,7
Cusco	186 066	237 246	555 760	652 301	3,0	2,7
Madre de Dios	6 419	14 502	19 068	38 663	3,0	2,7
Puno	198 005	250 836	547 731	647 398	2,8	2,6
Ancash	182 776	229 311	508 466	568 010	2,8	2,5
Piura	255 718	336 212	717 936	855 748	2,8	2,5
Junín	194 829	249 391	510 543	612 071	2,6	2,5
Tumbes	22 639	37 825	62 439	86 827	2,8	2,3
Lambayeque	165 103	246 252	401 438	525 968	2,4	2,1
La Libertad	234 926	329 120	545 746	688 148	2,4	2,1
Ica	104 519	150 325	245 971	303 505	2,3	2,0
Moquegua	22 921	33 337	56 117	64 972	2,4	1,9
Tacna	34 072	60 112	73 713	108 105	2,2	1,8
Arequipa	171 631	248 463	372 178	455 766	2,2	1,8
Lima	1 275 879	1 850 040	2 324 743	2 945 826	1,8	1,6
Callao	116 317	183 407	211 427	293 763	1,8	1,6
Lima Metropol.	1 261 598	1 867 023	2 193 836	2 862 238	1,7	1,5

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1981 y 1993.

TABLA A.2.5 *Perú, población de 5 y más años que asiste a un centro educativo de enseñanza regular y tasa de asistencia, por sexo, según área urbana y rural: 1993*

Área	*Total*	*Sexo*		*Tasa de asistencia*		
		Hombres	*Mujeres*	*Total*	*Hombres*	*Mujeres*
Total	6 501 598	3 328 166	3 173 432	33,7	34,8	32,6
Urbana	4 759 771	2 387 609	2 372 162	34,6	35,5	33,9
Rural	1 741 827	940 557	801 270	31,3	33,2	29,3

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.6 *Perú, población censada de 15 y más años, por sexo, según nivel de instrucción: 1993*

Nivel de instrucción	*Total*	*%*	*Hombres*	*%*	*Mujeres*	*%*
Total 1/	3 678 682	100,0	6 714 600	100,0	6 964 082	100,0
Sin nivel	1 677 706	12,3	452 891	6,7	1 224 815	17,6
Preescolar	48 414	0,3	22 366	0,3	26 048	0,4
Primaria	4 303 930	31,5	2 141 422	31,9	2 162 508	31,0
Secundaria	4 855 297	35,5	2 649 526	39,5	2 205 771	31,7
Superior	2 793 335	20,4	1 448 395	21,6	1 344 940	19,3

1/ Excluye a las personas que no declararon nivel de instrucción.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.7 *Perú, población menor de 15 años, huérfana de madre, por área urbana y rural, según grupos de edad: 1993*

Grupos de edad	*Total*		*Urbana*		*Rural*	
	Huérfanos 1/	*%*	*Huérfanos 1/*	*%*	*Huérfanos 1/*	*%*
Total	297 942	3,7	171 964	3,3	125 978	4,3
0-4	84 100	3,1	49 481	2,9	34 619	3,4
5-9	91 807	3,3	50 541	2,9	41 266	4,1
10-14	122 035	4,6	71 942	4,0	50 093	5,8

1/ Incluye a la población que ignora si su madre vive.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.8 *Perú, población de 12 y más años de edad, por área urbana y rural, según estado civil o conyugal: 1981 y 1993*

Estado civil o conyugal	*Población*			*Distribución relativa*		
	Total	*Urbana*	*Rural*	*Total*	*Urbana*	*Rural*
			1981			
Total 1/	11 152 131	7 559 358	3 592 773	100,0	100,0	100,0
Soltero	4 828 312	3 507 363	1 320 949	43,3	46,4	36,8
Casado	4 285 091	2 906 298	1 378 793	38,4	38,4	38,4
Conviviente	1 336 326	701 268	635 058	12,0	9,3	17,7
Viudo	520 589	304 479	216 110	4,7	4,0	6,0
Divorciado 2/	181 813	139 950	41 863	1,6	1,9	1,1
			1993			
Total 1/	15 307 295	11 163 693	4 143 602	100,0	100,0	100,0
Soltero	6 481 083	4 965 258	1 515 825	42,3	44,5	36,6
Casado	5 384 534	3 965 167	1 419 367	35,2	35,5	34,2
Conviviente	2 488 779	1 561 853	926 926	16,3	14,0	22,4
Viudo	617 750	397 907	219 843	4,0	3,6	5,3
Divorciado 2/	335 149	273 508	61 641	2,2	2,4	1,5

1/ Excluye a las personas que no declararon su estado civil o conyugal.
2/ Incluye a los separados.

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1981 y 1993.

TABLA A.2.9 *Perú, población de 12 y más años, por estado civil o conyugal, según grupos de edad: 1993*

Grandes grupos de edad	*Población de 12 y más años*	*Estado civil o conyugal*				
		Soltero	*Casado*	*Convi-viente*	*Viudo*	*Divorc. y separ.*
Total 1/	100,0 (15 307 295)	42,3	35,2	16,3	4,0	2,2
12-14	100,0 (1 589 135)	98,8	0,4	0,7	0,0	0,1
15-24	100,0 (4 393 785)	77,5	7,4	14,0	0,2	0,9
25-39	100,0 (4 607 114)	23,9	46,2	26,3	1,0	2,6
40-64	100,0 (3 705 243)	8,8	65,0	15,3	7,0	3,9
65 y más	100,0 (1 012 018)	7,9	50,7	8,5	30,2	2,7

1/ Excluye a las personas que no declararon su estado civil o conyugal.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.10 *Perú, población de 12 y más años, por sexo, según estado civil o conyugal: 1993*

Estado civil o conyugal	*Total 1/*	*%*	*Sexo*			
			Hombres	*%*	*Mujeres*	*%*
Total 1/	15 307 295	100,0	7 535 228	100,0	7 772 067	100,0
Soltero	6 481 083	42,3	3 447 515	45,8	3 033 568	39,0
Casado	5 384 534	35,2	2 632 296	34,9	2 752 238	35,4
Conviviente	2 488 779	16,3	1 199 914	15,9	1 288 865	16,6
Viudo	617 750	4,0	157 813	2,1	459 937	5,9
Divorciado 2/	335 149	2,2	97 690	1,3	237 459	3,1

1/ Excluye a las personas que no declararon su estado civil o conyugal.
2/ Incluye a los separados.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.11 *Perú, jefes de hogar, según sexo: 1981 y 1993*

Sexo	*1981*		*1993*	
	Jefe de hogar	*%*	*Jefe de hogar*	*%*
Total	3 436 283	100,0	4 762 779	100,0
Hombres	2 676 101	77,9	3 652 543	76,7
Mujeres	760 182	22,1	1 110 236	23,3

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1981 y 1993.

TABLA A.2.12 *Perú, jefes de hogar, por área urbana y rural, según sexo: 1993*

Sexo	*Área urbana*		*Área rural*	
	Absoluto	*%*	*Absoluto*	*%*
Total	3 336 221	100,0	1 426 558	100,0
Hombres	2 512 252	75,3	1 140 291	79,9
Mujeres	823 969	24,7	286 267	20,1

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.13 *Perú, madres solteras de 12 y más años, según área urbana, rural y grandes grupos de edad: 1993*

Área y grandes grupos de edad	*Total de madres*	*Madres solteras*	
		Absoluto	*%*
Total	4 845 617	356 840	7,4
12-14	9 645	4 494	46,6
15-19	133 325	28 271	21,2
20-24	522 584	67 602	12,9
25-29	675 176	58 395	8,6
30 y más	3 504 887	198 078	5,7
Urbana	3 453 529	281 411	8,1
12-14	6 230	2 917	46,8
15-19	77 802	19 351	24,9
20-24	342 636	50 243	14,7
25-29	482 990	46 243	9,6
30 y más	2 543 871	162 657	6,4
Rural	1 392 088	75 429	5,4
12-14	3 415	1 577	46,2
15-19	55 523	8 920	16,1
20-24	179 948	17 359	9,6
25-29	192 186	12 152	6,3
30 y más	961 016	35 421	3,7

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.14 *Perú, madres solteras de 12 y más años, según departamentos: 1993*

Departamento	*Total de madres 1/*	*Madres solteras*	
		Absoluto	*%*
Total	4 845 617	356 840	7,4
Amazonas	68 700	6 131	8,9
Ancash	218 968	15 411	7,0
Apurímac	84 593	3 690	4,4
Arequipa	205 468	17 682	8,6
Ayacucho	113 473	9 346	8,2
Cajamarca	261 181	17 534	6,7
Callao	146 192	11 586	7,9
Cusco	225 400	10 608	4,7
Huancavelica	84 934	4 266	5,0
Huánuco	136 831	9 690	7,1
Ica	126 473	9 844	7,8
Junín	228 557	19 412	8,5
La Libertad	283 697	19 529	6,9
Lambayeque	199 184	11 478	5,8
Lima	1 446 884	120 986	8,4
Loreto	137 477	13 059	9,5
Madre de Dios	12 428	786	6,3
Moquegua	29 293	2 241	7,7
Pasco	46 512	3 108	6,7
Piura	289 162	18 140	6,3
Puno	243 490	12 956	5,3
San Martín	114 442	9 076	7,9
Tacna	47 490	3 438	7,2
Tumbes	31 338	1 601	5,1
Ucayali	63 450	5 242	8,3
Lima Metropolitana	1 437 003	120 388	8,4

1/ Excluye a las mujeres que no declararon si tenían hijos.
Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

TABLA A.2.15 *Perú, población de 15 y más años, por sexo, según condición de actividad: 1993*

Condición de actividad	*Total*		*Hombres*		*Mujeres*	
	Absoluto	*%*	*Absoluto*	*%*	*Absoluto*	*%*
TOTAL	13 892 980	100,0	6 817 169	100,0	7 075 811	100,0
PEA	7 109 527	51,2	5 004 752	73,4	2 104 775	29,7
No PEA	6 783 453	48,8	1 812 417	26,6	4 971 036	70,3
PEA	7 109 527	100,0	5 004 752	100,0	2 104 775	100,0
Ocupada	6 603 760	92,9	4 656 877	93,0	1 946 883	92,5
Desocupada	505 767	7,1	347 875	7,0	157 892	7,5
POBLACIÓN NO ACTIVA	6 783 453	100,0	1 812 417	100,0	4 971 036	100,0
Cuidado del hogar	4 290 892	63,3	483 641	26,7	3 807 251	76,6
Estudiante	1 634 561	24,1	831 736	45,9	802 825	16,1
Jubilado/ pensionista	312 416	4,6	200 343	11,0	112 073	2,3
Rentista	83 073	1,2	48 643	2,7	34 430	0,7
Otro	462 511	6,8	248 054	13,7	214 457	4,3

Fuente: INEI, Censos nacionales de 1993.

Anexo 3

Opiniones de los niños y adolescentes peruanos

Sobre medios de comunicación masiva
Tablas A.3.1. a A.3.3
Sobre familia
Tablas A.3.4 a A.3.6
Sobre su país
Tabla A.3.7
Sobre sus derechos
Tablas A.3.8 y A.3.9

TABLA A.3.1 *¿Crees que la TV te ayuda a mejorar tu educación y cultura?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Mucho	5,2	8,4	1,3	5,3	8,2	7,0	5,9	4,7	8,8	5,3	6,4
Regular	35,2	31,8	35,5	31,3	34,6	31,5	36,2	30,8	35,6	36,0	33,8
Poco	35,2	40,7	38,2	40,0	35,8	39,2	35,4	35,0	36,6	43,0	37,3
Nada	23,3	14,5	25,0	22,0	17,6	19,4	20,3	24,8	18,1	14,0	19,9
No sabe/no responde	1,2	4,7	0,0	1,3	3,8	2,9	2,2	4,7	0,9	1,8	2,6
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
¿Y LA RADIO?											
Mucho	5,8	9,8	1,3	7,3	8,8	10,6	4,1	7,5	8,3	5,3	7,4
Regular	26,4	24,8	15,8	26,0	28,0	24,9	26,6	29,0	23,1	24,6	25,7
Poco	32,7	37,9	39,5	36,0	33,0	35,2	34,3	32,2	36,6	36,0	34,7
Nada	33,9	21,5	42,1	30,7	25,2	25,6	32,5	25,2	30,6	33,3	29,0
No sabe/no responde	1,2	6,1	1,3	0,0	5,0	3,7	2,6	6,1	1,4	0,9	3,1
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
¿Y LOS PERIÓDICOS Y REVISTAS?											
Mucho	14,5	20,1	9,2	22,7	15,7	17,6	15,9	15,4	14,4	23,7	16,7
Regular	40,3	37,4	46,1	48,0	33,3	33,9	38,4	40,2	41,2	33,3	39,2
Poco	32,4	26,6	32,9	20,7	34,0	27,8	32,5	28,0	32,4	29,8	30,1
Nada	10,6	8,4	9,2	5,3	11,9	9,5	10,0	9,8	9,3	10,5	9,7
No sabe/no responde	2,1	7,5	2,6	3,3	5,0	5,1	3,3	6,5	2,8	2,6	4,2
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes*, n.º 7, abril de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p. 3.

TABLA A.3.2 *¿Cúanto de violencia crees que hay en la TV?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Mucho	58,8	49,5	78,9	54,0	50,0	56,8	53,5	57,0	49,5	62,3	55,1
Regular	30,9	38,3	19,7	40,7	34,0	30,4	37,3	29,4	39,4	31,6	33,8
Poco	8,2	7,9	1,3	3,3	11,9	9,5	6,6	10,7	8,3	2,6	8,1
Nada	1,5	1,9	0,0	1,3	2,2	1,8	1,5	1,9	1,4	1,8	1,7
No sabe/no responde	0,6	2,3	0,0	0,7	1,9	1,5	1,1	0,9	1,4	1,8	1,3
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
¿Y EN LA RADIO?											
Mucho	7,3	4,2	2,6	3,3	8,2	5,5	6,6	3,7	6,5	9,6	6,1
Regular	25,2	25,7	21,1	26,0	26,1	23,4	27,3	28,0	24,5	21,9	25,4
Poco	40,0	47,2	59,2	44,0	38,4	43,2	42,4	43,5	42,6	42,1	42,8
Nada	26,1	18,2	14,5	22,0	25,5	25,3	20,7	21,0	24,5	23,7	23,0
No sabe/no responde	1,5	4,7	2,6	4,7	1,9	2,6	3,0	3,7	1,9	2,6	2,8
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
¿Y EN LOS PERIÓDICOS Y REVISTAS?											
Mucho	27,3	22,0	13,2	26,0	27,7	24,2	26,2	18,7	30,1	28,1	25,2
Regular	35,5	30,4	35,5	36,0	31,8	35,9	31,0	31,8	32,4	38,6	33,5
Poco	26,7	36,0	39,5	32,7	27,0	30,8	29,9	35,0	28,2	25,4	30,3
Nada	7,9	5,1	7,9	1,3	9,1	5,5	8,1	9,3	5,6	4,4	6,8
No sabe/no responde	2,7	6,5	3,9	4,0	4,4	3,7	4,8	5,1	3,7	3,5	4,2
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes*, n.º 7, abril de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p. 6.

TABLA A.3.3 *¿Qué recomendarías para que tu medio de comunicación mejore?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Que sea más educativo	31,5	34,1	36,8	30,7	32,4	31,1	33,9	25,7	32,9	44,7	32,5
Que sea más entretenido	19,4	14,5	22,4	10,7	19,5	17,2	17,7	19,6	18,1	12,3	17,5
Que pase menos violencia	23,3	18,7	25,0	22,7	20,1	22,0	21,0	23,4	22,2	16,7	21,5
Que diga siempre la verdad	16,1	24,8	13,2	19,3	21,1	19,4	19,6	21,5	18,5	17,5	19,5
Que pase buena música	0,6	3,7	0,0	4,0	1,3	1,8	1,8	0,9	3,2	0,9	1,8
Que pase menos propaganda	1,8	0,0	0,0	0,7	1,6	1,8	0,4	2,3	0,5	0,0	1,1
Que mejore las noticias	2,1	1,9	1,3	3,3	1,6	2,6	1,5	1,4	2,3	2,6	2,0
Que pase más deportes	0,9	0,5	0,0	0,0	1,3	1,5	0,0	0,5	0,9	0,9	0,7
No sabe/no responde	2,4	0,5	0,0	4,7	0,6	1,8	1,5	2,3	0,5	2,6	1,7
Otros	1,8	1,4	1,3	4,0	0,6	0,7	2,6	2,3	0,9	1,8	1,7
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes*, n.º 7, abril de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p. 8.

TABLA A.3.4 *¿Vives con tu papá y mamá?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Sí	77,3	81,3	86,5	76,0	78,4	80,4	77,4	80,8	77,6	77,8	78,9
No	22,1	18,7	12,2	24,0	21,3	19,3	22,3	18,3	22,4	22,2	20,8
No responde	0,6	0,0	1,4	0,0	0,3	0,4	0,4	0,9	0,0	0,0	0,4
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes*, n.º 8, julio de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p.2.

TABLA A.3.5 *¿Cuánto crees que tu familia se preocupa por ti?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Mucho	65,2	63,1	77,0	78,0	55,0	63,7	65,0	71,8	59,8	59,0	64,3
Poco	7,3	7,5	2,7	3,3	10,3	5,6	9,1	6,6	7,0	9,4	7,4
Regular	27,0	26,2	17,6	18,7	32,5	29,3	24,1	19,2	32,2	29,9	26,7
Nada	0,6	3,3	2,7	0,0	2,2	1,5	1,8	2,3	0,9	1,7	1,7
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes*, n.º 8, julio de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p. 2.

TABLA A.3.6 *¿Qué necesitaría tu familia para ser feliz?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Más dinero	20,6	17,8	13,5	15,3	22,8	18,9	20,1	18,8	20,1	19,7	19,5
Tener casa propia	1,5	5,1	1,4	5,3	2,2	3,3	2,6	4,2	2,8	0,9	2,9
Comprensión, afecto, unión	50,3	49,5	55,4	55,3	46,2	50,7	49,3	45,1	56,1	47,9	50,0
Vivir siempre con los papás	2,7	4,7	2,7	5,3	2,8	3,3	3,6	6,1	1,9	1,7	3,5
Más preocupación por los hijos	2,1	2,8	5,4	2,7	1,6	1,9	2,9	0,5	3,7	3,4	2,4
Más tiempo con los papás	1,5	0,0	0,0	1,3	0,9	1,1	0,7	1,4	0,0	1,7	0,9
Terminar bien los estudios	0,6	2,8	2,7	2,0	0,9	2,2	0,7	1,9	0,5	2,6	1,5
No le falta nada	5,2	5,6	14,9	5,3	3,1	5,9	4,7	7,5	2,8	6,0	5,3
Cambiar de ciudad	0,0	0,9	0,0	0,7	0,3	0,4	0,4	0,0	0,0	1,7	0,4
Salud para todos	1,5	1,9	0,0	1,3	2,2	2,6	0,7	2,3	0,9	1,7	1,7
Que siempre haya trabajo	7,3	5,1	1,4	3,3	9,1	5,9	6,9	6,6	5,1	8,5	6,4
Saberse superar	0,3	0,0	0,0	0,0	0,3	0,4	0,0	0,0	0,0	0,9	0,2
Artefactos y muebles	0,9	0,5	0,0	0,0	1,3	0,7	0,7	0,9	0,9	0,0	0,7
Más alimentos y vestido	0,9	1,4	0,0	0,0	1,9	0,4	1,8	1,4	0,9	0,9	1,1
No sabe	4,5	1,9	2,7	2,0	4,4	2,2	4,7	3,3	4,2	2,6	3,5
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes,* n.º 8, julio de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p. 7.

TABLA A.3.7 *¿Cuál es actualmente el principal problema del Perú?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Terrorismo	22,4	21,0	14,7	23,2	23,0	20,3	23,6	27,7	23,2	8,1	21,9
Desempleo	23,3	17,3	12,0	21,9	22,6	22,8	19,0	14,1	18,6	38,7	21,0
Pobreza	30,6	26,6	33,3	28,5	28,3	26,7	31,6	32,4	28,2	24,3	29,0
Falta educación	4,8	61,1	5,3	4,6	5,7	6,4	4,2	5,6	5,5	4,5	5,3
Narcotráfico	3,0	3,7	9,3	2,0	2,5	3,9	2,7	3,8	3,2	2,7	3,3
Inmoralidad	4,8	3,3	10,7	5,3	2,2	5,0	3,4	3,3	4,5	5,4	4,2
Desunión	2,1	2,8	4,0	0,7	2,8	1,8	3,0	1,9	3,2	1,8	2,4
No sabe/no opina	2,1	6,5	5,3	3,3	3,8	3,9	3,8	5,2	2,7	3,6	3,9
Crisis económica	4,5	10,3	4,0	7,3	7,2	7,8	5,7	3,3	8,2	10,8	6,8
Contaminación	0,3	0,0	0,0	0,7	0,0	0,0	0,4	0,5	0,0	0,0	0,2
Drogadicción	1,5	1,9	1,3	2,6	1,3	1,1	2,3	1,9	2,3	0,0	1,7
El gobierno	0,3	0,5	0,0	0,0	0,6	0,4	0,4	0,5	0,5	0,0	0,4
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes*, n.º 9, julio de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, pp. 4-5.

TABLA A.3.8 *¿Cuál debería ser el principal derecho de los niños?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
Prot. contra el maltrato	14,2	14,5	13,3	17,9	12,9	17,7	11,0	14,2	14,4	14,7	14,3
Buena educación	19,7	18,7	14,7	13,9	23,0	21,4	17,2	22,2	17,6	17,2	19,3
Buena alimentación y salud	12,1	15,9	9,3	8,6	17,0	15,1	12,1	12,3	13,9	15,5	13,6
Protección contra la explotac.	3,3	4,7	4,0	5,3	3,1	4,1	3,7	3,3	4,2	4,3	3,9
Expresarse y ser escuchado	9,1	3,7	12,0	4,6	6,9	6,3	7,7	4,7	7,4	10,3	7,0
Tener juego y recreación	3,0	1,9	2,7	1,3	3,1	1,5	3,7	4,2	2,3	0,0	2,6
Información adecuada y respetuosa	1,5	1,9	2,7	2,6	0,9	1,1	2,2	1,4	2,3	0,9	1,7
Derecho a la vida	26,1	30,4	32,0	31,1	25,2	23,6	31,9	25,9	28,2	30,2	27,8
Derecho a un hogar	9,4	6,5	9,3	11,9	6,3	7,7	8,8	9,4	7,9	6,9	8,3
A tener nombre y apellido	0,3	0,0	0,0	0,7	0,0	0,0	0,4	0,5	0,0	0,0	0,2
Al amor de los padres	1,2	1,9	0,0	2,0	1,6	1,5	1,5	1,9	1,9	0,0	1,5
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes*, n.º 10, setiembre de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p. 3.

TABLA A.3.9 *¿Quiénes crees que se preocupan más por los niños en el Perú?*

Concepto Opinión	*Categoría de ciudad*		*Estrato social*			*Sexo*		*Edad*			*Promedio general*
	Lima capital	*Provincias*	*Alto*	*Medio*	*Bajo*	*Masculino*	*Femenino*	*De 11 a 13 años*	*De 14 a 16 años*	*De 17 años*	
La familia	10,0	2,8	1,3	0,7	11,6	6,3	8,1	9,9	5,6	5,2	7,2
Personas[1]	9,1	8,5	5,3	5,9	11,0	9,7	8,1	11,3	7,4	6,9	8,9
Organismos públicos[2]	16,3	12,1	10,6	22,0	12,2	17,8	11,8	10,9	17,2	17,3	14,8
Organismos privados[3]	10,8	11,8	16,0	15,8	7,8	10,7	11,8	7,0	11,1	19,0	11,3
Iglesia[4]	12,1	13,6	32,0	12,6	8,1	10,3	15,0	12,8	8,3	20,7	12,6
Las organizaciones populares	1,8	2,3	1,3	4,0	1,3	1,5	2,6	1,9	2,8	0,9	2,0
Los maestros	2,7	0,5	0,0	1,3	2,5	1,1	2,6	2,8	1,4	0,9	1,8
Policía Femenina	1,5	0,0	1,3	0,7	0,9	1,1	0,7	1,4	0,5	0,9	0,9
La televisión	0,3	0,0	0,0	0,0	0,3	0,4	0,0	0,5	0,0	0,0	0,2
Nadie	9,4	10,7	18,7	3,3	11,0	9,2	10,6	4,2	15,3	10,3	9,9
No sabe	25,8	37,9	13,3	33,8	33,0	32,1	28,9	37,3	30,6	18,1	30,4
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

1. Personajes locales.
2. Albergues, Puericultorio Pérez Araníbar, Casa de los Petisos, municipios, Ministerio de Salud, INABIF.
3. H. Clínica S. Juan de Dios, Fund. por los Niños del Perú, CEDRO, Wawahuasis, Org. no gubernamentales, UNICEF.
4. Parroquias, Fe y Alegría, Cáritas.

Tomado de *Voces con futuro. Opinión de niños y adolescentes,* n.º 10, setiembre de 1994, Lima, Rädda Barnen de Suecia, p. 7.

2

¿Quién es el menor? Una explicación psicológica

Hacia una comprensión del menor

2.1 El menor: su naturaleza y características

La vida humana comienza con la concepción. Como parte de un proceso, la minoridad es una etapa en el desarrollo de la vida, que en la legislación peruana culmina a los 18 años de edad.

El menor de edad es persona humana dotada de un espíritu trascendente y de potencias psicológicas que le permiten una dimensión afectiva, intelectual, ética y social. Posee, a su vez, un cuerpo sujeto a procesos biológicos orgánicos y morfológicos.

Es sujeto de derechos y ostenta una dignidad que le es inherente e intrínseca.

El ser humano, desde antes de nacer, desde la llamada vida intrauterina, va adquiriendo sus propios caracteres, como también la posibilidad de patologías.

Al formarse el huevo o cigoto, se unen 46 cromosomas, de los cuales la mitad pertenecen al padre y la otra mitad a la madre. Es a través de los genes que se trasmiten los caracteres hereditarios de uno y otro, con las limitaciones que la propia naturaleza establece. Adviértase ya entonces la presencia de los genes de carácter dominante y los genes de carácter recesivo.

Será desde el propio momento intrauterino en que el producto de la concepción comenzará a sufrir una serie de efectos correlacionados

con las circunstancias exteriores propias de su entorno. Influirán en él el estado emocional y físico de la madre, específicamente el estado y grado de ansiedad de ésta, y, entre otros factores, decisivamente el de la desnutrición.

> «Yo no estoy en contra de la abnegación materna, pero hoy existen estudios –especialmente en Inglaterra– que han probado la importancia de la alimentación de la madre durante la gestación, particularmente en las últimas seis semanas, o sea entre las semanas 30 y 40 de la gestación. Está probado que los déficits alimenticios en este período afectan la capacidad de la placenta de nutrir al feto, a un punto tal que éste puede nacer con un 25% menos de neuronas [...].» [1].

En el estado nutricional en que se encuentran los menores de edad en el Perú, según las tablas estadísticas presentadas en este trabajo, no parecería un despropósito preguntarnos si las nuevas generaciones que surgen en nuestro país se encuentran con severas y serias limitaciones de orden potencial, neuronal, cerebral e intelectual para compartir el destino de la humanidad con sus congéneres del resto del orbe.

Pero hay también otros factores, diversos, que podrán afectar al niño en la relación con su madre. Así, se afirma que por lo menos hay cuatro factores psicológicos principales de la personalidad de la madre que repercuten en su relación con el hijo y éstos son: la personalidad de la propia madre antes, durante y, desde luego, después del embarazo; la relación que la madre tiene con sus padres al momento en que el producto de la concepción se encuentra en gestación; el sentido de identificación femenina de la madre en su rol de mujer y madre, y el trato o relación que la madre tiene con el padre del niño.

De otro lado, digamos que el producto de la concepción tiene una naturaleza en sí tan delicada, que pronto puede no soportar adecua-

---

[1] Meza Cuadra, Antonio, «Problemática de la salud en el desarrollo del niño», en *El niño en el Perú: presente y futuro*, Lima, La Semilla (Centro de Estudios, Comunicación y Promoción Social), 1983, p. 70.

damente los procesos a los que está sometida la madre como consecuencia del embarazo. La mujer, al quedar embarazada, suele sufrir una crisis propia de la etapa, producto de la cual se ensimisma, hasta el momento en que los movimientos fetales le revelan la vida de un nuevo ser en su vientre. Pero puede ocurrir que esta etapa crítica no llegue a ser superada por la madre, ocasionando una serie de perturbaciones de orden fisiológico y psíquico que se agudizarán en tanto la madre no tenga una suficiente madurez emocional como para soportar su nuevo estado. Tales perturbaciones, que pueden ir desde las depresiones hasta la psicosis, repercutirán y obstaculizarán una adecuada interacción entre la madre y el hijo en gestación.

Tan sensible es la interrelación humana y la naturaleza del producto de la concepción, que si el propio padre se siente relegado por la presencia del hijo, y tales eventualidades psicológicas no son superadas y se manifiestan reacciones inadecuadas del padre, entonces las insatisfacciones que puedan devenir de éste con relación a la madre podrán repercutir incluso en los rasgos del hijo por nacer.

El nacimiento del hijo, el alumbramiento o su expulsión del claustro materno, constituye momento y etapa de significativa gravedad para el recién nacido, por cuanto el infante se enfrenta a una cantidad de estímulos externos que le son absolutamente nuevos y que tendrá que descifrar y asimilar en toda esta estación correspondiente al inicio de su desarrollo extrauterino.

Un ejemplo de esto lo hallaremos en sus primeras respuestas frente al estímulo de la luz; advertiremos la variedad de sus reflejos pupilares, para establecer distinciones, ante todo lo externo; sin dejar de apreciar la sensibilidad del recién nacido a la estimulación por contacto o presión, sensibilidad que se hallará difundida por toda la superficie del cuerpo.

El cuerpo y las necesidades primordiales del exterior establecerán los primeros vínculos entre el niño y su medio, y la satisfacción de tales necesidades permitirá los iniciales pasos para el desarrollo del infante. Empero, si tales necesidades no se satisfacen convenientemente, es probable que sobrevenga una gradual tensión en el niño, que no

resuelta adecuadamente puede ocasionar transtornos evolutivos, signos de tensión, inquietud, mal humor y otros.

Así, la propia naturaleza del infante comenzará a manifestarse.

Se sabe que en esta etapa él lleva una activa creación fantástica que gira en torno a su propio espíritu de omnipresencia. Se siente con poder al ver que regularmente (si es el caso) sus necesidades son resueltas satisfactoriamente; sin embargo, ello mismo puede producirle un estado de gran ansiedad ante la expectativa de seguir contando con fuentes que sucesivamente le generan satisfacción y placer [2].

En realidad, desde su nacimiento el infante ya ha ingresado al proceso del desarrollo intelectual, el cual los expertos suelen dividirlo en períodos.

El maestro Jean Piaget, de las Universidades de Ginebra y de Neuchatel, divide el proceso bajo los siguientes aspectos:

1) *Período de la inteligencia sensoriomotriz,* que corre desde el nacimiento hasta la aparición del lenguaje, aproximadamente hasta el segundo año de edad. A su vez divide este período en estadíos, los cuales son:
   a) el de los *ejercicios reflejos,* que corre aproximadamente hasta el primer mes;
   b) el de los *primeros hábitos,* que suele permanecer hasta el cuarto mes, en el que se producen condicionamientos estables y reacciones circulares primarias del niño;
   c) el de la *coordinación de la vista,* con el inicio de reacciones secundarias y con manipulación de objetos extraños, período éste que puede perdurar aproximadamente entre el cuarto y octavo mes;
   d) el de la *coordinación de esquemas secundarios,* que suele permanecer entre el octavo y decimoquinto mes y en el que, de manera algo confusa, el niño se vale de ciertos casos o

[2] Epítome elaborado por el autor, pp. 110-112, basado en la siguiente fuente: SWARTZ, Paul, *Psicología: el estudio de la conducta,* México, Compañía Editorial Continental, 1966.

medios conocidos para alcanzar nuevos objetivos, como la búsqueda de objetos desaparecidos pero sin la coordinación suficiente;

e) el de la *interiorización de los esquemas de solución,* que dura aproximadamente desde el decimoquinto mes hasta los veinticuatro meses, y en el que el niño comienza a resolver de manera rudimentaria o elemental algunas dificultades, por ejemplo, alcanzarse objetos con un bastón.

Es en este período, pues, para el que hemos citado los estadíos anteriores, donde el menor va organizando los movimientos y desplazamientos centrados en su propio cuerpo, pero que paulatinamente se descentralizan, llegando el niño a sentirse como un objeto más entre otros.

2) ***Período de preparación y de operaciones concretas de clases, relaciones y números.*** Aquí se entiende por operaciones concretas las que se efectúan con objetos manipulables, y se presentan dos subperíodos:

a) *Subperíodo de las representaciones preoperatorias.* Se divide en tres estadíos:

- Desde los 2 a los 4 años aparecerán en el niño los juegos simbólicos, como por ejemplo hacer de una silla un caballo, y se complementarán con los juegos de ejercicio del período anterior; sin embargo, en este momento el niño aún tiene problemas para aplicar en la realidad las representaciones mentales que tiene en su interior.
- Entre los 4 y los 5 años el niño realiza organizaciones mentales fundadas sobre sus propias configuraciones, pues imagina configuraciones y las puede ir organizando mentalmente.
- Entre los 5 y 8 años aparecen en el niño los pensamientos de relación respecto a números, letras y se va hallando capacitado para clasificar objetos y cosas.

b) *Subperíodo de operaciones concretas.* Corre entre los 8 y 11 años de edad.

En él el niño se encuentra plenamente capacitado para clasificar cosas, para hacer números en serie, para corresponder términos con términos y realizar operaciones diversas en el plano aritmético, ensayando ya las sumas, las multiplicaciones y en sí el manejo de los números enteros y de las fracciones.

3) *Período de las operaciones formales.* Corre entre los 11 y 14 años de edad. En este momento aparecen una serie de transformaciones mentales sumamente importantes, pues el niño puede realizar operaciones combinadas de conjuntos, da pruebas de razonamiento, realiza diversos ejercicios matemáticos de importancia, y es aquí también en donde se dan las primeras muestras de su capacidad filosófica sobre la vida y sobre su situación existencial.

Los tres períodos aquí mencionados constituyen procesos sucesivos que conducen hacia el equilibrio en el desarrollo del niño.

Pero en todo este proceso de crecimiento ha estado presente todo un desarrollo biológico corporal del sujeto, el desarrollo del sistema nervioso, también el desarrollo de los sistemas simpático o endocrino y la función de las hormonas.

Por otro lado, en el desarrollo del aspecto moral se ha advertido, y lo ha hecho Piaget, que los juegos en los niños constituyen admirables instituciones sociales. Piaget basa su estudio en lo que es el respeto a las reglas desde el punto de vista del propio niño, las reglas entendidas como las directrices que deben seguir los niños para ser calificados como «jugadores honrados».

Así, se ha establecido una especie de convicción de que la niñez sienta las bases del posterior desarrollo ético de las personas, porque es a través del respeto que se tenga por las reglas del juego entre los niños que luego se puede advertir un comportamiento ético con respecto a las leyes sociales y a las instituciones jurídicas que rigen la vida de los adultos. Pero este respeto no será plenamente efectivo si no está acompañado de un sentimiento que aparece en la niñez y que es «la conciencia de la regla», es decir, el plano subjetivo del respeto, el mismo

al que se llega a través de un proceso al que han contribuido tres elementos, como son: la propia creación de reglas por los niños, la observación colectiva de las reglas de otros niños, y lo que denomina Piaget la «imposición adulta», que es la presión y la presencia de la sociedad.

Sin embargo, para Piaget el papel fundamental lo da la colectividad donde se va a desarrollar el niño. Si este elemento constitutivo de la moral no es lo suficientemente fuerte y bien dirigido, podría aparecer aquí una causal de distorsión en el posterior desarrollo moral del individuo humano.

En referencia al analizado subperíodo de las representaciones preoperatorias, es preciso añadir que éste es parte del proceso que corresponde al desarrollo moral, en donde el egocentrismo del niño es una intermediación entre la conducta socializada y la conducta puramente individual.

Hacia los 7 u 8 años, coincidiendo con el momento o período de las operaciones concretas, se desarrolla en el menor el tercer estadío, en el que el desarrollo moral se caracteriza por la necesidad de un acuerdo mutuo en el terreno de juego, que a su vez va aparejado de algo fundamental en el desarrollo moral humano, como es el significado de la palabra «ganar». Este período es sumamente delicado en la formación del niño, pues sienta las bases para el sentimiento humano posterior de ganar «ante todo y contra todo», y siendo así impulsada la sana competencia y el desarrollo moral, puede en cambio también propugnarse el sentido negativo de pretender ganar a cualquier precio, sacrificando incluso el honor y la ética [3].

Adviértase que en todos estos procesos en donde se aprecia la naturaleza débil del menor en formación, resulta de extraordinaria importancia la presencia de los padres, cuando no la familia, y, en otros casos, del grupo humano que, de manera diligente, atenta y responsable pueda guiar delicada y detenidamente la formación integral del menor.

---

[3] Epítome elaborado por el autor, pp. 112-115, extraído de la siguiente fuente: PIAGET, Jean, *El criterio moral en el niño*, Barcelona, Martínez Roca, 1984.

Obsérvese entonces que la responsabilidad de la sociedad, sea a partir de su núcleo fundamental, que es la familia, o de ella en su conjunto, es extraordinariamente grave, y virtualmente el cumplimiento acertado de este rol es principal garantía para permitir una formación propicia y adecuada del menor, no sólo en el aspecto intelectual y cognoscitivo, sino en el moral y en el de juicio de valores.

El trabajo de Piaget fue seguido de cerca por el psicólogo John Kohlberg, quien no asentó sus estudios sobre la base del juego de los niños, sino en mérito a lo que el niño siente con respecto a los otros individuos del medio social en el que se desenvuelve.

Kohlberg señala que existen tres niveles de moralidad, con dos subniveles en cada uno de ellos.

Su planteamiento es esbozado de la siguiente manera:

1) *Nivel preconvencional o premoral* (que abarca hasta los 7 años de edad). En este nivel los «juicios morales del niño» se sustentan en criterios externos como son el castigo o la recompensa. Lo correcto o lo incorrecto serán criterios absolutos, establecidos por la autoridad, que en este caso son los padres. Adviértase de nuevo, entonces, la preponderancia del rol de los padres en la formación del menor.
   a) Existe el *subnivel del castigo y orientación de la obediencia.* En él, el niño considerará que una acción es buena porque él recibe una recompensa y será mala porque recibe un castigo. Así, la noción de moralidad se basa en las posibles consecuencias de la acción ejecutada.
   b) Existe también el *subnivel de la orientación del relativismo instrumental.* En él, el menor presenta un cierto hedonismo ingenuo. Esto significa que el menor considera que aquello que tiene consecuencias agradables es bueno, en tanto que lo desagradable es malo. De tal modo que el niño actúa para recibir.
2) *Nivel convencional* (que abarca desde los 7 años hasta los 16). En este nivel el juicio del niño ya no se basa en las consecuencias, sino en las normas y en las expectativas del grupo. Lo que el

grupo señale será lo correcto y lo será también para él.

a) En el *subnivel de orientación del niño juicioso,* al niño le interesa el grupo pequeño con el cual está identificado, y éste puede ser la familia, la escuela, o tal vez otro. Pero considerará que su comportamiento es bueno sólo en la medida en que agrade a los demás, y aquí ingresa en juego la intención del individuo al realizar un determinado acto.

b) En el *subnivel de orientación de la ley y del orden,* la importancia de los actos va desde lo personal y desde el grupo pequeño hasta la misma sociedad. Las leyes sociales son consideradas no arbitrarias y no variables, pues lo que exijan será bueno y correcto.

3) *Nivel postconvencional, autónomo o de principios* (desde los 17 hasta los 24 años). En él, el joven reconoce la arbitrariedad y la variabilidad de las leyes sociales, e intenta definir los valores morales, que son diferentes al conjunto de normas.

a) En el *subnivel de orientación del compromiso social o legalista,* el joven reconoce que las leyes sociales son variables y arbitrarias, pero que, si desea cambiarlas, el cambio debe ser un proceso ordenado. En este subnivel las decisiones personales determinan si una acción es correcta o no, pero tienen mucha importancia los acuerdos y compromisos adoptados por el sujeto.

b) En el *subnivel de orientación del principio ético universal,* para el joven lo correcto o lo incorrecto será un problema de conciencia individual, y cada acto realizado por el sujeto será analizado individualmente por él mismo. Ésta es la etapa de máximo desarrollo moral [4].

Adviértase la extraordinaria importancia que asume la formación integral del menor, particularmente hasta antes de los 17 años, en que el joven comienza ya a hacer juicios que para él resultan absolutos

[4] Epítome elaborado por el autor, pp.116-117, extraído de: KOHLBERG, Lawrence, *Desarrollo moral,* Barcelona, Martínez Roca, 1979.

respecto de lo correcto o de lo incorrecto, de lo conveniente o inconveniente.

Pero la presencia de los padres, de la familia, del grupo social, en la formación del menor, se hace ver no sólo en los planteamientos antedichos sino también en la teoría de Freud y concretamente en la construcción de la naturaleza del Superego.

El maestro austriaco Sigmund Freud planteó una teoría de la personalidad, por la que ésta aparece impulsada por la energía sexual, a la que llamó *libido,* y estructurada por elementos conscientes como el *ego,* e inconscientes como el *id* y el *superego.*

Freud suponía que la mente estaba dividida en dos partes: el lado consciente y el lado inconsciente. En la parte consciente, sostuvo, se encuentran las ideas y sentimientos que pueden ser expresados con toda libertad. Pero cuando los sentimientos y los pensamientos nos hacen estar extremadamente incómodos o ansiosos, se hacen inconscientes a través del mecanismo de la «represión», que desempeña un papel culminante en la vida mental.

La estructura de la personalidad, dijo Freud a modo de hipótesis, consistía en tres partes: el Id, el Ego y el Superego.

El Id consiste en las tendencias instintivas con que nace un individuo. Tales tendencias instintivas proporcionan la energía psíquica necesaria para el funcionamiento de las dos partes de la personalidad que se desarrollarán más tarde, es decir, el Ego y el Superego.

El Superego se desarrolla a través del mecanismo de «introyección», por el cual el niño, a fin de evitar el castigo, incorpora a su personalidad las maneras sociales señaladas por los padres.

Cuando el Superego se desarrolla, la función del Ego como mediador se amplía. Previamente, la función del Ego ha sido la de mediar entre las demandas instintivas del Id y la «realidad». Empero, ahora el Ego deberá mediar entre el Id y el Superego y la propia «realidad». Así, mientras el Id consiste en la tendencia ciega de las satisfacciones fundamentalmente de índole sexual, el Ego opera para producir la satisfacción de las necesidades de tal manera que esta satisfacción no entre en conflicto substancial con las prohibiciones del Superego, pues

éste –el Superego– consiste en gran parte en las restricciones y obstáculos que nos han sido planteados socialmente para el cumplimiento de necesidades biológicas, y particularmente sexuales.

Se hace entonces importante el equilibrio entre las tres partes de la personalidad: Id, Ego y Superego. Así, la adecuada o inadecuada construcción del Superego podrá facilitar o complicar la función biológica y sexual del individuo en la sociedad o grupo humano.

Pero, según sostiene Freud, la diferenciación de la personalidad en Id, Ego y Superego es sólo parte del proceso total de la personalidad de un sujeto, pues durante los primeros cinco años de vida todo individuo atraviesa también, según Freud, un número de etapas cada una de las cuales tiene consecuencias para la personalidad. La etapa *oral,* la *anal,* la *fálica,* la *latente* y la *genital,* todas y cada una de ellas con sus propias características, tendrán influencia en el carácter del sujeto, en sus sentimientos, en la disciplina personal, en la sexualidad, etc.*

Adviértase, en todo caso, y aquí también en la teoría de Freud, la importancia que tiene el grupo humano, la sociedad en su caso, y específicamente los padres, en la construcción de la personalidad del niño.

La vigencia de Freud, particularmente en la segunda y tercera década del presente siglo, fue seguida o discutida por quienes luego han sido llamados «neofreudianos». Entre ellos destacan los psicoanalistas contemporáneos Karen Horney, Erick Fromm y H. Stack Sullivan, cuyas teorías de la personalidad permiten revisiones de la teoría de Freud, y si bien difieren algunas veces marcadamente de los detalles

* La primera etapa del desarrollo de la personalidad, según Freud, surge durante el primer año de vida, cuando la principal fuente de placer del lactante consiste en la succión. Esta etapa ha de tener consecuencias que marcan la personalidad. Durante la etapa anal, la que transcurre desde el primer hasta el tercer año de edad, es el esfínter el que se convierte en un espacio de placer. El niño ha de gozar tanto con la retención como con la expulsión de los desechos. Así, Freud creía que el niño podía hacerse avaro u obstinado si compulsivamente detenía el curso natural de los desechos, o que por el contrario podía hacerse cruel, destructivo o desordenado si daba curso a la naturaleza en momentos y lugares desaprobados por los padres.

específicos, a su vez postulan la tesis del papel de la cultura desde el nacimiento en el desarrollo de la personalidad, más que la de los propios impulsos biológicos o instintivos.

El maestro germanoestadounidense Fromm, fallecido en 1980, a propósito de lo expuesto dirá:

> «Las más hermosas, lo mismo que las más feas inclinaciones del hombre, no son parte de una índole humana biológicamente fijada o dada, sino son el resultado de los procesos sociales que crea el hombre. En otras palabras, la sociedad no solamente tiene una función de supresión, a pesar de que también la tiene, sino que también tiene una función creadora. La índole del hombre, sus pasiones y ansiedades, son un producto cultural. De hecho el hombre es la creación más importante y la conquista del esfuerzo humano continuo, el registro que llamamos historia.»

En el rol que Fromm concede a la cultura para la determinación de la personalidad, obviamente se encuentra comprendido el papel y la función de los padres y la familia en la construcción adecuada del nuevo sujeto, sea éste niño o joven.

En el planteamiento de H. Stack Sullivan, las relaciones humanas en la infancia, en la niñez y en la adolescencia, son también de excepcional importancia. Ello se advierte de manera elocuente y persuasiva cuando Stack Sullivan describe la gravitación en la relación o nexo de los cuidados maternales sobre el bebé.

Más allá va la teoría de Dollar y Miller, quienes basan su planteamiento en que la personalidad es aprendida, y hacen notar que:

> «No existen dos personas exactamente semejantes porque cada una ha aprendido diferentes combinaciones de motivos y valores morales, bajo las diferentes condiciones de vida a que cada una se ha visto expuesta.» [5].

---

[5] Epítome elaborado por el autor, pp.118-120, basado en: DAVIDOFF, Linda, *Introducción a la psicología,* México, 1985.

Respecto al desarrollo de la moralidad del menor, quisiéramos referirnos a algunas conclusiones derivadas de los planteamientos de la teoría de H. M. Fay, con las que el científico señala cómo el sentido moral de los niños se desarrolla mejor cuanto más amplio es el conocimiento que éste tenga y sus funciones físicas o intelectuales estén más desarrolladas, por lo que –sostiene– resulta altamente recomendable que entre el primer y el tercer año de edad el menor postule al máximo desarrollo tanto físico como intelectual.

El propio Fay ha de señalar que entre los 3 y 7 años son las edades y la etapa adecuada para empezar con el menor una educación moral activa. En ella debe enseñársele las nociones de «bueno» y «malo» pero estableciendo una relación causal, es decir, de causa y efecto, tanto de los actos buenos como de los malos, explicando la trascendencia que éstos valorativamente tendrán para los terceros. Empero, en este momento el niño aún no puede hacer juicios de valor.

Posteriormente, entre los 7 y 14 años, aparece lo que Fay denomina la «edad de la socialización», en la que se presentan las nociones de «derecho» y «deber», de «intereses morales», y es el momento en que el niño asume posiciones respecto de las situaciones que se le presentan, y etapa en que comienza a formular sus juicios de valor.

Adviértase que en esta teoría sobre el desarrollo de la moralidad de H.M. Fay, es sólo hacia los 14 años cuando el menor puede realizar juicios de valor; es ahí cuando comienza a tener nociones de «derecho» y «deber», y cuando aparecen para él los intereses morales.

Adicionalmente, Fay menciona que la evolución del sentido moral en el menor está ligada a la de la capacidad de la inteligencia. Al respecto, parece no significar aquí un despropósito la cita que al inicio de esta sección realizáramos sobre la influencia de la desnutrición en el coeficiente intelectual de los niños [6].

Finalmente, sobre el tema propio del infante y sobre la repercusión que tiene en la construcción de su personalidad y desarrollo moral el

[6] Epítome elaborado por el autor, p. 121, basado en: FAY, H.M., *El desarrollo del sentido moral en los niños,* Madrid, Ediciones Studium de Cultura, 1953.

acto de la presencia del padre y de la madre, de la familia y del grupo humano responsable, indiquemos que la importancia de la nutrición en la economía biológica del organismo no debe postergar el significado de la ingestión de alimentos en el desarrollo psicológico. Así, en los primeros meses de la vida, cuando la relación entre la madre y el niño está estableciéndose, el acto de ingesta alimentaria del infante suministra el principal eslabón entre las dos personas (así el niño recibirá la primera lección respecto de las relaciones humanas). Esta relación tiene carácter de vínculo afectivo entre madre e hijo y es una conexión sentimental emotiva del que participan ambos. La madre efusiva y cariñosa le creará al hijo un ambiente de seguridad emocional; el cuidado y la lactancia que ha de brindarle estimularán, a la vez, el desarrollo afectivo del hijo.

Por ello, los infantes privados total o parcialmente del cuidado afectuoso de la madre, retrasan con frecuencia su desarrollo biológico como psicológico y suelen presentar muchas veces transtornos de la conducta. De modo que la privación de la madre en los primeros años de vida suele tener efectos perdurables adversos en el desarrollo psicológico del individuo y posibles derivaciones en su desarrollo moral.

En este orden de ideas no puede negarse a la familia el carácter de núcleo gravitante en la socialización, y de célula vital en la que el menor postula naturalmente su realización.

2.2 La etapa de la adolescencia y juventud

Todo individuo es una historia biológica, social y psicológica. La adolescencia, como etapa del desarrollo humano, con naturaleza propia, distinta de las demás, es un período de transición entre la niñez y la adultez, que se hace manifiesta a través de variados aspectos con características propias. Es época del desarrollo intelectual durante la cual el organismo se torna capaz de interpretarse y enfrentarse al ambiente.

Un adecuado conocimiento de la adolescencia impone la exigencia de investigar mejor sus componentes biológicos y psicológicos.

Ocupémonos de los aspectos físicos del adolescente.

Grawille Stanley Hall sostuvo como premisa que los cambios físicos y fisiológicos obrados en el adolescente determinaban también cambios psíquicos.

Un primer indicador físico de la adolescencia se manifiesta en los varones entre los 12.6 y los 15 años, en tanto que en las mujeres empieza aproximadamente dos años antes, y se manifiesta en ambos, en principio, por el llamado «arranque de crecimiento», con el que se produce un aumento de estatura.

Pero Johnston nos dirá:

> «Tan acentuada es la individualidad del tipo de desarrollo y de crecimiento en la adolescencia, que toda tentativa de generalización choca contra los problemas propios de cada niño.»

Sin embargo, a propósito de la estatura de los adolescentes, puede afirmarse que la velocidad máxima se presenta más temprano en las mujeres, mas ésta nunca alcanza la misma intensidad que en los varones, razón por la que los varones adultos tienden a ser más altos que las mujeres adultas.

Un «arranque de crecimiento» semejante se advierte en los datos referidos al peso, al tamaño de los músculos, de la cara, al crecimiento de la cabeza y especialmente respecto a los órganos reproductivos. Pero es preciso anotar que las investigaciones modernas han descubierto la denominada «tendencia secular». Ésta es la inclinación de la naturaleza hacia una maduración cada vez más temprana, por lo que todo el proceso del crecimiento parece ocurrir cada vez de manera más antelada. Y tales variables no se manifiestan tan sólo en la estatura sino también en el desarrollo de otros órganos y características (estudios modernos demuestran el cambio de edad para la aparición de la *menarquía* o primera menstruación).

Otras investigaciones establecen que la denominada «tendencia secular» se está extendiendo no sólo a los caracteres físicos sino también a los fenómenos sociológicos y psicológicos, por lo que, entre otras manifestaciones, se advierte que las actividades heterosexuales se pro-

ducen cada vez a edad más temprana.

Empero, la adolescencia está marcada por un signo particular dentro del desarrollo fisiológico y éste es el de la aparición de la pubertad, cuya explicación endocrinológica se hace importante.

Son varias las glándulas endocrinas que participan en el crecimiento de los adolescentes.

Para el estudio de la pubertad son de trascendental importancia la glándula pituitaria y las glándulas sexuales o gónadas, a causa del efecto que tienen en el desarrollo psicosexual del niño y de la variedad de cambios corporales que se dan durante la pubertad.

La glándula pituitaria, también llamada *hipófisis,* ubicada en la parte inferior del cerebro, es conocida como la «glándula maestra», pues sus secreciones estimulan o inhiben la actividad de las otras glándulas.

Empero, la glándula pituitaria se divide en tres partes: el lóbulo anterior, el intermedio y el posterior.

Es el lóbulo anterior el que segrega no menos de seis hormonas, tres de las cuales son conocidas como «gonadotrópicas». Ellas estimulan las actividades de las gónadas, sin perjuicio de segregar la hormona adrenocaticotrópica o adrenotrópica (ACTH), que estimula la corteza o glándulas suprarrenales y provoca también el crecimiento. Pero es la segregación que la pituitaria hace de las hormonas trópicas la que produce la pubertad, debido a la estimulación que recibe del hipotálamo. Es la secreción de hormonas realizada por la pituitaria la que da origen entonces a lo que fisiológicamente se conoce como la pubertad.

Las hormonas gonadotrópicas segregadas por la pituitaria producen el siguiente cuadro:

a) la hormona estimulante del folículo (FSH),
b) la hormona luteinizante (LH) en las mujeres y su correlativo que es la hormona estimulante (ICSH) que provocan las células intersticiales del testículo en los varones,
c) la hormona luteotrópica (LTH).

Es así como las glándulas sexuales o gónadas, estimuladas por las hormonas gonadotrópicas, empiezan a segregar sus propias hormonas.

Nos hallamos entonces con la hormona propia del sexo masculino,

que es la andrógena, responsable del desarrollo del pene, de la glándula prostática y de las vesículas seminales; y de otro lado con el grupo estrógeno, responsable en la mujer del desarrollo del útero, de la vagina, de los senos, de las trompas de falopio y de las características secundarias. Son los estrógenos los que influyen en el acto menstrual y en la diversidad de funciones típicas de la mujer.

Así pues, dentro de todo este gran y complejo proceso se produce el advenimiento de la pubertad.

La pubertad es la época del ciclo de la vida en la que los órganos reproductores obtienen madurez funcional. Su advenimiento se caracteriza por la primera menstruación en las niñas, en una edad promedio de 12 o 13 años, en tanto que entre los varones la pubertad puede advertirse entre los 14 y 15 años.

Diversos estudios han intentado determinar la edad de la aparición de la pubertad en los hombres, pero ante las dificultades para una precisión puntual se ha considerado como un punto referente la primera eyaculación.

La pubertad en los varones también se distingue por la aparición gradual de las características sexuales secundarias. Así, la laringe aumentará de tamaño y se acentuará la prominencia de la llamada «manzana de Adán»; la voz ha de transformarse, aparecerá pilosidad en el pubis y en las axilas, y paulatinamente en el rostro, y los genitales externos estarán sometidos a un período de rápido crecimiento.

Sin distinción de género, se producirán también, tanto para el varón como para la mujer, transformaciones en la frecuencia de la circulación, el pulso, la presión sanguínea, la composición química de la sangre, modificaciones en el metabolismo respiratorio y en la energía, y cambios en los productos de la función excretora. A medida que la adolescencia avanza, el ritmo del pulso tiende a disminuir y la presión sanguínea se eleva con la edad, aun cuando hay tendencia a la disminución en las niñas después de los 16 años. El volumen respiratorio total se incrementa durante la adolescencia y el metabolismo basal tiende a disminuir en promedio después de una aceleración metabólica en la pubertad. Sin embargo, los cambios metabólicos con la edad son

mayores y menos variables para los niños que para las niñas.

Dentro de la composición biológica del adolescente, ocupémonos ahora del ámbito psicológico.

Digamos que los bruscos cambios orgánicos a su vez determinan profundas modificaciones psicológicas.

Veamos lo referente al desarrollo afectivo, y digamos que dentro de él es conveniente mencionar el desarrollo del concepto de *sí mismo* o del Yo.

La adolescencia es un período en el que el individuo trata de llegar a un acuerdo consigo mismo y con su entorno. Es una época de desarrollo de un conjunto de conceptos del propio Yo, cuya afirmación e integración es crucial para determinar la conducta personal y social del sujeto, así como su *status* como individuo funcionalmente maduro.

El proceso de construcción del Yo, y de la identidad, es la principal tarea del desarrollo en el área psíquica o afectivocognoscitiva del organismo humano.

Horrocks y Jackson manifiestan lo siguiente:

> «El Yo es un proceso mediante el cual el organismo infiere y forma conceptos del Yo, los cuales, en conjunto, representan la interpretación y el significado que tiene el organismo de sí mismo [...].»

El Yo es un elemento de referencia personal. El Yo es un concepto muy personal y representa una visión interior de uno mismo. Es la construcción total que un organismo observador y atento coloca sobre sí mismo y sobre su entorno, del ambiente pasado, presente y del futuro que es capaz de hipotetizar.

Pero la plasmación del Yo en el adolescente es un proceso difícil y a veces conflictivo. Además de que el individuo puede tener una propia imagen de sí mismo, al mismo tiempo puede anhelar una identidad que le resulta ambicionada y que es lo que trata de llegar a ser o lo que debería ser.

Se estima que el individuo puede poseer hasta cuatro identidades simultáneamente:

- Identidad hipotetizada;
- Identidad condicionada;
- Identidad percibida por otras personas; e
- Identidad obtenida.

El Yo es en verdad un proceso que hipotetiza la identidad conforme el individuo es capaz de expresar realmente quién es y qué es. Esta definición es distinta de la identidad, porque viene a ser un concepto del Yo producido por el proceso del Yo. La identidad se elabora a partir del desarrollo físico, fisiológico o de un organismo que posee conciencia.

La identidad es el constructo propio del Yo. Este constructo debe estar basado en una serie de postulados que ha de comprobarse en la realidad.

Como las personas tienen varias identidades, idealmente en la visión del Yo que tenga un individuo esas identidades deberían formar un todo integral. El que no suceda ello constituye para la adolescencia uno de los problemas de este período, por lo que la integración de la identidad es una labor constante del desarrollo de la adolescencia.

Es por ello que Erikson, en su teoría sobre el desarrollo psicosocial, nos menciona que el conflicto principal del adolescente es el de la identidad contra la difusión de identidades, de tal modo que el adolescente pasa por una época donde las identificaciones parciales y adquiridas confluirán con las nuevas identificaciones y con la elección de un patrón de la conducta futura del rol.

El adolescente, sin embargo, deberá resolver sus propios rasgos y conflictos, y así Piaget nos dirá:

> «El egocentrismo del adolescente se manifiesta en la creencia de que la reflexión es omnipotente, como si el mundo debiera someterse a los esquemas ideales, en lugar de hacerlo a los sistemas de la realidad. Ésta es la edad metafísica por excelencia; el Yo tiene la suficiente fuerza para estructurar el universo y lo es bastante grande para incorporarlo.»

Pero el adolescente, en la fase superior de su adolescencia, desarrolla un importante proceso cognoscitivo.

El término *cognición* se usa para designar todos los procesos por medio de los cuales el individuo aprende e imparte significado a un objeto o idea, o a un conjunto de objetos o ideas. Mediante los procesos cognoscitivos la persona adquiere conciencia y conocimiento acerca de un objeto. Entre estos procesos se cuentan los de percepción, sensación, identificación, asociación, condicionamiento, pensamiento, concepción de ideas, juicio, raciocinio, solución de problemas y memoria.

Pues bien, tal como hemos descrito en páginas anteriores, en un momento dado el adolescente, equipado con toda su capacidad para pensar formalmente, puede ya reflexionar y teorizar en forma espontánea, y él juega con esta capacidad recién descubierta a medida que encuentra nuevas experiencias que trata de interpretar y, cuando no, de incorporar a sí mismo.

Y, ¿cuál es la naturaleza del adolescente?, ¿cómo se manifiesta?

En referencia al crecimiento y desarrollo del adolescente, son seis los puntos de referencia. Los más importantes son:

1) El individuo se hace cada vez más consciente de sí mismo.
   - Sus conceptos del Yo los pone a prueba o intenta ponerlos a prueba.
   - Trata de estabilizarse gradualmente.
   - Aprende su rol personal y social.
2) Como individuo busca un *status.*
   - Tiende a emanciparse de la autoridad paterna.
   - Surgen los intereses vocacionales.
   - Se inicia la tendencia a la independencia económica.
3) Las interrelaciones con el grupo son de gran importancia.
   - Quiere lograr un *status* y reconocimiento con los de su edad.
   - Surgen los intereses heterosexuales.
4) Se desarrolla físicamente siguiendo un patrón y también individualmente.
   - Se producen cambios corporales.
   - Se alcanza la madurez física.
5) Etapa de desarrollo y expansión intelectual de desarrollo de la inteligencia; además, etapa de expansión académica.

- Aprende un sinnúmero de temas que en el momento no aplica.
- Interpreta su ambiente en torno a su experiencia intelectual.
- Siente que debe aprender y que debe ajustarse al estudio de nuevos conocimientos y tiende a adquirir muchas habilidades y conceptos.

6) Tendencia al desarrollo y evaluación de valores.
   - Desarrolla ideales propios en relación a los ideales generales que valora.
   - Se ajusta a ciertos valores.

En el caso concreto de la adolescencia femenina, ésta está marcada por sus propias características, pero destacan: la oscilación entre la seguridad y la inseguridad; un deseo por momentos más acentuado hacia la soledad; la afirmación de la personalidad: la independencia y el afianzamiento del Yo no son ideales que fácilmente sean alcanzados y su conquista requiere de un despliegue considerable de fuerza psíquica; se produce el despertar del instinto sexual, mas la mujer tiene una mayor disposición para espiritualizar los deseos e instinto sexuales, y, con mucha frecuencia, la necesidad sexual está imbuida de una atmósfera de anhelo de amor y de ternura.

En el caso de la adolescencia masculina, ésta a su vez también tiene sus propias características.

Advertimos que en el varón se presenta una marcada aspiración hacia la libertad; se siente confuso ante la irrupción de la sexualidad pero se aclimata más rápido a ella ya que el mundo externo es con él más tolerante, y, avanzada la adolescencia, es corriente apreciar un aumento significativo de su capacidad intelectual y libertad de pensamiento.

Pero, en general, es prudente señalar que hay características de la adolescencia que, siendo generales, son afines a ambos géneros. Así, la adolescencia se caracteriza principalmente por una búsqueda de sí mismo; raras veces el adolescente se atreve a ponerse en oposición con las costumbres que rigen entre los miembros de su grupo; una atmósfera de rebeldía lo envuelve y está íntimamente relacionada con la búsqueda de su propia identidad; el adolescente es consciente de que

existen serias prohibiciones y muchas veces le resulta difícil armonizar los deseos íntimos con tales normas; pero el núcleo, el centro del problema de la identidad del adolescente es en esta etapa sobre todo la selección de su objetivo en la vida.

En la esfera psicológica y a propósito del adolescente, como dice Horrocks, hasta el momento no se ha producido una teoría que encierre en forma global las características de éste; sin embargo, se han señalado aspectos generales que son comunes psicológicamente a ambos.

Entre ellos hallamos una búsqueda de la identidad y de sí mismo; marcada tendencia grupal; necesidad de fantasear activamente; crisis religiosa; desubicación temporal respecto de los fenómenos de su tiempo; evolución sexual evidente; actitud social reivindicatoria; contradicciones sucesivas en diversos aspectos de su conducta guiadas por una tendencia a la acción que suele sustituir a formas más evolucionadas de pensamiento; lucha constante por una progresiva separación de los padres, y fluctuaciones constantes de humor y de su estado de ánimo en general.

Fountain señala hasta cinco cualidades que distinguen a los adolescentes de los adultos. Él afirma que los adolescentes tienen sentimientos especialmente intensos y volubles; que requieren de recompensas frecuentes e inmediatas; existe todavía una ausencia de una cabal capacidad para examinar la realidad; muestran alguna incapacidad severa para la autocrítica, e inconciencia o indiferencia hacia las cosas y sucesos que no están relacionados con la propia personalidad.

Por otro lado, además, es frecuente advertir en los jóvenes un marcado instinto hacia la aventura.

La tendencia en los estudios coincide en señalar que la relación de los adolescentes con los padres resulta vital para su desarrollo.

Los estudios determinan que la familia tiene papel protagónico y tiene el deber de apoyo, de consejo y comprensión del adolescente. La familia en sí es un sistema, tiene un reloj cabal dentro del cual los padres tienen que hacer cambios conforme varían los propios hijos, para evitar el conflicto entre unos y otros.

Como dirá Hurlock:

> «El clima psicológico del hogar afecta la adaptación personal y social del adolescente, directamente, por su influencia en su patrón de conducta, e indirectamente, por el efecto que tiene sobre sus actitudes.»

Pasanella y Willinghan sostendrán que la vida del adolescente está marcada por tres áreas sumamente importantes, las cuales son el desarrollo cognoscitivo y emocional, el cambio en las actitudes y valores, y la elección vocacional que importa una selección para la vida. Horrocks añadirá, a éstas, dos categorías más: el desarrollo fisiológico y el sociosexual.

2.3 El razonamiento en el menor

¿Y qué juicio científico se puede establecer sobre la validez del razonamiento del adolescente?

El razonamiento es un proceso que va más allá del pensar rutinario y de la simple memorización mecánica; por ello es la característica más importante de los actos mentales del hombre, en especial de lo que se denomina *el pensamiento productivo.*

El proceso de raciocinio consiste en analizar una situación nueva, seleccionar y recordar los elementos que revisten importancia para la solución del problema, y finalmente manejarlos o combinarlos en forma adecuada para la resolución del asunto planteado.

Conforme el individuo se adentra en la adolescencia, los argumentos que empleará serán más ordenados e irá perfeccionando su razonamiento lógico.

Es en esta etapa de la adolescencia cuando el raciocinio se desarrolla con mucha rapidez; pero si bien es en la adolescencia donde más se desarrolla, este razonamiento no empieza en esta etapa sino que, por estudios realizados que así lo demuestran, se inicia antes de la pubertad, y es también antes de ella que se empieza a formular juicios.

Sin embargo, para que un razonamiento sea eficaz deben haberse aprendido *los elementos más importantes de las experiencias pasadas.* Es

así, entonces, que cuanto más amplias son las experiencias pasadas, se pueden obtener pensamientos más eficaces.

La hipótesis, en general, de que el adolescente debe llegar cognoscitivamente, hacia los 14 o 15 años, al período de las operaciones formales, que es el pensamiento abstracto, no puede desagregarse de la presión e influencia de elementos adicionales: uno macro, cual es la sociedad, y otro micro, que es la propia familia.

Estudios hechos en Lima, por Blumenfeld, sobre capacidades deductivas en adolescentes de ambos sexos, demuestran que entre los 14 y los 16 años los varones son genéricamente superiores a las mujeres; empero, tales diferencias tendían a desaparecer de los 17 años, 18 y 19, aun cuando el estudio denunció que la capacidad deductiva manifestada por los adolescentes no fue satisfactoria. Los mismos estudios, realizados esta vez en el sur del Perú, en Tacna, tuvieron resultados inferiores a los obtenidos en Lima, respecto a la capacidad deductiva en los adolescentes.

Según Erikson, el adolescente, a partir de los 18 a 21 o 22 años, puede comenzar a intentar un verdadero compromiso emocional. Tal vez ahora, aquí, pueda amar a alguien con virtudes y defectos, en las buenas o en las malas condiciones, en salud y enfermedad, porque la persona entonces es capaz de comprometerse emocionalmente con una pareja, porque tiene un juicio más realista del mundo.

Para casarse, el ser humano requiere, además de una suficiente madurez emocional, de madurez cognitiva; basarse en un proyecto de vida más o menos claro y viable, que tenga asidero suficiente dentro de sus posibilidades de realización personal. Fundamentalmente, es indispensable que el ser humano se conozca a sí mismo. Si no sabe exactamente quién es él, es muy difícil que pueda establecer las bases seguras de con quién quiere relacionarse; más aún cuando en la etapa de la plena adolescencia la volubilidad del joven es una de las características marcadas del proceso [7].

---

[7] Epítome elaborado por el autor, pp.122-132, basado en las siguientes fuentes: McKinney, John Paul, Hiram Fitzgerald, y Ellen Strommen, *Psicología del desarrollo.*

El matrimonio exige definitivamente que se asuman responsabilidades de adulto, y el menor no se halla en aptitud ni en ejercicio de tales responsabilidades. No puede cumplirse la misión de padre (esposo), cuando aún se tiene el rol de hijo.

Un estudio de Burchinal apunta hacia los factores que contribuyen al matrimonio precoz, y al margen del orden prelacional que presenta tal estudio, éstos son los puntos de referencia que nos señala:

- los hogares infelices, la situación frustrante de la escuela y el ambiente de la comunidad hacen que el adolescente postule a escapar de él;
- el estímulo de los impulsos sexuales por incitaciones y expresiones derivadas de los medios de comunicación masiva, que con frecuencia conducen al embarazo prematrimonial;
- el culto a la felicidad personal;
- la inseguridad del mundo de hoy, que conduce a los jóvenes a buscar a alguien que les conceda lealtad incuestionable y amor;
- el mimetismo, es decir la imitación («porque todos lo hacen»);
- el aliciente deviniente de imágenes románticas y embelesadas del matrimonio y de un equivocado concepto de éste;
- el afán temprano de ubicarse en un *status* de adultez; y
- el absurdo de suponer la solución de problemas económicos a partir de una nueva etapa como la del matrimonio.

Por una razón o por otra, la tasa de matrimonios de menores no deja de ser llamativa en nuestro medio.

Mas, al final, concluyamos que, pese a todo, el desarrollo personal importante del menor, la trascendencia de los padres, del matrimonio, de la familia, del medio social que lo rodea y de la comunidad en su conjunto, es de extraordinario valor.

Edad adolescente, México, El Manual Moderno, 1982; HORROCKS, John E., *Psicología de la adolescencia,* México, Trillas, 1989; *Enciclopedia del Hogar,* Barcelona, Grulies International, 1972, volumen II; ALLPORT, Gordon W., *Psicología de la personalidad,* Buenos Aires, Paidós, 1965; BROOKS, Fowler, *Psicología de la adolescencia,* Buenos Aires, Kapelusz, 1959; y DEBESSE, Maurice, *La adolescencia,* Barcelona, Oikos-tau S.A., 1977.

Las experiencias que tiene un niño y un adolescente en sus relaciones familiares son de importancia suprema para el desarrollo de su personalidad. La familia, en el contexto del adolescente, se convierte en factor determinante para su espacio psicológico personal, porque entre las principales funciones de la familia, sin duda, se halla aquella que la convierte en *agencia educativa cultural.*

Las pruebas en tal sentido, que entre otros realizó Horrocks, parecen innegables.

3

El trabajo, una extensión del derecho a la dignidad de la persona humana. Menores y ocupación laboral

3.1 Antecedentes del trabajo de menores

Esta parte del libro no pretende la presentación del conjunto de normas legislativas relativas al trabajo del menor *; pretende más bien verificar en la teoría y en la práctica qué posibilidades auténticas de empleo tiene

* Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, art. 32; Constitución Política del Perú (1993), arts. 4, 22, 23 y 24; Código Civil, arts. 42,44, 46 y 1358; Código de los Niños y Adolescentes; Código Penal, art. 128; ley 2851 del 23 de noviembre de 1918; ley 3010 del 26 de diciembre de 1918; ley 4239 del 26 de marzo de 1921; decreto supremo del 25 de julio de 1956; decreto supremo 006-73-TR del 5 de junio de 1973; decreto supremo 03-81-TR del mes de enero de 1981; decreto supremo 015-86-TR del 29 de abril de 1986; decreto supremo 002-88-JUS del 12 de febrero de 1988; decreto supremo 064-90-TR del 26 de setiembre de 1990; decreto supremo 002-91-JUS del 15 de marzo de 1991; decreto supremo 161-91-PCM del 19 de octubre de 1991; resolución suprema del 17 de enero de 1930; resolución suprema del 29 de setiembre de 1955; resolución suprema 018 del 14 de diciembre de 1957; resolución suprema 13-DT del 3 de diciembre de 1956; acuerdo 03-JUS/CNMF del 18 de mayo de 1991; Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N.º 10 ratificado por resolución legislativa n.º 13284 del 4 de febrero de 1962; Convenio de la OIT N.º 58 ratificado por resolución legislativa n.º 14033 del 4 de abril de 1962; Convenio de la OIT N.º 59 ratificado por resolución legislativa n.º 14033 del 4 de abril de 1962; Convenio de la OIT N.º 77 ratificado por resolución legislativa n.º 14033 del 4 de abril de 1962; Convenios de la OIT N.ºs 78 y 90 ratificados por resolución legislativa n.º 14033 del 4 de abril de 1962; Convenio de la OIT N.º 112 ratificado por resolución legislativa n.º 14033 del 4 de abril de 1962.

la juventud hoy en nuestro medio.

En julio de 1992, el obispo presidente de la Conferencia Episcopal Peruana, Monseñor José Dammert Bellido, expresaba:

> «Es fácil para resolver la crisis proponer diversidad de medidas económicas que afectan al pueblo más pobre, y eso es más fácil para quienes tienen comodidades; pero hay que emprender de inmediato otras medidas [...] y en nuestra realidad social parte de la tragedia nuestra es el terrible desempleo juvenil.» [1].

El tema del trabajo de los menores no es asunto moderno.

Las leyes de Eshunne, en Babilonia, establecían que los trabajadores libres recibían como parte de su recompensa laboral dos litros de cebada por día, en tanto que era menos lo que «recibirán las mujeres y los niños» [2].

El testimonio de Agatharquides, en Egipto, antiguo y crudo, nos revela que:

> «Niños todavía impúberes penetran en las galerías subterráneas hasta las cavidades de las rocas, recogiendo penosamente los fragmentos de mineral arrancados y los llevan afuera a la entrada de la galería.» [3].

América no está exenta de los mismos ejemplos. En la conquista de México, con Hernán Cortés en 1519, se halló lo que con el tiempo se denominó el «Código Mendoza». Tal manuscrito presenta una serie de anotaciones que revelan la preexistencia del trabajo infantil [4].

---

[1] DAMMERT BELLIDO, José, declaraciones a la TV peruana, Lima, 22 de julio de 1992.

[2] PARIAS, Louis-Henri, *Historia general del trabajo*, México-Barcelona, Grijalbo, 1965, p. 150.

[3] SCHIBOTTO, Giangi, *Niños trabajadores*, Lima, Instituto de Publicaciones Educación y Comunicación, 1990, p. 35.

[4] ROSTWOROWSKY, María, *La mujer en la época prehispánica*, Lima, IEP, 1988, p. 7.

La investigadora María Rostworowsky en *La mujer en la época prehispánica* revela la presencia infantil en los campos y en las zonas rurales en la época de la civilización incaica. Los niños y los jóvenes se volcaban al campo para cumplir diversidad de tareas, entre las que se apreciaban la recolección, el pastoreo, la selección de alimentos, etc. [5].

> «Desde la primera infancia tanto los niños como las niñas se iniciaban en el trabajo. Además de cuidar de los hermanos menores, cumplían tareas livianas. Las mujercitas recolectaban diversas plantas medicinales, alimenticias o las usadas para tintes. El trabajo era dividido por género desde la niñez [...].» [6].

Y es que Rostworowsky considera que el trabajo infantil estaba incorporado a las normas y valores sociales del momento. Era característica propia de la familia indígena que sus miembros laborasen armónicamente y en conjunto, en búsqueda de la producción común.

Al referirse Pablo Macera al tema, en *Historia del Perú,* y a propósito de la explotación violenta y cruel a la que fueron sometidos el niño y el joven en los obrajes textiles de la época de la colonia, manifiesta:

> «[Los trabajos en] los obrajes eran tan duros como en las minas. Trabajaban allí desde niños de 5 años con nueve horas diarias, que en realidad eran más.» [7].

Y la Edad Media europea no está desligada en modo alguno de la misma tendencia de la explotación del trabajo de los niños y de los jóvenes. La historia social de Europa nos muestra en repetidas ocasiones claros ejemplos de sometimiento, abuso y explotación de los menores en función de la producción y del interés personal.

---

[5] ROSTWOROWSKY, María, *La mujer en la época prehispánica,* Lima, IEP, 1988, p. 7.

[6] *Loc. cit.*

[7] MACERA, Pablo, *Historia del Perú,* Lima, Bruño, 1985, volumen II, p. 31.

Con el advenimiento de la revolución industrial en Inglaterra se ahondó aún más la crisis sobre este asunto. Los menores comenzaron a ser virtualmente reclutados para trabajar en las fábricas inglesas a favor de los nuevos intereses manufactureros. Menores de 14, 13, 12 y menos años de edad eran enrolados en las fábricas y laboraban bajo contratos draconianos celebrados con sus reales o presuntos representantes, durante jornadas de 14, 15 y más horas [8].

El motivo impulsor de toda esta situación parece transcurrir entre el egoísmo y la impiedad de los malos capitalistas, y las patéticas y urgentes necesidades de las familias postergadas.

Cabanellas nos dirá:

> «[...] fue un alivio para los obreros que las mujeres y los niños pudieran trabajar, porque esto de todas maneras significaba un mayor ingreso para el hogar [...].» [9].

Mas la segunda mitad del siglo XIX, en efecto, significa la expansión de la gran industria y su desarrollo con la ayuda de la ciencia, la que se apoya en la aplicación de los grandes inventos. Así, los laboratorios científicos se convirtieron en grandes impulsores de las industrias. Empero, con todos los efectos favorables del maquinismo, de la gran industria, de la técnica, no tardaría en hacerse presente, y con todo vigor, la cuestión social, a partir de una confrontación que aparecía inevitable entre los intereses del capital con los de los postergados.

La revolución industrial se expande y en Europa no encuentra traba para instaurarse en Alemania, Francia, Italia y otros países. La Rusia previa a la revolución de 1917 la acepta y la fomenta, y los Estados Unidos observan la misma política.

Pero la revolución industrial, doquiera que iba, alimentaba su propio proceso no sólo en base a los inventos técnicos, sino también y sin ninguna duda sobre la captación, cada vez más intensa, de la fuerza del trabajo infantil y juvenil barato, y tantas veces desamparado.

---

[8] SCHIBOTTO, Giangi, *op. cit.*, p. 40.

[9] CABANELLAS, Guillermo, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, Omeba, 1963.

Hoy, según la Oficina Internacional del Trabajo y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, ya no necesariamente como reclutas que engrosan la fuerza laboral de una vigorosa revolución industrial, sino impulsados por el hambre, miles y miles de menores laboran de una forma u otra, intentando satisfacer sus más apremiantes necesidades y las de sus familias o seres cercanos [10].

Y si seguimos el estudio dirigido por Mendelievich en «El trabajo de los niños», según las últimas estimaciones de la Oficina Internacional del Trabajo de las Naciones Unidas actualmente en el mundo por lo menos 52 millones de niños menores de 15 años de edad trabajan, de los cuales 50 millones son perfectamente ubicables en los países en vías de desarrollo [11].

No es parte de este estudio explicar las razones por las que 50 o más millones de niños y de jóvenes menores de 15 años laboran dentro del ambiente universal. Pero siendo, como es, un tema de trascendental importancia, no dudamos que entre las principales razones que soportan la existencia de tan grave estado se hallan, de un lado, el desquiciamiento moral al que se ve sometida hoy día en muy buena parte la humanidad, y de otro, el terrible sistema económico tan injusto, propio de tantas sociedades que integran el orbe.

3.2 ¿Y cuál es la relación entre minoridad y trabajo en el Perú de hoy?

Antes de exponer otros aspectos también importantes, tratemos primero de advertir cuál es la razón principal por la que los menores de edad postergan la educación e incluso sacrifican su salud para realizar labores de diversa índole.

---

[10] BEQUELE, Assefa, y Jo BOYDEN (directores), *La lucha contra el trabajo infantil*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1990.

[11] MENDELIEVICH, Elías, «El trabajo de los niños», *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 98, n.º 4, 1979..

Los economistas y sociólogos, cuando no especialistas en otras materias, han intentado diversidad de explicaciones para entender la racionalidad del trabajo infantil y juvenil. Después de diversas elucubraciones, parece ser muy poco discutible que la verdadera, la principal razón por la que los menores se vuelcan al trabajo, es la necesidad de satisfacer sus más apremiantes necesidades ante el estado de pobreza en que se encuentran innumerables familias en nuestro medio.

El Perú atraviesa una compleja situación económica de la que en verdad no puede sacudirse a lo largo de su historia, la misma que hoy ha adoptado caracteres verdaderamente dramáticos. Doce millones ochocientos mil peruanos viven en estado de extrema pobreza, y ellos constituyen el 57,31% de nuestra población total. Significa también que estas familias y sus integrantes no pueden, a partir de la falta de ingresos económicos elementales, satisfacer sus más fundamentales necesidades de subsistencia. Claro está que la razón expresada no puede constituir una isla, y con seguridad está acompañada de otro tipo de racionalidad que complementa la decisión de los menores para volcarse hacia la función laboral. La cultura; la sociología, la psicología y otras ciencias tienen acá una respuesta pendiente.

¿Cuántos menores trabajan en Lima Metropolitana?

La encuesta «Pobreza urbana y estrategias de empleo», aplicada por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en 1988, señaló que en Lima Metropolitana trabajaban 96 149 niños de 8 a 13 años de edad.

Con posterioridad, al comentarse la encuesta se ha sostenido que el número de menores trabajadores en Lima, de 8 a 13 años, podría bien aumentar a cien mil teniendo en cuenta los casos no declarados[12].

Sobre el mismo asunto, Cuanto S.A., en «El impacto del ajuste en las familias peruanas» (1991), señala que se ha incrementado el número de niños trabajadores (entre 6 y 15 años) en un 133% entre los meses de junio, julio y noviembre de 1991, lo que eleva el total

[12] ALARCÓN, Walter, *Trabajo infantil y economía familiar en los hogares populares de Lima,* Lima, Save the Children Fund, mimeo, 1988.

de niños trabajadores menores de 15 años en Lima a una cifra aproximada a los doscientos treinta mil.

> «Si a estos sumamos los aproximadamente 170 000 niños trabajadores entre los 14 y los 18 años registrados por la Encuesta de Hogares, vamos a tener un total de 400 000 niños que trabajan en Lima Metropolitana.» [13].

> «Sin embargo, y a modo de aproximación, podemos concluir en síntesis, a partir de la estadística existente, que en el Perú estarían trabajando por lo menos 730 000 niños menores de 18 años: 400 000 en Lima Metropolitana (Encuesta de Niveles de Empleo, Encuesta Pobreza Urbana y ENNIV[*]'90, Cuanto S.A.), 55 000 en la zona urbana del resto del país y 275 000 en la zona rural (ENNIV'85-86); sin embargo, si proyectamos un crecimiento del trabajo de los niños en las zonas urbanas (sin Lima) y en las zonas rurales desde la fecha de la última Encuesta Nacional (ENNIV'85-86), es probable que el trabajo infantil está bordeando el millón de personas.» [14].

De otro lado, para referirnos al tema «En qué trabajan los menores» presentamos en la página siguiente información estadística referida a Lima Metropolitana.

Adviértase en la Tabla 3.1 cómo ha descendido el trabajo de actividad doméstica en el hogar, en tanto que el sector informal ha repuntado hacia 1990.

Entre diciembre de 1990 y enero de 1991, CEDRO realizó una investigación a nivel nacional sobre la misma materia a la que se refiere la tabla citada. Apréciese en la Figura 3.1 cómo el sector informal, a nivel nacional, entre jóvenes de 15 a 24 años, alcanza un nivel del orden

---

[13] YÁÑEZ M., Ana María, Luz CAPUÑAY, Brisaida GALINDO, Josefina AMES, *Los derechos de los niños en el Perú actual*, Lima, Imprenta Propaceb, 1991, p. 45.

[*] Encuesta nacional de hogares sobre medición de niveles de vida.

[14] *Ibídem*, p. 36.

TABLA 3.1 *Niños entre 14 y 18 años en Lima Metropolitana, por tipo de actividad* [15]

Estructuración del sector	*1987*	*1990*
Sector formal	31,8%	26,5%
Sector informal	50,0%	57,0%
Trabajo del hogar	18,2%	16,5%

del 27%, en tanto que los obreros y el servicio doméstico, cada uno, ostentan 9%.

Pero en el Perú, históricamente el trabajo infantil ha estado, como se sabe, vinculado a las zonas rurales, y tales tendencias hoy día no dejan de estar marcadamente demostradas en las cifras.

La ENNIV'86 señala que 274 744 niños trabajan en las zonas rurales y que sólo 89 495 lo hacen en las urbanas; en tanto que el censo nacional de 1981 señalaba que el 66,3% de menores laboraban en las zonas rurales, en tanto que el 33,7% lo hacía en las áreas urbanas.

De otro lado, aparece visible la magra remuneración que perciben los menores dedicados a los menesteres antes indicados.

En julio de 1988, Alarcón, en *Trabajo infantil y fracaso escolar* (1989) aplicó una encuesta para determinar los promedios de ingresos de los menores trabajadores. Quedó establecido que casi el 80% de los menores trabajadores encuestados tenían un ingreso equivalente a medio sueldo mínimo, es decir 87,5 nuevos soles, en tanto que un 15% de éstos alcanzaba un sueldo mínimo completo ascendente a S/.175,00 [16].

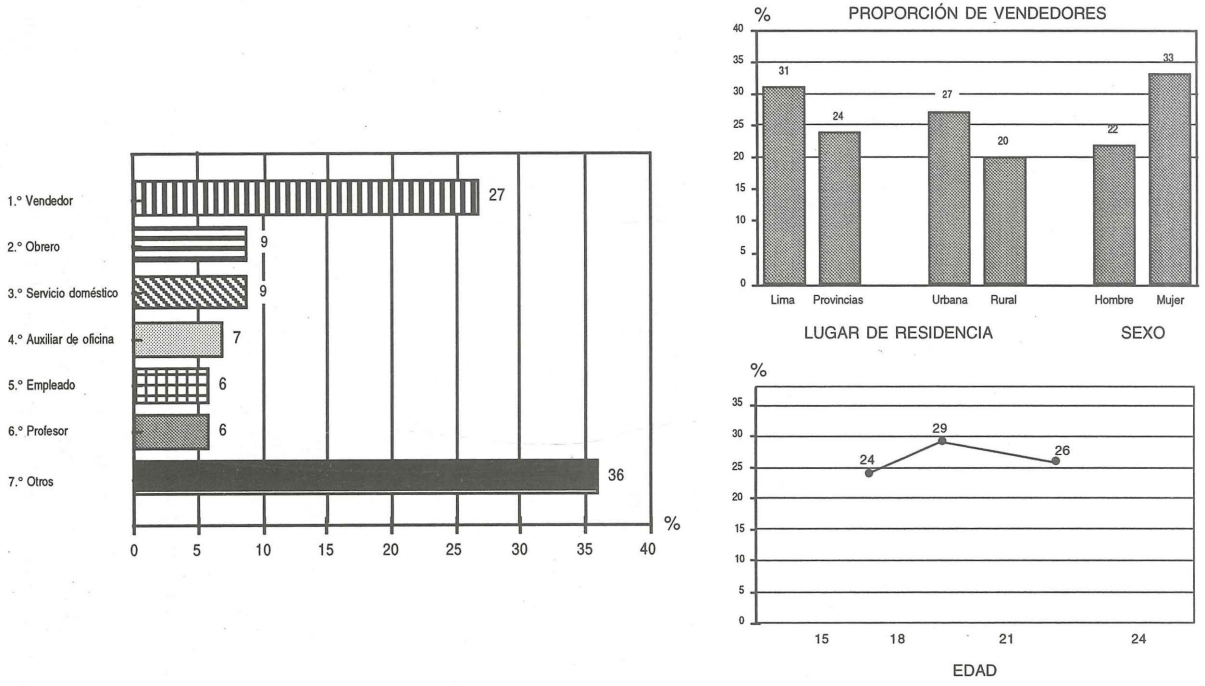
Vale decir que entonces, es decir, en julio de 1988, el cambio de nuestra moneda con el dólar norteamericano era de I/.204,90.

Sobre la misma materia, CEDRO, entre diciembre de 1990 y enero de 1991, aplicó a nivel nacional una encuesta para jóvenes entre 15 y 24 años, tratando de establecer los ingresos económicos en nuevos

[15] *Ibídem*, p. 37.

[16] ALARCÓN, Walter, *Trabajo infantil y fracaso escolar*, Lima, mimeo, 1989.

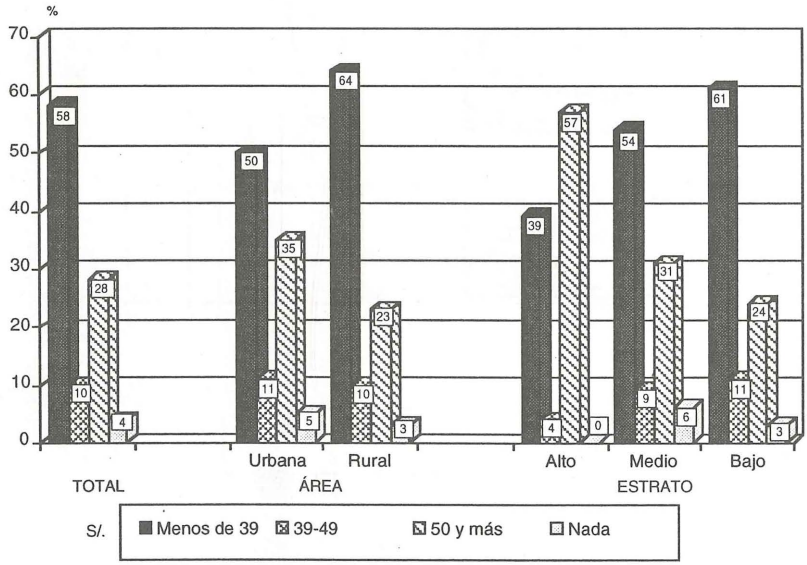
FIGURA 3.1 *Actividad principal*



Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 205.

soles. Por su importancia, presentamos a ustedes la información completa.

FIGURA 3.2 *Ingresos en nuevos soles*



Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 217.

Hemos de advertir que hasta el primer semestre de 1991, época de las encuestas antes mencionadas, la canasta familiar básica tenía un promedio básico de S/. 229,00 para cubrir las necesidades elementales de un grupo familiar al mes.

Ambas encuestas citadas sobre ingresos en nuevos soles, y sobre todo la segunda, revelan patéticamente las serias dificultades de los menores, no sólo para sostener a una familia, sino para poder cubrir sus más elementales necesidades personales.

En junio de 1992, y a propósito del tema de «Los menores y el trabajo», se aplicó una nueva encuesta con entrevistas directas a 32

menores de edad [17].

Los puntos de Lima en los que se aplicó la encuesta fueron cuatro: Mercado Mayorista de Plátanos de San Luis, Mercado de Frutas N.º 2, Cementerio El Ángel, y Plaza San Martín. Los horarios de aplicación de la encuesta fueron distintos, y éstos estuvieron en función de la actividad laboral en el punto escogido. Así, las encuestas realizadas en los mercados se hicieron en horas de la mañana; en horas de la tarde las realizadas en el cementerio, y en la Plaza San Martín se entrevistó a los menores entre 5.30 y 7.30 de la noche.

De la muestra de 32 menores de edad, 22 resultaron ser varones y 10 mujeres.

Respecto a la edad, 8 de los menores oscilaban entre 5 y 10 años; 15 de ellos entre 10 y 14 años de edad; en tanto que entre 14 y 16 años figuraban 9 menores.

Once de los menores tenían matrícula en colegio, y 21 carecían de ella.

En cuanto al tipo de trabajo, que era obviamente informal y con ingresos magros, éste se dividió de la manera que se presenta en la Tabla 3.2

TABLA 3.2 *Menores trabajadores en tres lugares de Lima Metropolitana*

Lugar y tipo de trabajo	*Total*
Mercados	11
Cargadores	4
Vigilantes y acomodadores	7
Cementerio	12
Vendedores de flores	6
Aguateros	4
Guardianía de carros	2
Plaza San Martín	9
Vendedores ambulantes	7
Canillitas	2

[17] SOTOMAYOR, Teófilo, *Diagnóstico y análisis crítico de la situación laboral de los menores hoy en Lima,* investigación inédita, Lima, 1992.

A propósito de la remuneración mensual, y teniendo en cuenta que la retribución mínima vital en la Lima de entonces era de S/.72,00 (en 1994 es de S/.132,00), 21 de los menores declararon que alcanzaban un ingreso de hasta media remuneración mínima vital; en tanto que 3 menores de edad declararon que ganaban de una a dos remuneraciones mínimas vitales en un mes.

Como consecuencia de la visita y de las entrevistas realizadas en los lugares antes indicados, quedaron las impresiones siguientes:

El trabajo de menores en Lima tiene tendencia a ser realizado particularmente por los varones, sin que deje de mostrar su importante presencia el elemento femenino.

Parecería que la causa fundamental que impulsa a los menores al trabajo es la propia pobreza, y en la decisión de laborar están presentes mediante sugerencias o presiones los propios padres, o aquellos mayores de quienes depende el menor. Empero, el menor no suele trabajar sólo para él, sino que su trabajo está subordinado a las necesidades de los padres o protectores.

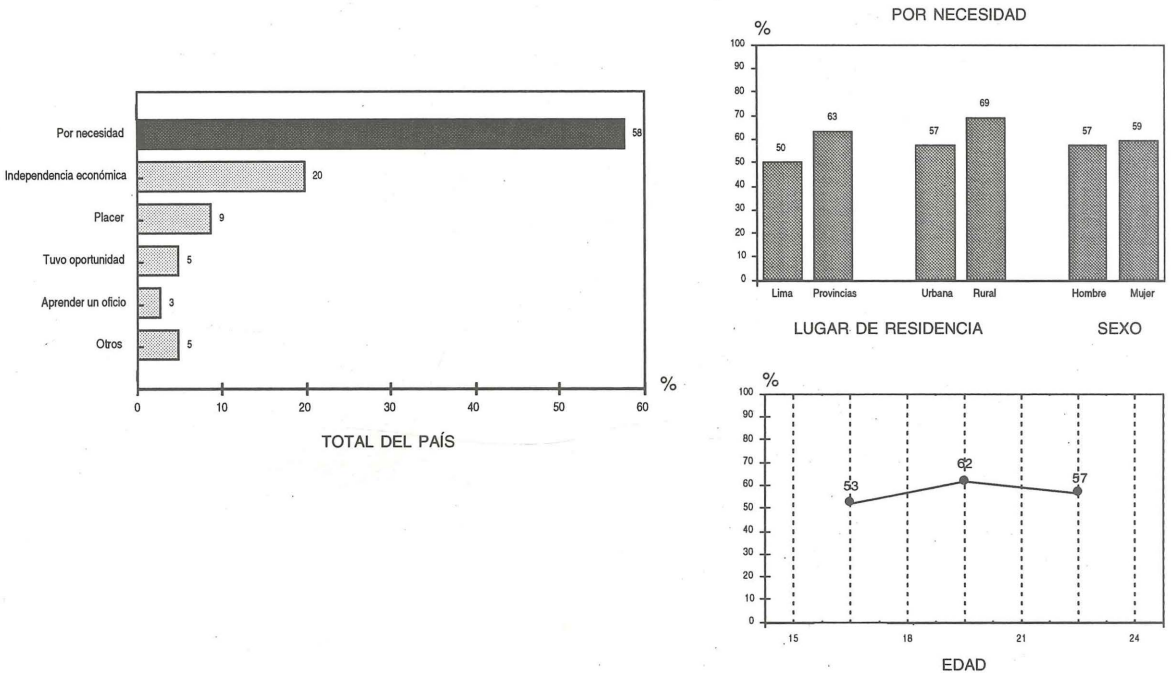
La actividad de los menores de edad es fundamentalmente la tarea informal y específicamente la venta ambulatoria.

Si bien los ingresos económicos dependerán de diversos factores tales como la edad, tiempo dedicado al trabajo, para quién se trabaja, entre otros, es casi factor común que los ingresos son en todo caso manifiestamente reducidos.

Se advierte de la investigación, claramente, cuando son preguntados los menores, que su trabajo va dirigido a intentar paliar en algo las necesidades de la familia, pues en sus respuestas se escucha casi siempre ordenar hacia ahí el sentido de sus ingresos económicos.

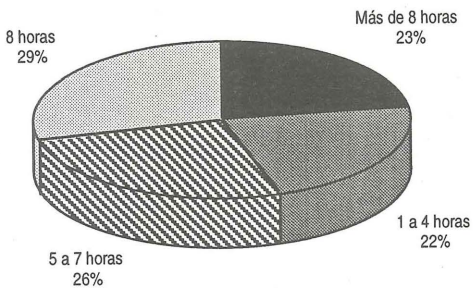
De la encuesta aplicada por CEDRO a nivel nacional, para jóvenes de 15 a 24 años, entre diciembre de 1990 y enero de 1991, las Figuras 3.3, 3.4 y 3.5 explican por sí mismas la dramática situación en que se encuentran los jóvenes con respecto al empleo, y no sólo hasta los 18 años, sino, como lo hace ver esta encuesta de CEDRO, aun hasta los 24 y más años de edad.

FIGURA 3.3 *Razones para empezar a trabajar*

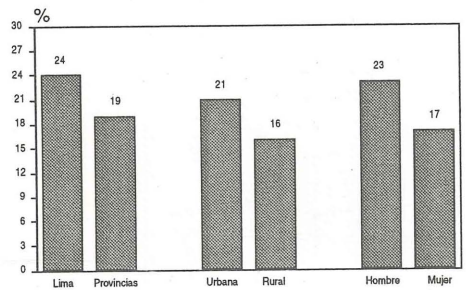


Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 201.

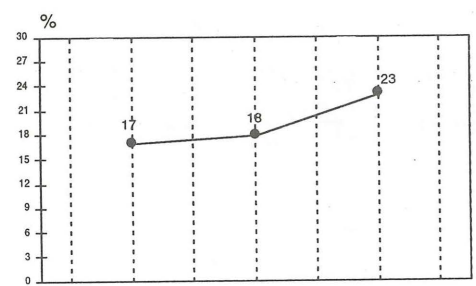
FIGURA 3.4 *Duración diaria de la jornada laboral*



TOTAL DEL PAÍS



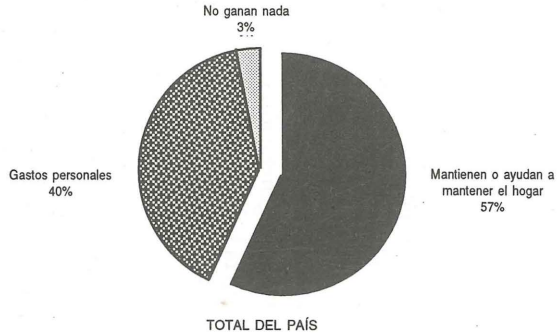
LUGAR DE RESIDENCIA SEXO

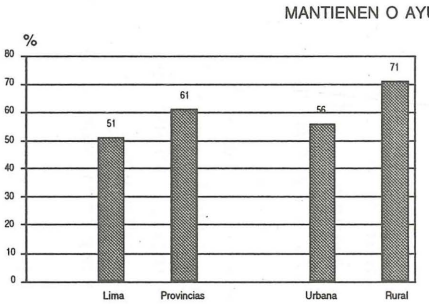


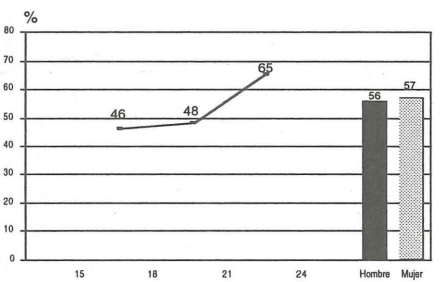
EDAD

Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 213.

FIGURA 3.5 *Destino de los ingresos*







Fuente: CEDRO, Monografía de Investigación N.° 7, FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores,* Lima, marzo 1992, p. 221.

3.3 ¿Es remontable la crítica situación laboral y de empleo para la minoridad en nuestro medio?

Para conocer tal asunto nos hemos remitido al propio *Plan de acción nacional por la infancia. Prioridades sociales del desarrollo humano, la reconstrucción nacional y la paz,* publicado por el Estado peruano en junio de 1991, y entregado al director mundial del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y la Juventud, James Grant, en agosto del mismo año [18].

Para responder al tema planteado nos someteremos al máximo al propio texto del Plan.

El Plan comienza aceptando, sin dudas, que «la situación ocupacional de la población peruana muestra un gravísimo deterioro». Advierte que tal deterioro se ha acelerado, aun en el período 1987-1990, al comprobarse los efectos negativos, tanto de la estructura productiva tal como está diseñada, como de la distribución de ingresos, observándose, en efecto –y lo admite el Plan– una insuficiente generación de puestos de trabajo, aun en los períodos en que pudiera haber habido crecimiento del producto bruto interno. Estamos en el Perú ante un «10% de desempleo abierto y 75% de subempleo», según el texto del propio *Plan de acción nacional por la infancia.*

La grave situación del empleo presenta los siguientes aspectos relevantes, según los describe el Estado peruano:

a) «Para 1989 las estadísticas de empleo señalan que el subempleo por ingresos alcanza al 73% de la población económicamente activa (PEA); para 1990, cifras preliminares ubican este tipo de subempleo en valores que superan el 80% en Lima Metropolitana.» [19].

b) «Unido a lo anterior y consecuencia del deterioro de los sueldos

[18] PERÚ, *Plan de acción nacional por la infancia,* Lima, Viceo Impres, 1991.

[19] *Ibídem,* p. 211.

y salarios reales, el subempleo por ingresos entre los asalariados se incrementó del 20% en 1980 al 73% en 1989 (tomando siempre Lima Metropolitana); pero particular gravedad se aprecia entre los trabajadores públicos donde el subempleo por ingresos se ha elevado del 7% al 74% entre 1980 y 1989.» [20].

c) La insuficiencia de la estructura productiva en el Perú ha generado como reacción y como efecto el incremento significativo del sector informal, «[...] pasando en Lima Metropolitana el 32,8% de la PEA ocupada en el sector informal en 1981, al 42,2% en 1989», sin tenerse en cuenta en este análisis las gravísimas consecuencias que contra la economía familiar han tenido las medidas económicas dictadas desde agosto de 1990.

d) «La problemática del empleo se concentraba en buena medida en la población joven (14 a 24 años), lo que atenuaba sus efectos sociales. Sin embargo, el deterioro del empleo se extiende ahora a la población en edades adultas, con distintas responsabilidades familiares, lo que acentúa la gravedad de la situación ocupacional. Así, la proporción de jóvenes subempleados que fluctuaba en el 50%, se reduce al 28% en 1989 [imposibilidad de subempleo], incrementándose la proporción de subempleados en las edades adultas.» [21].

e) Se ha incrementado ostensiblemente la población económicamente activa femenina. Su incremento porcentual es de 13 puntos entre 1980 a 1989.

¿Y cuál es el cuadro de perspectivas inmediatas? En la actualidad, el PBI (producto bruto interno) del Perú está en el orden de N/S 3,407.5 billones **.

Según el *Plan de acción nacional por la infancia,* tanto por razones de índole demográfica como por la mayor participación de la mujer en la actividad económica, sólo para atender el crecimiento de nuestra población económicamente activa, en el período 1990-1995 (1 400 000

---

[20] *Loc. cit.*

[21] *Ibídem,* p. 212.

** Billones de nuevos soles del año 1979.

trabajadores) será necesario que el PBI crezca entre 5,9% y 6,4%, promedio anual.

De otro lado, para el período 1995-2000, en la expectativa de un menor crecimiento de la población económicamente activa por factores demográficos planificados, ésta aumentaría sólo en 1 500 000 trabajadores, por lo que el incremento del producto bruto interno tendrá que ser necesariamente similar al del período anterior (1990-1995), es decir, de crecimiento en una media entre 5,9% y 6,4%, promedio anual.

Y es el propio *Plan de acción nacional por la infancia* el que se encarga de establecer el monto de inversión que deberá realizarse para incorporar el incremento de la población económicamente activa de manera efectiva. Y en tal sentido:

> «[...] se estima que el monto de inversión necesaria para incorporar el incremento de la PEA, sea del orden de 5 000 millones de dólares en el período de 1990-1995, y de 8 000 millones en el período 1995-2000 [...].» [22].

Intentando así reducirse proporcionalmente el desempleo y el subempleo.

Sólo a modo comparativo, y para formarnos una idea del tremendo reto que tenemos por delante, recordemos que el monto total de la deuda externa peruana asciende hoy aproximadamente al orden de veintiún mil millones de dólares.

Finalmente, por ser de gravísima importancia, nos vemos obligados a reproducir de manera literal las frases con que el *Plan de acción nacional por la infancia* del Estado peruano, de junio de 1991, concluye el punto relativo a las perspectivas para la generación de empleo en el Perú. Creemos que su texto revelador resulta verdaderamente dramático:

> «Tanto el ritmo del crecimiento del PBI requerido para incorporar el incremento de la PEA, como el volumen de inversión

[22] *Ibídem*, p. 216.

adicional requerida, no guardan relación con las más optimistas proyecciones del país, en especial para el período 1990-1995. En consecuencia, si no se adopta una estrategia de desarrollo con alto contenido de empleo, y se ejecutan programas específicos de generación de oportunidades de trabajo e ingresos, para estratos específicos de la población, será imposible honrar el compromiso adquirido para velar por la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el Perú, y lograr las metas para el desarrollo en el decenio de 1990.» [23].

Visto todo lo expuesto, la pregunta es: dentro de este cuadro social y económico, y bajo estas condiciones y perspectivas, ¿qué posibilidades de satisfacer sus necesidades fundamentales puede tener el matrimonio contraído entre menores inexpertos para asuntos de trabajo e ineptos para autogenerarse un empleo suficiente?

[23] *Loc. cit.*

4

El matrimonio en el Perú: referencias historicojurídicas

4.1 El caso peruano: el matrimonio andino. Historia, naturaleza, caracteres

Aun cuando por largo tiempo ha sido asunto debatido, las tendencias modernas se inclinan seriamente a aceptar que durante la época previa a la conquista española, y luego de ella también, imperó entre los indígenas de América el llamado *servinacuy* (las denominaciones variaron de lugar a lugar).

Fue el propio Pedro M. Oliveira, en los debates de la comisión elaboradora del Código Civil de 1936, quien comenzó a ocuparse del tema del amor entre los indios, y quien hizo mención de cómo este sentimiento entre ellos es débil; que el indígena ama más al terruño que a su mujer o a sus amigos; que el indio rara vez celebra matrimonio fuera de su *ayllu;* que, en todo caso, lo contrae movido por determinados intereses económicos, como la extensión de la propiedad y la conservación del usufructo de las tierras de la comunidad [1]. Pero pese a todo ello, sin duda se impone como regla poderosa en la cultura la afirmación de Eduardo Westermark en el sentido de que «tal vez no hubo etapa del desarrollo humano en que no haya existido el

[1] VALVERDE, Emilio, *El Derecho de familia en el Código Civil peruano,* Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942, p. 25.

matrimonio» [2].

Dentro del contexto del matrimonio andino, se sabe que al inca le era permitida la poligamia. Dícese que le era permitido aun el concubinato incestuoso. Empero, es éste un tema muy debatido y tal hipótesis se halla en debilitamiento. Algunos historiadores han sostenido que el inca se casaba con una hermana paterna (?), de acuerdo a alguna costumbre basada en el incesto del Sol y la Luna. Pero, en todo caso, el inca podía desposar también a otras mujeres.

La *colla* será su mujer principal, pero se rodeará el inca de concubinas de sangre real, las *pallas,* y de concubinas extrañas, más bien conocidas como *mamakunas.*

Parece ser un hecho que entre los nobles del incario era perfectamente permitida la poligamia. Una de sus mujeres sería la principal, la legítima, pero su nobleza de sangre les permitirá recurrir al inca para escoger una *colla.* Los nobles de privilegio ostentarán el mismo derecho.

Mas es indispensable acentuar la nota en el sentido de que el matrimonio entre ellos, y explícitamente en el caso de la sierra, tenía carácter endogámico, no sólo para la nobleza, sino también para el resto del pueblo [3].

A propósito del matrimonio del pueblo, *hatunrunas,* se sostiene que tales naturales se casaban en presencia del *tuccuyricu,* quien, sin embargo, con anticipación separaba mujeres para la «Casa del Saber» (*Acllahuasi*). En tal acto, el mismo día, dícese que el inca obligaba a enlazarse (matrimonio) a las mujeres casaderas con los hombres de edad núbil (24 a 26 años), todos del mismo *ayllu.* Pero era urgente el consentimiento de la autoridad política y de los padres.

El matrimonio, según unos, era indisoluble. Otros sostienen, no obstante, que tal característica no era absoluta y que más bien existió

---

[2] Trazegnies Granda, Fernando de, Róger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós, y José A. Garibaldi, *La familia en el Derecho peruano. Libro homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez,* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 49.

[3] Cordero R., Luis, «Antropología y Derecho familiar andinos», *Advocatus,* Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, año I, primera entrega, p. 49.

el divorcio por mutuo disenso, y que en algunos casos se podía repudiar a la mujer por esterilidad y adulterio [4].

Bueno es saber lo que nos señala Acosta en el *De procuranda:*

> «Debe el párroco saber que los infieles tienen también sus matrimonios cuyos usos, ritos y aun abusos y errores conviene conocer, para no dirimir, como sucede no raras veces, matrimonios que son verdaderos.» [5].

La ceremonia del matrimonio se celebraba una o varias veces al año. Así, el inca o sus delegados entregaban personalmente a los varones sus compañeras *.

---

[4] CORDERO R., Luis, *op. cit.*, p. 50.

[5] ACOSTA, José de, *De procuranda indorum salute,* Madrid, Biblioteca de Autores Españoles, Atlas, 1954.

* Aun cuando la versión que nos proporciona el cronista Cobo parece discutible, él describía la ceremonia matrimonial así: «La solemnidad que para este casamiento se hacía entre los incas era común en muchas partes del reino, mas no general en todo él, y hacíalo cada uno según su posibilidad en esta forma: después de cogidos los panes juntaba el Inca las doncellas acllas que se habían criado en los recogimientos de las mamaconas y repartíalas entre los principales por el orden que le parecía; y si las daba a casados eran por mancebas y si a solteros por mujeres legítimas; entre los cuales se celebraba luego el casamiento con estas ceremonias: juntábanse los deudos que hallábanse presentes de cada uno de los contrayentes y los del varón iban con el novio a casa del padre de la novia o del pariente más propincuo que allí se hallaba, y se la entregaba; y en testimonio de que la recibía por mujer, le calzaba en el pie derecho una ojota de lana cuando era doncella, y cuando no lo era uno de hichu, y la tomaba por la mano; y así juntos los deudos de ambos la llevaban a casa del esposo. En llegando a ella, sacaba la novia de debajo del llumpi, una camiseta de lana fina, un llauto y una patena, y dábaselo a su esposo el cual se lo vestía luego, y hasta la noche estaban con la esposa sus deudas más ancianas, instruyéndola de la obligación que tenía de servir a su marido y de la manera que lo debía de hacer; y los viejos deudos del novio le amonestaban a él cómo había de tratar a su mujer; y los unos y los otros les ofrecían presentes cada uno de lo que tenía, aunque en poca cantidad, y duraba la fiesta y borrachera de las bodas entre las parcialidades y parentela, según la calidad y posición de los novios. A este acto y solemnidad llamaban los incas matrimonio, y con la que contraían de esta suerte era la mujer legítima; y si tenían de varón alguna con quien se hubiese hecho esta ceremonia, aunque el inca le diese otra mujer más noble y principal que ella, no se hacía con la segunda ni éstas ni otras solemnidades, más que enviarla a su casa; pero si era viudo el que la recibía, por haber muerto la legítima, aunque

Dentro del ambiente marital en la sociedad andina, se sostiene que, salvo los casos de las poligamias autorizadas, se guardaba fidelidad estricta entre los miembros de la pareja y que el adulterio era severamente castigado.

Sin embargo, las mujeres solteras tenían una franca libertad sexual; más aún, como sostiene más de un cronista, la virginidad era despreciada entre el pueblo inca.

La larga polémica respecto de si las esposas de los varones devenían de una regla rigurosa impuesta por la autoridad, o si más bien había cierta o absoluta libertad para elegir a la mujer y para legalizar tal unión, parece manifiestamente inclinarse a favor de la tesis de la elegibilidad.

> «[...] muy al contrario de lo que suelen pensar algunos autores, los asuntos del matrimonio no dependían sólo de la voluntad de los administradores del gobierno o del azar durante el período del aparejamiento público, sino, en la generalidad, de la libre elección. Agrega Cobo que los administradores no hacían otra cosa que "oficializar", en ceremonia pública, la convivencia a prueba y ayudar así a encontrar la pareja adecuada. Marzal precisa que los indios eran libres para la elección de la pareja, dentro de las normas de exogamia y endogamia de la cultura andina, y que tal designación no era, al menos en la generalidad de los casos, sino una legalización de la propia selección hecha por los novios.» [6].

---

le quedasen muchas mancebas, se casaba con ella con las solemnidades dichas, a la cual servían las que hallaba en casa. En otras provincias fuera de la del Cuzco, o donde se hallaba presente el Inca, en un día señalado del año, juntaba el gobernador todos los mozos y mozas de la gente plebeya que estaban para casar (la edad de ellos era de 15 hasta 20 y la de ellas algo menos) y allí les daba a cada uno su mujer, los cuales entraban desde aquel día en la contribución de los techos y tributos y ayudaban a la comunidad en los trabajos públicos; se les señalaba chacras, hacían sus casas y vivían por sí. En esos casamientos se hacía también la fiesta y la solemnidad predicha de la ojota, conforme a su posibilidad. Esta primera mujer que daba el gobernador del Inca era la legítima, y pocas veces, como está dicho, se les daba otra». Recogido de *Historia del Nuevo Mundo*, de Bernabé Cobo.

[6] Trazegnies Granda, Fernando de, Róger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós, y José A. Garibaldi, *op.cit.*, pp. 51 y 52.

La presencia del descubridor en 1492, y posteriormente la del conquistador español en 1532 en tierras americanas, significará la visita del hombre blanco, premunido de concepciones legislativas matrimoniales de orden alfonsino.

En efecto, Alfonso el Sabio, entre 1256 y 1263, en su Código de las Siete Partidas, consignará el matrimonio como:

> «El ayuntamiento de marido e mujer fecha con tal intención de vivir siempre en uno e non se de e partir, guardándole lealtad cada uno de ellos al otro: e non sec ayuntar el varón a otra mujer ni ella otro varón, viviendo a dos.»

Desde luego es fácil advertir la índole monogámica de este matrimonio, en el que la monogamia, la fidelidad, la distinción de sexos, el débito sexual y la estabilidad son elementos constitutivos.

Pero América, influenciada desde el siglo XV por el pensamiento español, aguarda entonces con expectativa los resultados del concilio de Trento, que se había iniciado en 1545. Así, el sínodo ordenado en la Ciudad de los Reyes en 1550, sentenció en el capítulo XVIII que:

> «Hasta que Su Santidad no sea consultado, todos los matrimonios clandestinos que en adelante se hicieren entre los indios, sean declarados nulos.»

Es la real cédula de Felipe II, del 12 de julio de 1564, la que va a introducir definitivamente el sistema matrimonial católico para América, y con sujeción estricta a la reforma tridentina.

Es aquí cuando el matrimonio indígena se ha de encontrar con el elemento cristiano, ciertamente extraño a él, alejado de sus planteamientos y con el cual tendrá que convivir social y culturalmente.

Pero el sistema matrimonial andino no ha de verse truncado de manera absoluta por la aparición del matrimonio cristianoeuropeo en América.

Es importante el testimonio de los primeros agustinos:

y que averigüen quiénes son los culpables de ello, y tal averiguación la remitan al vicario para que los castigue.»

En realidad parece ser que el sistema del *servinacuy* (que alcanza otras denominaciones según las localidades), constituía el inicio de todo un proceso social y cultural organizado para la formación de la típica familia andina.

De otro lado, pero en la misma materia, sabido es que los antiguos indígenas de nuestra tierra dividieron sus funciones sociales según las categorías de la edad que cronológicamente ostentaban.

Así, se sabe que entre los 12 y 18 años de edad, apenas al comienzo de esta etapa, cuando llegaba la niña a su primera menstruación, ella, conducida por el hermano de la madre, era presentada en una gran fiesta, la que simbólicamente indicaba que se encontraba apta para iniciar sus experiencias prematrimoniales o servinacuy.

Entre los 18 y 20 años, el ejercicio del servinacuy parece haber sido pleno. Él en verdad constituía un verdadero elemento social de prueba destinado a intentar la estabilidad de una familia futura. Sin embargo, el servinacuy, cual pacto social, implicaba la posibilidad para nada descartable, de la ruptura de la prueba, y en tal caso, en la hipótesis de que la pareja se hubiera proveído de prole, los hijos serían recogidos por los otros familiares, pues ello no significaba ninguna mácula social ni moral.

No podemos perder de vista que parte de la riqueza social en el antiguo Perú no la constituían necesariamente los bienes materiales, sino más bien el número de personas con las que uno parentalmente podía encontrarse vinculado. «Pobre» era quien carecía de parientes o vecinos para entablar las relaciones de reciprocidad propias de la familia andina, que se sustentaba justamente en la reciprocidad y redistribución, así como en la dualidad y en la organización numérica [8].

[8] La Torre Silva, Ricardo, «El menor en el antiguo Ande peruano», conferencia ante la Comisión para el Código de Menores presidida por el doctor Róger Rodríguez Iturri, Lima, 1989.

> «Antaño menospreciado en la doctrina, por la perspectiva occidental adoptada, el matrimonio andino es un acto clave para el ayllu y el Tahuantinsuyo en sus momentos respectivos. Con el matrimonio se accede a la "mayoría de edad", se convierte el joven en "hatunruna" y tiene derecho a una parcela de tierra para su subsistencia y la de su familia.» [9].

Siempre dentro de la división de funciones sociales en atención a las edades de los indígenas, se estimaba que entre los 25 y los 50 años el *hatunruna* era un hombre clave en el trabajo. Empero, en cuanto a su relación marital, ésta, en lo posible, era estrictamente monógama, salvo que el inca premiase al *hatunruna* casándolo con otra mujer. Ello podría eventualmente ocurrir con el hombre que destacaba en la producción del trabajo.

Pero el sistema social andino, a partir del matrimonio, no constituirá la denominada «familia nuclear». La familia imperante en los Andes ha de ser la familia extensa, y así las responsabilidades sociales al interior del grupo serán diversas y cruzadas, de modo que, por ejemplo, los hijos, perteneciendo a sus padres, pertenecen también al grupo porque son «familia extendida», y dentro de esta comprensión no resultará para nada extraño que el tío sea llamado «padre», o que el padrino cumpla funciones sociales y familiares extremadamente próximas al ahijado, etcétera.

El sistema matrimonial y familiar andino perviviría por muy largo tiempo. Así hacia 1613, el 23 de abril, el cuarto arzobispo de Lima, don Bartolomé Lobo, decía textualmente a su majestad:

> «[...] avisado a Vuestra Majestad como se ha descubierto que todos los indios de este Pirú, estan oy tan idólatras como al principio, cuando se conquistó la tierra. Creo a estado la falta en los que los han doctrinado, que solamente han atendido a su

[9] Trazegnies Granda, Fernando de, Róger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós, y José A. Garibaldi, *op. cit.*, p. 73.

provecho e intereses y no al bien de las almas de estos desventurados [...].» [10].

Y en fin, así, aún ahora, y según Basadre, a pesar de los esfuerzos de los extirpadores de idolatrías el amancebamiento sigue practicándose en costa, sierra y selva del Perú.

«[...] en Tacna, en Huaraz, en Piura, subsiste la prueba del matrimonio, pero de donde es causa general es en el pueblo y campiña de Huacho, mas no ya con los fines y moralidad de los tiempos antiguos. En Huánuco se conoce esta costumbre con el nombre de servisia o sirvisia y el período de prueba dura un par de meses, al cabo de los cuales o el cura santifica la unión si los novios se convienen, o viene la separación y la mujer vuelve al hogar a esperar que otro la pida en prueba. Entre los indígenas del Cuzco se usa el mancuy o rimayucuy, declaración de amor entre los padres; hecha ésta el novio lleva a la novia a prueba y la prueba puede ser larga, pues a veces dura dos o tres años, al cabo de los cuales viene la separación que llaman ttacaucu, desconocerse, o continúa la pareja amancebada y el hombre siendo el respeto de la mujer.» [11].

Hay aún hoy formas de servinacuy que parecen persistir en once departamentos del país, en las provincias serranas de cinco y en las comunidades selvícolas de la Amazonia, según el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1987).

Pero advirtamos que, siendo el fenómeno concubinario el género, parece traer éste varias especies. Veamos entonces algunos testimonios del fenómeno en Ayaviri, Cajamarca y Huancavelica [12].

---

[10] *Ibídem*, p. 55.
[11] *Ibídem*, pp. 55 y 56.
[12] *Ibídem*, pp. 56, 57, 58 y 59.

Afirman Idígoras y Marzal que:

«es muy difícil traducir una noción propia de una cultura a otra. Frecuentemente se ha traducido la palabra *servinakuy* por "matrimonio a prueba". Y realmente lo que evoca esta traducción difiere sustancialmente de lo que realmente es el servinakuy. Para la mentalidad occidental erotizada, el matrimonio de prueba significa fundamentalmente una libertad sexual, casi siempre machista, que permite abandonar la familia y comenzar de nuevo experiencias sexuales atrayentes. Por eso la palabra suscita fácilmente adeptos entusiastas. Pero en la realidad el servinakuy es algo completamente diferente y que ha sido instituido como forma de defensa de la familia, en culturas muy conservadoras en este terreno.

Tampoco se puede identificar sin más el servinakuy con otras formas de matrimonio de prueba que se han dado en diversas culturas. Así, Marcel Hauben nos describe el matrimonio de ensayo en numerosas tribus y pueblos africanos. Pero, según él, se trata allí de un matrimonio que es siempre condicional y que tiene como razón fundamental la dependencia de la unión conyugal respecto de las estructuras sociales[*]. Es decir, que siempre que se celebre un matrimonio, la unión de la pareja queda subordinada a la alianza que surge entre dos comunidades, estirpes a las que pertenecen cada uno de los desposados. El servinakuy andino es muy distinto y está ya condicionado por la fe cristiana.»

M. Marzal describe así la noción del servinakuy, tal como él la ha estudiado en diferentes comunidades andinas:

«Actualmente la población indígena quechua de los andes peruanos, antes de celebrar el rito matrimonial religioso y/o civil, lleva un período de vida marital estable que se conoce en la mayoría de los sitios con el nombre de "servinakuy", palabra castellano-

[*] Dada la vigencia cultural y la trascendencia del matrimonio procesual africano, es éste uno de los temas que abordan el papa Juan Pablo II y los obispos de África en el sínodo que recientemente iniciaron el 10 de abril de 1994.

quechua que significa "mutuos servicios". Se trata por tanto de un período de vida marital antes de la celebración del matrimonio cristiano que es siempre elemento fundamental para el casamiento.»

Para encuadrar este hecho en la cultura andina, Marzal aduce diferentes testimonios de antropólogos que de ordinario esperan encontrar tres etapas en el proceso que lleva a la culminación del matrimonio: noviazgo, compromiso y matrimonio. De esta manera el matrimonio viene a ser, más que un acto, un proceso a través del cual el varón y la mujer profundizan en el conocimiento y compromiso mutuo, y cambian las relaciones con sus sistemas familiares respectivos, estableciendo un nuevo sistema familiar. Las etapas son sucesivas y se caracterizan por un tipo propio de relaciones sociales. El paso de una etapa a otra en el proceso matrimonial siempre se hace por medio de un rito, que expresa simbólicamente la nueva situación social.

También en el caso concreto de los Andes, encuentra Marzal las tres etapas características. Primero, el noviazgo, que suele ser muy breve y que suele comenzar con el rapto de una prenda de la joven por el pretendiente. Tras ese breve noviazgo se celebra el rito del *huarmi-palabrakuy*. El joven, acompañado de sus padres y amigos, va a visitar la casa de la muchacha. Allí se reconoce abiertamente el compromiso y se celebra con alcohol y algunas viandas. A partir de este rito comienza la segunda etapa del servinakuy, en la que las relaciones sexuales ya están permitidas y que puede durar desde unos pocos días hasta varios años. La tercera etapa del matrimonio, ya solemne y plenamente reconocido por la Iglesia, comienza con la ceremonia religiosa, *casaracuy*. Ésta suele tener una solemnidad mucho mayor y la fiesta que la acompaña suele durar unos tres días. Es decir, que se confirma la visión de un matrimonio procesual y en etapas.

La motivación refleja que dan los interesados para justificar la existencia del servinakuy es doble: el profundizar en el mutuo conocimiento de los esposos y el ir adquiriendo el dinero necesario para la fiesta del matrimonio religioso. M. Marzal y M. Garr han llevado a cabo diversas encuestas y la casi totalidad de las motivaciones que hallan en la gente son las que hemos citado. Interrogan también a los pobla-

dores andinos si juzgan que el servinakuy es una unión estable y también es muy alto el índice de los que responden afirmativamente. Muy pocos aluden a un período provisional. Por último, les interrogan también sobre la moralidad del servinakuy. Aquí la respuesta es ambigua. Por un lado, la gran mayoría reconoce que se trata de algo pecaminoso. Pero a la vez precisan que se trata de un mal pequeño y venial.

El sentimiento de que el servinakuy es algo moralmente malo está generalizado. Quizá la razón es la constante predicación de los misioneros, que ha tenido como meta erradicar dicha costumbre, tenida por la Iglesia como concubinato. Pero la actitud fundamental de la gente es que se trata de algo necesario. Una especie de situación inevitable, aunque no ideal. Así, uno de los encuestados por Marzal contesta: «Pecado pequeño, pues el servinakuy es una costumbre». Es decir, se trata de algo establecido por la cultura misma, aun cuando esté contra la predicación de los sacerdotes.

De otro lado –según Dammert *–, para los campesinos norandinos de Cajamarca es válida la unión natural conforme a las tradiciones ancestrales: ellos saben perfectamente que no constituye matrimonio católico ni civil. Sin embargo, dentro de la mentalidad popular es una unión válida y no tienen ningún remordimiento de conciencia al estar satisfechos de su matrimonio natural. Cuando se les exige el matrimonio en la Iglesia se disculpan de no presentarse al sacerdote por los ingentes gastos que ocasiona el festejo de su celebración.

No se trata de una «crisis» de la familia tradicional católica ni de un proceso de descristianización ni de secularización, sino de la pervivencia de usos y costumbres que se trataron de ocultar al considerarlos pecados despreciables de gente bruta e ignorante.

Interesante es la presentación que Dalle ** hace para el caso de Ayaviri.

Los jóvenes empiezan a frecuentarse al acabar la primaria, en la

---

* José Dammert Bellido, 1978, entonces obispo de Cajamarca, Perú.

** Luis Dalle Perier, 1978, entonces administrador apostólico de Ayaviri, Perú.

media o cuando vuelven del cuartel. Las pampas, los mercados, las fiestas y los bailes son lugares de reunión. Concluida la Semana Santa, o en el carnaval, en Todos los Santos o el 24 de junio, los adolescentes de uno u otro sexo organizan «bailes nocturnos» que, en realidad, son ocasiones de experiencias sexuales. Las casas abandonadas o las mismas capillas del campo son los escenarios.

No se trata de una rebeldía moral. Si resulta que un hijo nace a consecuencia de estas experiencias, los padres de la niña lo recogen.

Empero, si los jóvenes ahondan su conocimiento recíproco y deciden hacer vida común, la niña dirá al joven: «Habla con mis padres». Los padres y los parientes cercanos, premunidos de alcohol, coca y comidas irán de noche a la casa vecina. «¿A qué vienen...?, ¿será para casarse...?, ¿será para siempre...?». Entonces es cuando llaman a su niña y le preguntan si está de acuerdo. Si la respuesta es favorable el acto está sellado... Empiezan a comer y a beber.

Muy entrada la noche, quién sabe, en la madrugada, el muchacho lleva a la chica a su casa y empieza la vida común. Todo lo que ponen es común.

Son ahora convivientes. Pero no en sentido peyorativo. Toda la comunidad los respeta. Dalle agregará: «Viven como marido y mujer; ellos están tranquilos, Dios los ve bien: su conciencia nada les reprocha».

Si ocurriera finalmente la desavenencia, entonces optarán por separarse, y, con frecuencia, será de común acuerdo. Si hay hijos, se los repartirán. La separación será vista como un accidente lamentable.

Para el caso huancavelicano, Coronado * halla que el *uihuanacuy* (concubinato andino), de esa región, tiene tres puntos de inicio.

Una primera vía es la regular, por la que los padres solicitan la mano de la mujer: «No la queremos para burlarnos, sino para hacerla casar, para que sea nuestra hija», dirán.

Una segunda forma es la constituida por la fuga de la pareja en mutuo acuerdo. Luego del retorno se establecerá la posibilidad del

---

* Florencio Coronado Romani, 1978, entonces obispo de Huancavelica, Perú.

matrimonio.

El tercer camino parece ser que goza de menos libertad. Suele ocurrir cuando la mujer ha sido desflorada con engaños o si se halla encinta. Pero aun así –sostiene Coronado–, se puede llegar al «deshacimiento» completo y definitivo, con reconocimiento de la prole y pago de perjuicios (*yahuarnumeta cochun...*, «que pague por su sangre»). Empero, si no ha habido disolución, habrá comenzado el *uihuanacuy*.

4.2 Los pasos históricos y la forma matrimonial

4.2.1 La época colonial: de 1535 a 1563

Con el inicio de la presencia española en el Perú, se produce el fenómeno de la transculturización del modelo de la familia castellana, con implantación de su tipo matrimonial e institucional en esta parte de América.

Sin prescindir de categorías económicas, la familia colonial española tenía un centro de organización espiritualista, fundado en el concepto de familia cristiana teóricamente sustentada en el amor.

El matrimonio estuvo sometido a una muy importante penetración religiosa, en la que la concepción del sacramento se unió indisolublemente a la del contrato, tal como lo había establecido el concilio de Trento. En ese sentido, el vínculo matrimonial determinaba la unión de los cónyuges, pero también la de éstos con sus hijos, y la de la familia con la sociedad, y finalmente con Dios. La unión conyugal resultó ser de carácter perpetuo; se creó entre los cónyuges, en mérito a los deberes y derechos personales emergentes del matrimonio, una íntima y solidaria asociación de personas, pero bajo un régimen de subordinación de la mujer, la misma que debía obediencia al marido. El padre quedó investido de una altísima autoridad, tanto en el ámbito personal como

en el económico. Y en consonancia con los principios de la moral cristiana, como señala Valverde, «se condena el concubinato, y en armonía con esta directiva legal, se restringen los derechos de los hijos legítimos [...]».

> «La familia española presentó una configuración análoga a la sociedad estamental: un orden jerárquico, funciones muy delimitadas para cada uno de sus miembros. Era un organismo natural, permanecía siempre igual. Cada uno de sus miembros tenía claros derechos y obligaciones. Las relaciones entre sus miembros se definían por criterios de superioridad e inferioridad así como de mando y obediencia. La familia patriarcal ibérica era una entidad inclusiva. Los vínculos entre las familias, así como la propia estructura vertical y jerárquica, englobaban a una considerable cantidad de personas instituyendo una serie de gradaciones que vinculaban a los más nobles y ricos, con los más pobres, con los esclavos y los huérfanos. Dentro de esta estructura se ubicaban también los hijos ilegítimos. Estos eran tratados al mismo tiempo como parientes y sirvientes [...]. Las relaciones sexuales al margen del matrimonio fueron consideradas una falta grave a lo largo de los últimos siglos de la España medieval. La Iglesia las tipificó como pecado. En el plano jurídico y civil también fueron susceptibles de condenas y sanciones.» [13].

Empero, la normatividad jurídica destinada al matrimonio fue concebida en España desde épocas anteriores al descubrimiento de América. Corrientemente esta normatividad recogió la doctrina cristiana como sustento jurídico del concepto matrimonial y familiar.

Alfonso X el Sabio (1221-1284), rey de Castilla y León (1252-1284), quien se ha distinguido en la historia por su gran empresa cultural, esbozó en su monumental obra de las *Siete Partidas* (1256-1263), a propósito del concepto de matrimonio:

---

[13] MANNARELLI, María Emma, «Sexualidad y desigualdades genéricas en el Perú del siglo XVI», *Alpanchis*, Lima, n.os 35-36, 1990, p. 227.

> «Ayuntamiento o enlace de hombre y mujer fecho con tal intención de vivir siempre en uno e non se de partir, guardándole lealtad cada uno de ellos al otro e non se ayuntar el varón a otra mujer ni ella otro varón viviendo a uno.»

Apréciese en la institución matrimonial de Castilla la vigencia del concepto de matrimonio monogámico, unido por el vínculo de indisolubilidad.

Siguiendo a M. Ots y Capdequí en su obra *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano,* las Partidas reglamentaron los requisitos para la celebración del matrimonio, los impedimentos y la disolución:

> «La capacidad jurídica se obtenía a los 25 años, pero las Partidas establecieron que los varones mayores de 14 años y las mujeres de 12 años, estaban capacitados para contraer matrimonio y para otorgar testamento. El requisito esencial para la celebración del matrimonio era el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes. En cuanto a la persona y la falta de edad prescrita por las leyes (14 años los varones y 12 las mujeres) se estableció, empero, que si tenían aptitud para poder procrear se suplía tal limitación («a no ser que en uno u otro se anticipe la naturaleza para la procreación, pues entonces se suple la falta de edad en consideración a la aptitud física y moral; o, como suele decirse, la malicia suple la edad»).
>
> [Luego el autor citará los impedimentos matrimoniales...] y la disolución del matrimonio sólo se producía por la muerte o si uno de los contrayentes profesaba la religión.» [14].

De otro lado, teniendo a la vista el modelo matrimonial español, uno de los principales asuntos que se discutieron en las nuevas Indias fue la condición jurídica de los nativos.

---

[14] Ots y Capdequí, José María, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano,* Madrid, Aguilar, 1969, pp. 80, 81 y 82.

Así, por real cédula del 20 de junio de 1500 se condenó todo tipo de actividades esclavistas desplegadas por los seguidores de Colón, declarándose, en cambio, que los indios debían ser considerados jurídicamente como vasallos libres de la corona de Castilla. Empero, éstos vieron condicionada tal libertad en el orden doctrinal, al ser considerados jurídicamente igual que los menores según el antiguo derecho castellano. Fueron entonces reputados personas necesitadas de tutela o protección legal.

> «Sepúlveda sostenía que los indios violaban los preceptos de la ley natural: eran impíos, realizaban sacrificios humanos, no conocían el derecho a la propiedad, tenían prácticas sodomitas e incestuosas, además de ser antropófagos. Además, los indios eran torpes de entendimiento, lo que también hacía justificable y necesario que vivieran en servidumbre. Fundamentándose en el derecho natural, todos estos hombres tipificados como imperfectos, debían ser sometidos a lo perfecto.» [15].

Pero al ser equiparados los nativos jurídicamente a los españoles, los indígenas debían cumplir entonces todos los preceptos establecidos para la celebración del matrimonio, tal cual se exigía a los españoles. Sin embargo, ello no sucedió, pues los patrones matrimoniales nativos variaban de región a región en toda el área andina.

> «La guerra de la conquista, como toda guerra, propició un comportamiento sexual de los españoles con características comunes a otras experiencias similares: apropiación física de las mujeres, rapto, violación, etc. Pero al mismo tiempo, se inauguraron patrones de relaciones entre hombres y mujeres propios de esa experiencia, y en relación al sistema colonial que se perfilaba.» [16].

Al iniciarse la vida colonial, los matrimonios de los españoles con

---

[15] MANNARELLI, María Emma, *op.cit.*, p. 241.

[16] *Ibídem*, p. 226.

los indígenas estuvieron divididos según el origen y condición social de la mujer.

De un lado, los matrimonios entre españoles y mujeres de la clase dirigente andina tuvieron como finalidad obtener una presencia en la sociedad indígena, obtener encomiendas y conseguir o conservar puestos burocráticos. «Los arreglos matrimoniales fueron una práctica considerablemente difundida y la trama de estas alianzas estuvo orientada hacia la consolidación del poder.» [17].

Es éste un momento de la historia en que se observa la violación y la explotación de la mujer andina. Las actitudes de los españoles hacia las mujeres indígenas no encontraron al inicio sanciones formales efectivas. Más bien fueron toleradas por la autoridad, con alguna censura de la Iglesia, provocando una forma de reacción. Bartolomé de las Casas sostendrá entonces que: «Las desdichadas mancebas, y sus familias, eran engañadas por los españoles que las tomaban según su voluntad». Y así los nativos pensaban que sus hijas eran tomadas por mujeres legítimas, sin que tal fuese el propósito.

En ejercicio de tales abusos la historia revela que una de las costumbres incaicas, que fue aplicada por los españoles, resultó el intercambio de mujeres. Para los andinos el intercambio de mujeres en la sociedad quechua jugaba un papel importante. La apropiación de mujeres era fuente de autoridad y de prestigio. Así, el inca solía disponer de mujeres que otorgaba a otros señores importantes, sea para honrarlos o en señal de poder. Fue entonces que los españoles utilizaron esta forma para consolidar alianzas matrimoniales y para acceder al repartimiento de indios.

El caso típico fue el del propio Francisco Pizarro:

> «Atahualpa le entregó a Quispe Sisa [hija de Huayna Capac] probablemente como manifestación de su deseo de establecer una alianza o demostrar su poder. Después de unos años de haber tenido con ella dos hijos, Pizarro arregla el matrimonio de Quispe

[17] *Ibídem*, p. 235.

> Sisa, convertida en Inés Huaylas Yupanqui, con Francisco de Ampuero, un subalterno miembro de su clientela, dotándola con la encomienda de Chinchón [...] hacia 1539, Pizarro establecía una segunda relación con una mujer de élite nativa, Angelina Yupanqui [...] cuando Pizarro muere, Angelina pasa a ser la esposa de Juan de Betanzos [...].» [18].

Según María Rostworowski, el contacto establecido entre las mujeres nativas y los invasores españoles fue directo, dándose una relación de dependencia de parte de las andinas. De modo que:

> «Ellas compartían la vida diaria de los hispanos, cohabitaban con ellos según sus diferentes condiciones. La escasez de mujeres españolas en los primeros tiempos hizo indispensable para los varones europeos la presencia de las mujeres andinas. De estas uniones furtivas o estables, nacieron los primeros mestizos del país.» [19].

Pero Garcilaso ha criticado con amargura la deslealtad de los españoles, al abandonar frecuentemente a sus concubinas indias ante cualquier otra alternativa marital [20].

A propósito del matrimonio entre indígenas y españoles, se nos dice que:

> «Durante el período de la conquista en el Perú, los obispos y el clero regular promovieron una política de matrimonios mixtos, especialmente con mujeres de la nobleza inca, con el motivo de establecer alianzas políticas y económicas. Hubo otros, sin embargo, que se opusieron a tal política, en temor de que los subsiguientes derechos de herencia de la élite mestiza pondrían en peligro la

---

[18] *Ibídem,* pp. 234 y 235.

[19] ROSTWOROWSKY, María, *Doña Francisca Pizarro, una ilustre mestiza: 1534-1598,* Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1989, p. 15.

[20] GARCILASO DE LA VEGA, Inca, *Comentarios reales de los incas,* Lima, Librería Internacional del Perú, 1959, libro 2, p. 115.

dominación española a largo plazo. Otros temían "motines de mestizos", como los que se produjeron en 1567.» [21].

Sea como fuere, y como consecuencia de las uniones matrimoniales o concubinarias entre españoles y andinos, se produce una creciente población de niños mestizos, generándose la preocupación de las autoridades eclesiásticas y seculares en las Indias. La corona española fomenta entonces el adoctrinamiento cristiano y la educación formal de los vástagos, en la perspectiva de asimilar a la población indígena bajo la forma de la sociedad española. En esa línea, los niños debían aprender un oficio y las niñas debían aprender en los recogimientos a leer, escribir, coser, cocinar y prepararse para el matrimonio.

Mas en materia legislativa, y desde un principio, se había iniciado la elaboración de un conjunto importante de normas dirigidas al matrimonio.

Por real cédula del 5 de febrero de 1515, se dispuso que:

> «mi voluntad [la del rey] es que los dichos indios e indias tengan entera libertad para casar con quien quisieren, así con indios como con naturales de estas partes [...].»

Ello originará el problema de convalidar o no, dentro de las normas canónicas, los matrimonios contraídos por los indios. Como acreditan los testimonios de los primeros cronistas, en la casi totalidad de aquellas regiones existía de hecho una verdadera poligamia; por ello, al iniciarse su conversión al catolicismo, los indios se encontraban casados con más de una mujer, siendo asaz problema resolver en justicia cuál de éstas tenía mejor derecho.

En verdad, la situación tanto como novedosa aparecía difícil.

El sínodo ordenado en la Ciudad de los Reyes (Lima), de 1550, estableció que «todo matrimonio celebrado entre indios sea declarado

---

[21] VAN DEUSEN, Nancy E., «Los primeros recogimientos para doncellas y mestizas en Lima y Cusco: 1550-1580», *Allpanchis*, Lima, n.^{os} 35-36, 1990, p. 258.

nulo». Empero, en sentido contrario, en 1551, el I Concilio Limense resolvió validar matrimonios celebrados entre indígenas, incluso con segundo grado de consanguinidad, es decir, entre hermanos.

El 17 de diciembre de 1557, se ordena a la Audiencia del Perú que: «a ningún cacique, aunque infiel, se le permitiese casar más de una vez ni tener mujeres encerradas [...]». En 1567, se reunieron nuevamente los prelados en la arquidiócesis limeña y se dio consentimiento para que los naturales pudieran casarse dentro del tercer y cuarto grado de consanguinidad.

En verdad, las costumbres propias matrimoniales, extramatrimoniales y sexuales de los indígenas quedan reveladas en el «Confesionario para Curas de indios» (documento), elaborado en Lima en 1585, particularmente en lo alusivo al sexto mandamiento de la ley cristiana, «No fornicarás» [22].

Y a propósito del conflicto de intereses sobre qué mujer debía quedarse con el marido para fortalecer la monogamia, el pontífice Pablo

---

[22] Muñoz, Fanny, «¿Dominar y/o evangelizar? Los jesuitas y la confesión católica», *Debates*, Lima, Departamento de Sociología de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.os 12-14, 1986-1988.

«Sexto mandamiento: No fornicarás.

1) ¿Estás amancebado? ¿Qué tanto tiempo hace que lo estás? ¿Cuántas mancebas tienes? ¿Dónde tienes la manceba? ¿Es casada o soltera?

2) ¿Has tenido cuenta con otras mujeres solteras o casadas? ¿Cuántas veces con cada casada? ¿Cuántas veces con cada soltera?

3) ¿Has pecado con alguna doncella?

4) ¿Has forzado a alguna mujer?

5) ¿Has persuadido con palabras o con dádivas a que peque?, o ¿has usado de terceras personas para persuadirla?

6) ¿Has emborrachado a alguna mujer para pecar con ella?

7) ¿Has tenido cuenta con alguna parienta tuya? ¿Qué parentesco tenías con ella?

8) ¿Has pecado con dos hermanas?, o ¿con madre e hija? o ¿con alguna parienta de tu mujer? Y ¿qué parentesco tenía con tu mujer?

9) ¿Has pecado con mujer infiel?

(...)

16) ¿Has ido al hechicero o a la huaca para pedir remedio o bebedizo para que te quieran las mujeres?»

III intentó resolver el asunto declarando que en estos casos debía considerarse como legítima a la mujer con la que primeramente se hubiera tenido acceso carnal, reservando al marido la facultad de elegir, para cuando aquello no pudiera precisarse. Mas en vista de los abusos en que incurrieron los interesados, se encomendó la elección a los indios más viejos de cada parroquia, quienes sentenciaban después de haber escuchado las razones de cada uno. Elegida la que había de seguir siendo la única mujer del contrayente, se consagraba con ella el matrimonio.

4.2.2 Segunda época: 1564

Hacia 1564, y por la real cédula de Felipe II de dicho año, las normas del concilio de Trento fueron sancionadas civilmente en España al convertirse en ley del reino. Posteriormente, su aplicación se extendería a las Indias americanas.

De este modo, el matrimonio en América es también reputado como uno de los siete sacramentos de la ley de Dios.

La ceremonia matrimonial, en sí, se limitó entonces a la pregunta por parte del párroco a cada uno de los futuros cónyuges de si aceptaban o no su compromiso de esposos, siguiendo a este acto la bendición nupcial. Empero, los párrocos no podían casar a las personas de otras parroquias, sin permiso, y debían llevar un libro con las inscripciones de los matrimonios. La mutua aceptación de los novios para contraer el matrimonio se realizaba en presencia del sacerdote y de dos testigos.

Pero la normatividad tridentina debió aceptar el impacto de determinadas costumbres locales.

> «En la esfera estrictamente canónica, también se registraban adaptaciones peculiares de la doctrina establecida en Trento a las nuevas modalidades imperantes en los territorios indianos. Se alteró los impedimentos derivados del parentesco cuando se trataba de matrimonio entre indios, y aun para las uniones matrimoniales de mestizos, criollos y españoles radicados en el nuevo mundo, se

dictaron normas distintas respecto a la forma en que las dispensas debían solicitarse y obtenerse, concediendo a este respecto a los prelados de las Indias y a otras dignidades eclesiásticas, facultades especialísimas para dispensar impedimentos que en circunstancias normales no hubieran sido dispensables [...].» [23].

Dentro de esta línea de pensamiento, el licenciado Juan Polo de Ondegardo, en 1561, opinaba que las autoridades españolas debían aceptar y respetar, en lo posible, las costumbres de los indígenas.

En tal sentido, la corona española aceptó algunas modificaciones, pero las limitó para no contradecir las enseñanzas de la Iglesia católica, ni los principios del derecho común.

4.2.3 Tercera época: de 1569 a 1581

Es éste el período de Toledo. El virrey Francisco de Toledo desembarcó en tierra firme en junio de 1569 y siguiendo adelante llegó a la costa norte del Perú en el mes de setiembre. Quedó por un corto tiempo en Puerto Viejo, y salió para Paita, procediendo a continuar su viaje por tierra. El virrey llegó a Lima en noviembre de 1569.

Una de las disposiciones más importantes de la administración toledana, fue la visita general del Perú, efectuada entre 1570 y 1575.

> «Toledo nombró a los visitadores para el reino. La lista incluyó a alguno de los hombres más hábiles y capaces en el servicio del rey en las Indias [...].» [24].

El virrey Francisco de Toledo cuidó que los datos recogidos en lo que se denominó su «Visita general del Perú», sean confirmados por indígenas como testigos para darle mayor veracidad.

---

[23] Ots y Capdequí, José María, *op. cit.*, p. 221.

[24] Cook, Noble David (versión paleográfica de), *Tasa de la visita general de Francisco de Toledo,* Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1975, p. X.

En carta a Felipe II, desde el Cusco, el 1.º de marzo de 1572, el virrey le escribía:

> «[...] mandé hacer y se ha hecho una información con número de cien testigos de estos naturales de los más viejos y ancianos y de mejor entendimiento que se han podido hallar, de los cuales muchos son caciques y principales, y otros de la descendencia de los Incas que hubo en esta tierra, y los demás indios viejos de quien se entendió que con más claridad y razón la podrían dar para los efectos arriba dichos.» [25].

Fruto de la visita del virrey Toledo son «Las informaciones de Toledo sobre los incas», la «Historia de los incas» de Pedro Sarmiento de Gamboa, «Tasa de la visita general» y las «Ordenanzas», que es el resultado jurídico y administrativo de la gran visita.

En las ordenanzas toledanas se pueden apreciar una serie de normas relativas al matrimonio. La forma de legislar es muy rica en información, pues antes de la parte normativa del «ordeno y mando», Toledo describe el hecho que ocurre para ser corregido por la norma propuesta.

En el contenido de las «Ordenanzas» se verifica cómo la forma matrimonial castellana y la tridentina tienen dificultades de inserción dentro de la región del Perú, en la que existen diversas formas propias para contraer el matrimonio. Por ello Toledo ha de dictar normas aplicables a cada región y lugar, a fin de hacer el matrimonio más accesible a la realidad. Empero, este planteamiento legislativo no obtuvo continuidad.

Sobre el tema y sobre las formas matrimoniales indígenas y la incorporación del modelo matrimonial español, son interesantes algunas de las ordenanzas dictadas en Arequipa el 6 de noviembre de 1575, a las que nos remitimos:

> *Ordenanza VIII:* «[...] que eviten entre los indios la comunicación ilícita a que están acostumbrados antes de casarse».

---

[25] *Ibídem,* p. XIII.

«Por cuanto hay costumbre entre los indios, casi generalmente, no casarse sin primero haberse conocido, tratado o conversado algún tiempo, y hecho vida maridable entre sí, como si verdaderamente lo fuesen, y les parece que, si el marido no conoce primero a la mujer, y por el contrario, que después de casados no pueden tener paz, contento y amistad entre sí, lo cual hacen con tanta ofensa a Dios Nuestro Señor por persuasión diabólica, y conviene proveer en ello de remedio: Ordeno y mando que se procure, así por los sacerdotes, corregidores, caciques y alcaldes, persuadir y quitar a los dichos indios esta costumbre tan nociva y perniciosa a su conversión, policía y cristiandad, haciendo castigos ejemplares en los dichos que lo contrario hiciesen.»

Ordenanza IX: «Pena de los amancebados».

«Que si algún indio casado, o soltero, estuviese amancebado, se le dé cincuenta azotes por la primera vez, y por la segunda se le den ciento, y le trasquilen, y a la tercera lo destierren del pueblo por seis meses; y a la india amancebada le den cincuenta azotes; y que se condene a que sirva en el hospital del pueblo seis meses.»

Ordenanza X: «Pena del indio cristiano que tuviese acceso con india infiel, o al contrario».

«El indio cristiano que tuviese acceso con india infiel, o estuviere amancebado con ella, por la primera vez lo trasquilen y le den cien azotes, y por la segunda lo remitan preso con la información al Corregidor, para que lo castigue conforme a derecho, y lo mismo se entienda con la india cristiana que estuviese amancebada, o tuviere acceso con indio infiel.»

Ordenanza XIII: «Pena al indio que tuviese en su casa parienta que no pasare de cincuenta años».

«Mando que ningún cacique, ni indio tenga en su casa, y posada, hermana suya, ni cuñada, tía, ni prima hermana, ni manceba de su padre, siendo las tales de menos edad de cincuenta años abajo, porque me consta del servicio grande que a Dios Nuestro Señor se hace de estar junto de los tales parientes so pena de que le den cien azotes y sean trasquilados, y se apliquen por dos años

para que sirvan en dos hospitales diferentes, de manera que no estén juntos.»

Adviértase en estos ejemplos presentados, cómo, de un lado, mediante las disposiciones de las «Ordenanzas» el virrey Toledo intenta desarraigar algunas costumbres culturales dentro de los indígenas, y de otro, propone la introducción de determinados principios propios del matrimonio español, occidental y cristiano.

4.2.4 Cuarta época: 1681

Mil seiscientos ochenta es el año de la gran «Recopilación de las Leyes de Indias». Ello significó por fin una manera de unificar el desorden legislativo precedente.

La norma fue promulgada por Carlos II el 18 de mayo de 1680, y entró en vigencia en las Indias americanas a partir de 1681.

Las disposiciones de la «Recopilación de las Leyes de Indias» resultaron aplicables a todos los súbditos de la corona española, y por ende, aplicables también en las Indias americanas.

Respecto al matrimonio en sí, se ordenaron las normas diversas y dispersas sobre la materia.

El libro sexto de la «Recopilación», título primero, «De los indios», es particularmente significativo e importante. Por ello nos referiremos de manera más dedicada a él, y al libro sexto, título tercero y título quinto *, ambos de trascendencia.

Las leyes II, III, IV, V, VI, VII y VIII del título primero, del libro sexto «De los indios» de la «Recopilación de las Leyes de Indias», refiérense a asuntos como la libertad de los indígenas para contraer matrimonio, a la edad, a la monogamia, al impedimento de venta de hijas a efectos de que contraigan matrimonio con españoles, y a la unidad familiar.

Refirámonos de una manera más directa a ellas.

---

* «De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas», «De los mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios».

La ley II sostiene que los indios pueden casarse libremente y que ninguna orden real debe impedirlo. Sustenta sus antecedentes en la ley del 19 de octubre de 1514, en otra del 5 de febrero de 1515 y en una del 22 de octubre de 1556.

Su texto dice:

> «Es nuestra voluntad, que los indios e indias tengan, como deben, entera libertad para casarse con quien quisieren, así como indios como con naturales de estos reinos, o españoles nacidos en las Indias, y que en esto no se les ponga impedimento. Y mandamos que ninguna orden nuestra que hubiere dado, pueda impedir ni impida el matrimonio entre los indios e indias con españoles o españolas, y que todos tengan entera libertad de casarse con quien quisieran, y nuestras Audiencias procuren que así se guarde y cumpla.»

La ley III vela por que las indias se casen sólo a partir de una edad en que su matrimonio pueda alcanzar visos de viabilidad. El precepto sostiene «que no se permita casar a las indias sin tener edad legítima». Y es que el afán de oro y enriquecimiento ya cegaba las aspiraciones de muchos conquistadores. Y así, algunos encomenderos, por cobrar los tributos que no debían las indias solteras hasta el tiempo señalado, hacían casar a las mujeres sin tener edad legítima, y, decíase, «en ofensa de Dios Nuestro Señor, con daño a la salud e impedimento a la fecundidad».

El precepto de la monogamia estaba sostenido por la ley IV, del título primero del libro sexto. Rezaba el precepto que «los indios o indias que se casan con dos mujeres o maridos, sean castigados». El antecedente se observa en una ley del 13 de julio de 1530. Y se sostiene que si se averiguase que algún indio, siendo ya cristiano, se casó con otra mujer, o la india con otro marido, viviendo los primeros, sean apartados y amonestados; y si amonestados dos veces no se apartan y volviesen a continuar en la cohabitación, sean castigados para su enmienda y ejemplo de otros.

Pero el principio monogámico se procuró no sólo para los indios

e indias regulares o comunes en el pueblo, sino también para los caciques, tan apegados al principio de la poligamia. La ley V sostenía «que ningún cacique ni indio, aunque sean infieles, se casen con más de una mujer». El antecedente legislativo se halla en una disposición del 17 de diciembre de 1551.

En tanto que la ley VI del título primero del libro sexto de la «Recopilación de las Leyes de Indias», se refiere al principio por el cual se veta y prohíbe a los indios vender a sus hijas para efectos de que puedan contraer matrimonio con terceros, costumbre que parece se encontraba bastante arraigada. La prohibición halla su antecedente en la ley del 29 de setiembre de 1628, y el principio establecía «que los indios no pueden vender sus hijas para contraer matrimonio». Parece pues que los indígenas autóctonos ejercieron la práctica de vender a sus hijas a quien les diese un mejor precio, condenándolas a fallidos matrimonios en donde se convertían en esclavas de los maridos, en uniones maritales carentes de amor y lealtad.

El principio reza que:

> «Usaban los indios al tiempo de su gentilidad vender sus hijas a quien más les diese para casarse con ellas. Y porque no es justo permitir en la cristiandad tal pernicioso abuso contra el servicio de Dios, pues no se contraen los matrimonios con libertad [...] ya los maridos las tratan como a esclavas, faltando el amor y lealtad en el matrimonio, viviendo en perpetuo aborrecimiento con inquietud de los pueblos: ordenamos y mandamos que ningún indio ni india reciba cosa alguna con mucha ni en poca cantidad ni en servicio ni en otro género de paga en especie del indio que se hubiere de casar con su hija [...].»

Las leyes VII y VIII del título primero del libro sexto, «De los indios», fomentaba de alguna manera la integración familiar.

Así, la ley VII sostenía «que la india casada sea del pueblo de su marido, y viuda se pueda volver a su origen [...]». El antecedente legal se halla en una norma del 10 de octubre de 1618, y el tenor del principio es el siguiente:

«Mandamos que la india casada vaya al pueblo de su marido y resida en él, aunque el marido ande ausente o huído; y si enviudare pueda quedarse en el mismo pueblo de su marido, o volverse a su natural, como quisiera, con que deje los hijos en el pueblo de su marido, habiéndolos criado por lo menos 3 años [...].»

La ley VIII sostenía «que la india que tuviere hijos de español y se quisiera venir a ellos o mudar de domicilio, lo pueda hacer». Una ley del 13 de mayo de 1524 y otra del 30 de agosto de 1555, sirven de base para el principio, el mismo que establecía:

«Cuando algún español tuviere hijos en india con quien se hubiere casado, y si quisiere traer consigo a estos reinos a la india y a sus hijos, o la india dijere que quiere venir con ellos, el gobernador de la provincia la haga aparecer ante sí, y siendo su voluntad de venir con sus hijos los deje y consienta que libremente lo pueda hacer y traerlos [...].»

El cuerpo en general de la «Recopilación de las Leyes de Indias», como queda dicho, vigente desde 1681 en América de Indias, fue válido para todos los dominios de ultramar, quedando nulas y sin valor las disposiciones contrarias a lo preceptuado en los nueve libros que le eran propios. Empero, a estos dispositivos debían adicionarse todas las otras normas que se ordenasen para las Indias.

No obstante lo dicho, es preciso anotar que quedaron en vigor otros cuerpos legales que no contradijeron el texto de la «Recopilación», cuyo orden de prelación era el siguiente:

- El Derecho romano hasta el siglo VI.
- El Fuero Juzgo en el siglo VII (Derecho germánico).
- Los Fueros Particulares (de León, 1020; de Nájera, 1076; de Sepúlveda, de Cuenca y otros) llamados también Municipales.
- El Fuero de los Fijos Dalgo, dado en Nájera en 1138.
- El Fuero Viejo de Castilla de 1212 y reformado en 1256.
- El Fuero Real de 1254, de Alfonso X el Sabio.
- El Ordenamiento de Montalvo de 1348, que establecía las

prelaciones de las leyes anteriores.
- Las Leyes de Toro de 1302.
- La Nueva Recopilación de 1567, ordenada por el rey Felipe II.

En las disposiciones antes mencionadas y no derogadas, se encontraron resueltos diversidad de problemas y de aspectos que sobre el matrimonio y otros asuntos la «Recopilación» no contempló.

Mas, a propósito de la edad mínima para contraer matrimonio, hasta 1803 se requería como edad mínima 25 años para el varón y 23 para la mujer, sin perjuicio de la dispensa necesaria para el matrimonio.

> «En 1803 el requisito de edad para contraer matrimonio fue reducido a la edad de 22 años en el hombre y 21 en la mujer, por el Rey Carlos IV.» [26].

4.3 El matrimonio en la República

4.3.1 Primera época: de 1821 a 1851

La vigencia y la validez de las normas del matrimonio religioso católico, con efecto civil, subsistieron en el Perú republicano.

Empero, desde el inicio de la vida independiente se dictaron normas generales sobre la vigencia del gobierno colonial.

Así, el Estatuto Provisional expedido por el general José de San Martín, en Lima, el 8 de octubre de 1821, establecía en la sección última que:

> «Artículo 1.– Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este Estatuto, y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual Gobierno.»

---

[26] VALEGA, José M., *El virreinato del Perú*, Lima, Cultural Ecléctica, 1939, p. 215.

Del mismo modo, el 6 de octubre de 1822 el Congreso Constituyente peruano decretaba:

> «Que por ahora queden en su vigor y fuerza todas las leyes, decretos, órdenes, resoluciones y reglamentos que regían antes de la instalación del Congreso, siempre que no estén en oposición con el nuevo orden de cosas, y con las declaraciones que se expidieren por la autoridad nacional, constituida por la expresa voluntad de los pueblos [...] por tanto, mandamos a todos los tribunales, jefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar el presente decreto en todas sus partes. Dado en el Palacio de la Junta Gubernativa, en Lima a 8 de octubre de 1822.»

Pero el imperio de las normas canónicas y tridentinas estará vigente en la república peruana.

Las constituciones políticas sucesivas, desde 1823 hasta 1839, previas al Código Civil de 1852, regularán constitucionalmente la trascendencia y vigencia del catolicismo como religión oficial del Perú.

El modelo propuesto en la Constitución de 1823, en el artículo 8, en el sentido de que «la religión de la república es católica, apostólica, y romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra», será principio uniforme durante largo tiempo, y sólo en parte modificado con la anterior Constitución de 1979.

Así, el modelo constitucional de 1826, en el artículo 6, establecía por igual que «la religión del Perú es católica, apostólica y romana».

El énfasis aun fue mucho más marcado en la Constitución Política que se promulgó dos años después, en 1828. Esta vez, el artículo 3 de la norma constitucional acataba el precedente de que la religión del país es «[...] la católica, apostólica, romana. La Nación la protege por todos sus medios conforme al espíritu del Evangelio; y no permitirá el ejercicio de otra alguna».

Seis años después, la norma constitucional al referirse a la religión imperante en el país, en el artículo 2, ha de repetir textualmente el

modelo de la Constitución precedente de 1828, en el sentido de que la religión es la católica, deberá ser protegida y será exclusiva y excluyente.

Más o menos el mismo será el sentir de la norma constitucional de 1839, que en el artículo 3 establece, respecto a la religión del Perú: «[...] su religión es la católica, apostólica, romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otro culto».

Debe también señalarse, en este estado del estudio, que todas las constituciones, sucesivamente, las de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839, todas sin excepción, como queda explicado en el capítulo pertinente a la legislación del matrimonio de menores en el Perú, autorizaban la ciudadanía para el peruano que contraía matrimonio, aun cuando éste fuese menor de edad *.

En materia de naturaleza matrimonial, a partir de 1852, con la dación del Código Civil peruano del 28 de julio, el imperio del concilio de Trento en la legislación civil será manifiesto, tal como lo explicitamos en los lugares pertinentes de este mismo libro.

Por ello, para nada puede extrañar la literatura de la Constitución Política de 1856 y la posterior de 1860, sobre esta materia.

La primera de ellas, la de 1856, en el artículo 4 establecía que:

> «La Nación, profesa la religión católica, apostólica, romana. El Estado la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna.»

Es fácil advertir el mismo sentido de la influencia y vigencia del catolicismo como religión oficial del Estado peruano.

«La Nación profesa la religión católica, apostólica, romana. El Estado la protege y no permite el ejercicio de otra alguna.» El texto que antecede corresponde al artículo 4 de la Constitución Política de 1860, en el que se manifiesta la línea católica de religiosidad oficial del Estado peruano.

---

* Constitución Política de 1823, art. 17, inc. 2; Constitución Política de 1826, art. 14, inc. 2; Constitución Política de 1828, art. 6, inc. 1; Constitución Política de 1834, art. 4, inc. 1; y Constitución Política de 1839, art. 8, inc. 1.

El texto mismo del Código Civil de 1852, sobre la naturaleza del matrimonio oficial en la legislación peruana, no deja ninguna duda sobre la vigencia e influencia absoluta del concilio de Trento en el Perú.

El artículo 156 de dicho cuerpo de leyes nos dice textualmente:

> «El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento.»

El artículo 132 del mismo código civil, a propósito de la composición jurídica del matrimonio, nos dirá:

> «Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.»

Adviértase en el contenido de la disposición antedicha el carácter indisoluble del matrimonio, la monogamia y las finalidades de la vida común y de perpetuación de la prole, como propósitos substantivos de la unión marital.

4.3.2 Otras leyes especiales, Código y nuestro tiempo

Casi durante cuarenta años el matrimonio de los no católicos en el Perú se encontró en una situación de penumbra jurídica. El artículo 156 del Código Civil de 1852 sólo toleraba como válido el matrimonio celebrado con contracción a las normas de la Iglesia en el concilio de Trento.

Por tanto, y en la práctica, a fin de resolver los problemas casuísticos que se presentaban, se permitió el enlace de los extranjeros no católicos en sus propias legaciones o consulados de los países de los cuales eran nativos, en tanto que siendo foráneos les era aplicable el principio de extraterritorialidad.

Sin embargo, la situación de los peruanos no católicos parecía no tener una solución a la vista.

Durante su gobierno, el general Miguel Iglesias había pretendido la formulación de un nuevo código civil, y había encargado un proyecto a un grupo de destacados jurisconsultos. Éstos no fueron ajenos al problema que anteriormente hemos esbozado, y presentaron a propósito un proyecto en el sentido de que:

a) los no católicos, en general podían contraer matrimonio en el Perú con arreglo a sus ritos religiosos; y
b) en el caso de los extranjeros, se considerarían válidos los matrimonios que celebraban en sus legaciones y consulados.

Fue en agosto de 1896, en su propia cámara del senado, cuando Guillermo Billinghurst formuló otro proyecto que en la misma línea propendía:

a) a autorizar la inscripción en los registros del estado civil, otorgándoles validez, de los matrimonios de los no católicos, que con constancia de no serlo acreditasen haber contraído el enlace con observancia del Código Civil;
b) a reconocer la validez de todas las inscripciones civiles hechas respecto de tales matrimonios en los registros respectivos; y
c) a convalidar y autorizar los matrimonios de quienes los hubieren celebrado antes de dicha ley y que fueran conformes con ella.

Pero la comisión parlamentaria respectiva agregó la palabra «extranjeros» a los sujetos a los que aludía el proyecto, con lo que esbozó una limitación ostensible y restrictiva respecto del alcance.

De otro lado, apenas la Iglesia se hubo enterado de la posibilidad del proyecto en estudio, se manifestó opuesta a él, sosteniendo que la religión católica estaba al amparo del Estado y que el matrimonio civil era una suerte de concubinato a cuya legalización estaba contribuyendo el senado.

Sin embargo, el asunto había cobrado no sólo interés sino trascendencia, y en la cámara de diputados de entonces (1896), llegaron a presentarse hasta tres proyectos sobre el asunto.

Uno de ellos, que fue conjunto, de Baldomero Maldonado, José Matías Manzanilla, José C. de Castañeda y Heleazar Herboso, reconocía a los no católicos el derecho legítimo a contraer matrimonio ante

el encargado del registro civil.

Por su parte, el diputado Manuel B. Pérez planteó una reforma profunda del sistema, reconociendo en el país dos formas de matrimonio a las que podían sujetarse indistintamente los contrayentes: el civil y el religioso.

Más allá, el proyecto del diputado Modesto Basadre planteaba reconocer la validez de los matrimonios que se celebrasen en las legaciones y consulados extranjeros en el Perú; reconocer por igual los matrimonios religiosos de los extranjeros no católicos celebrados en la República y que fueran aceptados como válidos en sus países de origen, inscribiéndolos en las municipalidades nacionales; y sugirió, también, establecer un plazo a futuro de dos años para que todos los matrimonios antedichos y celebrados pudiesen acogerse a la inscripción.

En este mismo año, 1896, la cámara de diputados, principal protagonista de este debate, se enfrentó en severas y hasta violentas polémicas con bandos de pensamiento distinto. Hubo participación también del pueblo, y variados documentos expedidos por la civilidad fueron leídos en el Congreso. Se dio el caso de diputados que amenazaron con el alzamiento de las provincias, en la hipótesis de que alguno de los proyectos fuera sancionado.

Empero, el planteamiento de Felipe de Osma y Pardo, que disponía que los matrimonios de los no católicos pudiesen celebrarse ante el alcalde del domicilio de cualquiera de los contrayentes, y que también podrían contraer matrimonio civil aquellas personas a quienes la Iglesia les negara la licencia del matrimonio fundada en el impedimento de la disparidad de culto, llegó a ser aprobado. Igual, en el proyecto se añadía que se declaraban válidas las inscripciones hechas en los registros de estado civil de aquellos matrimonios de los no católicos; y a los matrimonios de los no católicos que hubiesen sido celebrados ante los agentes diplomáticos o consulares o ante los ministros de los cultos respectivos, se les otorgó un plazo de dos años para proceder al registro respectivo.

Al relatarnos Jorge Basadre los episodios que con anterioridad hemos presentado, nos dice:

«En la legislatura de 1897, la Cámara de Senadores insistió en su proyecto primitivo (el del Senador Guillermo Billinghurst). Esta insistencia del Senado fue desechada en sesión de Congreso y, en consecuencia, quedó aprobado el proyecto de la Cámara de Diputados. El gobierno devolvió con observaciones la ley; y presentó un nuevo proyecto limitado a que se autorizaba al Poder Ejecutivo para efectuar la inscripción de los matrimonios ya contraídos por los extranjeros no católicos (3 de diciembre de 1897). La Cámara de Diputados desechó tal propuesta y aprobó otra que reiteraba, en esencia, la ley formulada por ella anteriormente. Sus autores fueron Felipe de Osma, A. Arróspide, Manuel B. Pérez y M.J. Pozo. El Senado estuvo esta vez de acuerdo con la Cámara colegisladora. La ley provocó la renuncia del Ministro Alejandro de La Romaña y una crisis ministerial *. Llegó a ser promulgada por el Ejecutivo el 23 de diciembre de 1897.» [27].

Siendo esta norma la que permite (aun cuando a modo de excepción) oficialmente el ingreso del matrimonio civil en el Perú, transcribimos parte significativa de su texto:

«Artículo 1.– El matrimonio de las personas que no profesan la religión católica, se celebrará en la República ante el Alcalde del Concejo Provincial de la provincia en que tenga su domicilio cualquiera de los contrayentes, y dos testigos varones, mayores de edad y vecinos del lugar, previa comprobación de tener la capacidad legal para contraer matrimonio. Igualmente, podrán contraer matrimonio conforme a esta ley, las personas a quienes la Iglesia

* Basadre narra en el tomo X, página 158 de su *Historia de la República del Perú* que: «El Presidente de la República [Nicolás de Piérola] en acatamiento de la voluntad reiterada del Congreso, puso el cúmplase a la ley sobre el matrimonio civil. Romaña se manifestó en desacuerdo con tal actitud pues la ley "contiene (dijo en su renuncia) doctrinas que no puedo aceptar sin faltar a los principios y convicciones que siempre me han servido de norma en mi vida pública y privada".».

[27] BASADRE, Jorge, *Historia de la República del Perú*, Lima, Editorial Universitaria, sin año, tomo X, p. 278.

niega la licencia para casarse, fundada en el impedimento de disparidad de cultos.

Artículo 2.– Las formalidades legales que deben seguirse ante el Alcalde y los dos testigos a que se refiere el artículo anterior, se practicarán en el orden siguiente:

Declararán primero, el varón y la mujer, que quieren contraer matrimonio. El Alcalde les leerá los artículos 132, 134, 173, 174, 175, 176 y 177 del código civil, pronunciando después estas palabras: "En nombre de la ley, declaro que habéis contraído matrimonio". Inmediatamente se extenderá el acta en que conste la celebración del matrimonio, que firmarán los contrayentes, el Alcalde y los testigos.

Todo lo dispuesto en este artículo se realizará en un solo acto.

Artículo 3.– Los matrimonios a que se refiere esta ley, están sujetos a las disposiciones del Código Civil [...].

Artículo 6.– Se declaran válidas las inscripciones hechas hasta la fecha en los Registros del Estado Civil, de los matrimonios de los no católicos.

Artículo 7.– Los matrimonios de los no católicos que se hayan celebrado ante los Agentes Diplomáticos o Consulares o ante los Ministros de Culto disidentes, podrán inscribirse directamente en el Registro de Matrimonios, dentro del plazo de 2 años de promulgada la presente ley.»

Con posterioridad, el 9 de marzo de 1899, se dictaría un decreto supremo en virtud del cual se reglamentaría el matrimonio de los no católicos, pero en términos limitativos, pues los cinco artículos componentes del decreto supremo se referían a la forma como debería acreditarse la condición de no católico o la probanza de disparidad de cultos.

La ley del 23 de diciembre de 1897 sería confirmada, como lo señala el maestro don Héctor Cornejo Chávez, con posterioridad, el 23 de noviembre de 1903.

Ya en el presente siglo, las dos primeras décadas fueron de particular y latente interés político. Al aproximarse el período electoral de

1919, se hizo visible la crisis de los partidos.

De un lado estaban los llamados «constitucionales», que se habían reducido a un grupo de amigos próximos al círculo del general A. A. Cáceres y entre los que destacaba como líder Arturo Osores; de otro lado, el Partido Liberal, presidido por Augusto Durand; el Nacional Democrático, conocido también como «Futurista», encabezado por su jefe José de la Riva Agüero; el Partido Demócrata; y principalmente el Partido Civil, dirigido por Antero Aspíllaga; sin prescindencia del retorno del leguiísmo, que retomó particular importancia a partir de 1918 [28] *.

Pero ya la Asamblea Nacional, que se había instalado el 24 de setiembre de 1919, en la que destacaban importantes representantes como Mariano H. Cornejo, Javier Prado, Mariano Nicolás Valcárcel, Miguel Grau, Alberto Secada, Juan de Dios Salazar y Oyarzábal, Manuel Jesús Urbina, Juan Manuel Torres Balcázar, Manuel Químper, Oscar C. Barrós y muchos otros, entendía que era parte de sus atribuciones fijar sus discusiones también en asuntos de orden religioso.

Basadre narra que:

> «En la Asamblea Nacional hubo algunos amagos de debates religiosos. Versaron ellos sobre: el artículo constitucional declarando que la religión católica era la del Estado; la enseñanza laica; un dispositivo que estableció el reconocimiento de la libertad de pensar para agregar que nadie puede ser perseguido por sus creencias religiosas [...].
>
> El art. 5 de la Constitución de 1920 expresó que la Nación profesa la religión católica, apostólica y romana y que el Estado la protege. [Pero] el art. 26 tuvo finalmente el siguiente texto: "Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas ni por razón de sus creencias". El art. 74 incluyó entre los ciudadanos que no podían ser elegidos diputados o senadores a los arzobispos, obispos,

[28] *Ibídem,* tomo XIII, p. 278.

* A comienzo de siglo insurgió el Partido Socialista liderado por Luis Ulloa y Carlos del Barzo.

gobernadores eclesiásticos, vicarios capitulares y provisores por los departamentos y provincias de sus respectivas diócesis y a los curas por las provincias a que pertenecieran sus parroquias [...].» [29].

Particularmente destacaron, en defensa de las nuevas ideas anticlericales, José Antonio Encinas, Alberto Secada y Manuel Jesús Urbina, llegando Encinas incluso públicamente a elogiar la obra de los protestantes en Puno y en otras zonas del país.

Es en este ambiente que se llega a la 48.ª sesión del Congreso de la República, del jueves 9 de noviembre de 1920, sesión en la que se pone en discusión la aprobación o rechazo exclusivamente de la redacción del texto legal que a continuación transcribimos [30].

(Queda claro que no hubo discusión sobre el contenido, pues según se citó en el debate, tal contenido había sido discutido por el Congreso hacía tres años, motivo por el cual esta sesión parlamentaria dedicaría exclusivamente su propósito a la aprobación de la redacción de la literatura jurídica de la ley respectiva.)

El proyecto decía textualmente lo siguiente:

«El Congreso, [...].

Ha dado la ley siguiente:

Art. 1.– Para que el matrimonio produzca efectos civiles debe celebrarse en la forma fijada por la ley del 23 de diciembre de 1897.

Los párrocos, pastores y sacerdotes que hagan sus veces, exigirán, antes de celebrar el matrimonio, el certificado del matrimonio civil. Sufrirán la pena de arresto mayor los sacerdotes o pastores que casen sin este requisito.

Art. 2.– De los juicios de divorcio y nulidad conocerán los Tribunales Civiles, sustanciándolos por los trámites fijados para los juicios de menor cuantía.

Art. 3.– El divorcio, cuando tenga por causa los motivos

[29] *Ibídem*, p. 46.

[30] PERÚ, *Diario de debates del Congreso de la República*, sesión 48, jueves 9 de noviembre de 1920.

consignados en los incisos 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12 y 13 del artículo 192 del Código Civil, producirá los mismos efectos de la nulidad.

Por las causas de los incisos 2 y 3, la demanda corresponde sólo a la mujer; por la del inciso 1 solamente al marido, si no concurren las circunstancias del artículo 193. Por las causas de los incisos 4, 10, 11, 12 y 13, la demanda corresponde únicamente al cónyuge inocente o sano *.

Art. 4.– En los casos del artículo anterior, si la sentencia de primera instancia es favorable a la demanda, será revisada por la Corte Superior, aunque no haya apelación. Cuando la revisión sea de oficio, el Tribunal citará a comparendo solamente a los cónyuges. Si ninguno concurre, confirmará la sentencia, estando el procedimiento ajustado a ley.

Siempre que el Tribunal examine a los cónyuges o a los testigos, recibirá su declaración con Sala de 3 Vocales. El examen lo hará oralmente el Presidente de la Sala preguntando lo que juzgue conveniente. La mayoría de votos formará el fallo.

Art. 5.– La sentencia que declara el divorcio en los casos del artículo 3, emancipará a los hijos mayores de 18 años y fijará necesariamente el régimen a que deben sujetarse los menores de edad. A este respecto, el Tribunal se conformará en cuanto sea conveniente, con las medidas en que estén de acuerdo ambos cónyuges. Se fijará asimismo la suma con que cada uno de los divorciados debe contribuir al sustento de los hijos menores de 18 años y de las mujeres solteras, aunque sean mayores de edad. En caso de que la madre carezca de bienes de fortuna, no está obligada a concurrir al sostenimiento de los hijos, que corresponde al padre.

El régimen que determina la sentencia para la vida de los hijos,

* Contra la sentencia de segunda instancia puede interponerse recurso de nulidad por cualquiera de los cónyuges, pero la Corte Suprema sólo podrá declarar la insubsistencia del auto de vista indicando con precisión los vicios que debe subsanar el tribunal sin que, en ningún caso, vuelva el expediente a la primera instancia. La sentencia que niegue el divorcio no impide que se inicie nuevamente el juicio después de un año.

puede ser cambiado a solicitud de cualquiera de los divorciados, o de los hermanos de 18 si concurren motivos atendibles. Esta solicitud se hará siempre ante el Tribunal, el cual seguirá un procedimiento oral limitado a oír en una audiencia a las partes y a los testigos que juzgue conveniente.

Lima, 9 de octubre de 1920.

L. Curietti.– Carlos A. Calle.– E. Pro y M.» [31].

La sesión, que fue presidida por el senador Bedoya, sólo encontró en tres senadores, Basadre, Piérola y Curletti, oposición a la redacción del proyecto. Tal postura será la que adoptará en la sesión siguiente el senador Costa, al presentar por escrito su posición contraria a la aprobación de la redacción del proyecto de ley.

La lectura del Diario de debates del Congreso de la República, de la sesión del jueves 5 de noviembre de 1920, nos deja particularmente en claro que se trataba básicamente de una ofensiva ideológica contra los valores, principios y dogmas de la Iglesia católica.

Los argumentos de Piérola respecto al sectarismo contra el catolicismo y sobre la flagrante e incuestionable violación de la Constitución del Estado, que protegía a la religión católica, así como los argumentos del senador Costa en el sentido de que el proyecto de ley (fundamentalmente la introducción del divorcio) contribuiría a destruir la unidad social, la seguridad y la paz del hogar doméstico, la pureza de la fe, los derechos del hombre, la dignidad de la mujer, la honra y el prestigio del matrimonio cristiano, comprometiéndose gravemente la organización de la familia en la base del orden social, no fueron finalmente escuchados.

En la votación quedó claro que 18 parlamentarios aprobaban decididamente el proyecto planteado, en tanto tres le eran contrarios.

Para convertirse en ley de la República, el proyecto de ley debía ser promulgado por el presidente Augusto Leguía; empero, de conformidad con las facultades concedidas por la Constitución, éste observó la ley el 19 de noviembre de 1920, impidiendo su puesta en vigencia.

---

[31] *Loc. cit.*

Durante diez años, y hasta la conclusión del gobierno de Leguía, el proyecto quedaría sólo en eso, hasta la aparición en el escenario político de Luis M. Sánchez Cerro, el cual mediante decreto ley levantó las observaciones formuladas por el poder ejecutivo y dio paso a la introducción del matrimonio civil obligatorio en el Perú, y –en el mismo proyecto– al ingreso del divorcio absoluto en el sistema jurídico peruano.

La dación del decreto ley 6889 del 8 de octubre de 1930, relevado de sus funciones el arzobispo Emilio Lissón, fue aceptada sin protestas visibles en los sectores católicos de la opinión pública.

Empero, tampoco significó esta norma un mayor distanciamiento de Sánchez Cerro respecto de la Iglesia, pues en reiteradas oportunidades el gobernante dio otras pruebas de acercamiento y devoción [32].

El texto del significativo decreto ley es el siguiente:

> «La Junta de Gobierno:
> CONSIDERANDO:
> Que es una necesidad urgentemente sentida en el país la expedición de la Ley de Divorcio y Matrimonio Civil Obligatorio:
> DECRETA:
> Retírense las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo el 19 de noviembre de 1920 a la expresada ley del 9 del mismo mes y año; y, en consecuencia promúlguese y hagáse cumplir, concordando con las disposiciones del Código Penal vigente, el artículo 1 que quedará en la siguiente forma:
> Artículo 1.– Para que el matrimonio produzca efectos civiles debe celebrarse en la forma fijada por la ley de 23 de diciembre de 1897.
> Los párrocos, pastores y sacerdotes que hagan sus veces exigirán antes de celebrar el matrimonio religioso, el certificado del matrimonio civil. Sufrirán pena de prisión de 1 a 6 meses, los sacerdotes o los pastores que casen sin este requisito.»

[32] BASADRE, Jorge, *op. cit.*, tomo XIV, p. 47.

Pero es el 8 de octubre de 1930, mediante decreto ley 6890, cuando, como una suerte de reglamento del decreto ley de Divorcio y Matrimonio Civil Obligatorio, se promulga en el Perú un texto idéntico al que anteriormente hemos hecho referencia, siendo aprobado por el Congreso de la República el 9 de noviembre de 1920.

Con estas normas, como queda dicho, ingresaron al sistema jurídico nacional el matrimonio civil y el divorcio absoluto.

En la época, la seria crisis económica que vivía el Perú desde 1929 se agravó sensiblemente con la crisis política.

La conmoción social retumbó en diversos lugares del país y Sánchez Cerro se vio obligado a convocar a elecciones generales para presidente de la República y nuevo Congreso, pretendiendo presentarse como candidato a la presidencia. Diversas sublevaciones, tanto en el Callao, Arequipa, como en otros lugares, terminaron con la renuncia de Sánchez Cerro el 1.º de marzo de 1931.

Una Junta Nacional de Gobierno presidida por David Samanez Ocampo, de orientación pierolista, asumió el poder y convocó a elecciones para presidente de la República y para un Congreso Constituyente que diera una nueva Constitución al país. Participaron en el evento electoral el propio Sánchez Cerro, auspiciado por la Unión Revolucionaria y con la sentida colaboración del Partido Civilista; Víctor Raúl Haya de la Torre, por el Partido Aprista; y contendieron también Arturo Osores y José María de la Jara y Ureta. Luis M. Sánchez Cerro, quien resultó vencedor de la justa electoral, juró al cargo de presidente el 8 de diciembre de 1931.

Entre tanto, y ya en la línea del tema de nuestro estudio, en pleno gobierno de la Junta Nacional presidida por Samanez Ocampo, el 22 de agosto de 1931 se dictaría el decreto ley 7282, que reguló extensamente los aspectos concernientes al matrimonio civil en el Perú.

Fudamentábase el decreto ley en que la norma del 23 de diciembre de 1897, a propósito del matrimonio civil para los no católicos y la disparidad de cultos en el Perú, no resultaba suficiente para regular la extensa casuística jurídica que se presentaba respecto del tema del matrimonio civil. Por ello, el decreto ley 7282, de ostensible similitud

en cuanto a las normas de celebración del matrimonio con el posterior Código Civil de 1936, se refirió a aspectos como los siguientes:

Señalaba por primera vez al alcalde provincial o distrital del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges como el competente para celebrar el matrimonio y ante él serían presentados la partida de nacimiento, el certificado domiciliario de los pretendientes y el certificado médico de éstos, y para el matrimonio de extranjeros era indispensable además el certificado respectivo del cónsul, que acreditara el estado de soltería o de viudez de los interesados.

En el caso de que los solicitantes fuesen menores de edad, pero mayores de 18 años el varón y de 16 la mujer, debían presentar, además de los certificados anteriormente citados, el testimonio de escritura pública o instrumento auténtico en que constara el consentimiento de los padres del pretendiente menor de edad no emancipado, o cuando menos del padre, pudiendo hacerse constar esta autorización personalmente ante el alcalde. Para el caso de muerte o incapacidad del padre bastaba con la autorización de la madre que se encontraba en el ejercicio de la patria potestad. Pero en la hipótesis de falta de padres, el consentimiento para el matrimonio debía ser prestado por los ascendientes paternos o maternos, siguiendo el siguiente orden de preferencia: el más próximo al más remoto, y los de línea paterna a la materna, cuando estuvieren en igual grado y línea. Y en el caso de la falta de ascendientes, el decreto ley autorizaba al consejo de familia a prestar la autorización. El decreto ley exigía a los pretendientes acreditar, en su caso, su condición de divorciados o viudos; igualmente y para todos los casos, planteaba el requisito de la información que debían suministrar dos testigos para acreditar la identidad y la aptitud legal de los pretendientes, haciéndose la salvedad de que los testigos debían conocer cuando menos desde hacía tres años a los interesados, salvo las circunstancias excepcionales que también preveía el decreto ley.

En este estado del trámite, el alcalde, si es que la información anterior había resultado satisfecha, declaraba la capacidad de los pretendientes para contraer matrimonio y sólo después ordenaba la publicación de los edictos matrimoniales por el término de ocho días.

Empero, el artículo 9 del decreto ley habilitaba ya la posibilidad de que los pretendientes pudiesen no presentar determinados documentos cuando las circunstancias hacían muy difícil o imposible su presentación. Sin embargo, en el dispositivo no se encuentra, como hoy es usual en nuestro medio, exoneración de ningún tipo respecto de la publicidad del proyecto matrimonial.

Si de los instrumentos presentados y de las pruebas pertinentes no resultaba acreditada la capacidad de los presuntos contrayentes, entonces el alcalde en un término de cuarenta y ocho horas debía remitir todo lo actuado al juez de primera instancia, el cual, con audiencia del agente fiscal o de un promotor fiscal, debía resolver en el plazo de tres días.

Es así que, vencido el término de la publicación de los avisos, y siempre que no se hubiese presentado oposición de ningún tipo, se declaraba expeditos a los pretendientes para contraer matrimonio, el que debía celebrarse dentro de los cuatro meses siguientes a dicha certificación.

La norma jurídica establecía ya que el matrimonio debía celebrarse públicamente en el municipio ante el alcalde o ante otro funcionario al cual él hubiese delegado la celebración del matrimonio, y era necesaria la comparecencia personal de los contrayentes, o por lo menos de uno de ellos, pues autorizaba el matrimonio civil por poder pero para sólo uno de los contrayentes.

El dispositivo también establecía la institución juridicoadministrativa de la «autorización escrita», la cual podía ser conferida al teniente alcalde, a los agentes municipales, al oficial del Estado Civil, a los directores o jefes de hospitales y también a los párrocos y misioneros en los lugares apartados. Sin embargo, el matrimonio de urgencia sólo podía ser celebrado para el efecto de legitimar hijos naturales, e, igualmente, el dispositivo reglaba minuciosamente lo concerniente al matrimonio *in extremis*.

A la vez de regular con estrictez la oposición al matrimonio, el decreto ley 7282 casi concluía afirmando la gratuidad del derecho al matrimonio y conminaba a los funcionarios y auxiliares municipales que intervenían en la tramitación, a no cobrar ningún emolumento.

Posterior hito jurídico en el proceso histórico fue el Código Civil de 1936 (del que nos ocupamos en el análisis legislativo de dicho texto en otra parte de este libro), autorizado por la ley 8305 del 2 de junio de 1936, y vigente desde el 14 de noviembre del mismo año.

Pero autorizado como fue el poder ejecutivo para promulgar el proyecto de código preparado por la Comisión Reformadora del Código Civil, la ley 8305, en el artículo 1, había previsto la imposibilidad de modificar en dicho código las normas relativas al matrimonio civil y divorcio, pues ordenó que el legislador debía sujetarse a mantener «inalterables» en tal código las disposiciones que sobre matrimonio civil y obligatorio constituían las leyes 7893, 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

Es por ello que el Código Civil de 1936, en el título correspondiente a la celebración del matrimonio, artículo 101, inicia la regulación de la celebración del enlace matrimonial con la afirmación de que «los que pretendan contraer matrimonio lo declararán al Alcalde Provincial o Distrital del domicilio [...]», señalando así el carácter civil obligatorio del matrimonio en el Perú.

Relegados los sacerdotes a los últimos artículos del título señalado en el párrafo anterior, los vestigios del canonismo sólo los convertirán en competentes para celebrar el matrimonio *in extremis* (art. 120), o para ser delegados del alcalde y poder circunscribirse explícitamente a la celebración del matrimonio civil, con la exigencia de que al acto asista el funcionario del registro del estado, quien verificará la inmediata inscripción del matrimonio en el acta del registro civil respectivo; o en defecto de la concurrencia del funcionario, exigiendo al sacerdote, que podía ser el párroco o el ordinario, a remitir inmediatamente un certificado del matrimonio a la oficina del registro civil más próxima (art. 124).

Empero, los matrimonios celebrados de conformidad a los artículos 120 y 124 mencionados, no producían efectos civiles mientras no fueran inscritos en el registro civil respectivo.

En efecto, con el Código Civil de 1936 el matrimonio canónico

tendrá validez civil en el Perú sólo de manera supletoria, pues las partidas de los registros parroquiales tendrán el valor de partidas civiles emitidas por el registro del estado, si sólo quedaba acreditada, fehacientemente, mediante certificación, la inexistencia del registro civil respectivo. Tal era el sentido del artículo 1827 del Código Civil de 1936, dispositivo ubicado en las «Disposiciones finales».

De otro lado, más allá, en la historia, la génesis del Código Civil de 1984, actualmente vigente, ha quedado especificada en lugar aparte de este mismo trabajo.

Sin embargo, es menester incidir en algún asunto no tratado ahí: es el de la posibilidad de poner nuevamente en vigencia, y con efectos civiles, el matrimonio canónico.

En efecto, la Constitución Política del Perú de 1979 establecía explícitamente en el artículo 5, párrafo 2, que «las formas de matrimonio [...] son reguladas por la ley».

El ponente del libro de Familia del Código Civil de 1984, don Héctor Cornejo Chávez, señaló al respecto:

> «Literalmente, y más allá de la intención del legislador constituyente, el texto del párrafo transcrito plantea la posibilidad de que el Código en preparación [se estaba elaborando el futuro Código Civil] considere como formas de celebración del casamiento, no solamente la civil, que introdujo con carácter facultativo o excepcional la ley del 23 de diciembre de 1897 y que el decreto ley 6889 convirtió en único y obligatorio a partir del 4 de octubre de 1930, sino también el matrimonio canónico, que estuvo en vigencia durante los cuatro siglos anteriores, y aun el servinacuy u otras formas matrimoniales de derecho aborigen.» [33].

Don Héctor Cornejo Chávez agrega, en el estudio que forma parte de la exposición de motivos de la ponencia sobre el libro de Familia del nuevo Código Civil, que:

---

[33] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, «La familia en la Constitución de 1979», *Derecho*, Lima, n.º 35, 1981, p. 23.

> «Ocurre, sin embargo, que la inmensa mayoría de la población peruana sigue considerándose casada cuando sale de la iglesia y no de la municipalidad. Para ella, el matrimonio civil viene a ser poco más que un trámite previo al verdadero casamiento.» [34].

Para este efecto, el notable especialista realiza un análisis de concordancias y de semejanzas en materia matrimonial entre el Código Civil y el Código Canónico, planteando el aspecto fundamentalmente en tres asuntos: los requisitos o condiciones necesarias para contraer matrimonio válido y lícito (teoría de los impedimentos matrimoniales) y la postura de ambos códigos frente al divorcio absoluto; el asunto relativo a los registros parroquiales, que no se encuentran bajo el control del Estado; y la validez civil de aquellos matrimonios que pudieran celebrarse de conformidad a creencias religiosas no católicas.

Los dos últimos asuntos los resuelve, el primero, señalando que para que el matrimonio canónico celebrado ante la autoridad eclesiástica ostente validez civil debía ser inscrito en el registro del estado civil respectivo; y respecto al asunto del matrimonio religioso de los no católicos (de conformidad con su credo), sostiene que la principal razón que obliga a considerar la validez civil del matrimonio canónico estriba en que el común denominador de los peruanos profesa la religión católica. Es pues, dice, una razón de orden sociológico, y añade que nada impediría a las personas vinculadas a otras confesiones a contraer el enlace respectivo ante la autoridad civil, sin perjuicio de que también lo contrajeran según sus propias creencias para efectos personales o de conciencia.

Respecto al asunto de los impedimentos matrimoniales que de un lado ofrece la ley civil y de otro presenta la norma canónica, intenta salvar la dificultad haciendo un muy importante estudio de adecuación entre unas normas y otros, de modo que en ningún caso se enfrente el riesgo de una violación del orden público nacional.

Todo el estudio antedicho llevó al doctor *honoris causa* y profesor emérito de la Universidad Católica del Perú a formular en el proyecto

[34] *Ibídem*, p. 26.

del nuevo Código Civil para el Perú la siguiente propuesta:

> «Art. 316.– El matrimonio religioso, celebrado con sujeción a los cánones de la Iglesia católica, produce efectos civiles siempre que se inscriba en el Registro del Estado Civil. Para dicha inscripción se requiere la presentación de la partida parroquial, el certificado médico pre-nupcial o la declaración jurada a que se refiere el artículo 296 [juramento de sanidad], y en su caso el consentimiento de los padres o abuelos o la licencia judicial supletoria.
>
> Las disposiciones de este código en lo concerniente a la invalidez y la ilicitud del matrimonio, así como las prohibiciones del artículo 292 [algunos casos de matrimonios considerados ilícitos por la ley civil] rigen para el matrimonio que se contrae conforme a este artículo, en lo que se refiere a los impedimentos de impubertad, crimen, consentimiento viciado por error o intimidación y cualquier otro en que la ley nacional contenga mayores exigencias que la ley canónica.»

Desde el 28 de octubre de 1982 y el 16 de febrero de 1984, el diario oficial *El Peruano* se había encargado de publicar la ponencia sobre el nuevo derecho de familia en el Perú, y en tal sentido el texto del antedicho artículo 316 llegaba a la colectividad.

Empero, el planteamiento quedó sólo en proyecto, pues, entre otros, como sabemos, fue la Iglesia y el propio cardenal arzobispo de Lima y primado don Juan Landázuri Ricketts (1981), quienes sin dejar de apreciar la bondad de la propuesta, finalmente lo observaron *.

---

* «El Episcopado, preocupado por tan importante asunto, quiere hacerle llegar dos consideraciones sobre la materia ya publicada en *El Peruano* [...]. El segundo punto se refiere al matrimonio. En principio debe apreciarse el propósito de dar valor al matrimonio religioso [...] la Iglesia debe repetir, tal como lo hizo ante la Asamblea Constituyente última, su oposición [...]. En efecto, existen diferencias sustanciales entre ambos matrimonios, que hacen aconsejable que, como ahora, ambas instituciones marchen paralelas e independientes. Un reconocimiento civil del matrimonio canónico, especialmente por la vigencia de la institución del divorcio vincular, llevaría a peligrosas confusiones y a problemas morales y legales.

> «La comunidad política y la Iglesia son, en sus propios campos, independientes y autónomos la una respecto de la otra [...La Iglesia] no pone, sin embargo, su esperanza en privilegios dados por el poder civil; más aún, renunciará al ejercicio de ciertos derechos legítimamente adquiridos [...]. Es de justicia que pueda la Iglesia [...] con auténtica libertad [...] dar su juicio moral incluso sobre las materias referentes al orden político, cuando lo exijan los derechos fundamentales de la persona o la salvación de las almas [...].» [35].

Es, el arriba indicado, el espíritu del concilio Vaticano II que, convocado por el Santo Padre Juan XXIII, significó en el primer quinquenio de la década de los sesenta «la puesta al día de la Iglesia con la historia».

Por ello es que la Iglesia deliberadamente renuncia al privilegio que tradicionalmente las cartas constitucionales le concedían, incluso al derecho previsto en la Constitución Política del Perú de 1933, que en el artículo 232 establecía la protección de la Iglesia católica por parte del Estado, y que más allá, en el artículo 233, se refería al Patronato Nacional deviniente del Patronato Regio concedido por la Santa Sede a los reyes de España desde el tiempo de la conquista. Por él, como se sabe, los monarcas o jefes de Estado podían proponer sujetos idóneos a los diversos cargos, dignidades y beneficios eclesiásticos, a cambio de la protección o «Patronato». Para el Perú, el papa Pío IX había otorgado el Patronato por medio de la bula *Praeclara inter beneficia* y el presidente de la República, Nicolás de Piérola, lo había incorporado a la legislación peruana por decreto de 27 de enero de 1880.

Pero es el espíritu del concilio Vaticano II el que lleva hacia un régimen de autonomía e independencia entre la Iglesia y el Estado.

Por ello es que pedimos oficialmente que el artículo 316 del proyecto desaparezca totalmente.» (Carta del cardenal Juan Landázuri al ministro de Justicia Enrique Elías Laroza, 9 de octubre de 1981.)

[35] *Concilio Vaticano II* (documento vaticano), Bilbao, El Mensajero del Corazón de Jesús, 1965, pp. 219 y 220.

Dentro de este orden de ideas, es posible entonces comprender el texto del artículo 50 de nuestra Carta Magna en vigencia:

> «Art. 50.– Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración.
>
> El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.»

Abundando en la materia y en vista de que se hacía indispensable normar las nuevas relaciones entre la Iglesia católica y el Estado, dada la situación es que se dictó el 24 de julio de 1980 el decreto ley 23211, por el cual se aprobaba el nuevo «Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú», que se había suscrito en la ciudad de Lima el 19 de junio del mismo año. Para ello, mediante decreto ley 23147 del 16 de julio del año 1980, el gobierno había anunciado la derogatoria del decreto dictatorial del 27 de enero de 1880, sobre el Patronato Nacional comentado.

El nuevo «Acuerdo de Relaciones Institucionales entre la Iglesia Católica y la República del Perú», compuesto por 22 artículos, y logrado en el mejor y mayor espíritu de armonía entre la Santa Sede y el Estado nacional, en efecto ratificaba, en su primer artículo, la independencia y autonomía con que librarían sus acciones en lo sucesivo tanto la Iglesia como el Estado, sin abandonar un régimen de colaboración particular [36].

En el marco antes explicado, y dentro de la deliberada determinación de autonomía e independencia comentada, resulta más comprensible entender la observación que formuló la Iglesia al artículo 316 del proyecto de Código Civil, en lo referente al libro de Familia.

Aún así, fiel a los más altos e importantes valores del matrimonio

---

[36] Decretos leyes 23147, derogatorio del Patronato Nacional, y 23211 sobre relaciones institucionales vigentes entre la Iglesia católica y la República del Perú, del 16 y 24 de julio de 1980, respectivamente.

occidental y cristiano –y sin olvidar en su caso la regulación del concubinato– el ponente construyó una noción de matrimonio civil para el Código de 1984, en la que destacaban la libre consensualidad como base matrimonial, la monogamia como elemento exclusivo y excluyente, la distinción de sexos para la validez matrimonial, la necesidad de ausencia de impedimentos, explicitó la formalidad de la ley, y se encargó, en consonancia con las nuevas normas constitucionales (art. 2, inc. 2), de regimentar la igualdad de posiciones del varón y de la mujer dentro del matrimonio, al que encargó como propósito final la «vida común» de los contrayentes.

El texto legal del Código Civil reza:

> «Art. 234.– 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.
>
> El marido y la mujer tienen en el hogar, autoridad, consideraciones, derechos, deberes, y responsabilidades iguales.»

5

Estructura jurídica del matrimonio

5.1 Estructura jurídica del matrimonio romano

Las nociones sobre el matrimonio las encontramos en las fuentes romanas.

Modestino define el matrimonio: «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris comunicatio» [1]. Señalaba así Modestino que «el matrimonio es la unión del hombre y la mujer para vivir en consorcio y en plena comunión según el derecho divino y humano».

Por su parte, Justiniano en las *Institutas* (538 d. de C.) explicó: «Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam vitae consuetudiem continens» [2]. Con lo que señaló que: «Las nupcias son la unión entre el hombre y la mujer con la intención de continuar la vida en común [...].» *.

Sobre los elementos constitutivos del matrimonio romano se ha

---

[1] IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones del Derecho privado,* Barcelona, Ariel, 1982, p. 40 y ss.

[2] HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco, *Derecho romano,* Madrid, 1959, p. 411.

* Como sabemos, Justiniano había compilado el derecho en un solo cuerpo, el *Corpus Iuris Civilis,* en el que se contenían las *Instituciones,* el *Digesto,* el *Codex* y las *Novelas* (533-548 d. de C.).

discutido bastante. Empero, nadie soslaya hoy la relievancia del consentimiento como característica propia del matrimonio romano.

Así, el matrimonio romano pervivirá en tanto exista el consentimiento. Es este elemento subjetivo, llamado también *affectio maritalis,* su elemento capital. El matrimonio romano es «más bien un estado de voluntad cotidiano» [3]. Se requiere de un consentimiento continuo y duradero. De otro lado, tal matrimonio no está sujeto a formalidad jurídica alguna, lo que lleva a algunos autores a la convicción de que el matrimonio romano «consiste sólo en el consentimiento» [4].

El matrimonio romano era jurídicamente informal en su esencia; hubo más bien formas rituales, de índole social o religiosa, que pudieron acompañarlo. Ello provocó muchas veces la presencia de solemnidades de tipo religioso o mágico, pero éstas se ubicaron más en lo referente a lo social y lo religioso, y no tocaron la estructura jurídica propiamente dicha [5].

Sin embargo, el verdadero instrumento probatorio del consentimiento matrimonial resultaba ser la propia convivencia marital. Ello ha llevado a algunos autores, dada la importancia que la convivencia conyugal adquiere en el romanismo, a considerar que es éste el elemento objetivo del matrimonio, pues la convivencia tenía para ellos un auténtico sentido ético. La convivencia podía no ser efectiva y el matrimonio, empero, podía seguir subsistiendo, en tanto varón y mujer, ambos, se guardaran recíprocamente el respeto y la consideración: ello constituía el *honor matrimonii.*

Resultó tan evidente la importancia de la convivencia y su sentido ético, que incluso se podía llegar a contraer matrimonio en ausencia del marido, por el hecho de entrar la mujer en la casa del varón mediante la *deductio in domun mariti* [6].

---

[3] ARIAS, J., y J.A. ARIAS BOART, *Derecho romano,* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1986, tomo II, p. 757.

[4] ROBLEDA, Olís, *El matrimonio en Derecho romano,* Roma, Editorial Università Gregoriana, 1970, p. 90.

[5] JORS, Paul, *Derecho privado romano,* Barcelona, Labor, 1937, p. 385.

[6] IGLESIAS, Juan, *op. cit.,* p. 566.

¿Mas cuáles eran los requisitos para contraer válidamente matrimonio entre los romanos?

Según Ulpiano, eran requisitos: el derecho en sí para el matrimonio; el consentimiento matrimonial, y la aptitud para procrear dentro del propio matrimonio [7].

Pero para tener derecho matrimonial resultaba imprescindible ser ciudadano romano. Ellos, los ciudadanos romanos, además de los *latini deteres* (habitantes de condición intermedia entre ciudadano y peregrino), eran los únicos que poseían el *connubium.* Había entonces que ostentar el *status libertatis* y el *status civitatis;* era imprescindible gozar de la capacidad jurídica que permitiese exhibir el carácter de libertario y de ciudadano.

E importante como lo primero, indispensable, resultaba la aceptación matrimonial, y en los casos en que los contrayentes fueran *alieni iuris* (sometidos a la patria potestad de otra persona), eran los padres los llamados a prestar tal consentimiento. Establecido estaba que el varón tenía capacidad natural a los 14 años y que la mujer gozaba de ella a los 12, y a partir de esas edades, varón y mujer podían contraer matrimonio.

En correlato directo a lo dicho, a propósito del consentimiento de los padres, el derecho romano afirmó que el silencio de ellos implicaba la aceptación matrimonial, y en el supuesto de que el padre negara injustificadamente la autorización matrimonial, estaba en vigencia la *lex iulia de Maritandis Ordinibus* de Augusto (año 18), en virtud de la cual el magistrado quedaba autorizado para intervenir.

Al lado de lo expuesto, y con tanta importancia, figuraba el requisito de gozar de la aptitud procreadora, fundamental dentro de la estructura matrimonial romanista.

Además de los requisitos señalados antes, el derecho romano fue creando una variedad de impedimentos a propósito de la unión marital. Dentro de los impedimentos para el matrimonio romano se encontró la clasificación de impedimentos relativos o prohibitivos (si se referían

[7] HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco, *op. cit.*, p. 412.

a determinados sujetos solamente) y los absolutos (que prohibían el matrimonio de una persona con otra determinada) [8].

Dentro de estas clasificaciones, el derecho romano exhibió como impedimentos el impedimento de vínculo; el plazo de trescientos días de espera para la viuda a fin de evitar la *turbatio sanguinis* o *partus* que otro matrimonio contraído antes del plazo máximo de gestación podría originar; el voto de castidad; la condición de infame para la binuba; el impedimento por parentesco de sangre y por afinidad; la relación de tutor y pupilo; del adúltero con su cómplice y el matrimonio con la raptada; la unión marital del magistrado con mujer de su provincia [9]. Con posterioridad, el propio derecho romano agregó una variada lista de impedimentos relativos, entre los que figuró el caso de los militares, el matrimonio de los senadores con las libertas o con mujeres de condición inmoral (prohibiciones que fueron aprobadas por el propio Justiniano) [10]; por igual, el impedimento para contraer matrimonio entre patricios y plebeyos, que fue derogado el año 445 a. de C. por la *lex Canuleia* [11], y así otros tantos impedimentos aprobados fueron con el tiempo desapareciendo.

Importante es señalar, a propósito de los impedimentos establecidos por el emperador Augusto, que si algún matrimonio se contraía sin cumplir los requisitos señalados por la ley, tales nupcias mantenían su validez, pero no eran aceptadas como *matrimonium secundum legem iuliam et legem papiam poppaeam contractum* [12].

Necesario es señalar dentro de la estructura jurídica del matrimonio romano, la importancia fundamental de la *manus* (mano). Para los romanos, la mano es el miembro que puede manifestar exteriormente el poder. Consecuentemente, la *manus* constituyó, de manera signifi-

---

[8] Rizzy, Miguel, *Tratado de Derecho privado romano,* Buenos Aires, Arístides Quillet, 1936, p. 165.

[9] Bonfante, Pietro, *Instituciones del Derecho romano,* Madrid, Reus, 1965, p. 183.

[10] Iglesias, Juan, *op. cit.,* p. 571.

[11] Ortolán, M., *Compendio del Derecho romano,* Buenos Aires, Atalaya, 1947, p. 43.

[12] Jors, Paul, *op. cit.,* p. 391.

cativa, el poder del marido sobre la mujer [13]. Aunque desde el año 471 a. de C. en la propia Ley de las doce tablas se encuentran disposiciones jurídicas que intentan menguar el poder del marido sobre la mujer, acentuándose tal actitud a fines de la república romana, y consolidándose el proceso con Gayo en el siglo II después de Cristo, es indiscutible la trascendencia de la institución de la *manus* dentro del contexto matrimonial romano.

Por ello, el matrimonio romano históricamente se dividió en dos grandes etapas, la de *cum manus,* en la que la mujer ostentaba la calidad de hija de la familia del marido, y la posterior llamada matrimonio *sine manus,* en la que la unión marital no implicaba perder la pertenencia a la familia de origen.

Los matrimonios *cum manus,* históricamente en Roma acaecieron marcados con tres tipos diferentes: la *confarreatio,* la *coemptio* y el *usus,* mediante los que se producía el traspaso de la mujer a la familia del marido, a través de la denominada *conventio in manum.*

La *confarreatio* fue en realidad una ceremonia religiosa solemne, permitida sólo para quienes ostentaban la clase de patricios. Se celebraba en un acto sagrado ante diez testigos y en presencia del sacerdote de Júpiter, *Flamen Dialis,* y mediante esta ceremonia se simbolizaba la unión marital. Parece tener su origen en una formalidad etrusca, y, por él, varón y mujer quedaban asociados en el mismo culto al entrar la mujer a participar en la religión del marido [14].

Una segunda forma que podemos narrar la constituyó la *coemptio,* de origen antiquísimo, dado que el concepto en que se basa resultó común a los diversos pueblos indoeuropeos. Estaba constituido por una ceremonia simbólica de *mancipatio* de la esposa, acto que ocurría en presencia de cinco testigos, y ocasión en que el esposo golpeaba una balanza con una moneda de cobre, *recudusculum,* moneda que entregaba luego al vendedor de la mujer, quien hasta ese momento ostentaba

---

[13] Von Ihering, Rudolph, *Espíritu del Derecho romano,* Buenos Aires, Revista de Occidente, 1947, p. 289.

[14] Fustel de Coulanges, Numa Denis, *La ciudad antigua,* México, Porrúa, 1983, p. 30.

el poder sobre ella. Acto seguido, el varón preguntaba a la mujer si quería entrar a formar parte de su familia. Tal formalidad sirvió para determinar el objeto y las condiciones de la venta (*lex mancipii*), para distinguirla así de la simple mancipación.

Con el tiempo la *coemptio* cayó en desuso, y al fin de la república se le empleaba para fines no matrimoniales, y era usado por las mujeres *sui iuris* para salir de la pesada tutela agnaticia, y para otros fines [15].

Pero bueno es advertir que tanto la *confarreatio* como la *coemptio* significaron matrimonios de naturaleza fundamentalmente social y religiosa, en los que tenía predominante importancia un hecho (sea social, sea religioso), el mismo que marcaba el inicio de la vida conyugal.

Con posterioridad a los dos tipos de matrimonio antes indicados, apareció la institución matrimonial del *usus,* que fue la forma menos solemne de contraer matrimonio, hasta fines de la república, en que se convirtió en la regla general. Así como en los derechos reales junto a la *mancipatio* se dio la *usucapion,* así también la convivencia continuada durante un año de un varón con una mujer producía el efecto matrimonial. Empero, tal matrimonio se evitaba mediante la *usurpatio trinoctii,* por la que la mujer se alejaba tres noches consecutivas de la compañía del varón.

Pero los matrimonios por *coemptio* y por *usus* se daban fundamentalmente para las relaciones maritales entre los plebeyos [16].

Al frente de los matrimonios antes descritos, apareció históricamente en el derecho romano, con el tiempo, el llamado matrimonio *sine manus.* Fue un tipo matrimonial surgido durante la época de la república, y que con posterioridad se difundió tanto que a la postre puede ser considerado probablemente como el típico matrimonio romano.

Constituía una forma de unión libre, pero matrimonial, carente de formalidades jurídicas, y que no concedía ni irrogaba poder al

[15] JORS, Paul, *op. cit.*, p. 394.
[16] ORTOLÁN, M., *op. cit.*, p. 44.

marido sobre la mujer. Empero, la vigencia de la *affectio maritalis* diferenció esta institución del concubinato romano [17].

Conviene ahora referirnos a un asunto polémico a propósito del matrimonio romano: su naturaleza jurídica.

Es un tema que ha sido motivo de seria discusión.

> «[...] en todo el medioevo y luego en el seno de la escuela culta hasta el siglo XIX por doctrina común [...] los romanos [...] tuvieron el matrimonio por un contrato [...], en otras palabras, que el matrimonio surgía en virtud de un consentimiento con carácter contractualista, por considerársele cual acto inicial de voluntad del que se originaba un vínculo jurídico.» [18].

Con el tiempo, y en la versión liderada por Glück, y en la posición establecida por Savigny, se afirmó que:

> «[...] los contratos pueden ser obligatorios o no obligatorios y el matrimonio [...] es de estos últimos.» [19].

Fue con Monenti que el pensamiento jurídico se atrevió a postular una tesis distinta a las mencionadas. Monenti partió de los elementos exigidos para la existencia del matrimonio:

> «[convivencia] y consentimiento aunque no fuese declarado expresamente [...]. Un tal consentimiento no podía entenderse [...] como contractual [...] como creador de un vínculo que pudiese ya existir independientemente de su causa [...]. El matrimonio era considerado como haciéndolo y como hecho a la vez, en cada momento.» [20].

---

[17] HERRERA PAULSEN, Darío, *Derecho romano,* Lima, Tipografía Offset Sesator, 1984, p. 40.

[18] ROBLEDA, Olís, *op. cit.,* p. 72.

[19] *Ibídem,* p. 73.

[20] *Ibídem,* p. 80.

Si bien es cierto que la tesis antedicha ha sido la que comúnmente se aceptó para el matrimonio romano, hoy en día no se puede afirmar que la discusión en torno al matrimonio romano esté zanjada. Las corrientes doctrinarias se han dividido hasta en tres vertientes a propósito del tema.

Una primera, estima que el matrimonio es un acto jurídico, y dentro de esta afirmación lo conceptúa como un contrato.

> «[...] el matrimonio nace de un contrato. Éste sólo exige que los esposos sean capaces de consentir y que su consentimiento sea serio y no simulado [...]. El contrato de matrimonio no admite condiciones ni términos.» [21].

Apréciese acá la importancia que se otorga a la manifestación de voluntad, sin darle mayor importancia al carácter permanente del matrimonio, que fue el aspecto que caracterizó al consentimiento en la Roma antigua.

Empero, algunos autores, sin llegar a identificar esta figura jurídica con el contrato, hablan de un «pacto bilateral consensual que trae obligaciones y deberes recíprocos entre marido y mujer» [22].

Una versión distinta sobre la naturaleza jurídica del matrimonio romano es la que identifica el consentimiento existente en él con el que se da en los contratos de sociedad:

> «[...] el consenso de los contrayentes [...] único elemento esencial en orden a la existencia del matrimonio, el cual viene así a parecerse a un contrato de sociedad surgiendo y persistiendo por la mera voluntad de los cónyuges.» [23].

Empero, a esta postura sería también aplicable la crítica basada en el carácter patrimonial de los contratos.

---

[21] SERAFINI, Felipe, *Instituciones del Derecho romano,* Madrid, Espasa-Calpe, 1968, p. 271.

[22] RIZZY, Miguel, *op. cit.*, p. 166.

[23] ARIAS, J., y J.A. ARIAS BOART, *op. cit.*, p. 752.

Finalmente, encontramos una tercera posición en materia de naturaleza jurídica del matrimonio; hay quienes sostienen que se trata de:

> «[...] una mera situación de convivencia de dos personas de distinto sexo, cuyo inicio no está marcado por exigencias de formalidad alguna del orden jurídico, manteniéndose por la "affectio maritalis" o intención continua de vivir como marido y mujer [...]. El matrimonio romano [...] es una relación de hecho.» [24].

No se trataba, por lo tanto, se dice, de un acto jurídico, y por ello «no cabe estar sujeto a modalidad alguna» [25], sino más bien era un «hecho social en el cual la ley tenía poco que ver [...].» [26].

5.2 Estructura jurídica del matrimonio canónico

Durante los primeros diez siglos de la era cristiana, fueron más bien compendios de leyes eclesiásticas los que eventualmente aparecieron, muchas veces elaborados por particulares, con el fin de recopilar el conjunto de leyes que aisladamente se dieron en los diversos concilios y por los romanos pontífices.

A mediados del siglo XII, aparecerá la denominada *Concordia,* obra otra vez de un particular, esta vez del monje Graciano, la que reunió un conjunto disperso de leyes, siendo conocidas históricamente como el «Decreto de Graciano.» Éste constituye la primera parte de la gran colección de leyes de la Iglesia, y a ejemplo del *Cuerpo de Derecho civil* de Justiniano, al interior de la Iglesia comenzó a denominarse *Cuerpo de Derecho canónico.* Contuvo leyes que por casi dos siglos habían sido dadas al interior de la Iglesia.

---

[24] *Loc. cit.*

[25] IGLESIAS, Juan, *Instituciones de Derecho romano,* Barcelona, Ariel, 1951, tomo II, p. 154.

[26] BARRY, Nicholas, *Introducción al Derecho romano,* Madrid, Civitas, 1987, p. 129.

El referido *Cuerpo* además de incluir el denominado Derecho Graciano, albergaba el *Libro extra de Gregorio IX,* el *Libro sexto de Bonifacio III* y *Las Clementinas* (es decir la colección de Clemente V promulgada por Juan XXII), *Las Extravagantes de Juan XXII* y *Las Extravagantes comunes* de otros papas. Tal compendio constituye lo que se denomina el «Derecho clásico» de la Iglesia.

Se afirma que a este *Cuerpo* del derecho de la Iglesia latina corresponde también el *Syntagma de Cánones* o «Cuerpo de cánones oriental» de la Iglesia griega.

Empero, la Iglesia constataba, sobre todo en los tiempos de la reforma católica, desde el mismo concilio de Trento, cómo todo su gran bagaje jurídico constituía «un inmenso cúmulo de leyes amontonadas unas sobre otras», rodeándose el sistema de gran inseguridad, otras veces de inutilidad y lagunas, haciendo peligrar la disciplina de la propia Iglesia.

Es por ello que desde que se preparaba el concilio Vaticano I, los obispos solicitaron que se publicara una única colección de leyes, para facilitar la comprensión de las leyes de la Iglesia y la mejor interpretación por parte de sus pastores. Como quiera que el pleno del trabajo no pudo realizarse durante el período conciliar, fue el papa Pío X, apenas al inicio de su pontificado, quien asumió la tarea proponiéndose reunir y reformar todas las leyes eclesiásticas, eligiéndose el método moderno de la codificación [27].

Sin embargo, es preciso repetir con David:

> «[... derecho romano], de acuerdo a cuyas normas había vivido la Iglesia y sobre el que se había fundado el derecho canónico que, en definitiva, sólo había significado una actualización de aquél [...].» [28].

---

[27] *Código de Derecho Canónico,* Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983, prefacio.

[28] DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos,* Madrid, Aguilar, 1973, p. 29.

De otro lado, y en materia de historia y estructura matrimonial religiosa, digamos que a inicios de la era cristiana el matrimonio de los cristianos fue un asunto temporal, y quienes se casaban usaban los mismos procedimientos de los paganos. Y es en el siglo III, con el cristianismo, que comenzó a arraigar la idea de protección hacia la mujer.

De pronto es entre los siglos IV y XI que comenzó a aparecer en Occidente, al lado de las ceremonias familiares y civiles, la ceremonia eclesiástica del matrimonio, sin carácter obligatorio, y a la que se van incorporando rasgos y ritos de las diversas culturas. Las costumbres civiles se fueron convirtiendo en eclesiásticas. Las cosas, símbolos, actos jurídicos civiles, las arras, el anillo, la dote, los objetos y costumbres procedentes de las tribus germánicas, celtas, francas, lombardas y otras, pasaron a la liturgia de la Iglesia [29].

Ya Ignacio de Antioquía había recomendado que el matrimonio se celebrara ante el obispo, y también en tiempo de Tertuliano contraen los cristianos su unión ante la *ecclesia* y lo sellan con una bendición, aunque ello no signifique aún que exista un rito litúrgico propio ni que sea ineludible la presencia del obispo en la celebración del matrimonio.

La indisolubilidad del matrimonio cristiano, que, desde Pablo, tiene su más profunda motivación en su carácter de símbolo de la unión de Cristo con la Iglesia (Eph 5, 32; 1 Cor y. 10s.), es decididamente afirmada por la mayoría de los escritores del siglo III.

No por razones de orden ideológico, sino más bien históricas y políticas –debilitamiento del poder real en el siglo X–, a comienzos del siglo XI, en Occidente, la Iglesia asume el pleno control de la jurisdicción en materia matrimonial. Pero ¿cuál es el elemento fundamental, esencial, que otorga validez al matrimonio?

> «La manera concreta de concebir y de vivir el matrimonio era la resultante de un gran barullo de concepciones y de culturas.

[29] SCHILLEBEECKX, Eduardo, *El matrimonio. Realidad terrena y misterio de salvación,* Salamanca, Sígueme, 1968, p. 244.

> Estaba, ante todo, la concepción romana del consentimiento. Se conocían también las ideas germánicas, francas, góticas y celtas, que se centraban en la idea de tutela (mundium). La ceremonia del matrimonio se veía como una traditio puellae, un traslado de la joven del poder paterno a la autoridad marital. Por último, aparecía la idea antigua, todavía en vigor en todos los pueblos, de que la unión no se realizaba verdaderamente más que por la cohabitación y el cumplimiento del acto carnal. En la edad media, estos tres sistemas jurídicos no estaban netamente separados, sino que se influían mutuamente. Aun cuando la Iglesia, después de grandes trabajos, llegó a introducir en los países germánicos y francos su punto de vista romano (consensus), sin embargo, se siguió considerando en estas regiones que el consentimiento estaba virtualmente presente en las costumbres particulares; sobre todo en la transferencia de la autoridad o en los festejos del principio de la cohabitación.» [30].

Por ello, a comienzos del siglo XII, Hugo de San Víctor, el primer escolástico que escribe un tratado del matrimonio, señala que el consentimiento se expresa no sólo por el diálogo, sino también por un gesto, por una *actio rei* «como se acostumbra». Y así se va acentuando la firme idea de que la esencia del matrimonio es el consentimiento, y se hace histórica en Occidente la clásica sentencia de Ulpiano: «nuptias non concubitus, sev consensus facit» («las nupcias no están consumadas sin el consentimiento») [31].

En el siglo XI la Iglesia se ha apartado del derecho profano respecto a la realización del matrimonio, para atenerse a su propio sistema. Ello deriva de la reforma cluniacense, que permite a la Iglesia romper con el derecho profano, y prepara, más bien, la vuelta a las ideas del cristianismo primitivo. Fue de gran importancia, entonces, el retorno al derecho romano, que, por esa época, era estudiado en las fuentes

---

[30] *Ibídem,* p. 252.

[31] MARZAL, Manuel, *Estudios sobre religión campesina,* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y CONCYTEC, 1988, p. 194.

por los glosadores de Bolonia. El retorno al derecho romano-eclesiástico traerá consigo el pleno reconocimiento del matrimonio consensual. El matrimonio se originará entonces por el acuerdo de voluntades de los novios. Tal acuerdo, sin embargo, tendrá una significación religiosa, puesto que lleva en sí la administración del sacramento entre los cónyuges. San Alberto Magno dirá que «el sacramento consiste en el contrato mismo», a lo que agregará santo Tomás que el consentimiento constituye el sacramento, y que la bendición del sacerdote no es sino un sacramental. Empero, en el siglo XII la Iglesia se halla discutiendo la significación del coito con referencia a la conclusión del matrimonio, sin que en el derecho romano ni en el derecho germánico el coito haya tenido carácter decisivo para tal conclusión matrimonial. Pese a que el matrimonio no consumado no se consideraba aún como matrimonio, tal opinión no pudo triunfar plenamente.

A partir del siglo XII se entendió que el consentimiento sin forma daba lugar a un matrimonio válido cuando la voluntad de las partes estaba dirigida hacia la eficacia actual del matrimonio. Junto a esto debía bastar la promesa o esponsales para la conclusión del matrimonio cuando la voluntad matrimonial había tomado efectividad mediante cópula *carnalis*. El resultado de todos estos planteamientos fueron las conclusiones de matrimonios secretos y la bigamia.

Por ello, el cuarto concilio de Letrán, en 1215, intentó poner remedio a este estado de cosas. Se exigió de nuevo la conclusión del matrimonio ante el párroco y los testigos, introduciéndose las proclamas según el ejemplo francés; de todos modos el consentimiento sin forma conservó su eficacia creadora del matrimonio. El casamiento laico fue suprimido, aunque sin resultado pleno [32].

Entre 1545 y 1563, ocurrido el concilio de Trento, éste significará una especial explicitación de la teología del matrimonio, como consecuencia de las doctrinas protestantes al respecto. En el concilio de Trento la Iglesia proclama la sacramentalidad, la indisolubilidad, y ante

[32] PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho privado germánico,* Barcelona, Bosch, 1957, p. 294.

los llamados matrimonios clandestinos, sin optar por ninguna opinión a propósito de la identificación o separabilidad del contrato y del sacramento, restablece el antiguo Decreto Tametsi en el que señala la forma de contraer matrimonio prescrita en el cuarto concilio de Letrán, declarando inválidos los matrimonios clandestinos [33]. Aunque sabido es que algunos padres de la Iglesia, en pleno concilio de Trento, defendieron la teoría de Melchor Cano, a propósito de la no identificación del contrato y el sacramento. Afirmaba éste que el contrato es la materia próxima del sacramento y la forma la bendición del sacerdote, quien es el ministro del sacramento. Por consiguiente, se agregaba que: «una unión contraída sin la bendición nupcial puede ser un matrimonio verdadero y válido entre cristianos, aunque no matrimonio sacramental. Los que se han casado en estas condiciones no necesitan sino pedir la bendición del sacerdote, la cual transformará su matrimonio en sacramento».

Así pues, en el concilio de Trento se buscó dar respuesta a asuntos relativos a la sacramentalidad del matrimonio o a su carácter netamente natural, y se absolvió el asunto vinculado a la virginidad y a la continencia.

El concilio, en su sétima sesión declaró, finalmente, que el matrimonio es uno de los siete sacramentos de la ley de Dios; empero, otros diversos temas a definirse también sobre el tema matrimonial, fueron derivados hasta la 24.ª sesión ocurrida el 11 de noviembre de 1563.

Es en esta sesión –24.ª sesión– en que los 227 padres conciliares reunidos promulgaron el Decreto doctrinal de doce cánones y el Decreto disciplinario de reforma que declaró el matrimonio como natural, uno e indisoluble. En esta misma ocasión el Decreto Tametsi restableció la forma de contraer el matrimonio prescrita en el cuarto concilio de Letrán de 1215.

Y es a propósito del primero de los doce cánones del Decreto doctrinal, que el concilio de Trento declara que:

---

[33] FÁBREGA Y GRAU, Ángel, *Historia de los concilios ecuménicos,* Barcelona, Balmes, 1960.

> «Si alguien dice que el matrimonio no es verdadero y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituido por Jesucristo, sino que es invención de los hombres, introducido en la Iglesia y que no confiere la gracia, sea anatema.»

Dentro del razonamiento eclesiástico se sostiene que el hecho de que la noción cristiana del matrimonio otorgue, como otorga, gran importancia a la libertad del hombre, ha llevado a éste a crear «su contrato» y «su ley»; empero –afirman– ello no debe derivar en negar que el matrimonio es una institución divina que necesita del sacramento para recibir ese algo sagrado que posee. El contrato requiere del sacramento, que no es sólo la bendición nupcial. El compromiso de los esposos de respetar la unidad, la permanencia y la indisolubilidad del vínculo conyugal, hace al sacramento, y éste es el que otorga la gracia a los esposos.

Dentro del fundamento eclesial, se sostiene que el matrimonio es un sacramento porque es imagen de la unión mística de Cristo y la Iglesia, porque es un signo sagrado que produce la gracia que es dada por Dios a través del hombre que como ministro suyo actúa en su nombre y como testigo calificado. Así, Dios se sirve del sacramento para estrechar la unión indisoluble e infundir la gracia entre los hombres, permitiendo que los haga constantes y fieles en sus nuevas obligaciones, y que en la vida conyugal, como esposos, sean instrumentos de Dios para plasmar el cuerpo material de sus hijos. Así como Dios es el único que puede crear las almas, Él es sólo el único que puede producir esta gracia.

De otro lado, en el canon II del Decreto doctrinal se afirmó el principio cristiano de la monogamia. Por esta razón se recuerda que se unen y se juntan en este vínculo dos, y se vuelven uno, y así ya no son dos sino uno en una carne. «El hombre se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne. Lo que Dios, pues, juntó, el hombre no lo separe.» [34].

---

[34] *Evangelio de Jesús,* Mateo 19, 5-6.

Es de tal manera que la Iglesia declara al matrimonio perpetuo, indisoluble y único. Como el matrimonio no viene del exterior, ni aun de una autoridad eclesiástica, se debe entender que ha sido instituido por obra divina, y que por lo tanto sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los dos cónyuges, pues éste es único, inmutable e indisoluble; no es la Iglesia la que hace el matrimonio, pues Ella no le añade nada.

A propósito de la indisolubilidad matrimonial, con el tiempo, Pío XII, papa entre 1939 y 1958, sostendrá su conveniencia, porque ella sirve:

> «para la mutua realización de sí, pues la continuidad y la entrega lenta hacen descubrir nuevos valores en cada cónyuge. Y para proteger la dignidad de la persona humana. El matrimonio es una institución divina que hasta en sus expresiones más íntimas es en extremo delicada. Si no fuese indisoluble, la vida en común correría peligro y permitiría que se diesen deseos egoístas de búsqueda de la propia satisfacción, sin atender a la dignidad personal, ni al honor del cónyuge. La dignidad del hombre y la mujer, sobre todo de ésta, no conoce mejor defensa y protección que la indisolubilidad del matrimonio. Hay que comprometer el porvenir.»

Respecto a la naturaleza misma del matrimonio canónico esbocemos algunos conceptos.

Sin perjuicio de su carácter divino, por ser una institución divina por naturaleza, la voluntad de la pareja tiene una gran importancia y el matrimonio no se realizará sin el libre consentimiento de ambos. Empero, una vez tomada la decisión de contraerlo, esta pareja se hallará sujeta a las leyes y propiedades esenciales de la naturaleza matrimonial.

El matrimonio, para la Iglesia es una institución de derecho natural; es una institución también jurídica que organiza las relaciones entre varón y mujer, alcanzando su carácter *in fieri* que constituye el contrato legítimo entre un varón y una mujer para producir una comunidad indisoluble de vida (el matrimonio *in facto*), y provocar una comunidad indisoluble, exclusiva y perpetua.

Así, el matrimonio importa un acuerdo bilateral cuyo objeto material son los propios contrayentes y cuyo objeto formal será la comunidad de vida. Sus elementos esenciales no podrán ser variados por acuerdo o voluntad privada, pues éste es indivisible por su propia naturaleza.

> «Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad, a la que se opone la poliandria y la poliginea, y la indisolubilidad que excluye la división del vínculo a no ser por causa de muerte.»[35].

Ambas propiedades corresponden al ámbito del derecho natural, el que se protege con la forma.

Y decimos:

> «El núcleo del derecho canónico matrimonial es la obligatoriedad de la forma, que Trento introdujo mediante el Decreto Tametsi [...] y que el Decreto Provida Sapientique Cura, y el Decreto Ne Temere, corroboraron y purificaron de las incertidumbres jurídicas [...]. Según esto, los matrimonios en que al menos uno de los cónyuges es católico no son reconocidos como válidos en la Iglesia si no han sido contraídos ante el Obispo o Párroco competente, o ante un sacerdote o diácono con delegación recibida de ellos o, en determinados casos, ante un seglar con delegación y ante dos testigos.» [36].

Pero desde el punto de vista substantivo, de la Iglesia, es importante anotar que el matrimonio empieza con la conclusión del acuerdo entre varón y mujer, regulado canónicamente, fundándose su sacramentalidad en su institucionalidad suprapersonal e incluso prepersonal.

En este orden de ideas, y en este estado de la exposición, se puede señalar que principios básicos del matrimonio canónico fundamental-

---

[35] CHELODI, Juan, *El Derecho matrimonial,* Barcelona, Bosch, 1959, p. 18.

[36] FLORES, S. M., *Naturaleza jurídica del matrimonio canónico,* monografía inédita, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

mente son: aquel que indica que se ha de realizar entre bautizados; otro que señala que los ministros del sacramento son los mismos esposos que se confieren y reciben el sacramento (el ministro del culto ejerce la función de *tesis qualificatus*); que la materia (*mutua traditio*) y la forma (recíproca aceptación) se contienen en el mismo consentimiento matrimonial; reservándose para el matrimonio el *favor iuris* que beneficia la unión marital, al favorecer la validez del matrimonio en caso de duda sobre éste.

Pero la única causa eficiente del matrimonio es el consentimiento, manifestado con validez jurídica, es decir, expresado por personas libres de impedimento y en la forma legítimamente establecida.

Aunque en buena cuenta había sido trabajo de Pío X, la colección universal, exclusiva y auténtica, que significó el primer Código Canónico propio de la Iglesia, éste fue promulgado por su sucesor, Benedicto XV, el 27 de mayo de 1917, entrando en vigencia el 19 de mayo de 1918. Setenta y cinco años después, el 25 de enero de 1983, aniversario del primer anuncio que dio el papa Juan XXIII sobre la revisión del código precedente, Juan Pablo II decretó la promulgación del nuevo Código Canónico.

Pero es indispensable acentuar acá aún algunos aspectos.

Así, resulta procedente afirmar que la tendencia del Código de 1917 estuvo marcadamente volcada sobre un concepto de matrimonio fundamentalmente entendido como un contrato entre hombre y mujer para engendrar hijos. En el nuevo texto de 1983 se ha tenido muy en cuenta, para este efecto, la doctrina del Vaticano II, de carácter fundamentalmente personal, en que el matrimonio es concebido como «una comunidad íntima de la vida y del amor conyugal, creada por Dios y regida por sus leyes, que se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal irrevocable» [37].

Preciso es señalar, y de manera expresa, cómo la legislación canónica vigente en la Iglesia ha renunciado explícitamente, en materia de

[37] Díaz Moreno, José María, «El matrimonio en el nuevo Código de Derecho Canónico», *Encuentro,* Lima, Centro de Proyección Cristiana, n.º 27, 1983, p. 156.

matrimonio, a mencionar la expresión «contrato», reemplazándola por la de «alianza matrimonial». Así se aprecia de la lectura del canon 1055 del código vigente (aun cuando en los anteproyectos del código parece figurar la expresión «pacto»), ya que la finalidad de la acción apostólica y evangelizadora de la Iglesia en el ámbito de lo matrimonial deberá dirigirse a lograr de los fieles llamados al matrimonio una «vivencia lo más rica posible de esa comunidad conyugal».

> «La nueva legislación del matrimonio, aunque muy detallada, incluso demasiado (119 cánones), es más humana que la antigua por más que conserve algunas reglas anticuadas. Progreso notable: el nuevo derecho integra como elemento constitutivo del matrimonio la comunión de toda la vida, mientras que [no privilegia el antiguo] derecho sobre el cuerpo del cónyuge en orden a actos aptos para la procreación. Esto quiere decir que uno no se casa ya en adelante solamente o primeramente para darse mutuamente el derecho de tener relaciones sexuales en orden a la procreación, sino para formar una intimidad de vida y una comunidad de amor que asumen ciertamente la generación y la educación de los niños, pero al interior de un compartir la vida y de una comunión de los espíritus, de los corazones y de los cuerpos.» [38].

Quedan así, con una nueva visión, amalgamados los tres bienes del matrimonio de los que nos hablara san Agustín: el «*bonum prolus* o bien de la prole», entendido como el derecho a procrear y a educar cristianamente a la descendencia; el «*bonum fidei* o bien de la fidelidad», que consiste en el mutuo derecho a la exclusividad para el cumplimiento del débito conyugal por ambas partes, y el «*bonum sacramenti* o bien del sacramento», que implica la indisolubilidad del vínculo y la consiguiente comunidad de vida.

Y así como obviamente los fines matrimoniales nos interesan para

---

[38] HUG, Joseph, «El nuevo Código de Derecho Canónico: lo que tiene de nuevo y lo que no ha cambiado», *Encuentro,* Lima, Centro de Proyección Cristiana, n.º 28, 1983-1984, p. 143.

el estudio de la institución, hay un aspecto de la mayor importancia concerniente a este estudio: es el relativo al consentimiento y al criterio que sobre él adopta la nueva visión canónica en la Iglesia.

Respecto al consentimiento, resulta particularmente importante la regulación positiva de uno de los artículos de nulidad matrimonial, que ha sido materia de constante jurisprudencia en los últimos años. Se trata, a nuestro modo de entender, de uno de los artículos principales llamado a solucionar diversidad de casos de matrimonios fracasados irreversiblemente. El canon dice:

> «1095: Son incapaces de contraer matrimonio:
> 1) quienes carecen de suficiente uso de razón;
> 2) quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar;
> 3) quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales por causa de naturaleza psíquica.»

Se trata pues de un artículo ciertamente difícil y de discutida elaboración «[...] que no se ha fijado definitivamente [sino] hasta la última redacción [del Código...].» [39]. La doctrina, la jurisprudencia, tienen aquí definitivamente una tarea importante de investigación, de interpretación y aplicación para muchos casos de matrimonios, cierta e irreversiblemente fracasados, y cuyo fracaso estaba ya presente en el mismo momento de contraer el matrimonio.

Pero hay más. Hay asuntos concernientes al matrimonio y al derecho canónico, sobre los que la Iglesia mantiene latente su preocupación y sobre los que con interés hemos investigado.

El sínodo de obispos sobre «La familia cristiana en el mundo de hoy», que se celebró desde el 26 de setiembre hasta el 25 de octubre de 1980, al que concurrieron 216 padres sinodales, con voto, además de expertos, auditores, delegados de diversas conferencias episcopales,

---

[39] Díaz Moreno, José María, *op. cit.*, p. 157.

representantes de Iglesias orientales, superiores religiosos, prefectos de dicasterios y miembros sinodales nombrados por el papa Juan Pablo II, elaboró, a petición del propio papa, una serie que resultó ser de 43 proposiciones, a fin de que «tenga a bien [su santidad] en el momento que considere oportuno, presentar a la Iglesia universal un documento sobre los cometidos de la familia cristiana, de la misma manera que ya lo hizo para la exhortación apostólica "Catechesi Tradendae" tras el Sínodo de 1977».

He aquí, y a propósito de los temas vitales que interesan a este estudio, las inquietudes de la Iglesia universal respecto del matrimonio.

Por 201 votos a favor, tres en contra y dos abstenciones, en la proposición 12, parte tercera, los obispos del mundo recomiendan al papa:

> «Que se aprecie el grado de madurez de fe y la *conciencia* que tienen los futuros esposos al hacer lo que hace la Iglesia. Esta intención requerida para la validez del sacramento no parece presente donde no existe, al menos, la intención mínima de creer también con la Iglesia, con su fe bautismal. Que se evite el rigorismo como igualmente el laxismo.»

En la proposición 18 de los padres sinodales dirigida al pontífice romano, con 194 votos aprobatorios, seis contrarios y seis abstenciones, éstos recomiendan, además de que las conferencias episcopales de cada país puedan estudiar los elementos culturales que rodean el matrimonio y la familia en cada localidad, para realizar una verdadera inculturación de la fe cristiana, que:

> «Teniendo en cuenta la diversidad de las culturas y de las tradiciones, se concedan facultades a las Iglesias particulares y a las conferencias episcopales sobre todo en lo que concierne a la estimación concreta de valores y a la elaboración de normas relativas a la *celebración* y a la *validez* del matrimonio, tal como ha sido establecido en la introducción al ritual de la celebración del matrimonio (n.^{os} 12, 16, 17 y 18).»

Preocupados los padres sinodales con respecto a la madurez necesaria para contraer matrimonio, éstos en la proposición 13, parte quinta, aprobada por 200 votos, con cuatro abstenciones y dos votos contrarios, recomendaron a su santidad que:

> «En razón de la dignidad intrínseca del matrimonio, y en el momento en el cual se incrementa cada vez más el número de matrimonios destruidos y las declaraciones de nulidad, es urgente insistir sobre la instrucción y la formación adecuada de los futuros esposos, de forma que puedan reconocer la permanencia de la unión sacramental y contraer matrimonio con la *madurez necesaria.* Se pide apremiantemente a las Conferencias Episcopales introduzcan *modalidades de matrimonio* que permitan a los futuros esposos adquirir *conciencia* más clara de la gravedad de su decisión; y a los pastores que se aseguren de la *disposición adecuada* de los futuros esposos.» *.

De lo presentado y expuesto, más que manifiesto, evidente, se advierte la enorme preocupación de la Iglesia sobre la importancia de la madurez y conciencia en el consentimiento matrimonial, en vista de que es una auténtica causa eficiente que otorga al matrimonio validez canónica.

5.3 Estructura jurídica del matrimonio germano

A propósito de la influencia del cristianismo en la teoría jurídica y en la práctica del derecho privado alemán, Planitz sostiene que «[...] en materia de derecho de familia la ideología del cristianismo tuvo una

---

* La información relativa a las proposiciones del sínodo de los obispos al Santo Padre, sobre la familia, ha sido hallada en la revista francesa *Documentation catholique,* de 7 de junio de 1981.

fuerza directriz cada vez más intensa»[40]. Ello, obviamente, sin desconocer la influencia del derecho romano en la génesis propia del derecho germánico.

Pero no es posible entender culturalmente la Edad Media en la humanidad (476-1453 d. de C.) sin el conocimiento de los factores bárbaro, cristiano y romano en la historia.

Los sentimientos de nobleza, de independencia, de fidelidad personal, la caballerosidad y el espíritu guerrero, el orgullo señorial y la defensa del honor personal, fueron frutos con los que contribuyó la cultura bárbara para el medioevo.

Con ellos estuvo vigente el aporte del cristianismo, con su hondo sentido espiritual, moral, humano y religioso en la comprensión de Dios y del hombre.

Las ideas del romanismo también invadieron el medioevo, y la mayoría de los reinos, futuras naciones europeas, formáronse en las regiones que antes habían pertenecido al Imperio romano de Occidente. Ellas, y el mundo en buena parte, heredaron no sólo la importancia del idioma latino, el concepto de la vida urbana, un cúmulo de costumbres, el arte y la religión, sino principalmente con su organización municipal o comunal, el derecho, quién sabe la contribución más esplendorosa que la cultura romana haya dado a la comunidad universal.

Volviendo a la propia cultura germánica, para ellos la palabra «alemán» aparece por primera vez hacia el siglo VIII, y en un primer momento sólo sirvió para explicar el idioma que se hablaba en la parte oriental del Imperio franco. Este imperio alcanzó su máximo esplendor con Carlo Magno, nieto de Carlos Martel e hijo de Pipino el Breve, el que en sus cuarenta y ocho años de gobierno logró expandir el territorio de su reino, reuniendo pueblos de diversas razas y credos en un solo imperio, bajo una competente organización y administración. A la muerte de Carlo Magno, el año 814 d. de C., a la edad de 72 años, le sucedió su hijo Ludovico Pío, quien incapaz de dirigir los destinos de los vastos dominios dividió el imperio entre sus hijos

[40] PLANITZ, Hans, *op. cit.*, p. 5.

Lotario, Pipino y Luis, concediendo posteriormente derechos a sus propios descendientes, Carlos el Calvo (adjudicándole el territorio del oeste, es decir el reino de Francia), a Luis (a quien entregó los territorios del lado derecho del río Rhin, la Germania, o sea la actual Alemania), y a Lotario (a quien concedió Latoringia, es decir, Italia y una parte de la Galia).

Fue así como surgieron dos imperios, uno en el este y otro en el oeste, cuyos límites coincidían aproximadamente con la división entre el idioma alemán y el francés. Pero paulatinamente se fue desarrollando en el lado oriental un sentimiento de pertenencia a una propia comunidad, y la designación «alemán» comenzó a ser aplicada no sólo al idioma sino también a todas las personas que lo hablaban y finalmente al territorio que habitaban [41].

En todo este territorio se dio un proceso propio para el derecho. Así, en materia familiar no se puede desconocer la presencia de una suerte de norma jurídica familiar desde la llamada época antigua, norma jurídica familiar desde un principio vinculada a la ética. En el derecho de familia se consagró por ello la tutela colectiva de la *sippe* y en ella la absoluta potestad del padre y el matrimonio forzoso. En esto no puede desconocerse la vigencia de ideas religiosas que influyeron en forma directa en el derecho privado.

En un momento, al lado de los principales valores germánicos tendría sin duda presencia la doctrina cristiana. Justamente la influencia de la Iglesia es la que provocará la disminución del poder de la *sippe,* al establecer impedimentos matrimoniales y al combatir al matrimonio forzoso.

Hacia el siglo XVIII en el derecho germánico se habrán desvanecido las últimas ataduras medievales, y la reforma y el derecho natural marcarán una sentida influencia en los aspectos familiares, advirtiéndose ello en la disolución del matrimonio concluido mediante contrato civil (derecho natural).

Pero la vigencia romanista en ningún momento dejará de marcar

[41] ROMER, Karl, *La realidad alemana,* Gütersich, 1987, p. 45.

su presencia en el proceso del derecho germánico. En vista de que el derecho germánico hacia esta etapa es un derecho de las ciudades y no un derecho nacional, el camino para la recepción del derecho romano apenas sí podría encontrar obstáculos.

Ya en la época de Otón III, la codificación justinianea se consideraba parte del derecho imperial alemán; y la Escuela de los Glosadores de Bolonia (1100-1250) coronada por la *Glossa Ordinaria* de Accursius, había provocado mediante la interpretación de las fuentes un primer conocimiento del derecho romano. Este derecho sería luego adaptado por los postglosadores (1250-1500) a las necesidades de la vida germana medieval, y luego clasificado y ordenado en un sistema jurídico coherente, destacando la tarea de Bartolo de Sassoferrato y su discípulo Baldus de Ubaldis.

Sólo en el siglo XVIII, y para Alemania, por la influencia del derecho natural, se iniciaría la decadencia del derecho romano.

Pero vistas todas estas influencias jurídicas y culturales en el territorio germano, veamos ahora, y comprendamos mejor, lo que específicamente ocurrió con el matrimonio.

En la antigüedad, se afirma que los germanos vivieron en un régimen de matrimonio monogámico, por cuanto sólo a los nobles les estaba permitida la poligamia.

Planitz dice:

> «El matrimonio era una comunidad de vida plena y duradera, y para los germanos tenía además carácter divino, puesto que en ella se consumaba la renovación de la Sippe. El marido gozaba del munt, o potestad sobre su mujer; un matrimonio sin munt no tenía lugar entre los germanos.» [42].

Según lo expresa el propio Planitz, los menores de edad no eran capaces de autodeterminaciones; en consecuencia, por ellos decidían sus padres, y de no existir éstos, sus tutores [43].

---

[42] PLANITZ, Hans, *op. cit.*, p. 289.

[43] *Ibídem*, p. 334.

Probablemente como en todas las culturas, el matrimonio germánico tuvo un proceso evolutivo.

El primer dato que nos da la historia cultural y jurídica es la presencia del matrimonio por contrato. Por el contrato de matrimonio se enlazaban maritalmente un varón y una mujer; empero, en verdad se enlazaban con ellos también dos *sippen,* que eran las familias a las que pertenecían los futuros cónyuges. El novio representaba por sí a su propia *sippe,* en tanto que la novia era representada por su pariente más próximo, el mismo que debía ostentar el *munt* (poder o potestad) sobre ella. En realidad el consentimiento de la novia no constituía un elemento jurídico gravitante, aunque en algunas circunstancias fue tenido en cuenta.

La estructura jurídica interior del matrimonio por contrato consistía en una primera petición (*werbung*) con la que tenían lugar los esponsales, o la promesa de casamiento (*verlobung*), promesa por la cual el novio se obligaba al matrimonio, y el receptor de la promesa a la entrega de la novia. Este acto era acompañado de la entrega de regalos en favor de la *sippe* de la novia.

El enlace matrimonial propiamente provocaba la comunidad de mesa y de afinidad entre las *sippen* que quedaban vinculadas.

> «Ante los parientes reunidos eran examinados los regalos o dádivas y la novia era entregada al novio; esta entrega de la novia era la trauung [...] el novio, estando armado, tomaba de la mano a la novia y la colocaba sobre sus rodillas; de esta manera adquiría el munt o potestad sobre su mujer. Después de esto se realizaba la conducción a la casa del novio, acto que recibía el nombre de carrera de la novia (brautlauf). La mujer cambiaba de hogar, de puesto en los antepasados de la Sippe. A continuación, los cónyuges, en presencia de testigos, pasaban al lecho nupcial.» [44].

Empero, en el período franco se acentuó el carácter contractual del matrimonio, pero esta vez derivado a la compra (*uxorem emere*). Tal

[44] *Ibidem,* p. 290.

contrato tenía un proceso interior. Un matrimonio por compra sólo era eficaz si había sido contraído públicamente mediante *desponsatio* (*verlobung*) y posterior entrega de la novia por los parientes (*trauung*). En el territorio galo la *desponsatio* se configuró como una suerte de contrato con arras, en el que el novio pagaba a quien ostentaba el *munt* sobre la novia, unas arras. Posteriormente la rigidez del mencionado contrato se sustituyó por el llamado *vadiado* (*wettvertrag*), que era un contrato de deuda, y que se configuraba con la entrega de una varita que era el precio de compra de la novia –*wittum*–, comprometiéndose a su vez el que ostentaba sobre ella el *munt* a la entrega de la pretendida, y al deber de proporcionar al novio la potestad que él venía ejerciendo. Con el tiempo, el *wittum* le sería entregado directamente a la novia.

El matrimonio por rapto es la segunda expresión histórica, cultural y jurídica del matrimonio germánico. Paralelo al matrimonio contractual o matrimonio por contrato que hemos narrado, se reconoció también entre las costumbres germanas el matrimonio por rapto (*entführungsehe*). Y es que cuando no se lograba el consentimiento de la *sippe* para contraer matrimonio con la novia, el novio podía convertir a su amada en su mujer raptándola, pero necesariamente con su anuencia, y en la presencia de un mediador o testigo, que era quien entregaba a la novia. De tal modo, la mujer dejaba de pertenecer a su original *sippe*, pero necesariamente el varón debía pagar a tal *sippe* una *busse*. Cabe mencionar que no procedía el matrimonio por rapto sin la anuencia de la raptada, pues el robo de la mujer (*frauenraub*) estaba prohibido.

Con el tiempo, y durante el período franco, el matrimonio por rapto sería severamente repudiado tanto por el Estado como por la Iglesia; empero, tal matrimonio se mantuvo largo tiempo como costumbre jurídica en la vida cultural germánica.

Pero advertido como está que en el matrimonio por compra y en el matrimonio por rapto latía la estructura jurídica del consentimiento, no tardó en aparecer dentro del sistema jurídico germánico el llamado matrimonio consensual (*konsensche*), por el que se ofrecía a la mujer la posibilidad de hacer prevalecer o manifestar su voluntad en la elección de su marido. Es entonces cuando el *munt* comienza a tomar un

rumbo distinto. Así, la mujer de una clase social superior contraía matrimonio con un varón, o en el caso de una noble con quien no lo era, y en tal unión marital no se producía el *munt* en favor del marido.

La idea del consentimiento, que se fue desarrollando con todo este proceso, permitió también que tal consentimiento, para ambas partes, se comenzase a recabar en muchos casos de matrimonio con *munt,* y fue la Iglesia quien predicó que se tomase en consideración la voluntad de la novia. El matrimonio consensual se conservó durante toda la Edad Media, y aunque en algunos matrimonios con *munt* no fue considerado, repetimos, en otros muchos sí lo fue, pues el acuerdo de voluntades de los novios se convirtió en núcleo y esencia del contrato matrimonial germano, sin perjuicio de la trascendencia de la cohabitación o cópula matrimonial, que se consideró indispensable para producir los efectos patrimoniales del matrimonio *.

En los tiempos modernos la conclusión del matrimonio alemán descansa sobre la base del matrimonio civil. Ocurre ello a partir de la negación de la naturaleza sacramental del matrimonio en base al trabajo de difusión realizado por la Reforma, y la difusión del derecho natural que exigió la liberación de la vida estatal de la mediatización eclesiástica medieval.

Sin embargo, el proceso de secularización del matrimonio en Alemania ha sido lento. Así es que entonces el matrimonio civil ha alcanzado dos formas. En principio sólo se admitió como matrimonio civil el facultativo, pero existirá a su lado el matrimonio civil necesario, particularmente para los disidentes católicos y los judíos.

Hoy, como explicamos en otra parte de este trabajo, en Alemania, en materia matrimonial, lo decisivo y determinante es el contrato formal de los prometidos [45].

---

* Pero debe advertirse que la Iglesia, al igual que en época imperial posterior, repudió en principio el matrimonio de consentimiento o simple matrimonio consensual, por entender que iba contra el mandamiento de incondicional sumisión a los padres; consecuentemente derívese de este planteamiento la importancia y trascendencia del consentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos.

[45] *Ibidem,* p. 297.

5.4 Naturaleza jurídica del matrimonio, hoy

5.4.1 Concepto de matrimonio

La variedad de ideas religiosas, sociales, morales, jurídicas y, en general, culturales sobre el matrimonio, hace difícil que recaiga sobre él un solo concepto.

Empero, en el derecho romano reconocemos la importancia del concepto dado por Modestino, según el cual:

> «Las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano (nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consordium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio).» [46].

Por su cuenta, las *Instituciones* de Justiniano expresan que:

> «Las nupcias o matrimonio son la unión del hombre y la mujer que comprende el comercio indivisible de la vida (viri et mulieris conjuctio, individuam vitae consuetudinem continens).» [47].

Más allá, y en la época de la elaboración del Code napoleónico, el tan importante asesor del Primer Cónsul, Portalis, señaló, a propósito del matrimonio, que éste era:

> «La sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino (Societé de L'homme et de la femme qui s' unissent pour s'aider par des secours mutuels, a porter le poids de la vie et bour partagr leur commune destinée).» [48].

---

[46] BELLUSCIO, Augusto, *Derecho de familia,* Buenos Aires, Depalma, 1974, tomo I, p. 184.

[47] *Ibídem,* p. 185.

[48] *Loc. cit.*

A propósito del tema, y sobre la substancia matrimonial, los maestros Planiol y Ripert dirán que:

> «El matrimonio puede ser definido: [como] el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad.» [49].

> «El matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas: pero su objeto esencial es la creación de la familia. En el fondo, no es otra cosa que la unión sexual reconocida por la ley, puesto que la procreación de los hijos crea deberes para los padres.» [50].

Los maestros alemanes Kipp y Wolff asumen que:

> «El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas.» [51].

Pero ellos mismos se encargarán de destacar que las uniones sexuales a través de la historia de la humanidad son tantas y variadas, que no es posible un solo concepto que involucre todas las tipologías posibles.

El maestro de la Universidad de Milán, Messineo, sostiene que:

> «El matrimonio entendido como relación o vínculo ya constituido (la llamada sociedad conyugal) es el núcleo elemental y el fundamento de la familia; incluso sirve para constituir él mismo la familia, aun antes o independientemente del nacimiento

---

[49] PLANIOL, Marcelo, y Jorge RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés,* [La] Habana, Cultural S.A., 1946, tomo II, p. 59.

[50] *Loc. cit.*

[51] ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP, y Martín WOLFF, *Tratado de Derecho civil,* Barcelona, Bosch, 1979, tomo IV, volumen I, p. 10.

de hijos.» [52].

A propósito de la finalidad del matrimonio, Messineo dirá que éste es la «plena e íntima comunidad de vida espiritual y material», y dentro de tal finalidad se halla el carácter ético y elevado respecto del propósito último del matrimonio. El profesor de la Universidad de Milán no considera en cambio como finalidad fundamental del matrimonio la procreación, aunque sea connatural a él, y ello –advierte– queda acreditado por el hecho de que la no procreación (salvo el caso de impotencia) no constituye causa alguna de anulación de la unión matrimonial [53].

Por su parte, el maestro peruano don Héctor Cornejo Chávez hace suya la noción de matrimonio del profesor Emilio Valverde, cuando sostiene que:

> «Por el matrimonio, el hombre y la mujer asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se complementan recíprocamente, y cumpliendo los fines de la especie la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia.» [54].

Empero, el propio maestro Cornejo Chávez, y a propósito de la finalidad conyugal, resalta la importancia de la comprensión del matrimonio como «una suerte de alianza vital» de hondas raíces entre el varón y la mujer, alianza que no debe ser para nada subestimada, porque de ella depende en buena parte la posibilidad de realización personal de cada cónyuge, «[...] y que justifica la creación y subsistencia del vínculo matrimonial aunque no hayan hijos [...]» [55].

Para nosotros, a modo de concepto, el matrimonio es un consorcio natural, legítimo y perdurable de comunión de vidas, entre un hombre y una mujer aptos para contraerlo legalmente, los mismos que se unen

---

[52] MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

[53] *Ibídem*, pp. 35 y 36.

[54] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, Lima, Studium, 1985, tomo I, p. 52.

[55] *Ibídem*, pp. 52 y 53.

en un instituto de interés prioritario en la sociedad, el que de manera ordenada apunta a la realización de los seres humanos mediante una alianza existencial sustentada en el amor y la solidaridad, la misma que regularmente los provee o puede proveer de descendencia, con la responsabilidad substantiva de educarla plenamente, y en el deber de concurrir entre esposos, y entre éstos y sus hijos recíprocamente, con todo aquello a lo que, por años, cada uno tiene derecho a esperar del otro.

5.4.2 El concepto de matrimonio en el Código Civil peruano

En lugar aparte del presente trabajo apreciaremos cómo a través del tiempo, y desde el proyecto del Código Civil de Vidaurre de 1834 hasta el reciente Código Civil de 1936, la legislación peruana positiva ha expresado un concepto de matrimonio. Corresponde ahora preludiar cuál es ese concepto, y cuáles son los caracteres del matrimonio en el código civil vigente desde 1984.

En efecto, en el artículo 234 del Código Civil, al inicio del libro de Familia (libro III), se dice al respecto:

> «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.
>
> El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.»

Advirtamos que un primer carácter constitutivo del matrimonio civil en nuestro medio y en la actualidad es la consensualidad.

No hay matrimonio civil válido si no media entre los contrayentes un consentimiento válido. Y ello importa que los sujetos que contraen el matrimonio se encuentren «legalmente aptos» para contraerlo. Su-

pone no sólo hallarnos frente al «agente capaz» a que se refiere el artículo 140 del Código Civil en materia de acto jurídico, sino, al mismo tiempo, que los contrayentes no se encuentren inhabilitados por la teoría de los impedimentos matrimoniales que se verifica en nuestro código civil desde el artículo 241 hasta el artículo 247, de modo que ellos, los contrayentes, dada su aptitud para contraer nupcias, puedan celebrar un matrimonio jurídicamente válido.

De otro lado, la expresión «[...] por un varón y una mujer [...]», contenida dentro del concepto de matrimonio del artículo 234 del Código Civil, ostenta una doble significación. Entraña la distinción de sexos entre los contrayentes, de modo que quienes concurren a prestar el consentimiento matrimonial como protagonistas de la unión nupcial exhiban el elemento heterosexual (varón y mujer). Se sale así al paso a las corrientes legislativas que auspician el matrimonio entre homosexuales, particularmente en sistemas legales occidentales.

Y la misma expresión antes señalada, «un varón y una mujer», se refiere también directamente a la exigencia de la monogamia. Ella implica la unión de un solo hombre con una sola mujer. Excluye toda forma de poligamia, llámese poliginia (unión de un hombre con varias mujeres), o poliandria o poliviria (unión de una mujer con varios hombres), sin perjuicio de la exclusión deliberada de los llamados matrimonios entre grupos de hombres y mujeres.

Otro carácter del matrimonio civil en el Perú está contenido en la afirmación «formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código». Estamos aquí frente al carácter que se refiere tanto a la legalidad como a la forma matrimonial. El matrimonio civil es pues en nuestro medio jurídicamente una institución formal y solemne, y de no celebrarse de conformidad con las formalidades establecidas en los artículos 248 al 268 del Código Civil, se abre la posibilidad explícita de que el matrimonio puede ser acusado de nulidad en virtud del inciso 8 del artículo 274 («Es nulo el matrimonio: 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.»).

Lo dicho nos lleva a tratar de inmediato el carácter de la legalidad del matrimonio. La legalidad cabe apreciarla desde el punto de vista del matrimonio-acto o desde el matrimonio-estado. En el caso del matrimonio-acto, tal legalidad está dada por la celebración de las nupcias según las formas explícitas impuestas por la ley, en tanto que desde el ámbito del matrimonio-estado se configura porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto legal forzoso, del cual los contrayentes no deben alejarse en vista del carácter prioritario y preponderante que en el mismo orden público tiene el matrimonio civil como tal.

«[...] a fin de hacer vida común»: así reza el concepto del matrimonio en el artículo 234 de nuestro código civil vigente, cuando el Código responde a la pregunta de la finalidad matrimonial. Es éste el carácter de la unidad. La unidad está dada por la comunidad de vida a que se someten los esposos como consecuencia del vínculo que los liga. Pero tal carácter de unidad entraña dentro del concepto del instituto del matrimonio la vocación que éste tiene por el carácter de permanencia (perdurable o estable), en el sentido de que el matrimonio se contrae –o debe contraerse– con la intención de que perdure y se estabilice en el tiempo. Tal carácter –éste de la permanencia– no debe identificarse con la indisolubilidad matrimonial.

Finalmente, el legislador peruano, y en el mismo artículo en que se encuentra el concepto del matrimonio (aun cuando al final de éste), ha querido advertir a quienes lo contraen el efecto de igualdad absoluta que los cónyuges tienen al interior y al exterior del instituto. Por ello el legislador ha dicho que:

> «El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.»

No podía ser otro el tratamiento de igualdad que se confiere a los cónyuges al interior del matrimonio, pues desde 1979 con la Constitución Política del Perú y la Constitución de 1993, se dice que:

> «Art. 2.– Toda persona tiene derecho:

2.– A la igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades [...].»

Por eso el ponente y el legislador del Código Civil de 1984, en el artículo 234, párrafo final, hablan de «autoridad», «consideraciones», «derechos», «deberes» y «responsabilidades» iguales. Todos estos términos no resultan antojadizos y cada uno tiene un sentido concreto.

El primero, «autoridad», se refiere a la facultad de gobierno que por igual se le confiere a ambos cónyuges. La expresión «consideraciones» alude al prestigio social, al *status* social, de suerte que el marido y la mujer pueden aspirar a él y al respeto que de él dimana, por igual. «Derechos» y «deberes» enseñan que ambos cónyuges jurídicamente se encuentran equiparados en facultades que constituyen propiamente obligaciones y al mismo tiempo derechos; y en cuanto a «responsabilidades», el legislador ha querido significar el sentido moral que como carga impone el matrimonio. Así, lo gubernativo, lo social, lo jurídico y lo moral se encuentran al interior del matrimonio como derechos y como exigencias sustanciales que aparecen iguales para los contrayentes.

5.4.3 Los fines del matrimonio

En materia de fines matrimoniales no encontramos históricamente una sola orientación o sentido.

Cuando Modestino manifiesta en Roma su concepto sobre matrimonio, en materia de finalidad señala la importancia de que el hombre y la mujer que se unen lo hagan para «vivir en consorcio y en plena comunión» dentro del mandato del derecho divino y humano. El carácter subrayable dentro de este concepto de matrimonio radica en la *unidad,* entendida fundamentalmente como la comunidad de vida a la que se ofrecen los esposos.

Éste parece ser, por igual, el sentido del concepto justinianeo, cuando el legislador romano habla del matrimonio entre el hombre y la mujer «con la intención de continuar la vida en común».

Empero, cuando Ulpiano menciona los requisitos para contraer válidamente el matrimonio en Roma, se refiere al consentimiento matrimonial e igualmente a la aptitud procreadora dentro del matrimonio. Ello permite esgrimir con no poca consistencia que el proyecto matrimonial romano, aquél consorcio de plena comunión según el derecho divino y humano, estaba conducido de manera significativa hacia la procreación, sin perjuicio del objetivo de vida común entre los esposos.

Planitz rescata para el matrimonio germano –al cual concede sustento y carácter divino–, la finalidad de «comunidad de vida plena y duradera». En tal sentido, el carácter de la unidad aparece nuevamente como protagónico en el concepto, pues tal matrimonio parece apuntar hacia la comunidad de vida a la que se someten los esposos como efecto de la unión marital.

Empero, desde los primeros tiempos, y en la estructura jurídica del matrimonio germánico de orden contractual, se aprecia dentro del conjunto de ritos y simbolismos una finalidad de orden, si no procreativo, cuando menos de débito sexual, pues al cambiar la contrayente de hogar, se afirma, los cónyuges en presencia de testigos «pasaban al lecho nupcial»[56]. Este temperamento parece confirmarse plenamente durante toda la época del matrimonio germánico en el medioevo, dado que después del matrimonio por rapto, al aparecer nítidamente el carácter consensual en el matrimonio germánico, se advierte que la «cópula matrimonial» resultaba indispensable para provocar efectos patrimoniales en la unión conyugal [57].

Lo dicho nos conduce al temperamento de que cuando menos el débito sexual, si no la propia procreación, se hallaba dentro de la naturaleza fundamental de los fines del matrimonio germánico.

---

[56] PLANITZ, Hans, *op. cit.*, p. 290.

[57] *Ibídem*, p. 292.

En el siglo XIII y en la metrópoli española, dentro del viejo Derecho de Castilla, se hallará en plena boga el concepto matrimonial de las *Siete Partidas,* de Alfonso X el Sabio.

> «Ayuntamiento o enlace de hombre y mujer fecho con tal intención de vivir siempre en uno e non se de partir, guardándole lealtad cada uno de ellos al otro e non se ayuntar el varón a otra mujer ni ella otro varón viviendo a uno.»

«Vivir siempre en uno», confirma dentro del concepto matrimonial de las *Siete Partidas,* la importancia del carácter de la *unidad,* varias veces ya antes comentado; aun cuando en este mismo concepto se aprecia la trascendencia de la monogamia como carácter constitutivo del matrimonio. Sin embargo, ya no puede eludirse la resonancia que el concepto otorga al «ayuntamiento» (trato sexual) entre el marido y la mujer, sin duda aspecto capital. El concepto termina con el aserto «viviendo a uno», lo que puede referirse a los dos aspectos: al de la unidad y al del deber del débito sexual.

Respecto a los fines matrimoniales en la unión marital consagrada por el canonismo, recordemos que sólo entre los siglos IV al XI comenzó a aparecer en Occidente, al lado de las ceremonias familiares y civiles, la eclesiástica del matrimonio. Ella carecía de carácter obligatorio, pero con el tiempo se le fueron incorporando rasgos y ritos de las diversas culturas. La doctrina del matrimonio canónico, en verdad, fue paulatinamente formulándose por los primeros glosadores y canonistas, y particularmente por santo Tomás, y así posteriormente la obra del papa Pío X, promulgada por su sucesor Benedicto XV (Código Canónico de 27 de mayo de 1917, puesto en vigor el 19 de mayo de 1918), rezaba a propósito de los fines:

> «Can. 1013.– 1. La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario.
>
> 2.- La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una

firmeza peculiar por razón del sacramento.»

Así, el canonismo positivo dio por enunciados en forma expresa los fines objetivos del matrimonio: los de la institución (el matrimonio), fines *operis,* y los particulares de los contrayentes, fines *operantis,* distinguiéndose inmediatamente el fin primario de otros secundarios, que naturalmente quedaban subordinados al primero. La procreación y la educación de la prole constituyeron el fin primario, en tanto que la ayuda mutua y el remedio contra el apetito desordenado del instinto sexual configuraban los fines secundarios.

Este orden fue así confirmado por el Santo Oficio, el 1.º de abril de 1944 (AAS 36 (1944) 103), afirmando el citado Santo Oficio que incurrían cuando menos en error quienes no aceptaban la procreación y la educación de la prole como fines primarios.

Sin embargo, en época medianamente reciente, y desde los ámbitos filosófico, económico y social, se ha discutido gravemente la afirmación de que la finalidad preferencial del matrimonio esté particularmente conducida a la perpetuación de la especie, afirmándose que tal no puede ser el único fin fundamental del matrimonio, y que al lado de éste pervive, y tiene como aquél tanto valor, la alianza vital entre el marido y la mujer, de la que en parte significativa depende la realización personal de cada esposo.

Así lo ha declarado también explícitamente el documento oficial del concilio Vaticano II, cuando en el tema «Protección de la dignidad del matrimonio y de la familia», al referirse a la perpetuación de la especie, alude a la trascendencia de los otros fines con la explícita sentencia de «[...] sin menoscabo de otras finalidades del matrimonio [...]» [58].

Sobre el tema, el cardenal León Joseph Suenens, miembro de la comisión central Post Conciliar, y de la que elaboró el nuevo Código de Derecho canónico, manifestó que:

---

[58] *Concilio Vaticano II* (documento vaticano), Bilbao, El Mensajero del Corazón de Jesus, 1965, p. 188.

«Puede ser que hayamos acentuado la palabra de la Escritura "creced y multiplicaos" hasta el punto de haber dejado en la sombra la otra palabra divina: "serán dos en una sola carne".» [59].

Por ello es que en el tema de las finalidades matrimoniales, el nuevo derecho canónico, es decir, el Código Canónico puesto en vigencia el 27 de noviembre de 1983, afirma:

«Can. 1055.– 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.»

«Can. 1056.– Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento.»

Significa lo dicho que, dentro de la concepción del matrimonio canónico, los contrayentes no concurren ya a éste fundamental y primeramente para cumplir con las obligaciones provenientes del instinto sexual y en orden a la procreación, sino y también, y con igual valor, para formar una comunidad de vida, una intimidad de amor que asume también el plan de la procreación, pero dentro de un compartir, del diálogo, y de una comprensión suficiente entre el marido y la mujer.

El asunto de las finalidades del matrimonio, tal como quedó dicho al inicio de este tema, no es asunto uniforme, y antes de analizar el tratamiento que se le ha dado en la legislación peruana, advirtamos cómo el Landrecht prusiano, en el encabezamiento de la regulación del matrimonio, establecía que:

---

[59] LEGER, Paul Emile, Joseph León SUENENS, y otros, *Iglesia, población y familia,* Santiago de Chile, Desal-Celap, 1967, p. 14.

> «El fin capital del matrimonio es la procreación y crianza de los hijos. Puede también concluirse un matrimonio válido sólo para el mutuo auxilio (1, 2II, 1).»

Lo que abre la severa interrogante con respecto a si resulta posible contraer un matrimonio con eficacia jurídica y en el que medie un convenio por el cual se excluya la procreación.

No es éste el sentido del proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1834 en el Perú, por cuanto Vidaurre, en el artículo 1, y a propósito del objeto matrimonial, señala que éste es «procrear y educar a los hijos», aun cuando posteriormente, en los comentarios que siguen a la enumeración de los artículos que exhibe su proyecto, nos diga a propósito de los fines:

> «Procrear, educar, vivir juntos, guardarse fidelidad, servirse y auxiliarse son los fines esenciales del matrimonio.» [60].

Dada la enumeración explícita que hace Vidaurre, ella nos releva de todo comentario.

El Código de Santa Cruz, Código Civil boliviano de 1830, que empezó a regir en el Perú desde el 22 de junio y desde el 1.º de noviembre de 1836, respectivamente para los Estados del sur y del norte peruanos, tenía a propósito del matrimonio una manifiesta concepción tridentina.

Así, el artículo 99 de dicho cuerpo de leyes establecía que:

> «Estando en el Estado elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento, las formalidades para su consagración serán las mismas que el Concilio de Trento y la Iglesia tienen designadas.»

Es el artículo 121 del Código de Santa Cruz, el que a modo de «obligaciones» señala también finalidades al matrimonio. Tal código las centraliza en los hijos, para quienes el matrimonio debe garantizar

---

[60] VIDAURRE Y ENCALADA, Manuel Lorenzo de, *Proyecto del Código Civil peruano,* Lima, Imprenta del Constitucional por Lucas de la Lama, 1834, art. 1.

la alimentación, su mantenimiento (amparo y protección general) y la educación. Además de declarar la fidelidad, socorros y asistencia como deberes recíprocos entre los cónyuges, no hay propiamente en la ley un artículo explícito sobre finalidades matrimoniales.

Guarda el mismo concepto tridentino el artículo 156 del Código Civil de 1852. Bueno es, empero, advertir que el artículo 132 de dicho código, al referirse a la finalidad matrimonial, establece la de «hacer vida común» y la de «conservación de la especie humana». Bien importante resulta destacar entonces el orden con que ambas finalidades se establecen en dicho código, puesto que si de modo explícito no se dice que una, la primera, sea prioritaria sobre la otra, sí se advierte e insinúa cómo la «vida en común» es generadora de la alternativa de la conservación de la especie.

En cambio el Código Civil de 1936 en materia de finalidades matrimoniales no expresa opinión alguna.

El asunto parece ser entendible en la medida en que el Perú, y particularmente Lima, se encontraba ya desde mediados del siglo anterior, en materia de matrimonio civil y divorcio, dividido en importantes sectores de liberales y conservadores.

No podemos perder de vista la importante presencia que tuvieron en el Congreso de la República los representantes de pensamientos anticlericales, entre los que destacaban José Antonio Encinas, Alberto Secada y Manuel Jesús Urbina, llegando públicamente en un momento a elogiar la obra del protestantismo en diversos lugares del territorio nacional.

Ya la Constitución de 1920, aun cuando mantenía a la religión católica como oficial para el Estado, admitía en el texto del artículo 26 que «nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas ni por razón de sus creencias». Del mismo modo la tendencia anticlerical reservó en el artículo 74 del texto constitucional el impedimento para ser elegidos en cargos públicos (diputados o senadores), a los arzobispos, obispos, eclesiásticos, vicarios y curas en general.

Parece ser que ante tanta y tal reacción anticlerical, apareció para el legislador como lo más prudente guardar en el Código de 1936 el

silencio respectivo. No olvidemos que este código fue el primero en albergar, en codificación alguna en nuestra historia, tanto al matrimonio civil, como principio general para poder contraer matrimonio válido en el país, así como por primera vez al divorcio vincular, que implicaba la disolución absoluta del vínculo marital.

Por su parte, el Código vigente de 1984 estipula como fin del matrimonio «hacer vida común». El Código Civil no prioriza ninguna finalidad matrimonial específica; más bien otorga a la pareja posibilidad para que dentro de su proyecto de vida conyugal, de vida en comunión, establezca el ejercicio de su rol matrimonial y posteriormente familiar.

Tal apreciación se halla en buena parte en consonancia con la tesis de la «alianza vital» que establece el Código Canónico de 1983, canon 1055. Y es que si el matrimonio civil celebrado resulta válido entre otras consideraciones muy importantes, tal validez radica fundamentalmente en la capacidad civil suficiente del agente. Tal capacidad, es decir, suficiencia psicológica y moral cualitativa, es la que ha de permitir traslucir el consentimiento válido. Es porque hay agente capaz que hay consentimiento válido.

En tal sentido, si el agente es capaz, si media capacidad suficiente entre los contrayentes, es bueno dejar a la consideración de éstos el que sus propias cualidades personales, psicológicas y morales puedan orientar el adecuado sentido de «vida común» que como finalidad les confiere el matrimonio civil vigente en el Perú.

5.4.4 Jurídicamente, ¿qué es el matrimonio civil? Su naturaleza

5.4.4.1 ¿Es un contrato?

Clásicamente se ha sostenido que el matrimonio se asemeja de manera muy directa al contrato. Se ha sostenido que el matrimonio es partícipe de todos los elementos esenciales del contrato, y por tanto resulta a él aplicable tanto la teoría de la nulidad de los contratos como la de

los vicios del consentimiento. Para nada afecta a la teoría del matrimonio-contrato que puedan existir restricciones que reducen el campo de su acción, pues tal teoría sostiene que tal circunstancia es análoga y, tantas veces en nombre del interés público, aplicable para otras relaciones jurídicas cuya calificación contractual está fuera de duda.

No olvidemos que la Reforma del siglo XVI, específicamente el protestantismo, rechaza la naturaleza sacramental del matrimonio, y es Martín Lutero (1483-1546) quien califica el matrimonio como «cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular» [61].

Fue la Iglesia galicana, en Francia, en pleno siglo XVI, la que difundió la teoría teologicojurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato respecto del sacramento, afirmando que la regulación del contrato era asunto de competencia exclusiva del Estado [62]. Empero, fueron el derecho natural y sus teóricos los que en los siglos XVII y XVIII, al igual que Lutero, asistiéndose del galicanismo, rechazaron la naturaleza sacramental del matrimonio y esbozaron nítidamente la concepción del matrimonio como un *contratus civilis.*

Así, tal planteamiento contractual será asumido en el Landrecht prusiano como en la legislación napoléonica francesa. Bajo la Revolución francesa la Asamblea Constituyente proclamará que: «la ley no considera el matrimonio sino como contrato civil» [63], y dado que el Consejo de Estado era contrario a toda definición, el proyecto de Código Civil francés en materia de matrimonio no confirmó el artículo 3 que definía el matrimonio como un contrato, sin renunciar, sin embargo, a tal temperamento [64].

Y es que en la misma Iglesia católica, ya entre los siglos XV y XVI se había planteado la tesis de la separabilidad entre el contrato y el sacramento. No sólo fue Melchor Cano y sus planteamientos para el concilio de Trento, sino que una veintena de prelados y teólogos lo

---

[61] ENNECCERUS, Ludwig y otros, *op. cit.*, p. 14.

[62] *Loc. cit.*

[63] PLANIOL, Marcelo, y Jorge RIPERT, *op. cit.*, p. 58.

[64] *Loc. cit.*

acompañaron con tal nota distintiva y tesis. Así, entonces, y adicionando a ello las ideas de los filósofos del siglo XVIII, particularmente Montesquieu y Voltaire, fue que resultó relativamente sencillo para los revolucionarios franceses separar el contrato del sacramento, otorgándole al primero naturaleza estrictamente civil y entregando al segundo carácter eclesial, o simplemente ignorándolo [65]. Por ello, para nada debe sorprender el texto legislativo de la Constitución francesa de 1791, cuyo título II, artículo 7, señala puntualmente que la ley no considera al matrimonio sino como un contrato civil.

La Escuela exegética del siglo XIX, y aun los autores posteriores en gran número, no vacilaron en considerar el matrimonio como un contrato. Empero, casi de inmediato, tratadistas como Huc, Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, no dudarán en señalar algunas puntualizaciones.

Huc distinguirá entre contratos relativos a cosas y a personas. Sostendrá que el matrimonio es un contrato referido a las personas y que tiene distancias con los otros contratos (los relativos a las cosas) respecto de las reglas del dolo, la inadmisibilidad de plazo o condición, los diversos modos de extinción y la inadmisibilidad de promesa obligatoria de celebrarlos [66].

Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade se encargan de considerar que el matrimonio es, en efecto, un contrato, pero al que no se le pueden aplicar las reglas generales sobre las convenciones, establecidas para actos relativos a la esfera de los intereses pecuniarios [67].

Por su parte, Planiol expresará que, en efecto, el matrimonio es un contrato, aunque agregará que «también es algo más que un contrato» [68].

La doctrina italiana persistirá, y con mucho vigor, en la concepción del matrimonio-contrato, y en algunos casos los tratadistas declararán que se trata de un «contrato de derecho familiar».

---

[65] BELLUSCIO, Augusto, *op. cit.*, p. 291.
[66] *Ibídem*, p. 292.
[67] *Loc. cit.*
[68] *Loc. cit.*

Así, en la doctrina italiana Jemolo adherirá a la tesis de que el matrimonio es un contrato, aun cuando en una acepción más amplia que la tradicional, que sólo contempla los acuerdos que tienen por objeto una relación jurídica patrimonial. Más aún, Jemolo considerará que más que contrato debiéramos tal vez hablar de negocio jurídico bilateral o plurilateral, entendido como categoría general que puede encontrar aplicación en diversos campos del derecho sin dejar de ser regulada autónomamente por cada uno de ellos, de suerte que en el matrimonio están presentes los aspectos referentes al contrato, sin perjuicio de la irrenunciabilidad de los derechos que de él nacen y de la inderogabilidad por los particulares de las normas que regulan tal matrimonio [69].

Begni, también dentro de la doctrina italiana, sostiene la tesis de la concepción contractual, señalando explícitamente que se trata de un contrato de derecho familiar que no puede ser regido de manera determinante por los contratos «verdaderos y propios». Añade Begni que el matrimonio es en su origen y constitución un contrato, pero que por sus características internas, que lo distinguen de todo otro contrato, se justifican plenamente los parámetros que la ley pone a la autonomía de la voluntad de los contrayentes [70].

A su turno, Barassi sostiene igualmente la tesis del matrimonio como contrato, y no encuentra por qué no se le debe llamar contrato aun cuando queda claro que éste no crea obligaciones patrimoniales. Entre esos contratos que no crean obligaciones patrimoniales, Barassi cree hallar al matrimonio, como un contrato de derecho familiar por el que se crea un estado de derecho familiar que provoca a su vez un estado de familia, que en buena cuenta es una suerte de contrato de adhesión [71].

También en Italia, Gangi postula la tesis de que el matrimonio es una suerte de concepto contractual pero más amplio que el establecido corrientemente, y equivale a una especie de negocio jurídico bilateral.

---

[69] *Ibídem,* p. 293.

[70] *Loc. cit.*

[71] *Loc. cit.*

Cree que estamos frente a un contrato, pero de derecho de familia, resueltamente distante de los otros contratos de índole patrimonial. Tal distancia se aprecia en las condiciones de existencia y validez, como también en la capacidad de los contrayentes, en los vicios del consentimiento, la forma y los efectos, que en el «contrato matrimonial» tienen una regulación jurídica muy particular y propia [72].

Es común que la doctrina italiana recurra con frecuencia a la opinión y a la tesis de que el matrimonio es un contrato de derecho de familia.

De otro lado, la doctrina española no desecha la tesis contractual del matrimonio.

Lacruz sostiene que el matrimonio es un contrato desde el mismo acto constitutivo del vínculo, en el que aprecia el acuerdo de voluntades, pero entiende que se trata de un contrato con características propias que afectan la autonomía de la voluntad. Nada de ello –dice– implica que no se le pueda catalogar de contrato familiar [73].

Y así como Vélez Sársfield desechaba la tesis de la naturaleza jurídica del matrimonio como contrato, como se aprecia en la nota del título «Del matrimonio» para el Código Civil argentino, Francesco Messineo decía textualmente sobre la materia lo siguiente:

> «Un rasgo peculiar del matrimonio civil, que se destaca especialmente en comparación con el instituto paralelo del matrimonio canónico, es que el mismo no es un contrato, aun cuando no se acepte la doctrina que ve en la celebración del mismo un acto complejo. No se trata de razones estructurales sino de contenido. Mientras es bien firme respecto del derecho canónico el carácter contractual del matrimonio (y prescindimos aquí de las razones de tal concepción), es igualmente cierto el carácter no contractual del matrimonio civil, si se toma como base de discusión el derecho positivo italiano y no se deja uno desviar, precisamente, por la

[72] *Loc. cit.*

[73] *Ibídem,* p. 294.

diversa dogmática del derecho canónico. Puesto que el art. 1321 del C.C. [italiano] circunscribe el ámbito del contrato (en sentido técnico) a las relaciones jurídicas patrimoniales, el punto no puede ser ya materia opinable; a menos que, al definir el matrimonio civil como contrato, se le quiera dar un sentido translaticio (con lo que, sin embargo, se admite ya que se está fuera del significado riguroso del término) [...] el matrimonio civil es, por el contrario, una «convención» de derecho familiar [...] la tesis no carece de reflejos dogmáticos, como se puede ver a propósito de la celebración, en la que si verdaderamente se tratase de contrato, no se entendería la función no simplemente receptiva que en él ejercita el celebrante.» [74].

Aun cuando puede éste no resultar el lugar propio para ubicar la afirmación, sostengamos aquí que para la Iglesia católica el matrimonio es, y no queda duda desde el concilio de Trento, fundamentalmente un *contrato-sacramento*. Significa ello que, en el momento en que los contrayentes expresan recíprocamente el consentimiento matrimonial, en ese mismo acto fluye de tal manifestación contractual el sacramento con sus caracteres de uno, natural e indisoluble. No significa ello, empero, como queda dicho en este trabajo, que no se haya discutido la viabilidad de la tesis de separabilidad entre el contrato y el sacramento. Sobre esta materia, que es más de naturaleza canónica, puede resultar importante para el lector ver en Esmein, *Le mariage en droit canonique, cit.*, el resumen de doctrinas, del tomo II, página 443, y los apéndices de las páginas 483 y siguientes del mismo tomo II, en los que se advierten las diversas opiniones de los numerosos oradores que en el concilio de Trento formularon la tesis de la separabilidad entre el contrato y el sacramento.

[74] MESSINEO, Francesco, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

5.4.4.2 ¿Es una institución?

Por su excepcional importancia repetiremos aquí la tesis del admirable M. Portalis, el gran consejero de Estado en Francia, que informaba a la legislatura sobre el proyecto que propuso como ley de matrimonio y que posteriormente se estimaría para el Código francés.

Decía entonces Portalis:

> «El matrimonio, en sí, es más que la simple aproximación de los dos sexos; no confundamos a este respecto el orden físico de la naturaleza que es común a todos los seres animados con el derecho natural que es particular a los hombres. Llamamos derecho natural a los principios que rigen al hombre considerado como ser moral, es decir, como ser inteligente y libre, destinado a vivir entre otros seres como él, inteligentes y libres. El deseo general que impulsa a un sexo hacia el otro y que basta para aproximarlos, pertenece al orden físico de la naturaleza. La elección, la preferencia, la inclinación personal que determinan este deseo y lo fijan sobre un solo objeto: todo eso es de derecho natural. Pero en los hombres, la razón se mezcla más o menos a todos los actos de su vida; el sentimiento está junto al deseo, y el derecho sucede al instinto. Descubro un verdadero contrato en la unión de los dos sexos. Este contrato no es puramente civil, a pesar de lo que al respecto digan los jurisconsultos; tiene su principio en la naturaleza que se ha dignado asociarnos en este punto a la magna obra de la creación; está inspirado y a menudo mandado por la naturaleza misma. Este contrato no es tampoco un puro acto religioso, puesto que ha precedido a la institución de todos los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas, y que viene desde tan lejos como el hombre. ¿Qué es, pues, el matrimonio en sí mismo, e independientemente de todas las leyes civiles y religiosas? Es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, por medio de auxilios mutuos, a sobrellevar el peso de la vida y para compartir una misma suerte [...].

No era posible que este contrato quedase abandonado a la licencia de las pasiones. Los animales son conducidos por una especie de fatalidad: los impulsa el instinto; el instinto los detiene. Sus deseos nacen de sus necesidades, y el término de sus necesidades viene a ser así el de sus deseos. Otra cosa ocurre con los hombres, en quienes la imaginación habla cuando la naturaleza calla. La razón y la virtud que fundan y aseguran la dignidad del hombre dejándole el derecho de ser libre y granjeándole el poder de gobernarse a sí mismo, no opondrían a menudo más que débiles barreras a deseos inmoderados y a pasiones desmedidas. Digámoslo sin temor: si en las cosas sobre las cuales nuestros sentidos pueden ejercer un imperio tiránico, el uso de nuestras fuerzas y nuestras facultades no hubiese sido constantemente regido por las leyes, hace mucho tiempo que el género humano hubiese perecido por los mismos medios que le han sido dados para conservarse y reproducirse. Se ve, pues, por qué el matrimonio ha merecido siempre la solicitud de los legisladores [...]. Nos hemos propuesto defender al hombre moral contra sus propias pasiones y las pasiones de los otros, a la vez que asegurarnos que el hombre físico tenga la capacidad necesaria para el cumplimiento de los fines a que la institución responde.» [75].

Y, en verdad, los contratos comprometen fundamentalmente el patrimonio de los contratantes; empero en el matrimonio es la propia personalidad, el propio sujeto, el que se ve comprometido al fusionar su existencia con la otra persona.

El matrimonio no es la consecuencia ni el resultado de un cálculo frío, con ánimo mercantil, por el que se miden ventajas e inconvenientes; contrariamente, es una respuesta espiritual, psicológica, humana de la propia naturaleza. Esta respuesta compromete gravemente no sólo a la familia, sino a la misma sociedad. Es que en el matrimonio hay, además

[75] RÉBORA, Juan Carlos, *Instituciones de la familia,* Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1946, tomo II, pp. 12, 13 y 14.

de un compromiso social, un profundo compromiso ético y moral, no sólo entre los cónyuges, sino también con todas las derivaciones provocadas de la relación de sangre y de afecto, que compromete a los padres con los hijos recíprocamente, y, en suma, a todos los que constituyen parte de la familia en la vida en sociedad.

El planteamiento arriba esbozado sale al frente de las concepciones individualistas sustentadas en las filosofías del siglo XVIII, que afirmaron rotundamente la preeminencia del derecho subjetivo del individuo como derecho natural, inalienable e imprescriptible, y aun anterior y, por qué no, superior al Estado. Pues bien, a esta tesis la teoría del matrimonio-institución antepone la noción de que el derecho no puede desconocer y más bien supone necesariamente una vida social ordenada, sustentada sobre fundamentos básicos y prioritarios de índole ética, pues entre sociedad viable y ética se reconoce un vínculo y un correlato innegable.

En este orden de ideas, el matrimonio es una gran institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes. Y eso es lo que vio –«una institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes»– el redactor del Código Civil argentino, Vélez Sársfield, en 1869. En su nota al título 1 de la sección 2 del libro primero del Código, referente al matrimonio, el maestro argentino sostiene que:

> «[...] un hecho de la importancia y resultados del matrimonio, no podía descender a las condiciones de una estipulación cualquiera [...]. Serían necesarias tantas excepciones al contrato [...] había otra manera de considerar el acto, que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes [...].»

La Constitución francesa de 1791, y aun antes de ella la patente del emperador José II en 1783, recibieron, con el concepto matrimonial del Código argentino, una importante reacción en sentido contrario. Rébora nos dice: «para la ley común que el Congreso de 1869 nos daba,

el matrimonio es un régimen [...]; no es contrato» [76].

Y añade:

> «Del punto de vista de las posiciones a que recíprocamente se trasladan, por la celebración, ambos cónyuges, el matrimonio es "estado". Del punto de vista de las relaciones que establece, o sea, del de los derechos y deberes de los contrayentes, el matrimonio es "vínculo". Del punto de vista de las circunstancias que han de reunirse para que se le considere celebrado, el matrimonio es "acto". Acto como los actos jurídicos comunes en cuanto se requiere, para su formación, una voluntad libre y esclarecida; pero diferente de esos mismos actos en cuanto a la posibilidad de admitir caracteres que en materia de matrimonio la ley –la ley solamente– se ha reservado potestad para trazar. El matrimonio no es contrato: es régimen, régimen legal.» [77].

Ante planteamiento tan importante, la propia Francia, hacia 1877, en la obra de La Breda, *Considérations sur le mariage au point de vue des lois,* publicada en Lyon, se remitirá a la tesis institucional del matrimonio.

Veinticinco años después, pero sólo someramente, el planteamiento del matrimonio-institución será esbozado por Charles Lefebvre, quien sostiene que el instituto no pertenece al ámbito jurídico de los contratos, pues a los contrayentes no se les puede permitir estipular como si fuesen verdaderos contratantes. Más aún, Lefebvre resta valor a la propia Constitución francesa de 1791 cuando ésta utiliza la expresión «contrato civil», y declara que tal terminología habría sido particularmente escogida no tanto para darle a la institución una connotación de «contrato», sino más bien una calificación «civil» (contraria a cualquier concepción eclesial) [78].

Será con Maurice Hauriou que en Francia se producirá el verdadero desarrollo de la teoría del matrimonio-institución, que desarro-

[76] *Ibídem,* pp. 21 y 22.

[77] *Ibídem,* p. 22.

[78] BELLUSCIO, Augusto, *op. cit.,* pp. 295 y 296.

llarán luego tanto Renard como Bonnecase.

En realidad Hauriou vinculaba más bien la teoría del matrimonio-institución a la intención de la indisolubilidad del matrimonio y señalaba que la concepción contractual provocaba la disolución del vínculo por cualquier incumplimiento grave de alguno de los cónyuges [79]. En esa línea, Renard juzgaba que el matrimonio era el acto de fundación de la familia, y que la familia como tal era propiamente la institución, resaltando la necesidad de que tal institución alcanzara carácter de indisoluble [80].

Es Bonnecase, entre los franceses, el que con mayor extensión desarrolla la tesis del matrimonio-institución. Él desconoce la tesis contractualista, al hallar, por el contrario, que en los propios textos positivos del Código de Napoleón, para que se perfeccione la celebración del matrimonio, encuentran espacio propio, y de particulares efectos jurídicos, la actuación del oficial público, la ceremonia matrimonial de carácter público, la publicidad del proyecto matrimonial, las normas relativas al consentimiento, la capacidad, la representación y los propios efectos del matrimonio en sí. Alegó observar en la familia un carácter de instituto organizado en correlación con el interés social y moral. Consideró que el matrimonio era institución jurídica, con reglas de derecho fundamentalmente imperativo, y del que derivaba una situación jurídica compleja, cual es el estado de esposos. Señaló que el término «matrimonio» implicaba tanto a la institución jurídica que comprende las reglas que presiden la organización social de la unión de los sexos y de la familia natural, como al acto jurídico propio de la celebración de esta unión pero ante un oficial del estado civil, y que no hay más objeto que la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio, cuyas reglas son prioritarias [81].

---

[79] HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho público constitucional,* Madrid, Reus, 1927.

[80] RENARD, Georges, *Introducción filosófica al estudio del Derecho,* Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1947.

[81] BONNECASE, Julien, *La filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de familia,* Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1945.

5.4.4.3 ¿Es un contrato-institución?

A la tesis anteriormente expuesta sobre el matrimonio-institución se añade la tesis, singular por cierto, de la mixtura entre la tesis del matrimonio-contrato y la del matrimonio-institución.

En efecto, si por contrato entendemos aquel instituto jurídico de ánimo patrimonial y compatible con la libertad de las partes para destruir el vínculo o para regularlo y variar su contenido, ciertamente, dice este planteamiento, el matrimonio no constituye contrato. Empero, si más bien se acepta el sentido lato, y por él reconocemos un «negocio jurídico bilateral», puede arribarse a la conclusión de que el matrimonio es entonces un contrato, sin que en tal caso resulte imperante la voluntad de las partes.

Así, porque es contrato se entenderá la importancia del consentimiento, el funcionamiento de la teoría de los vicios del consentimiento, las nulidades y el surgimiento de obligaciones. Pero inmediatamente se entenderá que tal contrato es una institución, es decir, que es obra del Estado al mismo tiempo que de la voluntad de los contrayentes, y que la teoría de la invalidez del matrimonio se aparte, aun cuando relativamente, de la de los contratos.

Así, las concepciones del matrimonio-institución y del matrimonio-contrato no se excluyen sino que se complementan, de modo que el matrimonio es, al mismo tiempo, para esa teoría, tanto un contrato como una institución.

Ha sido Rouast, en Francia, quien intentó conciliar las dos doctrinas antes expresadas, en el trabajo en que colaboró con Planiol y con Ripert a propósito del tema. Rouast establece que el matrimonio como institución constituye un todo jurídico compacto (reglamento o estatuto) al que las partes tienen la facultad de adherirse, pero una vez sometidos a éste su régimen resulta inalterable. Tal teoría jurídica explica, fundamentalmente, la intervención del representante del Estado, la imposibilidad de los cónyuges para modificar los efectos del matrimonio, la inviabilidad para ponerle fin por mutuo disenso, y el alejamiento de la teoría de las nulidades propias del derecho común, así como la aplicación inmediata de las leyes nuevas en la materia.

Empero, el propio Rouast no desestima la importancia de la tesis contractual, al admitir la trascendencia del consentimiento matrimonial y la aplicación de la teoría de los vicios del consentimiento [82].

> «Los Mazeaud contraponen el contrato y la institución, fundamentalmente por la omnipotencia de la voluntad de las partes en el primero y porque en la segunda se trata de una situación jurídica cuyas reglas están fijadas anticipadamente por el legislador, de modo que los individuos pueden someterse o no a ella, mas no modificar las normas que la rigen. Consideran que en el matrimonio-fuente el elemento consensual es esencial, pero que en el matrimonio-estado predomina el carácter institucional.» [83].

Marty y Raynaud también comentan la teoría de Rouast, y consideran que no debe exagerarse la oposición entre el contrato y la institución. Estiman que paulatinamente se van esfumando las libertades contractuales, y que a su vez se multiplican los contratos que son reglamentados imperativamente. Entienden que ambas tesis son más bien complementarias y que en tanto en el contrato los esposos se adhieren a una institución, tal institución deviene en imperativa al haber sido elaborada por la autoridad pública [84].

Otro comentarista de la tesis de Rouast, Julliot de la Morandiére, afirma que, en efecto, el matrimonio es un contrato por cuanto nace de la voluntad expresada por los contrayentes, pero sostiene que al mismo tiempo éste es una institución en cuanto a sus efectos, los mismos que están imperativamente establecidos por la ley y resultan inmodificables por las partes [85].

> «En España, se adhieren a la concepción mixta Puig Peña y Puig Brutau. Al primero le parece oportuna la tesis contractualista,

---

[82] BELLUSCIO, Augusto, *op. cit.*, p. 298.
[83] *Loc. cit.*
[84] *Ibídem*, p. 299.
[85] *Ibídem*, p. 298.

que entiende que fundamenta técnicamente la contracción válida de las nupcias, pero acepta la teoría de la institución al considerar al matrimonio como estado jurídico. El segundo opina que no tiene sentido exacto contraponer las ideas entre contrato e institución, ya que puede ser a la vez contrato –o negocio jurídico bilateral familiar– y al mismo tiempo institución, lo primero en cuanto al acto constitutivo y lo segundo en la realidad del matrimonio ya constituido.» [86].

5.4.4.4 ¿Es un acto jurídico?

Sin más, Duguit, sobre la base de su teoría del derecho público, establece la existencia de tres niveles de actos jurídicos. De un lado los llamados actos-regla, que producen modificaciones del derecho objetivo, como es el caso de las leyes, los reglamentos, etc.; de otro lado, el llamado acto subjetivo, cuyo sentido es crear relaciones jurídicas entre las partes, y cuyo tipo fundamental es el contrato; pero, al lado de éstos, Duguit establece la presencia del acto-condición, el mismo que constituye, a modo de condición, la aplicación que se hace a un individuo determinado de una norma jurídica o de un estatuto que no le era aplicable antes de la celebración de dicho acto. En tal sentido, el matrimonio sería una suerte de convención que condiciona el nacimiento de una situación tal [87].

Así, en la doctrina moderna son abundantes las opiniones que se refieren al matrimonio considerándolo como un acto jurídico familiar («negocio jurídico familiar», en la terminología italiana y española). Empero, tal pronunciamiento para nada impide que el matrimonio como estado sea considerado una institución.

El acto jurídico de derecho de familia no constituye categoría distinta del acto jurídico genérico, sino más bien una especie de este género. No debe verse, pues, distancia o diferencia sustancial entre el

[86] *Ibídem,* p. 299.

[87] DUGUIT, León, *Tratado de Derecho constitucional,* París, 1927.

acto jurídico genérico y el acto jurídico familiar *. La distinción estriba fundamentalmente en el objeto, es decir, en el propósito y sentido del fin inmediato, que en el caso del acto jurídico que nos interesa es un fin relacionado con el derecho de familia. Pero el derecho de familia tiene a su vez un alto contenido ético por el que el juego de la voluntad humana se halla limitado; de ahí que sus efectos y consecuencias estén exclusivamente reglados por la ley.

Aprovecharán de ello Cicu [88] y De Ruggiero [89], para afirmar que, en tal caso, de existir tan determinante intervención de la ley, no estamos ya ante actos jurídicos familiares sino más bien ante un acto jurídico creado por la voluntad de la autoridad. Pero Díez-Picazo considerará que el elemento estatal no hace a la esencia del acto, de suerte que siempre se trata de actos esencialmente privados, a lo que Díaz de Guijarro [90] agregará que resulta imposible deshumanizar el acto jurídico familiar desconociendo la preponderante importancia de la actuación de la voluntad.

---

* Ya la doctrina ha producido algunas clasificaciones de actos jurídicos familiares. Así, de un lado existen los llamados actos jurídicos familiares personales y patrimoniales, según éstos versen sobre relaciones jurídicas o derechos subjetivos sin contenido económico o con él. Existen también los actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales, según su formación provenga de la voluntad de una sola persona o de dos o más. Los llamados actos jurídicos familiares solemnes y no solemnes, atribuyen su denominación al hecho de que la forma establecida por la ley constituya o no condición de existencia del acto y éste es el caso del matrimonio como acto jurídico familiar solemne. También se dan los actos de emplazamiento en el estado de familia y de ejercicio del estado o que regulan facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares. Díaz de Guijarro define el acto jurídico de emplazamiento como «el acto formal que tiene por fin fundar una familia o establecer la posición de las personas dentro de la misma». Los actos constitutivos y declarativos se diferencian según creen un nuevo estado de familia (por ejemplo, el matrimonio y la adopción), o simplemente admitan la existencia de un estado anterior (por ejemplo, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial); en el primer caso el acto tiene efectos para el futuro, en tanto que en el segundo el acto tiene efectos retroactivos.

[88] Cicu, Antonio, *El Derecho de familia,* Buenos Aires, Ediar, 1947.

[89] Belluscio, Augusto, *op. cit.,* p. 165.

[90] *Ibídem,* p. 162.

El propio Díez-Picazo negará la existencia del acto jurídico cuando el impacto que recibe la relación deviene de un acto de ejercicio del poder o del cumplimiento de un deber, y más bien sostendrá que el acto jurídico deriva de la existencia de un acto de autonomía privada dirigido a constituir, modificar, extinguir o determinar el contenido de una relación jurídica [91].

Pese a lo expuesto, en Europa son pocas las opiniones hondas referentes al acto (o negocio) jurídico familiar.

Algunas escasas referencias encontramos en la doctrina francesa, cuando Ripert y Boulanger señalan la existencia de actos voluntarios que interesan al derecho familiar. Estos actos, dicen, se hallan sometidos a las reglas generales de los actos jurídicos, pero la voluntad sólo cuenta para la realización del acto, en tanto que los efectos se encuentran reglados por la ley [92].

Colin y Capitant hablan de la existencia de actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales. Estos últimos, los extrapatrimoniales, se referirán a los derechos de la personalidad y de familia, pero la ley limita su número y, sostienen, reglamenta estrechamente sus condiciones y también sus efectos [93].

En la doctrina italiana, y fundamentalmente en atención al contenido, Barbero alude a la existencia de «negocios de índole personal»[94]; Messineo reconoce la existencia de «negocios de derecho familiar»[95]; Betti alude a los «negocios familiares» [96], y Cariota Ferrara menciona los «negocios de derecho personal y familiar» [97].

Igualmente, en atención al contenido, en la doctrina alemana se

---

[91] Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, «El negocio jurídico de Derecho de familia», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* Madrid, 1962.

[92] Belluscio, Augusto, *op. cit.*, p. 165.

[93] *Loc. cit.*

[94] *Loc. cit.*

[95] *Loc. cit.*

[96] Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico,* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943.

[97] Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico,* Madrid, Aguilar, 1956.

pronuncia a favor de la existencia del «negocio jurídico de derecho de familia», Von Tuhr. Cita, a modo de ejemplos, entre otros, los esponsales, el matrimonio, el reconocimiento y la adopción [98], e igualmente se expresa Enneccerus, quien alude a los «negocios jurídicos de derecho de familia» [99].

> «Como antecedente de esta tesis [la de acto jurídico familiar], pueden señalarse las opiniones de autores que señalaron que no se trataba propiamente de un contrato sino de una convención, ya que no habría diferencia entre acto jurídico bilateral y convención. Actualmente lo caracterizan como acto jurídico familiar –aunque para algunos es bilateral y para otros complejo–, en Alemania Von Tuhr; en Italia Messineo y Stolfi; en España Castán Tobeñas, Puig Brutau, Albaladejo y Díez-Picazo; en Francia Bonnecase, Julliot de la Morandérie, Ripert y Boulanger, y los Mazeaud [...] como resulta de esta enunciación, algunos de los autores que lo califican de acto jurídico familiar, también son partidarios de la teoría de la institución en cuanto al matrimonio-estado, o bien de la concepción mixta.» [100].

Visto lo expuesto, preguntémonos cuáles son los elementos constitutivos del acto jurídico familiar. Respondamos que tales elementos constitutivos deben referirse tanto al sujeto, al objeto, como a la forma.

Respecto al sujeto, se hace indipensable que éste ostente la capacidad jurídica suficiente. Ello importará hallarse en plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles, sin dejar de considerar que para la consumación del acto jurídico familiar las reglas propias del derecho de familia se apartan a veces de las generales que exhibe el Código Civil.

Pero es aquí, en el ámbito relativo al sujeto del acto jurídico, en donde nosotros queremos hacer notar la importancia del proceso de formación de la voluntad de aquél. En ella deben distinguirse cuando

---

[98] BELLUSCIO, Augusto, *op. cit.*, p. 164.

[99] *Loc. cit.*

[100] *Ibídem*, p. 301.

menos tres fases: el discernimiento, la intención y la libertad, tal como con particular inteligencia lo hace notar el Código Civil argentino:

> «Art. 897.– Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.»

Este proceso de formación de la voluntad es de excepcional importancia en el derecho en general y particularmente en el caso específico del matrimonio.

> «Según Aguiar el discernimiento es un estado de conciencia determinado por el desarrollo intelectual del individuo, que invistiéndolo de la facultad de conocer en general, lo coloca en condición de formar un juicio por medio del cual percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas, de apreciar y juzgar sus actos y los ajenos, o, en términos más simples, de distinguir los diversos actos en sus diferentes categorías. Arauz Castex y Llambías lo definen como la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. Es la versión jurídica del entendimiento o inteligencia [... El discernimiento] es el presupuesto de la capacidad de ejercicio.» [101].

Según Aguiar, citado por Fernando Vidal Ramírez, la intención:

> «es querer realizar un acto con conciencia de sus consecuencias en el momento de su realización. Agrega que no debe confundirse al discernimiento con la intención y que, recíprocamente, lo uno es el presupuesto de lo otro.» [102].

En cambio, la libertad «debe entenderse como la espontaneidad

---

[101] VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Teoría general del acto jurídico,* Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 81.

[102] *Ibídem,* p. 82.

en la decisión de celebrar el acto jurídico [...] la facultad de elección, como consecuencia del discernimiento y de la intención» [103].

Dejemos ahora este punto relativo al sujeto reiterando algo que aparece evidente: obviamente la capacidad exigida, y de la que hablamos, debe ser la plena: no cabe duda de que la capacidad que debe ostentar el agente es tanto la de goce como la de ejercicio.

De otro lado, respecto al objeto del acto jurídico, nos parece prudente asumir la tesis de Albaladejo. Sostiene éste que por objeto deben entenderse los bienes, utilidades o intereses sobre los que recae la manifestación de voluntad. Así, el carácter del objeto resulta de que éste sea posible, física y jurídicamente.

Lo «posible físicamente» está directamente referido a la real factibilidad de ejecutar el objeto en perfecta consonancia con las leyes de la naturaleza; en tanto que la «posibilidad jurídica» se refiere a la conformidad del objeto con el ordenamiento jurídico.

Al margen del concepto de objeto y de su carácter, el fin del acto jurídico debe ser lícito, es decir, perfectamente arreglado tanto a la moral como a las buenas costumbres imperantes en la sociedad en la que se practica el aludido acto jurídico.

Respecto al tema de la forma, afirmemos que en los actos jurídicos familiares el formalismo se pronuncia aún más, en atención a la trascendencia e importancia que tales actos tienen en la comunidad. De modo que la solemnidad de estos actos está vinculada al interés social; empero, si es que la ley no ha designado una forma específica para el acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente, como parece ser el caso de los esponsales.

Aun cuando no corresponde típicamente ni al tema del sujeto, del objeto ni de la forma, sí lo es, para el acto jurídico, asunto de importancia, el de las modalidades, razón por la que creemos importante afirmar que, a nuestro juicio, de manera genérica, en los actos jurídicos familiares no es procedente establecer modalidades como la condición, el plazo o el cargo, aun cuando casuísticamente pueda llegarse a alguna

---

[103] *Loc. cit.*

excepción eventual como podría ser también el caso de la promesa esponsalicia con plazo de por medio.

Bien, admitido que el matrimonio sea un acto jurídico familiar, ¿cómo se sitúa dentro de la clasificación de los actos jurídicos?

De un lado, en principio, queda claro que se trata de un acto bilateral; empero, no debemos olvidar la intervención del representante del municipio en la celebración del matrimonio, lo que parecería convertirlo en un acto jurídico complejo. La participación del alcalde o su delegado es incuestionable para la validez del matrimonio en nuestro medio. La expresión: «en atención a la respuesta favorable dada por ustedes y como representante legal de esta municipalidad, en nombre de la ley, los declaro marido y mujer», es absolutamente exigible para que el matrimonio quede perfeccionado; sólo luego de ello vendrán las firmas de los contrayentes, de los testigos y de la autoridad municipal, con lo que el acta matrimonial debiera quedar impecable e intachable en sus asientos municipales.

El tratadista argentino Spota, a propósito del concepto de acto complejo, sostiene que:

> «hay acto complejo todas las veces que la celebración y perfección del negocio jurídico dependen, no sólo de una o varias declaraciones de voluntad que se hallan en un pie de igualdad jurídica, sino también de otra declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quien o quienes formulan aquellas declaraciones; esta última voluntad no sería un asentimiento, aprobación o autorización, sino otra declaración de voluntad que integra el acto.» [104].

Bonnecase [105], Vassalli y De Ruggiero, así como Messineo [106], adhieren en términos más o menos precisos a la tesis de que el matrimonio sería, como tal, en efecto, un acto jurídico complejo.

---

[104] Belluscio, Augusto, *op. cit.*, p. 303.
[105] *Ibídem*, p. 302.
[106] *Loc. cit.*

Empero, es aquí necesario advertir que la calificación del matrimonio como acto complejo constituye un verdadero problema de identificación conceptual y jurídica en el derecho. Sería indispensable e imprescindible, en primer lugar, para determinar si el matrimonio lo es, verificar la existencia de un solo y único concepto de acto jurídico complejo, lo que no es así en la doctrina. Ello nos ofrece la primera y la más grande dificultad, pues además de tratarse de una noción que efectivamente no es recogida por toda la doctrina, los autores que la tratan no comparten ni sustentan necesariamente posiciones iguales. Respecto al concepto de Spota, lo hemos encontrado compartido por varios autores, y lo hemos asumido no sólo por encontrarlo teóricamente razonable sino vinculado a un derecho (como el argentino) que nos resulta manifiestamente próximo.

En la propia doctrina italiana, la teoría del matrimonio como acto jurídico complejo es refutada por autores como Jemolo, quien advierte que en el caso del matrimonio el vínculo nace de la voluntad de los contrayentes, mientras que la manifestación que pueda hacer el Estado no tiene el mismo valor. Barbero, por su parte, señala que la declaración del representante de la municipalidad no es una manifestación de voluntad sino de ciencia; él (el alcalde) proclama unidos a los contrayentes no porque quiere, sino porque debe; en tanto que Gangi advierte que el acto complejo es un acto unilateral de varios sujetos que, con una común intención o interés idénticos, se pronuncian de manera paralela, constituyendo una sola parte y no entrecruzando sus declaraciones [107].

Albaladejo cree, en sentido distinto, que el matrimonio es en verdad un acto integrado por un negocio bilateral constituido por las declaraciones de voluntad de los contrayentes, y por un acto administrativo que se manifiesta con la declaración del oficial público, actos que unidos producen el vínculo matrimonial. Por ello, llama a esta vinculación de actos, «complejo de actos» [108].

---

[107] *Ibídem*, p. 303.

[108] *Loc. cit.*

Concluyendo, efectivamente advertimos que el matrimonio es un acto jurídico. La noción de contrato le resulta manifiestamente extraña, ya que ella obedece a un concepto esencialmente patrimonial. El maestro de contratos y de derecho civil de la Escuela de Leyes de la Universidad Católica de Lima, don Manuel de la Puente y Lavalle, sin dudas señala que, «[...] sabemos que el matrimonio [es] acto jurídico [...]» [109]. Y en esa línea, en cuanto al matrimonio-acto no aparece vestigio de duda que nos desvíe de la convicción de que nos hallamos frente a un acto jurídico, y ciertamente de contenido familiar, por lo que podemos denominarlo «acto jurídico familiar».

El matrimonio, entonces, es el más típico de los actos jurídicos familiares que conlleva como fin inmediato la constitución de la relación jurídica conyugal. En tal sentido, es un acto de emplazamiento en el estado de familia y constitutivo de ésta.

Pero al lado, y en sucesión, el matrimonio-estado es un compacto legal, en el que hallamos derechos y deberes para los cónyuges. Pero el matrimonio-acto que produce el matrimonio-estado es de excepcional importancia, por cuanto es el origen regular –oficial– de la familia. Y la norma constitucional, artículo 4 (Constitución Política del Perú, 1993), establece que: «La comunidad y el Estado [...] protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a éstos [...] como institutos naturales y fundamentales de la sociedad».

Es ésta la trascendencia moral, social y jurídica de la familia; es por ello que pertenece al ámbito de lo jurídico público, porque a esa esfera pertenecen las normas del derecho constitucional; es decir, al área de la normatividad imperativa dentro de un sistema jurídico. Como dice Messineo, las normas de orden público son pues de estricto carácter absoluto [110]. Los Mazeaud, al comentar el Code, y a propósito del orden público, no dudan en admitir que para los redactores del

---

[109] PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, *Estudios sobre el contrato privado*, Lima, Cultural Cuzco 1983, p. 40.

[110] MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, tomo I, pp. 47 y 48.

Código Civil, la familia, entre otros institutos, estaba directamente vinculada a la noción de orden público [111].

Y dado el profundo sentido social y ético de la familia, sus normas, su propia naturaleza, su existencia, su destino, están comprometidos sin duda con el orden público, vale decir, con toda la normatividad jurídica que el Estado considera de cumplimiento ineludible, por cuanto constituye una acumulación o una suma de diversidad de principios fundamentales predominantes en una sociedad determinada, y que son absolutamente necesarios, si no indispensables, para la coexistencia y viabilidad de una sociedad que pretende realización plena.

En este orden de ideas, y para concluir, el matrimonio es para nosotros un acto jurídico familiar, que perteneciendo al ámbito de lo jurídico público ostenta un grave y absoluto interés social. Tal acto jurídico podrá, según lo determine la mejor doctrina, ser llamado bilateral, complejo, o en su defecto vinculado entre el negocio bilateral y el acto administrativo.

[111] MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD, y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, parte II, volumen I, p. 124.

6

El matrimonio de menores en la legislación civil peruana

6.1 El matrimonio de menores en el proyecto de Código Civil de Vidaurre

La independencia peruana se inaugura con una gran inestabilidad política, consecuencia de la sucesión de gobiernos militares en búsqueda de poder.

En materia legislativa, tanto la Independencia como la época republicana vivían una gran dispersión, confusa, contradictoria y carente de sistema.

Para enfrentar el problema, Valverde nos narra que:

> «Bolívar dicta, el 31 de enero de 1825, el decreto que nombra una comisión que debe preparar los códigos Civil y Criminal del Perú, e hizo presidente de ella a Vidaurre. No conseguido el objeto que se persiguió, posteriormente, el año 31, Gamarra designa otra comisión que quedó paralizada por la penuria fiscal de entonces. La Constitución de 1834 consignó como precepto que en cada legislatura la Corte Suprema presente un proyecto de Códigos de la república, empezando por el Código Civil.» [1].

[1] VALVERDE, Emilio, *El Derecho de familia en el Código Civil peruano,* Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942, p. 37.

En ese entonces, presidente de la Corte Suprema era Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, quien con posterioridad, en agosto de 1834, presentará parte de su proyecto de Código Civil sobre «Personas». Luego, en 1835, culminará su tarea, presentando otros dos libros de «Dominio y contratos» y «Últimas voluntades».

El proyecto Vidaurre se declarará apartado del romanismo imperante en el tiempo, romanismo del que participa el Código napoleónico y que inspiró el derecho civil de la época. Igualmente formulará declaración de no seguir al pie el derecho español. Empero, pese a lo novedoso y valioso del proyecto en sí, el mismo no fue aprobado. Probablemente por su orientación extremadamente radical y anticlerical, tal vez también por la turbulencia política que enfrentaba a los líderes y caudillos militares de entonces, y, por qué no, por cuanto la obra de Vidaurre careció en verdad de la técnica jurídica propia de un código, como menciona Basadre, el estudio fue más bien un tratado doctrinario que un cuerpo legislativo.

En materia matrimonial, el proyecto de Código Civil de Vidaurre definió el matrimonio así:

> «Artículo 1.– El matrimonio es un contrato natural y civil, que la Iglesia numera entre los siete sacramentos: su objeto es procrear y educar los hijos. Para ello, los cónyuges se obligan a vivir juntos, a guardarse mutua fidelidad y prestarse recíprocos auxilios. Puede contratarse y celebrarse por apoderado, conociéndose antes.» [2].

Indispensable es añadir parte del contenido, que resulta fundamental, del artículo 3 del proyecto, el que afirma respecto del matrimonio que: «Es esencial el mutuo, libre consentimiento [...]» [3].

Vidaurre reconoce al matrimonio un doble carácter: el contractual y el sacramental.

Respecto al propósito del matrimonio, Vidaurre parece no distin-

---

[2] VIDAURRE Y ENCALADA, Manuel Lorenzo de, *Proyecto del Código Civil peruano*, Lima, Imprenta del Constitucional por Lucas de la Lama, 1834, art. 1, tít. 2.

[3] *Ibídem*, art. 3, tít. 2.

guir entre objeto y fin. Mientras en el artículo 1 menciona que es objeto del matrimonio «procrear y educar a los hijos», posteriormente, en la exposición de motivos, el propio Vidaurre nos dirá: «Procrear, educar, vivir juntos, guardarse fidelidad, servirse y auxiliarse, son los fines esenciales del matrimonio» [4]. Sea como fuere, al insistirse tanto en el articulado como en la exposición vidaurrina en que el propósito fundamental del matrimonio es el referido a la «procreación y a la educación de los hijos», parecería que para Vidaurre son, en efecto, éstos los más trascendentales propósitos del matrimonio *.

Empero, líneas antes hemos rescatado la importancia que tiene el consentimiento en el matrimonio según Vidaurre, visto que para él éste es «un contrato natural y civil».

> «El consentimiento es el acto de voluntad (válido) por el cual un hombre y una mujer convienen en que surja entre ellos el estado matrimonial, con todas las consecuencias que derivan.» [5].

Pero veamos en sí la estructura del proyecto de Vidaurre con respecto al matrimonio de menores.

Como sabemos, la *capacidad* es la aptitud que se tiene de ser sujeto de deberes y derechos.

Pero el proyecto Vidaurre señala en el artículo 1 del título XVI, sobre emancipación, lo siguiente:

> «Artículo 1.– El peruano es emancipado por haber cumplido los 21 años; por dignidad que lo constituya fuera del poder del

---

[4] *Ibídem*, p. 32.

* De acuerdo al diccionario de habla hispana, en efecto parece haber una cierta sinonimia entre la noción de objeto y la de fin. Empero, en el último siglo han sido diferenciados como conceptos jurídicos por la Teoría del acto o negocio jurídico. Así, el fin es trascendente al acto mismo, en tanto que el objeto es considerado el fin inmanente, la materia sobre la que versa el negocio, es decir, la conducta, bien, interés sobre el que éste recae. (Según lo explica Albaladejo en *El negocio jurídico*, 1958.)

[5] Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953-1965.

padre; por matrimonio.» [6].

Flores Polo dice a propósito de la emancipación que ésta es: «un acto jurídico en cuya virtud un menor es liberado de la patria potestad o de la tutela o de ambas, y adquiere el gobierno de su persona, así como el goce y administración de sus bienes, conforme a ley, dotándosele de capacidad civil» [7].

Pues bien, de lo expuesto se deduce, siguiendo a Vidaurre, tal como él lo expresa, que la minoridad persiste hasta los 21 años. Y agregará en la exposición que la edad deberá calcularse por horas a partir del nacimiento, mencionándola en el acto del registro civil. La mayoría de edad y la plena capacidad comienzan –dirá– el día de aniversario y la hora indicada en el acta de nacimiento.

Así, en el proyecto Vidaurre el consentimiento matrimonial de los padres tendrá entonces una regulación propia, que transcribimos:

> «Artículo 18.– El defecto de consentimiento paterno extendiéndose a las personas que representen esta autoridad.
>
> Artículo 19.– Hasta los 21 años el hombre y la mujer no pueden casarse sin permiso expreso del padre, madre o tutor; la omisión causa nulidad y es motivo de desheredación.
>
> Artículo 20.– Desde los 21 años hasta los 25, se ha de tomar el consejo paterno; no haciéndolo, podrán ser privados de la cuarta parte de la herencia de aquellas personas de quienes debieron tomar consejo; el matrimonio no es nulo.
>
> Artículo 21.– Desde los 25 en adelante, hijos e hijas darán un simple aviso; no haciéndolo, podrá privárseles de la décima parte de la herencia.
>
> Artículo 22.– Los que proceden a autorizar el matrimonio, en caso de ser necesario el permiso, sin constancia de él, perderán empleos y beneficios.

---

[6] Vidaurre y Encalada, Manuel Lorenzo de, *op. cit.*, p. 309.

[7] Flores Polo, Pedro, *Tratado práctico de términos jurídicos,* Lima, Editorial Importadores, 1982.

Artículo 23.– Si los que tratan de casarse no tienen padre, madre ni tutor, la justicia nombrará para el cargo al pariente más cercano; si no fuere conocido recaerá en el Síndico Procurador.»[8].

Vidaurre no solamente regulará el consentimiento matrimonial de los padres en los términos antes expuestos, sino que también se encargará de señalar, por vía legal, los topes máximos y mínimos para el matrimonio. El artículo 15 del proyecto Vidaurre dice:

«Artículo 15.– Falta de edad o exceso de ella. En el hombre desde los 18 hasta los 65, en la mujer desde 15 hasta 55. El magistrado puede dispensar con motivo racional y probado.» [9].

En su exposición de motivos, a propósito del tema, sostendrá que:

«El fin del matrimonio es procrear y educar la prole. Luego todo matrimonio, cuando sea lo uno y lo otro imposible, no puede ser válido [...]. ¿Puede un niño de catorce años gobernar su casa y familia? ¿Puede una pequeña niña cumplir con las obligaciones de su estado? Yo me remito al mismo contenido de las decretales. En ellas vemos que las consecuencias fueron infaustas en esos contratos inmaduros. Parece que se trataba de unir brutos, no hombres [...]. ¿Y por qué? Por no extender un poco el plazo y hacer el contrato más adecuado a la naturaleza [...]. Platón y Aristóteles, esos dos grandes genios de la antigüedad, no permitían casarse antes de la edad de 30 años [... Y citando a M. Portalis: "la experiencia prueba que una buena educación puede extender hasta una edad muy avanzada la ignorancia de los deseos y la pureza de los sentidos. Es aún cierto, según lo demuestra la experiencia, que los pueblos que no han precipitado la época en la cual se puede ser esposo y padre, han debido a la sabiduría de sus leyes el vigor de su constitución y la multitud de sus hijos"...] hubiera querido

[8] VIDAURRE Y ENCALADA, Manuel Lorenzo de, *op. cit.*, p. 30.
[9] *Loc. cit.*

Dios que me fuera posible dilatar la del hombre hasta los 30 años y la de la mujer hasta los 20 [...].» [10].

Retornando a lo estipulado en los artículos 18 al 23 del proyecto de Código Civil de Vidaurre, queda clara la regulación que Vidaurre hace del consentimiento. Así, el varón puede casarse con el consentimiento de sus padres desde los 18 hasta los 21 años; en tanto la mujer puede hacerlo desde los 15 hasta los 21, salvo que el magistrado pueda dispensar (autorizar) el matrimonio con motivo «racional y probado».

Luego de la mayoría de edad aún los contrayentes necesitarán del consejo paterno o de la señal del «simple aviso». Pero para el caso del menor, como se ve, será necesario en primer lugar el consentimiento del padre, o en su defecto el de la madre o del tutor.

Es de observar también lo gravitante que resulta la sanción que recae en el caso del matrimonio del menor que se casa sin el consentimiento de quien está competentemente llamado a dárselo. Además de la nulidad del matrimonio del menor, hay de por medio causal de desheredación, lo que incidió, sin mayor duda, en el control de la propiedad en base al derecho hereditario.

Sostuvo Vidaurre que todos estos artículos, desde el 18 hasta el 23, constituyen un todo y sustentan su base en la autoridad paterna. No temió enfrentarse a las disposiciones del concilio de Trento, pues el trascendental concilio en la sesión 24, capítulo I, sostuvo que debía anatematizarse a los que falsamente afirmaran que los matrimonios de los hijos de familia, contratados sin el consentimiento de los padres, son írritos y que los padres los pueden hacer *ratos* o írritos [11]. Tal argumentación de la Iglesia fue sostenida en la misma sesión 24, del concilio de Trento, el 11 de noviembre de 1563, por el arzobispo de Otranto, en los términos siguientes:

«[...] sería dar a los laicos autoridad sobre los sacramentos, y hacerles creer que el poder de anular los matrimonios viene del

[10] VIDAURRE Y ENCALADA, Manuel Lorenzo de, *op. cit.*, pp. 53 a 60.
[11] *Ibidem*, p. 65.

poder paternal, no de la Autoridad Eclesiástica.» [12].

Por ello es que Vidaurre sostiene que la concepción de la Iglesia, la postura de ésta, estuvo más bien sustentada en una suerte de «celo de jurisdicción» y «no [en la] utilidad social».

Más bien Vidaurre se alinea en la posición de Montesquieu, al afirmar con él que:

> «El consentimiento de los padres para el matrimonio de los hijos, es fundado, dice Montesquieu, sobre su potestad, es decir sobre el derecho de propiedad. Se funda también sobre su razón, su amor y la incertidumbre de la de sus hijos, pues que la edad los tiene en el estado de la ignorancia [...].» [13].

El tema de la pubertad, es decir, el de la capacidad genésica, Vidaurre lo vincula directamente al tema cronológico de la edad.

Para ello, Vidaurre ha establecido, como ya ha quedado dicho, de manera bastante clara que los objetos o fines fundamentales del matrimonio son el de la procreación y el de la educación.

En consecuencia, en el proyecto Vidaurre la pubertad se inicia a los 18 años en el varón y a los 15 en la mujer, y desde esa edad está permitido el matrimonio, aun cuando el propio ponente se apresura en señalar que el juez puede dispensar el requisito de la edad por motivo racional y probado, sin que quede claro cuál es el límite inferior de edad para aceptar el matrimonio.

Como quiera que el matrimonio sólo estaba autorizado hasta los 65 años para el varón y hasta los 55 años para la mujer, es preciso entender, empero, que también el juez por «motivo racional y probado» podría autorizar matrimonios de personas mayores de dichas edades.

Atendiendo a la teoría de los impedimentos matrimoniales, y refiriéndonos a los impedimentos para el matrimonio de menores en el proyecto de Vidaurre, es preciso anotar que éstos están fundamen-

---

[12] *Ibídem*, pp. 65 y 66.

[13] *Ibídem*, p. 68.

talmente vinculados al artículo 15 y al artículo 19 del proyecto. El primero de ellos, como queda ya dicho, está referido a los límites de edad, permitiéndose el matrimonio del varón desde los 18 años hasta los 65, y el de la mujer desde los 15 hasta los 55, aun cuando el magistrado, como quedó claro, puede disponer la autorización por motivo «racional y probado»; el otro artículo, el 19, se refiere a que hasta los 21 años el hombre y la mujer no pueden contraer matrimonio si es que no han obtenido la autorización expresa del padre, madre o tutor, pues tal omisión causa la nulidad y motiva la desheredación.

6.2 El matrimonio de menores en el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana

El Gran Mariscal Antonio José de Sucre había convocado a los altoperuanos a una asamblea, a reunirse el 10 de julio de 1825 en Chuquisaca; ello fue punto fundamental para que el 6 de agosto, aniversario de la batalla de Junín, el propio Sucre proclamara la independencia de la nueva república, a la que llamó República de Bolívar, y a la que el libertador Simón Bolívar, en su primera Constitución, denominó Bolivia. Así, apareció política y constitucionalmente Bolivia como país independiente en el hemisferio americano.

La creación política de Bolivia, y la lucha por el poder, puso en conflicto a los caudillos militares de entonces: Andrés de Santa Cruz, presidente de Bolivia; Agustín Gamarra, refugiado en Bolivia (al fracasar su rebelión contra el gobierno de Orbegoso) y Luis José Orbegoso, presidente del Perú elegido por el Congreso al término del gobierno de Gamarra, el 20 de diciembre de 1833. A ellos se unió posteriormente el general Felipe Santiago Salaverry, sublevado contra el gobierno de Orbegoso.

Consecuencia de estas luchas intestinas, y derrotado finalmente Salaverry en la batalla de Socabaya, el 7 de febrero de 1836, el mariscal Santa Cruz procederá al establecimiento de la Confederación Perú-

Boliviana. Conforme a lo pactado con Orbegoso, delegados de los departamentos del sur del Perú se reunieron en Sicuani y acordaron el 17 de marzo formar el Estado Sud-Peruano y federarse con el que se formó en el norte del Perú el 6 de agosto del mismo año. Así quedó constituida la Confederación Perú-Boliviana. El poder ejecutivo le fue conferido al propio mariscal Santa Cruz el 1.º de mayo de 1837.

Aun cuando la intervención militar chilena, a la que se agregó Argentina, sólo permitiría la pervivencia de la Confederación Perú-Boliviana hasta el 20 de enero de 1839, fecha en que el mariscal Santa Cruz fue derrotado en la batalla de Yungay, fue éste un período suficiente como para poner en vigencia en el Perú el código civil que regía en Bolivia desde 1830. Tal código rigió en el Perú desde el 22 de junio, y desde el 1.º de noviembre de 1836, respectivamente, para los Estados del sur y del norte peruanos.

> «El Código de Santa Cruz, elaborado en Bolivia, bajo la preponderante influencia cultural que en el orden jurídico tenía el Código napoleónico, representó el primer caso de recepción del derecho francés en las nuevas nacionalidades hispanoamericanas. Realización jurídica que no desconoció lo que había de vital y profundo en la legislación de la colonia, como que, en efecto, las instituciones del matrimonio religioso y de los gananciales se fusionan con las contenidas en el modelo francés.» [14].

Vencido Santa Cruz en Yungay, el 20 de enero de 1839 terminó la Confederación; de este modo se derogó el Código Civil de 1836 y el Perú volvió a quedar sumido en la vigencia del antiguo y desarreglado derecho colonial.

En materia de matrimonio y a propósito del matrimonio en general, el Código de Santa Cruz de 1836, en su artículo 99 nos dice:

> «Estando en el Estado elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento, las formalidades necesarias para su celebración serán

[14] VALVERDE, Emilio, *op. cit.*, p. 40.

las mismas que el Concilio de Trento y la Iglesia tienen designadas.» [15].

Empero, el citado artículo 99 no se puede comprender a plenitud si no se cita el texto del contenido del artículo 89, que dice:

«No hay matrimonio, no habiendo mutuo y libre consentimiento manifestado de un modo externo.» [16].

Entonces, es fácil advertir que en el Código de Santa Cruz la naturaleza del matrimonio identifica al contrato con el sacramento, y es ésta pues la tesis tridentina, adoptada en la legislación civil de ese momento para nuestro país.

¿Y cuál es la edad mínima para contraer matrimonio en el Perú? La respuesta la da textualmente el artículo 88:

«Artículo 88.– El hombre antes de los 14 años cumplidos, y la mujer antes de los 12, no pueden contraer matrimonio.» [17].

Tal norma establece un límite cronológico que ve sus antecedentes en la tesis proculeyana de la antigua Roma, la misma que por costumbre establecía que los varones desde los 14 años y las mujeres desde los 12 podían contraer matrimonio. Esta tesis enfrentó a la de la escuela sabiniana, que afirmaba que la pubertad sólo se podía descubrir en base al examen individual del sujeto. Empero, parece ser que es de la ley de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (1255-1263), de donde el Código de Santa Cruz recoge el precepto que hemos citado.

El asunto relativo a la edad mínima para contraer matrimonio es tema de seria discusión; así, a propósito del Código francés y sobre esta materia, Planiol dirá que:

---

[15] SANTA CRUZ, Andrés de, *Código Civil,* edición oficial, Lima, Imprenta de José Masías, 1896, p. 14.

[16] *Loc. cit.*

[17] *Ibídem,* p. 13.

«Las edades de 25 y 28 años adoptadas por el Código Civil [francés], son todavía demasiado bajas, y aún desde el punto de vista fisiológico sería ventajoso –dice Planiol– retardar de nuevo la época normal del matrimonio.» [18].

Por otra parte, los artículos relativos a la edad mínima para contraer matrimonio civil en el Código de Santa Cruz, son los mismos artículos a los que hay que referirse para tratar el tema de la pubertad, pues ésta de manera específica no tiene regulación jurídica que le resulte propia.

De otro lado, ¿a quién debe solicitar autorización para contraer matrimonio un menor de edad?

El Código de Santa Cruz responde explícitamente a este tema:

«Artículo 93.– El hijo, que no ha llegado a los 25 años cumplidos, la hija a los 23, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de su padre.

Artículo 94.– Si el padre ha muerto o está en la incapacidad de manifestar su voluntad, el consentimiento de la madre basta, siempre que los hijos no tengan 24 años y las hijas 22.

Artículo 95.– Si el padre y la madre han muerto o están en la incapacidad de manifestar su voluntad, los reemplazarán los abuelos paternos, y a falta de éstos, los maternos, si el varón no ha llegado a los 23 años de edad y la mujer a los 21.

Artículo 96.– A falta de los padres y abuelos, sucederán en el consentimiento los tutores, y en defecto de éstos, el juez del domicilio, no teniendo el varón 22 años cumplidos y la mujer 20.

Artículo 97.– Son aplicables a los hijos naturales legalmente reconocidos, las disposiciones contenidas en los artículos anteriores.» [19].

Queda así establecido que los menores de edad requieren pues del consentimiento de los padres, dado que la ley siempre presume la buena

---

[18] VALVERDE, Emilio, *op. cit.*, tít. III.

[19] SANTA CRUZ, Andrés de, *op. cit.*, p. 14.

fe de éstos, y por ende entiende que éstos no deben actuar con malignidad respecto de los hijos.

Sin embargo, el artículo 94 nos permite apreciar cómo el legislador hace de la autorización para el matrimonio de menores una suerte de orden prelacional que debe respetarse. Ello se ve corroborado en el texto del artículo 95, donde se advierte la prevalencia del marido en el consentimiento, y, como dice Valverde, la preferencia de la línea paterna.

Al margen, digamos que con respecto al tema de la incapacidad para manifestar la voluntad, Planiol y Ripert, en doctrina, presentan algunas modalidades, tales como la ausencia declarada por parte de a quien corresponde dar el consentimiento, la enajenación mental o judicialmente declarada, el caso de la simple desaparición, y los casos de imposibilidad legal para prestar el consentimiento (como son la destitución total de la patria potestad o el caso de extrañamiento y confinamiento en lugares de reclusión) [20].

Bien, dentro de la secuencia de análisis del matrimonio de menores, el artículo 96 del Código de Santa Cruz da respuesta al tema de cuándo interviene el juez de menores para conceder la autorización matrimonial. En efecto, en el texto del articulado se observa un orden para otorgar el consentimiento: primero los padres, luego los abuelos, posteriormente los tutores, y en defecto de éstos, como dice la ley, «el Juez del domicilio» (no teniendo el varón 11 años y la mujer 20).

Obsérvese que el artículo 99 de este mismo código se ha referido a que el matrimonio civil en el Perú tiene carácter de sacramento, y que sus formalidades son indispensables de conformidad con el concilio de Trento, es decir, de acuerdo a los cánones de la Iglesia. Sin embargo, en el texto del artículo 96 de este código (Santa Cruz), es el juez civil (el del domicilio) el llamado a conceder la autorización en caso de ausencia de padres, abuelos y tutores. Y es del caso mencionar que, en materia matrimonial, incluso para el divorcio de conformidad con este código, el mismo faculta paulatinamente el ingreso de la jurisdicción

[20] PLANIOL, Marcelo, y Jorge RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, [La] Habana, Cultural S.A., 1946, tomo II.

civil para la resolución de determinados casos, como se advierte en lo relativo a alimentos, litis expensas y restitución de dote (art. 147, Código de Santa Cruz).

De modo que, aunque el artículo 99 del Código de Santa Cruz nos haya remitido al concilio de Trento, al indicarnos que el matrimonio en el Estado peruano está elevado a la dignidad de sacramento conforme a las formalidades para su celebración que se observan en dicho concilio, y aunque, en efecto, la prestación del consentimiento matrimonial se recibía ante la autoridad eclesiástica («[...] si alguno dijera que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos, sea excomulgado», cap. I, sesión XXIV, concilio de Trento), vemos cómo el Código de Santa Cruz, paulatinamente, por qué no por su influencia francesa, va entregando determinados casos referidos al matrimonio a la autoridad civil.

Pero ello no enerva en lo fundamental la gran importancia y trascendencia de la legislación canónica para el matrimonio hacia 1836 en el Perú.

Así, el matrimonio del menor, al igual que el matrimonio de mayores, se inscribirá en el acta que lleva en sus propios registros el párroco, por lo que en el capítulo I, sesión XXIV del concilio de Trento se dirá que: «[...] tenga el párroco un libro en el que escribirá los nombres de los contrayentes y de los testigos, el día y el lugar en que se contrajo el matrimonio y guarde él mismo cuidadosamente este libro».

Igualmente, bajo el control y bajo el registro del párroco se guardaría entonces el expediente de libertad en el que quedaba constancia de todos los requisitos como la partida de bautizo, los documentos que acreditaban la capacidad, la libertad (tales como consentimiento o consejo paterno) que debían prestar los contrayentes, etc.

Así, según la autoridad del capítulo I, sesión XXIV del concilio de Trento: «[...] quien contrajere matrimonio de otro modo a la presencia del Párroco y de dos o más testigos, lo contrae inválidamente».

Quedaba así observada y regulada jurídicamente la formalidad del matrimonio, para la que era necesaria la concurrencia del párraco así como la presencia de los testigos.

De otro lado, el Código de Santa Cruz de 1836 no trata el asunto referido a las razones o motivos por los que se puede extender autorización a un menor a contraer matrimonio. No hay nada explícito sobre el tema en la ley de entonces. Empero, si nos remitimos a ciertas fuentes, apreciamos que Planiol y Ripert admiten, a pesar de que la unión marital es poco aceptable a temprana edad, cómo ella puede concurrir a la felicidad del menor que contrae matrimonio y protegerlo de cualquier unión concubinaria que no se encuentre regulada dentro del marco jurídico.

El Código de Santa Cruz no se pone expresamente en el asunto referido al tema de hasta cuándo es revocable el consentimiento matrimonial otorgado a un menor. Obviamente el consentimiento debe concurrir para la celebración válida del matrimonio, más aún por cuanto el menor debe contar en acto tan grave de su vida con la aprobación de los padres, a fin de otorgarle la validez que el derecho reclama. Pero de la lectura de los artículos 101 y 102 parece deducirse la alternativa legal de la oposición y, derivada de ella, la posibilidad de que quien consintió el matrimonio del menor pueda impedirlo hasta un instante antes de la celebración del mismo.

Los artículos sobre oposición al matrimonio dicen lo siguiente:

> «Art. 101.– Los padres, los abuelos y los tutores pueden formar oposición al matrimonio de sus hijos y pupilos, no teniendo éstos la edad designada en los artículos 93, 94, 95 y 96.
>
> Art. 102.– Todo instrumento de oposición anunciará la calidad que dé al opositor el derecho de formarla y contendrá los motivos de la oposición, a no ser que ésta se haga por un ascendiente.»

Queda dicho por la legislación de Santa Cruz que los padres, los abuelos, los tutores, e incluso otros ascendientes (se refiere a bisabuelos y más) pueden formar oposición al matrimonio pretendido por un menor.

En este orden de ideas, parecería no incurrir en un despropósito la afirmación que sostiene que quien concedió el asentimiento matrimonial a un menor podría revocarlo hasta antes de la celebración

del matrimonio, en el entendimiento de que el menor es el individuo, de uno u otro sexo, que no tiene aún la edad de 25 años cumplidos (art. 192 del Código Civil de Santa Cruz).

¿Y cuál es el destino del matrimonio de menores realizado sin el consentimiento de quienes son llamados a autorizar al menor?

El Código de Santa Cruz no se refiere al matrimonio llevado a cabo sin consentimiento de quien debe otorgarlo y nos deja ante un vacío legal.

Para solucionar tal percance, debemos remitirnos al concilio de Trento, de validez por el artículo 99 del Código Civil de 1836. Sobre esta materia, luego de arduo y difícil debate, el concilio de Trento había convenido en el capítulo I, sesión XXIV, lo siguiente:

> «Aunque no se puede dudar que los matrimonios clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos, mientras la Iglesia Católica no los hizo írritos [...] así como los que falsamente aseguran que son írritos los matrimonios contraídos [consensualmente] por hijos de familia sin el consentimiento de sus padres, y que éstos pueden hacerlos ratos o írritos, la Iglesia de Dios no obstante los ha detestado y prohibido en todo tiempo [...].»

Adviértase en ambos textos una condena, primero a los matrimonios clandestinos, y luego a los matrimonios de los menores casados sin el consentimiento de sus padres, pero en todo caso obsérvese la validez que la Iglesia les confiere.

En la primera cita sostiene la validez amparada en el libre consentimiento de los contrayentes, y añade: «fueron matrimonios legales y verdaderos». En la segunda cita, pese a la carencia del consentimiento, el concilio de Trento afirma que «falsamente aseguran que son írritos».

Está en el medio de este postulado la tesis del arzobispo de Otranto, quien en el propio concilio de Trento sobre esta materia manifestó:

> «[...] sería dar a los laicos autoridad sobre los sacramentos y hacerles creer que el poder de anular los matrimonios viene del

poder paternal y no de la autoridad eclesiástica. Que además un tal decreto sería contrario a la escritura, que dice expresamente que el hombre dejará a su padre y a su madre para unirse a su mujer. Que con respecto a los inconvenientes, se daría lugar a más grandes, sometiendo los hijos al poder de sus padres en todas las cosas que miran a la conciencia; y que si un padre no consentía jamás en el matrimonio de su hijo, si éste no tenía el don de continencia se hallaría en una situación muy peligrosa.» [21].

6.3 El matrimonio de menores en el Código Civil de 1852

La derrota de la Confederación Perú-Boliviana el 20 de enero de 1839 significó la restauración de la antigua unidad peruana.

Fue entonces cuando el mariscal Agustín Gamarra, caudillo del momento, retornó a Lima desde Chile, se invistió del rango de presidente provisorio, reconociéndolo el Congreso de Huancayo como tal y ratificándolo en Lima el 10 de julio de 1840, ocasión en la que fue proclamado presidente constitucional de la República.

Gamarra siguió en su tenaz intento de unir Perú y Bolivia, lo que llevaría a crear un clima de mayor conflicto con el mencionado país. Gamarra pretendía un liderazgo absoluto, aun por encima de Santa Cruz, su enemigo político.

El ambiente se torna bélico entre ambos países. El 18 de noviembre de 1841 se produce la batalla de Ingavi, al este de La Paz, sangrienta confrontación de cincuenta minutos en la que el ejército de Gamarra es derrotado. A la derrota de Ingavi, muerto el presidente Gamarra, y en desbande el ejército peruano, firmóse finalmente el tratado de paz el 7 de junio de 1842, por el que se restauró la paz entre ambos países.

Don Manuel Menéndez, a la sazón vicepresidente de nuestra República, quedó al frente del destino gubernativo en el Perú, sin

[21] VIDAURRE Y ENCALADA, Manuel Lorenzo de, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

perjuicio de las aspiraciones militares de diversos caudillos menores que le hicieron frente en la búsqueda de posesionarse del gobierno.

En materia legislativa, el año 1845 el propio presidente provisional Manuel Menéndez urge al Congreso de la República e invoca la conformación de una comisión especial codificadora.

El proyecto de constitución de la comisión sería posteriormente promulgado por quien resultó presidente de la República, el mariscal Ramón Castilla.

La comisión, para ser representantiva y expresar democráticamente el ambiente nacional, se integró necesariamente por conspicuos representantes de las ideologías conservadoras y liberales de la época, destacando entre los primeros Manuel Pérez de Tudela, y entre los segundos Francisco Javier Mariátegui (de quien provendrían las tesis e ideas que alcanzaron un mayor suceso y aprobación al interior de la comisión).

Fue así como la mayoría de la comisión terminó apoyando los planteamientos de Mariátegui, y se presentó en 1847 al Congreso un proyecto de código civil, que al tratar de la familia mantenía fundamentalmente las opiniones del proyecto Vidaurre, secularizando el matrimonio, aun cuando respetando la indisolubilidad del mismo.

Empero, cuando se hacía inminente la aprobación del proyecto, el líder del conservadurismo, Manuel Pérez de Tudela, y López Lissón, se retractaron públicamente al considerar que el proyecto se oponía a las disposiciones del concilio de Trento, surgiendo así la división de la comisión y el entrampamiento de la gestión.

El asunto alcanzó parcial solución cuando la comisión convino en enviar dos proyectos al Congreso; uno en el que se presentaban todos los aspectos comúnmente acordados, y otro referido al matrimonio y a los demás puntos en que había conflicto.

Debió entonces, en 1849, Castilla, nombrar una segunda comisión cuyas labores concluyeron en 1850, ordenando el presidente que por decreto del 22 de noviembre de ese año (1850) el citado código se promulgara en julio de 1851. Pero el nuevo presidente, Echenique, y el Congreso, dieron orden de suspender los efectos del decreto de

Castilla y se nombró una nueva comisión especial parlamentaria.

Fue Andrés Martínez quien lideró la nueva comisión, aun cuando bajo la determinante influencia de Bartolomé Herrera, quien presidía el gabinete del gobierno conservador. La minoría estuvo representada por destacados personajes del liberalismo, entre los que destacaban Pedro Gálvez y Manuel Toribio Ureta, figurando Vigil en forma honoraria.

Finalmente, la comisión elaboró el proyecto de Código Civil que se convirtió en ley el 29 de diciembre de 1851, pero que sólo rigió en el Perú a partir del 28 de julio de 1852.

En materia matrimonial, el Código del 28 de julio de 1852 estableció que el matrimonio debía celebrarse en la República peruana, de conformidad con las formalidades establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento. Se estatuyó entonces que el matrimonio era indisoluble y que los tribunales eclesiásticos conocerían las causas referentes a él. Se agregó, en consecuencia con lo dicho, que en el Perú no había otro matrimonio válido que no fuera el católico, quedando al margen de la protección legal quienes no pertenecían a esta confesión.

Ciertamente, la posición del Código peruano de 1852 se enfrentaba a otros cuerpos legales de países tales como España, Argentina y Chile, en donde, en efecto, sí se autorizaba la celebración del matrimonio también para los no católicos.

A propósito de las fuentes que iluminaron el Código de 1852, importante es citar a Emilio Valverde:

> «[...] el derecho en vigor hasta su dación, representado por la legislación castellana de la Colonia, las leyes dictadas durante la República y la legislación canónica directamente y en forma indirecta en cuanto se constata su recepción en la legislación colonial mencionada. Dentro de esta misma órbita de influencia de nuestra antigua legislación, se encuentra la inmensa obra jurídica de sus glosadores e ilustradores [...]. También hubo de constituir, indudablemente, otra de las fuentes del Código del 52, el de Napoleón, que en la parte relativa al Derecho de Familia apenas sí se percibe

su influencia [...] y también directamente influyó en la elaboración del Código del 52 el derecho romano, como asimismo, y por la vía indirecta de la legislación castellana, el derecho germánico.» [22].

Entrando en materia, y refiriéndonos concreta y específicamente al matrimonio –y al matrimonio de menores– en el Código Civil de 1852, conviene anotar que, como queda dicho, el matrimonio se celebraba en la República peruana con las formalidades estrictas establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento.

Es éste el sentido y la regla que se establecía en el artículo 156 del Código, sobre celebración y solemnidad del matrimonio.

Pero, con ello, preciso es observar cuál es el sentido interior, el concepto del Código Civil de 1852 sobre matrimonio civil para el Perú.

Veamos las normas jurídicas básicas:

«Art. 132.– Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.

Art. 133.– No hay matrimonio, si los contrayentes no manifiestan, de un modo externo, su libre y mutuo consentimiento.

Art. 134.– El matrimonio legalmente contraído es indisoluble; acábase sólo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo, y se tiene por no puesto.» [23].

Apréciese entre los fines matrimoniales el carácter de «vida común» vinculado a la conservación de la especie humana. Igualmente es de primera importancia observar la perpetuidad del matrimonio, que sólo concluye por la muerte de uno de los cónyuges, sin posibilidad de pacto en contra. Pero resulta fundamental, capital, para la validez del matrimonio, la libertad del mutuo consentimiento expresado de modo externo, sin el que no hay matrimonio válido.

Respecto al tema de la edad mínima para contraer matrimonio en

---

[22] VALVERDE, Emilio, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

[23] *Código Civil peruano*, Lima, M.A. de la Lama, 1852, p. 28.

el Código de 1852, se consideró la de 18 años para el varón y de 16 para la mujer para que el matrimonio goce de efectos civiles.

El texto del artículo 141 se refiere al asunto:

> «Art. 141.– Para que los menores puedan gozar de los efectos civiles que, respecto de ellos, produce el matrimonio, se requiere que el varón haya cumplido 18 años de edad, y la mujer 16.»[24].

Estas edades, tanto 18 años para el hombre como 16 para la mujer, son edades a partir de las cuales se les ha declarado igualmente púberes, es decir, personas con capacidad genésica. Sin embargo, el texto de este artículo 141 debe comprenderse con atención a lo regulado en el artículo 180 del mismo Código Civil de 1852. El citado artículo declara que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, y tiene esta capacidad administradora sólo desde que ha cumplido la edad de 18 años *, sin perjuicio del derecho de «restitución» de los menores, beneficio por el cual éstos podían recobrar sus derechos por todos sus actos y los de sus guardadores, en que habían sufrido una lesión en más de una sexta parte [25].

Refirámonos ahora a temas que comprometen la validez del matrimonio de menores.

Para este efecto, presentemos algunas reglas vinculadas a la materia:

> «Art. 155.– Los menores que contraigan matrimonio sin los requisitos que prescribe este título, y los sacerdotes que lo autoricen, incurrirán en las penas señaladas en el Código Penal.
>
> Art. 160.– Es nulo el matrimonio de las personas que no pueden absolutamente contraerlo, según el art. 142 de este código.
>
> Art. 142.– No pueden absolutamente contraer matrimonio:

---

[24] *Ibídem*, p. 29.

* «Art. 12 [del Código Civil de 1852].– Son mayores las personas que han cumplido la edad de 21 años, y menores los que no la han cumplido.»

«Art. 13 [del Código Civil de 1852].– Por la mayoría se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil.»

[25] *Ibídem*, p. 385.

1) los que son parientes consanguíneos en línea recta de ascendientes o descendientes, sin limitación alguna, ni distinción de legítimos o ilegítimos;

2) los afines en la misma línea de ascendientes y descendientes;

3) los hermanos entre sí, sean o no legítimos;

4) el adoptante con la persona adoptada, y ninguno de ellos con el cónyuge viudo del otro;

5) el casado mientras vive su cónyuge;

6) el que ha recibido órdenes mayores en el estado eclesiástico;

7) los que han profesado en orden monástica, haciendo votos solemnes de castidad, si no han alcanzado la nulidad o la relajación de sus votos;

8) la persona que mató a uno de los cónyuges o fue cómplice en su homicidio, con el cónyuge sobreviviente;

9) el impotente;

10) el loco y demás personas que están en incapacidad mental.» [26].

Además, en materia específica de matrimonio de menores, veamos lo imprescindible que resulta el tema del consentimiento especial.

El artículo 146 del Código Civil de 1852 establecía la regla de que los menores de edad, para contraer matrimonio, requerían del consentimiento expreso de su padre y de su madre, o al menos del primero de los nombrados.

La norma señalaba que, de no mediar el consentimiento del padre para el matrimonio del menor, la unión marital no estaría cumpliendo uno de los requisitos para la licitud del acto. Empero, adviértase que el Código no considera esta unión en el listado taxativo de matrimonios impedidos señalados en el artículo 142, de suerte que si los menores contraían el matrimonio sin el consentimiento de los padres, éste sería matrimonio válido, mas careciendo del requisito de la edad, tendría carácter de ilícito y recibiría la sanción de ley a que se refiere el artículo 155.

[26] *Ibídem*, pp. 29, 32 y 33.

Es preciso tener conciencia de la prevalencia que el Código Civil de 1852 otorga al padre dentro de la relación conyugal, probablemente inspirado en las esencias del derecho romano y del derecho germano.

De otro lado, el artículo 147 del Código Civil de 1852 se refiere al tema del consentimiento para el matrimonio de menores en la hipótesis de que el padre haya muerto o caído en la incapacidad mental; en tales casos, nos dice el Código, bastará el consentimiento de la madre siempre que ésta se encuentre en el ejercicio de la patria potestad.

Empero, si el padre y la madre son los que han fallecido, o ambos se hallaran en situación de incapaces, el artículo 148 del Código Civil de 1852 abría la posibilidad de obtener el consentimiento de los ascendientes paternos o maternos más próximos, y aun a falta de ellos, de recoger el consentimiento del propio consejo de familia, tal como lo regla el derecho francés, por considerarlo de mayor conformidad con el derecho natural y con la vinculación de los lazos afectivos.

Respecto de la formalidad para otorgar el consentimiento, la legislación que se comenta consideró que tal asentimiento podía hacerse constar por escritura pública o por otro instrumento auténtico.

No ofrece mayor problema comprender el concepto de la escritura pública, en tanto sí el preguntarnos cuál es la idea jurídica de «instrumento auténtico». Al respecto, es conveniente hacer algunas precisiones respecto de estos instrumentos. La primera de ellas es que la persona que lo expida, ejerza, al tiempo de otorgarlo, funciones públicas relativas al objeto del documento. El segundo punto de interés es asegurarnos de que la persona que lo autoriza haya procedido a expedir el documento en el ejercicio de las facultades que le son propias. Otro aspecto, y el final, es el referido a que el documento contenga los requisitos peculiares que la ley prescribe para los de su naturaleza.

Tales requisitos son considerados de importancia para los citados instrumentos «auténticos» y así lo establece el artículo 727 del Código de Enjuiciamientos Civiles, de suerte pues que el referido «instrumento auténtico» no es otro que aquél que está debidamente autorizado por persona competente y legalizado ante funcionario igualmente competente.

En el caso del matrimonio de menores y respecto del consentimiento, es de prever que no existía ningún inconveniente en relación a la seguridad jurídica cuando el mencionado asentimiento era dado por los propios padres y ante el párroco. Pero la ley de 1852, artículo 150, también ha explicitado las circunstancias por las que se podía denegar el consentimiento.

Al respecto debemos advertir que los nueve incisos que establece el citado artículo 150 no son taxativos, por cuanto la misma introducción del texto del artículo y el propio inciso 9 dejan abierta la posibilidad de que otros motivos graves puedan concurrir a la negatoria del consentimiento.

Veamos cuál es el contenido de la norma.

El artículo 150 sostiene que:

«[...] sólo podrá negarse el consentimiento por motivos graves, tales como [adviértase la expresión «tales como», la que constituye una suerte de referencia]:

1) la existencia de alguna prohibición legal que impida el matrimonio». Tal motivo de negatoria se sustenta en que al contravenirse la ley se estaría contraviniendo el interés social y el moral, y resultaría por ello conveniente evitar la conclusión de matrimonios nulos.

2) «enfermedad contagiosa». El inciso se sustenta en un principio de sanidad y propone combatir la llamada «patología horizontal», es decir, aquella que pueda transmitirse fácilmente en la interrelación humana, entre sujeto y sujeto, obviamente con el claro propósito de evitar el contagio entre los cónyuges y probablemente la descendencia insana.

3) «la conducta desarreglada e inmoral». El término parece haber sido presentado adrede en forma genérica, por cuanto las enumeraciones taxativas sobre esta materia hubiesen resultado fácilmente complicadas, lo que habría perjudicado la eficacia de la norma.

4) «algún vicio habitual». El inciso no menciona qué tipo de vicio, obviamente para dejarlo a criterio del propio juzgador; empero, podían citarse algunos que aparecen como causales de divorcio relativo en el propio Código Civil de 1852, tales como el juego, la embriaguez, la

disipación e incluso la prodigalidad, la misma que en 1852 estaba asimilada a la categoría de vicio.

5) «injurias graves inferidas a los padres por la persona que trata de casarse con el menor». El sustento para la denegatoria radica en que toda familia debe asentarse en la base de la armonía; en que el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada cónyuge y los parientes consanguíneos del otro; y en que se hace indispensable que las relaciones al interior de él puedan contribuir no sólo a la realización de cada persona sino a la paz familiar.

6) «la falta de medios para subsistir». El inciso tiene sentido social, y pretende, en efecto, la no celebración de matrimonios cuando no existen las condiciones económicas mínimas como para que se puedan cumplir las responsabilidades fundamentales en la nueva unión marital.

7) «una gran diferencia de clase y condición social». Es un inciso que responde a consideraciones propias de la época, y obviamente incoherentes con nuestra realidad actual.

8) «haber sido condenado a pena infamante». Califícanse como infamantes las penas que traen consigo la «infamia», vale decir, el descrédito y la mala opinión respecto del que la sufre. En tal época constituían penas infamantes la penitenciaría, la expatriación y el confinamiento, así como la cárcel y la reclusión, y los delitos que producían la infamia eran el soborno, el homicidio, el hurto, el robo y la falsificación.

9) «cualquier otro motivo que dé lugar a creer fundadamente que el matrimonio será desgraciado». Como se ve, y tal como quedó dicho anteriormente, el legislador ha dejado abierta la posibilidad de que los propios interesados pueden denegar el consentimiento por circunstancias que no aparecen explícitas en el presente artículo que se comenta.

Sin embargo, el legislador ha querido conceder a los menores la posibilidad de sustentar ante la autoridad judicial su pretensión de casarse. Por ello, el artículo 151 del Código de 1852 sostuvo que en caso de negativa infundada podían los menores solicitar la licencia judicial, pero de conformidad al Código de Enjuiciamiento [27]. La-

[27] *Ibídem*, p. 31.

mentablemente, la obtención de la referida licencia judicial, según el Código de Enjuiciamientos Civiles, constituía un verdadero juicio que ponía en pugna a los hijos contra los padres, y se normaba todo el procedimiento en el cual las partes debían someterse a puntos de contradicción sobre el disenso con normas explícitas sumamente delicadas y que podían incrementar el conflicto (arts. 1496 a 1503 del Código de Enjuiciamientos Civiles).

Para el caso de los hijos ilegítimos, éstos no estaban obligados a acreditar el consentimiento de la línea paterna cuando el padre natural no había prestado el reconocimiento respecto de ellos. Era ésta una sanción legal y moral respecto de los padres que negaban el reconocimiento a los hijos que habían procreado.

El código civil en estudio ofrece además a quienes pueden oponerse al matrimonio de menores el principio o el derecho de oposición.

El artículo 153 nos dice:

> «Tienen derecho a oponerse al matrimonio de los menores todos los que están llamados por este título a dar su consentimiento.»

Vale decir, entonces, que quienes pueden oponerse al matrimonio, de acuerdo a la ley, son los propios padres de los menores, los ascendientes y finalmente el consejo de familia.

Siguiendo el razonamiento de la ley de 1852, si ambos padres se oponen al matrimonio, o sólo el padre, el matrimonio no podrá realizarse; empero, si quien se opone es la madre, dicha oposición no prosperará, pues bastaría con el consentimiento del padre para que se lleve a cabo la boda, ya que como se ha apreciado la madre por sí sola no tiene el derecho de oposición. Tal derecho de oposición podría ser propio de la madre, y de modo exclusivo, si se tratase de hijos naturales no reconocidos por el padre, o si los hijos se hallasen bajo su exclusiva patria potestad.

Así, en la racionalidad de la ley de 1852, si faltan la madre y el padre la oposición corresponderá a los abuelos, y de no existir éstos, finalmente la oposición podrá ser entablada por el propio consejo de familia.

El criterio de vigilancia y tutoría compulsiva sobre los menores se hace presente en el Código Civil de 1852 con una doble figura punitiva respecto del matrimonio de menores celebrado sin consentimiento. La ley de 1852 afirmará que no tienen derecho a ser dotados por sus padres las hijas menores que se casan sin el consentimiento de éstos; de modo que para ellas hay una doble sanción, no sólo la aquí indicada, la pérdida de la dote, sino que, además, como recordamos, el artículo 155 ha previsto para los menores, sin distinción de sexo, que se casasen sin el consentimiento legal, la sanción de orden penal establecida en el propio código de la materia, dado que sostenía que la falta del consentimiento legal para el matrimonio de menores afectaba al derecho interno de la familia, por igual el orden social que repercutía en la propia familia, contrariando las prácticas domésticas y el orden social, y constituía un desacato abierto a la patria potestad, cuya institución sustentaba su naturaleza en el orden público.

6.4 El matrimonio de menores en el Código Civil de 1936

Dentro del régimen de Patria Nueva, y bajo el gobierno de Augusto B. Leguía, luego que éste, el 4 de julio de 1919, sublevase a las fuerzas de la gendarmería en la capital, a fin de evitar se anulasen las elecciones en las que había triunfado; en medio de un gobierno de carácter personal y de persecuciones, el 26 de agosto de 1922 se dictó la resolución suprema por la que se constituyó una comisión a fin de que se produjera en el Perú un nuevo código civil.

Fueron convocados muy esclarecidos maestros sanmarquinos, entre los que destacaron los abogados Juan José Calle, Manuel Augusto Olaechea, José Oliveira, Alfredo Solf y Muro y el médico Hermilio Valdizán.

Fueron en verdad catorce años intensos de trabajo destinados a producir el nuevo Código, y de los que queda huella en las actas de la mencionada comisión.

> «Esta labor de codificación quedó cumplida con el proyecto presentado al Poder Ejecutivo el 7 de marzo de 1936, y sometido al Congreso con el pedido de autorización para promulgarlo, la que fue dada por la ley 8305, de 2 de junio del mismo año, que lo faculta, además, para introducir las reformas que estime convenientes, de acuerdo con la Comisión que designe el Congreso Constituyente, pero manteniendo inalterables las disposiciones que sobre matrimonio civil obligatorio y divorcio, contienen las leyes n.os 7893, 7894 y las demás disposiciones de carácter civil dictadas por este Congreso.» [28].

La comisión a la que alude el párrafo anterior, en efecto, fue creada por resolución de 18 de junio de 1936, e instalada el 22 de dicho mes, y laboró sólo hasta el 28 de agosto del mismo año, pues consideró que ya había llegado el momento hábil para que se dictara el decreto de promulgación del Código, lo que ocurrió el mismo 30 de agosto del mismo año. Correspondió el honor al gobierno del general Oscar R. Benavides.

En materia legislativa veamos ahora qué es lo que nos depara el Código de 1936.

Primero señalemos que, a diferencia de la tendencia en el proyecto Vidaurre, en el Código de Santa Cruz y en el Código de 1852, el Código Civil de 1936 no nos presenta un artículo conceptual típico y específico en materia de matrimonio. No explicita una noción o una definición sobre la institución.

Obviamente, como ha quedado explicado en la parte de evolución histórica del matrimonio en este libro, el Código Civil de 1936 ya no prioriza el matrimonio religioso con efectos civiles.

Quedan sí, en cambio, reminiscencias del matrimonio religioso, como cuando el propio Código dice que:

> «Art. 1826.– Se regirán por la legislación anterior, los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio aunque

[28] VALVERDE, Emilio, *op. cit.*, p. 49.

este Código no los reconozca.

Art. 1827.– Las partidas de los Registros Parroquiales tendrán el mismo valor que las partidas de los Registros del Estado Civil, si se prueba, mediante la certificación respectiva, la inexistencia de este Registro en el lugar correspondiente, sin perjuicio de lo ordenado en el art. 126.

Las partidas de los Registros Parroquiales referentes a los hechos realizados antes de la vigencia de este Código, conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores [...].» [29].

Quedó entonces priorizado en el Código el matrimonio de carácter civil, tal como se aprecia al entrar ya en plena vigencia los registros de estado civil, e igualmente al advertirse la letra del artículo 101 del Código, que, sobre celebración del matrimonio, nos dice:

«Art. 101.– Los que pretendan contraer matrimonio lo declararán al Alcalde Provincial o Distrital del domicilio o de la residencia de cualquiera de ellos [...].»

La tesis queda definitivamente confirmada, sin duda, cuando se advierte en los artículos 120 y 124 del Código Civil cómo el matrimonio celebrado ante religiosos pasa a convertirse en unión que sólo excepcionalmente puede otorgar efectos civiles, como es el caso del matrimonio *in extremis* y el matrimonio por delegación al párroco o al ordinario del lugar.

Bien, ¿y cuál era el concepto de menor de edad a la luz del Código Civil de 1936?

En el artículo 8, decía lo siguiente: «Son personas capaces de ejercer los derechos civiles los que han cumplido 21 años».

En el seno de la comisión elaboradora del Código el Dr. Solf y Muro apoyó la tesis de los 21 años, sosteniendo que dicha edad era la que señalaban la mayoría de las legislaciones del momento; el Dr. Oliveira adhirió al mismo pensamiento fundamentando que la

[29] *Código Civil peruano*, Lima, J.E. Castañeda, 1978, tomo II, p. 342.

Constitución Política del Estado, recientemente promulgada en 1933, establecía el criterio de los 21 años, en tanto que el médico Valdizán, miembro de la comisión, adoptó la tesis de los 21 años sosteniendo que:

> «Representa la garantía de un mayor desarrollo de la vida, de un rico caudal de adquisiciones, y sobre todo, de una mayor eficacia de la madurez.» [30].

Sin embargo, si bien el legislador estableció la edad de los 21 años como la de la mayoridad, inmediatamente planteó la posibilidad de la emancipación a partir de los 18 años de edad, y por ello legisló el texto del artículo 11, cuyo contenido sostiene que: «La incapacidad de las personas mayores de 18 años cesa por emancipación, por matrimonio, y por obtener título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio». De suerte que en el sistema de 1936 era posible a partir de 18 años, y por las circunstancias arriba indicadas, acceder a la emancipación.

Pero ¿cuál era la edad mínima para poder contraer matrimonio según el Código Civil de 1936?

En el seno de la comisión elaboradora del nuevo Código, el Dr. Oliveira sostuvo que:

> «Para contraer matrimonio no basta la mera aptitud física para la generación; se requiere también la aptitud psicológica, o sea un desarrollo psíquico que permita apreciar la trascendencia del acto y los deberes que de él se derivan para toda la vida.» [31].

Por ello, el artículo 82, inciso 1, del código civil en estudio, estableció que no podían contraer matrimonio los varones cuando eran menores de edad (es decir hasta los 21 años), y las mujeres menores de 18 años, en la hipótesis de que en la mujer el impedimento conviene rebajarlo por cuanto se sostiene que accede de manera más pronta y

---

[30] *Código Civil peruano,* Lima, F. Guzmán Ferrer, 1984, p. 57.

[31] *Ibidem,* p. 140.

temprana a la madurez física e intelectual.

En el aludido artículo 82, inciso 1, encontramos la edad mínima en varón y mujer para contraer matrimonio, y es ésta también la edad que señala el Código Civil como la edad básica a partir de la cual admite la pubertad del hombre y de la mujer.

Pero el propio legislador previó la circunstancia de excepción y planteó la hipótesis de matrimonios de personas con edad menor a la antes indicada.

Por ello, de acuerdo al sistema de 1936, el juez podía dispensar, por motivos graves, del requisito de la edad (21 años el varón y 18 la mujer), siempre que el varón tuviera 18 años y la mujer 16.

Antes de los cuatro años de vigencia del Código, el Estado debió asumir la conveniencia de modificar este precepto.

Se dirá que:

> «[...] en algunos casos, se hace necesario ampliar la dispensa de edad de los menores cuando el varón tenga 16 años y la mujer 14, particularmente tratándose de la raza indígena y de la población que vive diseminada en los campos, por su precoz desarrollo físico [...] cuyo régimen de vida conyugal no requiere mayores obligaciones [...] que es un deber del Estado favorecer las uniones legítimas y prevenir los transtornos que puedan ocasionar el odio y la división entre familias como consecuencia de estos hechos.» [32].

Se arguyó también, para la modificación del Código, la excesiva pena para los delitos contra el honor sexual respecto de los menores de 16 años.

Lo dicho motivó la dación, el 27 de setiembre de 1940, de la ley 9181, por la que en definitiva los menores varones con 16 años cumplidos y las mujeres con 14 años cumplidos, por motivos graves podían solicitar al juez autorización para contraer matrimonio.

Refirámonos ahora a las normas concretas que regulan el consentimiento para el matrimonio de menores en el Código Civil de 1936.

---

[32] Ley 9181, de 27 de setiembre de 1940.

La norma fundamental, la clave, establece que los menores de edad para contraer matrimonio necesitan del consentimiento expreso de sus padres. Empero, si uno de éstos hubiere fallecido, o fuere incapaz, o estuviere privado de la patria potestad, dice la ley que bastará el consentimiento del otro. Es éste el artículo 89 del Código Civil de 1936.

De suerte que, para que un menor pueda contraer matrimonio, requería, según el texto del artículo 89, del consentimiento expreso de sus padres. Empero, el artículo 391 del mismo código, y en materia de patria potestad, sostenía que:

> «Art. 391.– La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, durante el matrimonio. En caso de disentimiento, prevalecerá la opinón del padre.»

El dilema radica en decidir cuál de las normas resulta aplicable para la materia, por cuanto parecería que entre ellas existe conflicto.

Nos parece importante, y por ende adherimos al planteamiento de Altamirano, cuando, a propósito del tema, señala que:

> «La opinión de los esposos debe ser dada aislada y separadamente, ya que ambos son representantes del hogar conyugal y, por lo mismo, ejercen en común la patria potestad sobre sus hijos. Cuando existe discrepancia de opiniones, no hay consentimiento y no puede efectuarse el matrimonio; en este caso no funciona la última parte del art. 391.» [33].

Sin embargo, la segunda parte del propio artículo 89 ofrece tres posibilidades que conviene revisar. Éstas son:

a) si un padre ha muerto;
b) si un padre es incapaz;
c) si un padre se encuentra privado de la patria potestad.

En tales casos, nos dice la ley, bastará el consentimiento del otro. Veamos.

---

[33] ALTAMIRANO, Juan, *Requisitos para el matrimonio de menores*, producción impresa sin referencias bibliográficas, Lima, 1988.

Si uno de los padres ha muerto, el caso no parece ofrecer dificultad, pues la exhibición de la partida de defunción habilitará al otro para otorgar o no el consentimiento matrimonial.

Distinto es el asunto referido a la incapacidad. ¿A qué tipo de incapacidad se ha referido el legislador? ¿A la absoluta o a la relativa?

La primera postura sería la de asumir que, en tanto la ley no distingue, ésta se está refiriendo tanto a la incapacidad absoluta como a la incapacidad relativa.

Pero la lectura de los artículos 90 y 91 del propio Código Civil, al referirse ambos a incapacidad absoluta, podría hacer referencia a que ésta es la incapacidad a la que se refiere el artículo 89, con lo que sólo los incapaces absolutos serían los no autorizados a conceder el matrimonio de sus hijos. Serían éstos los que establece el artículo 9 en los incisos 2, 3 y 4 (los que adolecen de enfermedad mental que los priva del discernimiento; los sordomudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable, y los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada).

¿Significará ello que la ley está tolerando que los incapaces relativos puedan prestar el consentimiento para el matrimonio de sus hijos? ¿Significará que los sujetos a curatela, tal como establece el artículo 10 del Código Civil de 1936, están autorizados para decidir el matrimonio de sus hijos? Citemos el caso de los pródigos, de los malos gestores, de los ebrios habituales y otros, tal como lo establecía el propio Código Civil de 1936.

Parecería poco prudente la posición del legislador si es que autoriza a éstos a prestar el consentimiento. Consecuentemente, creemos que el término «incapacidad» usado en la segunda parte del artículo 89, está referido en términos genéricos tanto a los incapaces absolutos como a los incapaces relativos.

Bien, pero queda dicho que el propio artículo 89 ha ofrecido una tercera hipótesis y ésta es el caso de la privación de la patria potestad. Refirámonos a este asunto.

Distingamos los casos del artículo 428.

El segundo párrafo del artículo 89 ha hecho referencia a la expre-

sión «privado de la patria potestad», con lo que aparentemente los casos de pérdida, limitación y suspensión de la patria potestad estarían excluidos.

Sin embargo, la siguiente exégesis sobre el asunto nos permite concluir que sí, en efecto, los tres casos (pérdida, limitación y suspensión) podrían estar incluidos en la afirmación.

Veamos el caso de la pérdida de la patria potestad.

El artículo 427 del Código Civil nos remite a los artículos 32 y 33 del Código Penal de 1924 (entonces vigente). Tales artículos señalan que la interdicción civil «priva al sentenciado del deber y del derecho de patria potestad», con lo que asumimos una similitud entre los términos «privación» y «pérdida».

Un tanto más complejo es el caso de la suspensión de la patria potestad, pero intentemos abordarlo.

El artículo 434 del Código Civil de 1936 se refirió a los casos de suspensión.

Al inciso 1 del citado numeral 434 que sostiene la suspensión de la patria potestad «por la incapacidad o por la ausencia de los padres, judicialmente declarada», lo consideramos incluido en el segundo párrafo del artículo 89 cuando éste se refiere a «incapacidad», entendiéndose adicionalmente que «la ausencia de los padres, judicialmente declarada» es en sí una causal de incapacidad.

El inciso 2 del artículo 434, que habla de la suspensión de la patria potestad «por la interdicción civil», comprende a los incapaces relativos, por lo que están incluidos en el texto del artículo 89, segundo párrafo, si asumimos que el término «incapaz» incluye tanto a los incapaces absolutos como a los incapaces relativos.

El inciso 3 del artículo 434, a propósito de la suspensión de la patria potestad, afirma que ésta se da «cuando se compruebe que los padres se hallan impedidos de hecho para ejercerla»; en tal hipótesis resulta aparentemente obvio que no se podrá consentir.

El cuarto caso sobre suspensión de la patria potestad, y siempre según el texto del artículo 434, se refiere a la suspensión «en el caso señalado por el artículo 255».

El texto del artículo 255, regulado dentro del título de los efectos del divorcio, dice que:

> «Los hijos se confiarán al cónyuge que obtuvo el divorcio, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge, o, si hubiere motivos graves, una tercera persona.
>
> Esta designación deberá recaer por su orden, y, siendo posible, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.»

Por la exégesis planteada en las líneas anteriores, concluimos que los cuatro incisos relativos a suspensión estarían incluidos en el artículo 89, segundo párrafo, bajo la expresión «privación».

De otro lado, y en el tema de la limitación de la patria potestad, consideramos que existe la posibilidad de que ésta también se encuentre comprendida dentro del término «privación». El artículo 429 concede al juez la facultad de limitar discrecionalmente determinados deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad, estableciendo la posibilidad de limitar el deber o el derecho de consentir, según las circunstancias.

En definitiva, pues, consideramos que tanto los términos «pérdida», «limitación» y «suspensión» estarían o podrían estar incluidos dentro del alcance del segundo párrafo del artículo 89.

Pero el legislador se ha puesto también en la hipótesis del defecto de los padres.

Por eso, el artículo 90 dice a la letra que:

> «A falta de padres, o si éstos son absolutamente incapaces, o si están privados de la patria potestad, el consentimiento deberá ser prestado por los ascendientes más próximos, sin distinción ni de línea ni de sexo. En igualdad de votos contrarios, la discordia entre los ascendientes equivale al consentimiento.»

Según el propio Altàmirano, el principio:

> «deviene no de un derecho, no del ejercicio de la patria potestad, en la generalidad de estos casos, sino derivado del afecto

y solicitud entre los miembros de la misma familia.» [34].

Tratando propiamente el artículo 90 y su contenido, el reputado maestro peruano Cornejo Chávez dirá que:

> «[Este artículo] es más amplio que el 89, segunda parte, pues incluye la fórmula general "a falta de...", en lugar de aludir específicamente al fallecimiento; lo cual le confiere flexibilidad y lo adapta a las múltiples circunstancias de la vida real que pueden hacer que los padres falten aunque no hayan fallecido [...].» [35].

Queda claro además, en este precepto, la igualdad absoluta y que no hay prevalencia de ningún ascendiente sobre otro, pues no importa la distinción de línea ni de sexo, bastando que el grado sea igual.

Pero las hipótesis van más allá. También dan margen para la intervención del consejo de familia en esta materia.

El artículo 91 sostiene que:

> «A falta de ascendientes, o si éstos son absolutamente incapaces, o han sido removidos de la tutela, corresponderá al consejo de familia prestar el consentimiento.»

No existe en el presente artículo alusión alguna a si se requiere unanimidad o mayoría en el seno del consejo de familia para el otorgamiento de la autorización matrimonial. Empero, el artículo 638 sostiene que:

> «El consejo de familia no puede adoptar decisiones sin que estén presentes por lo menos tres de sus miembros, además del juez de paz, y sin que haya conformidad de votos entre la mayoría de los asistentes, pudiendo decidir la votación el Presidente, en caso de empate.»

---

[34] *Ibídem,* p. 104.

[35] Cornejo Chávez, Héctor, *Derecho familiar peruano,* Lima, Studium, 1985.

De lo expuesto se deduce que las decisiones del consejo son tomadas por mayoría.

Al respecto, el maestro don Héctor Cornejo Chávez sostendrá que:

> «[Ésta es una] solución distinta a la aplicación a los casos en que los padres o ascendientes discrepan, y que se funda en que en los miembros del consejo no se supone el mismo interés por el menor respecto de los padres o ascendientes directos.» [36].

En la hipótesis de que no sea posible formar el consejo de familia, el juez de paz podrá tomar las atribuciones que a éste le corresponden y decidir sobre la materia, tal como lo establece el artículo 622 del Código Civil de 1936.

Sin embargo, el legislador introduce un criterio rector para los casos en los que el consejo de familia tiene que tomar determinaciones. El artículo 98 del Código Civil señala que el consejo podrá negar el consentimiento sólo por motivos que den lugar a creer de manera fundada que el matrimonio será desgraciado. Obviamente, el criterio es abiertamente subjetivo, razón por la cual el inmediato artículo 99 ha establecido el derecho del menor a que, en caso de negativa del consejo de familia, pueda solicitar la licencia judicial; empero, dicha sentencia se expresará sin fundamentos y será inapelable.

Guzmán Ferrer dice que:

> «Para el caso previsto en el artículo 99 del Código Civil, concordante con los arts. 1048, 1049 y 1050 del Código de Procedimientos Civiles, el menor acompañará su partida de nacimiento o bautismo, la partida de defunción de sus padres o instrumento que acredite la incapacidad de los mismos; igualmente acreditará que no tiene ascendientes, interponiendo demanda contradictoria contra el consejo de familia, y solicitando licencia judicial. Luego el juez dará trámite a la instancia por la vía del juicio de menor cuantía y expedirá resolución, previa audiencia del

[36] *Ibídem*, p. 88.

Ministerio Fiscal, sin expresión de fundamento, siendo dicha resolución inapelable.» [37].

Sin embargo, con respecto al consentimiento que pudiese haber sido otorgado por el consejo de familia, es conveniente añadir que a pesar de que la resolución es inapelable, en caso de que se hubiere concedido la licencia solicitada el juez tendría la facultad de revocarla hasta antes del matrimonio cuando posteriormente sobreviniere alguna causa grave que hiciere temer que el matrimonio, en efecto, «será desgraciado».

Posteriormente, el Código Civil de 1936, en esta materia de consentimiento para el matrimonio de menores, presenta tres casos singulares de los que nos ocuparemos brevemente: el consentimiento matrimonial para los hijos adoptivos, para los expósitos y menores bajo jurisdicción especial, y el caso del consentimiento para los hijos ilegítimos.

En relación a los adoptivos, el legislador estableció la tesis de que éstos debían recabar el consentimiento tanto de sus padres naturales como de los adoptantes. El fundamento de tal presentación radica en que el consentimiento está dado más como función de protección y está concedido por las personas que tienen, en efecto, interés en el buen destino del menor. Entre ellos –se dijo– es indispensable encontrar tanto a los padres naturales como a los adoptivos. Si bien los padres naturales no se encuentran en el ejercicio de la patria potestad, no se les puede privar del natural interés que les merece el futuro de sus hijos. En tanto, respecto de los padres adoptivos, es obvio que toda su atención se halla puesta en el menor y anhelan procurarle un futuro mejor.

Por ello, el artículo 335 del Código Civil de 1936 señalaba que el adoptado conservaba los derechos y deberes que le correspondían en su familia natural, pero que se hallaba bajo la patria potestad del adoptante. Y es que el último fundamento –se sostiene, para el consen-

[37] ALTAMIRANO, Juan, *op. cit.*, p. 106.

timiento– no derivaba explícitamente de la patria potestad sino del interés moral en el porvenir del menor.

Oliveira sustentaría en la exposición de motivos que tal postura se encontraba indicada, en Europa, en el Código italiano (art. 63, inc. 2) y en América del Sur en el Código venezolano (art. 38, inc. 5).

De otro lado, entendiendo por expósitos a los recién nacidos expuestos o abandonados, cuyos padres son ignorados por deliberado ocultamiento de los mismos [38], el Código estableció en el artículo 93 que los administradores de las casas de expósitos tenían la potestad de otorgar el consentimiento para el matrimonio de los menores. Tratándose de expósitos que se hallasen colocados en casas particulares, correspondía prestar el consentimiento a las personas que los amparaban.

La función protectora aquí regulada encontró su basamento no sólo en aspectos morales y sociales, sino en las normas jurídicas como los artículos 6, 8 y 52 de la Constitución Política de 1933, el propio artículo 485 del Código Civil de 1936, y el antecedente hallado en el artículo 2 del decreto ley 7307.

El código civil de entonces no se puso en la hipótesis de los llamados «menores abandonados», es decir, aquellos que sí conocían su filiación pero que carecían de amparo alguno. No parecería un despropósito admitir que la norma correspondiente a los expósitos, en el caso que les fuese aplicable, sería la solución.

En cambio, el legislador de 1936 sí se refirió a otro tipo de menor al que llamó «bajo jurisdicción especial del Libro IV, Título V del Código Penal». Estableció que, en tales casos, para que los menores pudiesen contraer matrimonio se requería de la autorización del respectivo consejo local de patronato que ejercía la tutela, o del juez de menores. En esta fundamentación estuvo vigente el principio de tutela estatal establecido en el artículo 52 de la Constitución Política de 1933, con antecedentes en el artículo 1 del decreto ley 7307 y en la resolución suprema del 12 de diciembre de 1945.

Respecto de los hijos ilegítimos, el legislador de 1936 estableció

[38] Cornejo Chávez, Héctor, *op. cit.*

que éstos no estaban obligados a acreditar el consentimiento de sus padres cuando tales padres no los hubieran reconocido voluntariamente. Se trató así de sancionar legal, social y moralmente a aquel padre que, pudiendo reconocer voluntariamente al menor que había procreado, le negaba la concesión de tal derecho.

El legislador de 1936 concentra su atención también en establecer normas precisas respecto a en qué lugar constará el consentimiento otorgado por quienes son llamados por la ley a darlo. Establece que el consentimiento ha de constar en instrumento público y que podrá ser revocado hasta el momento de la celebración del matrimonio. Reza así en el artículo 96 del Código Civil. En consecuencia, se hacía indispensable concordar el mencionado artículo con el 400 del viejo Código de Procedimientos Civiles de 1912. El profesor emérito de la Universidad Católica del Perú, don Héctor Cornejo Chávez, dirá sobre la constancia del consentimiento:

> «Por escritura pública; por declaración verbal hecha en el momento de iniciarse el trámite del mismo matrimonio (declaración que consta en acta suscrita por el funcionario competente y que constituye por ello instrumento público), tratándose del consentimiento que prestan los padres naturales o adoptantes, los ascendientes o las personas particulares que tengan un expósito a su cargo; por copia certificada del acta en que conste el acuerdo del consejo de familia presidido por el Juez de Paz, en su caso; por escrito auténtico del administrador de la casa de expósitos, en el supuesto del Art. 93, primera parte; por copia certificada del acuerdo respectivo del Consejo local del Patronato; o por transcripción de la Resolución Judicial pertinente, si el consentimiento lo otorga el Juez de Menores.» [39].

Y aunque la ley no los enumeraba, la doctrina recomendó que la constancia del consentimiento consignara el nombre, apellido y demás calidades personales del otorgante, la indicación del grado de parentesco

[39] *Ibídem*, p. 91.

o título que al respecto ostentaba el llamado para consentir, y los datos relativos a la persona con la que éste iba a contraer matrimonio.

Respecto del consentimiento, el Código de 1936 fue explícito en afirmar que el consentimiento podía ser revocado hasta el momento de la celebración del matrimonio, fundándose en que la esencia de la facultad de consentir no tiene más propósito que proteger el interés del menor.

Más allá, siguiendo una marcada tendencia en el derecho, el Código Civil de 1936 establecería que, en el caso del menor casado sin el consentimiento de ley, éste no gozaría de la posesión y administración de sus bienes hasta ser mayor de edad; pero en ningún caso hizo explícita la posibilidad de que este matrimonio careciera de validez, pues técnicamente se inscribía dentro del cuadro de los llamados matrimonios ilícitos, aquellos que la ley de alguna manera no auspicia, aunque sí sanciona, sin dejar de reconocer su valor jurídico.

Es necesario reconocer, empero, que en el ámbito estrictamente legal, el Código de 1936 da al matrimonio de quienes se casan sin el requisito de la edad, pero en mérito a razones de impubertad, carácter de matrimonio anulable, pues el artículo 142 sostiene que «es anulable el matrimonio contraído con infracción de los incisos 1 del artículo 82 [...]».

Dentro de ese orden de ideas, el artículo 143 del Código Civil de 1936 abría la posibilidad de que se deduciera la acción de anulabilidad respectiva, y sostenía que:

> «Art. 143.– Si uno de los cónyuges ha contraído matrimonio sin tener la edad requerida por la ley, la nulidad puede ser demandada por él o por sus ascendientes, y a falta de éstos, por el consejo de familia.
>
> No podrá demandarse la nulidad después de que el menor haya alcanzado la edad legal ni cuando la mujer hubiese concebido.»

En consecuencia, el párrafo segundo del artículo 143 permite sostener válidamente la posibilidad de la confirmación del matrimonio, la que podía ocurrir por convalidación o por prescripción, pues las dos

posibilidades quedan sostenidas del texto del párrafo segundo del artículo 143, así como del texto del artículo 144, el mismo que sostenía que:

> «Cuando sea obtenida la nulidad por un tercero, los cónyuges al llegar a la edad legal podrán confirmar su matrimonio ante el juez. La confirmación tendrá efecto retroactivo.»

De modo que si los ascendientes o el consejo de familia no formulaban la acción de anulabilidad, era porque convenían en el matrimonio, en tanto que si el propio impúber no interponía la acción, era porque persistía en su decisión matrimonial.

Más allá, la confirmación del matrimonio por el estado de gestación de la mujer parece absolutamente razonable, pues ella destruye la presunción de impubertad.

6.5 El matrimonio de menores en el Código Civil de 1984

En 1963, el presidente Fernando Belaunde Terry accedió al gobierno del Perú. Época de nuevos aires políticos en el país, las palabras «transformación» y «cambio» comienzan a ser usadas con más frecuencia.

En este clima, por decreto supremo n.º 95, del 1.º de marzo de 1965, el gobierno estableció una comisión encargada de estudiar y de revisar el Código Civil de 1936.

Si este código, el del 36, fue obra de los maestros sanmarquinos, el nuevo código que a la postre se dictó en 1984, sin duda fue el resultado del dedicado y brillante trabajo intelectual de los más afamados juristas de la época, casi todos ellos afincados en los claustros de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

Posteriormente, por ley 23403 se crearía la comisión revisora, integrada por tres senadores, tres diputados (representantes del Congreso) y tres abogados designados por el Ministerio de Justicia.

Por decreto legislativo 295, y en mérito a lo dispuesto por las leyes 23756 (que dispuso que el nuevo código civil podría ampliar, modificar o derogar disposiciones) y 23403, se promulgó, el 24 de julio de 1984, el nuevo Código Civil peruano, que en la parte de derecho de familia tuvo como principal (y casi único) mentor y ponente al más brillante jurista de Derecho de Familia en el Perú, doctor don Héctor Cornejo Chávez.

La Constitución Política del Perú de 1979, en el capítulo II, había establecido que el Estado protege de manera preferencial tanto al matrimonio y a la familia, por considerar a ésta como sociedad natural e institución básica en el destino de la nación. Sin embargo, la propia norma constitucional había establecido la posibilidad de que se implantaran en el Perú diversas «formas de matrimonio», pues no es otra la letra de la norma constitucional.

Así, llegado el momento de la elaboración del Código Civil, el legislador debió tomar posición respecto al tema de las «formas de matrimonio» en el Perú. Así lo hizo y de manera explícita en el artículo 234 del Código Civil de 1984.

Por él se declaró que el matrimonio en nuestro ordenamiento es una unión voluntaria, concertada entre un hombre y una mujer que no ostentan impedimento legal alguno, quienes formalizan su unión matrimonial de conformidad con las normas legales vigentes, con la finalidad de hacer vida común. El legislador cuidó también de mencionar que tanto el varón como la mujer tenían en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, por cuanto el artículo constitucional (art. 2, inc. 2 de la derogada Ley fundamental de 1979) establecía tal igualdad ante la ley sin discriminación.

Adviértanse entonces, como elementos del matrimonio civil en el Perú, primero la voluntariedad, es decir, el consenso, el consentimiento recíproco. De otro lado, tal concierto de voluntades unirá en términos monogámicos, exclusivos y excluyentes, a un varón y a una mujer, con lo que quedará marcada también la distinción de sexos para la validez del matrimonio civil en el Perú. Pero tal unión de sexos deberá reali-

zarse siempre que no medie impedimento legal señalado por la ley, y se celebrará de conformidad con la forma preceptuada por la norma jurídica, con el fin de hacer vida común entre los esposos, en igualdad de derechos y obligaciones.

A propósito de la finalidad del matrimonio, es prudente advertir que el legislador no prioriza un fin específico sobre otro. Emplea la expresión «vida común», de modo que el matrimonio esté dirigido a la realización de la pareja y sea ella de manera responsable, madura y consciente la que defina su rol con respecto a la procreación y al cumplimiento de sus responsabilidades en la educación de los hijos, entre esposos, y la asistencia recíproca al interior del matrimonio y de la familia.

Vale decir que en el derecho peruano, y de conformidad con el Código Civil, ostentan plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que han cumplido 18 años de edad, salvo los casos de incapacidad absoluta e incapacidad relativa (arts. 43 y 44 del Código Civil de 1984).

Empero, la edad de la mayoridad (18 años) no coincide necesariamente con la edad de la pubertad para el matrimonio.

El Código Civil, en el artículo 241, inciso 1, señala que no pueden contraer matrimonio los impúberes, juzgando como impúberes a todos aquellos que tienen 18 o menos años de edad. Pero el propio legislador ha creado la posibilidad de excepción y ha establecido que el juez puede dispensar el impedimento de impubertad por motivos graves y siempre que el varón tenga 16 años cumplidos y la mujer 14.

Vale decir que en el derecho peruano actual los mayores de edad pueden contraer matrimonio por propia decisión expresando su consentimiento recíproco válido y no requieren de la exigencia de solicitar el consentimiento de terceras personas. Sin embargo, por excepción, los varones mayores de 16 años y las mujeres que exceden los 14 años, siempre que medien motivos graves, podrán contraer matrimonio civil si es que obtienen el consentimiento de quienes por ley deben otorgarlo.

Importante aquí es distinguir entre el instrumento en que consta

el asentimiento de los padres o ascendientes, o, en su caso, la licencia judicial supletoria, y la dispensa judicial de la impubertad. La dispensa judicial de impubertad debe ser siempre inexorablemente tramitada ante la autoridad judicial y es ahí cuando el juez evalúa los «motivos graves» y, según el caso, declara al menor hábil genésicamente; en tanto que el consentimiento matrimonial, como dice la ley, debe ser otorgado por los padres o por los ascendientes, o mediante licencia judicial supletoria, constando en todo caso de manera fehaciente el instrumento por el que se ha otorgado válidamente el asentimiento. Es ésta la diferencia entre dispensa judicial y de impubertad, y licencia judicial supletoria del consentimiento matrimonial en el sistema legal peruano.

En materia específica, sobre el consentimiento para el matrimonio de menores, el Código Civil de 1984 ha tomado postura en varios aspectos distinta de sus precedentes.

El asunto ha pasado a comprenderse hoy en sólo cuatro artículos, al final de la teoría de los impedimentos matrimoniales del Código, sin duda por considerar que la negativa al consentimiento matrimonial tiene naturaleza consubstancial con el impedimento.

Dentro del nuevo modelo jurídico, el Código Civil de 1984 establece que la discrepancia entre los padres equivale al consentimiento matrimonial; sustrae del modelo al consejo de familia y lo reemplaza por el juez de menores, y al tratar el caso de los menores en situación irregular no sólo se refiere a los expósitos sino que alude también al caso de los «menores abandonados». No repite el contenido del antiguo artículo 96 del Código de 1936, según el cual el consentimiento había de constar en instrumento público, y tampoco se refiere expresamente al tema de la revocación. Tampoco exige el consentimiento del padre y de la madre que no reconocieron al hijo voluntariamente, con lo que mejora la formulación del artículo 95 del Código Civil de 1936, declarando que sí se requiere el consentimiento si, en cambio, hubo tal reconocimiento voluntario, pudiendo recurrirse al consentimiento de los abuelos o de las abuelas en caso de que sea necesario.

El ponente se ha alejado de cualquier drasticidad en el tratamiento del matrimonio de los menores en el convencimiento de que apartarlos

de tal alternativa podría auspiciar y fomentar el concubinato. Se sostiene que el matrimonio es un acto de carácter moral, un acto íntimo y absolutamente propio de los contrayentes, y en tanto los pretendientes tengan suficiente desarrollo físico y espiritual, bien pueden casarse válidamente sin el consentimiento de sus padres o de otras personas, aun cuando tal consenso o aprobación pudiese ser verdaderamente útil y deseable [40].

Más allá, la doctrina moderna señala de manera marcada la igualdad en importancia del padre y de la madre, tanto en el matrimonio como en la familia, y no ve razón alguna para distanciar las preeminencias y obligaciones que ambos tienen respecto de sus hijos y de ellos mismos en la unión marital.

Como dirán Planiol y Ripert, «[...] tanto por la ternura con que aman a sus hijos, cuanto por ser ellos mismos interesados [...]», ambos padres debieran estar presentes en las decisiones más trascendentes de sus hijos menores [41].

Sin embargo, el nuevo artículo 244 del Código Civil vigente sostiene que los menores de edad, si desean contraer matrimonio, requieren el asentimiento expreso de sus padres, empero –sostiene el Código– en caso de discrepancia entre los padres ésta equivale al consentimiento.

¿Cuál es la fundamentación que ha llevado al ponente a sostener este planteamiento en la nueva legislación? El maestro don Héctor Cornejo Chávez nos dice:

> «La fuerza de este criterio estriba, a nuestro juicio, en el hecho de que, producida la discrepancia, ya no es sólo la opinión de un incapaz (el menor) la que se inclina por la conveniencia del casamiento, sino además la de un mayor plenamente capaz y profundamente interesado en la felicidad del pretendiente; y ello constituye, por lo menos, tanta garantía como el consentimiento

---

[40] Cornejo Chávez, Héctor, *op. cit.*, p. 158.

[41] *Loc. cit.*

del propio interesado, cuando éste es un mayor de edad.» [42].

En la regulación jurídica del matrimonio de menores el legislador de 1984 se ha planteado la hipótesis de que uno de los padres falte o se halle en incapacidad absoluta o haya sido destituido del ejercicio de la patria potestad, y en tal caso ha señalado explícitamente que el consentimiento debe provenir del otro padre.

Empero, la otra posibilidad se dirige a que el consentimiento sea prestado por los abuelos y las abuelas. En tal caso, si faltan ambos padres o si los dos son absolutamente incapaces o han sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, el planteamiento sostiene que, en igualdad de votos contrarios, la discrepancia equivale al consentimiento. Adviértase que los llamados son explícitamente los abuelos, no los ascendientes como establecía el Código Civil de 1936. Tal formulación se sostiene no sólo en razón a la edad cronológicamente prolongada que pudiesen tener otros ascendientes, sino, a su vez, en que éstos se encontrarían con una atribución que podría llegar a impedir el matrimonio, incluso de biznietos, tataranietos o aun otros descendientes respecto de los cuales podrían tener no sólo una lejanía cronológica sino también física, cuando no de incapacidad.

Importante es comprobar cómo los párrafos 2 y 3 del artículo 244, cuando aluden a la patria potestad, se refieren al *status* de «destitución». Con la finalidad de clarificar el alcance del término, digamos que él implica hoy situar la palabra «destitución» dentro de las dos únicas modalidades de restricción de la patria potestad que perviven hoy en la ley, cuales son la «suspensión» y la «extinción», tal como lo hacen ver los artículos 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

Ante la hipótesis de la falta de abuelos y abuelas, o si son éstos absolutamente incapaces o han sido removidos del ejercicio de la tutela, el legislador ha otorgado al juez del niño y el adolescente la potestad de conceder o denegar la licencia. Sin perjuicio de respetar la validez del consejo de familia, el ponente ha considerado que éste es un

[42] *Ibídem,* p. 159.

organismo de constitución y funcionamiento relativamente lento y que se encuentra formado sólo por parientes colaterales, por lo que no parecería existir bastante razón como para entregarle la función de decisión en esta materia, motivo por el cual se opta por el juez especializado.

El mismo juez tiene la atribución de conceder o denegar el pedido respecto de los casos de los expósitos o de menores abandonados que se encuentren bajo jurisdicción especial. Los expósitos, como se sabe, son aquellos menores que no conocen su filiación, en tanto que los menores abandonados son aquellos que, conociéndola, sin embargo no pueden ubicarla físicamente.

¿Qué ha querido decir el legislador con la expresión «jurisdicción especial»? Se ha referido a todos aquellos menores sobre los que se requiere una tutela especial, y que el derogado Código de Menores, ley 13968 de 1.º de mayo de 1962, comprendía en su artículo 65, es decir, los menores abandonados, los menores en estado de peligro moral, los menores en estado peligroso, los menores deficientes sensoriales y mentales, los menores lisiados físicos y los menores en necesidad temporal *.

---

* En el *Vocabulario multilingüe, polivalente y razonado de la terminología usual en protección de menores,* de los doctores Rafael Sajón, José Achard y Ubaldino Calvento, producido por el Instituto Interamericano del Niño, se considera menor abandonado al que se encuentra privado de alimentos, cuidados o educación suficiente en forma que puede comprometer su salud física y psíquica, o al menor respecto al cual se ha descuidado el deber de asistencia, vigilancia y corrección por las personas obligadas a su prestación; se reputa menor en peligro moral a aquél que se halla en situación de riesgo inminente de incurrir en hechos previstos en la legislación represiva, situación en que se encuentran los menores cuando vagabundean, mendigan o frecuentan sitios de mal vivir; se define menor en estado peligroso a aquél cuya característica personal hace evidente la posibilidad de que [...] pueda quebrantar el ordenamiento jurídico. El Instituto Interamericano del Niño utilizó en la década de los setenta la acepción «menor en situación irregular», con lo que quiso significar aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral, o padeciendo de un déficit físico o mental, y agregó, a manera de segunda acepción, que también comprende a aquellos menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden

Respecto a los hijos extramatrimoniales, el legislador sólo ha querido el consentimiento del padre o de la madre que los hubiese reconocido voluntariamente, y en defecto de éstos, el consentimiento de los abuelos, sean paternos o maternos, de lo que se infiere, además, que si el hijo no ha sido reconocido voluntariamente por ninguno de los padres, hállense o no en situación de expósitos, la licencia matrimonial podrá serle concedida por el juez del niño y el adolescente [43].

> «Cuando la desaprobación del matrimonio emana de los padres o de los abuelos, el derecho considera que la opinión adversa es definitiva y no necesita siquiera ser motivada, porque supone en tales personas el mayor interés en la felicidad del menor; porque estima que las posibilidades de acierto son en dichas personas mucho mayores que en la autoridad judicial; porque la motivación de la negativa afectaría frecuentemente al honor o la susceptibilidad del posible consorte; porque tal motivación no siempre podría ser judicialmente probada no obstante fundarse en una completa convicción moral; porque es preciso robustecer la autoridad de los ascendientes, tratándose de asuntos que atañen a la vida íntima del grupo familiar; y porque, en fin, la posibilidad de una opinión adversa equivocada no perjudica irreparablemente al menor, el cual sólo quedaría obligado a esperar a su mayoridad, lo que es inclusive beneficioso para él y da ocasión a los padres o ascendientes para rectificarse (art. 245 del Código Civil de 1984).» [44].

---

a sus individualidades. Sin embargo, en la actualidad, y hoy en la década de los noventa, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, interesado también en la problemática tutelar del menor, ha clasificado a los entonces denominados «menores en situación irregular» como «menores en estrategia de sobrevivencia, menores de la calle, menores víctimas de maltrato y abandono, menores institucionalizados, menores en conflicto armado, menores en desastres naturales y ecológicos, y menores con necesidades específicas de atención preventiva». (Ver *Lineamientos para la aplicación de la guía metodológica para el análisis de situación de menores en circunstancias especialmente difíciles,* Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, agosto de 1989, Bogotá, Colombia.)

[43] *Ibídem,* p. 163.

[44] *Loc. cit.*

En sentido distinto, nosotros afirmamos que nada es más importante en la relación paterno-filial que la comunicación; que nada es más gravitante para el hijo que el consejo humanizado de sus padres; que nada robustece más la armonía en la relación entre padres e hijos que el diálogo con argumentos ricos y fundamentados, y que, finalmente, el menor podrá soportar mucho mejor el sentido de una denegatoria cuando ésta le ha sido suficientemente motivada. Por estas razones, creemos que la negativa de los padres y de los ascendientes debe ser necesariamente fundamentada, tal como ocurre en la resolución judicial denegatoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 246 del Código Civil.

El Código vigente de 1984, en el ámbito del consentimiento para el matrimonio de menores, no se refiere al caso específico de los hijos adoptivos. La razón fundamental es que dentro de la teoría substantiva civil de 1984, el hijo adoptivo ha dejado de pertenecer al círculo de la familia natural o consanguínea y ha ingresado a la del adoptante, razón por la cual el consentimiento para el matrimonio debe ser otorgado por aquellos padres que han recibido al hijo en adopción.

Corresponde tratar ahora el tema referido a la validez del matrimonio de aquellos menores que lo contraen sin la autorización de quienes deben prestar ésta. El asunto se encuentra tratado en el artículo 247 del Código Civil.

Así, el menor que se casa sin el asentimiento antes indicado, se halla jurídicamente ante un matrimonio válido; empero, a modo de sanción no gozará de la posesión, administración, usufructo ni de la facultad de gravamen o disposición de sus bienes, hasta que alcance la mayoría de edad. El caso se sitúa como matrimonio ilícito dentro de la teoría de la invalidez matrimonial.

No olvida el legislador sancionar con multa de no menos de 10 sueldos mínimos vitales mensuales correspondientes a la localidad, al funcionario del registro del estado civil que celebró el matrimonio ilícito, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente. El artículo 142 del Código Penal expone al funcionario a una pena privativa de la libertad no mayor de tres años y a una inhabilitación

de uno a dos años, de conformidad con el artículo 36, incisos 1, 2 y 3 del mismo código.

El legislador peruano ha situado al menor que pretende matrimonio frente a dos impedimentos adicionales y explícitos. Se trata del impedimento del tutor con el pupilo y del impedimento referido al nuevo matrimonio del viudo y la viuda y análogos (divorciado y divorciada, matrimonio invalidado y padre o madre extramatrimonial con hijos bajo patria potestad) que no acreditan haber hecho inventario judicial conforme a ley.

En el primer caso, el tutor no puede contraer matrimonio con el menor durante el ejercicio de su cargo ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración tutelar, salvo que el propio padre o la madre del menor hubiesen autorizado la celebración del matrimonio, sea por testamento o por escritura pública. La razón que fundamenta el impedimento radica en evitar que el tutor, de pronto inescrupuloso, pudiese ocultar bajo una maliciosa administración los intereses que le resultan legítimos a su pupilo. La ley no obvia la sanción para el tutor malicioso, señalando que existe para él pérdida de la retribución a que tiene derecho, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda derivar del mal ejercicio de su cargo.

De otro lado, el viudo o la viuda que pretenden nuevo matrimonio, el divorciado que postula a lo mismo, así como el padre o la madre que tienen bajo su potestad hijos extramatrimoniales, y también aquellos cuyo matrimonio se invalidó, no están permitidos de contraer nuevo matrimonio si previamente no han acreditado la ejecución del inventario judicial de los bienes que estén administrando, pertenecientes a sus hijos, mediando en ello la intervención del Ministerio Público, o si es que previamente no han formulado declaración jurada de que no tienen hijos bajo su patria potestad, o que, en su defecto, éstos no tienen bienes algunos bajo administración. La infracción de este precepto impone la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos.

La norma antes citada, que tiene obviamente el mismo carácter protector que el impedimento anteriormente presentado, exhibe su complemento en el artículo 433 del Código Civil, pues él sostiene que

el padre o madre que pretenda nuevo matrimonio deberá solicitar al juez que convoque al consejo de familia para que éste determine si conviene o no que prosiga con la administración de los bienes de los hijos del matrimonio anterior. Si la resolución fuese afirmativa, los nuevos cónyuges serán solidariamente responsables, mas en caso negativo, o cuando el padre o la madre se excusen de administrar los bienes de los hijos, el consejo de familia deberá nombrar un curador para la materia.

7

Sistemas jurídicos y Declaraciones internacionales

El matrimonio de menores en el Derecho comparado

7.1 El caso del matrimonio de menores en modelos legales representativos del sistema jurídico romanogermánico

> «El Derecho que se implantó en nuestra América hispánica, traído por la conquista, no fue el derecho español, que aún no había entonces llegado a su definitiva formación, sino el derecho de Castilla, producto, como dice Basadre, de influencias romanas, germanas y canónicas principalmente; en menor grado de influencias semitas (árabes y judías); y también el producto de una creadora originalidad nacional.» [1].

Y es que la península ibérica, descubridora, conquistadora y colonizadora nuestra, ha estado históricamente sometida a una compleja simbiosis cultural.

Poblada desde aproximadamente quinientos mil años antes de Cristo, entre el 218 y el 201 a. de C. Roma anexará la península y la dividirá, primero, en dos provincias (Hispania Citerior e Hispania Ulterior), para luego, por razones geopolíticas, el año 27 a. de C. dividirla en las provincias de Tarraconense, Bética y Lusitania.

Pero los pueblos bárbaros, particularmente los de raza blanca,

---

[1] VALVERDE, Emilio, *El Derecho de familia en el Código Civil peruano,* Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942, p. 28.

germanos, teutones, francos y suevos invadirán hacia el año 264 d. de C. la península y la ocuparán temporalmente (Tarragona). Luego, el año 411 d. de C., las tribus bárbaras firmarán alianza con Roma y ella las autorizará a establecer colonias militares dentro del Imperio.

El año 476 d. de C. se producirá la caída del Imperio romano de Occidente. Entonces sus colonias comenzarán a independizarse producto de la acción de los tres grupos germanos que ocupaban los territorios imperiales: los germanos del norte (escandinavos), los germanos del oeste (alemanes, francos y sajones) y los del este (vándalos, visigodos, ostrogodos y borgoñones).

Así, los territorios de la colonia hispanorromana formarán la nueva España. Y entre los años 568-586 d. de C., mientras el primer rey español visigodo Leovigildo expulsa a los funcionarios imperiales e intenta unificar la península, se promulgará el *Codex Revisus*, cuerpo de leyes aplicables a los hispanorromanos y godos; empero, corresponderá a su descendiente y heredero, Recaredo (587 d. de C.), abjurar al arrianismo y adoptar el cristianismo, intentando la unidad espiritual de España.

El rey visigodo gobernará a la península desde Toledo y su labor política y legislativa, compartida con el clero, se iniciará a partir del tercer concilio de Toledo. El año 633 d. de C., el cuarto sínodo de Toledo asumirá el derecho de confirmar a los reyes elegidos y los judíos serán obligados a bautizarse.

Emergerá luego el *Fuero Juzgo* en España, compilado el año 654 d. de C. y revisado el año 694 d. de C. en los concilios octavo y decimoséptimo de Toledo. Empero, la presencia visigoda sólo durará doscientos cincuenta años, al no resistir la invasión árabe.

Los españoles no harán esperar las guerras de Reconquista. El año 718 d. de C., Pelayo, noble visigodo elegido rey, obtendrá su primera victoria sobre las tropas musulmanas en Alcama, en las proximidades de Covadonga. Se iniciará entonces el proceso de recuperación cristiana de España, hasta el año 1212 d. de C. en que se llegará al punto culminante de la Reconquista, cuando Alfonso VII de Castilla, con la colaboración política y militar de Sancho VIII de Navarra, Pedro II

de Aragón y con tropas procedentes de Portugal y de León, vencerá al ejército musulmán en las batallas de Navas de Tolosa.

El resto de la historia es más conocido. El año 1464 d. de C., Enrique IV de Castilla designará heredera del trono a su hermana Isabel I la Católica, y desheredará a su hija Juana, lo que conducirá en 1469 d. de C. al matrimonio de Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón, consumando así no sólo la unidad de España, sino el imperio del catolicismo.

Serán los Reyes Católicos (2 de enero de 1492), Isabel y Fernando, quienes culminarán la Reconquista con la victoria de Granada, aprovechando de los enconos y rivalidades de los últimos gobernantes musulmanes en España.

Apenas meses después, el 12 de octubre, en Guanahaní, Cristóbal Colón descubrirá América y se iniciará posteriormente el gran proceso de conquista y colonización de la nueva América.

Visto este panorama, se hace más fácil comprender la gran simbiosis histórica, cultural y jurídica ocurrida en la península ibérica.

En lo que nos concierne, es decir, en materia jurídica, cómo no advertir entonces la presencia del elemento romano, germano y del canónico; el porqué de las reminiscencias jurídicas ibéricas expresadas en el reino de Castilla, y la presencia del elemento semita principalmente musulmán.

Todo ello, desde el Descubrimiento y desde luego a partir de la Conquista, tratará de avasallar al elemento indígena de la nueva América.

Existía aquí –en las Indias occidentales– aparentemente una suerte de muy incipiente derecho. No era escrito, pero eran prescripciones claras y precisas. El «*ama sua*», «*ama llulla*» y el «*ama quella*» se encontraban incorporados en el acervo indígena, eran normas preñadas de justificación moral y religiosa, y aun cuando nuestros incas no llegaron a distinguir técnicamente entre el derecho civil y el derecho penal, se puede hablar de una cierta presencia de un incipiente derecho [2].

---

[2] Rodríguez Iturri, Róger, *Materiales de enseñanza del curso de Deontología Forense* (inéditos), Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

Pues bien, al ingresar al ámbito que es propio del derecho comparado, encontramos la noción de que el derecho peruano se encuentra instalado dentro de la denominada *familia jurídica romanogermánica.*

Es ésta una familia jurídica que también, según frecuentes clasificaciones, involucra al derecho francés. Está edificada sobre la gran base del derecho romano.

Como hemos advertido en el panorama histórico cultural antes relatado, el derecho romanogermánico tiene su origen en Europa y posteriormente ha sido construido en las universidades europeas a partir del siglo XII, fundamentalmente sobre las compilaciones justinianeas, la ciencia jurídica común y las adaptaciones indispensables para cada realidad.

> «La familia romanogermánica tiene tras de sí una larga historia. Vinculada al derecho de la antigua Roma, una evolución milenaria ha distanciado considerablemente no sólo sus normas sustantivas y procesales sino su propia concepción del derecho y de la norma jurídica, de las normas y concepciones vigentes en tiempos de Augusto y Justiniano. Los Sistemas de la familia romanogermánica son los herederos del derecho romano, cuya evolución han completado, pero no son su copia, tanto más cuanto se han incorporado a ellos elementos procedentes de otros derechos.» [3].

Pero Roma, la antigua Roma, no sólo desarrolló una brillante civilización, sino que construyó un sistema jurídico excepcional para la humanidad. Mas es prudente decir que, con el acontecer histórico, tal derecho romano no anduvo solo, pues no son escasos los documentos en los que podemos observar la vigencia del derecho bárbaro.

> «Las compilaciones de Justiniano (Código, Digesto, Institutas, publicados entre 529 y 534 y completados, más tarde, por una serie de novelas) en Oriente, y en alguna medida en Italia, la lex romana

---

[3] DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos,* Madrid, Aguilar, 1973, p. 21.

> Wisigothorum o Breviario de Alarico (promulgado en 506) en Francia y en la península ibérica, representan, en teoría, el derecho romano. A partir del siglo VI se elaboran leyes bárbaras en la mayor parte de las tribus germánicas; el proceso continúa hasta el siglo XII, por lo que se refiere a las leyes de las diferentes tribus nórdicas o eslavas.» [4].

Empero, propiamente la creación de la gran familia jurídica romanogermánica está directamente vinculada al renacimiento de los siglos XII y XIII en el Occidente europeo, ya que este renacimiento se manifiesta ciertamente en todos los planos, entre ellos el jurídico.

Sin embargo, es éste el instante para manifestar la trascendencia de dos aspectos que contribuyen con su presencia al estudio de la familia romanogermánica. Uno es el derecho canónico, que basado en el derecho romano había sido el sustento para la Iglesia y que en definitiva sólo había significado una actualización de aquél. En tal sentido, la influencia moral de la Iglesia y de su *corpus* jurídico por ella elaborado sin duda se ha hecho sentir con diversa intensidad en toda la esfera de la cristiandad, incluso en la propia Inglaterra que, desde la época de la conquista normanda hasta el siglo XIX, en sus jurisdicciones eclesiásticas ha aplicado el derecho canónico especialmente en materia matrimonial.

Pero el derecho canónico no enfrentó al derecho romano; más bien lo exculpó de cualquier paganización.

> «Santo Tomás de Aquino iba, a principios del siglo XIII, a eliminar esta crítica. Su obra, mediante la renovación de la de Aristóteles y la demostración que la filosofía pre-cristiana, basada en la razón, se adaptaba en buena medida a la ley divina, trajo como consecuencia la "exculpación" del derecho romano. Supone la definitiva derrota de toda pretensión dirigida a construir la sociedad civil sobre un modelo apostólico dominado por la caridad. Villey considera a Santo Tomás como uno de los artífices de la

[4] *Ibidem*, p. 24.

laicización del derecho; con su obra se remonta el último obstáculo que impedía un renacimiento de los estudios de derecho romano.»[5].

El otro aspecto a comentar es la vigencia del estudio de la Escuela de derecho natural en las universidades durante los siglos XVII y XVIII. El predominio del derecho romano comienza a ser desplazado por la gran preocupación no sólo de descubrir sino de enseñar los principios de un derecho puramente racional. El naturalismo supone la renovación de nuevas concepciones jurídicas en las que se introducen los derechos subjetivos, en efecto no existentes en la tradición romanista. La Escuela del derecho natural sostendrá la idea de un derecho natural inmutable, común a todos los tiempos y a todos los lugares, renovando los principios de la familia jurídica romanogermánica, cuya esfera de influencia se ve también considerablemente ampliada. Pero la Escuela del derecho natural no contradirá al derecho romano; tan sólo intentará eliminar ciertos métodos considerados rutinarios y retrógrados, e intentará mantener armonía con el romanismo en tanto los principios no sean contrarios a la razón, a la justicia, a los sentimientos y a las necesidades de la sociedad, según se los concibe en los siglos XVII y XVIII. No exigirá en modo alguno el abandono del derecho romano, sino un método nuevo, más progresista, de aplicación e interpretación de dicho derecho. Ello fortalecerá a la comunidad jurídica europea mediante la renovación de los principios de la familia jurídica romanogermánica y propiciará el insurgimiento de un derecho público que dé realidad a los derechos naturales del hombre y garantice las libertades de la persona humana.

Queda así marcada entonces la preponderancia de la familia romanogermánica, con especial connotación del elemento romano, pues ni el *Deutsches Privatrecht* («derecho privado alemán») logrará en sí «desromanizar» y nacionalizar su propio derecho en totalidad. Savigny, jefe indiscutido de la Escuela histórica, llegará a justificar los postulados

[5] *Ibídem*, p. 30.

de recepción del derecho romano, y Saleil, en su tiempo, dirá:

> «Tratar de eliminar el derecho romano mediante la confección de un código hubiera significado (en los últimos años del siglo XIX) elaborar un código alemán vacío de derecho alemán, debido a que el derecho romano se había convertido en esta época en el derecho nacional alemán.» [6].

Empero, aquí es sumamente importante señalar el propio carácter evolutivo del sistema jurídico romanogermánico, pues si es que el desarrollo del *Common Law* va ligado en su evolución al progreso del poder real y a la existencia de tribunales reales centralizados, la familia jurídica romanogermánica, según el propio René David, siempre ha fundado su evolución exclusivamente sobre una comunidad de cultura, pues nació y pervive con independencia de todo significado político*.

7.1.1 Lo legislativo

Presentada esta exposición histórica, jurídica y cultural de la familia jurídica romanogermánica, esta parte del libro pretende auscultar cómo ha sido tratado el «matrimonio de menores» en la legislación, probablemente la más representativa de la familia jurídica romanogermánica.

Para ello, desarrollaremos un análisis del matrimonio de menores en el Código Civil italiano, Código Civil alemán y Código Civil

---

[6] *Ibídem*, p. 42.

* Sin embargo, es propio y correcto afirmar que en los más diversos países, incluido el caso de Italia, el sur de Francia, España y Portugal, el proceso de «romanización» no ha sido nunca ni absoluto ni perfecto, pues costumbres autóctonas y vernáculas de cada lugar han sobrevivido incluso bajo el propio dominio romano, e igualmente elementos extraños se han integrado eventualmente en las costumbres o se han desarrollado elementos originales que no tienen explicación dentro de la propia manifestación y perspectiva del derecho romano.

francés, el que, de acuerdo a la doctrina y al derecho comparado, es considerado integrante de la gran familia jurídica romanogermánica.

7.1.2 El matrimonio de menores en el Código Civil italiano

El Código Civil italiano vigente data de 1942. Ha sido modificado en algunos aspectos, particularmente el año 1981.

Respecto al tema del matrimonio de menores, éste se encuentra regulado principalmente en los artículos 84, 90 y 117 del Código Civil vigente.

Pero apenas arribamos al tema que nos convoca –matrimonio de menores– debemos hacer el deslinde entre la pubertad en el matrimonio y la minoría de edad para éste.

Ambas materias, tanto la pubertad como la minoría de edad, eran tratadas de manera separada e independiente en la versión original del Código Civil, es decir la de 1942. Así, la pubertad constituía un impedimento matrimonial dirimente [7], en tanto que el matrimonio de los menores de edad podía derivar en un impedimento impediente.

En la versión original del Código de 1942, y a propósito del tema del impúber, éste decía en el artículo 84:

> «No pueden contraer matrimonio el hombre que no haya cumplido 16 años, y la mujer que no haya cumplido 14 años.
>
> El rey, o las autoridades delegadas para ello, pueden por motivos graves conceder dispensa, admitiendo el matrimonio al hombre que ha cumplido los 14 años, y a la mujer que ha cumplido los 12 años.» [8].

---

[7] BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho de familia,* Buenos Aires, Perrot, 1952, p. 87.

[8] MESSINEO, Francesco, *Código Civil italiano,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

A esta altura cronológica, 1942, el Código Civil italiano de esa época, en el artículo 1, establecía los 21 años para alcanzar la mayoría de edad. Adviértase en cambio cómo el artículo 84 declara la posibilidad de contraer matrimonio civil para los varones a partir de los 16 años y para la mujer a partir de los 14, y cómo por motivos graves se puede conceder dispensa admitiendo el matrimonio del varón a partir de los 14 años y el de la mujer a partir de los 12 años. Anótese pues la diferencia existente entre la edad exigida para obtener la mayoría de edad civil y la edad con la que en 1942 se aceptaba la pubertad matrimonial.

Sin embargo, el criterio del artículo 84 ha sido modificado en 1981.

A la letra el nuevo texto dice:

> «Art. 84.– El menor de edad no puede contraer matrimonio.
>
> El Tribunal, a instancia del interesado, probada su madurez psico-física y el fundamento de las razones aducidas, comunicado el Ministerio Público, el padre o el tutor, puede mediante decreto emitido en cámara de consejo, admitir por motivos graves el matrimonio del que haya cumplido los 16 años.
>
> El decreto es comunicado al Ministerio Público, a los esposos, al padre o al tutor.
>
> Contra el decreto puede oponerse reclamo con recurso a la corte de apelación, en el término perentorio de 10 días desde la comunicación.
>
> La Corte de Apelaciones decide con ordenanza no impugnable emitida en cámara de consejo.
>
> El decreto alcanza eficacia cuando ha trancurrido el término previsto en el párrafo cuatro, sin que sea opuesto el reclamo.» [9].

Apreciamos que el principio genérico del Código es que los impúberes no están autorizados para el matrimonio, tal como lo expresa el artículo 90, pues desde la ley del 8 de marzo de 1975 la edad hábil

[9] *Código Civil italiano*, Bresso, Tramontana Editora, 1981.

contemplada es la de 18 años para la mayoría de edad.

Ahora bien, de acuerdo a la versión de 1942, ¿qué sanción acarreaba el matrimonio contraído con violación del artículo 84? Los artículos 117 y 118 establecían:

> «Art. 117.– El matrimonio contraído con violación de los artículos 84, 86, 87, puede ser impugnado por los esposos, por los ascendientes próximos, por el Ministerio Público y por aquellos que tengan que impugnarlo por un interés legítimo y actual.
>
> Art. 118.– El matrimonio contraído por personas de las cuales, aunque sea una sola de ellas, no ha llegado a la edad fijada en el primer apartado del artículo 84, no puede ser impugnado cuando ha transcurrido un mes desde el momento de haber alcanzado tal edad. No puede tampoco ser impugnado por defecto de edad de la mujer cuando ha quedado encinta.» [10].

Importante ha sido presentar los textos legales anteriores, pues la versión moderna del artículo 117, segundo párrafo, marcará algunos criterios distintos que a continuación expresamos:

> «Art. 117.–[segundo párrafo:] El matrimonio contraído con violación del artículo 84, puede ser impugnado por los cónyuges, por cada uno de los padres y por el Ministerio Público. La acción relativa a la anulación puede ser propuesta personalmente por el menor no después de un año de alcanzada la mayoría de edad. La demanda propuesta por el padre o por el Ministerio Público debe ser desestimada, aun cuando esté en trámite, si el menor ha alcanzado la mayoría de edad, o si bien la mujer ha concebido o procreado, y en todo caso debe ser aprobada la voluntad del menor de mantener el vínculo matrimonial.» [11].

Adviértase que en el actual código no se considera más al tercero con interés legítimo como alguien con capacidad de accionar contra

---

[10] *Código Civil italiano,* de 1942 (derogado).

[11] *Código Civil italiano,* Bresso, Tramontana Editora, 1981.

el matrimonio; igualmente en esta versión existe diferencia en cuanto al tratamiento de los plazos para impugnar. Así, será sólo el menor quien tendrá un plazo adicional de un año desde que cumple los 18 (mayoría de edad) para impugnar su propio matrimonio. Rescátese de manera muy particular la importancia que el artículo 117, en el segundo párrafo, *in fine*, otorga al propio menor, estableciéndose que en todo caso debe ser aprobada la voluntad del menor de mantener (o no) el vínculo matrimonial.

El otro tema importante dentro del matrimonio de menores en la legislación civil italiana es el relativo propiamente a la misma «minoría de edad». Este impedimento, en efecto, es diferente al tratado sobre pubertad.

Los menores de edad no pueden casarse sin el asentimiento correspondiente, pues su voluntad no basta para un consentimiento matrimonial válido. El caso del impúber es distinto, pues éste no puede contraer matrimonio al no estar preparado para afrontar, como dice Borda, «problemas tan arduos como la convivencia conyugal [genésica y psicológicamente], la crianza de los hijos y la administración de los bienes» [12].

El original artículo 90, en el Código Civil italiano de 1942, rezaba así:

> «Art. 90.– El menor no puede casarse sin el asentimiento de la persona que ejerce sobre él la patria potestad o la tutela. Para el matrimonio del menor emancipado, es necesario el asentimiento del curador cuando éste es uno de los padres. El asentimiento cuando no se da personalmente ante el oficial del estado civil al que se pide la publicación, debe resultar de acto público, o de escritura pública autenticada, en la que se indique tanto el esposo al que se da el asentimiento, como al otro.
>
> Cuando se niega el asentimiento, el matrimonio puede ser autorizado por graves motivos por el procurador general ante la Corte de Apelación.

[12] BORDA, Guillermo, *op. cit.*, p. 62.

El procurador general puede nombrar un curador que asista al menor en la estipulación de las convenciones matrimoniales.» [13].

El principio se fundamenta en que el consentimiento del menor es por sí insuficiente y conviene sea completado por quien ejerce la patria potestad; se trata, además, como dice Messineo, del respeto hacia el principio de autoridad [14].

La misma legislación italiana se encargaba de sancionar el matrimonio que no cumplía con las disposiciones previstas. Así, el artículo 121 decía a la letra:

«El matrimonio contraído sin el asentimiento prescrito por el artículo 90, puede ser impugnado por las personas cuyo asentimiento se exigía y por aquel de los esposos por el cual el asentimiento es necesario.

La acción no puede proponerse cuando el matrimonio ha sido expresa o tácitamente aprobado por la persona cuyo asentimiento se exigía, o cuando han transcurrido tres meses desde la noticia de haberse contraído matrimonio. Igualmente, la acción no puede proponerse por el esposo para el que el asentimiento era necesario, cuando ha transcurrido un mes desde el momento de haber alcanzado la mayoría de edad.» [15].

Anótese claramente que la falta de consentimiento o asentimiento matrimonial de parte de la persona competente para otorgarlo constituía causal de impugnación.

Sin embargo, toda esta formulación jurídica ha sido substancialmente modificada en 1981. El nuevo artículo 90 nos dirá al respecto:

«Art. 90.– Con el decreto al que se refiere el artículo 84, el

---

[13] MESSINEO, Francesco, *op. cit.*

[14] MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

[15] MESSINEO, Francesco, *Código Civil italiano,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Tribunal o la Corte de Apelaciones nombrará, si las circunstancias lo exigen, un curador especial que asista al menor en la estipulación de las convenciones matrimoniales.» [16].

En este artículo 90 aparece el aspecto novedoso fundamental de la legislación italiana en esta materia. Como se puede advertir, ya no recoge ésta la institución del consentimiento matrimonial, y en cuanto al artículo 121 antes citado (Código de 1942), ha sido explícitamente derogado en toda su dimensión.

Al respecto, Blanca nos dirá que la reforma de la legislación civil en materia de matrimonio de menores ha abolido el llamado «assenso», equivalente al que conocemos como el consentimiento matrimonial competente.

Para concluir esta presentación del matrimonio de menores en la legislación civil italiana, queremos anotar algunos breves aspectos considerados vinculantes.

La legislación italiana no ha destinado ningún instrumento específico para hacer constar el matrimonio de menores, pudiendo afirmarse que éste, en todo caso, constará en el acta matrimonial respectiva.

Sí resulta interesante rescatar de la nueva legislación italiana cómo, ocurrido el matrimonio civil, el oficial de estado civil debe inmediatamente dar aviso de ello al competente procurador de la República, quien provee la anotación del matrimonio en los registros originales de nacimiento de cada uno de los contrayentes; ello con el obvio propósito de coadyuvar al resguardo del denominado impedimento de vínculo.

Finalmente, y siempre sobre la legislación civil italiana a propósito del matrimonio de menores, es interesante indicar respecto de la revocación del consentimiento matrimonial el principio de que éste es revocable hasta el instante del propio matrimonio, e igualmente que no hallamos en el texto legislativo estudiado ninguna sanción explícita para los menores que contraen matrimonio civil sin el asentimiento requerido; más bien éstos, de acuerdo a la legislación pertinente (ar-

[16] *Código Civil italiano*, Bresso, Tramontana Editora, 1981.

tículo 390 del Código Civil italiano), adquieren el estado de emancipación.

7.1.3 El matrimonio de menores en el Código Civil francés

El viejo artículo 388 del Código Civil francés quedó modificado por la ley de julio de 1974, la que en su artículo 1 estableció que todo individuo de uno u otro sexo es mayor de edad cuando alcanza los 18 años.

En la legislación francesa vigente dos son los aspectos principales respecto del matrimonio de menores: el relativo a la aptitud física de los pretendientes y el consentimiento matrimonial.

Respecto al primer tema, sin embargo, es preciso determinar lo indicado en el artículo 144:

> «El hombre antes de los 18 años cumplidos, la mujer antes de los 15 años cumplidos, no pueden contraer matrimonio.» [17].

Queda claro que en la legislación francesa la edad mínima para contraer matrimonio civil, en principio, está señalada por la edad de la pubertad, establecida a los 15 años para las mujeres y a los 18 para los varones, por lo que, *contrario sensu*, los varones son púberes y mayores de edad a los 18 años, en tanto que las mujeres son púberes a los 15 años y mayores a los 18 años de edad.

Siguiendo tal razonamiento, los varones menores de edad también son impúberes, en consecuencia no pueden contraer matrimonio si no cuentan con la respectiva dispensa judicial concedida, por motivo grave, por el procurador. Respecto a las mujeres menores de edad, éstas sí pueden contraer matrimonio sin necesidad de dispensa judicial,

---

[17] MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD, y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, parte IV, volumen IV, p. 314.

cuando se encuentran entre los 15 y los 18 años de edad.

En otras palabras, los varones menores de 18 años requieren de dispensa judicial para el matrimonio civil y las mujeres menores de 15 años igualmente requieren de tal dispensa judicial, en ambos casos otorgable sólo por motivo grave. No señala la legislación francesa, a propósito de la dispensa de edad por motivo grave, límite cronólogico mínimo para otorgarla.

> «Art. 145.– Sin embargo le es lícito al rey (al Presidente de la República) conceder, por motivos graves, dispensas de edad.» [18].

Desde 1970 el poder de otorgar dispensa ha sido transferido al procurador de la República, y según expresión propia de Bensuent, en atención a la reiterancia con que se plantea este pedido.

Sin embargo, el matrimonio que pudiesen haber contraído aquellos esposos que no alcanzan la edad mínima requerida, o cuando uno solo de ellos no accede a tal edad, no puede ser impugnado si es que han transcurrido seis meses desde que el esposo o los esposos han alcanzado la mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido antes del vencimiento del plazo de los seis meses antes indicado. Es éste el sentido del artículo 185 del Código Civil francés.

Y a fin de darle estabilidad a estas uniones maritales en las que no se alcanza el requisito de la edad, el mismo Código Civil francés en el artículo 186 sentencia que:

> «No son admisibles para demandar la nulidad el padre, la madre, los ascendientes y la familia que hayan consentido en el matrimonio contraído en el caso del artículo precedente.» [19].

El otro tema fundamental a tratar en materia de matrimonio de menores en la legislación francesa es el relativo al consentimiento.

El artículo 146 del Código Civil francés es categórico al afirmar: «No hay matrimonio cuando no hay consentimiento».

---

[18] *Loc. cit.*

[19] *Ibídem*, p. 322.

Así, los menores de edad en Francia no pueden contraer matrimonio civil sin el consentimiento de los padres, pero en caso de discrepancia tal disentimiento equivale a la autorización. Si uno de los padres hubiese fallecido o se encontrase en imposibilidad de manifestar su voluntad, será suficiente el consentimiento del otro.

Más allá, la propia legislación francesa se coloca en la hipótesis de la muerte de ambos padres, o en aquella otra en la que los dos se encuentran en la imposibilidad de manifestar su voluntad; en tal caso éstos serán reemplazados por los abuelos y las abuelas, y en caso de discrepancia entre el abuelo y la abuela de la misma línea o si hay disentimiento entre ambas líneas, tal discrepancia implicará el consentimiento.

En el caso de los hijos naturales o extramatrimoniales legalmente reconocidos, éstos no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de aquel padre o aquellos padres que los han reconocido; en caso de disentimiento entre los padres, tal discrepancia implica el consentimiento matrimonial.

Si alguno de los padres ha muerto o se halla en la imposibilidad de manifestar su consentimiento, bastará con el consentimiento del otro.

El consejo de familia tendrá también intervención para el consentimiento del matrimonio de menores, pues cuando no existen padre, madre, abuelos ni abuelas, o si todos ellos se encuentran en la imposibilidad de manifestar su voluntad, los menores de edad deberán requerir la autorización del citado consejo. También el consejo de familia será el que prestará o no la autorización en aquel caso en que el hijo natural que ha sido reconocido perdió a sus padres o éstos se encuentran en la imposibilidad de manifestar su voluntad.

Es éste el tratamiento que da la ley francesa al consentimiento del matrimonio de menores según los artículos 148, 149, 150, 158 y 159 del Código Civil francés.

Y es que según los Mazeaud:

> «Un menor no realiza por sí solo ningún acto jurídico [...], es necesario que la voluntad del menor sea ilustrada, guiada. Pero

entonces la necesidad del consentimiento de los padres debe limitarse a los matrimonios de los hijos que la ley presuma sin experiencia, o sea, los menores de edad.» [20].

Y lo dicho queda certificado dentro del sentimiento jurídico y social francés, pues es necesario destacar que desde tiempos antiguos también los mayores de edad requirieron del consentimiento de sus padres para contraer matrimonio. Se dijo entonces que los varones hasta los 25 años y las mujeres hasta los 21 debían recabar tal consentimiento de sus progenitores, y la exigencia era aún mayor pues se declaró como costumbre social que los varones mayores de 25 y las mujeres mayores de 21 debían pedir por «acto respetuoso» el consentimiento de sus padres, aunque era valor entendido que podían llevar adelante el proyecto matrimonial aun con la negativa de ellos. Tal era el contenido del antiguo artículo 151 del original Código Civil francés.

Desde 1907, cuando se estableció la mayoría de edad a los 21 años para hombres y mujeres, el consentimiento fue sólo necesario para los menores de 21 años de edad, pero se continuó con la antigua costumbre social y jurídica del «acto respetuoso», el cual solamente fue suprimido y derogado social y jurídicamente en 1933 [21].

Agotados los temas de la aptitud física y del consentimiento para el matrimonio de menores en la legislación civil francesa, resulta importante indicar cómo, a diferencia del Código Civil italiano que no da injerencia al juez de menores, éste sí tiene en la legislación francesa un papel importante.

La legislación francesa lo denomina «juez de tutelas»; empero, antes lo había llamado «juez del tribunal de menor cuantía».

El juez intervendrá, por ejemplo, en casos en que se desconoce la

---

[20] *Ibidem,* parte I, volumen III, p. 125.

[21] BÉNABENT, Alain, *Droit civil. La famille,* Paris, Litec, 1984, p. 67. En la legislación civil francesa el hijo adoptivo debe obtener el consentimiento del adoptante o de sus adoptantes si pretende el matrimonio civil; empero, la discrepancia equivale al consentimiento. Si faltan los padres adoptantes, el derecho a consentir recae en los ascendientes, y de no existir ascendientes, resulta llamado a decidir el juez de tutelas.

residencia actual de los ascendientes del menor que pretende matrimonio.

Así, cuando no se ha probado el fallecimiento de los ascendientes y existen circunstancias que verifican que no han dado noticia de su existencia después de un año, el menor declarará tal aseveración bajo juramento ante el citado juez de tutelas (art. 160 del Código Civil francés). En tales circunstancias, el juez podrá proceder de las siguientes maneras: a) si el hijo es matrimonial, el juez de tutelas levanta acta notificando al consejo de familia, el cual resuelve sobre la materia; b) si el hijo es natural, reconocido o no reconocido, el citado juez de tutelas levanta la respectiva acta notificando al consejo de familia, pero informando del caso ante la instancia superior, y c) en el caso de hijos adoptados, y en la hipótesis de muerte de sus adoptantes, el juez de tutelas decide respecto del matrimonio de menores.

Habrá, empero, casos en que serán instituciones de ayuda social a la infancia las que decidan respecto del menor en situación irregular cuando éste ha sido confiado a ellas.

Antes de tratar un tema de trascendental importancia, como es el de los efectos del matrimonio del menor casado sin consentimiento legal, dediquemos breve espacio a algunas materias también vinculadas al aspecto matrimonial de menores.

Uno de los temas es el relativo a la revocación del consentimiento para el matrimonio del menor. La ley francesa no establece expresamente artículo alguno sobre la materia; sin embargo, la doctrina confirma la posibilidad de que dicho consentimiento pueda ser revocable hasta el momento previo a la manifestación de la voluntad afirmativa matrimonial. Ésta es la posición de los Mazeaud al comentar el Código Civil francés, quienes sostienen que: «es revocable hasta el último minuto» [22]. Así, los propios Mazeaud añadirán que el consentimiento matrimonial es revocable «hasta el momento mismo de contraer matrimonio» [23].

---

[22] MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD, y Jean MAZEAUD, *op. cit.*, parte I, volumen III, p. 123.

[23] *Ibídem*, p. 135.

Empero, tal derecho de revocatoria no puede ser considerado, para quien lo ostenta, como una facultad absoluta. La misma jurisprudencia francesa ha expuesto su punto de vista. Y los Mazeaud nos dirán:

> «El padre que hubiera dado su consentimiento si después lo retirara sin motivo legítimo incurriría en responsabilidad; sin duda el matrimonio será imposible [...] pero el hijo y su novia podrán reclamar abono de daños y perjuicios.» [24].

> «[...] no existe ningún recurso contra un rechazo pero sí contra una revocación o rechazo inspirado por móviles ilegítimos que podrían dar lugar a intereses perjudicados por abuso del derecho.»[25].

La otra materia a la que queríamos dedicar espacio es a la forma cómo se presta el consentimiento matrimonial, y más claramente, cómo es que éste se hace constar. Los artículos 153, 154, 155, 156 y 159 del Código Civil francés tratan la materia. Sobre ello, Planiol y Ripert señalan que el consentimiento puede hacerse constar por cuatro medios, según se deduce de la misma ley francesa:

1) verbalmente, en el mismo instante de levantar el acta de matrimonio;
2) por acta notarial ante el fedatario del lugar del domicilio o residencia del ascendiente que consiente en el matrimonio;
3) por acta instituida por el oficial del estado civil del domicilio del ascendiente, y
4) por acta del acuerdo de la asamblea del consejo de familia o certificación de la resolución del tribunal, cuando éste actúa en lugar del consejo de familia [26].

Pero es pertinente aseverar que la legislación francesa no sólo se refiere a la manifestación del consentimiento, sino también a la expre-

---

[24] *Ibídem,* p. 136.

[25] Bénabent, Alain, *op. cit.,* p. 69.

[26] Planiol, Marcelo, y Jorge Ripert, *Tratado práctico de Derecho civil francés,* [La] Habana, Cultural S.A., 1946, tomo II, pp. 117 y 118.

sión del disentimiento que según la misma ley opera de la misma manera que para el caso del consentimiento.

Planiol y Ripert señalan, sin descartar el disentimiento verbal o el silencio al momento de celebrar el matrimonio, dos procedimientos para hacerlo constar:

a) un acta de negativa de consentimiento ante el oficial del estado civil.
b) una carta dirigida al oficial del estado civil con firma legalizada[27].

Refirámonos ahora a una materia delicada, y es la correspondiente a los efectos del matrimonio del menor que se casa sin el consentimiento de ley.

Dice el artículo 182 del Código Civil francés:

> «El matrimonio contraído sin el consentimiento paterno y materno, de los ascendientes o del consejo de familia, en los casos en que fuere necesario ese consentimiento, no puede ser impugnado más que por aquéllos cuyo consentimiento se requiere o por aquel de los esposos que tuviere necesidad de ese consentimiento.»[28].

Según el precepto legal, la acción de nulidad relativa puede ser interpuesta por los ascendientes y por el consejo de familia; empero, adviértase que el mismo esposo menor de edad puede interponer la referida acción cuando ha concurrido al matrimonio sin el consentimiento respectivo.

Empero, el propio Código Civil francés trata la confirmación del matrimonio de menores. El artículo 183 nos dirá al respecto:

> «La acción de nulidad no puede intentarse ni por los esposos, ni por los parientes cuyo consentimiento se requiera, siempre que el matrimonio haya sido aprobado expresa o tácitamente por aquellos

---

[27] *Loc. cit.*

[28] MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD, y Jean MAZEAUD, *op. cit.*, parte IV, volumen IV, p. 321.

cuyo consentimento fuere necesario, o cuando haya transcurrido un año sin reclamación por su parte, luego de que hayan tenido conocimiento del matrimonio. Tampoco puede ser intentada por el esposo cuando haya transcurrido un año sin reclamación por su parte, después de que haya alcanzado la edad habilitante para consentir por sí mismo en el matrimonio.» [29].

En síntesis, ni los esposos ni los parientes cuyo consentimiento es exigido por la ley pueden accionar de nulidad contra el matrimonio cuando lo han aprobado de manera expresa o tácita, ni tampoco si ha transcurrido el plazo de un año sin que hayan formulado reclamación alguna desde el momento en que tuvieron conocimiento del matrimonio. Mas cuando el esposo requería del consentimiento de un tercero, el matrimonio igualmente se confirmará si es que ha transcurrido el plazo de un año sin que se formule reclamación alguna desde que ha alcanzado la mayoría de edad.

Son éstos los aspectos jurídicos fundamentales con que la legislación francesa regula el sistema del matrimonio de menores en Francia.

7.1.4 El matrimonio de menores en la legislación alemana

Las reglas sobre el matrimonio de menores en el sistema jurídico alemán vigente no se encuentran propiamente en el Código Civil alemán, sino en la ley matrimonial del 20 de febrero de 1946. Ella ha sufrido modificaciones, entre las últimas las del 25 de julio de 1986*.

Inicialmente debemos decir que el artículo 1 de la ley matrimonial del 20 de febrero de 1946, con modificaciones, sostiene la recomendación de que no se celebren matrimonios entre menores de edad.

---

[29] *Ibídem,* p. 322.

* Del Palandt, Código Civil alemán comentado, edición 1991, ilustrado con la opinión del doctor Roberto Ato del Avellanal, abogado de la embajada de Alemania en el Perú (20 de julio de 1992).

Sin embargo, la misma regla permite al Tribunal de Menores (*Vormundschaftsgericht*) autorizar el matrimonio, a solicitud de parte, cuando uno de los menores tenga por lo menos 16 años cumplidos y el otro ostente mayoría de edad. La ley alemana no auspicia pues el matrimonio cuando ambos contrayentes son menores de edad, por cuanto al menos uno de ellos debería tener 18 años.

Este precepto ha significado un paso distinto en la legislación matrimonial alemana, pues con anterioridad ella permitía la celebración de los matrimonios de menores cuando éstos no hubiesen cumplido los 16 años de edad. La experiencia parece no haber sido favorable, razón por la cual se ha optado por la propuesta antedicha.

Empero, debe quedar claro que el Tribunal de Menores no está obligado en todos los casos de peticiones a conceder la licencia. Ésta es una facultad, una potestad del tribunal.

Así, el primer punto de preocupación del Tribunal de Menores está referido a la madurez de carácter necesario para contraer matrimonio y asumir las responsabilidades del futuro. Ello ya ha llevado a establecer ejecutorias de la Corte Superior de Oldenburg en este sentido.

Igual interés tiene el Tribunal de Menores en verificar si los futuros esposos se hallan en verdad en capacidad suficiente para llevar una educación ordenada de los posibles hijos, y en determinar si el pretendido matrimonio tiene, aun cuando fuere en sus signos más visibles, perspectivas de permanencia.

La investigación sobre el aspecto económico no es un punto de segundo orden en las averiguaciones del Tribunal de Menores. Debe examinarse si tales medios son suficientes para la existencia del matrimonio, aun cuando esta investigación dentro de la realidad alemana pueda tener carácter de excepcional, en vista de la importante cobertura social del Estado alemán frente a sus ciudadanos, la que permite corrientemente que no carezcan de medios económicos cuando menos elementales.

De otro lado, importante es establecer la postura adoptada por la jurisprudencia alemana con respecto a la autorización matrimonial, la cual ha incidido en que ésta no corresponde a una cuestión de interés

público, sino que tiene más bien relación directa y exclusiva con el bienestar de quienes solicitan la celebración del matrimonio. Obviamente tal planteamiento debe repercutir directamente en la concepción del matrimonio en Alemania.

Bien, es bueno indicar que aun cuando el menor obtenga el consentimiento matrimonial y plasme el matrimonio, el parágrafo 1633 del Código Civil alemán, establece en el acápite segundo:

> «En consecuencia, el menor sigue de todas maneras sujeto a la patria potestad, aunque se halle casado y mientras siga siendo menor.»

El parágrafo 1616 del B.G.B establece en forma explícita que la patria potestad abarca el cuidado de la persona del menor, así como su patrimonio; consecuentemente, y dentro de tal planteamiento, no parece posible que al menor casado se le extienda el derecho a la administración de su patrimonio.

Respecto al tema de la impubertad, el legislador alemán presume tal *status* para toda persona de 18 años o menos; empero, como queda dicho, a partir de los 16 años de edad un menor puede postular al matrimonio.

El asunto relativo al embarazo parece no haber quedado de lado en la regulación jurídica que el sistema alemán hace del matrimonio de menores, puesto que la propia ley matrimonial del 20 de febrero de 1946, en el inciso 3 del parágrafo 4 establece que:

> «El Tribunal de Menores puede liberar a los solicitantes de la prohibición para celebrar el matrimonio por causal de embarazo. La autorización puede ser denegada si es que se oponen a la celebración del matrimonio fundamentos de importancia.»

Pero, en todo caso, y de conformidad con el parágrafo 48 a, inciso 2 de la ley de Bienestar Juvenil, el Tribunal de Menores deberá escuchar previamente al juez de menores antes de autorizar la celebración del matrimonio.

No escapa por su importancia el asunto referido a los efectos que la ley concede a un matrimonio de menores celebrado sin el consentimiento establecido por el sistema jurídico.

En principio, el matrimonio de un menor casado sin el consentimiento que exige la ley, de conformidad con los artículos 17 y 18 de la ley matrimonial, es nulo. El artículo 17 regula la nulidad a partir de los defectos de forma, en tanto que el artículo 18 se refiere a los defectos de consentimiento, sea por ausencia de capacidad (menor de 18 años) o por «carencia de discernimiento».

Sin embargo, de inmediato, en el segundo parágrafo del artículo 18 de la ley matrimonial, encontramos que dicho matrimonio debe ser considerado válido desde el principio si es que el cónyuge después de adquirida la capacidad o el discernimiento «da a entender» que desea continuar con el matrimonio. Se trata pues de una nulidad sujeta a confirmación. Pero para confirmarla o convalidarla no se requiere de un consentimiento expreso; bastará el asentimiento tácito, derivado, por ejemplo, del hecho de seguir viviendo juntos. En tal sentido, empero, la jurisprudencia alemana ha considerado que no constituyen consentimiento tácito los actos de pequeña significación, como podrían ser los pequeños presentes o regalos, o de pronto las manifestaciones o expresiones orales y aisladas de carácter compasivo, o la confirmación con reserva u otras análogas. La confirmación del matrimonio es una suerte de acto jurídico para el cual se requiere la existencia de capacidad jurídica por parte del otorgante.

Así, parte del parágrafo 30 dice:

> «Carencia de autorización del representante legal:
> 1) El cónyuge puede solicitar la resolución del matrimonio en el caso de que haya estado limitada su capacidad al tiempo de la celebración[...].»

La posición arriba expresada concuerda con el parágrafo 141 del B.G.B. según el cual se da la:

> «Confirmación de un acto jurídico nulo:

1) Si es que el acto jurídico es confirmado por aquel que lo realizara, se considera la confirmación como un nuevo acto.

2) Si el contrato nulo es confirmado por las partes, éstas quedan obligadas en casos de duda a otorgarse lo que se hubieran comprometido, como si el contrato desde el principio hubiera sido válido.»

De otro lado, y de conformidad con el artículo 3 de la ley del Matrimonio, es el representante legal o la persona que se encuentra a cargo de la patria potestad quien debe conceder el asentimiento para la celebración del matrimonio. De acuerdo al derecho alemán, si el representante legal no tuviera el ejercicio de la patria potestad, deben otorgar el asentimiento tanto el uno como el otro, y en caso de que cualquiera de ellos denegara la autorización sin razón suficiente, puede el juez de menores, en su caso y según su juicio, otorgar el permiso respectivo.

Preciso es indicar que para el sistema jurídico alemán «el representante legal» son los dos padres (parágrafo 1629 del B.G.B.); empero, también podría serlo según las circunstancias sólo uno de ellos (parágrafo 1671, 1; 1672; 1678, y 1681 del B.G.B.).

En el caso del hijo extramatrimonial, éste es representado por la madre, la que ostenta corrientemente la patria potestad de los hijos, de conformidad con el parágrafo 1705 del B.G.B.

En los casos de menores adoptados, el parágrafo 1754 del B.G.B. considera representante legal al adoptante, en tanto si la adopción es revocada y vuelve el adoptado al círculo de su familia consanguínea, nuevamente serán los padres biológicos quienes se constituirán en representantes legales (parágrafo 1764, 3 del B.G.B.), o el tutor (parágrafo 1793 del B.G.B.), o el curador (parágrafo 1630; 1666; 1671, 5; 1794; 1909, y 1915 del B.G.B.).

Importante es advertir que, dentro del sistema alemán, el derecho a la autorización parece derivar de la patria potestad, según lo establece el parágrafo 1626, inciso 1, cifra 2 del B.G.B., lo que aparece confirmado por las ejecutorias, entre ellas la de la Corte Suprema, publicada

en el tomo XXI, página 345, de la Jurisprudencia de la Corte Suprema alemana (B.G.H.).

Finalmente, sobre el tema de la revocatoria del consentimiento dado para la celebración de un matrimonio de menores, no encontramos nada expreso ni en la ley matrimonial ni tampoco en el libro IV del Código Civil alemán, que es el que se refiere al derecho de familia. Sin embargo, para nada parece un despropósito afirmar que en tal materia es prudente seguir las mismas reglas generales sobre revocatoria, con lo que se puede afirmar que cabe revocar la autorización para el matrimonio mientras éste no se haya celebrado.

7.2 El caso del matrimonio de menores en modelos legales representativos del sistema jurídico anglosajón

Desde los orígenes históricos la isla de Gran Bretaña ha estado histórica y culturalmente vinculada, entre otras manifestaciones, a la romana y a la germana.

Cincuenta y cuatro años antes de Cristo, Julio César, el emperador romano, emprenderá una segunda expedición con el propósito de ocupar la isla, pero la abandonará para pacificar las Galias.

Sin embargo, tiempo después, entre los años 43 y el 84 de la era cristiana, la conquista romana será reiniciada por el emperador Claudio y terminada por el general romano Agrícola. Entre los años 70 y 100 de la misma era cristiana, será fundada la ciudad de Roma, y en este mismo lapso, hacia el año 90, los romanos crearán la provincia de Britania.

Cuando por el siglo IV d. de C. los romanos han conseguido la cristianización de la Gran Bretaña, en el año 407 abandonarán el territorio. En ese entonces los ataques de los caledonios obligarán a los britanos moradores de la isla a pedir ayuda a los pueblos germánicos, concretamente a los anglos y sajones, quienes cruzarán el canal de la

Mancha, pero éstos colonizarán el país creando al interior siete reinos en el sur (Essex, Estranglia, Kent, Mercia, Northumberland, Sussex y Wessex).

Los britanos, aún en el siglo VI, opondrán gran resistencia a los ejércitos anglosajones, pero serán definitivamente vencidos. La conquista de los anglosajones permitirá que el territorio pase a denominarse Inglaterra.

Con el tiempo, y mucho más cerca de nosotros, hacia el año 1607, la Compañía de Londres funda Jamestown, la primera colonia inglesa en la desembocadura del río James, en Virginia. Será éste el hito histórico y cultural de la presencia inglesa en lo que posteriormente se convertirá en los Estados Unidos de América.

Con un panorama cultural que nos ayuda a comprender el contexto del derecho inglés, preguntémonos si éste se ha desarrollado en forma autónoma.

> «En la historia del derecho inglés pueden distinguirse cuatro períodos principales. El primero es el período que precede a la conquista normanda de 1066. El segundo, que se extiende desde esta fecha hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor (1485), corresponde a la formación del Common Law, y durante el mismo se impone un nuevo sistema jurídico sobre las costumbres locales anteriores; las condiciones del nacimiento del Common Law han ejercido su influencia, que aún subsiste sobre este sistema. El tercer período que va desde 1485 hasta 1832, corresponde a la época de mayor florecimiento del Common Law; sin embargo, éste se ve obligado a aceptar un compromiso con un sistema complementario, y en ocasiones rival, que se manifiesta en "las normas de la equity". El cuarto período que iniciado en 1832 llega hasta nuestros días, es el período moderno durante el cual el Common Law debe hacer frente a un desarrollo sin precedente de la ley y debe adaptarse a una sociedad dirigida, cada vez más, por la administración.» [30].

[30] DAVID, René, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

en el tomo XXI, página 345, de la Jurisprudencia de la Corte Suprema alemana (B.G.H.).

Finalmente, sobre el tema de la revocatoria del consentimiento dado para la celebración de un matrimonio de menores, no encontramos nada expreso ni en la ley matrimonial ni tampoco en el libro IV del Código Civil alemán, que es el que se refiere al derecho de familia. Sin embargo, para nada parece un despropósito afirmar que en tal materia es prudente seguir las mismas reglas generales sobre revocatoria, con lo que se puede afirmar que cabe revocar la autorización para el matrimonio mientras éste no se haya celebrado.

7.2 El caso del matrimonio de menores en modelos legales representativos del sistema jurídico anglosajón

Desde los orígenes históricos la isla de Gran Bretaña ha estado histórica y culturalmente vinculada, entre otras manifestaciones, a la romana y a la germana.

Cincuenta y cuatro años antes de Cristo, Julio César, el emperador romano, emprenderá una segunda expedición con el propósito de ocupar la isla, pero la abandonará para pacificar las Galias.

Sin embargo, tiempo después, entre los años 43 y el 84 de la era cristiana, la conquista romana será reiniciada por el emperador Claudio y terminada por el general romano Agrícola. Entre los años 70 y 100 de la misma era cristiana, será fundada la ciudad de Roma, y en este mismo lapso, hacia el año 90, los romanos crearán la provincia de Britania.

Cuando por el siglo IV d. de C. los romanos han conseguido la cristianización de la Gran Bretaña, en el año 407 abandonarán el territorio. En ese entonces los ataques de los caledonios obligarán a los britanos moradores de la isla a pedir ayuda a los pueblos germánicos, concretamente a los anglos y sajones, quienes cruzarán el canal de la

Mancha, pero éstos colonizarán el país creando al interior siete reinos en el sur (Essex, Estranglia, Kent, Mercia, Northumberland, Sussex y Wessex).

Los britanos, aún en el siglo VI, opondrán gran resistencia a los ejércitos anglosajones, pero serán definitivamente vencidos. La conquista de los anglosajones permitirá que el territorio pase a denominarse Inglaterra.

Con el tiempo, y mucho más cerca de nosotros, hacia el año 1607, la Compañía de Londres funda Jamestown, la primera colonia inglesa en la desembocadura del río James, en Virginia. Será éste el hito histórico y cultural de la presencia inglesa en lo que posteriormente se convertirá en los Estados Unidos de América.

Con un panorama cultural que nos ayuda a comprender el contexto del derecho inglés, preguntémonos si éste se ha desarrollado en forma autónoma.

> «En la historia del derecho inglés pueden distinguirse cuatro períodos principales. El primero es el período que precede a la conquista normanda de 1066. El segundo, que se extiende desde esta fecha hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor (1485), corresponde a la formación del Common Law, y durante el mismo se impone un nuevo sistema jurídico sobre las costumbres locales anteriores; las condiciones del nacimiento del Common Law han ejercido su influencia, que aún subsiste sobre este sistema. El tercer período que va desde 1485 hasta 1832, corresponde a la época de mayor florecimiento del Common Law; sin embargo, éste se ve obligado a aceptar un compromiso con un sistema complementario, y en ocasiones rival, que se manifiesta en "las normas de la equity". El cuarto período que iniciado en 1832 llega hasta nuestros días, es el período moderno durante el cual el Common Law debe hacer frente a un desarrollo sin precedente de la ley y debe adaptarse a una sociedad dirigida, cada vez más, por la administración.» [30].

[30] DAVID, René, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

Pero ¿qué es propiamente el Common Law?

El Common Law o Comune Lay es el derecho común de toda Inglaterra, en oposición a las costumbres locales del territorio. Se afirma que antes de la conquista normanda, en 1066, no existía este tipo de derecho. Se afirma que el origen del Common Law se sustenta en los fallos exclusivos de los Tribunales Reales de Justicia, que fueron denominados corrientemente Tribunales de Westminster, por cuestiones históricas a partir del siglo XIII. Se trata pues de un derecho nuevo, que toma como sus elementos las diversas costumbres locales de Inglaterra y opera en ellas una labor de síntesis y de selección pero en el que también encontramos muchos elementos del derecho romano, según expresa René David.

El Common Law será elaborado caso por caso según la práctica judicial de los tribunales, y se presentará como una obra de la razón, con la que se pretende expresar el sentimiento de justicia y de valor político, propio del siglo XIII, que es la época de su gran elaboración.

Pero la gran división esencial del derecho inglés, así como lo es para nosotros la existente entre el derecho público y el derecho privado, radica fundamentalmente en el Common Law, de un lado, cuyo contenido conocemos ya, y el Equity, competencia que es admisible para todos aquellos casos en que el derecho no ofrece ninguna solución particular. Así, en los Estados Unidos de América, el Equity ha obtenido una ostensible evolución, principalmente en las cuestiones de anulación de matrimonio y de divorcio.

Pero regresando a lo propio del derecho inglés, debemos afirmar que éste es un derecho surgido fundamentalmente del procedimiento y elaborado por los prácticos, aspecto en el que el jurista por antonomasia es el propio juez.

Sin embargo, desde hace aproximadamente cien años el procedimiento inglés se ha simplificado mucho, en tanto que se ha enriquecido considerablemente el derecho substantivo y ha adquirido un rigor comparable al de los derechos europeos, sin que se deje de perpetuar el espíritu tradicional inglés en numerosas instituciones británicas.

Los ingleses, pues, siguen viendo en el Common Law la herencia

común de las naciones de lengua inglesa, que en materia jurídica se ha fortalecido sobre la base no sólo de la costumbre, sino fundamentalmente de un derecho jurisprudencial; de la existencia, ahora sí, de un derecho escrito, que hoy es algo más que un simple correctivo al Common Law, pues existen extensos sectores de la vida social cuyos reguladores deben irse a buscar en la propia obra del legislador; derecho del Common Law, sustentado igualmente en la regla del precedente, que no se aplica con absoluto automatismo paralizando la evolución del derecho inglés, pues ella no significa un obstáculo hoy para la evolución del derecho; sustentado también sobre la técnica de las distinciones, que es otra manera de llamar lo que nosotros conocemos como *analogía*, es decir, la interpretación de la ley; la doctrina, que no puede menospreciarse hoy dentro del derecho británico; y la razón, que permite sobre la base del recurso de la lógica una reconciliación entre actitudes que pueden encontrarse enfrentadas a propósito del derecho (pues para construir el actual sistema jurídico del Common Law, sin duda ha sido preciso buscar en cada caso la solución más conforme con la razón).

Pero el derecho inglés tuvo vigencia respecto de la historia no sólo cultural sino jurídica de los Estados Unidos:

> «Los primeros establecimientos ingleses en el territorio de los que hoy son Estados Unidos de América datan del siglo XVII: los ingleses crean colonias independientes en Virginia (1607), Maryland (1632), Plymouth (1620), Massachusetts (1630); la colonia de Nueva York, fundada por los holandeses, se convierte en inglesa en 1664; la colonia de Pennsylvania, sueca en su origen, se hace inglesa en 1681. De este modo nos encontramos con 13 colonias en 1722. ¿Cuál es el derecho que rige en estas colonias inglesas? A esta pregunta, Londres hubiera respondido de acuerdo con el caso Calvino, resuelto en 1608 del modo siguiente: el Common Law de Inglaterra es aplicable en principio; los súbditos ingleses lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas. Las colonias inglesas de América se incluirían en este supuesto. En consecuencia, el Common Law ha sido re-

cibido en América, y con él las leyes (statutes) que, con anterioridad a la colonización de América, podían haberlo completado o modificado.» [31].

En realidad, las normas del Common Law no se adaptaban fácilmente a las condiciones de vida de los colonos; en la práctica, en estas colonias se aplicó un derecho básicamente primitivo, fundado sobre aspectos bíblicos y dejado, en todas partes, a la discreción de quienes administraban justicia. Más bien se procuró ir hacia una suerte de codificación en esta etapa de la colonización americana.

Sin embargo, en el siglo XVIII el Common Law adquiere prosperidad dentro de las colonias debido a que puede ser utilizado como bastión de libertades públicas frente al absolutismo real, y porque se le consideró como un punto común de todo lo inglés en América frente a las amenazas procedentes de Louisiana (francesa) y de Canadá (francés). Pero el ideal republicano y el sentimiento de un derecho americano, de otro lado, favorecía la idea de una codificación, lo que de alguna manera parecía obvio después de la Declaración de Derechos y de la Constitución de los Estados Unidos, del 17 de setiembre de 1787.

> «No obstante, los Estados Unidos terminarían por alinearse en el sistema del Common Law, con la única excepción del territorio de Nueva Orleáns, convertida en 1812 en estado de Louisiana [*]. Es cierto que los demás territorios anexados a la Unión habían estado sometidos a leyes francesas, españolas o mejicanas, pero tales leyes eran de hecho desconocidas; de este modo, podemos ver cómo Texas (1840) y California (1850) adoptan en principio el Common Law de Inglaterra, no conservando su tradición anterior sino por lo que se refiere a ciertas instituciones específicas [régimen matrimonial, entre otras].» [32].

---

[31] *Ibídem,* p. 310.

[*] En 1682, el francés Robert Cavalier de La Salle había llegado a la desembocadura del río Mississippi, tomando posesión del territorio al que llamó Louisiana en honor de su rey.

[32] *Ibídem,* pp. 312 y 313.

En todo caso, esta suerte de comunicación de Estados Unidos entre lo romanogermánico y el Common Law ha tenido sus frutos propios, pues ha contribuido a otorgar al Common Law norteamericano caracteres en los que se conservan los conceptos, los razonamientos y la teoría de la fuente del derecho inglés, pero respetándose, dentro del Common Law y de manera singular, un derecho de los Estados Unidos, que está marcado por sus características de originalidad notable que lo aproximan en muchas ocasiones a los derechos de la familia romanogermánica.

> «Pese a todo, lo más importante es lo siguiente: el derecho inglés recibido en América es, en la medida en que ha sido recibido, el derecho vigente en Inglaterra durante la época del dominio inglés en América. Nadie ha pretendido nunca aplicar en los Estados Unidos las leyes posteriores a 1776. Nunca se ha pretendido que la evolución operada en el Common Law inglés con posterioridad a esta fecha debiera reproducirse en los Estados Unidos. A partir de la existencia de una soberanía norteamericana, la evolución de ambos derechos, inglés y americano, ha sido independiente.» [33].

Pese a ello no puede dejar de afirmarse que el derecho de los Estados Unidos, como el inglés, es derecho jurisprudencial, y que en los Estados Unidos de América, tal como lo expresáramos con anterioridad, el Equity ha adquirido extraordinaria importancia, particularmente en las cuestiones relativas a anulación del matrimonio, divorcio y otros.

7.2.1 El matrimonio de menores en el sistema jurídico inglés

El sistema del Common Law ha volcado a la norma escrita algunas disposiciones fundamentales relativas al matrimonio, y con ella refe-

[33] *Ibídem*, p. 314.

rentes al matrimonio de menores.

La norma fundamental es la llamada acta matrimonial de 1949, con algunas modificatorias [34].

Ella sostiene que un matrimonio formalizado entre personas menores de 16 años es nulo. Equivale a sostener que en el sistema inglés la edad mínima para contraer matrimonio son los 16 años.

Pero en esta materia cronológica se ha producido evolución.

Hasta 1969 la mayoría de edad se establecía en los 21 años, y en consecuencia, todo aquel que por debajo de dicha edad quisiera contraer matrimonio requería el consentimiento de las personas llamadas por la ley a otorgarlo.

De conformidad con el artículo 3 del acta matrimonial de 1949, en parte modificada en 1969, todo menor de edad que no sea viudo o viuda requiere para contraer matrimonio del certificado otorgado por el registrador superintendente y la prueba del consentimento otorgado por quien por la ley está obligado a prestarlo.

Ante tal exigencia, puede existir la posibilidad del «defecto» del llamado a prestar el consentimiento, vale decir, que se halle en estado de ausencia, o como dice la ley inglesa, «inaccesibilidad o incapacidad»; en tal supuesto, el registrador general o la corte, previa solicitud, pueden consentir en el matrimonio.

En la hipótesis distinta de que quienes son llamados a prestar el consentimiento lo deniegen, y el menor considere que no hay motivo suficiente para ello, la legislación ha abierto la alternativa, previa solicitud, de que el pretendiente se dirija a la corte, la cual puede consentir o denegar el matrimonio. Del inciso 2 de este mismo artículo 3 se desprende, sin embargo, que para que la corte pueda otorgar este consentimiento, en caso de haberse formulado la negativa de los llamados por ley a prestarlo, se requiere ir en consulta ante la autoridad eclesiástica y ante el llamado «maestro de facultades», cuyos juicios u opiniones forman a su vez la determinación final de la corte.

---

[34] Información proporcionada, con el texto de la ley, por la embajada británica en el Perú (sección de información), el 18 de junio de 1992.

En el sistema matrimonial inglés, y para el caso concreto de los menores, retoma extraordinaria importancia el asunto de las amonestaciones o proclamas, pues para ellos la publicidad del proyecto matrimonial es asunto de primera importancia.

El matrimonio de un menor, dice la ley inglesa, que no sea viudo o viuda, requiere de publicación de amonestaciones, y si alguna persona cuyo consentimiento para casarse es requerido por la ley se opone abierta y públicamente al proyecto matrimonial, tal manifestación de inconformidad provoca la nulidad de las amonestaciones y el enervamiento del trámite matrimonial.

Importante es aquí advertir cómo de manera explícita el acta matrimonial de 1949, en el artículo 3, inciso 1, y en el inciso 3, al referirse a las limitaciones para el matrimonio del menor, lo libra de tales limitaciones si éste es viudo o viuda, en el entendido de que si ya ha existido un matrimonio del menor obviamente habría alcanzado una suerte de capacidad cuando menos matrimonial. Por analogía, no es un despropósito deducir que el asunto alcanzaría igualmente al divorciado o divorciada, y a aquel o aquella cuyo matrimonio hubiere resultado invalidado.

Regresando al tema de la oposición matrimonial, la legislación inglesa señala a la Corte Superior, a la Corte del Condado y a la Corte de Jurisdicción Sumaria –según los casos–, como competentes para entender esta materia; e igualmente interesada en la publicidad del proyecto matrimonial, señala en el artículo 4 una «hora no oculta» para la celebración del matrimonio de menores, el mismo que debe ocurrir entre las ocho de la mañana y las seis de la tarde.

Pero ¿quiénes son los llamados a otorgar el consentimiento para el matrimonio de menores?

El asunto está tratado en la parte II, artículo 5 del acta matrimonial de 1949. El sistema inglés ha tratado principalmente el caso del consentimiento para el matrimonio del hijo legítimo, y el consentimiento para el matrimonio del hijo ilegítimo (ver Tabla 7.1).

TABLA 7.1 *Consentimiento requerido para el matrimonio de un menor por licencia común o por la Superintendencia de Registro de Certificados*

Si el hijo es legítimo		*Si el hijo es ilegítimo*	
Supuesto	*Quién otorga el consentimiento*	*Supuesto*	*Quién otorga el consentimiento*
AMBOS PADRES VIVEN		LA MADRE VIVE	La madre Si está privada de la custodia por orden de alguna corte, la persona a quien la corte ha concedido la custodia
Viven juntos	Los dos padres		
Divorciados o separados por orden de una corte o por cualquier acuerdo	El padre que tiene la custodia por orden de la corte o debido al acuerdo Ambos padres, si la custodia está otorgada a uno de ellos parte del año y al otro la otra parte	LA MADRE HA MUERTO	El tutor designado por la madre
Padre abandonado	El padre abandonado		
Padres privados de la custodia por orden de la corte	El que ha recibido la custodia por orden de la corte		
SÓLO UNO DE DE LOS PADRES VIVE			
No hay otro tutor	El padre que vive		
Tutor nombrado por el fallecido	El padre que vive y el tutor, si actúan de común acuerdo El padre que vive o el tutor		
AMBOS PADRES SON FALLECIDOS	El tutor o tutores designados por los fallecidos o por la corte bajo la sección 4 de «La tutela de los infantes», decreto 1925		

El sistema jurídico inglés, en materia de matrimonio de menores, cautela también el caso de aquellos infantes o menores que se hallan bajo la tutela del Estado, por ellos llamada «tutela de la corte». En tal caso, el matrimonio de los menores no podrá realizarse si es que no se ha obtenido la autorización de la Corte Suprema.

Empero, en 1969, para el sistema jurídico inglés se dictó la ley de Reforma Familiar, cuya parte I, sobre reducción de la mayoría de edad, interesa.

Aun cuando la ley de Reforma Familiar se refiere a diversos tópicos sobre la regulación jurídica de la familia en el sistema, nos interesa el artículo 1, inciso 1, de la mencionada norma, por cuanto él establece que «desde la fecha en que esta Sección entre en vigencia, una persona logrará la mayoría de edad a los 18 años en vez de los 21 años».

Dentro de la propia comunidad británica, hallamos reflejada la preocupación sobre el tema de la edad mínima en la misma legislación matrimonial escocesa –decreto 1977, capítulo XV–, que establece:

> «Edad mínima para casarse:
>
> 1) Ninguna persona domiciliada en Escocia puede casarse antes de cumplir 16 años.
>
> 2) Un matrimonio celebrado en Escocia, entre personas una de las cuales es menor de 16 años, es nulo.»

En síntesis, apréciese cómo dentro del sistema jurídico inglés para matrimonio de menores resultan de importancia marcada, al extremo de haber sido retratados en la ley, temas como la edad, la capacidad de quien debe presentar el consentimiento matrimonial, el derecho del menor a discutir la viabilidad de su matrimonio después de la negativa de quien resulta llamado a consentirlo, la oposición como mecanismo jurídico para enervar el matrimonio, y la publicidad del proyecto matrimonial de los menores de edad.

7.2.2 El matrimonio de menores en los Estados Unidos de América

El sistema federal propio de los Estados Unidos impide que en esta materia como en otras muchas exista una legislación única sobre el tema. Obviamente ello dificulta la presentación de una única versión común para todos los estados norteamericanos.

Pero prudente es decir que el Common Law predomina aproximadamente en unos quince estados de la Unión, y puede atribuirse a él la tendencia existente para admitir los matrimonios de menores a temprana edad. También en el Common Law puede hallar su origen el principio o regla general de que el matrimonio contraído de conformidad con las leyes de un estado es válido para el resto de los estados norteamericanos, salvo que contra esta unión marital haya impugnación de la Policía Pública.

Otro aspecto que aparece común para todos los estados norteamericanos es el referido a la aptitud física de los pretendientes. Los pretendientes deben ostentar capacidad física, es decir, capacidad sexual para efectos de cumplir el débito sexual propio del matrimonio. La insuficiencia de tal aptitud física es causal para la anulación del respectivo matrimonio. Por ello es que los estatutos de los diversos estados de la Unión norteamericana exigen que los pretendientes exhiban el certificado médico que compruebe la inexistencia de enfermedad venérea.

Si bien es cierto que en algún estado la mera convivencia de un hombre y una mujer, como esposos, es requisito suficiente para autorizar el matrimonio de menores, en otros estados norteamericanos el consentimiento para el matrimonio de menores será otorgado por la persona legalmente competente.

En los Estados Unidos de América no se requiere dispensa judicial expresa para contraer matrimonio cuando se tiene menos de 18 años de edad, ya que siendo ésta la edad de la mayoridad no necesariamente coincide con la edad legal permisiva para los matrimonios de menores. Empero, la edad mínima para contraer matrimonio entre menores no es asunto al cual se aplique un criterio uniforme.

A modo de ejemplo, en dos estados de la Unión norteamericana, Georgia y Mississippi, no se establece una edad mínima para contraer el matrimonio, y el requisito que se hace indispensable es la autorización de los padres *.

En términos generales, en el sistema jurídico norteamericano, y para el caso del matrimonio de menores, en efecto se requiere el consentimiento de aquellos otros que son llamados por la ley. Pero dependerá de cada estado, pues, por citar el caso de Nueva York, en el supuesto de que la mujer sea menor de 16 años requerirá, además del consentimiento de los padres, también la aprobación por parte de la autoridad judicial, o eventualmente de quien ejerza la custodia sobre el menor.

A modo ilustrativo, y para efecto de comprender la diversidad de posturas tomadas sobre el matrimonio de menores en los diversos estados de la Unión norteamericana, presentamos a continuación una tabla en la que, sindicando a cada uno de los estados, señalamos la edad admisible para el matrimonio con previo consentimiento de los padres; añadimos también la edad en que el matrimonio es permisible sin el consentimiento de éstos, y, finalmente, el aspecto relativo al examen médico sanguíneo prematrimonial exigible para los pretendientes**.

A modo de explicación de la Tabla 7.2, advirtamos cómo la edad más baja para contraer matrimonio, previo consentimiento de los padres, se da en el estado de Utah, donde los menores pueden casarse a partir de los 14 años. La razón social que parece justificar este principio de excepción es la importante presencia demográfica de mormones en este estado, los mismos que tienen, dentro de sus preceptos fundamentales, el de la realización del matrimonio a temprana edad para efectos de una mayor y mejor procreación.

---

* En los indicados estados, Georgia y Mississippi, la edad permisiva para el matrimonio de menores es de 16 años para el varón y la mujer, en Georgia; en tanto que en Mississippi está permitido desde los 17 para los varones y desde los 15 para la mujer.

** Información proporcionada por el doctor Augusto Santiago, asesor legal del consulado de la embajada americana (tablas actualizadas, 1984).

TABLA 7.2 *Edad admisible (en años) para el matrimonio en los diversos estados de los Estados Unidos de América*

Estados	*Con consentimiento de los padres*		*Sin consentimiento de los padres*		*Examen médico de sangre para hombres y mujeres*			
	Hombre	*Mujer*	*Hombre*	*Mujer*	*Período máximo entre el examen y la licencia*	*Materia del examen médico*	*Período de espera*	
							Antes de la licencia	*Despues de la licencia*
Alabama	14 [1]	14 [1]	18	18		3		21
Alaska	16 [29]	16 [29]	18	18		3	3 días [26]	
Arizona	16 [29]	16 [29]	18	18				
Arkansas	17 [6]	16 [6]	18	18			24	
California	2	2	18	18	30 días [26]	4		
Carolina del Norte	16 [6,11]	16 [6,11]	18	18		18	24	
Carolina del Sur	16 [6]	14 [6]	18	18			1 día	
Colorado	16 [29]	16 [29]	18	18				21
Connecticut	16 [29]	16 [29]	18	18		4	4 días [26]	24
Dakota del Sur	16 [6]	16 [6]	18	18				23
Delaware	18 [6]	16 [6]	18	18				8,21
Florida	16 [1,6]	16, [1,6]	18	18		3	3 días	21
Georgia	2	2	16	16		3	3 días [11]	21
Hawaii	16 [7]	16 [7]	18	18		3		
Idaho	16 [29]	16 [29]	18	18		4		
Illinois	16 [6]	16	18	18	30 días	3		9
Indiana	17 [6]	17 [6]	18	18		4	72 horas	22
Iowa	18 [29]	18 [29]	18	18			3 días [25]	23
Kansas	18 [29]	18 [29]	18	18			3 días [26]	
Kentucky	18 [6,29]	18 [6,29]	18	18				
Luisiana	18 [29]	18 [29]	18	18	10 días	3	72 horas [26]	
Maine	16 [29]	16 [29]	18	18			2 días [24,26]	17
Maryland	16 [6,10]	16 [6,10]	18	18			48 horas [26]	11
Massachusetts	16 [7]	16	18	18	60 días	8	3 días [24]	
Michigan	16 [6,7]	16 [6]	18	18	30 días	3	3 días [26]	
Minnesota	16 [29]	16 [29]	18	18			5 días [26]	

TABLA 7.2 (Continuación)

Estados	Con consentimiento de los padres		Sin consentimiento de los padres		Examen médico de sangre para hombres y mujeres			
					Período máximo entre el examen y la licencia	Materia del examen médico	Período de espera	
	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer			Antes de la licencia	Despues de la licencia
Mississippi	2	2	17 [13]	15 [13]	30 días	3	3 días [26]	
Missouri	15 [7]	15 [7]						
	18 [29]	18 [29]	18	18				
Montana	16	16	18	18		3		11
Nebraska	17	17	18	18		4		
Nevada	16 [29]	16 [29]	18	18				
New Hampshire	14 [13]	13 [13]	18	18	30 días	3	3 días [25]	14
Nueva Jersey	16 [25,6]	16 [25,6]	18	18	30 días	3	72 horas [26]	21
Nuevo México	16 [7]	16 [7]	18	18	30 días	3		
Nueva York	14 [16]	14 [16]	18	18		19,20		24hs. 21,26
Ohio	18 [6,29]	16 [6,29]	18	18	30 días	3	5 días	22,25
Oklahoma	16 [6]	16 [6]	18	18	30 días [25]	3		21
Oregon	17	17	18	18			3 días [26]	
Pennsylvania	16 [7]	16 [7]	18	18	30 días	3	3 días [26]	29
Puerto Rico	18 [6,7,29]	16 [6,7,29]	21	21		3		
Rhode Island	18 [7]	16 [7]	18	18		4		
Tennessee	16 [7]	16 [7]	18	18			3 días [7]	21
Texas	14 [16,17]	14 [16,17]	18	18				21
Utah	14	14	18 [27]	18 [27]	30 días	3		21
Vermont	16 [27]	16 [27]	18	18	30 días	3	3 días [26]	
Virginia	16 [1,6]	16 [1,6]	18	18		3		22
Virginia Occidental	18 [7]	18 [16]	18	18		3	3 días [26]	
Washington	17 [7]	17 [7]	18	18		6	3 días	22
Wisconsin	16	16	18	18		3	5 días [26]	21
Wyoming	16 [7]	16 [7]	18	18		4		
Distrito Federal de Columbia	16 [15]	16 [15]	18	18	30 días	3	3 días [26]	

TABLA 7.2 *(Continuación: Significado de los números en voladita)*

1 El consentimiento de los padres no es requerido en menores que estuvieron previamente casados.
2 No hay edad límite.
3 Documento que afirme que no tienen enfermedad venérea.
4 Documento que afirme que no tienen enfermedad venérea o rubeola (en la mujer).
5 No requiere examen médico, sin embargo debe presentarse declaración jurada diciendo que no padecen enfermedad venérea.
6 Las partes piden permiso en especiales circunstancias, en caso de embarazo o nacimiento del niño.
7 Las partes deben tener licencia en circunstancias especiales.
8 Los residentes tienen un período de espera de 24 horas. Los no residentes un período de espera de 96 horas antes de la expiración del período.
9 Las licencias son efectivas un día después de expedidas, a menos que la Corte ordene lo contrario; válidas por 60 días.
10 Si las partes son menores de 16 años, la prueba de edad y el consentimiento de los padres son necesarios.
11 Licencia válida por 180 días solamente.
12 A menos que las partes tengan 18 años o más, o que la mujer esté embarazada o que los contrayentes sean los padres de la criatura.
13 Es necesaria la notificación a los padres, si las partes son menores de 21 años.
14 La licencia es válida por 90 días solamente.
15 El consentimiento de los padres o el permiso del juez son requeridos.
16 Bajo la edad consentida de las partes se necesita del consentimiento de los padres y el permiso del juez.
17 Con la presentación del certificado médico por la pareja, se les da una lista de planificación familiar y un servicio médico.
18 Certificado que acredite no padecer incompetencia mental, ni tuberculosis, ni enfermedades venéreas o rubeola (en la mujer).
19 Certificado de no padecer enfermedad venérea o anemia.
20 El certificado de no padecer enfermedad venerea o anemia puede ser requerido para ciertas aplicaciones. Si se presenta uno de estos casos el matrimonio está prohibido a menos que se haya establecido que la procedencia es posible.
21 Licencia válida por 30 días solamente.
22 Licencia válida por 60 días solamente.
23 Licencia válida por 20 días solamente.
24 Licencia válida por 60 días solamente.
25 Las partes deben notificar la intención de casarse con el cura de su iglesia.
26 El período de espera puede ser evitado.
27 Los estados son autorizados a dar el consejo premarital como requisito para obtener licencia a personas menores de 19 años o previamente divorciadas.
28 Las partes pueden casarse con consentimiento de los padres y/o del juez.
29 Con consentimiento de la Corte.

Curiosamente, en los estados de Alabama, New Hampshire, Nueva York y Texas también puede producirse el matrimonio a partir de los 14 años de edad, previo consentimiento, si es que el pretendiente o pretendientes ya se han encontrado casados.

En los estados de California, Georgia y Mississippi no se toma en cuenta una edad límite inferior para contraer matrimonio de menores, vale decir que pueden casarse a cualquier edad temprana , pero siempre que se ostente el permiso de los progenitores.

De otro lado, apreciamos en la Tabla 7.2 cómo la edad más baja para contraer el matrimonio de menores sin el requisito del consentimiento de los padres en los Estados Unidos de América, la exhibe el estado de Mississippi.

7.2.3 El matrimonio de menores en el estado de California (Estados Unidos de América)

En las notas que anteceden hemos presentado aspectos generales del matrimonio en los Estados Unidos de América.

En esta ocasión lo haremos sobre el tema del «matrimonio del menor» y explícitamente respecto del estado de California, que, con aproximadamente 30 millones de habitantes, resulta el más poblado de los Estados Unidos de América [35].

Comencemos afirmando que en el estado de California existe un código civil. En él, en la parte V, se norma el llamado «Decreto de Familia», en el que se encuentran regulados los aspectos relativos al matrimonio.

Veamos algunos temas que aparecen en el capítulo II denominado «Solemnización del matrimonio».

Para el sistema jurídico de California, el matrimonio es una relación personal que se basa en un contrato civil entre un varón y una mujer, realizado teniendo en cuenta el consentimiento de los intere-

[35] *Civil Code California*, West Publishing Co., 1987.

sados, al que se agrega como requisito importante la respectiva licencia (autorización para el matrimonio) y la solemnización, de conformidad con las normas previstas en el Código Civil del estado.

En principio, para la legislación civil de California todo hombre y toda mujer, a partir de los 18 años de edad, solteros y capaces, están aptos para prestar el consentimiento y consumar el matrimonio (entendiendo la expresión «consumar» como la relativa a la pubertad o capacidad genésica).

Sin embargo, la propia legislación californiana admite que los menores de 18 años de edad son capaces de consentir y consumar un matrimonio si es que obtienen ante un escribano el consentimiento por escrito de ambos padres, o de uno de ellos, o del tutor respectivo. Es ésta la llamada «licencia matrimonial».

Eventualmente, empero, y según las circunstancias, la Corte Superior puede exigir que dicha licencia matrimonial sea ratificada (garantizada) ante dicho estamento.

Pero la Corte Superior tiene, de acuerdo a la legislación civil de California, más funciones.

En la hipótesis de que el menor que postula a un matrimonio carezca de padres o éstos sean incapaces, o no exista el tutor respectivo, la propia Corte Superior podrá estimar la posibilidad de otorgar el consentimiento y expedir la licencia matrimonial.

Sin embargo, en todo caso de matrimonio de menores la Corte Superior cumple también una labor de protección social. Puede ordenar, a los menores de 18 años que desean contraer matrimonio, reuniones de consejería prematrimonial referidas a aspectos sociales, económicos y también a temas relativos a las responsabilidades personales que devienen de un matrimonio. Esta consejería prematrimonial es una consejería rentada, que importa honorarios pagados a profesionales especializados en la materia, quienes reciben su haber económico de conformidad con una suerte de tabla de honorarios establecida por la propia corte.

La licencia matrimonial no será extendida de manera lata o amplia. Se es más bien estricto en esta materia. Ninguna licencia matrimonial

podrá otorgarse cuando uno de los interesados resulta incapaz, o insano, o se encuentra al momento de solicitar la licencia bajo la influencia de estimulantes o drogas narcóticas.

El escribano encargado de otorgar, o no, la licencia matrimonial, y en su caso la Corte Superior, serán particularmente escrupulosos tratándose de menores de 18 años, a fin de que, para el matrimonio, quede acreditada la aptitud para el consentimiento, e igualmente la aptitud para la consumación del matrimonio (capacidad genésica).

Como quiera que la licencia matrimonial debe referirse a la identidad de los interesados, nombre verdadero y completo y lugar de residencia, así como a la edad, el funcionario encargado de otorgarla podrá solicitar todas las averiguaciones e investigaciones que coadyuven determinantemente a probar que todos los datos que aparezcan en la referida licencia corresponden a la verdad.

El Servicio de Salud del Departamento del Estado de California, en materia de sanidad, es el encargado de redactar los formularios respectivos, referidos a la materia que le corresponde.

Siempre sobre esta misma legislación civil de California, la prueba del consentimiento y solemnización del matrimonio es abierta. Así, el matrimonio puede probarse en el estado mediante todos los medios probatorios que son aplicables para otros hechos.

De conformidad con esta legislación, está absolutamente prohibido solicitar a los peticionantes de matrimonio acreditación alguna sobre tipo de raza o color *.

En materia de funcionario competente, en el sistema jurídico civil de California quien casa es el juez o el comisario de matrimonios civiles del condado, y eventualmente el religioso.

Finalmente, señalemos que las normas fundamentales en el Código

---

* El matrimonio interracial ha estado prohibido en los Estados Unidos. En 1698, en el estado de Pennsylvania se prohibió la unión entre negros y blancos; igualmente, en 1705, en Massachusetts, se dictó una ley en virtud de la cual se multaba con 50 libras a cualquier funcionario que celebrara matrimonio entre negros y blancos o entre mulatos y blancos. El matrimonio entre blancos e indios americanos, por largo tiempo fue culturamente considerado una aberración.

Civil de California, de las que hemos extraído la principal información que contribuye a esta parte del trabajo, se encuentran prescritas entre los artículos 4100, 4101, 4102, 4103 y 4201 del citado cuerpo de leyes.

7.3 El caso del matrimonio de menores en un modelo legal representativo del sistema jurídico socialista

Desde los siglos X a XI a. de C., en la edad de hierro, pueblos fineses se habían establecido en las regiones el Karma y el Oka. En las estepas occidentales moraban los escitas; en tanto que al este del Don asentáronse los sármatas, que anduvieron en contacto con los helenos a través de las colonias griegas de los mares Negro y de Azov.

En realidad el territorio recibirá en diversos momentos la presencia de los godos, los ostrogodos, que fundarán el reino de Ucrania, para luego ser destruidos por los hunos. Los búlgaros y los ávaros dominarán las estepas orientales, en tanto que los eslavos residirán en el territorio de la actual Rusia Blanca y avanzarán hacia el norte y el este combatiendo con los fineses; los vikingos, originarios de Escandinavia, con Rurik a la cabeza, erigirán su gobierno en Novgorod, y sus sucesores trasladarán la capital a Kiev; en tanto que entre los años 978 al 1015 de la era cristiana, Vladimiro el Santo, príncipe de Rusia, aceptará la fe cristiana y dispondrá el bautizo en masa de sus súbditos.

Empero, Gengis Kan, hacia 1221 d. de C., enviará su primer ejército mongol para explorar la ruta, y luego, en 1237, Ogodai, su hijo, dirigirá un ejército de más de ciento cincuenta mil hombres que saquearán el país, entrarán en Kiev e impondrán un yugo que durará dos siglos.

La evolución de los hechos históricos y culturales tendrá un momento importante entre 1425 y 1462 de la era cristiana, cuando Basilio II emancipa a la Iglesia rusa del patriarca de Constantinopla y se niega a acatar a la Iglesia romana.

Es éste el momento, entre 1462 y 1505 d. de C., en que Iván III se proclamará zar de Rusia y elevará el país al rango de potencia, y casado con Sofía, sobrina del último emperador griego de Constantinopla, adoptará el ceremonial bizantino y establecerá en forma vertical la autocracia.

¿Y qué ocurrió en este lapso con el derecho?

Pues las costumbres rusas de la región de Kiev fueron redactadas en la primera mitad del siglo XI. Al respecto hay numerosas recopilaciones que van hasta el siglo XIX y que son conocidas en el derecho ruso como la *Russkaia Pravda*. Redactadas en eslabónico, describen la sociedad rusa de tales épocas, ciertamente mejor evolucionada que las tribus germanas o escandinavas, e igualmente reseñan un derecho territorial, y las disposiciones que lo integran denotan la categoría de una sociedad o régimen feudal.

> «Junto al derecho consuetudinario autóctono, expuesto en el Russkaia Pravda, el derecho bizantino también desempeñó un importante papel en la Rusia de Kiev. La iglesia que en occidente vive según la ley romana, se desenvuelve prácticamente en Rusia bajo el derecho bizantino, representado por los nomocánones, que regulan unitariamente el derecho civil (de la sociedad civil) y el derecho canónico. En la Rusia de Kiev el derecho bizantino tiene una gran importancia: la iglesia lo aplica directamente a los clérigos, en los extensos territorios que posee o en los que ejerce su jurisdicción; además, hizo uso de este derecho por vía de arbitraje y mediante diversas infiltraciones en la redacción de las recopilaciones consuetudinarias.» [36].

Con la invasión mongol, a partir del año 1236 o 1237, conocida como la Horda de Oro, el territorio permanecerá en poder de los mongoles hasta 1480, con Iván III. Se producirá entonces la ascensión de Moscú, que sucederá a Kiev. Empero, desde el punto de vista

[36] DAVID, René, *op. cit.*, p. 130.

estrictamente jurídico, el derecho ruso será muy poco influido por las costumbres mongoles, provocándose más bien una suerte de estancamiento de este derecho.

Con el régimen de los zares se impondrá una hegemonía despótica y se afianzará el sentimiento de omnipotencia de los gobernantes. Los zares, en verdad, no realizan esfuerzos importantes para la reforma de la sociedad; empero, en materia legal pudo observarse un afán de reorganización judicial (entre los años 1497 y 1550) del que nos dan cuenta los Libros de la Justicia (*Soutebnik*) y las Compilaciones que tratan de poner al día el *Russkaia Pravda* y la *Kormtchaia.* Hubo igualmente un intento de consolidación del derecho secular y del derecho canónico en Rusia. El primero de éstos encuentra su expresión en el Código de Alexis (*Sobornoe Ulozhenie*) en 1649; y en 1653, el segundo esfuerzo se cristaliza en una edición oficial de la *Kormtchaia.*

Con la ascención al trono de Pedro el Grande en 1689, Rusia recibirá una administración más eficaz, y posteriormente Pedro I esbozará un código de inspiración sueca, en tanto que Catalina II producirá otro inspirado en las doctrinas de la Escuela del derecho natural. Este proceso, desde Pedro el Grande, culminará con la revolución bolchevique en 1917.

Pero en la *Russkaia Pravda,* que es fundamentalmente el derecho ruso, y desde ella hasta el Código de 1649, así como desde el *Svod Zakonop* de 1832, siempre estaremos ante obras de consolidación y de exposición y no de conjunto de reformas y de modernización.

En la segunda mitad del siglo XIX, con el reinado de Alejandro II, se ha de formalizar un movimiento liberal y reformista que contribuirá en 1861 a la abolición de la servidumbre y a una reforma de la organización judicial (1864), que terminará produciendo en Rusia, en 1855, un código penal (revisado en 1903), sin desembocar tal proceso –en el ambito privado– sino sólo en un proyecto de código civil, según René David.

Pero, en esencia, ¿cuáles son los factores componentes del derecho ruso en la etapa histórica, cultural y jurídica que hemos mencionado?

«En primer lugar, la ciencia jurídica rusa se ha inspirado en el derecho bizantino –es decir en el derecho romano– y en los países de Europa que formaban parte del sistema romanista. Existen, por supuesto, costumbres rusas originales del mismo modo que existen en el siglo XVIII costumbres francesas o alemanas autóctonas; pero, de la misma forma que en Francia y Alemania, no existe en Rusia más ciencia jurídica que la que procede de los romanistas.

Las categorías jurídicas rusas son, por tanto, las propias de los derechos romanistas. La concepción del derecho que impera en las universidades y entre los juristas es la concepción romanista. Aunque el derecho ruso se halle contenido en una recopilación de tipo casuístico, el jurista ruso no cree que el derecho sea de naturaleza jurisprudencial; al igual que al jurista francés o alemán, la norma jurídica se le presenta como una norma de conducta dirigida a los individuos, cuya formulación corresponde a la doctrina o al legislador, pero no al juez. Rusia no dispone de un cuerpo codificado tan completo como los restantes países europeos, pero permanece abierta a la idea de la codificación.» [37].

El 7 de noviembre (o el 25 de octubre, según el calendario juliano vigente en Rusia) de 1917 ya la situación había hecho crisis en Petrogrado, donde la Asamblea Legislativa (Duma) se había declarado en rebeldía y obligaba al zar Nicolás II a abdicar del poder. Sin embargo, el gobierno moderado del socialista Aleksander Kerenski no satisface la gran demanda popular de paz y derechos inmediatos; en consecuencia, el partido bolchevique encabezado por Vladimir I. Ulianov (Lenin) y León Bronstein (Trotsky), junto con las demás tendencias revolucionarias han de derrocar al gobierno provisional. Los bolcheviques se consolidarán en el poder y el Consejo de Comisarios del Pueblo presidido por el propio Lenin establecerá la «dictadura del proletariado».

El propósito es edificar, cuanto antes y de manera firme, la sociedad

[37] *Ibídem*, p. 132.

comunista anunciada por Engels y Marx (aspectos de los que damos cuenta en anotación al pie de esta página) *.

* El marxismo fundado por Karl Marx (1818-1883) y por Friedrich Engels (1820-1895), sustentó la doctrina filosófica del materialismo y de la idea de la evolución. Sobre el materialismo afirmó que el principio material, que la propia naturaleza, es la esencia y la realidad primera; que el pensamiento y el espíritu no son sino una propiedad de la materia; y en cuanto a la idea de la evolución, el propio Engels dirá: «El movimiento es el modo de existencia de la materia». Sobre el tema del evolucionismo, la teoría sostendrá que en el mundo no existe lo estático, que los objetos se hallan en constante modificación, que la naturaleza y los fenómenos de ésta se hallan igualmente en perpetua evolución.

Marx y Engels afirmarán en su materialismo histórico que es la materia la que determina el espíritu, la que da nacimiento a la idea. «No es la conciencia humana la que determina su esencia [...] el modo de producción de la vida material condiciona el progreso de la vida social, política y espiritual [...] la idea, para mí, no es otra cosa que el mundo material llevado y traducido al espíritu humano [...] la anatomía de la sociedad civil debe buscarse en la economía política.» [38].

Conforme a Engels, en los primeros tiempos ha existido la sociedad primitiva sin clases, en la que los individuos eran iguales. Sin embargo, con el tiempo y producto de la división del trabajo, tal sociedad primitiva se fue diferenciando y se dividió en clases. Pero una de ellas, una clase, se apoderó de los medios de producción explotando a la clase subordinada. Es entonces, dice Engels, cuando nacen el Estado y el Derecho. Pero el derecho consistirá en una suerte de una norma de conducta humana que se caracteriza, a diferencia de otras normas de conducta, por su carácter coercitivo, es decir, por la posibilidad de la intervención estatal. Empero, este derecho y el Estado son producto, dice, de una determinada estructura económica de la sociedad, y sólo los encontramos en aquellos grupos humanos que corresponden a un determinado grado de evolución, y aparecen sólo cuando la sociedad se ha dividido en clases y una de ellas explota a la otra en el plano económico.

Es así como el derecho es un instrumento de explotación que en la lucha de clases sirve para salvaguardar los intereses de la clase dominante y para mantener la desigualdad social. Engels se animará a concebir el derecho como un conjunto de normas sociales que aseguran el imperio de la clase dominante. Por ello, considerará que el instante culminante sufrido por la humanidad es aquél en el que aparecen Estado y derecho, porque la historia de la humanidad es la historia de la contradicción, del enfrentamiento, de la lucha incesante entre los hombres por apoderarse de los bienes de producción y establecer la dictadura; es la lucha de clases por los bienes de producción. Así, los momentos decisivos de la historia estarán marcados por la victoria de la clase explotada,

[38] *Ibídem*, p. 144.

Empero, la doctrina de Marx y Engels no ha sido del todo precisa cuando se trata de saber lo que debe ejecutarse una vez que se ha conquistado el poder y respecto de la forma más conveniente de cómo hay que organizar la sociedad. Tampoco ha resuelto el tema de «¿cómo concebir la etapa intermedia?», es decir, la del Estado socialista, prevista por los ideólogos. La etapa intermedia, ésta del socialismo que tanto los preocupó, fue sin embargo descuidada en su estudio y particularmente en el análisis referente a las instituciones propias del derecho. Premunida de muy importantes trabajos filosóficos, económicos, históricos y políticos, la doctrina marxista no ofreció sustento en estudios jurídicos.

> «En tales circunstancias será preciso elaborar, en forma bastante empírica, una doctrina, con la colaboración ciertamente de juristas, pero principalmente bajo el impulso de los dirigentes políticos y de acuerdo con los principios establecidos por ellos, sobre todo por Lenin en su folleto *El Estado y la revolución,* de 1917, y por Stalin.
>
> El desarrollo del derecho soviético a partir de 1917 se divide en dos fases principales. La primera va desde la Revolución de

---

la cual con facilidad se convertirá a su vez en clase explotadora. Pero la concepción marxista-leninista afirma que habrá un punto en el cual las luchas y la miseria cesarán. Se obtendrá aquello cuando se ponga en práctica la doctrina marxista, que tiene el mérito de haber revelado una solución adecuada a la humanidad, pues es ella una «explicación del mundo». Y es que siendo la propiedad privada de los medios de producción la causa del enfrentamiento y del conflicto, se hace entonces indispensable abolir tal propiedad y colectivizar tales medios de producción para ponerlos al servicio no de intereses específicos sino del interés de toda la comunidad. La transformación, empero, del aspecto económico, supondrá también la transformación del propio hombre, pues sus inclinaciones actuales son consecuencias únicas de la victoria de la sociedad tal como se encuentra organizada en su aspecto negativo. Por ello, a propósito de la tarea de la educación del hombre, I. T. Goliakov, primer presidente del Tribunal Supremo de la URSS dirá: «El Estado socialista debe reformar totalmente la conciencia del pueblo; ésta constituye su tarea más importante». Sólo así, entonces, suprimida la propiedad privada de los medios de producción y cancelado el abuso, se establecerá una sociedad fraternal en la que no existirá la explotación y en la que no hará falta tampoco la coacción, pues el Estado y el Derecho no tendrán que existir para tal fin.

> Octubre hasta la Constitución de la U.R.S.S. de 1936: es el período de edificación del socialismo. El segundo período, iniciado en 1936, recientemente fenecido en 1992, era el período, para el sistema, del afianzamiento de un Estado socialista y de una marcha hacia el comunismo, la cual nunca culminó.» [39].

¿Pero existe un derecho socialista? Aun cuando la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se ha transformado hoy ya en la Comunidad de Estados Independientes, es preciso anotar que en ningún momento le fue posible abolir el principio de legalidad y tampoco le fue posible la sustitución del derecho por una suerte de conciencia revolucionaria, con lo que el mismo pensamiento doctrinario, como tal, ha devuelto al derecho su carácter y su autoridad. Fue indispensable en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, para asegurar la disciplina y el cumplimiento de los planes, la coacción del derecho y aun así el proyecto devino, cuando menos ahora, en inviable.

Aunque el derecho socialista repudia el concepto de derecho natural, no puede negarse en su entraña, asumiendo su buena fe, la bondad de su propósito, pues establecía que los ciudadanos soviéticos debían obedecer las leyes soviéticas porque –se afirmaba– eran justas, y éstas eran justas porque el Estado, como Estado socialista, existía en procura del interés de todos y no de una clase particular privilegiada.

Sin embargo, es difícil negar el carácter de dictadura en que se desenvolvió la Unión Soviética. Subordinando siempre los intereses y la apreciación de las circunstancias a una instancia superior constituida por el Soviet Supremo de la Unión Soviética, éste determinaba el sentido propio que debía seguir el derecho.

¿Pero todo este proceso presentado tuvo incumbencia en el ámbito de la familia en la Unión Soviética?

Por los antecedentes y por las características de la revolución de 1917, y por lo que aconteció después en la Unión Soviética, en efecto, pudiera imaginarse que la tendencia apuntó a reubicar el derecho

---

[39] *Ibídem*, p. 121.

familiar dentro de un campo de dependencia de la acción estatal y de inequívoco ejercicio de la coacción. Empero, resulta aquí pertinente la cita de Serrano Geylz, en el sentido de que «no es claro si la separación entre el Código [de familia] y el resto del derecho civil [en el ámbito socialista], fue cuestión de principio o si sólo obedeció a la urgente necesidad de reestructurar la familia inmediatamente, dejando para luego el resto de la legislación civil» [40].

Pero lo dicho no debe llevar a imaginar que en la Unión Soviética no han existido dentro de este proceso esfuerzos hostiles contra la familia.

El propio Serrano Geylz añadirá:

> «La tesis de la eventual desaparición de la familia como unidad económica y jurídica, se convirtió en postura oficial de la Unión Soviética hasta los años treinta. También contribuyó a ello el deseo de librar a la familia del control eclesiástico.» [41].

Algo de lo dicho se puede verificar en el propio Código de Actas de Estado Civil y Derecho Matrimonial, Familiar y de Tutela de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1918. Y principalmente, en rasgos como aquel de suprimir el derecho sucesorio en la Unión Soviética, también el reconocimiento del matrimonio de hecho (convivencia) junto al matrimonio registrado, y la permisibilidad del divorcio con la simple solicitud de cualquiera de los consortes, sin necesidad de ninguna aprobación judicial. El Código del Matrimonio y la Familia de la Unión Soviética, del 19 de noviembre de 1926, apunta en tal sentido.

Empero, a partir de mediados de la década de los treinta, en coincidencia con el ingreso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas a la Sociedad de Naciones (1934), la posición del Estado soviético manifiesta una fuerte reacción contra la idea de la desapa-

---

[40] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano,* Lima, Studium, 1985, tomo I, p. 34.

[41] *Ibídem,* p. 35.

rición de la familia como unidad económica y jurídica. La legislación propia sobre la materia revalorizará la familia, y como manifiesta el maestro emérito y *honoris causa* de la Universidad Católica del Perú, don Héctor Cornejo Chávez:

> «El proceso termina con la aprobación, el 27 de junio de 1968, de los "Fundamentos de la Legislación de la Unión Soviética sobre el Matrimonio y la Familia", que proclaman la consolidación de la familia soviética como el objetivo básico del Estado. Esta familia tiene como características los principios de la moral comunista, la voluntariedad de la unión entre hombre y mujer, la igualdad legal de los cónyuges, la educación social de los hijos y la igualdad entre éstos. Particularmente expresiva es la postulación de que entre las más importantes tareas del Estado figura su preocupación por la familia soviética, en la cual se combinan armoniosamente los intereses públicos y privados.» [42].

Y tal es el nivel de revalorización que la familia ha alcanzado para los fines y propósitos en la Unión Soviética, que Mijail Gorbachov, en su obra *Perestroika*, expresó: «Uno de los trabajos más urgentes que nos toca realizar [...] es mejorar la salud de la familia y destacar su papel dentro de la sociedad» [43].

Pero este derecho socialista, el del socialismo marxista, también se ha expresado en nuestra América. Es el caso de Cuba, isla y país muy próximo a nosotros.

Desde que Carlos Prio, presidente constitucional de Cuba, fue depuesto en 1952 por un golpe encabezado por Fulgencio Batista, éste debió resistir el acoso de una oposición popular inicialmente minoritaria.

El acontecimiento del ataque al cuartel Moncada, en 1953, encabezado por Fidel Castro, tendrá su mayor expresión en los sucesos de

---

[42] *Loc. cit.*

[43] GORBACHOV, Mijail, *Perestroika. Nuevo pensamiento para mi país y el mundo*, Bogotá, Retina, 1988, p. 124.

inicios de diciembre de 1956, cuando después de desembarcar en Las Coloradas, Oriente, procedente de México, Fidel Castro y algunos sobrevivientes lograrán internarse en Sierra Maestra, hasta la revuelta, en 1959, que tomará rango de revolución. El 1.º de enero de tal año, el presidente Batista huirá a República Dominicana, en tanto que Castro ingresará a La Habana para ocupar la jefatura del gobierno.

La eclosión llega el 1.º de mayo de 1961. Castro proclamará la República Socialista. El arzobispo Boza Masbidal y 135 sacerdotes católicos serán expulsados a mediados de setiembre. Y, finalmente, Castro, en la misma Universidad de La Habana, afirmará su propia afiliación marxista leninista.

7.3.1 Matrimonio de menores en el Código de Familia de Cuba

En la *Revista Cubana de Derecho*, Raúl Gómez T. dice que:

> «Al triunfo de la revolución, el gobierno revolucionario entró en contacto con la familia [...], un alto número de concubinatos, relaciones adulterinas, imposibilidad cuando no irresponsabilidad en la educación de los hijos, paternalismo y machismo en las relaciones conyugales y parentales, ignorancia de la función social de la familia [...].» [44].

Y agregará:

> «[...] la elaboración y promulgación de un Código de Familia –como el de 1975– que sustrajera el régimen legal de la célula familiar de la sociedad, del ámbito particularísimo del Derecho Civil, no respondió a una especulación academicista inspirada solamente en la función social del Derecho de Familia diferenciada

[44] GÓMEZ T., Raúl, «Hacia un nuevo Código de Familia», *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1988, p. 36.

> ya del carácter mucho más patrimonial del civil [...]; sino que desde ese ángulo científico-jurídico concordante con el proyecto socialista que se realizaba ya en nuestro país, se pretendió reencauzar según tal modelo a la familia cubana afectada desde antiguo por tantas distorsiones.» [45].

Por ello, con la ley 1289 del 14 de febrero de 1975 se deroga el Código Civil de 1888 en lo referente a la regulación jurídica de la familia, para promulgarse, por primera vez en Cuba, un código de familia autónomo de la normatividad civil.

A propósito de los objetivos del Código de Familia, el propio Osvaldo Dorticós Torrado, en su momento presidente de la República de Cuba, sostendrá que el concepto socialista sobre la familia en Cuba parte de la consideración fundamental de que ésta constituye una entidad en la que están presentes e íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal. Añadirá que, en tanto célula elemental de la sociedad, ello contribuye a su desarrollo y cumple importantes funciones en la formación de las nuevas generaciones, como también en las relaciones de la vida en común de mujer y hombre, entre éstos y sus hijos y de todos con sus parientes, satisfaciendo hondos intereses humanos, afectivos y sociales de la persona [46].

Empero, como afirma el maestro don Héctor Cornejo Chávez: «En ningún momento, sin embargo, se hizo explícito el propósito de situar a la familia dentro del derecho público» [47].

Ingresando al tema propiamente del matrimonio de menores, preguntémonos: ¿cuál es la edad mínima para contraer matrimonio en Cuba?

El artículo 3 del Código de Familia responde expresamente:

> «Art. 3.– Están autorizados para formalizar el matrimonio la hembra y el varón mayores de 18 años de edad. En consecuencia,

---

[45] *Loc. cit.*

[46] *Código de la Familia de Cuba*, La Habana, Ministerio de Justicia, 1987.

[47] Cornejo Chávez, Héctor, *op. cit.*, p. 36.

no están autorizados para formalizar el matrimonio los menores de 18 años de edad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, excepcionalmente, y por causas justificadas, podrá otorgarse a los menores de 18 años la autorización para formalizar el matrimonio, siempre que la hembra tenga por lo menos 14 años cumplidos y el varón 16 años, también cumplidos.

Esta autorización excepcional pueden otorgarla:

1) el padre y la madre conjuntamente, o uno de ellos si el otro hubiere fallecido o estuviere privado de la patria potestad;

2) el o los adoptantes, cuando el menor hubiese sido adoptado;

3) el tutor, si el menor estuviese sujeto a tutela;

4) los abuelos paternos o maternos, indistintamente, a falta de los anteriores, prefiriéndose a aquellos que convivan en el mismo domicilio con el menor;

5) uno solo de los facultados, cuando el otro que deba darla conjuntamente con él, se vea impedido de hacerlo;

6) el Tribunal, si por razones contrarias a los principios y normas de la sociedad socialista, se negaren a otorgar la autorización las personas facultadas para ello [*].

En caso de negar la autorización alguno de los que deben otorgarla conjuntamente con otro, los interesados en contraer matrimonio o uno de ellos o un hermano o hermana mayor de edad de cualquiera de los mismos, podrá instar al Tribunal Popular competente para que otorgue la autorización requerida.

El Tribunal, en audiencia verbal, oirá el parecer de todos los

---

[*] Son objetivos principales del Código de Familia de Cuba, según su propio texto: el fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre sus integrantes; el fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido, fundado en la absoluta igualdad de los derechos del hombre y mujer; el más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista, y la plena realización del principio de la igualdad de todos los hijos.

interesados y del Fiscal y, teniendo en cuenta el interés social y el de los contrayentes, decidirá lo que procede sin ulterior recurso.» (Este artículo quedó redactado de la forma como se ha consignado aquí en la ley n.º 9 del 22 de agosto de 1977.)

Adviértase que en el artículo indicado se establecen no solamente los límites de edad para contraer el matrimonio de mayores y el matrimonio de menores, sino que igualmente se trata el tema concerniente a quiénes pueden conceder la autorización para contraer matrimonio. Igualmente es de notar, en el párrafo segundo del artículo 3 citado, que para los casos de matrimonio de menores la autorización especial sólo puede ser dada por circunstancia excepcional y por causa justificada.

De otro lado, salvo el caso de los matrimonios en el extranjero que no son tema del presente estudio, los funcionarios que resultan competentes para celebrar el matrimonio de menores en la República de Cuba son los encargados del registro del estado civil y los notarios públicos.

Más allá, cabe decir que en Cuba hay norma expresa, y es el artículo 4, inciso 3, que prohíbe contraer matrimonio a las mujeres de 14 años o menos y a los varones de 16 años o menos; más aún, en tal supuesto el matrimonio quedará convalidado si los menores arriban a la edad de 14 o 16 años sin que se haya deducido la nulidad del matrimonio o si la mujer queda en estado de gestación (artículo 47, párrafo tercero, Código de Familia).

Preguntémonos ahora si en el sistema jurídico cubano son nulos los matrimonios de menores que se contraen sin el consentimiento de las personas llamadas por ley a otorgarlo.

En principio dichos matrimonios contraídos con la infracción antedicha son declarados nulos por el artículo 45 del Código de Familia. Señala a continuación la ley cubana que tal acción de nulidad deberá ser ejercitada dentro de un plazo de seis meses a partir de la celebración del matrimonio; empero, si transcurre dicho plazo (seis meses) sin que se haya incoado la acción respectiva, el matrimonio quedará convalidado de pleno derecho (artículo 47, párrafo segundo, Código de Familia).

Por último, digamos que dentro del marco de la teoría de la invalidez matrimonial, si se declara la nulidad del matrimonio, los derechos que establece la ley cubana para los hijos habidos en el matrimonio y para los cónyuges que han obrado de buena fe se producen a plenitud. Empero, si contrariamente ambos cónyuges hubiesen actuado de mala fe al contraer nupcias, éstas no han de producir efectos en favor de ninguno de ellos.

Finalmente, la ley cubana se encarga de precisar que en los casos aquí vistos la mala fe consiste en el conocimiento de la existencia de una causa de nulidad, mas la buena fe se presume mientras no se pruebe lo contrario [48].

7.4 El caso del matrimonio de menores en el sistema jurídico musulmán

El derecho musulmán, a diferencia de los sistemas jurídicos que anteriormente hemos presentado, no constituye una rama autónoma del conocimiento, sino que más bien expresa el rostro de una religión específica que es el islam. Fundada por Mahoma hacia el año 610 de la era cristiana, el islamismo involucra hoy adeptos que suman casi 500 millones en la humanidad.

La Declaración final de la tercera Cumbre Islámica, celebrada en La Meca entre enero y febrero de 1981, nos decía que: «[...] los musulmanes de cualquier parte del mundo que procedan, pertenecen a una única nación[...]» [49].

El derecho musulmán se compone fundamentalmente de una teología que establece los dogmas y del denominado *Char*, que establece entre los creyentes lo que éstos deben o no deben hacer. Es éste, el *Char* o *Char'ia*, la esencia, lo que constituye el llamado derecho

---

[48] *Código de la Familia de Cuba, op. cit.*

[49] PEIRONE, Federico, *El islamismo,* Milán, Organización Gráfica, 1982, p. 4.

musulmán.

Tal derecho se centra en la idea del cumplimiento de un cúmulo de obligaciones derivadas de la religión. El derecho musulmán apenas sí se preocupa del aspecto relativo a las sanciones, pues este ámbito lo deja dentro del gobierno de las reglas morales del islamismo.

Así, en esta línea de religiosidad, las fuentes del derecho musulmán son: el *Corán*, que es el libro sagrado del islam; la *Sunna*, otra visión relativa al enviado de Dios; el *Idjma*, o consentimiento universal de la comunidad musulmana, y en cuarto lugar, el denominado *Quiyás* o razonamiento por analogía [50].

El Corán está sustentado fundamentalmente en las revelaciones del propio Alá al último de sus profetas que fue Mahoma. No es propiamente un código de derecho; es más, ni siquiera muchas de las instituciones fundamentales del islam aparecen en él mencionadas.

La Sunna, por su parte, sintetiza el modo de ser y de conducirse del profeta Mahoma, cuyo paradigna es guía para todos los creyentes; está constituida por la suma de los *H'adith*, es decir, del conjunto de tradiciones relativas a los actos y palabras de Mahoma y que fue materia de importantes trabajos doctrinarios en el siglo IX de nuestra era.

El Idjma es el acuerdo unánime de los doctores, los cuales opinan y dictaminan para poner remedio a los casos de insuficiencia en que las cuestiones no se encuentran resueltas ni explicadas dentro de la misma doctrina. El Idjma ha desarrollado el dogma de la infalibilidad en la comunidad musulmana cuando la opinión de los doctores es unánime:

> «Corán, Sunna e Idjma son las tres fuentes del derecho musulmán, pero se sitúan en distintos planos. El Corán y la Sunna son fuentes fundamentales, ya que a partir de las mismas los doctores del Islam han precisado las normas de la Char'ia. Pero hoy en día sólo representan fuentes históricas; el juez ya no está obligado a consultar directamente el Corán o la Sunna, ya que una

[50] DAVID, René, *op. cit.*, p. 357.

interpretación infalible y definitiva de los mismos ha sido llevada a cabo mediante el Idjma; en la actualidad para conocer el derecho musulmán sólo debe consultarse los libros de Figh aprobados por el Idjma. "Según la feliz expresión de Snouck-Hurgronje –escribe Edouard Lambert– el Idjma es actualmente la única base dogmática del derecho musulmán".» [51].

Mas, al lado de todo ello es de trascendental importancia el *Taqlid*, pues el deber que se impone al musulmán es la observancia del Taqlid. Él debe reconocer la autoridad de los doctores de las generaciones pasadas, pues le está prohibido hacer interpretaciones autónomas de las fuentes. La misión de la doctrina moderna entre los musulmanes consiste en hacer exégesis de las obras clásicas. Las opiniones de los autores no se deducen de la razón como en el caso de los autores occidentales.

En suma, el *Figh* es un sistema doctrinal que se funda sobre la autoridad de las fuentes reveladas y cuya infabilidad es por ellos reconocida. Es por tanto que en los Estados musulmanes las autoridades no gozan del poder de crear un nuevo derecho, y sólo pueden legislar respecto de reglamentos administrativos dentro de los límites consentidos por el propio derecho musulmán.

Sin embargo, al lado de todo esto se admite dentro del sistema jurídico musulmán el razonamiento por analogía, debido a que el derecho musulmán se ha presentado como un derecho cerrado, y en consecuencia, no es capaz de regular para el futuro todas aquellas hipótesis para las que no ofrece una solución determinada. Entonces, se ha convenido en la licitud de adoptar el razonamiento por analogía (Quiyás), el cual, pese a constituir un mero procedimiento analógico, en la actualidad ha sido elevado al rango de fuente del derecho para toda la comunidad musulmana.

Por ello, el derecho musulmán no puede considerarse un derecho inmutable, por cuanto permite ahora el juego de la costumbre, el

[51] *Ibídem*, p. 359.

acuerdo de los particulares, la reglamentación administrativa, con lo que apunta a soluciones que pueden dar satisfacción a nuevos planteamientos y a nuevas necesidades sociales *.

7.4.1 La regulación del matrimonio de menores musulmán

En el sistema jurídico musulmán no se entiende a plenitud la acepción «matrimonio de menores», por cuanto para los musulmanes desde que se tiene capacidad genésica se está en aptitud de acceder a la relación marital.

Los musulmanes han interpretado el Corán en el sentido de que el matrimonio es un deber religioso, salvaguarda moral y compromiso social, pero prescrito sólo para quienes se sienten capaces de satisfacer las responsabilidades que ello importa.

> «Sean cuales sean los significados que da la gente al matrimonio, el Islam ve en él un fuerte vínculo (Mithagun Ghalcez), un compromiso retador en el más amplio sentido de la palabra; es un compromiso con la misma vida, la sociedad y, para las personas dignas, representa la supervivencia de la raza humana. Es un compromiso que contraen las especies entre sí, y con Dios. Se trata de una clase de compromiso en el que se encuentra la propia realización y satisfacción mutua, amor y paz, con pasión y serenidad, bienestar y esperanza. Esto es así, porque el Islam considera al matrimonio, ante todo, un acto virtuoso, un acto de devoción

* Según Vélez Mejía, la legislación musulmana desde 1966 regula un sistema particular en materia de poligamia, haciéndola ahora permisible sólo para los siguientes casos: cuando la mujer es estéril o sufre de enfermedad incurable; cuando ella es mucho mayor que el marido; cuando la mujer ha fijado residencia permanente fuera del país, o cuando el esposo es capaz de dar «igual tratamiento a más de una esposa». (*La discriminación de la mujer y su incidencia en la desintegración familiar,* Patricia Vélez Mejía, 1983.)

responsable.» [52].

A propósito de la naturaleza jurídica del matrimonio en el sistema musulmán, aunque Issa Hamideh, con poder para casar por la religión musulmana en el Perú, lo considere menos que un contrato, un acuerdo o pacto, parecería más bien encontrarse en él una suerte de contrato, incluso comercial, como parece deducirse de la afirmación textual de López Ortiz:

> «El matrimonio según la jurisprudencia musulmana es un contrato de mero derecho civil, por el cual se asegura un hombre el disfrute físico de una mujer, mediante el pago de una cantidad y la obligación de administrarle alimentos. Este contrato da origen además a una situación de suyo permanente.» [53].

Empero, dado el carácter de la religión musulmana, su profundo sentido espiritualista y su fundamentación en el cristianismo y en el judaísmo, es difícil admitir que la relación marital desde el punto de vista jurídico se constriña a un «contrato de mero derecho civil». Abdalati dirá:

> «La consumación del matrimonio engendra una nueva situación para las partes interesadas. Esta nueva situación lleva consigo un conjunto de derechos y obligaciones, equitativas y proporcionadas. El papel del marido gira en torno del principio moral de que contrae con Dios la solemne misión de tratar a su mujer con amabilidad, honor y paciencia, mantenerla honradamente, o liberarla honorablemente del vínculo del matrimonio y no causarle aflicción o daño alguno (Corán 2: 229-232; 4: 19). El papel de la esposa se resume en el versículo que dice que las mujeres gozan de derechos iguales a sus obligaciones, con arreglo a lo que es justo,

---

[52] ABDALATI, Hammudah, *Luces sobre el islam,* Santiago de Chile, Planeta, 1990, p. 101.

[53] *Ibídem,* p. 108.

si bien los hombres están un grado por encima de ellas (2: 228).» [54].

Entrevistado sobre la materia, en Perú, el sheij Mustafá Abdel Ghani Ahmed, orientador religioso, nos expresó al respecto recientemente que, en efecto, entendía en el matrimonio la existencia de un contrato, pero no de índole comercial (¿acto jurídico?), sino un contrato en el que se permitía establecer los derechos tanto de la mujer como del varón, y determinar para todo el resto de la gente «que en adelante esta mujer es para este hombre y este hombre es para esta mujer. Esto significa el contrato del matrimonio» [55].

Empero, en este contrato, pese a todo, sigue teniendo una importancia gravitante la dote. Y es que dentro de la concepción musulmana, cuando la mujer quiere contraer matrimonio tiene también aspiraciones materiales. Es por ello que resulta obligatorio al hombre pagar esta dote en favor de ella. La dote significa que el hombre garantiza la vida material de la mujer, por ello es que el varón puede expresarla en cualquiera de dos formas: entregando todo el dinero (la dote) a ella para que ella misma compre lo pertinente para el inicio del matrimonio, o el mismo varón adquiere todo, pero lo hace a nombre de la mujer. La dote, pues, reiteramos, tiene el simbolismo de señalar la responsabilidad que tiene el varón para proteger a su consorte.

Quede establecido que en el sistema jurídico musulmán no puede hablarse con propiedad de matrimonio de menores; pero el consentimiento matrimonial tendrá dentro del sistema su propia lógica de funcionamiento.

El consentimiento para el matrimonio de la mujer siempre será prestado por un representante de ésta que en principio será el padre, pero en defecto de éste podrá ser el abuelo, si no el hermano mayor, cuando no el tío, o el padre del papá o el padre de la mamá, y finalmente, si ella es huérfana totalmente, será el juez quien otorgue

---

[54] *Ibídem*, p. 110.

[55] Entrevista con el sheij Mustafá Abdel Ghani Ahmed, orientador religioso, Centro Islámico de Lima, Perú, el 8 de junio de 1992.

o no el respectivo consentimiento [56].

Por el contrario, el varón no necesita consentimiento del padre para casarse, y el mismo sheij Mustafá Abdel Ghani Ahmed dirá que el varón puede casarse por sí, pues no necesita el permiso del padre porque «él conoce que en el islam el casamiento es una responsabilidad».

> «Debe haber casa, debe tener trabajo para garantizar la vida de la mujer; y si es capaz, la gente da su hija, si no lo es, no lo acepta. Por este motivo, naturalmente el hombre no necesita el permiso del padre.» [57].

Así, no será fácil a cualquier varón obtener la mano de su pretendida. Además del afecto, deberá exhibir condiciones materiales mínimas. Por ello, el padre de la pretendida hará un seguimiento y una comprobación previa de tales condiciones.

Otro aspecto de vital importancia dentro del matrimonio de los musulmanes es el relativo a la pubertad física. En cuanto a la capacidad para contraer el matrimonio, ésta, quede claro, se establece teniendo como base la pubertad física, que se prueba por la madurez sexual en lugar de una edad determinada.

Así, salvo prueba en contrario, un niño debajo de los 12 años y una niña de menos de 9 años son considerados desde el punto de vista de la pubertad como incapaces. En contrario, se presume que ambos sexos han logrado la plenitud al llegar a los 15 años. Pero, en todo caso, el verdadero indicador, el indicador determinante, será el referido a la aptitud genésica. La capacidad requerida, pues, para contraer matrimonio, es natural, es física; no se trata de un asunto de construcción de tipo legal [58].

Mustafá Abdel Ghani Ahmed, en entrevista concedida a nosotros, dirá en un difícil pero suficiente español:

---

[56] *Loc. cit.*

[57] *Loc. cit.*

[58] *The Encyclopedia of Religion,* New York, Macmillan Publishing Company, 1987, volumen 7, pp. 446 a 449.

> «En el islam, cuando el hombre, cuando la mujer recibe el tiempo que puede tener esta mensual que viene, que se llama menstruación, de ésta puede casarse, cuando recibe ésta puede casarse. A veces llega a los 12 años, a veces a los 15. Cualquier tiempo que llega, de ésta puede casarse. Al hombre también igual, ésta es la, como diré yo, la etapa de la mayor edad. No tiene algo fijo, decimos, por ejemplo 14 años. No, a veces una mujer a los 14 años todavía está niña. ¿Entiende? A veces otra, a los 14 años ya puede ser mamá. Ésa es la diferencia.» [59].

Finalmente, cabe mencionar que el matrimonio contraído por los «menores de edad» dentro del sistema musulmán es matrimonio con tendencia a perpetuarse y en lo posible indisoluble; sin embargo, según las circunstancias podrá proceder el divorcio. Issa Hamideh, por su parte, dirá que el divorcio es una innovación en la sociedad árabe, que los matrimonios tienen vocación perpetua; y el sheij Ghani Ahmed agregará que entre los musulmanes divorciarse legalmente no es asunto fácil, y «si por cualquier razón válida algo no funciona bien, puede ser terminado con benevolencia y honor, con equidad y paz».

7.5 El caso del matrimonio de menores en la concepción jurídica del canonismo *

Sobre el matrimonio canónico, Jacques Leclerq ha sostenido que él es «un instrumento de la vida divina por excelencia, medio por el cual Cristo ha desarrollado la vida divina en nosotros».

> «¿Se puede repudiar a la mujer por cualquier motivo? Él respondió: "¿No habéis leído que el Creador, desde el principio, los

[59] Entrevista con el sheij Mustafá Abdel Ghani Ahmed, orientador religioso, Centro Islámico de Lima, Perú, el 8 de junio de 1992.

* La exégesis que se presenta sobre esta materia fluye del análisis del *Código de Derecho Canónico* de 1983, Madrid, B.A.C., 1983.

hizo varón y hembra y dijo: 'Por eso el hombre deja a su padre y a su madre, se une a su mujer y son los dos una sola carne'? De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto lo que Dios unió no lo separe el hombre" (Mt. 19, 3-12).»

Pero sólo es a partir del siglo IV de la era cristiana que se ve aparecer en Occidente, al lado de las ceremonias familiares y civiles, una ceremonia eclesiástica del matrimonio, pues según Schillebeeckx en los primeros tiempos del cristianismo el matrimonio de los cristianos fue un asunto temporal, y ellos usaron los mismos procedimientos que los paganos para casarse.

En materia de matrimonio de menores, el antiguo derecho de la Iglesia sí estimó como falta grave el matrimonio celebrado sin el consentimiento de los padres; empero, no declaró nulo el celebrado en esas condiciones (C.- 3. C.XXX, q-5. Nicol. I.a.866; C.6 -X. de Condit appos. IV-5; C.-6; X. de Raptor. V.17). Este temperamento fue admitido posteriormente en el propio concilio de Trento, en la sesión XXIV, referida al matrimonio, capítulo I, según la cual, en efecto, pecan gravemente los hijos que contraen nupcias contra la voluntad de los padres, pero el matrimonio es aceptado por la Iglesia como matrimonio válido.

La legislación canónica ha llamado al matrimonio, «alianza», en virtud de la cual un varón y una mujer constituyen un consorcio perpetuo de vida, de índole natural, dirigido al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, estimado por el propio Cristo Jesús como sacramento.

La Iglesia, en el canon 1055 del Código Canónico de 1983, no puede menos que declarar que la unión entre bautizados bajo la forma de matrimonio importa coetáneamente un contrato y un sacramento. Así, el Código Canónico vigente reafirma la tesis de la inseparabilidad entre el contrato, realidad natural, y el sacramento como realidad religiosa.

Aun cuando la experiencia presenta casos de matrimonios mixtos, es decir, en los que concurre un bautizado en la fe católica y otro adscrito a una Iglesia o comunidad eclesial que no se halla en comunión

plena con la católica, lo frecuente es que el matrimonio religioso una las vidas de dos personas que se han bautizado, sacramento éste por el que se incorporan a la Iglesia de Cristo, sus hijos.

Pero el Código Canónico establece también reglas respecto de la mayoría y la minoría de edad.

Establecido está que la persona que ha cumplido 18 años es mayor de edad. Antes de dicha edad se es, para el Código Canónico y para la Iglesia, menor de edad. A todo menor, antes de cumplir 7 años se le llama infante, y se presume la ausencia de razón en él, pero a partir de los 7 años, contrariamente, se presume en tal persona el uso de razón.

Es luego de la mayoridad, es decir, a partir de los 18 años, que el Código Canónico declara que toda persona tiene el pleno ejercicio de sus derechos. Pero el menor de edad, de acuerdo a la legislación de la Iglesia, está aún sujeto a la potestad de sus padres o tutores para el ejercicio de sus derechos, exceptuándose aquellos establecidos por ley divina o por el propio derecho canónico.

El derecho canónico moderno ha renunciado al orden prelacional en materia de fines matrimoniales. Ya la procreación y educación de la prole no constituyen «el fin primario del matrimonio», ni corresponden tampoco a un «fin secundario» la ayuda mutua ni el remedio de la concupiscencia.

Hoy en día, a diferencia del canon 1013 del Código Canónico de 1917, la legislación católica establece, como queda dicho, que el matrimonio es una alianza que se encuentra ordenada al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, sin establecer entre estas finalidades ni jerarquías ni órdenes. Así, se especifican como fines el estado matrimonial y la institución en sí misma considerada –*finis operis*– y el fin particular que al casarse persiguen de una forma inmediata los contrayentes, es decir, el *finis operantis*. El fin objetivo del matrimonio canónico es así doble, al no buscar establecer prelación alguna, en tanto que lo que pretende es el bien de los cónyuges, comprendiendo así los aspectos más esenciales y personales del matrimonio, así como la generación y la educación de la prole.

Respecto de los objetos del matrimonio canónico, es prudente

distinguir entre el objeto material constituido por los mismos contrayentes, y el objeto formal que está dado por la comunidad perpetua y exclusiva de vida entre éstos.

Sin embargo, es el momento de afirmar que la trascendencia para la validez del matrimonio está dada en uno de sus puntos capitales como es el caso del consentimiento.

Y sólo en caso de excepción, cuando los padres lo ignoran o se oponen razonablemente, nadie debe asistir al matrimonio de menores si no obra la licencia del ordinario del lugar. Así lo estima el canon 1071, inciso 6 vigente. Mas adviértase que no se trata aquí de una invalidación sino de una exhortación, a decir de la expresión usada por el canon 1034 del código derogado:

> «Canon 1034.– Exhorte el párroco gravemente a los hijos de familia menores de edad a que no contraigan matrimonio sin el conocimiento de sus padres o con la oposición razonable de ellos, y si no lo atienden, no deben asistir a su matrimonio sin consultar antes al Ordinario del lugar.»

De modo que cuando nos hallamos ante matrimonios de menores de edad, que los padres ignoran o respecto de los cuales tienen razonable oposición, la responsabilidad para celebrar o no el matrimonio reposa fundamentalmente en el ordinario, es decir, en el obispo del lugar. Adviértase que la expresión del canon 1071 dice «excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del ordinario del lugar[...]», lo que conlleva a suponer que la licencia del ordinario va vinculada al fundamento de la excepción de necesidad.

Es el momento para sostener cuál es la esencia jurídica en la que radica el matrimonio. Sin duda es el consentimiento matrimonial el que produce el efecto del matrimonio canónico. Se trata de un consentimiento de las partes, las cuales lo manifiestan legítimamente por ser personas jurídicamente hábiles. La legislación de la Iglesia se esmera en señalar que este consentimiento no puede ser suplido por «ningún poder humano».

Más allá, el mismo derecho canónico esboza un concepto de

consentimiento. Nos dice:

> «Canon 1057.– [...]2): El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio.»

De modo que resulta de prevalente importancia anotar que hay una entrega recíproca con finalidad concreta y específica. Por tanto, los contrayentes, al otorgarse mutuamente en el consentimiento matrimonial, no deben ignorar al menos que él apunta a un consorcio permanente de vida entre el varón y la mujer, «ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual». (Aun cuando este canon, que es el 1096, 1, hable específicamente de la procreación de la prole, no puede ser entendido de manera autónoma y desvinculado del concepto y noción substantiva del matrimonio que nos da el propio Código en el can. 1055.)

El canon 1096, a nuestro juicio, se halla directamente vinculado a la noción de pubertad, es decir, al concepto y conciencia que debe tener el contrayente de que dentro del matrimonio hay una función de sexualidad y también una finalidad de procreación, aun cuando ésta no sea una finalidad única. Es por ello que el canon 1096, inciso 2, refiriéndose a la pubertad y al sentido de la vida en el matrimonio, culmina afirmando que «esta ignorancia no se presume después de la pubertad».

Dicho lo expuesto, no parece entonces extraño que el derecho canónico declare incapaces para contraer matrimonio a quienes carecen de suficiente uso de razón, a todos aquellos otros que ostentan un grave defecto de discreción de juicio acerca de cuáles son los derechos y los deberes esenciales del matrimonio, y por igual declare incapaces a quienes no pueden asumir, por causas de naturaleza psíquica, las obligaciones esenciales derivadas de las nupcias.

Evidentemente, el canon 1095 al que se ha referido lo afirmado en el párrafo anterior, exhibe extraordinaria importancia. Él dirige su atención a los casos de madurez, de suficiente capacidad de reflexión,

de conciencia en el juicio de valor acerca de cuál es el sentido, la noción y el propósito de los fines cristianos del matrimonio católico.

Respecto a los contrayentes del matrimonio, la norma general, establecida en el canon 1058, sostiene que «pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se los prohíbe». Empero, en el ámbito concreto del matrimonio canónico para menores el principio sostiene que no pueden contraer matrimonio válido el varón antes de los 16 años cumplidos, ni la mujer antes de los 14; la conferencia episcopal de cada país está autorizada a establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio.

Según el canon 1078, la sede apostólica, en un caso, y el ordinario del lugar, en otro, tienen potestad para el otorgamiento de dispensas en caso de impedimentos de derecho eclesiástico.

Y es que para el derecho canónico, en efecto, ninguna autoridad humana puede suprimir directamente los impedimentos del derecho divino, pero los impedimentos eclesiásticos pueden derogarse de manera general mediante la abrogación o la propia derogación. Para tal fin también es de uso la dispensa, institución ésta definida desde el canon 80 del pasado Código de 1917 («relajación de la ley en un caso particular») y que hoy subsiste en el Código de 1983.

La dispensa es una institución históricamente antigua dentro del derecho canónico. En los primeros tiempos se otorgó de manera genérica, incluso a pueblos enteros, pero a partir del siglo XI se comenzó a otorgar para casos particulares en atención a la naturaleza del planteamiento. Hacia la Edad Media, la concesión de dispensas había alcanzado casi una generalización, por lo que el concilio de Trento decidió asumir un carácter restrictivo y darle situación excepcional, y aunque declaró que «para contraer matrimonio no debe concederse en absoluto dispensa alguna o muy rara vez en virtud de una causa y gratuitamente», hoy la Iglesia, siguiendo la recomendación del concilio Vaticano II, se ha visto ante la exigencia de ampliar este principio y no resolverlo de manera tan estricta.

Por lo demás, la enfática redacción del canon 1078 parece hacer ociosa una mayor discusión sobre el asunto:

«Canon 1078.– 1) Exceptuados aquellos impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica, el ordinario del lugar puede dispensar de todos los impedimentos de derecho eclesiástico a sus propios súbditos, cualquiera que sea el lugar en el que residan, y a todos los que de hecho moren en su territorio.

2) Los impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica son:

a) el impedimento que proviene de haber recibido las sagradas órdenes o del voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso de derecho pontificio;

b) el impedimento de crimen, del que se trata en el can. 1090;

c) nunca se concede dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral.»

Finalmente, quede claro entonces que la minoría de edad no implica ni imposibilidad de matrimonio ni invalidación del mismo, y que más bien, por el contrario, el mínimo de edad puede ser modificado en forma general por la conferencia episcopal de cada país, como por el ordinario del lugar, por ser éste un asunto correspondiente al derecho eclesiástico y no al divino, ni tampoco estar reservado su tratamiento a la Sede Apostólica Romana (can. 1078).

7.6 El matrimonio de menores en las Declaraciones internacionales jurídicamente vinculadas al Perú

Cinco son los instrumentos internacionales que interesan fundamentalmente a la materia del matrimonio:

1) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948 (art. VI).
2) La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las

Naciones Unidas, en resolución 217-A (III) del 10 de diciembre de 1948 (art. 16, incs. 1, 2 y 3).

3) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en la sesión XXV de la Organización de las Naciones Unidas, el 7 de diciembre de 1966 (art. 23, incs. 1, 2, 3 y 4).
4) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, en 1969 (art. 17, incs. 1, 2, 3, 4 y 5).
5) La Convención de Nueva York, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, resolución 1763 (XVII) de 7 de noviembre de 1962. Ésta, sin embargo, no ha sido ratificada por el Perú.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre alude al derecho de todo ser humano a constituir una familia. No menciona la citada declaración, de manera expresa, el término «matrimonio», pudiendo interpretarse esta omisión como deliberada en la perspectiva de que puedan ser varias las formas que den origen a la familia. Sea como fuere, la Declaración señala el derecho de todo ser humano para constituir familia, a la que sí define como «elemento fundamental de la sociedad» y para la que solicita protección.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

> «Art. VI.– Derecho a la constitución y protección de la familia. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.»

De otro lado, y por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos sí alude de manera directa a la expresión «matrimonio», derecho al que puede acceder –declara– todo hombre y toda mujer a partir de la «edad núbil», es decir, de la edad en que se encuentran aptos para el matrimonio. Exige esta declaración que no exista ningún distingo para acceder al derecho matrimonial y que, consagrado éste, se hallen hombre y mujer en igualdad de condiciones,

aun al momento de una posible disolución.

Pero, detrás de esta afirmación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma la única base sólida sobre la que se puede dar inicio a un matrimonio, y ésta –dice– es el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos para contraerlo.

Ponderando a la familia como «el elemento natural y fundamental de la sociedad», el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que:

> «1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
>
> 2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, podrá contraerse el matrimonio.
>
> 3) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.»

Luego de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas, desde 1949, dedicó varios años de sus esfuerzos a la aprobación del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, culminándose su elaboración diecisiete años después.

Como señala Daniel O'Donnell en *Protección internacional de los derechos humanos*, en verdad una de las razones fundamentales para adoptar el Pacto fue la de actualizar y definir en forma pormenorizada el contenido, los alcances y los límites de los derechos y libertades que habían sido proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Por ello, en verdad el Pacto recoge substantivamente el planteamiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre el matrimonio y la familia, pero reordena las ideas.

Así, la familia es, como fenómeno, como valor y como principio, la primera inquietud del Pacto en el artículo 23, el mismo que reitera que ésta es, en efecto, «elemento natural y fundamental de la sociedad» y que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Obsérvese que tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos priorizan a la sociedad y sólo luego ubican al Estado en la función de protección.

Inmediatamente, el Pacto reitera el derecho de todo hombre y mujer a contraer matrimonio y a fundar a partir de él una familia, siempre que se tenga «edad para ello».

El principio de la consensualidad para la validez del matrimonio (ya declarado en 1948 por la Declaración Universal), es reiterado taxativamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La última preocupación del Pacto es proclamar el principio de igualdad de derechos y obligaciones entre ambos esposos, durante el matrimonio y aun ante la disolución de éste, agregando el principio de la seguridad y protección de los derechos de los hijos.

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice textualmente:

> «1) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
>
> 2) Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tiene edad para ello.
>
> 3) El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
>
> 4) Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.»

Consecuencia de diez años de intenso trabajo y de preparación técnica de parte del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1969 cobró vigencia jurídica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José o Convención Americana.

Sin soslayar la primacía e importancia de la familia, declarada nuevamente como «elemento natural y fundamental de la sociedad», la Convención Americana se detiene en el punto relativo al matrimonio y proclama que, en efecto, todo hombre y mujer tienen derecho a contraer nupcias y a fundar una familia si gozan de la edad y de «las condiciones requeridas para ello por las leyes internas», siempre que éstas no auspicien discriminación de ningún tipo.

La Convención Americana hace reposar, como los otros instrumentos comentados, la validez del matrimonio exclusivamente en la legitimidad de la consensualidad, sin la cual no hay matrimonio jurídicamente válido.

Introduce en el punto 4 el derecho de los hijos para que, en caso de disolución matrimonial, las soluciones que se adopten se establezcan sobre «la base única del interés y conveniencia de ellos», lo que permitía priorizar el principio del «interés superior del niño», que ya había sido estatuido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Niño y proclamado a la comunidad internacional desde el 20 de noviembre de 1959.

Aun cuando no se encuentre directamente vinculado a la temática del presente libro, resulta de importancia superlativa resaltar que es el Pacto de San José –para América–, el que declara la igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

He aquí el texto del artículo 17 del Pacto:

> «1) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
>
> 2) Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3) El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los cónyuges.

4) [...]. En caso de disolución [del matrimonio], se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5) La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.»

Apréciese, respecto al matrimonio de los menores, cómo la Declaración Universal, el Pacto Internacional y la Convención Americana establecen que el derecho al matrimonio es un derecho privativo de las personas que «tienen edad para ello» o que han alcanzado «edad núbil», como lo expresa la propia Declaración Universal. Pero adviértase igualmente que al no mencionarse edades específicas, ni edades mínimas, ni la exigencia de que los futuros esposos sean mayores de edad, tales disposiciones, como dice la propia Convención Americana, dejan el asunto de la edad a juicio de «las leyes internas», permitiendo a cada país una amplia discreción para fijar una edad mínima acorde con las condiciones existentes.

Es ésa, además, la letra y el espíritu de la Convención de Naciones Unidas de Nueva York, de 1962.

En efecto, el 7 de noviembre de 1962, mediante resolución 1763 (XVII), la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la ya citada convención, cuyo artículo 2 prescribe:

«Los Estados Partes en la presente Convención adoptarán las medidas legales necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad.»

Sin embargo, conviene manifestar que el derecho moderno, en vista de las experiencias, tiende a elevar las edades mínimas para contraer

matrimonio. Así, en doctrina se recoge que:

> «En general, la orientación del derecho moderno tiende a la elevación de las edades mínimas para contraer matrimonio.
>
> Así, en los países de civilización cristiana se ha partido de las edades fijadas en el derecho romano y canónico (de 14 años para el hombre y 12 para la mujer), pero luego se las ha elevado, en algunos casos, como en Italia –del código de 1865 al de 1942– y en la Argentina –de la ley de matrimonio civil a la ley 14. 394–, en concordancia con la elevación operada en el derecho canónico, y en otros más allá todavía. Igualmente, las mismas edades fijadas por el Common Law fueron elevadas en el propio derecho británico y en la mayor parte de las ex-colonias británicas.
>
> La misma tendencia se manifiesta en los países no cristianos. En el derecho islámico, para poder otorgar el consentimiento matrimonial válidamente se consideraba necesaria la pubertad, la cual se estimaba alcanzada a los 15 años para el hombre y los 12 para la mujer, pero ello no excluía la posibilidad de matrimonio de impúberes sin su consentimiento en virtud del derecho de quienes tenían potestad sobre ellos de otorgarlo; tal situación ha ido variando al dictarse códigos civiles o leyes matrimoniales en los países musulmanes. Lo mismo ha ocurrido en los países africanos, donde no existía una edad determinada para contraer matrimonio, pero la fijan los nuevos ordenamientos legales vigentes en algunos de esos países.» [60] *.

---

[60] BELLUSCIO, Augusto, *Derecho de familia,* Buenos Aires, Depalma, 1974, tomo I, pp. 366 y 367.

* El 2 de noviembre de 1992, el doctor Abraham Padilla Z., director de Tratados Internacionales de la Cancillería, en entrevista personal nos verificó que el Perú no es signatario de la Convención de Nueva York de 1962.

8

El matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima

8.1 Matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima: una muestra estadística

8.1.1 Características de la investigación

8.1.1.1 Objetivo de la investigación

Pretendemos, mediante aproximaciones y empleando el método de análisis de expedientes judiciales sobre matrimonio de menores, reflejar para el caso del distrito judicial de Lima la siguiente información:

a) Datos del menor solicitante:
   - sexo
   - edad promedio
   - lugar de nacimiento
   - «motivo grave» expresado
   - ocupación
   - renta presunta
   - ubicación del domicilio

b) Datos del otro contrayente:
   - sexo
   - edad promedio
   - lugar de nacimiento
   - ocupación

- renta presunta
- ubicación del domicilio

c) Datos de quien otorga el consentimiento a favor del menor solicitante:
- relación con el menor
- ocupación

d) Datos relativos a la perduración del matrimonio de menores civilmente contraído:
- si perdura
- si no perdura
- si perdura, pero en estado de descomposición
- número de hijos al momento de la muestra
- situación económica del matrimonio al momento de la muestra

8.1.1.2 Oportunidad de la investigación

La muestra estadística a la que se refiere la presente investigación fue tomada entre el 15 de diciembre de 1991 y el 15 de enero de 1992.

8.1.1.3 Base investigada

La base de la muestra investigada ha sido extraída directa y personalmente de los despachos respectivos en visitas sostenidas a los diez juzgados de menores del distrito judicial de Lima.

El marco muestral de este estudio ha sido definido considerando a los juzgados de menores del distrito judicial de Lima como una única unidad de selección.

8.1.1.4 Tamaño de la muestra

Para los efectos de la presente investigación se han trabajado, según la materia sujeta a indagación, no menos de 160 expedientes y no más

de 164, excepto para la investigación del tema 8.1.1.1.d, para el que se ha utilizado una muestra de 100 expedientes.

8.1.1.5 Condicionamiento de la muestra

En todo caso, el expediente debía versar indefectiblemente sobre matrimonio civil de menores.

Exceptuando tal condicionamiento, la muestra tuvo carácter indiscriminado, con el cargo expreso de recoger en detalle la información requerida para el cumplimiento de los objetivos que precisaba esta investigación.

8.1.1.6 Juzgados de menores del distrito judicial de Lima en los que comúnmente se tramitaba la «Licencia judicial para el matrimonio de menores»

De acuerdo a las facilidades existentes para aplicar la muestra, la investigación se realizó en los siguientes juzgados de menores del distrito judicial de Lima:

Juzgado de Menores	*Cantidad de expedientes*
1.er	11
2.do	15
3.er	11
4.º	36
5.º	10
6.º	15
7.º	21
8.º	17
9.º	15
10.º	11
Sin número	2

8.1.1.7 Dirección y supervisión de la muestra

La muestra estuvo dirigida y supervisada por Róger Rodríguez Iturri.

8.1.1.8 Diseño de la ficha muestral aplicada

La ficha técnica utilizada tuvo las características que aparecen en la Figura 8.1.

FIGURA 8.1 *Ficha técnica de expedientes judiciales sobre matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima*

Ficha técnica

Matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima

I. Datos generales

Juzgado de Menores N.º .....
Dirección domiciliaria del juzgado: .....
Nombre del juez:.....
Nombre del secretario de juzgado: .....
N.º del expediente: .....

II. Oportunidad de la investigación

Fecha de inicio y culminación de la investigación: .....
.....

III. Datos del menor solicitante de la Licencia judicial para matrimonio de menores

Expediente investigado N.º: .....
Fecha en que se inició el trámite de licencia judicial para matrimonio de menores:.....
.....
Nombre del menor solicitante de la licencia judicial para matrimonio de menores:.....
.....
Lugar de nacimiento del menor solicitante:.....
.....
Edad del menor solicitante, al inicio del trámite judicial (en años y meses): .....
.....
«Motivo grave» argumentado (art. 241, inc. 1, Código Civil) en la tramitación de la licencia judicial para matrimonio de menores (explíquelo con detalles): .....
.....

FIGURA 8.1 (*Continuación*)

Ocupación del menor solicitante de la licencia judicial para matrimonio de menores (si en el expediente hay datos explícitos, por favor consígnelos): .....
.....
.....
.....
.....
.....
Ubicación del domicilio real del menor solicitante de la licencia judicial para matrimonio de menores: .....
.....

IV. Datos de quien o quienes otorgan el consentimiento para la Licencia judicial de matrimonio de menores

Nombre de la persona o personas que prestaron el consentimiento de ley para el matrimonio del menor (señale también el número de la libreta electoral u otro documento de identidad): .....
.....
Relación o parentesco entre sí de las personas que prestaron el consentimiento de ley para el matrimonio del menor (si es que el consentimiento lo prestó más de una persona):.....
.....
.....
Si usted advierte que los dos padres del menor están aptos para prestar el consentimiento de ley, pero sólo uno lo presta, indíquelo (y agregue, si es el caso, algún comentario): .....
.....
.....
Lugar de nacimiento de quien o quienes prestan el consentimiento: .....
.....
.....
Edad o edades de quien o quienes prestan el consentimiento de ley (en años): .....
Sexo de quien o quienes prestan el consentimiento de ley:.....
.....
Grado de parentesco entre el menor y quien o quienes prestan el consentimiento de ley: .....
.....
Fecha en que se prestó el consentimiento de ley: .....
.....
Forma legal usada para prestar el consentimiento de ley (precisar con detalle): .....
.....
.....
Ocupación de quien o quienes prestan el consentimiento de ley: .....
.....
Dirección domiciliaria de quien o quienes prestaron el consentimiento de ley: .....
.....

FIGURA 8.1 (*Continuación*)

V. Narración detallada de la entrevista personal sostenida con los esposos, o con parientes de éstos, o con amigos cercanos, a propósito de la estabilidad y estado de la relación matrimonial respectiva. Esta narración deberá ser presentada con toda puntualidad en los detalles (fecha en que se realizó, descripción del inmueble, apreciación sobre la situación social y económica del matrimonio, información sobre el estado de compatibilidad matrimonial de los esposos, número de hijos que tienen a la fecha, cantidad de personas que habitan el inmueble, ocupación de los cónyuges, estado educacional de los hijos, y otros datos que usted pueda considerar ilustrativos para una idea clara de la viabilidad del matrimonio y de su estado social y espiritual).

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

VI. Datos del contrayente del menor que solicitó la Licencia judicial para matrimonio de menores

Nombre del contrayente: .....
Edad del contrayente: ..... Sexo del contrayente: .....
Lugar de nacimiento del contrayente: .....
Ocupación del contrayente: .....
Dirección del domicilio real del contrayente: .....
.....

8.1.2 Descripción y resultados de la muestra

Tabla 8.1

La Tabla 8.1 presenta características del menor que solicita contraer matrimonio civil.

Esta vez los caracteres sometidos a investigación son el sexo o género y la edad promedio con que el menor solicitante peticiona el matrimonio.

La muestra aplicada refleja que sólo un 6,1% de varones menores de edad se acercan al juzgado a solicitar la licencia respectiva, en tanto que el 93,9% restante está conformado por mujeres menores de edad.

De otro lado, las mujeres menores de edad formulan el pedido de licencia a edad más temprana que los varones menores: ellas lo hacen a un promedio de 16 años y 7 meses y ellos a los 17 años y 2 meses.

Resulta interesante correlacionar esta tabla con la Tabla 8.3, por cuanto los resultados parecen conducir a aspectos como la espiritualización del amor en las mujeres y la acendrada vocación de éstas por la maternidad.

TABLA 8.1 *Sexo y edad promedio del menor que solicita contraer matrimonio civil: distrito judicial de Lima*

Sexo	*Individuos*	*%*	*Edad promedio (años y meses)*
Hombre	10	6,1	17.2
Mujer	153	93,9	16.7

Tabla 8.2

La Tabla 8.2 ilustra la característica referida al lugar de nacimiento del menor solicitante del matrimonio civil.

La muestra aplicada refleja cómo el 87,5% de los peticionantes declaran haber nacido en Lima. Los demás porcentajes son manifiestamente menos significativos, correspondiendo el más alto a los que declaran haber nacido en Ayacucho (3,7%).

Ancash, Iquitos, Puno, Amazonas, Apurímac, Cajamarca y Callao también aparecen en la muestra.

Sin embargo, es muy difícil afirmar la puridad cultural y social del 87,5% de menores de edad que nacidos en Lima peticionaron el matrimonio, pues las intensas corrientes migratorias al interior del Perú han convertido a los limeños de las últimas generaciones en descendientes de peruanos provenientes de todos los lugares del país.

TABLA 8.2 *Lugar de nacimiento del menor que solicita contraer matrimonio civil: distrito judicial de Lima*

Lugar de nacimiento	*Individuos*	*%*
Lima	140	87,5
Ayacucho	6	3,7
Ancash	4	2,5
Iquitos	2	1,3
Puno	2	1,3
Amazonas	1	0,6
Apurímac	1	0,6
Cajamarca	1	0,6
Callao	1	0,6
Sin especificación	2	1,3

Tabla 8.3

La ley civil peruana establece que los menores de edad pueden contraer matrimonio civil expresando el «motivo grave» que lo justifica.

La Tabla 8.3 pretende responder a la pregunta de cuál es el «motivo grave» por el que se peticiona el matrimonio.

El 75,6% de los expedientes investigados argumentan como «motivo grave» el estado de embarazo de la menor. Empero, tal porcentaje parece ser superior, por cuanto 7,5% de los solicitantes peticionaron el matrimonio de menores para «regularizar su situación» (¿concubinato?), 3,8% argumentaron que «preexistían relaciones sexuales» y 0,6% arguyeron «violación». Es probable que en estos tres últimos casos mencionados se encuentre encubierto el estado de embarazo, lo que eleva el procentaje total a 87,5%, sin dejar de indicar que en un 11,2% de los expedientes judiciales investigados –contraviniendo la ley– no hay ningún dato respecto al «motivo grave».

Si ocurriese que tal porcentaje de 11,2 estuviese, por razones de pudor y de decoro, vinculado directamente al ocultamiento del estado de gestación, hallaríamos que en el 98,7% de expedientes judiciales investigados la causa del matrimonio sería el estado de preñez.

TABLA 8.3 *Motivo grave expresado por el menor que solicita contraer matrimonio civil: distrito judicial de Lima*

Motivo grave	*Individuos*	*%*
Embarazo	121	75,6
Regularización de situación (concubinato)	12	7,5
Preexistencia de relaciones sexuales	6	3,8
Viaje	2	1,3
Violación	1	0,6
Sin especificación	18	11,2

Tabla 8.4

Esta tabla incide en las características referidas a la ocupación laboral del menor solicitante, la renta presunta deviniente de tal ocupación y la ubicación del domicilio del peticionante del matrimonio de menores.

El 43,6% de los menores solicitantes de matrimonio civil se encuentran en edad escolar y adscritos a alguna escuela del sistema educativo oficial.

No deja de ser impresionante que el segundo porcentaje más alto, 27,0%, corresponda a sujetos menores de edad que no especifican ocupación laboral alguna, lo que plantea el grave problema de desocupación laboral en el Perú.

Veinticuatro por ciento (24,0%) de menores solicitantes de matrimonio civil declaran como ocupación «su casa».

Los tres porcentajes parciales antes indicados («estudiante escolar», «sin especificación», «su casa»), es decir 94,6%, no producen renta presunta alguna, lo que refleja la grave inconsistencia económica con que dichos menores acceden al matrimonio.

De otro lado, 1,8% de los menores solicitantes de matrimonio declararon ser obreros, comerciantes y estudiantes de computación.

Sin prejuicios, y resueltamente, sólo un 3,0% de la muestra aplicada declaró no tener ocupación alguna.

Respecto de la ubicación del domicilio del menor solicitante de

matrimonio civil, la muestra refleja que el 75,5% residen en zona popular. En zonas marginales declararon residir el 15,3%, y 8,6% en zona residencial.

El tema tratado en el párrafo anterior produce inquietud e interroga con respecto a porcentaje tan alto de matrimonios de menores en zonas populares (75,5%). Induce a la meditación con respecto a la vinculación entre «economía personal /no matrimonio/ sí concubinato» para el caso de zonas marginales, en donde la difusión de la práctica adecuada de la planificación natural aún no es suficiente, ni tampoco la de los anticonceptivos y habilidades para su uso. Sin ánimo lesivo, el mismo tema interroga con respecto al bajo porcentaje de matrimonios de menores en las zonas residenciales (8,6%), en los que los aspectos educativo y de economía personal pueden estar vinculados al uso adecuado de la planificación natural y, en su caso, al uso de los

TABLA 8.4 *Ocupación, renta presunta y ubicación del domicilio del menor que solicita contraer matrimonio civil: distrito judicial de Lima*

Ocupación, renta presunta y ubicación del domicilio	*Individuos*	*%*
OCUPACIÓN		
Estudiante escolar	71	43,6
Sin especificación	44	27,0
Su casa	39	24,0
Empleada doméstica	1	0,6
Otros (obrero, comerciante, estudiante de computación)	3	1,8
Sin ocupación	5	3,0
RENTA PRESUNTA*		
UBICACIÓN DEL DOMICILIO		
Zona popular	123	75,5
Zona marginal	25	15,3
Zona residencial	14	8,6
Sin especificación	1	0,6

* Ver el comentario de esta tabla.

contraceptivos, sin prestar atención en este estudio a las prácticas abortivas en general.

Tabla 8.5

Esta tabla está referida a características del «otro contrayente» (aquel con quien solicita casarse el menor), en lo que respecta a su edad promedio y a la ubicación de su domicilio.

La Tabla 8.5 demuestra que no son los varones sino las mujeres menores de edad quienes solicitan matrimonio civil. Así, de 160 expedientes judiciales investigados, en 150 ocasiones no fue el varón quien solicitó el matrimonio.

El promedio de edad con que el «otro contrayente» varón concurre al matrimonio es de 22 años.

Respecto a la ubicación del domicilio del «otro contrayente», en un 76,3% de casos éste reside en zona popular, y en 11,9% de casos investigados domicilia en zona marginal. De ello se concluye que en un 88,2% de los casos judiciales investigados el «otro contrayente» habita en zonas que pueden delatar carencias no sólo económicas.

Sólo un 6,2% de «otros contrayentes» declararon residir en zona residencial, en tanto que un 5,6% prefirieron eludir la responsabilidad

TABLA 8.5 *Sexo, edad promedio y ubicación del domicilio del otro contrayente: distrito judicial de Lima*

Sexo y ubicación del domicilio	*Individuos*	*%*	*Edad promedio (años)*
SEXO			
Hombre	150	93,8	22
Mujer	10	6,2	17
UBICACIÓN DEL DOMICILIO			
Zona popular	122	76,3	
Zona marginal	19	11,9	
Zona residencial	10	6,2	
Sin especificación	9	5,6	

de declarar su domicilio.

Volviendo a los datos antes consignados con respecto a la edad promedio del «otro contrayente», adviértase cómo en 150 de 160 casos son varones mayores de edad los que han establecido relaciones personales con mujeres menores de edad.

Tabla 8.6

Esta tabla discrimina el lugar de nacimiento del «otro contrayente».

La muestra aplicada refleja cómo el 66,7% de los llamados «otros contrayentes» declaran haber nacido en Lima.

TABLA 8.6 *Lugar de nacimiento del otro contrayente: distrito judicial de Lima*

Lugar de nacimiento	*Individuos*	*%*
Lima	108	66,7
Ayacucho	7	4,3
Ica	5	3,1
Ancash	4	2,5
Lambayeque	4	2,5
Arequipa	4	2,5
Apurímac	3	1,9
Junín	3	1,9
Cajamarca	2	1,2
Huánuco	2	1,2
Iquitos	2	1,2
La Libertad	2	1,2
Amazonas	1	0,6
Cusco	1	0,6
Ucayali	1	0,6
Piura	1	0,6
Puno	1	0,6
Tacna	1	0,6
Tumbes	1	0,6
Llapa	1	0,6
Huancavelica	1	0,6
Chile	1	0,6
Sin especificación	6	3,7

Los demás porcentajes son manifiestamente menos significativos, correspondiendo los más altos a los que declaran haber nacido en Ayacucho e Ica.

No obstante, es muy difícil afirmar la puridad cultural y social del 66,7% de «otros contrayentes» que declaran haber nacido en Lima, pues décadas de intensa migración han convertido a los limeños de las últimas generaciones en descendientes de peruanos provenientes de todos los lugares del país.

En esta tabla se aprecia el caso de un solo extranjero («chileno»), «otro contrayente», casado con menor de edad.

Tabla 8.7

Esta tabla versa sobre características del «otro contrayente» referidas a su ocupación laboral y renta presunta percibible.

De 162 expedientes judiciales sobre matrimonio de menores, 25,3% de los llamados «otros contrayentes» se encuentran en edad escolar y adscritos a alguna escuela del sistema educativo oficial. Obviamente su

TABLA 8.7 *Ocupación y renta presunta del otro contrayente: distrito judicial de Lima*

Ocupación y renta presunta	*Individuos*	*%*
OCUPACIÓN		
Estudiante	41	25,3
Empleado	28	17,3
Comerciante	20	12,3
Obrero [1/]	44	27,2
Profesional	11	6,8
Su casa	1	0,6
Sin especificación	17	10,5
RENTA PRESUNTA *		

1/ En este rubro están incluidos 31 trabajadores informales.
* Ver el comentario de esta tabla.

renta presunta parece ser nula.

Empero el 17,3% de «otros contrayentes» declararon ser empleados, y 27,2% obreros, presumiéndose en ambos casos rentas que en el mercado laboral actual resultan no suficientes para la cobertura del conjunto de necesidades vitales, más aún si estimamos que el sueldo mínimo vital para Lima fue, en esa época, de 72 soles.

El 6,8% declararon ser profesionales de diversas áreas, en tanto que 12,3% de «otros contrayentes» mencionaron ser comerciantes.

Resulta significativo que un importante 10,5% de «otros contrayentes» hayan omitido el dato de su ocupación laboral, lo que invita a presumir la carencia de ésta.

La muestra también refleja un 0,6% de «otros contrayentes» que declararon como ocupación «su casa».

Como consecuencia de lo antes descrito, adviértase que un 35,8% de «otros contrayentes» («estudiante» y «sin especificación»), carecerían en absoluto de renta presunta. A ello debe agregarse el manifiesto ingreso deficitario de la renta de un obrero, sector social que en la muestra alcanza un 27,2%.

Por lo demás, la Tabla 8.7 es explicativa por sí misma.

Tabla 8.8

Esta tabla ilustra sobre la relación parental –con el menor solicitante– de quien otorga el consentimiento para el matrimonio del menor.

La muestra utilizó en este caso 164 expedientes judiciales de los juzgados de menores del distrito judicial de Lima.

Resultó importante comprobar, pese a hipótesis y especulaciones adversas, cómo en un 48,8% de los casos fueron el padre y la madre, de manera conjunta, quienes concurrieron al juzgado de menores a otorgar el consentimiento.

Empero, en el 51,2% de los casos restantes el padre sólo aparece en un 7,3% de oportunidades en las que él es el único que otorga el consentimiento respectivo.

Por su parte, la madre –sola– presta su consentimiento en un 37,2% de ocasiones.

En otros casos, además de la concurrencia del abuelo con 1,2%, se advierte que asisten a prestar el consentimiento personas que no se encuentran facultadas por la ley (tíos, hermanos mayores, etc.).

Además del revelador 48,8% de los casos en que el padre y la madre en conjunto concurrieron a manifestar su consentimiento, adviértase la clara tendencia de la madre de concurrir al juzgado aun cuando fuese sola (37,2%).

Finalmente la Tabla 8.8 refleja cómo las madres están presentes –conjuntamente con el padre, o solas– en un 86,0% de oportunidades para contribuir con su consentimiento al matrimonio de sus descendientes menores de edad.

TABLA 8.8 *Persona que otorga el consentimiento a favor del menor que solicita contraer matrimonio civil: distrito judicial de Lima*

Quien consiente	*Casos*	*%*
Padre y madre	80	48,8
Madre	61	37,2
Padre	12	7,3
Hermano(a) mayor	4	2,4
Tío	4	2,4
Abuelo político	2	1,2
Otros	1	0,6

Tabla 8.9

Esta tabla da un panorama de la ocupación laboral de quien otorga el consentimiento matrimonial a favor del menor solicitante.

La muestra se elaboró sobre una investigación de 162 expedientes judiciales.

El 22,2% de quienes otorgaron el consentimiento matrimonial a favor del menor declararon como ocupación laboral «su casa», en tanto que 19,8% manifestó dedicarse al «trabajo informal».

Obreros declararon ser un 14,8%, porcentaje idéntico que correspondió a los que mencionaron ser empleados.

Los comerciantes, según la muestra, eran el 12,4%, en tanto que declararon ser profesionales de diferentes áreas un 4,3%.

El rubro empresarios reveló un 3,7%.

De lo expuesto anteriormente se deduce que el conjunto agregado de los rubros «su casa», «trabajo informal» y «obrero» totaliza un 56,8% de la muestra, rubros éstos que no siempre, o más bien pocas veces, conllevan ingresos económicos suficientes, lo que imposibilita que quien otorgó el consentimiento matrimonial a favor del menor pueda asumir la protección material del recién casado.

Adviértase adicionalmente en la Tabla 8.9 que un 7,4% de quienes otorgan el consentimiento matrimonial a favor del menor no especificaron ocupación alguna, lo que propone una presunción de carencia de empleo. De ser así, se incrementaría a 64,2% el porcentaje de personas que habiendo prestado el consentimiento matrimonial en favor del menor no se hallan en capacidad de prestarle protección y ayuda económica.

TABLA 8.9 *Ocupación de la persona que otorga el consentimiento a favor del menor que solicita contraer matrimonio civil: distrito judicial de Lima*

Ocupación	*Individuos*	*%*
Su casa	36	22,2
Trabajo informal	32	19,8
Obrero	24	14,8
Empleado	24	14,8
Comerciante	20	12,4
Profesional	7	4,3
Empresario	6	3,7
Estudiante	1	0,6
Sin especificación	12	7,4

Tabla 8.10

Esta tabla ofrece datos con respecto a la perduración del matrimonio de menores, número de hijos del matrimonio y situación económica del mismo.

Esta parte de la investigación demandó un esfuerzo muy particular, pues significó en cien oportunidades desplazarse hasta los propios domicilios que los menores habían consignado en el expediente judicial. El desplazamiento tenía el propósito de entrevistar a los esposos y verificar *in situ* la pervivencia del enlace civil contraído. Esta tarea implicó visitar domicilios en zonas marginales, zonas populares y zonas residenciales, con los resultados que luego se comentan.

En primer lugar, es preciso señalar que los expedientes más antiguos investigados correspondían al año 1987 y los más recientes a 1991,

TABLA 8.10 *Perduración, número de hijos y situación económica de los matrimonios de menores: distrito judicial de Lima*

Perduración, número de hijos y situación económica	*%*
PERDURACIÓN	
Sí perdura	47,0
No perdura	16,0
Perdura, pero en descomposición	32,0
NÚMERO DE HIJOS	
0	7,0
1	68,0
2	18,0
3	1,0
Más de 3	1,0
SITUACIÓN ECONÓMICA	
Buena	4,0
Regular	28,0
Mala	63,0
NO ACEPTARON LA ENTREVISTA	5,0

lo que significa que en ningún caso los matrimonios tenían más de cinco años desde su celebración.

De los 100 domicilios visitados, sólo en cinco ocasiones (5,0%) se nos negó la posibilidad de la entrevista.

En el 95,0% restante de los casos, la entrevista se pudo realizar directamente con uno o los dos esposos, con parientes de los mismos o con personas muy próximas a los esposos.

De las 100 entrevistas realizadas, se ha podido verificar que en 47 casos (47,0%) los matrimonios de menores celebrados perviven, corrientemente ya han tenido prole y comúnmente se encuentran en mal o regular estado en cuanto a capacidad económica.

En síntesis, menos del 50,0% de los matrimonios perduran, y la muestra aplicada señala que 16 matrimonios (16,0%) ya se han disuelto (frecuentemente de hecho) y 32 de ellos (32,0%) perduran en estado de descomposición. Si sumamos los dos últimos rubros («no perdura el matrimonio» y «sí perdura, pero en estado de descomposición»), observamos que la crisis matrimonial envuelve ya a un 48,0% de los matrimonios de menores celebrados en los últimos cinco años.

Sólo el 7,0% de los matrimonios de menores no tienen hijos. La gran mayoría de matrimonios de menores tienen un hijo (68,0% de la muestra), el 18,0% de matrimonios de menores han tenido dos hijos, en un caso advertimos tres hijos, y, en otro, más de tres hijos.

La apreciación sobre la situación económica del matrimonio de menores reveló un resultado crudo. En el 63,0% de los casos la situación económica es francamente mala, y en un 28,0% la hemos calificado de regular (haciendo salvedad de la tendencia de dichos matrimonios de enfrentar dificultades económicas). Sólo en un 4,0% de la muestra afirmamos que la situación económica es buena.

La entrevista personal que en cien oportunidades se ha aplicado tuvo muy en cuenta la fecha en que se realizó, las características del inmueble, la apreciación sobre la situación social y económica del matrimonio, la captación indiciaria sobre el estado de compatibilidad matrimonial de los esposos, el número de hijos, la ocupación de los cónyuges, el estado educacional de los hijos, el número de personas

que habitan el inmueble, y otros datos referenciales que pudiesen apuntalar una opinión firme.

El lector sabrá apreciar, con este análisis estadístico, la magnitud de la crisis del matrimonio de menores en Lima y su incidencia en la crisis de la familia.

8.2 El matrimonio civil de menores en la Municipalidad del Cercado de Lima y en la Red municipal peruana

En diciembre de 1991, la Municipalidad de Lima Metropolitana, a través de la Dirección de Registros Civiles, publicó el *Boletín de Estadísticas Vitales*. Éste, en el cuadro n.º 3, «Matrimonios por tipo de registros y sexo, según grupos de edades de los contrayentes, año 1990, distrito Lima Cercado», precisa que en dicha municipalidad, en el ejercicio 1990, contrajeron matrimonio 243 personas, virtualmente todas o la mayor parte de ellas menores de edad (pues la estadística se refiere a personas entre 14 y 19 años de edad).

Es preciso advertir que la Municipalidad del Cercado de Lima, más allá de su importancia, es una de las cuarenta y tres municipalidades –todas con un registro civil de matrimonios– que integran la Red municipal de la provincia de Lima.

Por razones comprensibles para el lector, es difícil presentar las tablas estadísticas de cada una de las otras cuarenta y dos municipalidades de Lima provincial. Se ha tomado el caso de la Municipalidad de Lima Cercado por considerarlo representativo.

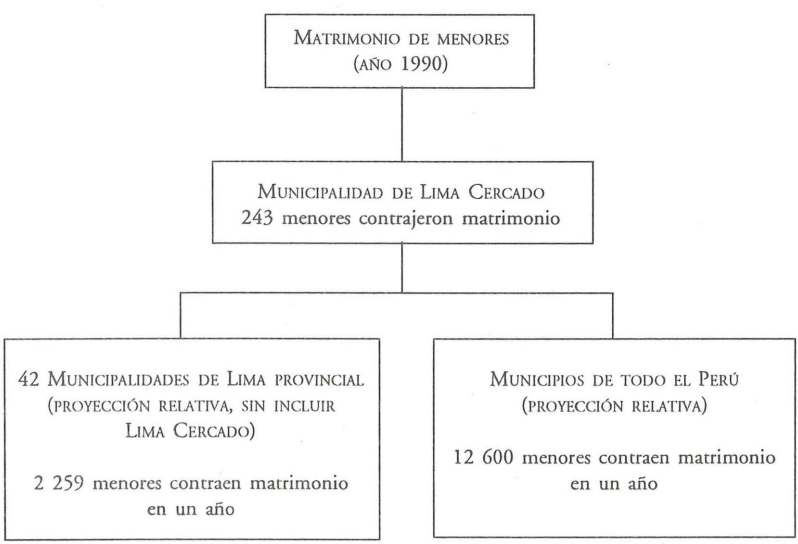
Empero, y a efecto de proporcionar deducciones relativamente aproximadas, y si asumiéramos que en las otras cuarenta y dos municipalidades limeñas sólo contraen matrimonio anualmente un promedio de 20% de los que lo hacen en la Municipalidad de Lima Cercado, hallaríamos que anualmente en Lima contraen matrimonio por la vía civil no menos de 2 259 menores exclusivamente en las

municipalidades de Lima provincial.

Evidentemente estos cálculos se ven significativamente acrecentados si recordamos que en el Perú hay no menos de 1 800 municipalidades, pues si estimásemos relativamente que en cada una de ellas se casasen entre seis y ocho menores de edad al año, arribaríamos a la conclusión de que en el Perú no menos de 12 600 menores estarían contrayendo anualmente matrimonio civil.

Es importante concluir este punto de la investigación con las declaraciones que en un momento hizo públicas, y en otro nos repitió personalmente (junio de 1992), el demógrafo Alfonso Alva Castillo, director de los Registros Civiles de la Municipalidad de Lima Metropolitana, quien sostiene que las cifras o estadísticas matrimoniales que arrojan los registros municipales podrían últimamente no estar ajustándose al auténtico deseo matrimonial de quienes se hallan en edad núbil, por cuanto la gravedad de la crisis económica y de la capacidad eco-

FIGURA 8.2 *Matrimonios de menores en Lima Cercado y proyección a nivel de Lima provincial y a nivel nacional: 1990*



nómica personal despriorizan o imposibilitan la celebración de la boda civil.

Obviamente el asunto antes indicado nos sugiere el tema del concubinato, el mismo que en sí no es parte de este estudio.

9

El amor, fundamento del matrimonio

Un Derecho matrimonial de emergencia: hacia matrimonios reflexivos

9.1 La naturaleza moral del matrimonio: el ideal filosófico

El matrimonio es asunto de la naturaleza. Y como es frecuente leer en tantos autores, el matrimonio es tan antiguo como la humanidad.

En nuestro caso, vivimos en una sociedad que pretende ordenarse en función del matrimonio monogámico. Empero, quizá una de las principales dificultades que ofrece la comprensión del matrimonio monogámico a la razón humana es el tema referido a su propia identidad. ¿Cómo saber conjugar dos términos que aparecen como paradójicos: los cónyuges son dos y uno? ¿Cómo conjugar, en definitiva, sin caer en extremismos, la dualidad matrimonial con la unidad matrimonial?

Pues los cónyuges, aún siendo dos, forman una unidad.

En verdad, el matrimonio monogámico comprende una doble unión. De un lado, la unión de los cuerpos, la misma que jurídicamente se plasma en el derecho sobre el cuerpo en orden a los actos propios de la vida conyugal; y más allá, y tanto o bastante más importante que lo primero, se ubica la unión de almas o *unio aminorum,* distinta de la *unio corporum,* por cuanto la unión de almas es producida por el amor, pero no el amor sensible o sentimental, sino por el amor que produce la voluntad de ser esposos *(dilectio conyugalis),* que jurídica-

mente se plasma en el consentimiento matrimonial.

De esta forma, unidos los cuerpos y los espíritus, los esposos forman, en virtud del vínculo jurídico, sin duda, la unión más trascendental que en el plano natural pueden producir dos seres humanos. Por ella se pertenecen mutuamente, entendiendo que esta suerte de coposesión importa una profunda unión en cuya virtud los cónyuges forman una unidad de modo que cada uno de ellos es como parte del otro.

Para nosotros la complementariedad de un varón y una mujer en el acto matrimonial es ontológica, y por ello afecta sus potencias naturales, corpóreas unas, psíquicas y espirituales las otras.

Sin embargo, bien sabido es que corrientes doctrinales de ayer y de la hora actual sostienen que la unión entre el varón y la mujer habría de entenderse como una relación de amor, pero a la que resulta extraña la relación jurídica proveniente del vínculo. En lo científico, doctrinas, discursos, debates, congresos, y más, sólo por señalar algunos ejemplos, están llenos de exaltación al amor no sujeto a deberes, en vivo contraste con aquellas palabras de san Ambrosio: «el matrimonio es ciertamente vínculo de amor, pero vínculo».

El matrimonio no sólo es el lecho del placer, sino y fundamentalmente el compromiso del deber. No es un devenir, sino unidad establecida. Es mediante un vínculo jurídico que puede coadyuvarse a la integración moral y social válida y responsable de un varón y una mujer.

El derecho tradicionalmente ha defendido el principio de la consensualidad. Siendo el hombre un sujeto libre y personal, dueño de sí, sólo por el consentimiento libre puede producirse una unión tan íntima. En verdad, el matrimonio importa la libre donación de uno mismo a otra persona, a la que dice amar a plenitud.

¿En qué consiste y cómo se configura el vínculo jurídico? Por tal vínculo entendemos un nexo primario y básico que une a los cónyuges como tales. El matrimonio es la unión de varón y mujer en la virilidad de uno y la feminidad de la otra. Hacerse una sola carne supone una relación de comunidad; la comunidad lleva consigo una participación, es decir, algo que se hace común, y además una solidaridad. Por eso

el vínculo matrimonial se caracteriza por dos notas.

Primero, une a los dos cónyuges, y ello supone la mutua y común participación en lo que atañe a la estructura natural como varón y como mujer, y a su desenvolvimiento como tales. Pero participación no significa propiedad ni otro tipo de los derechos subjetivos estudiados por los privatistas; significa más bien la radical comunicación de las dos personas en cuya virtud quedan integradas las diferencias de género en una mutua relación, de modo que varón y mujer se comunican –hacen común– su virilidad y su feminidad humana y espiritual.

La otra nota, la segunda, es la existencia de una solidaridad entre ambos. Esto es, que los intereses y finalidades de cada cónyuge, así como la obtención de los fines que por la ley natural le vienen a la unión, en lo que respecta al desenvolvimiento de la estructura natural, son, a la vez, intereses y finalidades del otro cónyuge.

El vínculo jurídico, al unir a los cónyuges, no lo hace a través de sus cualidades, ni de su amor, ni de su psicología, ni de su temperamento. Une, y con ello produce la más fuerte unión que pueda existir entre dos seres humanos, dos potencias naturales relacionadas con la distinción en el sexo. Une cuerpos y almas, pero une las voluntades y une las potencias naturales corpóreas sexuadas. Une, en fin, lo que es capaz de ser unido por un vínculo jurídico.

Y lo importante, repetimos, es el fundamento ontológico. El vínculo jurídico no hace otra cosa que unir lo que por naturaleza está ordenado a unirse. Si el vínculo jurídico produce tal efecto, es porque ese efecto está contenido en la mutua ordenación entre varón y mujer.

Y sobre lo dicho, conviene destacar aún: primero, que la unión conyugal, propiamente la unidad, no es creación de la voluntad humana. La voluntad humana es la causa de que entre un varón y una mujer concretos nazca un vínculo. Pero en qué consista esta unión –su fuerza, su contenido– es algo predeterminado por la naturaleza y el sentido de la distinción de los géneros humanos.

El otro asunto es la hondura del amor conyugal y su verdadero sentido. En el amor matrimonial la dimensión moral de la alteridad, de amor al otro, permanece en tanto que el esposo es ciertamente el

otro, pero se enriquece por cuanto la alteridad –la condición de otro– queda matizada por la condición de prolongación de uno mismo. Porque en buena cuenta es ésta la ilusión, el anhelo filosófico más importante en el ideal del matrimonio.

Trascendente esta condición del matrimonio, nos enseña que la virilidad y la feminidad –entendidas en su plenitud espiritual, psíquica y corpórea– son modalidades de la naturaleza humana, que existen una en función de la otra y que están ordenadas naturalmente la una a la otra. Y están ordenadas entre sí para formar un principio unitario, que comporta una comunidad total de vida, del que por generación nacerán los hijos y en cuyo seno se educarán. Pero aun el *bonum prolis,* la ordenación a los hijos, no tiene primacía sobre el amor en el orden de la esencia del matrimonio, sino al revés. Pues si la esencia del matrimonio es la comunidad de vida y amor, los hijos se sitúan en la línea de los frutos del amor. De suerte, pues, que en el matrimonio la primacía reposa en la unión de ambos seres.

La ordenación mutua a la unidad que existe por naturaleza entre virilidad y feminidad (la ordenación a formar un principio unitario) conlleva que por el vínculo matrimonial entre varón y mujer se dé una participación y comunicación mutuas (coposesores mutuos), esto es, que cada esposo –quedó ya dicho– se prolonga en el otro. Y eso no en un sentido meramente psicológico o afectivo, sino con fundamento en la ontología misma del varón y de la mujer.

La atracción entre varón y mujer, cuando no es simple amor fornicáreo o atracción mera en uno o varios actos del otro, sino el verdadero amor conyugal que implique atracción entera con respecto a la calidad de la persona del otro para hacer vida común, apunta entonces hacia la unidad del destino conyugal. Supone una unidad de destinos, la participación en la suerte del otro, un compartir su historia personal. Unidos en su naturaleza, los esposos son consortes (comparten la misma suerte) en su destino, en su vida, en su historia.

Las causas desencadenantes del amor entre una mujer y un varón concretos pueden ser múltiples y ese amor es el motivo o causa movente –no causa eficiente, que lo es el consentimiento– de que contraigan

matrimonio, pero una vez contraído, esos motivos, en el plano de lo que debe ser por ley natural, han de pasar a un segundo término, porque de verdad el motivo radical del amor al cónyuge es precisamente el ser cónyuge de uno, el ser una misma carne con uno, el ser como parte o prolongación de sí mismo. Del mismo modo que nos amamos a nosotros mismos, no por nuestras cualidades, no por nuestra fortuna, no por nuestra belleza o por cualquier otra causa, sino por el escueto y radical motivo de ser nosotros mismos, del mismo modo el motivo de amor al otro cónyuge no son sus cualidades, su fortuna, su belleza u otra causa cualquiera, sino el escueto, radical, pero monumental motivo de ser el cónyuge de uno. Si antes de contraer matrimonio es lógico y natural decir –ha escrito Höffner–: «me caso contigo porque te quiero», una vez contraído el matrimonio el verdadero amor conyugal exclama: «te quiero porque te has casado conmigo, porque eres mi esposa [o esposo]» [1].

9.2 La realidad social del matrimonio y de la familia en nuestro medio

Empero, todo lo dicho en las líneas anteriores es el enfoque filosófico, el ideal moral del matrimonio.

En los hechos la realidad apunta en sentido distinto.

Ciertamente hay muchos y graves indicios con respecto a la violencia física y moral en la vida familiar de nuestra sociedad. Tal violencia es más frecuente de lo comúnmente imaginado. Afecta, con diversos matices, a todas las clases sociales. Es la violencia que ejercen los adultos en detrimento del niño y del adolescente. Y tal violencia es suficiente para producir graves conflictos afectivos, comprometiendo el desarrollo de la personalidad y la realización del matrimonio y la familia.

---

[1] Epítome elaborado por el autor, pp. 435-439, basado en: HERVADA, Javier, «Estudios sobre el matrimonio canónico», *Revista del Instituto Martín de Azpilcueta,* Universidad de Navarra, vol. XVII, n.º 33, enero-junio, 1977.

De otro lado, la paternidad responsable supera largamente el concepto economicista, es decir, aquel por el cual el padre tendrá el cuidado de no tener más hijos que los que pueda mantener. Frente a tal noción se hace urgente subrayar, como elemento fundamental, la responsabilidad sobre el desarrollo afectivo, corporal, social y moral del niño. Y para ello la relación personal de los padres con los hijos marca una impronta inexorable en el desarrollo personal de éstos.

El resultado es, en los hechos, que miles de niños se ven instrumentalizados, forzados a convertirse en adultos a temprana edad, sin recibir el afecto que requieren y demandan naturalmente [2]. Y sobre el tema del matrimonio hallamos que «las mujeres [en] una alta proporción entran en unión siendo aún adolescentes» [3].

> «Igualmente, se aprecia una notable reducción del matrimonio legal entre las adolescentes y un aumento en la proporción de uniones consensuales. En 1972, a nivel nacional, el 49% de las primeras uniones de adolescentes fue consensual; en 1986 esta proporción aumentó al 65%.» [4].

> «En 1986, [...] el 13% de las adolescentes peruanas habían contraído algún tipo de unión –2/3 eran uniones consensuales y 1/3 matrimonio legal.» [5].

> «En 1986 [...] si se observa el porcentaje de mujeres que se casaron antes de los 20 años según su nivel educativo, se encuentra que las menos educadas tienen más probabilidades de contraer matrimonio siendo adolescentes que las que tienen mayor educación. Por ejemplo, la ENDES [*] revela que en 1986 el 60% de mujeres de 20 a 29 años que no había terminado primaria se había casado

---

[2] *El Comercio,* diario de circulación nacional, del 17 de junio de 1990, Lima, Perú.

[3] FERRANDO, Delicia, Susheela SING, y Deirdre WULF, *Adolescentes de hoy, padres del mañana: Perú,* Nueva York, The Alan Guttmacher Institute, 1989, p. 34.

[4] *Ibídem,* p. 35.

[5] *Ibídem,* p. 36.

[*] Encuesta Nacional de Salud.

antes de cumplir los 20 años, comparado con sólo un 16% de las que tenían por lo menos educación secundaria.» [6].

Lamentablemente, las investigaciones cualitativas y estadísticas por nosotros realizadas en el distrito judicial de Lima, a propósito del matrimonio de menores, han revelado, como ya se ha dicho en lugar aparte de este estudio, que en un 75,6% los menores de edad contraen matrimonio fundamentalmente motivados por el estado de embarazo, y lo que es más, en términos agregados es probable que el 48%, si no más, de los matrimonios de menores ocurridos en los últimos cinco años en Lima, se encuentren ya en estado de disolución o en franco estado de descomposición.

Y el asunto no tiene referencia estrictamente local o nacional, pues parece ser fenómeno universal. Al respecto, es bueno recordar expresamente lo que hemos mencionado en lugar distinto de este libro:

«En el congreso "Semana de la Familia", organizado en mayo de 1992 por la Conferencia Episcopal Peruana, el profesor García Uriarte con cifras en la mano decía que en los Estados Unidos de América se estiman en más de un millón los divorcios al año; la mitad de las parejas que contraen matrimonio terminan en divorcio y el 60% de los niños pasan parte de su niñez en familias incompletas. El 20% de los niños nacen en familias en donde falta cuando menos uno de los padres.

En Francia el asunto asume caracteres dramáticos, por cuanto se informa que en las zonas metropolitanas uno de cada dos matrimonios termina en divorcio.

Y mientras en Canadá, aproximadamente el cuarenta por ciento de las parejas casadas se separan, en 1983 el Reino Unido alcanzaba el nivel más alto de divorcios para toda Europa occidental.

Pero no es un asunto de posturas ideológicas o de sistemas económicos que influyen en las determinaciones de las conductas

[6] *Ibidem*, p. 38.

a propósito de la familia. En lo que fue la Unión Soviética, aproximadamente el setenta por ciento de las parejas se separa entre los diez primeros años de matrimonio.» [7].

En cifras, la crisis del matrimonio y de la familia peruana puede apreciarse radiográfica y dramáticamente en las estadísticas sociales que ofrecemos al concluir el primer capítulo de este trabajo. Y aun cuando estudios de suma importancia revelan nominalmente que un porcentaje muy alto de jóvenes peruanos vive con ambos padres, sin embargo, la crisis de desintegración familiar es severa. En nuestro medio es obvia la desarticulación existente en las relaciones familiares entre los padres y los hijos y entre el padre y la madre. Particularmente se hace sensible la carencia y deficiencia del rol del padre en el hogar, a punto tal que en estudios recientes de importancia se ofrece alguna cita como la que consignamos a continuación:

«[...] en algunas zonas del ande, los misioneros evitan hablar de Dios Padre y prefieren hablar de Dios Amigo o de Dios Hijo, porque el término padre está muy devaluado.» [8].

Y es que en los hechos, y en muy importantes sectores del país, el padre no asume a cabalidad su responsabilidad, derivando las correspondientes al cuidado del hogar y la crianza de los hijos casi exclusivamente a la madre. En términos simples, el padre permanece muy poco tiempo en el hogar o está ausente de él.

Ello, en las entrevistas y estadísticas que sobre la materia ha producido CEDRO, revela que para los jóvenes la madre es en un 47% de casos la persona más importante en la vida, mientras que sólo el 12% otorga ese calificativo al padre [9].

Y es que, en términos generales, y con respecto al rol del padre

[7] Ver *supra*, p. 49.

[8] FERRANDO, Delicia, *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores*, Lima, Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas, 1992, p. 126.

[9] *Ibídem*, p. 129.

en el hogar, existe una suerte de condicionamiento cultural. Por él, el padre puede tener presencia en el hogar pero no protagonismo activo en lo moral y en lo social. Más aún, cuando el padre está presente no se espera de él más que un soporte económico o un complemento a la autoridad materna, la que recurre a él en última instancia.

Por ello, ante tales circunstancias, y en la búsqueda de solidaridad ante apremios o problemas serios, estadísticas vigentes sostienen que:

> «[...] para el 28% la madre es su confidente, comparte sus preocupaciones y momentos difíciles, mientras que al padre acude apenas el 7,5%, inclusive la presencia de otras personas adultas como hermanos, parientes o no parientes es más importante que la de éste [...] de otro lado, un 16% dice que no tiene a quién acudir y que cualquier problema lo resuelve solo.» [10].

Frente a este estado de cosas, ¿cómo no comprender que la naturaleza moral del matrimonio está siendo inclementemente deformada? ¿Cómo no comprender la urgencia de revisar e introducir ponderada y sistemáticamente nuevos instrumentos para provocar matrimonios responsables? Lo contrario puede significar ahondar aún mucho más la crisis de los matrimonios y de la familia, con el consecuente caos social deviniente.

9.3 ¿Por qué fracasan los matrimonios (de menores)? El asunto de la aptitud psicológica

Cuando en las primeras tres décadas del siglo pasado don Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada recibe el encargo de elaborar el primer Código Civil para el Perú, encuentra que es ahí el lugar adecuado para ubicar el matrimonio, y con él el tema jurídico del matrimonio de

[10] *Ibídem*, p. 126.

menores.

Vidaurre se ve asaltado por una franca duda a propósito de la edad mínima y máxima para contraer matrimonio en el Perú. Eso explica el texto del artículo 15 de la propuesta de Código Civil de 1834. El artículo 15 de dicho anteproyecto señaló que el hombre se encontraba hábil para contraer matrimonio desde los 18 años hasta los 65, en tanto que la mujer podía hacerlo desde los 15 hasta los 55 años.

Nada de ello, sin embargo, evita que el propio Vidaurre y Encalada manifieste explícitamente sus serias preocupaciones sobre el tema. Por ello, en lo que constituye la parte doctrinaria del anteproyecto del Código Civil respectivo, el connotado jurista escribirá que:

> «El fin del matrimonio es procrear y educar la prole. Luego todo matrimonio, cuando sea lo uno y lo otro imposible, no puede ser válido [...]. ¿Puede un niño de 14 años gobernar su casa y familia? ¿Puede una pequeña niña cumplir con las obligaciones de su estado? Yo me remito al mismo contenido de las decretales. En ellas vemos que las consecuencias fueron infaustas en esos contratos inmaduros. Parece que se trataba de unir brutos, no hombres [...]. ¿Y por qué? Por no extender un poco el plazo y hacer el contrato más adecuado a la naturaleza [...]. Platón y Aristóteles, esos dos grandes genios de la antigüedad, no permitían casarse antes de la edad de 30 años [... Y citando a M. Portalis: "la experiencia prueba que una buena educación puede extender hasta una edad muy avanzada la ignorancia de los deseos y la pureza de los sentidos. Es aún cierto, según lo demuestra la experiencia, que los pueblos que no han precipitado la época en que se pueda ser esposo y padre, han debido a la sabiduría de sus leyes el vigor de su constitución y la multitud de sus hijos" ...] hubiera querido Dios que me fuera posible dilatar la del hombre hasta los 30 años y la de la mujer hasta los 20 [...].» [11].

Pero no ha sido sólo en el siglo pasado en que consejeros y juristas

[11] Ver *supra*, pp. 283 y 284.

se han preocupado con respecto a la apropiada edad núbil, y particularmente para el caso de los menores.

Una de las declaraciones universales de gran trascendencia en la humanidad ha sido sin duda la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 (1386-XIV). La citada declaración –compuesta por un preámbulo y diez principios– establecía en el tercer considerando de su preámbulo que:

> «[...] el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.»

Evidentemente, el texto es de trascendencia y magnitud superlativa, por cuanto es el organismo máximo de la comunidad internacional quien al emitir la declaración reconoce un marco físico y mental de inmadurez en el niño.

Treinta años después, el 20 de noviembre de 1989, en la 61.ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, este organismo a su vez aprobará la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, instrumento éste de fundamental trascendencia para el menor en la humanidad. El documento se compone del preámbulo respectivo y de cincuenta y cuatro artículos.

Es éste el instrumento o tratado más amplio sobre los derechos humanos para el niño que se haya elaborado, y fue el resultado de diez años de estudios a cargo de equipos de científicos multidisciplinarios que laboraron con el más alto nivel de conocimientos. Esta convención también fue consecuencia de un sinnúmero de negociaciones, y el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, entonces don Javier Pérez de Cuellar, dijo que el proceso de redacción fue un modelo de cómo la ONU puede y debe esforzarse para lograr metas comunes. Agregó que:

> «las confrontaciones políticas improductivas fueron hechas a un lado, mientras los delegados de países con sistemas sociales y

económicos diferentes trabajaron juntos con un espíritu de armonía y respeto mutuo y con los mejores intereses de los niños como su objetivo supremo.» [12].

Además del grupo de trabajo de expertos científicos internacionales especialmente establecido, colaboraron en la elaboración de la convención decenas de organismos públicos y privados [13].

Pues bien, la citada convención, a propósito de la definición de «niño», establece en el artículo 1 que:

> «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.»

De suerte pues que el concepto moderno de niñez, según lo establece la propia Organización de las Naciones Unidas, importa un estado de vida de 0 a 18 años *.

Pero nada de ello obsta para que la propia convención, en el preámbulo, luego de haberse referido a la dignidad del niño, a sus derechos, a la igualdad de todo niño frente a la convención, a la trascendencia de la familia, luego de haber enumerado los instrumentos internacionales principales en favor del niño, señale en el párrafo décimo la misma preocupación y apreciación científica que sobre el niño hacía la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959. Así, en el preámbulo de la vigente convención, en el párrafo décimo, y a modo de considerando fundamental, se lee:

---

[12] *El Comercio,* diario de circulación nacional, del 21 de noviembre de 1989, Lima, Perú.

[13] *El Comercio,* diario de circulación nacional, del 19 de noviembre de 1989, Lima, Perú.

* El Código de los Niños y Adolescentes, en el Perú, distingue entre niño y adolescente, decreto ley 26102, de 24 de diciembre de 1992. Reputa niño al menor hasta los 12 años y adolescente al menor hasta los 18 años.

> «Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".»

Adviértase de modo indiscutible cómo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño repite la misma apreciación científica de la Declaración de los Derechos del Niño, de 30 años antes: el niño es un sujeto humano aún falto de madurez física y mental.

La adolescencia tampoco escapa a esta afirmación. Y es en la etapa de la adolescencia en que la legislación civil peruana actualmente tolera el matrimonio de los menores: las mujeres a partir de los 14 años y los varones a partir de los 16.

En términos generales, es lo que también podríamos llamar *el estadío de la pubertad.*

Digamos mejor *el complejo estadío de la pubertad,* en el que participan varias glándulas endocrinas en el crecimiento de los adolescentes. Para tal materia resulta de importancia determinante la función de la glándula pituitaria y las glándulas sexuales o gónadas, en vista del trascendental efecto que tienen en el desarrollo psicosexual del niño, así como en la diversidad de cambios corporales durante el período.

Es dentro de todo este gran complejo proceso que se producen no solamente el advenimiento de la pubertad sino el despertar y desarrollo de este período, con sus propias manifestaciones, que invitan al joven a conocerse y reconocerse en nuevas facetas y sensaciones en su existencia. Tales bruscos cambios orgánicos determinan a su vez profundas modificaciones psicológicas. En tal estadío se inicia el desarrollo del concepto de *sí mismo.* La adolescencia es un período grave en el que el individuo trata de llegar a un acuerdo consigo mismo y con su entorno, y en el que la conducta personal y social del sujeto se ve conmovida por manifestaciones interiores distintas y novedosas en el organismo. La adolescencia es el proceso de construcción del propio

yo y de la identidad. Ésa es la principal tarea del desarollo en el área psíquica o afectivocognoscitiva del organismo humano del adolescente.

Remecido por las manifestaciones, impulsos y novedosas apetencias del instinto sexual, Erikson, en la teoría sobre el desarrollo psicosocial, menciona que el conflicto principal del adolescente es el de la búsqueda de su propia identidad.

De otro lado, el razonamiento del adolescente, siendo importante, no es suficiente. El razonamiento es un proceso que va más allá del pensar rutinario y de la simple memorización mecánica. Conforme el joven se adentra en la adolescencia, los argumentos que empleará serán más ordenados e irá perfeccionando su razonamiento lógico.

Para que un razonamiento sea eficaz deben haberse aprendido los elementos más importantes de las experiencias pasadas. Así es que, cuanto más amplias son las experiencias pasadas, se pueden obtener pensamientos razonados más eficaces.

Por ello es que nosotros queremos hacer notar la trascendencia del proceso de formación de la voluntad. En ella deben distinguirse cuando menos tres fases: el discernimiento, la intención y la libertad.

Por ello el pionero Código argentino de Vélez Sársfield, cuidadoso en suma de la validez de la manifestación humana, sostiene en el artículo 897 que:

> «los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.»

Este proceso de formación de la voluntad es de excepcional importancia en el derecho en general y particularmente en el caso específico del matrimonio.

> «Según Aguiar el discernimiento es un estado de conciencia determinado por el desarollo intelectual del individuo, que invistiéndolo de la facultad de conocer en general, lo coloca en condición de formar un juicio por medio del cual percibe y declara

la diferencia que existe entre varias cosas, de apreciar y juzgar sus actos y los ajenos, o, en términos más simples, de distinguir los diversos actos en sus diferentes categorías. Arauz Castex y Llambías lo definen como la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes e inconvenientes de las acciones humanas. Es la versión jurídica del entendimiento o inteligencia [... El discernimiento] es el presupuesto de la capacidad de ejercicio.» [14].

Según Aguiar, citado por Fernando Vidal Ramírez, la intención:

«es querer realizar un acto con conciencia de sus consecuencias en el momento de su realización. Agrega que no debe confundirse al discernimiento con la intención y que, recíprocamente, lo uno es el presupuesto de lo otro.» [15].

En cambio, la libertad:

«debe entenderse como la espontaneidad en la decisión de celebrar el acto jurídico [...] la facultad de elección, como consecuencia del discernimiento y de la intención.» [16].

En vista de los terribles resultados que reflejan las estadísticas que nuestra investigación ha mostrado en lugar aparte de este libro, es que queremos reclamar la mayor atención respecto a la validez del consentimiento matrimonial de los menores.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuya ostensible preocupación por la «falta de madurez física y mental del niño» se ha reiterado en 1989, constituye norma legal dentro del sistema jurídico peruano.

El 4 de agosto de 1990, el Congreso de la República del Perú, con

[14] Ver *supra,* p. 271.
[15] Ver *supra,* p. 271.
[16] Ver *supra,* pp. 271 y 272.

la vista del excelentísimo señor embajador Javier Pérez de Cuéllar, entonces secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, por resolución legislativa n.º 25278 ratificó la Convención para efectos del sistema jurídico peruano.

El artículo 55 de la Constitución Política vigente establece que:

> «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.»

De suerte que debe quedar claro que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su preocupación sobre la madurez física y mental de éste, se halla como cuestión jurídica en el más alto nivel legal en el Perú, y en tal sentido debe merecer la más delicada atención por las repercusiones devinientes.

Devinientes incluso en el tema de los matrimonios de menores, por lo que en los recientes trabajos a propósito de una pretendida ley de enmiendas del Código Civil –libro de Familia– (a los diez años de su promulgación), hemos sugerido la inclusión legislativa siguiente para el caso de las nulidades matrimoniales:

> «Artículo....– Son impedimentos matrimoniales regulados conforme a las disposiciones de este código:
>
> 1. La ineptitud psicológica que entraña insuficiencia de la madurez para la adecuada ponderación en el juicio acerca de la finalidad del matrimonio y de los deberes y derechos esenciales de éste.
>
> 2. [...].»

Sin embargo, intentando conceder a tal dispositivo la suficiente seguridad jurídica, distanciándolo de cualquier abuso, hemos añadido en la sección correspondiente a la teoría de la invalidez matrimonial que:

> «Artículo....– Es nulo el matrimonio:
> [...].

4. [De quien está impedido conforme a la propuesta arriba indicada]. La pretensión corresponde al cónyuge perjudicado, empero la nulidad no podrá ser declarada si es que no se prueba indubitablemente la existencia del impedimento al momento de la celebración del matrimonio.

5. [...].»

El lector podrá encontrar interesantes antededentes sobre este impedimento en el derecho canónico, en el propio Código de 1983, en el canon 1095, aunque asumido queda que el tema resulta polémico como complejo y delicado.

Pero más allá, en nuestra investigación sobre esta materia nos hemos permitido dirigirnos a un grupo de muy destacados psicólogos del Departamento Académico respectivo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. A cada uno de ellos, de manera individual, les hicimos llegar la ficha de consulta cuyo tenor y resultado se agrega.

LEY Y MATRIMONIO CIVIL

Consulta a profesores del Departamento de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesores consultados: Dr. Roberto Criado Alzamora (decano), Dra. Norma Reátegui de Gonzales (profesora principal a tiempo completo), Dra. María de las Mercedes Raguz Zavala (profesora auxiliar a tiempo parcial convencional), Dra. Dora Herrera Paredes (profesora contratada a tiempo parcial convencional), Dra. Patricia Martínez Uribe (profesora auxiliar a tiempo parcial convencional), Dra. Marcia de la Flor Arbulú (profesora auxiliar).

Fecha: 7 de diciembre de 1992

Consulta:

La presente tiene por objeto saludarlo(a) muy atentamente, y a propósito de una investigación sobre «Ley y matrimonio» que venimos realizando, suplicarle tenga la bondad de responder, marcando con un aspa, a las dos preguntas que a continuación formulamos:

1) La ley civil en el Perú autoriza, con permiso especial, el matrimonio de las mujeres a partir de los 14 años cumplidos y de los varones a partir de los 16.

Este dispositivo legal se apoya en una serie de consideraciones que no es éste el lugar para precisar.

Empero, desde el punto de vista de la «aptitud psicológica» y observando

objetiva y *exclusivamente el aspecto de la edad,* ¿cree usted que en las edades antes señaladas (14 y 16 años) se encuentra, un menor, capacitado para tomar una decisión madura respecto de su matrimonio?

	Sí	No
Dr. Roberto Criado Alzamora		x
Dra. Norma Reátegui de Gonzales		x
Dra. María de las Mercedes Raguz		x
Dra. Dora Herrera Paredes		x
Dra. Patricia Martínez Uribe		x
Dra. Marcia de la Flor Arbulú		x

Además, las doctoras Raguz Zavala y De la Flor Arbulú acotaron: «Psicológicamente, tanto a nivel de pensamiento como de desarrollo emocional, no está dada la madurez necesaria. Biológicamente y socialmente, además, el probable embarazo adolescente es, en sí, un riesgo reproductivo, tanto para la salud de la madre (con un cuerpo todavía en crecimiento que requiere nutrientes propios y con estrechez pélvica, el "estirón" propio de la adolescencia, etc.) como para el niño (prematurez, aborto, bajo peso al nacer). Psicológicamente, no es una madre o un padre maduro. Socialmente, no ha culminado su formación educativa o inserción laboral.»

«En realidad, depende; la madurez psicológica está relacionada a la edad cronológica pero sobre todo a las experiencias de vida y a las relaciones estables con los adultos en su proceso de socialización.»

2) Haciendo abstracción de cualquier otra consideración, y según su propia experiencia científica, ¿a partir de qué edad juzga usted aproximadamente que una persona se encuentra psicológicamente apta para asumir la decisión de contraer matrimonio?

Mujer	Hombre
14	16
15	17
16	18
17	19
18	20
19	21
20	más de 21
21	
más de 21	

Opinaron por más de 21 años, para el hombre y la mujer, los doctores Roberto Criado Alzamora y Norma Reátegui de Gonzales.

Por un mínimo de 18 años para varón y mujer, pero como edad ideal para ambos

más de 21 años, la doctora María de las Mercedes Raguz Zavala.

Consideró adecuado un mínimo de 20 años para la mujer y más de 21 para el hombre, la doctora Herrera Paredes.

No menos de 20 años de edad para el hombre y para la mujer, fue la opinión de la doctora Marcia de la Flor Arbulú.

Finalmente, la doctora Patricia Martínez Uribe opinó que la edad aproximada podía ser 18 años para la mujer y 20 para el varón.

Adviértase, concluyentemente, cómo la opinión de tan distinguido cuerpo de psicólogos de tan prestigiosa unidad académica se aleja radicalmente de la posibilidad de admitir «aptitud psicológica» matrimonial a los menores de edad. Más aún a los 14 años (mujeres) y 16 años (varones).

9.4 ¿Por qué fracasan los matrimonios (de menores)? El asunto social

Si concatenamos el esfuerzo y la lógica del trabajo efectuado, y tomamos entonces como válido el precepto encontrado en *Adolescentes de hoy, padres del mañana: Perú,* de The Alan Guttmacher Institute, hallamos que si se observa el porcentaje de mujeres que se casaron antes de los 20 años, según su nivel educativo, se confirma que las menos educadas tienen más probabilidades de contraer matrimonio siendo adolescentes, que las que tienen mayor educación.

> «Sólo reciben educación inicial 14 de cada 100 menores, y uno de cada dos niños que ingresan a las escuelas termina la educación primaria.» [17].

En términos generales, el dato que antecede se compadece con la «ruta de educación» que aun cuando ya ha quedado descrita antes en este trabajo, conviene ahora reiterar:

---

[17] *El Comercio,* diario de circulación nacional, de 19 de noviembre de 1989, Lima, Perú.

1. Porcentaje de niños menores de 6 años con servicios educativos (1991)		
Nacional	=	26,0%
Rural	=	4,0%
2. Porcentaje de niños de 6-14 años matriculados	=	95,0%
3. Porcentaje de niños de la calle que no van a la escuela	=	20,0%
4. Porcentaje de niños de la calle que van irregularmente a la escuela	=	30,0%
5. Ruta educacional crítica del niño peruano		
Ingresan al 1.er grado de primaria	=	100,0%
Terminan el 6.º grado de primaria	=	53,0%
Prosiguen estudios de 1.º de secundaria	=	47,0%
Culminan el 5.º de secundaria	=	26,0%
Postulan (buscan) ingreso a la universidad	=	22,0%
Ingresan a la universidad	=	5,0%
Terminan estudios profesionales /universitarios	=	1,0%
Encuentran trabajo como profesionales	=	0,2%

Por otro lado, nuestra condición de abogados dedicados más al mundo de la familia y del menor y a otros temas del derecho no vinculados a la economía nos impide un pronunciamiento preciso respecto al estado de la economía nacional. Empero, tal impedimento no dificulta notar «desde afuera» el grave cuadro de desocupación laboral que enfrenta nuestro país.

Desde luego, para comprender los cuadros de necesidad laboral infantil y juvenil no hay más que recurrir al capítulo pertinente de este trabajo, pero es importante no perder la proyección de lo que pudiera eventualmente ocurrir si no se toman las medidas prudentes y pertinentes sobre la materia. Por ello citamos el siguiente párrafo:

> «Por si estas cifras [sobre la infancia] no escarapelan el cuerpo, Juan Wicht, uno de los expertos nacionales en población, asegura que entre 1970 y el año 2027 en el Perú nacerán más niños, en términos absolutos, que en los Estados Unidos y Canadá juntos.» [18].

[18] *Loc. cit.*

Entonces, si nuestras estrategias respecto del matrimonio, de la responsabilidad marital, de la paternidad y maternidad responsables, del sentido de sociedad y de la conciencia de patria no varían, sobre todo en cuanto a la apreciación del destino metafísico y fundamental de la vida humana y cristiana, es francamente difícil que el reto pueda ser remontado.

Más aún cuando ahora, y a propósito de las posibilidades de ocupación laboral en este país, se hace necesario reiterar lo que ya antes escribimos:

> «[...] se estima que el monto de inversión necesaria para incorporar el incremento de la PEA, sea del orden de 5 000 millones de dólares en el período de 1990-1995, y de 8 000 millones en el período 1995-2000 [...].»

A lo que sigue que:

> «Tanto el ritmo del crecimiento del PBI requerido para incorporar el incremento de la PEA, como el volumen de inversión adicional requerida, no guardan relación con las más optimistas proyecciones del país, en especial para el período 1990-1995. En consecuencia, si no se adopta una estrategia de desarrollo con alto contenido de empleo, y se ejecutan programas específicos de generación de oportunidades de trabajo e ingresos, para estratos específicos de la población, será imposible honrar el compromiso adquirido para velar por la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el Perú, y lograr las metas para el desarrollo en el decenio de 1990.» [19].

En estos términos, con las dificultades que en el proceso educativo de este país se aprecian, con los cuadros de una economía nacional que no resiste un análisis científico ni empírico para delatar sus debilidades, y con las posibilidades de empleo que quedan referidas en el cuadro

[19] Ver *supra*, pp. 154 y 155.

anterior, será imposible que el matrimonio de menores (siempre atendiendo el cuadro estadístico del capítulo anterior), tenga la viabilidad madura y responsable que la sociedad anhela.

9.5 Aproximaciones al concepto de amor

Comencemos por decir que el amor es la base del matrimonio. Y coadyuva a él, qué duda cabe, el entendimiento que no suele ser espontáneo sino que llega y se afirma con el conocimiento, con el crecimiento en la delicadeza, la comprensión y la generosidad. «Amarse no es mirarse el uno al otro, sino mirar en la misma dirección.»

El amor es la auténtica respuesta al problema de la existencia humana, y por ende resulta sustantivo y fundamental para la realización de todo ser.

De primera intención, distingamos los caracteres del amor en tres distintas etapas de la vida. Así, digamos que en correspondencia con las etapas del desarrollo dinámico de la personalidad el amor adopta unas características que podemos agrupar en tres clases o etapas: amor infantil, juvenil y adulto.

El amor infantil está basado en recibir. El sujeto reclama atenciones y todo lo centra en él. Ello se presta a una relación estática y a una apropiación del otro en la relación amorosa. La posesión egocéntrica es el signo distintivo de esta etapa.

El amor juvenil, en cambio, permite que el «yo» íntimo quede implicado en la relación afectiva. Hay un recorrido propio en este proceso:

- *Amor incierto (romántico):* con el que aparece el «eros», nace el amor y la necesidad psíquica de complemento; represéntase aquí el espíritu que habrá de animar la sexualidad corporal.
- *Narcisismo:* consiste en un soñar despierto que lleva a la tristeza, soledad, sentimiento de frustración, con la posibilidad de la masturbación.
- *Amor a los compañeros del mismo sexo:* surge el amigo o amiga

confidente, pero también otras amistades que a veces se deben romper por sus tendencias deformantes.

– *Amor a las personas del otro sexo:* es atracción del joven por la joven y viceversa. Se tiende a un amor individual y exclusivo a una persona concreta.

Por su parte, el amor adulto descubre la espiritualidad del otro como una energía que no se agota ni se pierde en el «tú», sino que debe darse otro «tú» (que es mi «yo») sin detrimento del primero.

Más allá de lo dicho, empero, hoy en el mundo hallamos tantas veces falsificado el concepto verdadero del amor. Lo destruyen las mentiras, la mera sexualidad, el sentimiento estéril. Hay quienes llegan al «amor» porque lo confunden con la prevalencia económica, otras veces con la belleza, si no con el mero placer del sexo, en otras circunstancias con *status* especiales, con excentricidades, y más.

Debemos advertir que el amor nace del diálogo, crece en la amistad y en la dificultad, lo nutre la generosidad, lo protege la comprensión, lo guarda la fidelidad y lo exalta la delicada mezcla de intimidad y respeto. El amor no necesita de la riqueza material, aunque le resulte útil.

El amor verdadero se complace en el bien del sujeto amado, quiere para él lo mejor, aun a costa de sí mismo.

El amor es a la vez –aunque parezca paradójico– causa y consecuencia de la madurez de la personalidad. Ignacio Lepp dice que: «en las personas cuya madurez afectiva corre pareja con su madurez intelectual, el amor se inicia normalmente en el corazón; los sentidos intervienen en segundo término [...]».

Sin embargo, hay en el amor «estamentos» o niveles que conviene mencionar. Un nivel biológico, que pertenece al «sexo»; otro de orden psicológico, que es el «eros», y mucho más allá, aquel amor de la generosidad, con una dimensión de entrega y caridad que es el «ágape».

Ocupémonos un tanto de estos estamentos o niveles.

Al hablar del nivel biológico o sexual debemos admitir en el instinto sexual una base biológica inexorable. El amor incluye y sublima el sexo. Pero el sexo por sí mismo no alcanza a ser amor. Y tampoco

la genitalidad alcanza a ser sexo. El amor que se conforme con la piel no es amor; es un engaño mutuo, una pasajera y egoísta mentira.

El nivel biológico, el del sexo, importa el instinto de atracción para el encuentro entre el varón y la mujer. Hombre y mujer portan tal instinto como el animal. Porque en uno y en otro el sexo aparece ante todo como la «necesidad del otro». Y ha quedado demostrada la repercusión del sexo en el conjunto de la personalidad, no sólo biológica, sino también intelectual y moral.

Grave error científico será estampar la creencia de que el amor es algo espiritual y que el sexo es algo netamente animal que debe ser tratado desde el punto de vista exclusivamente instintivo. Nadie debe dudar de que se trata de dones distintos, e incluso pertenecientes a diferentes campos de investigación: el sexo, al dominio de la bioquímica* y la fisiología; y el amor, al dominio de la psicología de las emociones.

Más aún, quede claro que el sexo es un impulso en la búsqueda del placer carnal; en tanto el amor es mucho más que un deseo que propende a la alegría y a la felicidad del ser. El sexo es completamente egoísta y busca la autosatisfacción; empero el amor en ningún caso puede marcar el egoísmo del sexo, pues entonces no sería amor. En tanto que la culminación de la satisfacción sexual es el orgasmo, la realización cumbre del amor es la felicidad; y mientras que el instinto sexual nos aventura a un interés apasionado por otro cuerpo, el amor con su propia dimensión –y mucho más allá– constituye un apasionado interés por otra personalidad, por otra vida.

Por ello es indispensable ver en la sexualidad una realidad altamente positiva, pero íntimamente ligada a la afectividad, puesto que, aliados, emprenden una infatigable búsqueda de unión en las bases mismas de la soledad tantas veces casi radical del ser humano. A alimentar y consolidar esa unión nos llama Ruthe cuando dice que «las condiciones necesarias para el éxito del matrimonio, y especialmente de la unión

---

* Teorías más recientes han creído ver relación entre las suntancias neuroquímicas que fluyen del cerebro y la atracción entre varón y mujer, afirmando que tales estados tienen vinculación con los químicos de las anfetaminas, y en los que juegan papel importante la dopamina, la norepinefrina y especialmente la fenilethylamina.

sexual, son, de acuerdo con lo que nos enseña la experiencia: intimidad, tiempo, seguridad y tranquilidad».

Y la sexualidad humana –dígase entonces claro– no se circunscribe a los órganos genitales o a sus funciones específicas. Chauchard dirá que el órgano sexual más importante del hombre y de la mujer es el cerebro, porque en él se fraguan y se almacenan ideas, vivencias, conceptos, tendencias, experiencias y más.

Por todo, resulta indispensable admitir en el proceso normal de la persona la integración de la sexualidad en la afectividad. El hombre que lo es se da cuenta de que su vida sexual es inseparable de su vida de amor y que su finalidad es contribuir a la plenitud personal del amor. Trata por eso de integrar su sexo en su amor. El sexo, como función digna del hombre, una función totalmente humana, puede ser integrado felizmente dentro de ese amor y puede alcanzar su plenitud en el amor. Si esto no se da, estamos cerca o dentro del fracaso sexual y amoroso.

En suma, debemos admitir que el impulso sexual es una fuerza saludable y totalizante que conduce al ser humano a una realización profunda de su personalidad y potencia su capacidad de amar. El impulso sexual –sin restringirlo a la genitalidad– proporciona una nueva vitalidad y múltiples matices en las relaciones humanas. Esto es algo que todos hemos experimentado ante la presencia de una persona del sexo opuesto; en tal caso, tantas veces nuestro ser despierta y toda nuestra existencia adquiere especial sentido.

Ocupémonos ahora del nivel psiquicoafectivo: el eros.

Aquí el objetivo es el amor personal. Y es que el amor es la fuente de la felicidad de todo hombre, algo distinto del placer.

El fin básico que orienta y da sentido a la sexualidad humana es el amor. El sentir y expresar amor es la aspiración fundamental de todo hombre y mujer, y el ejercicio de una sexualidad bien orientada constituye una de las formas más completas de realización. Esto indica que la auténtica educación de la sexualidad es potenciar la capacidad de amar. Amar a alguien que nos pueda corresponder, es decir, por quien tú te sientas amado también. Si falta reciprocidad se lastima el amor.

Ser hombre quiere decir dar y recibir, amar y ser amado. Si el amor no despierta un eco, no es amor. Si amas algo que ni siquiera es capaz de enterarse de que lo amas, eso propiamente no es amor.

El impulso de amar o la necesidad de ser amado son casi siempre correlativos y equivalentes, aunque en algunas personas el amor es más activo y en otras quizá más receptivo. Si lo que amas es tu gusto y el placer que la otra persona te procura o la felicidad tuya que en la otra persona encuentras, entonces te estás amando a ti mismo y estás muy lejos de amar a la otra persona: no amas el amor, sino que amas el egoísmo que tal vez haya tomado forma de placer.

Y es la capacidad de amar la que asegura a cada ser humano la posibilidad de relacionarse bien con el mundo de las personas y situaciones que le rodean, alcanzando la felicidad para sí y la posibilidad de comunicar su fuerza interior en actividades creativas.

El hombre no es un ser simple y su fuerza no surge de una zona única y uniforme. El hombre tiene cuerpo y mente, y necesita vivir en grupo. Pues bien, la sexualidad, por tanto, para realizarse plenamente necesita integrar fuerzas y deseos que a veces son dispares y que provienen del cuerpo, de la mente y de las exigencias y posibilidades de relación del hombre con el grupo al que pertenece.

En la etapa adulta la orientación fundamental de la sexualidad apunta a la unión con una persona del otro sexo. Al hacer esta selección afectiva se van a mezclar una serie de elementos y consideraciones: caracteres, valores morales, tendencias, niveles culturales, afinidades, apariencia física y más. Es así como, mirándose alrededor, se escoge a la persona en función de la sintonía, ejercicio que conviene no renuncie al siguiente análisis relativo de características:

HOMBRE	MUJER
– ¿es bueno? (de bondad)	– ¿es buena?
– ¿es voluntarioso? (disciplina y espíritu de superación)	– ¿es voluntariosa?
– ¿es maduro?	– ¿es madura?

– ¿es varonil? (sus modos, sus maneras)	– ¿es femenina?
– ¿lo advierto viril?	– ¿la advierto hembra?
– ¿es vital? (referido a la salud)	– ¿es vital?
– ¿es valiente? (referido a la audacia)	– ¿es valiente?
– ¿es para mí hermoso?	– ¿es para mí bella?

A fin de resolver satisfactoriamente el «proceso de interrelación humana», conviene proponerse conocer a diferentes personas en una relación de respetuosa profundidad antes de tomar una decisión definitiva. Es ello una práctica sabia y aconsejable.

El proceso de interrelación humana se realiza corrientemente en cuatro etapas que constituyen los sistemas del organismo mental:

- La persona siente una carencia, y capta una necesidad en sí misma. La conciencia de su carencia pone en marcha una fuerza que lo impulsa hacia afuera, a buscar en el exterior lo que necesita. Eso es lo que se denomina el «mundo tendencial».
- El hombre no sólo tiene fuerzas que lo impulsan, sino que también posee capacidades que le permiten captar los objetos externos, conocerlos, diferenciarlos unos de otros, conocer sus cualidades. Esta fase es la denominada «mundo del conocimiento».
- El captar los objetos exteriores produce en el hombre una resonancia interna si es que esos objetos responden a la carencia sentida. Si son sentidos afectivamente, son valorados. Si no, son desvalorizados. Esta resonancia constituye el «mundo de los sentimientos».
- Según sean los sentimientos de valor o desvalorización hacia el objeto, surge la conducta, el proceso de moverse hacia él para buscarlo y tomarlo o alejarse si se considera indiferente o desagradable.

Todo este proceso representa el círculo funcional del vivir humano.

El amor en el aspecto psíquico integra la relación afectiva y la relación sexual en su materialidad biológica, pero como expresión y manifestación de una relación afectiva.

Esta doble dimensión –afectiva y sexual– en su integración, permite descubrir finalmente a la sexualidad humana adulta con tres caracteres distintivos:

- Capacidad de tener relaciones genitales con satifacción orgiástica (área corporal).
- Capacidad de relaciones afectivas maduras con personas de otro sexo, creando relaciones estables de pareja, con superación de formas infantiles de afectividad (área mental).
- Capacidad de integrar estos dos aspectos (el físico y el psíquico) en una misma persona: el objeto amado, superando la dicotomía de genitalidad y de amor (área personal).

El doctor Harry Stack Sullivan en *Conceptos sobre la psiquiatría moderna* escribe a propósito de una aproximación al concepto de amor: «Cuando la satisfacción, la seguridad y el crecimiento personal se dan en una persona ajena a mí, y yo los asumo como satisfacción, seguridad y crecimiento propios, entonces yo tengo amor».

Teóricamente, pues, el amor implica una actitud básica de interés por la satisfacción, crecimiento y progreso de la persona amada. Y en la práctica, amar a otro presupone que estoy dispuesto y decidido a renunciar a mis propios intereses, a dedicar mi tiempo e incluso a arriesgar mi propia seguridad para proporcionar satisfacción, seguridad y el desarrollo individual de la persona que yo amo. Si yo tengo esta actitud conceptual sobre el amor, y sobre todo si aprecio que me realizo llevándola a la práctica, entonces puedo estar seguro que a mi vida ha ingresado el amor [20] *.

---

[20] Epítome elaborado por el autor, pp. 457-462, basado en: GUTIÉRREZ CONDE, Alfonso, *Educación para el sacramento del matrimonio,* Caracas, Instituto Superior Salesiano de Filosofía y Educación, 1991.

* Difícil resulta hoy discutir la no concurrencia en la estabilidad matrimonial de factores de sintonía como los psicológicos (carácter, personalidad, temperamento), los éticos y morales, los educacionales y culturales, los biológicos (genético, glandular,

9.6 Tendencia a aumentar la edad mínima para contraer matrimonio

Fácil todo lo mencionado al momento de decirlo, difícil al momento de aplicarlo. Y de aplicarlo responsablemente. Por ello, hallamos en los textos modernos de derecho de familia, afirmaciones como la que sostiene que:

> «En general la orientación del derecho moderno tiende a la elevación de las edades mínimas para contraer matrimonio.» [21].

Cierto es que el Perú tiene las edades mínimas sabidas para contraer matrimonio, y que en ese orden de ideas aproximadamente se hallan las legislaciones de este lado de América, como las de Uruguay, Chile, Colombia, Venezuela, Panamá, Honduras, entre otras, y, en Europa, particularmente España, que tanta vinculación histórica y cultural tiene con nuestra realidad. Pero en otros países la restricción respecto a la edad mínima para contraer matrimonio es asunto tratado de manera bien distinta.

Por ejemplo, en lo que fue la Unión Soviética, la edad legal para contraer matrimonio civil es de 18 años para el varón y para la mujer; la dispensa nunca podrá autorizar un matrimonio de una persona menor de 16 años.

La situación en países como Suiza, la antigua Alemania Occidental, Austria, Dinamarca o Islandia, es aún mucho más exigente.

El Código Civil suizo, en el artículo 96, sostiene que la edad adecuada para contraer matrimonio es de 20 años para el varón y 18 para la mujer y la dispensa nunca podrá autorizar matrimonios de personas menores de 18 (varón) y 17 años (mujer).

---

orgánico), los sexuales, los económicos, y los mutacionales, que permiten afirmar que, por causas endógenas cuando no exógenas, un ser no es estacionario en su estructrura, sino dinámico.

[21] BELLUSCIO, Augusto, *Derecho de familia,* Buenos Aires, Depalma, 1974, tomo I, p. 366.

La legislación de la antigua Alemania Occidental, en su ley matrimonial, artículo 1, así como de Austria, en su respectiva ley matrimonial, igualmente artículo 1, establecen que la edad adecuada para que un varón contraiga matrimonio es de 21 años y establecen en 16 la conveniente para la mujer. La dispensa para el hombre sólo operará cuando éste ha cumplido 18 años, aun cuando para el caso de la mujer no señalan límite.

Dinamarca e Islandia, en sus leyes matrimoniales, artículo 6 en un caso y artículo 7 en otro, señalan enfáticamente que la edad prudente para que el hombre pueda contraer matrimonio es de 21 años y de la mujer 18.

En otra parte de este trabajo hemos analizado también el aspecto de la edad dentro del sistema norteamericano [22].

9.7 ¿Por qué se casan los jóvenes en Lima? Motivo, riesgos, medidas

Si tuviésemos que hacer un listado de las principales razones por las que los menores de edad se casan prematuramente en la sociedad limeña, el primer punto que debiéramos recordar es el referido a la grave crisis de la familia local. De ello hemos ya tratado extensamente en lugar aparte de este mismo estudio, y hemos advertido la seria desarticulación existente tantas veces entre los padres, así como la grave ausencia del padre en el adecuado gobierno y control del hogar.

De otro lado, es necesario subrayar la crisis de la educación escolarizada en nuestro medio. La escuela, que debiera ser fuente inagotable de educación y formación, se encuentra en situación caótica y se halla lejos de cumplir los postulados teóricos establecidos en la ley de Educación.

Pero no se trata sólo de una carencia de educación y formación general adecuada, sino de la nula o virtualmente nula educación sexual

[22] *Ibidem*, p. 367.

que hallamos en el sistema social en que habitamos.

De tal manera que el joven, el adolescente, atraviesa sin suficiente sustento tal edad crítica, situándose sin el debido autocontrol y control externo indispensables.

En esta línea de crisis ya hemos advertido cómo los estudios que hemos realizado en el capítulo anterior, a propósito de la investigación del matrimonio de menores en el distrito judicial de Lima, nos llevan a la afirmación de que un 75,6%, si no más, de los matrimonios que requirieron dispensa en el juzgado, lo hicieron arguyendo el motivo de embarazo. Lamentablemente, en el mismo estudio estadístico observamos cómo un 48,0% de dichos matrimonios ya se hallan disueltos o en estado de grave descomposición social.

Regresando al tema del embarazo de las jóvenes, éste es asunto que merece aún alguna nota adicional. El embarazo en la adolescencia conlleva un serio riesgo.

> «De acuerdo a un estudio realizado por el doctor Víctor Díaz, jefe del Departamento Académico de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Cayetano Heredia, investigación realizada en el Hospital Arzobispo Loayza, alrededor del 13% de los casi 20 000 partos atendidos allí entre 1983 y 1987 fueron presentados por adolescentes cuyas edades fluctúan entre los 13 y los 19 años, es decir, unos 2 600 casos.
>
> Sólo la mitad de las gestantes recibieron el necesario control pre-natal hospitalario, y cerca del 40% presentó algún tipo de patología durante el embarazo. Aproximadamente el 16% de esas jóvenes mujeres tuvieron alteraciones durante el parto, y el 36% de los neonatos producto de esos partos tuvieron un peso entre los 500 y los 3 000 grs.
>
> Las cifras presentadas no hacen sino confirmar que el embarazo en adolescentes es de alto riesgo obstétrico, sostiene Díaz.
>
> En ellas existe mayor riesgo de que el embarazo no se desarrolle en forma satisfactoria y de que el niño no nazca en óptimas condiciones, lo que determina un alto índice de mortalidad neonatal.

Díaz señaló también que el embarazo en la adolescencia es indeseado en la mayoría de los casos y se presenta generalmente en mujeres solteras que no han culminado aún la pubertad y que carecen de la suficiente madurez psico-somática.» [23].

Pero las consecuencias son aún mayores. La doctora Alegría Majluf, profesora de la misma Universidad Cayetano Heredia, señala que:

«Estudios comparativos realizados en el Perú, en Europa y en los Estados Unidos, han determinado que los niños que viven en estado de pobreza presentan disminución intelectual y bajo rendimento escolar, porque no son estimulados adecuadamente [...] generalmente los niños pobres también sufren estados crónicos de desnutrición. Severa, moderada o leve, el problema es que la desnutrición perdura en el tiempo, por lo que tienen baja estatura y peso, problemas asociados a poca atención y apatía. Si la desnutrición es severa y se da a una edad muy temprana, es decir, durante los primeros seis meses de vida, puede producirse el retardo mental, que es irreversible.

Si es leve o moderada ocasiona problemas de aprendizaje y lo alarmante es que el retraso del primer grado se mantiene hasta el término de la primaria, la secundaria y hasta en la universidad [...] no es que nuestros niños nazcan con deficiencia intelectual, simplemente son las condiciones en que viven [...].» [24].

Sobre la misma materia, el Grupo de Investigación Médica José Casimiro Ulloa, a traves del doctor Jorge Rodríguez Larraín, expresó que:

«[...] la desnutrición es una enfermedad que afecta el desarrollo físico e intelectual y crea condiciones para que disminuya la expectativa de vida al nacer [...].

---

[23] *El Comercio,* diario de circulación nacional, del 15 de mayo de 1990, Lima, Perú.

[24] *El Comercio,* diario de circulación nacional, del 25 de junio de 1990, Lima, Perú.

> El 50% de la población que fallece en el país son menores de 5 años de edad, que mueren, entre otros factores, a consecuencia de la desnutrición [...].» [25].

Apréciese la situación de riesgo en cadena que provoca la crisis de la familia: la ausencia de educación adecuada, el descontrol en la adolescencia ante una carencia de educación sexual conveniente, los embarazos prematuros y el consecuente deterioro de la calidad de vida, así como el incremento de los indices de mortalidad infantil en el Perú.

¿Y qué hacer?

Lo indispensable y fundamental, creemos, es una necesaria educación sexual temprana y madura que logre un objetivo importante: integrar tal educación dentro de la personalidad.

Al respecto, el concilio Vaticano II sostiene que:

> «Hay que ayudar, pues, a los niños y a los adolescentes, teniendo en cuenta el progreso de la sicología, de la pedagogía, de la didáctica [y de la ciencia en general], a desarrollar armónicamente sus condiciones físicas, morales e intelectuales, a fin de que adquieran gradualmente un sentido más perfecto de la responsabilidad en el recto y continuo desarrollo de la propia vida y en la consecución de la verdadera libertad, superando los obstáculos con grandeza y constancia de alma. Hay que iniciarlos, conforme avanza su edad, en una positiva y prudente educación sexual.» [26].

Y es que:

> «Las teorías psicológicas de las actitudes explican que la modificación de las actitudes se hace más difícil conforme aumenta la edad, ya que un individuo se aferra cada vez más a sus creencias, de tal forma que los cambios de actitudes implicarían menor

---

[25] *El Comercio,* diario de circulación nacional, del 3 de diciembre de 1989, Lima, Perú.

[26] *Concilio Vaticano II* (documento vaticano), Bilbao, El Mensajero del Corazón de Jesús, 1965.

esfuerzo si dicho intento se lleva a cabo con jóvenes adolescentes.» [27].

La educación sexual oportuna se hace aún más imprescindible cuando se advierte que la primera unión sexual entre varón y mujer en nuestro medio ocurre a los 18.7 años en poblaciones sin instrucción (ENDES, 1986) [28], y el propio Fernández Arata hace más dramática la información cuando señala, en su investigación publicada en julio de 1989, cómo los jóvenes varones que no han sostenido ninguna orientación ni preparación sexual sostienen su primer contacto, 8,85% antes de los 12 años de edad, 15,49% entre los 13 y 14 años y 30,97% entre los 15 y 16 años de edad [29].

Sin embargo, la misma experimentación de aplicación del curso sobre orientación sexual en casi 7 500 estudiantes de 4.º y 5.º año de secundaria, permitió establecer un doble nivel de conclusiones:

> «En cuanto a los resultados que se pueden observar en el cuestionario de conocimientos sobre sexualidad, podemos afirmar que los escolares tanto varones como mujeres que participaron de la experiencia educativa, responden correctamente en porcentajes significativamente mayores que los escolares que no participaron en dichas experiencias. Quienes participaron en el programa contestan correctamente en porcentajes mayores en 28 de los 32 ítems que tiene el cuestionario.» [30].

Empero, el curso que incidió en los tópicos que se señalan al pie de esta página no modificó la actitud sexual de los adolescentes frente a la sexualidad *.

---

[27] FERNÁNDEZ ARATA, Manuel, *Conocimiento y actitudes sexuales de escolares y adolescentes,* Lima, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1989, p. 14.

[28] *Loc. cit.*

[29] *Ibídem,* p. 34.

[30] *Ibídem,* p. 45.

* Contenido temático: a) Educación sexual: concepto e importancia.– b) Desarrollo biológico en la adolescencia.– c) Desarrollo psicosexual en la adolescencia.– d) Salud

«Es interesante observar que programas como el sometido a evaluación no son capaces de modificar las actitudes que los adolescentes tienen frente a la sexualidad y se limitan a acrecentar ciertos conocimientos sobre la materia.» [31].

Lo que parece confirmar, entonces, la anterior aseveración en el sentido de la urgencia de una educación sexual temprana que logre como objetivo primordial integrar tal educación dentro de la personalidad de cada sujeto.

Es por ello que en términos de medidas concurrentes a una solución, y dentro del tema de la orientación pedagógica sobre la materia, nos inscribimos dentro de los que postulan, por lo menos, una doble actuación:

a) La implementación de un Curso Escolar de Orientación Biopsicoeticosexual, curso con carácter obligatorio, a dictarse en todo el territorio de la República a los educandos que prescriba el reglamento respectivo; y
b) La exigencia a toda persona que solicite libreta electoral ante el registro electoral respectivo, de la presentación del «Certificado legalizado civicopedagógico del Curso Familiar sobre Orientación para el Amor y la Sexualidad Matrimonial», el mismo que se debe ofrecer a las personas interesadas a partir de la edad núbil.

¿Qué objetivos podría postular el Curso de Orientación Biopsicoeticosexual?

En primer lugar, presentar la sexualidad como dimensión integral del ser humano al servicio del crecimiento de la persona y del verdadero amor entre el varón y la mujer, enfatizando los valores de afectividad, intimidad, fidelidad, fecundidad, co-responsabilidad y diálogo.

Entre sus objetivos se hallaría presentar la sexualidad como expre-

---

reproductiva: concepción, embarazo, parto y puerperio.– e) Salud e higiene sexual.– f) Enfermedades sexualmente transmisibles.– g) Paternidad responsable y planificación familiar.– h) Aborto y prostitución.– i) Drogas y variaciones en la conducta sexual.

[31] *Ibídem,* extraído del Prólogo.

sión de la voluntad creadora y como espacio de libertad para la realización del ser humano.

Animaría al mismo curso el afán de presentar una síntesis de la visión del ser humano, de su sexualidad, de sus relaciones interpersonales y sociales, del matrimonio y de la familia.

Igualmente, el curso intentaría fomentar en las personas el sentido de la verdadera intimidad. Esa intimidad que sólo se logra en el contexto de una relación dialogal entre las personas y que incluye la percepción del mundo interior del yo, la revelación del sí mismo al tú, y la actitud de escucha. Porque la intimidad abre paso a la comunión interpersonal que no se agota en la pareja sino que está llamada a trascender a niveles cada vez más amplios, hasta alcanzar las relaciones comunitarias sin fronteras de clase social, raza o nación.

Finalmente, el citado curso auspiciaría una visión integral del significado personal del cuerpo, de sus funciones, de su riqueza y de su posibilidad como medio de relación [32].

Pero no imaginemos que el ser humano requiere de educación sexual sólo al final de su infancia o en la época de su adolescencia. Los conceptos modernos sobre formación y orientación en el amor y la sexualidad, reclaman la instrucción desde los 4 años de edad.

Piaget sostiene que el menor a los 4 años tiene ya un basamento intelectual para adquirir los primeros conocimientos. El estado del pensamiento preconceptual y el paso al pensamiento intuitivo dentro del período preoperacional ligado en especial a la percepción, ya está abierto.

En Erikson-Sears se afirma que el desarrollo social del menor se encuentra entonces ya en capacidad de ser mejor elaborado y que el primer desarrollo del yo, es decir, la conciencia de sus capacidades y limitaciones, se encuentra en la posibilidad de ser mejorado.

Piaget sostendrá que el menor a los 4 años tiene conceptos pri-

---

[32] Epítome elaborado por el autor, pp. 463-470, basado en BAMBARÉN GASTELUMENDI, Luis, y José GURRUCHAGA EZAMA, *Formación y orientación para el amor y la sexualidad. Guía para padres y maestros*, Lima, Conferencia Episcopal Peruana: Comisión Episcopal de Familia y Comisión Episcopal de Educación, 1991.

mitivos de moralidad y de justicia, lo que implica el basamento inicial de su desarrollo moral.

Así, si tomamos en cuenta en cada caso los contenidos, la diversidad de actividades, el material didáctico y las formas de evaluación, el primer grado de educación escolar es ya propicio para que el alumno exprese oralmente sus primeros conceptos sobre el amor. Y fundamental resulta el instante para inculcar la noción de que amar es hacer feliz a alguien, sin traicionar el sentido de la reciprocidad.

Esta misma edad es propicia para comenzar a discutir los diversos tipos de amor: entre padres, entre hermanos, de padres a hijos, entre amigos y demás. El primer grado de educación escolar es el momento psicológico oportuno para identificar al propio ser, diferenciar lo que le pertenece, lo que es de otro, lo que es común o lo que es del grupo; así como es éste también el momento adecuado para comenzar a enumerar con énfasis las responsabilidades que cada cual tiene en el propio hogar.

Siempre a modo de ejemplo, bueno es establecer cómo en el tercer grado de educación escolar resulta prudente dialogar sobre las características de la amistad, sobre el amor, el respeto y la sinceridad, la generosidad, la solidaridad, la aceptación mutua; aspectos todos que desde ese momento deben comenzar a ser distinguidos. Es éste también el momento para iniciar el debate grupal sobre el concepto de «amistad» y de «amor».

Para nada debe resultar extraño, dentro de los modernos conceptos de formación y orientación para el amor y la sexualidad, que el cuarto grado sea un nivel oportuno para comenzar a discutir con todo énfasis la procreación natural del ser humano, y el quinto, momento conveniente para discutir sobre las diferencias de personalidad entre el hombre y la mujer.

El desarrollo del ser humano, las edades que comprende cada etapa, las características biológicas, las psicológicas, las afectivas, las características sociales y los roles, son aspectos que no deben ser extraños a la discusión que debe sostener bajo la conducción de su maestro todo alumno del sexto grado.

En la secundaria el asunto no debe ser postergado. Así, tercero, cuarto y quinto de secundaria pueden ser los estadíos comunes en los que el alumno, siempre debidamente guiado, reciba conceptos y discuta sobre el matrimonio y la familia desde el punto de vista psicológico, social y moral; se adentre en los conceptos de sexualidad humana, de plenitud del amor, de sexualidad animal e instintiva.

En tales grados escolares se puede incluir el abordaje de la biología de la reproducción, de la esterilidad, de la fecundación, de la paternidad y la maternidad responsable y el aborto, sin que signifique extrañeza el tratamiento de toda la sexualidad y la genitalidad. El concepto de lo que es el hombre y lo que es la mujer y sus responsabilidades, la fundamental y decisiva definición de lo que es el amor, y con ello las distancias entre el enamoramiento, el noviazgo, el concepto de relaciones prematrimoniales y de fidelidad conyugal, y una enseñanza dedicada y honesta de los métodos de paternidad y maternidad responsable, son *ítems* que pueden iluminar la formación y orientación de los educandos en un curso biopsicoeticosexual escolarizado [33] como el mencionado.

Pero al lado de esta alternativa que podría en su momento ser reglamentada, cabe añadir la exigencia de que a partir de fecha determinada por ley el registro electoral no otorgue libreta electoral a ningún peruano sin el requisito de la presentación de un «Certificado legalizado civicopedagógico del Curso Familiar sobre Orientación para el Amor y la Sexualidad Matrimonial».

Los objetivos de este curso podrían ser potencialmente los siguientes:

- Dar oportunidad a los menores en edad núbil para reflexionar sobre los aspectos que suscitan la amistad, el noviazgo, el amor, la vida, y otros, descubriendo nuevos cauces de perfeccionamiento.
- Proporcionar a los jóvenes la oportunidad de descubrir las ap-

[33] Epítome elaborado por el autor, pp. 470-472, basado en: BAMBARÉN GASTELUMENDI, Luis, y José GURRUCHAGA EZAMA, *ob. cit.*

titudes necesarias para lograr un matrimonio fecundo, desarrollando una auténtica educación de la sexualidad.
- Facilitarles el hallazgo de enfoques educativos y criterios formativos, con intercambio de experiencias tomando como base el matrimonio.
- Fomentar las actitudes necesarias para descubrir los valores del matrimonio.

A continuación presentamos en cuadros sinópticos el «Proyecto de orientación para el amor y la sexualidad matrimonial», con un diseño general de la metodología, en la que se advierten cuatro etapas debidamente marcadas:
- Entrevista pareja-consejero.
- Información sobre el tema matrimonial.
- Autoaprendizaje por parejas.
- Interaprendizaje grupal.

Los cuadros explican por sí mismos los objetivos, las secuencias y acciones, los medios y materiales, y posteriormente se desarrolla en unidades independientes el contenido de las áreas sexual, psicológica, socioeconómica y jurídica, aludiéndose finalmente al área de aspectos morales y su trascendencia.

FIGURA 9.1 *Proyecto de orientación para el amor y la sexualidad matrimonial. Diseño general de la metodología*

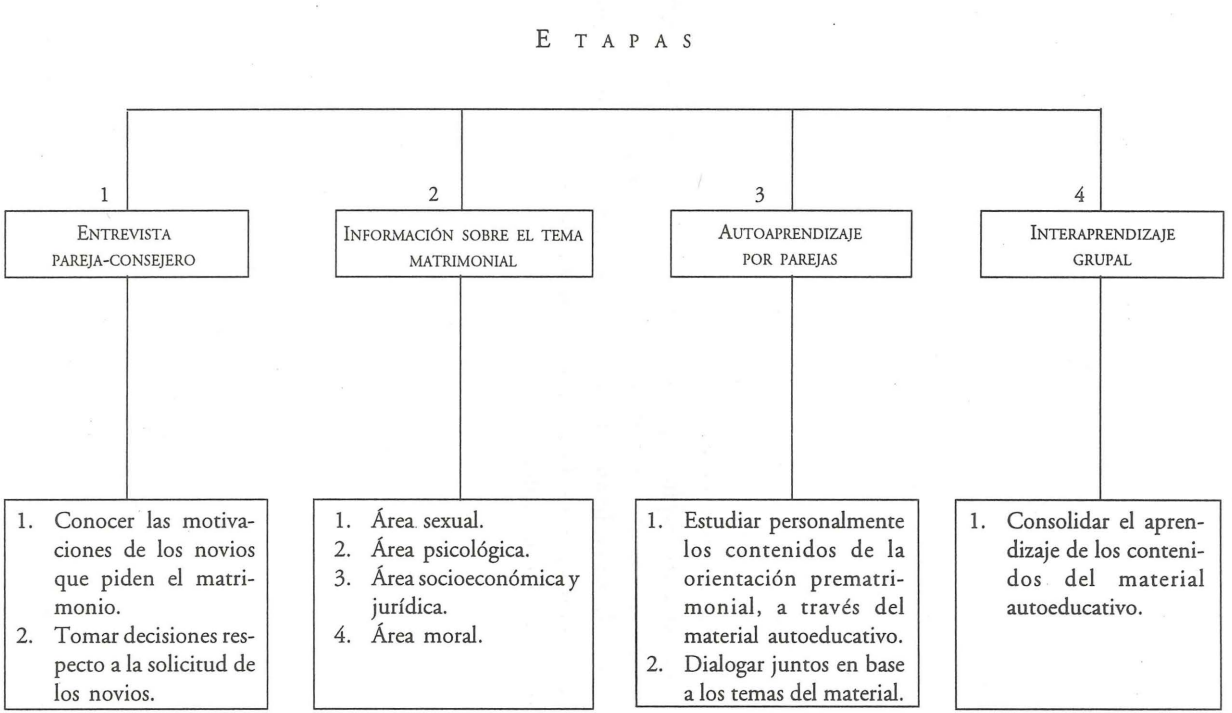


FIGURA 9.1 *(Continuación)*

ETAPA 1. ENTREVISTA DE LA PAREJA CON EL CONSEJERO

Objetivo	*Secuencia de acciones*	*Medios*	*Materiales*
1. Conocer las motivaciones de la pareja frente al matrimonio para que el consejero tenga elementos de juicio para determinar si acepta o rechaza la propuesta de matrimonio.	1. Recibir a la pareja, mostrándole apertura en la forma de saludar e iniciando un diálogo informal en base a algunas preguntas, tales como: nombre y apellidos de la pareja, edad de los mismos, tiempo de noviazgo, si están decididos a casarse y por qué. 2. Informarles sobre las condiciones necesarias para contraer matrimonio. 3. Orientar a la pareja para que exprese con sinceridad su situación personal: – El consejero conversará con cada uno sobre su actitud personal respecto a las condiciones que se exigen para casarse. – El consejero dialogará con la pareja para investigar algunos aspectos que no hayan sido analizados a nivel personal. 4. A lo largo del proceso de la entrevista el consejero comparará las motivaciones expuestas por la pareja con las condicones exigidas. 5. En base al examen sobre la situación real de la pareja, realizado anteriormente, el consejero dará aprobación o desaprobación al deseo de contraer matrimonio.	1. Palabras del consejero y de la pareja.	1. Sala de recibo. 2. Pizarra pequeña, afiches, cartulinas. 3. Lugar apropiado para hacer la entrevista.

FIGURA 9.1 *Etapa 1(Continuación)*

Objetivo	*Secuencia de acciones*	*Medios*	*Materiales*
	6. En caso de ser aceptados, el consejero pasará a desarrollar el objetivo 2 con la pareja. En caso de no ser aceptados, motivará a los novios a que sigan preparándose por su cuenta hasta lograr una mayor madurez.		
2. Despertar interés en la pareja para el estudio del material autoeducativo y para la reunión de interaprendizaje grupal.	2.1 Informarles acerca de los contenidos generales del material autoeducativo.	1. Palabras motivadoras del consejero.	
	2.2 Entregar dos ejemplares del material educativo a cada pareja. Explicarles brevemente la metodología empleada en la elaboración de dicho material. Orientar brevemente el autoaprendizaje, ejercitándose con algún objetivo específico elegido al azar por el consejero.		1. Material educativo impreso.
	2.3 Comprobar que la pareja ha captado la mecánica de trabajo y que tienen deseos de regresar a la reunión de interaprendizaje para aclarar sus dudas y así consolidar el aprendizaje.		2. Elaborar una prueba sencilla de comprensión.
	2.4 Despedir con amabilidad a la pareja, deseándole éxito en su preparación al matrimonio.		

FIGURA 9.1 *(Continuación)*

ETAPA 2. INFORMACIÓN SOBRE EL TEMA MATRIMONIAL

Objetivo	*Secuencia de acciones*	*Medios*	*Materiales*
1. Exposición detallada, clara y precisa de los temas-objetivo. 2. Lo sexual, lo psicológico, lo socioeconómico y jurídico, lo moral. Adicional-mente, lo que se juzgue útil para el caso.	1. Exposición a cargo de consejeros sobre cada tema. 2. Preguntas de los asistentes. 3. Conclusiones escritas al comenzar cada nueva sesión.	1. Método oral.	1. Audiovisuales, pizarra, cuadros. 2. Cartillas.

FIGURA 9.1 *(Continuación)*

ETAPA 3. AUTOAPRENDIZAJE POR PAREJAS

Objetivo	*Secuencia de acciones*	*Medios*	*Materiales*
1. Estudiar personalmente y luego dialogar juntos sobre los contenidos de las cuatro unidades autoinstruccionales de la orientación prematrimonial.	1. Crear un ambiente adecuado que favorezca el estudio personal de las cuatro unidades autoinstruccionales que aparecen en el material autoeducativo. 2. Estudiar personalmente, siguiendo las instrucciones y pasos indicados en el mismo material: – Resolver las pruebas de entrada para saber dónde se halla el novio(a) con respecto a los objetivos que debe alcanzar. – Leer la información básica sobre la I Unidad. – Solucionar la prueba de evaluación correspondiente a la I Unidad. Si las respuestas no fueron correctas, volver a leer la información, anotando las dudas que vayan surgiendo. 3. Dialogar con el novio(a) sobre los temas de la I Unidad, en base a las notas que cada uno tomó en su estudio personal. 4. Seguir los mismos pasos para las Unidades II, III y IV: estudio personal y diálogo por parejas. 5. Finalizada la IV Unidad, resolver la prueba de salida comparándola con la de entrada para apreciar el avance logrado. 6. Cada pareja puede programar su autoaprendizaje, según la posibilidad de tiempo. Sugerimos un encuentro por parejas para cada Unidad. NOTA: Conviene que cada pareja lleve a la reunión las preguntas o dudas que quedaron pendientes luego del diálogo con el novio(a).	1. Silencio. 2. Palabra escrita, dibujos, gráficos.	1. Lugar adecuado. 2. Material autoeducativo. 3. Material autoeducativo. 4. Cuaderno de notas 5. Material autoeducativo.

FIGURA 9.1 *(Continuación)*
ETAPA 4. INTERAPRENDIZAJE GRUPAL

Objetivo	*Secuencia de acciones*	*Medios*	*Materiales*
1. Consolidar el autoaprendizaje por parejas, fomentando las relaciones humanas entre los novios que estudiaron previamente el material autoeducativo.	1. Crear un ambiente de amistad y mutua confianza a través de una dinámica de autopresentación (personal o por parejas). 2. El consejero encargado de la reunión de interaprendizaje presentará al grupo el objetivo del encuentro. 3. Orientar el interaprendizaje formando pequeños grupos para analizar los problemas o dudas que surgieron en el estudio y diálogo por parejas. – Que los mismos novios se ayuden unos a otros, planteando soluciones a las interrogantes. 4. Seleccionar las ideas principales aportadas por los integrantes de cada grupo, después de aclarar las dudas. 5. Comentar y sacar conclusiones a nivel de plenario de las ideas previamente seleccionadas. 6. Evaluar grupalmente el logro del objetivo propuesto, en base a los siguientes indicadores: – Grado de consolidación del aprendizaje (destrezas adquiridas). – Participación e integración de cada pareja dentro del grupo.	1. Dinámica de grupo.	1. Salón adecuado, gráficos. 2. Láminas, ayudas audiovisuales. 3. Cuaderno de notas, pizarra, cuestionario. 4. Pizarra, gráficos. 5. Pizarra, láminas, dibujos. 6. Pizarra, gráficos y cuadros.

FIGURA 9.2 *Proyecto de orientación para el amor y la sexualidad matrimonial. Diseño general del material autoeducativo por áreas de aprendizaje*

OBJETIVO GENERAL DEL MATERIAL

Al finalizar el estudio del material autoeducativo los novios habrán descubierto el sentido de la sexualidad y amor humanos, así como los aspectos socioeconómicos, jurídicos y morales del matrimonio.

I UNIDAD: ÁREA SEXUAL

OBJETIVO TERMINAL
Al término de la I Unidad los novios serán capaces de demostrar la importancia de la sexualidad dentro del matrimonio.

TAREAS
1. Identificar el concepto y las características principales de la sexualidad.
2. Identificar los factores que determinan el comportamiento sexual.
3. Enumerar las características que tienen los roles sexuales en nuestro medio.
4. Delinear algunas características de los patrones de conducta sexual que se dan en nuestro medio.

II UNIDAD: ÁREA PSICOLÓGICA

OBJETIVO TERMINAL
Al término de la II Unidad los novios serán capaces de descubrir el valor de la complementariedad afectiva de la pareja humana.

TAREAS
1. Analizar las actitudes que generalmente se tienen en relación al amor.
2. Analizar las diferencias psicológicas existentes entre el hombre y la mujer.
3. Describir algunas características de las etapas del amor humano.
4. Señalar tres elementos componentes del amor: sexo, eros y ágape.

FIGURA 9.2 *(Continuación)*

III UNIDAD:
ÁREA SOCIOECONÓMICA Y JURÍDICA

OBJETIVO TERMINAL
Al finalizar la III Unidad los novios habrán conocido la importancia de la paternidad y maternidad responsables y de la administración doméstica, así como las leyes referentes al matrimonio.

TAREAS
1. Definir el concepto de paternidad y maternidad responsables.
2. Identificar las causas y consecuencias de la procreación irresponsable.
3. Analizar la función de los bienes materiales dentro del hogar.
4. Analizar las leyes más importantes respecto al matrimonio y la familia.

IV UNIDAD: ÁREA MORAL

OBJETIVO TERMINAL
Al término de la IV Unidad los novios descubrirán la proyección moral del matrimonio y de la familia.

FIGURA 9.2 *(Continuación)*
I UNIDAD: ÁREA SEXUAL

Objetivos	*Contenidos*
1. Identificar el concepto y las características principales de la sexualidad humana.	1.1 Concepto – Impulso o instinto de atracción para el encuentro entre el varón y la mujer. – Necesidades de un semejante complementario. 1.2 Características – No se limita a un proceso biológico (satisfacción del instinto). – Está integrado a la estructura total del individuo. – Determina la personalidad del ser humano. – Es trascendente: relación entre el sexo y amor-afectividad.
2. Identificar los factores que determinan el comportamiento sexual.	2.1 Factores – La conducta sexual de un individuo resulta no sólo de la tendencia sexual causada por la testosterona, sino también por: • Las presiones del grupo de pertenencia. • Las influencias del ambiente. • Los procesos del aprendizaje.
3. Enumerar las características que tienen los roles sexuales en nuestro medio.	3.1 Características del rol de la mujer y crítica constructiva – Prepararse para la vida en familia y las tareas domésticas. – Ser madre y cuidar de los hijos. – Obedecer al marido, dependiendo económicamente de él. – Ser pasiva, recatada y fiel.

FIGURA 9.2 *I Unidad (Continuación)*

Objetivos	*Contenidos*
	3.2 Características del rol del varón y crítica constructiva – Prepararse para actuar en el mundo. Mostrar agresividad e iniciativa, especialmente en sus relaciones con las mujeres. – Tener conquistas (engendrar hijos) para afirmar su hombría. – Ganar dinero y gastarlo como mejor le parezca. – Mostrarse superior a la mujer y tenerla dominada.
4. Delinear algunas características de los patrones de conducta sexual que se dan en nuestro medio.	4.1 Características y crítica de los patrones de conducta sexual – La unión sexual es de bajo nivel afectivo-erótico, sobre todo para la mujer. – La unión sexual se realiza casi exclusivamente por iniciativa del varón. El papel de la mujer es pasivo-receptivo. – El varón busca primariamente su satisfacción. No está atento a las expectativas sexuales de la mujer, por lo que ésta con frecuencia experimenta frustraciones. – El varón es indiferente, descuidado e irresponsable con respecto a las consecuencias de la unión sexual. – La vocación a la paternidad es débil. – La vocación a la maternidad es, en general, fuerte.

FIGURA 9.2 *(Continuación)*
II UNIDAD: ÁREA PSICOLÓGICA

Objetivos	*Contenidos*
1. Analizar las actitudes que generalmente se tienen en relación al amor.	1.1 Actitudes – Creer que amar consiste en ser amado. – Creer que la persona amada es un «objeto» de amor, tomándola como una cosa o posesión personal. – Creer que el amor es una fuerza ciega que invade y arrastra. – Creer que el amor es una conquista esforzada a través de la aceptación voluntaria de unas normas. – Creer que amar es un deseo positivo de hacer feliz al otro.
2. Analizar las diferencias existentes entre el hombre y la mujer.	2.1 Diferencias en el dinamismo psíquico global – HOMBRE: disociación psicológica entre «psique» y «soma», debido al influjo de la sensualidad. – MUJER: es unitaria (alma y cuerpo). Su entrega no admite fisuras. 2.2 Diferencias en el plano de la inteligencia – HOMBRE: ideas claras y distintas. Va siempre a lo esencial. – MUJER: ideas cordiales y vitales. Comprende por intuición. Inteligencia práctica. 2.3 Diferencias en el mundo afectivo, emocional y sentimental – HOMBRE: sensibilidad poco exuberante y poco manifestativa. – MUJER: gran sensibilidad, con tendencia a los extremos: enojo, alegría, etc.

FIGURA 9.2 *II Unidad (Continuación)*

Objetivos	*Contenidos*
	2.4 Diferencias ante el amor – HOMBRE: amor reflexivo, pero no con frialdad. – MUJER: riqueza afectiva, espontaneidad, jovialidad.
	2.5 Diferencias en la vivencia de la sexualidad – HOMBRE: es radicalmente instintivo. Tendencia a ser víctima de su sensualidad. – MUJER: es menos instintiva, teniendo más integrada la sexualidad.
	2.6 Hombre y mujer: mutua ayuda y complemento – Dar y comunicar la propia riqueza a aquel que carece de ella. – Desear para sí la perfección que le falta y de la que encuentra lleno al otro.
3. Describir algunas características del amor humano.	3.1 Amor infantil – Recibe. Es inconsciente y sensible. Se caracteriza por la posesión. – Exige correspondencia y sufre frustraciones. Es egocentrista.
	3.2 Amor juvenil – Recibe y da. Es dinámico. Mira al futuro. Es consciente. Realiza descubrimientos. Donación mutua, espontánea y gratuita. Idealismo.

FIGURA 9.2 *II Unidad (Continuación)*

Objetivos	*Contenidos*
	3.3 Amor adulto – Es fecundo y natural. Supone una conquista. Disponibilidad fecunda y realista. Servicio y responsabilidad personal. Autoexigencia y capacidad de amar.
4. Señalar tres elementos componentes del amor.	4.1 Sexo – Es el nivel biológico. El amor da al hombre y a la mujer el deso de la unión sexual.
	4.2 Eros – Es el nivel psíquico-afectivo. La capacidad de amar posibilita al ser humano la relación con otras personas, alcanzando la felicidad para sí y comunicando su fuerza interior. El amor en su aspecto psíquico integra la relación afectiva y sexual.
	4.3 Ágape – DIOS-AMOR, fundamento del amor humano. El amor exige unidad y pluralidad, identidad y alteridad, riqueza en el ser, en el dar y en el acoger: en el misterio divino encontramos luz para el misterio del amor humano.

FIGURA 9.2 *(Continuación)*

III UNIDAD: ÁREA SOCIOECONÓMICA Y JURÍDICA

Objetivos	*Contenidos*
1. Identificar las causas y consecuencias de la procreación irresponsable.	1.1 Causas – De tipo económico: mala distribución de la riqueza: desempleo, bajos salarios, separación por razones de trabajo. – De tipo sociocultural: patrones de conducta sexual. MACHISMO. Falta de educación para el amor y para la planificación familiar. 1.2 Consecuencias – Madres solteras y abandonadas con hijos desamparados. – Desintegración familiar, que origina un problema social y moral.
2. Enunciar el principio general y las características de la «paternidad y maternidad responsables».	2.1 Principio general – Actitud consciente y responsable del hombre y de la mujer frente a la procreación; es decir, reflexionar antes de tener un hijo para ver si son capaces de llenar sus necesidades emocionales y materiales. 2.2 Características El ejercicio de la paternidad y maternidad responsables debe realizarse: – De común acuerdo entre los cónyuges. – Juicio personal de los cónyuges: después de consultar al médico, etc. Los esposos deben asumir personalmente la responsabilidad de su comportamiento. – Con criterios objetivos. El juicio recto de los esposos debe fundarse en criterios serios: el bien propio, el bien de los hijos, el bien de la comunidad familiar, el bien de la sociedad.

FIGURA 9.2 *III Unidad (Continuación)*

Objetivos	*Contenidos*
3. Analizar la función de los bienes materiales dentro del hogar.	3.1 Funciones – Favorecer la comunidad de amor conyugal. – Medio de compartir no sólo lo espiritual, sino también lo material. – Ejercitar la virtud de la magnificencia (gastar en causas nobles, abandonando lo superfluo). – Administrarlos en beneficio de la comunidad familiar y no sólo del esposo(a). – Favorecer el sentido de la austeridad y el desprendimiento, no obsesionándose por el dinero dentro de la sociedad de consumo. – Ayudar al desarrollo humano de los hijos.
4. Describir las leyes más importantes de la sociedad civil respecto al matrimonio.	4.1 Legislación nacional sobre la sociedad conyugal (legal) – Matrimonio: concepto, naturaleza jurídica del matrimonio. – Leyes sobre el matrimonio civil y la familia. – Clases de matrimonios válidos. – Leyes sobre los bienes: propios y sociales. – Derecho de la familia matrimonial y extramatrimonial. – Derechos de los niños y adolescentes. – Leyes sobre la herencia y sucesión.

FIGURA 9.2 *(Continuación)*

IV UNIDAD: ÁREA MORAL [34]

OBJETIVO Y CONTENIDO
Descubrir el rol de la moral, clasificándola y destacándola como factor vital en la construcción y perduración de un matrimonio.

[34] Epítome elaborado por el autor, pp. 474-489, basado en GUTIÉRREZ CONDE, Alfonso, *Educación para el sacramento del matrimonio,* Caracas, Instituto Superior Salesiano de Filosofía y Educación, 1991.

9.8 Una propuesta concreta: proyectos de ley

En las páginas siguientes de este libro se hallan la propuesta de «Pública promesa de cuasi estado de matrimonio» y la de «Impulso a la política educativa en pro del matrimonio y la familia», las que, en su momento, como consultor de la Comisión técnica encargada de elaborar el nuevo Código de Menores *, a modo de exposición **, nos hemos encargado de difundir, a fin de dejar abierto el camino para el perfeccionamiento de los artículos 126 y 127 del reciente Código de los Niños y Adolescentes, promulgado el 24 de diciembre de 1992.

9.8.1 Pública promesa de cuasi estado de matrimonio

A continuación, primero presentamos el texto de la propuesta y luego nuestros comentarios.

Artículo 1.– Se requiere el consentimiento expreso de uno de los padres para que el menor de edad pueda procurar contraer matrimonio. Si faltan los padres o son absolutamente incapaces, o han sido suspendidos de la patria potestad, corresponde dar el asentimiento a los abuelos y abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordia equivale al consentimiento. Contra la negativa de los ascendientes no hay recurso alguno.

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

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

Artículo 2.– Formulada la pretensión, el juez especializado está facultado para

---

* Resolución ministerial n.º 505-92-JUS, de 9 de setiembre de 1992.

** Universidad de Lima, 18 de diciembre de 1992.

reducir la solicitud de matrimonio civil a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

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

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

Artículo 3.– Cuando la resolución judicial reduce la pretensión matrimonial a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio, el juez especializado, previo asentimiento expreso de los pretendientes, procede a inscribir la resolución en la «Sección de pública promesa de cuasi estado de matrimonio» del registro civil del municipio respectivo.

En tal caso, los pretendientes deberán sujetarse en todo lo posible a las reglas de consejo y conducta que contiene y derivan de la resolución judicial denegatoria del juez.

Artículo 4.– Por la pública promesa de cuasi estado de matrimonio los prometidos afirman su compromiso matrimonial y se deben fidelidad y asistencia recíproca. La ley no impone a los prometidos el deber de cohabitación ni fijación de domicilio común, y deja, en tal sentido, su proceder librado al juicio de su propia conciencia y, en su caso, a los imperativos devinientes de su moral y religión.

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

La pública promesa de cuasi estado de matrimonio puede revocarse unilateralmente sin expresión de causa, antes de la celebración del matrimonio civil. La revocatoria se efectúa ante el mismo juez que emitió la resolución respectiva y surte efecto cuando ha sido notificado el otro prometido. La revocatoria se inscribe en la sección a la que se refiere el artículo 3.

Artículo 5.– Si la solicitud para el matrimonio del menor se sustentó en causa de embarazo o en la declaración de tener uno o más hijos nacidos, el juez especializado, bajo responsabilidad, procederá en el día a dirigir, ejecutar y asegurar la respectiva inscripción de filiación en el registro especial del estado civil. Tal inscripción produce en favor de los hijos todos los efectos de la filiación matrimonial.

Ambos padres quedan obligados a alimentar a los hijos. En el mismo procedimiento de pretensión de matrimonio, el juez especializado, basado en la investigación psicosociomoral, y tras interrogar a los pretendientes, fijará las cuotas de las pensiones respectivas. Tal resolución judicial tiene valor de sentencia.

Para regular jurídicamente estas relaciones, son de aplicación las normas del Código Civil y las del Código de los Niños y Adolescentes.

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

Artículo 6.– El hijo concebido durante la vigencia de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padres a los prometidos. Tal hijo tiene respecto de sus padres todos los derechos de la filiación matrimonial. Para contestar o reclamar la paternidad o maternidad serán de uso, en cuanto sean aplicables, las normas contenidas en el Código Civil.

Artículo 7.– Cuando los prometidos alcanzan la mayoría de edad, o si la investigación a la que se refiere el artículo 2 lo ha previsto para antes, y si a criterio del juez se han cumplido las reglas de consejo y conducta a las que se refiere el artículo 3, éstos pueden convertir la pública promesa de cuasi estado de matrimonio en matrimonio civil, por el mérito de su presentación personal ante el alcalde y de la entrega de copia certificada de la resolución judicial respectiva, así como de los demás documentos que señale la ley.

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

Artículo 8.– En caso de disolución de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, y si existen hijo o hijos concebidos o nacidos durante ésta, el juez especializado determinará a cuál de los padres confía el hijo o hijos, a no ser que por el bienestar de ellos los encargue a una tercera persona, y resolverá lo concerniente a la patria potestad, sin perjuicio de lo establecido para la obligación alimentaria en el artículo 5.

De otro lado, si la pública promesa de cuasi estado de matrimonio se disuelve por culpa exclusiva de uno de los prometidos, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a tercero, son de aplicación las reglas del artículo 240 del Código Civil.

Comentario del artículo 1 de esta propuesta

«*Artículo 1.*– Se requiere el consentimiento expreso de uno de los padres para que el menor de edad pueda procurar contraer matrimonio. Si faltan los padres o son absolutamente incapaces,

o han sido suspendidos de la patria potestad, corresponde dar el asentimiento a los abuelos y abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordia equivale al consentimiento. Contra la negativa de los ascendientes no hay recurso alguno.

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

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

El artículo que antecede tiene sus precedentes en los artículos 244 y 245 del Código Civil de 1984.

En realidad el artículo que aquí se presenta exhibe toda la mecánica jurídica que para consentimiento de matrimonio de menores propone el artículo 244 del Código Civil, habiéndose eliminado la expresión «destitución», existente en dicho artículo.

En síntesis, mantiene las reglas siguientes:

a) Se requiere el consentimiento de uno solo de los padres para el matrimonio de menores.
b) La decisión de los ascendientes (abuelos, en su caso) es inapelable.
c) El juez del niño y del adolescente interviene en:
   c.1. casos de expósitos;
   c.2. casos de abandonados;
   c.3. en los demás de naturaleza análoga.

Comentario del artículo 2

«*Artículo 2.*– Formulada la pretensión, el juez especializado está facultado para reducir la solicitud de matrimonio civil a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

En ningún caso procede resolución judicial a favor del ma-

trimonio de menores, si no media exhaustiva investigación psicológica, social y moral del caso.

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

De acuerdo al sistema legal civil vigente, artículo 241 del Código Civil, no pueden contraer matrimonio los impúberes, es decir, quienes carecen de capacidad genésica. El juez puede dispensar este impedimento por motivos graves, siempre que el varón tenga 16 años y la mujer 14. Como recordamos, el precepto tiene su origen en la antigua ley n.º 9181 del 27 de setiembre de 1940, que modificó el inciso 1 del artículo 82 del Código Civil de 1936.

Tal artículo, el 82, inciso 1, del Código Civil de 1936, debía concordarse con los artículos 89 y siguientes de dicho cuerpo de leyes, referidos a consentimiento de matrimonio de menores, pues asumido queda que todo menor de edad es impúber.

La misma lógica y el mismo sentido jurídico hallamos en el Código de 1984. Así, hoy, todo menor que cuenta con la autorización paterna o materna de ley, si arguye motivo grave puede obtener dispensa de impubertad y contraer matrimonio civil.

La tendencia de los juzgados hoy llamados del Niño y del Adolescente, ha sido y es autorizar el matrimonio sin plantear mayores exigencias de fondo y de manera sumaria.

La propuesta ofrece al magistrado una nueva alternativa, y es la de optar responsablemente, con espíritu jurídico, social y moral, en unos casos, por no acceder al matrimonio civil y sí a la pública promesa de cuasi estado de matrimonio. Lo dicho no obsta para que el magistrado, si lo considera de pleno conveniente, acceda al matrimonio o de plano lo deniegue.

Pero, por otro lado, hoy día y de acuerdo a la práctica judicial vigente, la dispensa de impubertad se obtiene de manera alarmantemente sumarísima, sin conocimiento de fondo, y en tantos casos se convierte en un mero trámite jurídico-administrativo.

En vía de ejemplo, si una menor pretende casarse con un mayor de edad, la autoridad judicial puede resolver la causa en un solo acto. El expedientillo se reducirá a la partida de nacimiento de la menor; si es mujer en estado grávido se incluirá el certificado médico de embarazo y se añadirá la libreta electoral del pretendiente mayor de edad, y la del padre o madre de la menor. Se agregará la manifestación de los padres de la pretendiente con la que autorizan el matrimonio, la manifestación de la propia menor y la del pretendiente. Una resolución de no más de diez líneas y un oficio de dos párrafos al municipio respectivo, concluyen el trámite que se puede realizar en menos de una mañana o una tarde de un día judicial.

Obviamente no hay conocimiento suficiente para dar visto bueno a tal matrimonio.

La propuesta incluye la exigencia absoluta al magistrado para que realice una investigación exhaustiva psicológica, moral y social en el caso, valiéndose de los servicios técnicos mínimos con que, para este fin, debiera contar un Juzgado. La propuesta no habla de un plazo para la investigación, porque entiende la subjetividad de cada caso, pero sí explicita el carácter sumario de la misma, de modo que su brevedad esté vinculada a la agilidad con que debe actuar el juez.

Mas, como quiera que el juez está decidiendo sobre algo muy delicado e intrínseco, muy íntimo y propio del solicitante, la propuesta exige, en todo caso, que la conclusión a la que arribe el magistrado sea debidamente fundamentada.

Finalmente, si la resolución judicial resulta denegatoria, parece obvia la posibilidad del recurso de apelación, por lo que la propuesta accede a ello.

Comentario del artículo 3

«*Artículo 3.*– Cuando la resolución judicial reduce la pretensión matrimonial a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio, el juez especializado, previo asentimiento expreso de los pretendientes, procede a inscribir la resolución en la «Sección

de pública promesa de cuasi estado de matrimonio» del registro civil del municipio respectivo.

En tal caso, los pretendientes deberán sujetarse en todo lo posible a las reglas de consejo y conducta que contiene y derivan de la resolución judicial denegatoria del juez.»

Producto de la investigación judicial a la que se refiere el artículo anterior, y sólo basándose en ella, es que el juez podrá tomar decisión: una, acceder al matrimonio; otra, denegar absolutamente el matrimonio; y una tercera, si los pretendientes acceden, reducir la solicitud de matrimonio civil a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

El concepto jurídico de pública promesa de cuasi estado de matrimonio se revela en el artículo siguiente y en él se aprecia cómo tal *status* declarado produce un conjunto de efectos jurídicos. Por ello es que la propuesta establece que, aprobado el *status,* en el que naturalmente podrán o no convenir las partes, el juez oficia la resolución al municipio respectivo para la inscripción en una novedosa sección de pública promesa de cuasi estado de matrimonio del registro civil.

Es en atención a esta inscripción, proveniente de la voluntad de las partes y revestida de una resolución judicial, que la promesa matrimonial asume carácter público y de ella da fe el propio Estado.

Pero la investigación a la que aludimos en el artículo 2 antes propuesto nos ha permitido conocer psicosocial y moralmente a los pretendientes, por lo que acordada la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, ella establecerá para los pretendientes un conjunto de reglas de consejo y conducta que apuntan al perfeccionamiento de los postulantes a esposos, principalmente en lo afectivo, intelectual, ético, moral, sexual, socioeconómico y espiritual.

Comentario del artículo 4

«*Artículo 4.-* Por la pública promesa de cuasi estado de matrimonio los prometidos afirman su compromiso matrimonial y se deben fidelidad y asistencia recíproca. La ley no impone a los

prometidos el deber de cohabitación ni fijación de domicilio común, y deja, en tal sentido, su proceder librado al juicio de su propia conciencia y, en su caso, a los imperativos devinientes de su moral y religión.

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

La pública promesa de cuasi estado de matrimonio puede revocarse unilateralmente sin expresión de causa, antes de la celebración del matrimonio civil. La revocatoria se efectúa ante el mismo juez que emitió la resolución respectiva y surte efecto cuando ha sido notificado el otro prometido. La revocatoria se inscribe en la sección a la que se refiere el artículo 3.»

¿Pero cuál es la sustancia jurídica de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio? ¿Qué es?

Desde luego no es un matrimonio, pero apunta a él. Tampoco son los esponsales del Código Civil de hoy, pero con mayores efectos se inspiran en ellos.

En realidad se trata de una institución jurídica novedosa e inédita, y a la que hemos debido arribar como consecuencia de la crisis del matrimonio de los menores en nuestro medio.

No hemos hallado pública promesa de cuasi estado de matrimonio en ninguna de las legislaciones o temas que sobre matrimonio hemos investigado, en el sistema jurídico romanogermánico, en el anglosajón y norteamericano, tampoco en el socialista o en el musulmán. La pública promesa de cuasi estado de matrimonio es una institución pionera y que con cargo a una rigurosa evaluación puede constituir parte de un nuevo derecho de emergencia en el ámbito de la familia y del menor.

Por ella, por la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, los protagonistas que proyectaban casarse, y que por sana y prudente conclusión de una investigación judicial no se encuentran aún aptos,

se obligan a la fidelidad y a la asistencia recíproca. La ley no destruye su proyecto de amor. Como el Estado debe cautelar los mejores logros de toda unión marital, los invita a persistir reflexivamente en su proyecto. No les impone en absoluto a los prometidos ninguna relación de débito sexual, ni tampoco de domicilio común, porque entiende que tal proceder, que corresponde a lo más íntimo de cada cual, debe quedar librado al juicio de las propias conciencias y según el caso a los imperativos que devienen de la moral y la religión, aspecto que la propuesta respeta absolutamente.

De otro lado, digamos que el fundamento del matrimonio no es otro que el amor. El consentimiento recíproco matrimonial que se dan los cónyuges «es un sí a lo que es el otro». Es ese ser personal distinto a mí al que yo acepto para integrarme en su historia. Es la dimensión humana y espiritual del otro la que repercute en lo más íntimo de mi conciencia, estimula y motiva mi voluntad para decirle sí. En tal sentido, por el matrimonio la peculiar paradoja de ser dos se resuelve y simplifica declarando que queremos ser uno. Pero es imposible que el matrimonio perdure si ese «sí» no se ha sustentado en las fuerzas y en las potencias morales del ser humano, en la importancia de «quererte por lo que eres».

Cuán distinto y cuán lejano está lo dicho, respecto de cualquier categoría patrimonial o económica. Por ello la propuesta ha cuidado que la resolución judicial de pública promesa de cuasi estado de matrimonio, mientras rija, no produzca entre los prometidos ningún efecto patrimonial. Y es que lo efímero de la materia no debe contribuir a la decisión matrimonial. La perduración del matrimonio está vinculada a que la aceptación recíproca se haya encontrado arraigada en las fuerzas que provienen del alma. Por ello, y jurídicamente hablando, la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, en materia económica, no modifica la condición de los prometidos, de modo que ellos son «dos extraños entre sí para la ley».

La propuesta es extrema, e incluso prescribe que ni siquiera hay efecto alimentario entre los prometidos salvo la norma de elemental supervivencia prevista en el artículo 414 del Código Civil, que concede

fugaces beneficios, complementada por lo pertinente del artículo 101 del Código de los Niños y Adolescentes.

En otro aspecto, no podemos sino reafirmar que el ser personal es un ser libre. En lo posible ningún mecanismo jurídico debiera impregnar la transparencia de su decisión para contraer matrimonio.

Por ello, la pública promesa de cuasi estado de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, e incluso sin expresión de causa puede revocarse unilateralmente hasta antes de la celebración del matrimonio civil. Pero tal revocatoria, que se efectúa ante el propio juez que dictó la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, sólo surtirá efecto cuando haya sido debidamente notificado el otro prometido. Ello con el obvio propósito de evitar errores, perjuicios, fraudes y todo acto premunible de mala fe.

Por último, resulta evidente que la revocatoria de la pública promesa, notificado que fue el otro prometido, deberá ser oficiada por el juez al municipio respectivo para su anotación en el margen del asiento correspondiente, pues sano es para el derecho que las cosas se deshagan conforme se hicieron.

Comentario del artículo 5

«*Artículo 5.*– Si la solicitud para el matrimonio del menor se sustentó en causa de embarazo o en la declaración de tener uno o más hijos nacidos, el juez especializado, bajo responsabilidad, procederá en el día a dirigir, ejecutar y asegurar la respectiva inscripción de filiación en el registro especial del estado civil. Tal inscripción produce en favor de los hijos todos los efectos de la filiación matrimonial.

Ambos padres quedan obligados a alimentar a los hijos. En el mismo procedimiento de pretensión de matrimonio, el juez especializado, basado en la investigación psicosociomoral, y tras interrogar a los pretendientes, fijará las cuotas de las pensiones respectivas. Tal resolución judicial tiene valor de sentencia.

Para regular jurídicamente estas relaciones, son de aplicación

las normas del Código Civil y las del Código de los Niños y Adolescentes.

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

Ha quedado definido lo que es una pública promesa de cuasi estado de matrimonio. Igual, su sentido jurídico.

Empero, ocurre, y con gran frecuencia (las estadísticas del capítulo 8 de este libro hablan de 75,6% de embarazos), que es la gestación la razón primera por la que los menores recurren al matrimonio. Parece entonces importante que la propuesta de ley aborde el tema.

La vida –desde la concepción– es un don, un derecho natural. Un sujeto, una persona humana, no debe dejar de gozar de los derechos fundamentales, inherentes, totales, que le son propios.

En consecuencia, los hijos lo son de sus padres, y acreditado ello, lo son con todos los derechos.

En este orden de cosas, si algún menor y su pareja se apersonan a pedir matrimonio, y entre ellos hay prole concebida o nacida, y estando ante la obvia aceptación de la paternidad y maternidad, el juez debe en el día dirigir, ejecutar y asegurar la inscripción de la filiación en el registro especial del estado civil. La propuesta declara que tales hijos tienen todos los derechos de la filiación matrimonial, pues la paternidad y maternidad aparecen rotundamente admitidas.

Desde luego, si existe paternidad y maternidad tan voluntariamente admitidas, resultan indiscutibles los derechos de tales hijos. Con el derecho al nombre, que queda comprendido en el acto de inscripción antes señalado, aparece el derecho alimentario, entendiendo por alimentos todo el contenido conceptual del artículo 472 del Código Civil, complementado con el numeral 101 del Código de los Niños y Adolescentes.

La propuesta obliga alimentariamente a ambos padres respecto de tal hijo, pero como ocurre que no hay estado de pública promesa de

cuasi estado de matrimonio sin investigación psicológica, social y moral del caso, es éste el momento en que con fundamento el juez fijará las cuotas de las pensiones alimenticias respectivas, dando prevalencia al uso de los artículos 479 del Código Civil y 102 del Código de los Niños y Adolescentes. Tal resolución judicial, que tiene valor de sentencia, pretende en lo posible prevenir nuevos juicios de alimentos, su tramitación, costos y otras dificultades.

Sobre la materia antedicha –alimentos– la propuesta sostiene que para su regulación jurídica serán de uso, en lo que sean aplicables, las normas del Código Civil y las del Código de los Niños y Adolescentes.

Por último, la propuesta autoriza al juez –después de la investigación psicológica, social y moral–, en los casos en que hay hijos nacidos, a determinar a cuál de los padres confía lo que resulte conveniente en materia de patria potestad.

Comentario del artículo 6

> «*Artículo 6.*– El hijo concebido durante la vigencia de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padres a los prometidos. Tal hijo tiene respecto de sus padres todos los derechos de la filiación matrimonial. Para contestar o reclamar la paternidad o maternidad serán de uso, en cuanto sean aplicables, las normas contenidas en el Código Civil.»

La propuesta se inspira absolutamente en la trascendental presunción *pater is est quem nuptiae demostrant.* Es decir, «el padre es el que señalan las nupcias».

La pública promesa de cuasi estado de matrimonio surge por la libre voluntad prenupcial de los prometidos y es la antesala del matrimonio. Pero ocurre, y quedó ya dicho, que impone el deber recíproco de la fidelidad. La fidelidad entre los prometidos se presume, de modo que el estado de embarazo o gestación, salvo prueba en contra, se imputa al prometido. Siguiendo la concepción del Código Civil, la

presunción de imputación de paternidad del prometido se prolonga hasta dentro de los trescientos días siguientes a la culminación de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

Por ello es que la propuesta sostiene que el hijo concebido durante la vigencia de tal pública promesa o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padres a los prometidos.

Adviértase que por un prurito de seguridad jurídica el fraseo «tiene por padres» involucra al padre y a la madre. Evidentemente el hijo concebido durante la vigencia de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio tiene todos los derechos de la filiación matrimonial, salvo que judicialmente se destruya la presunción comentada.

Para tal efecto, la propuesta ha cuidado de conceder al prometido, prometida e hijo, las acciones comunes existentes hoy en nuestra legislación civil; por ello afirma que para contestar o reclamar la paternidad o maternidad serán de uso, en cuanto sean aplicables, las normas contenidas en el Código Civil, haciendo referencia, sin duda, principalmente a los artículos 363, 371 y 373.

Comentario del artículo 7

«*Artículo 7.*– Cuando los prometidos alcanzan la mayoría de edad, o si la investigación a la que se refiere el artículo 2 lo ha previsto para antes, y si a criterio del juez se han cumplido las reglas de consejo y conducta a las que se refiere el artículo 3, éstos pueden convertir la pública promesa de cuasi estado de matrimonio en matrimonio civil, por el mérito de su presentación personal ante el alcalde y de la entrega de copia certificada de la resolución judicial respectiva, así como de los demás documentos que señale la ley.

Con la conformidad de la presentación de los instrumentos antes mencionados, el matrimonio se celebrará públicamente ante el alcalde respectivo, obviándose cualquier otro requisito. El alcalde, luego de preguntar sobre su voluntad final a los contrayentes y hallándola afirmativa, los declarará esposos ante la ley. Los efectos

civiles de este matrimonio se retrotraen a la fecha de la inscripción de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, si durante dicho lapso los pretendientes han hecho vida común.»

El juez, con el asentimiento de los pretendientes, ha dictado resolución estableciendo la pública promesa de cuasi estado de matrimonio. Una investigación psicológica, social y moral lo ha motivado para ello. Ha concluido que el menor investigado o carece de aptitud psicológica o son insuficientes su sustento material y recursos económicos, o tal vez aprecia algún déficit en lo axiológico. Puede ser una sola de estas causas, o que ellas se entremezclen.

Pero llegada la mayoridad, se asume plena capacidad jurídica, y en consecuencia el menor podrá peticionar la realización de su matrimonio civil. Tal vez el matrimonio pueda celebrarse antes de la mayoridad si a criterio del juez los pretendientes han cumplido las reglas de consejo y conducta pertinentes.

Por ahora digamos que en tales casos el pretendiente podrá convertir su *status* de pública promesa de cuasi matrimonio, en matrimonio civil.

Para ello, además del consentimiento expreso de los contrayentes, se requerirá de la presentación ante el alcalde de copia certificada de la resolución de pública promesa de cuasi estado de matrimonio; a ella añadirá la partida de nacimiento y los otros documentos administrativos que exija la práctica municipal.

Pues bien, el pretendiente ha cumplido con presentar todos los documentos exigidos por la ley; en tal estado, la propuesta sostiene que el matrimonio se podrá celebrar públicamente ante el alcalde respectivo.

Ahora el pretendiente no es más tal; es contrayente, pues va a contraer el matrimonio.

La ceremonia será más bien breve pero pública. Se trata de la publicidad como garantía de la idoneidad de la celebración. Al sano derecho le interesa que todo esté en su lugar y particularmente que no exista duda sobre la absoluta libertad con que los contrayentes proceden en cada momento.

Obviamente lo fundamental consistirá en la pregunta del alcalde a cada uno de los contrayentes con respecto a su voluntad de contraer matrimonio. Y si la respuesta es afirmativa, los declarará esposos ante la ley.

Es éste el momento en que se extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y, aun cuando la propuesta no lo diga explícitamente, cuando menos por dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar, tal como lo ordena la tradición jurídica en nuestro medio.

Comentario del artículo 8

> «*Artículo 8.*– En caso de disolución de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, y si existen hijo o hijos concebidos o nacidos durante ésta, el juez especializado determinará a cuál de los padres confía el hijo o hijos, a no ser que por el bienestar de ellos los encargue a una tercera persona, y resolverá lo concerniente a la patria potestad, sin perjuicio de lo establecido para la obligación alimentaria en el artículo 5.
>
> De otro lado, si la pública promesa de cuasi estado de matrimonio se disuelve por culpa exclusiva de uno de los prometidos, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a tercero, son de aplicación las reglas del artículo 240 del Código Civil.»

Ha quedado dicho en el comentario y en el artículo pertinente que la pública promesa de cuasi estado de matrimonio puede disolverse unilateralmente. Ni siquiera se requiere expresar la causa. La propuesta de ley analiza la hipótesis de que tal disolución ocurra existiendo hijo o hijos de los prometidos. Se trata entonces de establecer a quién se confía el hijo o hijos.

Como quiera que la revocación de la pública promesa del cuasi estado de matrimonio se efectúa ante el mismo juez que la dictó, es en este juzgado donde obra el precedente de la investigación psicológica, social y moral cuyos fundamentos y conclusiones provocaron el régimen

que se revoca. Estos antecedentes, además de una nueva sumarísima apreciación de las circunstancias, son los elementos de juicio que le permiten al magistrado establecer a qué padre o madre confía los hijos, salvo que por el bienestar de éstos los encargue a una tercera persona.

La propuesta permite al juez tomar todas las decisiones necesarias en materia de patria potestad, sin perjuicio, desde luego, de incidir directamente en el cumplimiento de la obligación alimentaria de los padres en favor del hijo o hijos, en consonancia con lo prescrito en el artículo que se comenta.

Es claro que pese a la disolución de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, la propuesta intenta asegurar un adecuado régimen de patria potestad y de alimentos en favor del menor.

El segundo párrafo del artículo sanciona la culpa con que uno de los prometidos ocasiona daños y perjuicios al otro o a terceros.

La palabra *culpa,* según el propio A.G. Cornejo, suele ser usada latamente para designar toda violación de un deber jurídico, y entonces comprende así al *dolo,* que es la violación intencional y maliciosa, y a la *culpa* como tal, que es la infracción no intencional derivada de una acción u omisión voluntaria (negligencia, descuido, impericia, imprudencia o imprevisión). Es así, en sentido amplio, como la propuesta entiende el concepto de culpa, que para ser sancionable debe devenir como consecuencia exclusiva de la conducta propia del culpable, sin olvidar la importancia de la relación de causalidad entre la culpa y el daño ocasionado.

Causado así el daño al otro prometido o a un tercero, pretender que ni aun en tales casos se sancione la responsabilidad equivale, dice el doctor Cornejo Chávez, «a defender la monstruosidad de que el derecho respete la libertad de quien obra malvada o ligeramente hasta el punto de sacrificar el legítimo derecho del prometido de buena fe».

Inspirada en las reglas del artículo 240 del Código Civil vigente, la propuesta prescribe entonces que la acción indemnizatoria debe interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa. El mismo plazo de un año es hábil para revocar las donaciones que se hayan hecho a favor del otro prometido por razón del matri-

monio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, igual que en los esponsales, se estará a lo prescrito en el artículo 1635 del Código Civil.

9.8.2 Impulso a la política educativa en pro del matrimonio y la familia

Artículo 1.– A partir del 1.° de enero de 199..., el sistema electoral nacional no otorgará libreta electoral a ningún peruano sin la presentación del Certificado legalizado civicopedagógico del Curso Familiar sobre Orientación para el Amor y la Sexualidad Matrimonial.

El presente artículo será reglamentado en un término no mayor de ciento veinte días desde la dación de la presente ley.

Artículo 2.– A partir del año escolar 199..., inclúyase en la currícula oficial del Plan de estudios del sector Educación, el Curso de Orientación Biopsicoeticosexual y Social para el Matrimonio y la Familia. Dicho curso se dictará, con carácter obligatorio, en el país a todos los educandos, conforme lo prescriba el reglamento respectivo a dictarse dentro de los ciento veinte días siguientes a la dación de esta ley.

Comentario de los artículos de esta propuesta

Si la familia está en crisis es porque el matrimonio está en crisis. ¿Por qué fracasan los matrimonios? En realidad las razones son diversas. Para la maduración y perduración de un matrimonio concurren motivos culturales, educacionales, éticos y morales, psicológicos (que tantas veces tienen que ver con la personalidad, el carácter, el temperamento), sexuales, biológicos, económicos y demás. Empero, rescatamos nuestra preocupación por los aspectos educativos y por los psicológico-afectivos, sin soslayo de ninguno de los otros.

La primera, la más importante y la más grande revolución que puede intentar el ser humano es *su propia revolución interior.* Si a partir de un trascendental plan educativo profundamente humanista no cambia la mentalidad de nuestras conciencias, las reformas quedarán ineficaces y perecerán en el papel. De ahí la importancia de una acción

educativa consciente y profunda en pro del matrimonio y la familia en el Perú.

En tal línea es que la propuesta sostiene que a partir del 1.° de enero de 199..., el sistema electoral queda prohibido de otorgar libreta electoral a ningún peruano, sin que éste exhiba el denominado Certificado legalizado civicopedagógico del Curso Familiar sobre Orientación para el Amor y la Sexualidad Matrimonial. Algo más que ideas, sobre el contenido del citado curso, aparecen en este capítulo del libro.

La propuesta añade que un reglamento a dictarse ciento veinte días después de la promulgación de la ley respectiva regulará lo concerniente al curso, cuya ejecución, por convenio, tal vez deba encargarse a la Iglesia, a las municipalidades, a las universidades y a otras entidades u organizaciones aparentes.

El otro artículo de la propuesta incide nuevamente en el aspecto fundamental que permita alentar una transformación radical en la comprensión del matrimonio.

La propuesta pretende introducir en la currícula escolar oficial del sector Educación, con carácter obligatorio, el Curso de Orientación Biopsicoeticosexual y Social para el Matrimonio y la Familia, dirigido a todos los educandos del país y adaptado según los casos a la realidad propia de nuestra sociedad pluricultural.

En páginas anteriores de este capítulo se han presentado conceptos que pueden contribuir a la implantación de la propuesta de la que habla el proyecto.

Adviértase que son cuatro los elementos componentes y claves del Curso de Orientación para el Matrimonio y la Familia. De un lado, lo biológico y todo el efecto en la constitución humana; de otro, lo psicológico y social, cuya repercusión es determinante en la vida de un ser; también la ética, cuyo sentido del deber y valoración son inestimables para la vida del matrimonio y la familia; y finalmente el estudio de la sexualidad, cuya fuerza moral, humana y creadora constituye uno de los más preciosos dones con que cuenta el hombre.

Iniciar a los educandos en todos estos conocimientos, alimentar seria y prudentemente sus nociones educativas, invitarlos a reflexionar

y a asumir la trascendencia de cada uno de estos conceptos, puede, ojalá, significar el inicio de una nueva experiencia en la búsqueda de transformar la mente y el corazón del hombre peruano. Si es así, para bien, los otros cambios vendrán por añadidura.

9.8.3 Comentario final

Si las propuestas que anteceden tienen algún mérito, éste reside en el propósito de coadyuvar a la plasmación de matrimonios maduros, sin olvidar resguardar con igual rigor los derechos naturales de la prole prematrimonial.

En verdad, la pública promesa de cuasi estado de matrimonio tiene para los prometidos y los suyos dos objetivos. El primero, para el varón y la mujer en edad núbil, retrasar la unión matrimonial a fin de mejor educarlos en la naturaleza y fines del matrimonio. Si así no fuera, tal plazo de espera habría resultado infructuoso *. Sólo así, con alguna probabilidad, la decisión será más madura. De otro lado, el *status* de pública promesa de cuasi estado de matrimonio se dirige vigorosamente a dotar a los hipotéticos hijos prematrimoniales de todos los derechos que corresponden a los hijos matrimoniales. Particularmente en lo que atañe al nombre, a los alimentos, a la patria potestad y al derecho sucesorio.

En el caso primero, la pública promesa de cuasi estado de matrimonio es un período de meditación, de estudio, de reflexión, en que las luces científicas y morales pretenden clarificar, mediante el magisterio de la enseñanza, la ruta no siempre fácil de la decisión matrimonial; en el otro sentido, pretende consagrar bajo la dirección del juez todos los derechos que corresponden a un hijo, tan pronto queda determinado el entroncamiento paterno-materno-filial.

---

* Es aquí donde asumen rol capital, en un caso, las reglas de consejo y conducta (art. 3 de la propuesta respectiva), y en ese mismo orden de ideas, la propuesta de impulso a la política educativa.

Al hijo, desde entonces, le corresponde, agregado a su nombre, el primer apellido del padre y el primero de la madre, y la prueba respectiva fluirá de la inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Igual derecho ostenta el hijo en materia alimentaria. Recibirá todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, y, sin duda, lo concerniente a la educación, instrucción y capacitación para el trabajo y también recreo. Ambos padres quedan obligados a alimentar a los hijos, y si el caso lo urge el juez podrá obligar a uno solo de ellos a que preste los alimentos, sin perjuicio del derecho a repetir y a hacer en su caso buen uso de los artículos 479 del Código Civil y 102 del Código de los Niños y Adolescentes. Cierto es, a tenor del Código Civil, que, cuando media pensión alimenticia por resolución judicial, ésta deja de regir con la mayoría de edad; empero, igual de cierto es que tal pensión subsiste cuando el sujeto prosigue con éxito una profesión u oficio, y cuando no se encuentra apto para atender a su propia subsistencia.

Por otro lado, al resolver el juez el estado de pública promesa de cuasi matrimonio determinará a cuál de los padres confía los hijos y discernirá sobre la patria potestad atendiendo a los intereses del menor. Por ella –por la patria potestad– los padres tienen el derecho y particularmente el deber de cuidar de la persona y bienes de los hijos menores, tan así, que ni aun en los casos de suspensión o extinción de la patria potestad se alteran los deberes de los padres para con los hijos (art. 470 del Código Civil, modificado por la 2.ª disposición final del Código de los Niños y Adolescentes, y vigente en cuanto a los deberes de los padres).

Cuando, producto de una resolución judicial, el magistrado confía los hijos y el ejercicio de la patria potestad a uno de los prometidos, en realidad, el otro queda, entre tanto, suspendido de la patria potestad, si para ello asumimos por analogía la racionalidad propuesta por el artículo 420 del Código Civil. Similar deducción sugiere el inciso 4 del artículo 466 –ratificado en lo dicho por el art. 83, inc. h, del Código de los Niños y Adolescentes–, en concordancia con el artículo 340,

ambos del Código Civil, que suspenden de la patria potestad a uno de los cónyuges en caso de decaimiento del vínculo matrimonial (separación de cuerpos y divorcio absoluto). Empero, y para la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, en caso de suspensión, tal como enseñan el modificado artículo 471 del Código Civil y el 85 del Código de los Niños y Adolescentes, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que la motivaron.

Nada de lo escrito invite a imaginar un ejercicio arbitrario de la patria potestad, sin la rendición administrativo-económica suficiente y oportuna. Si medió patria potestad durante la pública promesa de cuasi estado de matrimonio y ésta no devino en enlace civil, el prometido o la prometida que ejerció la patria potestad quedará obligado a hacer inventario judicial de los bienes del hijo o hijos, sin que pueda contraer nuevo matrimonio válido si no satisface la exigencia de la ley (art. 441 del Código Civil).

En materia sucesoria baste decir que los hijos admitidos por los padres como tales en la pública promesa de cuasi estado de matrimonio son herederos forzosos, y por tanto les corresponden todos los derechos que la ley consagra para los hijos matrimoniales.

Finalmente, valga reiterar que la propuesta que se comenta procura, más que retrasar en sí la oportunidad de los matrimonios, hacerlos ciertamente más responsables y maduros, en medio de una crisis de la familia que corroe sin piedad los fundamentos morales de la sociedad y la institución matrimonial *.

---

* De desear es la pervivencia del vínculo marital, empero la situación es crítica. Si bien una revisión de «Divorcios inscritos según meses» en el Concejo Provincial de Lima, 1990 (Municipalidad de Lima Metropolitana, *Boletín de Estadísticas Vitales 1988-1990*), nos refiere el dato de que en el último trimestre de dicho año sólo hubo veinte divorcios judiciales inscritos en la municipalidad, sabemos bien que la situación es otra. Ocurre que miles de parejas matrimoniales no llegan al Poder Judicial por razones de *status* o decoro social; otras porque la «prueba para el divorcio» no es suficiente para el derecho o porque «el hecho agraviante» no es tal para la ley; en incontables casos porque mejor conviene pactar «el divorcio oculto por el bien de los hijos»; en tantos otros por una arraigada y digna convicción católica que para alguno de los esposos imposibilita la disolución del vínculo; y en miles si no infinidad de

A lo largo de este estudio hemos ponderado nuestra devoción por la trascendencia absoluta del consentimiento como causa jurídica eficiente del matrimonio. A propósito de ello debemos permitirnos un respetuoso pero firme llamado de atención a la norma penal (art. 178, Código Penal de 1991). Nos referimos al párrafo tercero del numeral 178 del Código Penal, que, inspirado en el derogado artículo 204 del precedente Código Penal peruano de 1924, dice:

> «Violación de la libertad sexual.
>
> Art. 178.– En los casos de los delitos comprendidos en este Capítulo [diversas modalidades de delitos contra la libertad sexual] el agente será sentenciado, además, a mantener a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil.
>
> El agente quedará exento de pena si contrae matrimonio con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder de sus padres o tutor, o a un lugar seguro. La exención de pena a que se alude se extiende a los co-autores.»

Bueno es preguntarnos:

¿Ese consentimiento del agente violador merece ser reputado en todo caso como diáfano? ¿Es un sí matrimonial envuelto en la dicha de quien con autenticidad quiere construir y realizar un hogar?

¿No es éste el caso en que el sujeto que asiente ha sido penalmente querellado y pende sobre él condena? ¿Será, en todos los casos, el amor la causa que anima su decisión?

Es importante en el Perú revisar ciertas tradiciones jurídicas, reglarlas tal vez distinto o mejor, por el bien de la familia.

---

oportunidades porque económicamente no es posible solventar las exigencias propias de un juicio de divorcio. La consecuencia de tantos matrimonios inmaduros, cuando no irreflexivos e impreparados, resulta en nuevas uniones esta vez concubinarias, proliferación de hijos extramatrimoniales, a menudo con graves y trágicas consecuencias morales y sociales para el matrimonio, la familia y la filiación en el Perú.

Sinopsis

La Familia

La familia, sociedad natural y primera, constituye, además de unidad jurídica, social y económica, principalmente una comunidad de amor y de solidaridad que, fundada sobre la unión válida de un varón y una mujer, resulta insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, sociales, espirituales y religiosos. La familia es fundamental para la realización personal del ser humano.

Tiene derechos propios que son inalienables.

Tipos de familia

No resulta propio hablar de un solo tipo de familia peruana.

En la costa parece predominar la familia nuclear, de carácter monogámico, influenciada por principios y preceptos occidentales y cristianos, sin perjuicio –en tantos casos– de la presencia de matices culturales autóctonos.

En la sierra –sin que resulte regla absoluta– impera más bien la familia extensa. Los núcleos humanos son pequeños y resulta fácil el conocimiento personal recíproco. El parentesco es protagónico. Muchas veces la familia deviene como consecuencia de un matrimonio procesual que suele ser monogámico. En la familia andina el parentesco

alcanza un muy importante fin social.

No hay una norma social que signifique un común denominador de tipo familiar para toda la selva peruana. En términos genealógicos se habla de hasta siete grandes familias amazónicas como fuente. Igual que en el Ande, parece imperar la denominada familia extensa.

El Código Civil peruano vigente apunta más bien a la regulación de la denominada familia nuclear.

Funciones de la familia

La familia, en medio de sus vicisitudes, como comunidad de amor y solidaridad insustituible, resulta núcleo esencial para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad. Es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social. El afecto recíproco entre sus miembros, la educación y la formación, son manifestaciones esenciales en la vida familiar y social. Y es dentro del matrimonio, fuente de la familia, donde se canaliza y engrandece el sentido y la dimensión del instinto sexual. De otro lado, la familia cumple una función económica en la vida en sociedad.

Crisis de la familia

La familia está en crisis. Un adecuado estudio y cotejo de los datos estadísticos resulta revelador.

La causa de la crisis es esencial y fundamentalmente moral y ética.

La crisis de la familia hunde sus raíces, además, en razones históricas y culturales.

Principal y singularmente las carencias del sistema educativo nacional, ausente de auténticos valores, es incapaz de transformar al hombre en la búsqueda de «un hombre bueno».

El machismo, la impreparación para el matrimonio, el nuevo rol de la mujer en la sociedad moderna, el trágico papel jugado por tantos medios de comunicación social, el problema crítico de la salud y la vivienda, el abrumador consumo de alcohol y el vicio letal de otras drogas, y, con ellos, el desempleo consecuencia del egoísmo y de un injusto sistema económico y social, producen, además, desnutrición, enfermedad, ignorancia y tal promiscuidad que truncan la estabilidad de los matrimonios, con la consecuente frustración de la familia.

Empero, la crisis de la familia no es exclusivamente un problema actual ni local, sino que su dimensión es mayor.

El menor

La vida es el sumo derecho del hombre. La vida humana comienza con la concepción. Como parte de un proceso, la minoridad y particularmente la adolescencia es una etapa crítica en el desarrollo de la vida, minoridad que en la legislación peruana termina a los 18 años.

El menor de edad es persona humana dotado de un espíritu trascendente y de potencias psicológicas que le permiten una dimensión afectiva, intelectual, ética y social.

Posee, a su vez, un cuerpo sujeto a procesos biológicos, orgánicos y morfológicos.

Es sujeto de derechos y deberes y ostenta una dignidad que es inherente e intrínseca.

El menor y la psicología

Según la moderna psicología:

a) Sin perjuicio de signos previos, es aproximadamente entre los 11 y 14 años de edad el momento en que en el menor aparecen una serie de transformaciones mentales muy importantes, y la oportunidad en que se dan la primeras muestras de su capacidad filosófica sobre la vida y sobre su situación existencial.

b) Empero, el sentido moral del menor se desarrolla mejor cuanto más amplios sean los conocimientos que tenga y sus funciones físicas e intelectuales estén más desarrolladas, por lo que conviene ejercitarlas entre el primer y tercer año de edad.
Y es entre los 3 y 7 años de edad, la etapa adecuada para iniciar con el menor una educación moral activa de orden causal.
Sobre la premisa básica de que cada ser humano es un universo propio e irrepetible, por lo que resulta riesgoso generalizar, es aproximadamente a partir de los 14 años el momento en que el menor puede realizar juicios de valor y comienza a tener nociones de «derecho» y de «deber».

c) Son las etapas de la infancia y la adolescencia, estadíos de formación y épocas en que resulta de extraordinaria importancia la presencia de los padres, cuando no de la familia en su conjunto, o, en su caso, de otras personas o instituciones que supletoriamente intenten una atención responsable e integral del menor. Empero, la naturaleza y la dimensión de la familia natural y consanguínea resulta excepcional.

d) Los cambios físicos y fisiológicos obrados en la adolescencia determinan también cambios psíquicos.
Un signo particular dentro del desarrollo fisiológico es la aparición de la pubertad, que impacta con huella propia en el desarrollo psicosexual del adolescente. Con la pubertad los órganos reproductores obtienen madurez funcional.
La adolescencia, etapa propia de bruscos cambios orgánicos y de profundas modificaciones psicológicas, es un período crítico en que el individuo inicia búsquedas y exploraciones nuevas, intentado llegar a un acuerdo consigo mismo y con su entorno.

e) En términos generales, el proceso de raciocinio consiste en analizar una situación nueva y seleccionar y recordar los elementos que revisten importancia para un problema, de suerte que puedan tales ser manejados y combinados en forma adecuada para la solución de los casos.
Sin embargo, para que un razonamiento sea eficaz, el adoles-

cente, y en general la persona, debe haber aprendido los elementos más importantes de las experiencias pasadas. Por ello es que cuanto más amplias sean las experiencias pasadas, el razonamiento puede ser más maduro y los pensamientos más eficaces.

El menor y el trabajo

No es fácil precisar la antigüedad de que data el trabajo de menores. Los signos son muy antiguos. Pero la revolución industrial en la segunda mitad del siglo XIX ahondó tal fenómeno.

Causa del trabajo de los menores

Entre las causas que provocan el trabajo de los menores, se hallan, de un lado, el desquiciamiento moral del propio hombre protagonista de la historia, y de otro lado, el injusto sistema económico, asuntos en los que están trágicamente imbuidas las sociedades humanas.

No obstante, y consecuencia de ello, parece poco discutible que una causa evidente por la que los menores se vuelcan a la búsqueda de trabajo es la urgencia de satisfacer muy apremiantes necesidades propias del estado de pobreza. Lima es un caso típico con respecto a tal situación.

Menor, ocupación, frustración

Según el «Plan de acción nacional por la infancia, 1991», por razones de índole demográfica, como por la mayor participación de la mujer en la actividad económica, sólo para atender el crecimiento de nuestra población económicamente activa (PEA) en el período 1990-1995 (1 400 000 trabajadores) será necesario que el PBI crezca entre 5,9% y 6,4% como promedio anual.

De otro lado, se estima que el monto de inversión necesaria para incorporar el incremento de la PEA será del orden de 5 000 millones de dólares en el período 1990-1995 y de 8 000 millones en el período 1995-2000.

Matrimonio procesual

Es un hecho históricamente probado que en el antiguo Perú precolonial existió, y aún hoy en diversos lugares perdura, un tipo de matrimonio procesual instituido como forma de defensa de la familia y que a modo de prueba o ensayo permite uniones monogámicas frecuentemente estables.

Matrimonio católico

Con el descubrimiento de América, auspiciado por los Reyes Católicos, paulatinamente hará ingreso en esta parte del mundo el matrimonio católico, el mismo que en términos de principios se encontraba ya enunciado en las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio (1256-1263).

El concilio de Trento (1545-1563), afirmará el carácter de «uno, natural e indisoluble» del matrimonio católico, el mismo que formalmente se instituyó en América por real cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564.

Matrimonio, amancebamiento, violencia

Empero, las uniones maritales o pseudomaritales entre españoles e indias fueron muchas veces fuentes de abusos.

«Las desdichadas mancebas, y sus familias, eran engañadas por los españoles» (Bartolomé de las Casas). Y Garcilaso ha criticado con amargura la deslealtad de los españoles, quienes abandonaban co-

rrientemente a sus compañeras indias ante cualquier otra alternativa marital frecuentemente motivada por razones económicas.

Insurge así un significativo, pero no fácilmente mensurable –en cifras– número de hijos mestizos abandonados por sus padres.

Hegemonía del matrimonio católico

Como consecuencia de la convicción de la Iglesia en su credo y del trabajo evangelizador; apoyada, por qué no, también en su poder, a veces no bien conducido, el matrimonio católico se convertirá en matrimonio oficial en América y tendrá vigencia hegemónica. Será también admitido y reconocido como oficial y válido en la etapa de la Independencia, y por más de una centuria en el Perú republicano.

Matrimonio civil

El derecho natural, la Reforma y las ideas liberales en el siglo pasado en el Perú, erosionarán el concepto del matrimonio católico como único y válido. Así, paulatinamente asomará y se introducirá en nuestra normatividad jurídica el matrimonio civil como único y válido para el Estado en reemplazo del matrimonio católico, e insurgirá también en nuestra legislación el divorcio absoluto.

Elementos del matrimonio romano (Roma Antigua)

Sin perjuicio de la diversa tipología matrimonial de la Roma histórica y de la discusión sobre su naturaleza jurídica, destacaron en su estructura jurídica matrimonial el consentimiento, elemento subjetivo llamado *affectio maritalis,* así como el elemento objetivo, es decir, el respeto y consideración recíproca conocido como *honor matrimonii.*

Elementos del matrimonio canónico

El matrimonio canónico, desde el concilio de Trento es reputado como un contrato y un sacramento cuya causa eficiente es el consentimiento. Es una alianza matrimonial por la que los contrayentes constituyen un consorcio para toda la vida, ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. El matrimonio canónico es natural, uno e indisoluble. Su carácter *in fieri* está constituido por el contrato legítimo y el carácter *in facto* por la comunidad indisoluble entre marido y mujer.

Matrimonio canónico: validez del consentimiento

La moderna legislación canónica (1983), vela y se preocupa por la calidad y madurez del consentimiento. «Uso de razón», «discreción de juicio» y «causa de naturaleza psíquica» son temas vinculados a la incapacidad matrimonial (can. 1095, Código Canónico, 1983).

El asunto quedó reiterado en el sínodo de obispos sobre «La familia cristiana en el mundo de hoy», de 1980.

Elementos del matrimonio germánico

Sin perjuicio de la diversa tipología del antiguo matrimonio germano y de la discusión sobre su naturaleza jurídica, el *konsensche,* es decir, el consentimiento, se convirtió en elemento gravitante del sistema jurídico matrimonial.

Concepto natural de matrimonio

El matrimonio es un consorcio natural, imperfecto (por la naturaleza humana) y legítimo de comunión de vidas entre un hombre y una mujer aptos para contraerlo legalmente, los mismos que se unen en un

instituto de carácter permanente y de interés prioritario en la sociedad, el que de manera ordenada apunta a la realización de los seres humanos mediante una alianza existencial sustentada en el amor y la solidaridad, la misma que regularmente los provee o puede proveer de hijos con la responsabilidad substantiva de educarlos plenamente, y en el deber de concurrir entre esposos y entre éstos y sus hijos recíprocamente, con todo aquello a lo que, por años, cada uno tiene derecho a esperar del otro.

Signos del matrimonio del Código Civil peruano de 1984

Considéranse signos del matrimonio civil peruano el consentimiento libre, la monogamia, la distinción de sexos y la aptitud legal de los contrayentes. El matrimonio civil es un acto formal que importa el principio de la legalidad doctrinaria, y se halla conducido, con vocación de unidad, a la vida común regulando la igualdad jurídica de los cónyuges.

Naturaleza jurídica del matrimonio civil

Sin perjuicio de la importancia de las diversas concepciones jurídicas, reputamos al matrimonio civil como un acto jurídico familiar que, perteneciendo al ámbito de lo jurídico público, ostenta un grave y dominante interés social. Tal acto jurídico podrá, según lo determine la mejor doctrina, ser llamado bilateral, complejo, o en su defecto vinculado entre el negocio bilateral y el acto administrativo.

Matrimonio civil en el proyecto de Código de Vidaurre de 1834

Para el proyecto Vidaurre el matrimonio era un contrato natural y civil, a la vez sacramento, con el objeto de procrear y educar hijos. Por tal matrimonio los cónyuges se obligaban a vivir juntos, a la fidelidad y al auxilio recíproco.

No se podía contraer matrimonio antes de los 21 años, salvo dispensa racional y probada.

Matrimonio civil en el Código Perú-Boliviano de 1836

Para el Código de Santa Cruz el matrimonio se celebraba de conformidad con las normas del concilio de Trento. No podían contraerlo los hombres antes de los 14 años ni las mujeres antes de los 12.

Matrimonio civil en el Código de 1852

Para el Código Civil de 1852 por el matrimonio se unían perpetuamente un hombre y una mujer, quienes por el consentimiento recíproco se comprometían a hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana. El varón debía tener 18 años de edad y la mujer 16.

Matrimonio civil en el Código de 1936

En el Código Civil de 1936 no se encuentra una definición de matrimonio civil. Empero, los varones no podían contraerlo antes de los 21 años de edad, ni las mujeres antes de los 18, salvo dispensa por motivos graves.

El caso del Código Civil de 1984

Han quedado ya anotados los signos del matrimonio civil en el Código de 1984. Conforme a tal código, el varón y la mujer no pueden contraer matrimonio válido antes de los 18 años de edad, salvo dispensa por motivos graves.

Situación jurídica de los matrimonios de menores celebrados sin consentimiento válido

Tanto en el proyecto de Código Civil de Vidaurre, como en el Código de Santa Cruz y en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984, se halla la tendencia jurídica nacional a no invalidar los matrimonios de los menores que se casaron sin el consentimiento exigido por la ley.

El carácter de estos matrimonios se inscribe más bien en el segmento doctrinario de los denominados matrimonios ilícitos.

Signos de la doctrina romanogermánica para el matrimonio de menores

El sistema jurídico romanogermánico acepta y regula el matrimonio de menores, y en la actualidad, a modo de importantes signos propios, hallamos, por ejemplo:

a) En el Código Civil italiano:
   - preocupación y trascendencia respecto de la prueba de la «madurez psicofísica» y sus «fundamentos» a propósito del menor;
   - no exige el asentimiento matrimonial de quien ostenta la patria potestad o tutela, creándose así un precedente singular.

b) En el Código Civil francés:
   - los menores para contraer matrimonio requieren del consentimiento de los padres y el disenso equivale a la autorización. En defecto de los padres el asentimiento puede ser suplido por terceros, conforme a ley;
   - dentro del sentimiento jurídico y social francés el asentimiento de los padres es institución arraigada. Aunque el tema actualmente ha evolucionado, en tiempos anteriores aun los mayores de edad requerían del consentimiento para contraer matrimonio.

c) En el Código Civil alemán y en la legislación conexa:
   - se recomienda la no celebración de matrimonios de menores;

- se permite el matrimonio de los menores desde los 16 años de edad y siempre que el otro contrayente ostente cuando menos 18 años. Ello ha significado abandonar la tesis permisiva de matrimonios de menores aun cuando éstos no hubiesen cumplido 16 años de edad;
- para autorizar el matrimonio de menores el primer asunto fundamental para el Tribunal de Menores está referido a la «madurez psíquica» del menor, para luego, de inmediato, verificar la «capacidad económica suficiente» del citado pretendiente;
- el matrimonio del menor casado sin consentimiento de ley es matrimonio ilícito.

Signos de la doctrina anglosajona para el matrimonio de menores

El sistema jurídico anglosajón acepta y regula el matrimonio de menores, y en la actualidad, a modo de importantes signos propios, hallamos:

a) En el sistema jurídico inglés:
   - el matrimonio celebrado por un menor de 16 años es nulo.

b) En el sistema jurídico norteamericano (caso del estado de California):
   - los menores de 18 años de edad que desean contraer matrimonio, según cada caso y previamente, pueden ser condicionados a un proceso de consejería prematrimonial y de educación en temas relativos a las responsabilidades personales que devienen del matrimonio.

Signos del socialismo para el matrimonio de menores

El sistema jurídico socialista acepta y regula el matrimonio de menores, y en la actualidad, a modo de importantes signos propios, hallamos que:

- En el Código de Familia de Cuba, cuyo sistema es consonante con varios de los de la región americana, se declara la mayoridad a partir de los 18 años de edad; por excepción autoriza el matrimonio de los varones a partir de los 16 años y de las mujeres desde los 14, mas si la celebración del matrimonio de menores ocurre sin el consentimiento de los llamados a darlo por ley, tal matrimonio, pudiendo hasta un punto ser anulable, asume el carácter de ilícito.

Signos de la doctrina musulmana para el matrimonio de menores

El sistema jurídico musulmán acepta y regula el matrimonio de menores, y en la actualidad, a modo de importantes signos propios, hallamos que:

- El derecho musulmán no constituye una rama autónoma del conocimiento, sino que más bien expresa el rostro de la religión islámica.
- No se entiende a plenitud la acepción «matrimonio de menores», por cuanto para los musulmanes desde que se tiene capacidad genésica se está en aptitud de acceder a la relación marital.
- La mujer menor requiere para casarse del consentimiento expreso de su padre, o en defecto de éste del abuelo, del hermano mayor, del tío u otros. En tanto que el varón menor no requiere de tal consentimiento, pues «él conoce que en el Islam el casamiento es una responsabilidad».

Matrimonios de menores en el distrito judicial de Lima

La investigación a que se refiere este libro, sujeta al método de análisis de expedientes judiciales sobre matrimonios de menores en el distrito judicial de Lima, revela fundamentalmente, entre otros puntos, que:

- Son las mujeres menores de edad las que en un 93,9% de casos promueven judicialmente el matrimonio.

- La edad promedio con que éstas concurren al matrimonio es de 16 años y 7 meses.
- El estudio presentado refleja que en Lima judicial, en un 75,6% de matrimonios de menores se expresa como motivo grave para contraer matrimonio el estado de embarazo.
  Tal cifra puede ascender, según el propio estudio, hasta 98,7%, y dada la adolescencia de las madres gestantes ello conllevaría evidentes riesgos obstétricos y otros riesgos para la prole, como queda indicado en el trabajo.
- En términos de ingresos económicos, en un 94,6% de casos quien promueve el matrimonio de menores declaró como ocupación ser «estudiante escolar», estar dedicado a «su casa» o no la especificó. Ello anima a declarar una grave inconsistencia económica para el sostenimiento material del hogar conyugal. Agrávase la situación cuando el 35,8% de los «otros contrayentes», es decir, el otro miembro de la pareja, declaró ser «estudiante» o no especificó su ocupación, o cuando 27,2% de los encuestados manifestó recibir retribución de obrero en un panorama socioeconómico en el que el sueldo mínimo vital es de 132 soles.
- Finalmente la muestra revela que un 16,0% de matrimonios de menores, que en ningún caso se celebraron hace más de cinco años, ya no existen, en tanto que 32,0% subsisten en estado de una franca descomposición, produciéndose, por una causa u otra, un valor sumado estadístico de 48,0% de matrimonios de menores en estado crítico.

Paternidad responsable

La paternidad responsable, asunto gravitante en la vida familiar y social, supera largamente el concepto economicista por el cual el padre y la madre cuidan de no tener más hijos que los que puedan mantener. En cambio, se hace urgente subrayar, como elemento fundamental, la

responsabilidad de los padres sobre el desarrollo afectivo, psicológico, corporal, espiritual, ético, moral y social de sus hijos.

Educación y matrimonio

Estudios y experimentos especiales realizados demuestran el correlato existente entre educación y matrimonio. Queda evidenciado que las personas –jóvenes– de menor nivel educativo tienen más probabilidades de contraer matrimonio en la etapa de la adolescencia.

De otro lado, y en el aspecto específico de la sexualidad, la educación sexual del niño, oportuna desde aproximadamente los cuatro años de edad, se hace indispensable. Por ello, el estudio sugiere la urgencia de concurrir, por lo menos, con dos niveles de medidas educativas:

a) La implementación de un Curso Escolar de Orientación Biopsicoeticosexual y Social, curso con carácter obligatorio a dictarse en todo el territorio nacional, sin traicionar en él el valor de la pluricultura que marca al hombre; y
b) La exigencia futura, a toda persona que solicite libreta electoral ante el sistema electoral nacional, de la presentación del Certificado legalizado civicopedagógico del Curso Familiar sobre Orientación para el Amor y la Sexualidad Matrimonial.

Aspectos relacionados al diseño y oportunidad de ambos cursos aparecen en el texto de este trabajo.

Paternidad irresponsable

Estudios y estadísticas recientes a nivel nacional, y nuestro propio análisis, demuestran que en la familia peruana la imagen del padre se encuentra gravemente mellada. Es crítica la carencia y deficiencia del rol del padre en el hogar, cuando no su abandono de responsabilidades o ausencia absoluta. Sólo un 12% de jóvenes peruanos sindican al padre como «la persona más importante en la vida» (CEDRO, 1991-1992).

Madurez mental del menor

El artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, define al «niño» como «todo ser humano menor de 18 años de edad». Le reconoce una muy importante gama de derechos, pero admite textualmente que «el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado». Tal estado nos obliga a una severa reflexión sobre el tema, como antes lo hiciera Vidaurre en 1834 («¿Puede un niño de 14 años gobernar su casa, su familia? ¿Puede una pequeña niña cumplir con las obligaciones de su estado?») y como hoy, con la moderna psicología, lo hacen unánimemente los científicos entrevistados en este estudio, miembros del Departamento de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1992).

Elevación de la edad para contraer matrimonio

La orientación del derecho moderno tiende a elevar las edades mínimas para contraer matrimonio, como se aprecia en buena parte de la legislación europea investigada en este trabajo.

Pública promesa de cuasi estado de matrimonio

> «*Artículo 1.*– Se requiere el consentimiento expreso de uno de los padres para que el menor de edad pueda procurar contraer matrimonio. Si faltan los padres o son absolutamente incapaces, o han sido suspendidos de la patria potestad, corresponde dar el asentimiento a los abuelos y abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordia equivale al consentimiento. Contra la negativa de los ascendientes no hay recurso alguno.
>
> Si faltan los abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, resuelve el juez especializado del niño y del adolescente, quien también es competente para los casos

de menores expósitos, abandonados y en los demás en que la naturaleza de la situación irregular del menor lo justifique.

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

Artículo 2.– Formulada la pretensión, el juez especializado está facultado para reducir la solicitud de matrimonio civil a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

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

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

Artículo 3.– Cuando la resolución judicial reduce la pretensión matrimonial a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio, el juez especializado, previo asentimiento expreso de los pretendientes, procede a inscribir la resolución en la «Sección de pública promesa de cuasi estado de matrimonio» del registro civil del municipio respectivo.

En tal caso, los pretendientes deberán sujetarse en todo lo posible a las reglas de consejo y conducta que contiene y derivan de la resolución judicial denegatoria del juez.

Artículo 4.– Por la pública promesa de cuasi estado de matrimonio los prometidos afirman su compromiso matrimonial y se deben fidelidad y asistencia recíproca. La ley no impone a los prometidos el deber de cohabitación ni fijación de domicilio común, y deja, en tal sentido, su proceder librado al juicio de su propia conciencia y, en su caso, a los imperativos devinientes de su moral y religión.

La resolución judicial de pública promesa de cuasi estado de matrimonio, mientras rige, no produce entre los prometidos ningún efecto patrimonial ni alimentario, excepto lo previsto en el

artículo 414 del Código Civil y el artículo 101 del Código de los Niños y Adolescentes, en lo que resulten pertinentes.

La pública promesa de cuasi estado de matrimonio puede revocarse unilateralmente sin expresión de causa, antes de la celebración del matrimonio civil. La revocatoria se efectúa ante el mismo juez que emitió la resolución respectiva y surte efecto cuando ha sido notificado el otro prometido. La revocatoria se inscribe en la sección a la que se refiere el artículo 3.

Artículo 5.– Si la solicitud para el matrimonio del menor se sustentó en causa de embarazo o en la declaración de tener uno o más hijos nacidos, el juez especializado, bajo responsabilidad, procederá en el día a dirigir, ejecutar y asegurar la respectiva inscripción de filiación en el registro especial del estado civil. Tal inscripción produce en favor de los hijos todos los efectos de la filiación matrimonial.

Ambos padres quedan obligados a alimentar a los hijos. En el mismo procedimiento de pretensión de matrimonio, el juez especializado, basado en la investigación psicosociomoral, y tras interrogar a los pretendientes, fijará las cuotas de las pensiones respectivas. Tal resolución judicial tiene valor de sentencia.

Para regular jurídicamente estas relaciones, son de aplicación las normas del Código Civil y las del Código de los Niños y Adolescentes.

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

Artículo 6.–El hijo concebido durante la vigencia de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padres a los prometidos. Tal hijo tiene respecto de sus padres todos los derechos de la filiación matrimonial. Para contestar o reclamar la paternidad o maternidad serán de uso, en cuanto sean aplicables, las normas contenidas en el Código Civil.

Artículo 7.– Cuando los prometidos alcanzan la mayoría de edad, o si la investigación a la que se refiere el artículo 2 lo ha previsto para antes, y si a criterio del juez se han cumplido las reglas de consejo y conducta a las que se refiere el artículo 3, éstos pueden convertir la pública promesa de cuasi estado de matrimonio en matrimonio civil, por el mérito de su presentación personal ante el alcalde y de la entrega de copia certificada de la resolución judicial respectiva, así como de los demás documentos que señale la ley.

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

Artículo 8.– En caso de disolución de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, y si existen hijo o hijos concebidos o nacidos durante ésta, el juez especializado determinará a cuál de los padres confía el hijo o hijos, a no ser que por el bienestar de ellos los encargue a una tercera persona, y resolverá lo concerniente a la patria potestad, sin perjuicio de lo establecido para la obligación alimentaria en el artículo 5.

De otro lado, si la pública promesa de cuasi estado de matrimonio se disuelve por culpa exclusiva de uno de los prometidos, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a tercero, son de aplicación las reglas del artículo 240 del Código Civil.»

Impulso a la política educativa en pro del matrimonio y la familia

«*Artículo 1.*– A partir del 1.º de enero de 199..., el sistema electoral nacional no otorgará libreta electoral a ningún peruano

sin la presentación del Certificado legalizado civicopedagógico del Curso Familiar sobre Orientación para el Amor y la Sexualidad Matrimonial.

El presente artículo será reglamentado en un término no mayor de ciento veinte días desde la dación de la presente ley.

Artículo 2.– A partir del año escolar 199..., inclúyase en la currícula oficial del Plan de estudios del sector Educación, el Curso de Orientación Biopsicoeticosexual y Social para el Matrimonio y la Familia. Dicho curso se dictará, con carácter obligatorio, en el país a todos los educandos, conforme lo prescriba el reglamento respectivo a dictarse dentro de los ciento veinte días siguientes a la dación de esta ley.»

Bibliografía

ABDALATI, Hammudah: *Luces sobre el islam.* Santiago de Chile, Planeta, 1990.

ACOSTA, José de: *De procuranda indorum salute.* Madrid, Atlas (Biblioteca de Autores Españoles), 1954.

ALARCÓN, Walter: *Trabajo infantil y economía familiar en los hogares populares de Lima.* Lima, Save the Children Fund (mimeo), 1988.

—— *Trabajo infantil y fracaso escolar.* Lima (mimeo), 1989.

ALLPORT, Gordon W.: *Psicología de la personalidad.* Buenos Aires, Paidós, 1965.

ALTAMIRANO, Juan: *Requisitos para el matrimonio de menores.* Lima, 1988.

ARIAS, J., y J.A. ARIAS BOART: *Derecho romano.* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1986.

BAMBARÉN GASTELUMENDI, Luis, y José GURRUCHAGA EZAMA: *Formación y orientación para el amor y la sexualidad. Guía para padres y maestros.* Lima, Conferencia Episcopal Peruana (Comisión Episcopal de Familia y Comisión Episcopal de Educación), 1991.

BARRY, Nicholas: *Introducción al Derecho romano.* Madrid, Civitas, 1987.

BASADRE, Jorge: *Historia de la República del Perú.* Lima, Editorial Universitaria, sin año.

BELLUSCIO, Augusto: *Derecho de familia.* Buenos Aires, Depalma, 1974.

BÉNABENT, Alain: *Droit civil. La famille.* Paris, Litec, 1984.

BEQUELE, Assefa, y Jo BOYDEN (directores): *La lucha contra el trabajo infantil.* Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1990.

BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico.* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943.

BONFANTE, Pietro: *Instituciones del Derecho romano.* Madrid, Reus, 1965.

BONNECASE, Julien: *La filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de familia.* Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1945.
BORDA, Guillermo: *Manual de Derecho de familia.* Buenos Aires, Perrot, 1952.
BROOKS, Fowler: *Psicología de la adolescencia.* Buenos Aires, Kapelusz, 1959.

CABANELLAS, Guillermo: *El contrato de trabajo.* Buenos Aires, Omeba, 1963.
CARIOTA FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico.* Madrid, Aguilar, 1956.
Carta de los derechos de la familia (documento vaticano). Lima, Comisión Episcopal de Familia, 1983.
CENTRO INTERNACIONAL PROSPECTIVE: «Familia y sociedad (fichas)», *Encuentro* (Lima), Centro de Proyección Cristiana, 7 (1980).
CHELODI, Juan: *El Derecho matrimonial.* Barcelona, Bosch, 1959.
CICU, Antonio: *El Derecho de familia.* Buenos Aires, Ediar, 1947.
Civil Code California. West Publishing Co., 1987.
CLEMENS DE BRICEÑO, Muriel: *Mundo interno, mundo externo: un eterno maltrato.* Lima, Cotadeni, 1990.
Código Civil italiano, de 1942 (derogado).
Código Civil italiano. Bresso, Tramontana Editora, 1981.
Código Civil peruano. Lima, M.A. de la Lama, 1852.
Código Civil peruano. Lima, J.E. Castañeda, 1978, tomo II.
Código Civil peruano. Lima, F. Guzmán Ferrer, 1984.
Código de Derecho Canónico, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983.
Código de la Familia de Cuba. La Habana, Ministerio de Justicia, 1987.
Concilio Vaticano II (documento vaticano). Bilbao, El Mensajero del Corazón de Jesús, 1965.
COOK, Noble David (versión paleográfica de): *Tasa de la visita general de Francisco de Toledo.* Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1975.
CORDERO R., Luis: «Antropología y Derecho familiar andino», *Advocatus,* Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, año I, primera entrega.
CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: *Derecho familiar peruano.* Lima, Studium, 1985.
—— «Familia y Derecho», *Revista de la Universidad Católica* (Lima), 15-16 (1987).
—— «La familia en la Constitución de 1979», *Derecho* (Lima), 35 (1981).

DAMMERT BELLIDO, José: Declaraciones a la televisión peruana. (22.7.1992).
DAVID, René: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Madrid, Aguilar, 1973.
DAVIDOFF, Linda: *Introducción a la psicología.* México, 1985.

DEBESSE, Maurice: *La adolescencia.* Barcelona, Oikos-tau, 1977.
DÍAZ MORENO, José María: «El matrimonio en el nuevo Código de Derecho Canónico», *Encuentro* (Lima), Centro de Proyección Cristiana, 27 (1983).
DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: «El negocio jurídico de Derecho de familia», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), 1962.
DUGUIT, León: *Tratado de Derecho constitucional.* París, 1927.

El Comercio (diario de circulación nacional), Lima, ediciones del 19.11.1989, 21.11.1989, 3.12.1989, 15.5.1990, 17.6.1990 y 25.6.1990.
Enciclopedia del hogar. Barcelona, Grulies International, 1972.
ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP, y Martín WOLFF: *Tratado de Derecho civil.* Barcelona, Bosch, 1979.
Evangelio de Jesús. Mateo 19, 5-6.

FÁBREGA Y GRAU, Ángel: *Historia de los concilios ecuménicos.* Barcelona, Balmes, 1960.
Familiaris Consortio (documento vaticano). Lima, Ediciones Paulinas, 1981.
FAY, H. M.: *El desarrollo del sentido moral en los niños.* Madrid, Ediciones Studium de Cultura, 1953.
FERNÁNDEZ ARATA, Manuel: *Conocimiento y actitudes sexuales de escolares adolescentes.* Lima, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1989.
FERRANDO, Delicia: *Los jóvenes en el Perú. Opiniones, actitudes y valores.* Lima, Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas, 1992.
——, Susheela SING, y Deirdre WULF: *Adolescentes de hoy, padres del mañana: Perú.* New York, The Alan Guttmacher Institute, 1989.
FLORES POLO, Pedro: *Tratado práctico de términos jurídicos.* Lima, Editorial Importadores, 1982.
FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio: *La ciudad antigua.* México, Porrúa, 1983.

GARCÍA IRIARTE, Jacinto: [Intervención en la] Semana Nacional de la Familia de la Conferencia Episcopal Peruana, Lima, 1992.
GARCILASO DE LA VEGA, Inca: *Comentarios reales de los incas.* Lima, Librería Internacional del Perú, 1959.
GÓMEZ T., Raúl: «¿Hacia un nuevo Código de Familia?», *Revista Cubana de Derecho* (La Habana), 34 (1988).

GONZALES CASTAÑEDA, Olga: *Violencia y maltrato infantil.* Lima, Saywa Editores, 1991.

GORBACHOV, Mijail: *Perestroika. Nuevo pensamiento para mi país y el mundo.* Bogotá, Retina, 1988.

GUTIÉRREZ CONDE, Alfonso: *Educación para el sacramento del matrimonio.* Caracas, Instituto Superior Salesiano de Filosofía y Educación, 1991.

HAURIOU, Maurice: *Principios de Derecho público constitucional.* Madrid, Reus, 1927.

HERSH, Richard, Diana PAOLITTO, y Joseph REIMER: *El crecimiento moral. De Piaget a Kohlberg.* Madrid, Narcea, 1984.

HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco: *Derecho romano.* Madrid, 1959.

HERRERA PAULSEN, Darío: *Derecho romano.* Lima, Tipografía Offset Sesator, 1984.

HORROCKS, John E.: *Psicología de la adolescencia.* México, Trillas, 1989.

HUG, Joseph: «El nuevo Código de Derecho Canónico: lo que tiene de nuevo y lo que no ha cambiado», *Encuentro* (Lima), Centro de Proyección Cristiana, 28 (1983-1984).

IGLESIAS, Juan: *Derecho romano. Instituciones del Derecho privado.* Barcelona, Ariel, 1982.

—— *Instituciones de Derecho romano.* Barcelona, Ariel, 1951.

JORS, Paul: *Derecho privado romano.* Barcelona, Labor, 1937.

KOHLBERG, Lawrence: *Desarrollo moral.* Barcelona, Martínez Roca, 1979.

—— «Desarrollo y educación de la moral», *Encuentro* (Lima), Centro de Proyección Cristiana, 47-48 (1988).

LA TORRE SILVA, Ricardo: «El menor en el antiguo Ande peruano», conferencia ante la Comisión para el Código de Menores presidida por el doctor Róger Rodríguez Iturri. Lima, 1989.

LEGER, Paul Emile, Joseph León SUENENS, y otros: *Iglesia, población y familia.* Santiago de Chile, Desal-Celap, 1967.

LORA DE AMES, Carmen: «La educación del niño: infraestructura, contenido y acciones pedagógicas», en *El niño en el Perú: presente y futuro.* Lima, La Se-milla (Centro de Estudios, Comunicación y Promoción Social), 1983.

MACERA, Pablo: *Historia del Perú.* Lima, Bruño, 1985.
MANNARELLI, María Emma: «Sexualidad y desigualdades genéricas en el Perú del siglo XVI», *Allpanchis* (Lima), 35-36 (1990), Instituto de Pastoral Andina.
MARZAL, Manuel: *Estudios sobre religión campesina.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y CONCYTEC, 1988.
MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD, y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976.
MCKINNEY, John Paul, Hiram FITZGERALD, y Ellen STROMMEN: *Psicología del desarrollo. Edad adolescente.* México, El Manual Moderno, 1982.
MENDELIEVICH, Elías: «El trabajo de los niños», *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra), vol. 98, n.º 4 (1979).
MERANI, Alberto: *Psicología y pedagogía.* México, Grijalbo, 1969.
MESSINEO, Francesco: *Código Civil italiano.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
—— *Manual de Derecho civil y comercial.* Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
MEZA CUADRA, Antonio: «Problemática de la salud en el desarrollo del niño», en *El niño en el Perú: presente y futuro.* Lima, La Semilla (Centro de Estudios, Comunicación y Promoción Social), 1983.
MONTERO DUHALT, Sara: *Derecho de familia.* México, Porrúa, 1985.
MUÑOZ, Fanny: «Dominar y/o evangelizar. Los jesuitas y la confesión católica», *Debates* (Lima), Departamento de Sociología de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 12-14 (1986-1988).

ORTOLÁN, M.: *Compendio del Derecho romano.* Buenos Aires, Atalaya, 1947.
OTS Y CAPDEQUÍ, José María: *El Estado español en las Indias.* México, Fondo de Cultura Económica, 3.ª edición, 1957.
—— *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano.* Madrid, Aguilar, 1969.

PARIAS, Louis-Henri: *Historia general del trabajo.* México-Barcelona, Grijalbo, 1965.
PEIRONE, Federico: *El islamismo.* Milán, Organización Gráfica, 1982.
PERÚ: *Decreto ley 23147 (16.7.1980),* derogatorio del Patronato Nacional.
—— *Decreto ley 23211* (24.7.1980), sobre relaciones institucionales vigentes entre la Iglesia católica y la República del Perú.
—— *Diario de debates del Congreso de la República,* sesión 48 (9.11.1920).
—— *Ley 9181* (27.9.1940), sobre autorización para matrimonio de menores.

PERÚ: *Plan de acción nacional por la infancia.* Lima, Viceo Impres, 1991.

PIAGET, Jean: *El criterio moral en el niño.* Barcelona, Martínez Roca, 1984.

——, P. OSTERRIETH, y otros: *Los estadios en la psicología del niño.* Buenos Aires, Lautaro, 1963.

PLANIOL, Marcelo, y Jorge RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés.* [La] Habana, Cultural S.A., 1946, tomo II.

PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho privado germánico.* Barcelona, Bosch, 1957.

PLAZAS DE TOVAR, Claudia Patricia, y Ana Elizabeth SCHICKLER DE CAMPO: *Causas de la desintegración familiar y ruptura matrimonial.* Bogotá, Cenfapal, 1983.

PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la: *Estudios sobre el contrato privado.* Lima, Cultural Cuzco, 1983.

PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español.* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953-1965.

RÉBORA, Juan Carlos: *Instituciones de la familia.* Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1946, tomo II.

RENARD, Georges: *Introducción filosófica al estudio del Derecho.* Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1947.

RIZZY, Miguel: *Tratado de Derecho privado romano.* Buenos Aires, Arístides Quillet, 1936.

ROBLEDA, Olís: *El matrimonio en el Derecho romano.* Roma, Editorial Università Gregoriana, 1970.

RODRÍGUEZ ITURRI, Róger: *Código didáctico de los niños y adolescentes.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

—— *Curso superior de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* Lima, 1984.

—— *Derecho de Familia* (Materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú). Lima, 1990, parte 1.

—— «La necesidad de un auténtico estudio integral de la realidad social del niño peruano», *Revista de la Asociación Nacional de Centros* (Lima), Asociación Nacional de Centros, 99-100 (1992).

ROMER, Karl: *La realidad alemana.* Gütersich, 1987.

ROSTWOROWSKY, María: *Doña Francisca Pizarro, una ilustre mestiza: 1534-1598.* Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1989.

—— *La mujer en la época prehispánica.* Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1988.

SANTA CRUZ, Andrés de: *Código Civil* (edición oficial). Lima, Imprenta de José Masías, 1896.

SARA-LAFOSSE, Violeta: «Crisis familiar y crisis social en el Perú», *Revista de la Universidad Católica* (Lima), 15-16 (1987).

SCHIBOTTO, Giangi: *Niños trabajadores.* Lima, Instituto de Publicaciones, Educación y Comunicación, 1990.

SCHILLEBEECKX, Eduardo: *El matrimonio. Realidad terrena y misterio de salvación.* Salamanca, Sígueme, 1968.

SERAFINI, Felipe: *Instituciones del Derecho romano.* Madrid, Espasa-Calpe, 1968.

SOTOMAYOR, Teófilo: *Diagnóstico y análisis crítico de la situación laboral de los menores hoy en Lima* (investigación inédita). Lima, 1992.

SWARTZ, Paul: *Psicología: el estudio de la conducta.* México, Compañía Editorial Continental, 1966.

The Encyclopedia of Religion. New York, Macmillan Publishing Company, 1987, volumen 7.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, Róger RODRÍGUEZ ITURRI, Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, y José A. GARIBALDI: *La familia en el Derecho peruano. Libro homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

VALEGA, José M.: *El virreinato del Perú.* Lima, Cultural Ecléctica, 1939.

VALVERDE, Emilio: *El Derecho de familia en el Código Civil peruano.* Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

VAN DEUSEN, Nancy E.: «Los primeros recogimientos para doncellas mestizas en Lima y Cusco: 1550-1580», *Allpanchis* (Lima), 35-36 (1990), Instituto de Pastoral Andina.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando: *Teoría general del acto jurídico.* Lima, Cultural Cuzco, 1985.

VIDAURRE Y ENCALADA, Manuel Lorenzo de: *Proyecto del Código Civil peruano.* Lima, Imprenta del Constitucional por Lucas de la Lama, 1834.

VON IHERING, Rudolph: *Espíritu del Derecho romano.* Buenos Aires, Revista de Occidente, 1947.

YÁÑEZ M., Ana María, Luz CAPUÑAY, Brisaida GALINDO, y Josefina AMES: *Los derechos de los niños en el Perú actual.* Lima, Imprenta Propaceb, 1991.

Adolescencia, matrimonio y familia
se terminó de imprimir en el mes de setiembre de 1995, en los
talleres de Servicio Copias Gráficas S.A. (RUC: 10069912),
Jr. Jorge Chávez 1059, Telf. 424-9693,
Lima 5, Perú.

PUBLICACIONES RECIENTES

Rodolfo Cerrón Palomino
La lengua de Naimlap
1995, 222 pp.

Pedro de Cieza de León
Crónica del Perú. Cuarta parte, «Las guerras civiles», vol. II, "Guerra de Chupas"
1994, 432 pp.

Luis Jaime Cisneros
El funcionamiento del lenguaje (2.ª ed.)
1995, 256 pp.

Manuel de la Puente y Lavalle
El contrato en general. Segunda parte. Tres tomos (Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XV)
1994, 1648 pp.

Guillermo Lohmann Luca de Tena
Derecho de sucesiones. Tomo I (Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVII)
1995, 320 pp.

Uldarico Malaspina
Matemáticas para análisis económico
1994, 352 pp.

José Luis Martínez Cereceda
Autoridad en los Andes. Los atributos del Señor
1995, 258 pp.

Manuel Marzal Fuentes
La utopía posible. Tomo II
1994, 828 pp.

Felipe Osterling y Mario Castillo
Tratado de las obligaciones. Primera parte. Cuatro tomos (Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVI)
1994, I (504 pp.), II (523 pp.), III (563 pp.), IV (542 pp.)

Carmen María Pinilla
Arguedas. Conocimiento y vida
1994, 284 pp.

Enrique Rojas Zolezzi
Los asháninkas. Un pueblo tras el bosque
1994, 362 pp.

Juan José Ruda Santolaria
Los sujetos de Derecho internacional
1995, 228 pp.

Ángel San Bartolomé
Construcciones de albañilería
1994, 338 pp.

Fernando de Trazegnies Granda
En el país de las colinas de arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho. Dos tomos
1994, I (662 pp.), II (618 pp.)

Desde 1980 ha ejercido el cargo de director de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y simultáneamente desde 1994 el de jefe del Departamento Académico de Derecho. En el desempeño de tales funciones los rectores de las universidades particulares del país lo eligieron representante de éstas ante el Consejo Nacional de la Magistratura, organismo constitucional del que actualmente es vicepresidente electo. En la especialidad de derecho familiar, preside una comisión consultiva de expertos del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, y en su trayectoria tiene señalada experiencia como asesor del vicepresidente del Comité Mundial de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, representante de la Iglesia católica ante los organismos de la especialidad del Consejo Nacional de Derechos Humanos y secretario ejecutivo de la Comisión de Familia de la Conferencia Episcopal Peruana. Ha sido consultor técnico de la comisión encargada de elaborar el vigente Código de los Niños y Adolescentes y jefaturó el área familiar y del menor de la Obra Humanitaria Misión Jurídica y Social de Paz, de la que es cofundador y presidente con licencia. Es miembro del Instituto Riva-Agüero.

Ha publicado el *Código didáctico de los niños y adolescentes* (1994), e ingresa a prensa su libro *Entre la vida y la muerte,* obra sobre derechos fundamentales y deontología jurídica, de próxima publicación.

Setiembre, 1995