

**EL IMPEDIMENTO ABSOLUTO PARA EL MATRIMONIO DE ADOLESCENTES
¿DETERMINA LA ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO POR
ADOLESCENTE PÚBER O, ÚNICAMENTE, SU ILICITUD?**

MARIA TERESA CORNEJO FAVA

Profesora de Derecho de Familia en la Universidad de Lima.

SUMARIO:

I. Presentación. - II. Condiciones para contraer matrimonio válida y lícitamente. - III. La pubertad: Condición natural de aptitud para contraer matrimonio válido y lícito. - IV. Capacidad e incapacidad de ejercicio en el Código Civil vigente. - V. El impedimento absoluto para el matrimonio de adolescentes. - VI. Los conceptos de "impúber" y de "adolescente". - VII. Una discrepancia conceptual. - VIII. Aproximaciones preliminares. - IX. La pubertad legal. - X. La pubertad en la legislación peruana. - XI. La adolescencia. - XII. La minoridad, la pubertad y la adolescencia en la legislación comparada. - XIII. Normativa peruana relativa al matrimonio de adolescentes púberes e impúberes. - XIV. Conclusiones.

I. PRESENTACIÓN

La comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

El matrimonio es, al mismo tiempo, un contrato y una institución. En razón de ser contrato se explica la importancia preponderante del consentimiento inicial; la aplicabilidad, al menos parcial, de la teoría de los vicios del consentimiento; la circunstancia de que no todas las nulidades son absolutas; y el hecho de existir una convención dirigida a crear obligaciones. En razón de ser institución se explica que sea, al mismo tiempo, obra del Estado y de la voluntad de los contrayentes; que la teoría de la invalidez aplicada al matrimonio sea aparte, aun cuando sea parcialmente, de la de los contratos en general; y que en la casi totalidad de legislaciones no puedan las partes modificar los efectos personales del matrimonio ni, en muchas de ellas, ponerle fin *ad libitum*.

Este instituto natural y fundamental de la sociedad es definido por el Código Civil cuando en su artículo 234 declara que "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común (...)" teniendo en el hogar al marido y la mujer "(...) autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

II. CONDICIONES PARA CONTRAER MATRIMONIO VÁLIDA Y LÍCITAMENTE

Ahora bien, para que el matrimonio pueda ser válido y lícitamente contraído es preciso que los contrayentes reúnan determinados requisitos cuyo objeto es garantizar en lo posible el cumplimiento de sus fines, la libertad del consentimiento con que se contrae, la sanidad de la raza, el respeto a fundamentales principios éticos y, finalmente, la estabilidad del organismo social.

Allí donde falta alguno de estos requisitos o condiciones se dice que existe un impedimento para el matrimonio. Así pues, el mismo problema es designado bajo el nombre de "condiciones para contraer matrimonio" si se le estudia en su aspecto positivo y con el de "impedimentos matrimoniales", si se le enfoca en su aspecto negativo.

Los impedimentos, entendidos como ausencia de las condiciones necesarias para celebrar matrimonio con arreglo a derecho, "(...) esto es, una causa por la cual no es posible contraerlo válido y lícitamente", han sido objeto de muy diversas clasificaciones: absolutos y relativos; temporales y perpetuos; impeditivos o prohibentes e impedimentos dirimentes; y, finalmente, de carácter privado o de orden público.

En el mismo orden de ideas, el Código de Derecho Canónico vigente hace referencia a la celebración válida y lícita del matrimonio, definiendo como impedimento dirimente aquel que inhabilita para contraer matrimonio válidamente, pudiendo ser este público u oculto.¹

Señala Dominique Le Tourneau que algunos impedimentos son de derecho natural, y no pueden dispensarse y que los demás son de derecho eclesiástico, es decir, establecidos por la autoridad eclesiástica, y pueden ser dispensados por la autoridad competente.

En su artículo "Impedimentos canónicos" expresa A. Boudinhon lo siguiente:

"La palabra latina impedimentum significa directamente cualquier cosa que dificulta o pone trabas a una persona, la que es un obstáculo para sus movimientos. En este sentido, el equipamiento de un ejército era llamado impedimento. El lenguaje jurídico aplica normalmente el término a cualquier impedimento a la libertad de acción de un agente, o a cualquier prevención de una acción, o al menos respecto de las acciones reguladas, de todo acto que la ley censura. Por lo tanto, el impedimento afecta directamente a la capacidad jurídica del agente, restringiéndola e incluso suprimiéndola por entero; indirectamente afecta a la acción misma, haciéndola más o menos defectuosa o incluso nula. Un impedimento produce su efecto en razón de un defecto; cesa cuando el agente ha recuperado legalmente su capacidad, sea por una dispensa o por su cumplimiento de las condiciones requeridas para el acto que deseaba cumplir. El impedimento, en otras palabras, la restricción o supresión de la capacidad jurídica del agente, puede surgir del derecho natural, o del derecho divino, o del derecho humano, eclesiástico o civil; sin embargo, es posible que ciertos casos de nulidad, ciertos defectos de actos que la ley censura, sean causados por la ausencia de un elemento constitutivo esencial; (...) Esta idea general de impedimento es aplicable plenamente a aquellas actas respecto de las cuales la ley regula la capacidad jurídica de los agentes (...)".

Con relación a la institución del matrimonio dice el mismo autor:

"La idea fundamental de un impedimento para el matrimonio está contenida implícitamente en las conocidas prohibiciones del Levítico y de algunos textos canónicos antiguos; más recientemente han podido ser descubiertas las bases de la célebre distinción entre impedimentos dirimentes, que hacen nulo e inválido el matrimonio, e impedimentos prohibitorios, que solamente lo hacen ilícito; (...) estos antiguos textos canónicos no aportan una lista completa de impedimentos, mucho menos una teoría sobre ellos. Es solo al final del siglo XII cuando encontramos, por primera vez, el uso de la palabra «impedimento» en su sentido técnico, junto con un catálogo de impedimentos matrimoniales (...)".

Aludiendo a la principal división que distingue entre impedimentos prohibitorios e impedimentos dirimentes, precisa Boudinhon que los primeros son "(...) aquellas que hacen ilícito un matrimonio, pero no disminuyen su validez (...)" en tanto que por los segundos se entiende "(...) los que hacen el matrimonio nulo e inválido (...)". Agrega el autor que el primero de ellos se contrae a los impedimentos propiamente dichos, constituyendo ellos incapacidades personales, algunas absolutas, otras relativas: "Das se refieren a la incapacidad física del sujeto: impubertad e impotencia".

Código de Derecho Canónico.- Canon 1006: "Antes de que se celebre el matrimonio, debe constar que nada se opone a su celebración válida y lícita".

Canon 1073: "El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente".

Canon 1076: "Se considera público el impedimento que puede probarse en el fuero externo, en caso contrario, es oculto".

III. LA PUBERTAD: CONDICIÓN NATURAL DE APTITUD PARA CONTRAER MATRIMONIO VÁLIDO Y LÍCITO

Una condición natural de aptitud para contraer matrimonio válido y lícito es la pubertad. Siendo la procreación uno de los fines principales de esta institución es lógico que, para el propósito de contraer matrimonio, sea necesario poseer la capacidad genésica. Como ella no se alcanza por todas las personas en la misma época, las leyes prefieren fijar una edad de pubertad legal, siguiendo la tradición romana.²

En cuanto concierne a este aspecto, la doctrina vinculada con el derecho canónico matrimonial ha señalado la conveniencia de tener en cuenta que la persona alcanza la madurez física para el matrimonio en un momento determinado de su vida, situación que comporta un problema de derecho natural y no simplemente de Derecho Eclesiástico. Ha precisado, asimismo, que sin tal madurez mínima el matrimonio es nulo por la misma naturaleza de las cosas y que –ante esta realidad– el legislador ha introducido el “impedimento de edad”, mediante el que se pretende convertir el hecho natural en norma legal, aproximando esta lo más posible a la raya divisoria que separa la capacidad de la persona con madurez para el matrimonio de la incapacidad de aquella que aún no ha logrado la madurez suficiente.

En este orden de ideas, para el logro del objetivo mencionado son tres las opciones que se ofrecen al legislador: (a) establecer como norma que cualquier persona puede contraer matrimonio cuando, de hecho, alcanza la madurez física y psíquica para el mismo (pubertad real), sin establecer norma general (pubertad legal); (b) establecer una edad igual para todos como presunción *iuris et de iure* de madurez, de modo que hasta que no se alcance esa edad mínima no es posible el matrimonio en ningún supuesto; y, (c) establecer tal edad mínima para todos como presunción *iuris tantum*, susceptible de dispensa en supuestos concretos.

Resulta de interés la referencia a la disputa doctrinal entre proculerianos y sabinitanos. Los primeros sostenían que debía adoptarse el criterio de la pubertad a través de una presunción legal general; los segundos se oponían al establecimiento de edades legales. Frente a tal disputa, Justiniano estableció la presunción *iuris et de iure* de que la mujer era núbil para el matrimonio una vez cumplidos los doce años y el varón al cumplir los catorce, sin que fuera posible infligir esta norma a través de la dispensa del caso concreto. Si bien en un inicio se adaptó a las normas locales, el derecho canónico acogió posteriormente el criterio justiniano como simple “presunción *iuris tantum*” de modo que si, en un caso concreto, se probaba que –antes de tales edades– el futuro contrayente tenía madurez física y psíquica suficiente para el matrimonio, se autorizaba este.

El Código de Derecho Canónico de 1917 consagró con claridad el impedimento de edad, distinguiéndolo del de impotencia y elevando la edad matrimonial a los dieciséis años para el varón y a catorce para la mujer, criterio con el que coincide el Código de Derecho Canónico de 1983. Así, en virtud de esta normativa el impedimento en cuestión se configura como la imposibilidad legal de celebrar matrimonio hasta que el varón y la mujer alcancen la edad mínima fijada con generalidad para el matrimonio, sin perjuicio de la posibilidad de su dispensa en supuestos concretos.

Respecto de la pubertad dice Boudinhon:

“Pubertad es el estado del desarrollo físico requerido para la generación. La edad de la pubertad varía con el individuo y el clima; la presunción legal fijada en el derecho romano

² En armonía con esta condición natural, el Código Civil en vigencia consagró normas relativas al impedimento de los impúberes para contraer matrimonio y a la anulabilidad del matrimonio contraído por estas personas. En efecto, el texto original del numeral 1 de su artículo 241 y el numeral 1 de su artículo 277 disponen, respectivamente, que no pueden contraer matrimonio los impúberes y que es anulable el matrimonio contraído por ellos.

es a los doce años para las niñas y a los catorce para los niños. La iglesia ha seguido esta regla o presunción, pero no ha puesto una edad fija a un impedimento propiamente dicho que haría inválido el matrimonio en cada hipótesis. Se presume que los jóvenes alcanzan la edad de la pubertad a los doce y catorce años; se presume que no la alcanzan antes de este tiempo; pero si de hecho la han alcanzado, y un matrimonio está necesitado de las circunstancias del caso (quando malitia supplet aetatem), el matrimonio es inválido sin dispensa. Formalmente la dispensa real de estos impedimentos se concede, pero con la condición de que la vida en común comience sólo más tarde”.

En el Título V de la Sección Primera de su Libro Primero el Código Civil vigente regula el tema de la capacidad y de la incapacidad de ejercicio de las personas naturales, declarando en su artículo 42 que tienen capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvedad hecha de las personas que, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 43 y 44, adolecen de incapacidad absoluta o de incapacidad relativa.

La normativa citada alude a los derechos civiles de las personas naturales a efectos de determinar su capacidad de ejercicio. En cuanto se vincula con tales derechos, interesa la referencia a la norma constitucional.

La Constitución de 1979, vigente a la fecha de promulgación del Código Civil, se ocupa de la persona y de la familia al tratar en su Título I de los derechos fundamentales de la persona. Entre ellos, consagra la Carta el derecho de toda persona a la integridad física, al libre desenvolvimiento de su personalidad y a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. En cuanto concierne a la familia, esta Constitución dispuso en su artículo 5 que el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural o institución fundamental de la Nación.

La Constitución de 1993 distingue, al tratar en su Título I de la persona y de la sociedad, entre derechos fundamentales de la persona, derechos sociales y económicos y derechos políticos.

Entre los derechos fundamentales de la persona consagrados por ella interesa resaltar el derecho de toda persona a su integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar y a la igualdad ante la ley así como la declaración contenida en el numeral de su artículo 2 en cuya virtud “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.³

Como expresión de los derechos sociales, la comunidad y el Estado brindan protección especial al niño y al adolescente, protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociendo a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Como se advierte de ambos textos constitucionales, la edad no ha sido considerada como elemento que constituya motivo de discriminación. Por el contrario, ella es estimada –entre otros– como sustento de las diferencias y de las limitaciones que puedan consagrarse por el ordenamiento jurídico, respecto de determinadas instituciones, precisamente para proteger la persona del menor de edad, es decir del niño y del adolescente.

En este orden de ideas, interesa citar la normativa consagrada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San

³ Concuerda con esta última norma el artículo V del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes vigente, promulgado por la Ley 27337, que declara –al establecer su ámbito de aplicación general– que “[...] se aplicará a todos los niños y adolescentes del territorio peruano, sin ninguna distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, posición económica, sexo, impedimento físico o mental, o cualquier otra condición, sea propia o de sus padres o responsables”.

José y por la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios.

En los numerales 1 y 2 de su artículo 17 la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto de San José⁴ declara: "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".

En su Preámbulo la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios⁵ recuerda el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que, textualmente, declara: "1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". 2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio".

Señala, asimismo, en este Preámbulo:

"Recordando asimismo que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 843 (IX), de 17 de diciembre de 1954, declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirmando que todos los Estados, incluso los que hubieren contraído o pudieren contraer la obligación de administrar territorios no autónomos o en fideicomiso hasta el momento en que éstos alcancen la independencia, deben adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, entre otras cosas, asegurando la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esposos de las jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueren del caso y creando un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios (...)".

En su artículo 2 esta Convención dispone: "Los Estados partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas 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".

Para el derecho canónico la edad constituye impedimento dirimente. En efecto, el canon 1083 que así lo dispone se ubica en el Capítulo III - De los impedimentos dirimientes en particular del Título VII del Código de Derecho Canónico. Este canon prescribe: "1. No pueden contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos. 2. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior, para la celebración lícita del matrimonio".⁶

⁴ Fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica del 07 al 22 de noviembre de 1969.

⁵ Fue abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII) de 07 de noviembre de 1962 y puesta en vigor el 09 de diciembre de 1964.

⁶ Haciendo uso de la norma contenida en el parágrafo 2 de este canon, que autoriza a las Conferencias Episcopales a establecer una edad superior a la general señalada en el parágrafo 1 del mismo, pero solo para la lícita celebración del matrimonio, la Conferencia Episcopal española ha dispuesto que la edad mínima para contraer lícitamente matrimonio en España se ajuste a la establecida en el Código Civil español, vale decir dieciocho años, tanto para el varón como para la mujer (artículo 11 del Decreto General de 7 de julio de 1984).

Comentando esta norma dice Le Torneau: "Édad: la edad mínima para contraer matrimonio es de dieciséis años cumplidos en el varón y catorce en la mujer. Las conferencias episcopales pueden establecer una edad superior, que afecta sólo a la licitud del matrimonio, pero no a su validez; es el caso de la conferencia episcopal española que ha decretado que "no podrán contraer licitamente matrimonio el varón y la mujer que no hayan cumplido dieciocho años". El impedimento desaparece por el mero transcurso del tiempo".

Como se puede apreciar, las normas antedichas establecen una edad mínima para contraer matrimonio y –secuencialmente– un impedimento, para este efecto, de las personas que no hayan alcanzado tal edad, a la que coinciden en denominar edad "núbil".

Similar situación se presenta en el ordenamiento peruano, del que nos ocuparemos en detalle con ocasión de desarrollar el tema del impedimento absoluto para el matrimonio de adolescentes, originalmente consagrado como referido a los impúberes.

Resulta suficiente señalar, por el momento, que en nuestro ordenamiento vigente la primera parte del artículo 46 determina el cese de la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años por el hecho de haber contraído matrimonio: se trata de los contrayentes que –teniendo dieciséis años cumplidos como mínimo y habiendo manifestado su voluntad de casarse– han obtenido, por motivos justificados, la dispensa judicial del impedimento de edad para contraer matrimonio.⁷

En efecto, en concordancia con esta norma el texto primigenio del numeral 1 del artículo 241 del Código Civil fijó como tal edad mínima dieciocho años cumplidos⁸, permitiendo excepcionalmente el matrimonio de varones y de mujeres con dieciséis y catorce años cumplidos, respectivamente, con dispensa judicial concedida por motivos graves. En virtud de modificación introducida en esta norma por la Ley 27201, tal dispensa judicial podrá otorgarse, por motivos justificados, siempre que ambos contrayentes tengan la edad mínima de dieciséis años cumplidos y que manifiesten su voluntad de casarse.

Respecto de la referencia a los impúberes de la norma original, sustituida por la mención de los adolescentes en su versión modificada, debe precisarse que ambas expresiones no tienen el mismo significado dado que responden a criterios diferentes y dado que –además– los adolescentes, entendidos como personas comprendidas entre doce y dieciocho años de edad, pueden ser impúberes o púberes. Así pues, este impedimento absoluto reviste actualmente una mayor amplitud que aquella que le confirió el texto primigenio de la norma consagratória: mientras según esta última no podían contraer matrimonio los impúberes, en aplicación de la disposición vigente no pueden hacerlo los adolescentes, sin que se haya considerado que no necesariamente se dará en ellos la condición de la impubertad.

En cuanto a tal requisito de la edad dice Rosa María De Andrade Nery: "Una de las causas de incapacidad de la persona, sujeto de derechos, es la edad. Como enseña Giorgio Oppo, toda la vida del hombre, espiritual y material, se desenvuelve en el tiempo y en los límites del tiempo, especificando las edades de la persona y las fases de su vida (...) Y todo eso interesa al Derecho y para el reconocimiento de la capacidad o incapacidad de la persona para ejercer sus derechos y obligaciones".

Son inherentes a la persona humana "(...) cinco atributos que la vuelven individual como sujeto de derecho (...) que le pertenecen de forma especial, (...) la vuelven, como sujeto de derechos y obligaciones,

⁷ En su versión original este artículo 46 dispuso que la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años y de las mujeres mayores de catorce años cesa por matrimonio. Resulta evidente que el primer caso comprende a varones y mujeres, en tanto que la segunda situación contemplada se refiere únicamente a mujeres comprendidas entre los catorce y los dieciséis años.

⁸ A esta edad, de acuerdo con su artículo 42, las personas adquieren la plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.

absolutamente distinta de las demás personas, proyectando en el espectro de la vida jurídica-social su cristalina posición de individuo (...)”.

La tratadista expresa que estos cinco atributos son la capacidad, el status, la fama, el nombre y el domicilio, señalando además que “Todo hombre nace sujeto de derechos y obligaciones, con capacidad para gozar de derechos y para encargar con responsabilidad los deberes y obligaciones, en virtud de la capacidad de derecho, que se inicia con el nacimiento de la persona (...) y termina con el fin de la personalidad o sea, con la muerte de la persona, fin del sujeto de derecho”.

Como bien dice la autora citada, “Puede, con todo, el sujeto no tener capacidad de ejercicio y, por razones de diversa índole, encontrarse incapacitado para el ejercicio de los actos de la vida jurídica. Las causas de incapacidad de ejercicio son variadas: pueden recarrear la idea del estado de salud física o mental de la persona o de otra especial situación que hace temporal o definitivamente imposibilitada de regir, por sí, su persona y bienes”.

Anibal Torres Vázquez expresa que la capacidad es la aptitud que tienen las personas para el goce y el ejercicio de los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico; que goza de un derecho el que es su titular; y que ejerce un derecho el que lo pone en práctica mediante los actos jurídicos destinados a producir algunos efectos. Añade que quien tiene capacidad puede adquirir derechos y contraer obligaciones así como ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones; que estos dos elementos, el goce y el ejercicio de un derecho, reunidos constituyen la plenitud de la capacidad de un sujeto en tanto que, separados, dan lugar a las capacidades de goce y de ejercicio, respectivamente.

Expresa el tratadista que no hay otro centro de imputación de deberes y derechos que no sea el ser humano; que él es tal desde su concepción hasta su muerte, independientemente de su consideración como persona por nacer (concebido), persona nacida, persona jurídica o agrupación de personas no inscritas; y que a este centro de imputación se le denomina “subjetividad jurídica”.

Es clásica la distinción entre capacidad de goce o jurídica, entendida como la aptitud para ser titular y gozar de los derechos subjetivos conferidos al sujeto por el ordenamiento jurídico, y la capacidad de ejercicio o de obrar, consistente en la aptitud para ejercer personalmente tales derechos.

En virtud de la capacidad de goce, jurídica o de derecho, el sujeto es titular de derechos, deberes y relaciones jurídicas, ya sea como sujeto activo (titular de derechos), ya sea como sujeto pasivo (titular de deberes).

En cuanto concierne a la capacidad de ejercicio, cabe distinguir entre capacidad natural o de discernimiento y capacidad legal, la que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad.

Dice Anibal Torres Vázquez con relación a la capacidad de ejercicio: “La capacidad de ejercicio presupone necesariamente la capacidad de goce; no se puede ejercitar un derecho que no se tiene. En cambio, la capacidad de goce puede existir sin la capacidad de ejercicio. Un sujeto titular de derechos puede ser còpaz o incapaz de ejercerlos. Por consiguiente, toda persona por el solo hecho de serlo tiene capacidad jurídica; sea un niño de corta edad o un demente, sea una persona física o jurídica; pero no toda persona que tenga capacidad jurídica tiene capacidad de ejercicio, no toda persona que tiene el goce de sus derechos civiles, como sucede, por ejemplo, con un niño o con un loco, tiene la capacidad de ejercicio de los mismos. Por ejemplo, un demente titular de un patrimonio carece de capacidad para venderlo, hipotecarlo, arrendarlo, etc.”.

Precisando que la capacidad de ejercicio puede ser general (capacidad atribuida para ejercer todos los actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico) o especial (capacidad atribuida para

determinados actos singulares) y que ambas pueden ser plenas o atenuadas, menciona el tratadista la situación de la persona que, habiendo cumplido dieciséis años, puede contraer matrimonio con la autorización de sus padres como un caso de capacidad especial de ejercicio atenuada, entendida como la capacidad que faculta realizar determinados actos con la asistencia o autorización de otras personas.

En cuanto concierne a la incapacidad, ella es definida por el citado autor peruano como la falta de idoneidad para adquirir un derecho (incapacidad de goce) o para ejercerlo (incapacidad de ejercicio). Señala que el incapaz no está en condiciones de concluir válidamente un acto jurídico, precisando que el acto realizado por una persona afectada de incapacidad de goce es nulo en tanto que el acto llevado a cabo por una persona carente de capacidad de ejercicio será nulo o anulable, según que su incapacidad sea absoluta o relativa.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, dice Carlos Fernández Sessarego, ponente del Libro de Derecho de Personas:

“El Código no define ni la capacidad jurídica ni la de ejercicio. Es tarea que se considera reservada a la doctrina. No obstante, cabe señalar que la capacidad jurídica, entendida como abstracta posibilidad de que goza la persona de disfrutar de todas las situaciones jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico, no tiene estricto correlato en la realidad. En efecto, ninguna persona puede gozar, durante el transcurso de su vida, de todos los derechos que en abstracto le atribuye la ley. A menudo tal imposibilidad proviene de su propia situación socio-económica. La persona humana, a pesar de ser ontológicamente libre, está condicionada por su mundo interior, su envoltura psicosomática y por su circunstancia. La libertad no es, en ningún caso, absoluta sino siempre relativa.

Es importante reafirmar que la aptitud para gozar de derechos, la capacidad jurídica, comienza con el nacimiento de la persona y que no existe ningún ser humano privado de ella. La muerte civil y la esclavitud son instituciones del pasado. Por lo demás, ellas no tienen que ver con la capacidad —que es inherente al hombre por el hecho de ser tal— sino con la mayor o menor libertad que se concede al sujeto. En todo caso, no se concibe la hipótesis de la incapacidad jurídica absoluta. Ella es sólo relativa, en relación a las específicas situaciones prescritas por la ley.

Se estimó también que era innecesario que el Código definiese la capacidad de ejercicio, entendida como la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto persona. De ahí que el Título regule sólo las casas de incapacidad de ejercicio y las reglas que le son atinentes”.

IV. CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

En el inciso 1 de sus artículos 43 y 44 el Código Civil declara como absolutamente incapaces, entre otros, a los menores de dieciséis años de edad, salvo para aquellos actos determinados por la ley, y como relativamente incapaces a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

En cuanto se refiere a los casos de incapacidad absoluta contenidos en sus tres incisos del artículo 43 citado, cabe citar, a modo de comentario, la Exposición de Motivos del Código Civil:

“(…) Los casos de incapacidad absoluta contenidos en los tres incisos del artículo cuadregésimo tercero tienen como fundamento la edad o salud de las personas. En el primero de ellos se afoja la causal de la edad, mientras que los dos restantes se refieren a

la salud. La edad y la salud son las únicas razones atendibles para privar a la persona de la capacidad de ejercer, por sí misma, las derechos que le atribuye el ordenamiento jurídico en tanto sujeto de derecho”.

Respecto del artículo 44, ella expresa lo siguiente: “El artículo 44 contiene los casos previstos como generadores de una incapacidad relativa de ejercicio. Son aquellos que señalaba el Código Civil de 1936 en sus artículos 10 y 555. (...) de acuerdo a lo indicado en el inciso primero del artículo 44, son relativamente incapaces las mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. En comparación con el Código Civil de 1936 no se ha variado el límite mínimo para fijar la incapacidad fundada en la edad de la persona. Sin embargo, al haberse señalado la edad de dieciocho años para adquirir la plena capacidad de ejercicio, se ha reducido sólo a dos años el período en el cual el menor está sujeto a incapacidad relativa”.

Resulta pertinente mencionar que, a la fecha de promulgación de este Código, la legislación peruana no consagraba categoría alguna respecto de las personas menores de edad. Fue en 1992 que el Código de los Niños y Adolescentes promulgado por el Decreto Ley No. 26102 consagró por vez primera, en términos que reiteró luego el Texto Único Ordenado del mismo Código y la normativa vigente en la materia, las nociones de niño y de adolescente en el artículo I de su Título Preliminar y dispuso en sus artículos II y III que “El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en la presente norma” y que “(...) gozan de todos los derechos inherentes a la persona humana y de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo”.

En efecto, el Texto Único Ordenado de este Código aprobado por el Decreto Supremo No. 004-99-JUS recogió las normas antedichas en los artículos I, II y III de su Título Preliminar¹¹, en tanto que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes vigente, promulgado por la Ley 27337, contiene las siguientes definiciones: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”.¹²

En sus artículos II y III declara este Código que “El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma” así como que “Para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo”.

Sin perjuicio de ello, con anterioridad a la primera codificación de niños y adolescentes mencionada era posible distinguir –respecto de las personas menores de edad– entre púberes e impúberes.

La incapacidad relativa establecida en el artículo 44 citado cesa cuando estas personas han contraído matrimonio o cuando han obtenido título oficial autoritativo del ejercicio de profesión u oficio.

En efecto, el artículo 46 del Código Civil dispone el cese de la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años por la celebración del matrimonio y por la obtención de título oficial que

¹¹ Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes. Artículo II.- Sujeto de derechos.- El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en la presente norma. - Artículo III.- Derechos.- El niño y el adolescente gozan de todos los derechos inherentes a la persona humana y de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo”.

¹² La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y puesta en vigor desde el 02 de septiembre de 1990, declara en su artículo 1 que, para los efectos de ella, “(...) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

las autorice para ejercer una profesión u oficio, declarando que la capacidad adquirida en razón del primer hecho mencionado no se pierde por la terminación del matrimonio.¹¹

Conviene señalar que, en lo concerniente al tema de nuestro interés, esta norma se contrae evidentemente a la hipótesis de las personas consideradas relativamente incapaces por el inciso 1 del artículo 44 que se encuentran en la situación normada por la parte final del numeral 1 del artículo 241, esto es, de varones y de mujeres de dieciséis años cumplidos que han contraído matrimonio, habiendo obtenido dispensa judicial del impedimento matrimonial de adolescencia¹² previsto en este mismo numeral, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para este propósito.

La Exposición de Motivos del Código se limita a glosar el texto original del artículo 46^o cuando dice: "De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 46, la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mujeres mayores de catorce años la incapacidad cesa también por matrimonio. Esta capacidad no se pierde por la terminación de dicho matrimonio".

Así pues, los varones y de mujeres de dieciséis años cumplidos que han contraído matrimonio con arreglo a ley dejan de ser personas relativamente incapaces y, contrario sensu, adquieren capacidad para todo efecto, la que no se pierde por la terminación del vínculo matrimonial que la produjo.

V. EL IMPEDIMENTO ABSOLUTO PARA EL MATRIMONIO DE ADOLESCENTES

Al establecer que tales edades constituyen requisito para que los menores puedan gozar de los efectos civiles que, respecto de ellos, produce el matrimonio, el artículo 141 del Código de 1852 dispuso como edades mínimas para contraer matrimonio dieciocho años cumplidos para el varón y dieciséis años cumplidos para la mujer.¹³

En relación con los menores de edad, sus artículos 146, 148 y 155 establecieron que, para contraer matrimonio, estas personas necesitan del consentimiento expreso de su padre y madre, o al menos del padre, de sus ascendientes más próximos y, a falta de ellos, del consejo de familia, así como que los menores que contraigan matrimonio sin los requisitos que prescribe este título incurrirán en las penas señaladas en el Código Penal. Es pertinente precisar que, a diferencia de los Códigos que le sucedieron, este cuerpo de leyes no contempló la posibilidad del matrimonio de menores de edad con dispensa judicial.

En el inciso 1 de su artículo 82 el Código de 1936 estableció como dicha edad mínima, veintiún años cumplidos para los varones y dieciocho años cumplidos tratándose de las mujeres. En relación

¹¹ Este artículo fue modificado por el artículo 1 de la Ley 27201, promulgada el 12 de Noviembre de 1999, publicada el 14 del mismo mes y año y en vigencia desde el día siguiente de su publicación. En su versión original el artículo 46 disponía como sigue: "La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este". Resulta pertinente precisar que la modificación efectuada por la citada ley no se contrae al tema que nos ocupa pues la norma primigenia concebida en tal artículo consagró los mismos supuestos de hecho para el cese de la incapacidad relativa de las personas mayores de dieciséis años y, asimismo, la subsistencia de la capacidad adquirida por el hecho del matrimonio aún cuando tenga lugar la terminación de este. En efecto, como se advierte de la versión original de este artículo 46 y del análisis comparativo de sus dos textos, el artículo 1 de la Ley 27201 ha mantenido el tenor de su primera parte; ha eliminado del mismo la norma en cuya virtud la incapacidad de las mujeres mayores de catorce años cesaba también por matrimonio; y la ha sustituido, si cabe la expresión, por una que dispone -para los mayores de catorce años- el cese de la incapacidad a partir del nacimiento del hijo pero, solamente, para realizar los actos indicados en forma expresa, a saber reconocer a sus hijos; reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto; y demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

¹² En realidad, se trata de impedimento referido a la minoridad, concretada ella en la categoría de la adolescencia, en la que se personan comprendidas en el adolecer de incapacidad relativa. No resulta en modo alguno necesario ocuparse del "matrimonio de niños", hipótesis que constituye imposible jurídico, dada su condición de incapaces absolutos.

¹³ En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil de 1852 "Son mayores las personas que han cumplido la edad de veintiún años y menores las que no la han cumplido".

con los menores de edad, sus artículos 89 a 91 establecieron que para contraer matrimonio estas personas necesitan del consentimiento expreso de sus padres, de sus ascendientes más próximos y, supletoriamente, del consejo de familia.

En la primera parte de su artículo 87, modificado por la Ley 9181 del 26 de setiembre de 1940, el mismo Código dispuso que el juez podrá dispensar, por motivos graves, el requisito de la edad siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

Finalmente, tal como dispuso su artículo 142, el matrimonio contraído por varones menores de veintiún años cumplidos y por mujeres menores de dieciocho años cumplidos es anulable.¹⁴

El Código Civil vigente ha fijado los dieciocho años cumplidos como la edad mínima a partir de la que es posible contraer matrimonio, permitiendo excepcionalmente el matrimonio de personas menores de dicha edad en las circunstancias legalmente previstas en su normativa.

Ello resulta del texto original del numeral 1 de su artículo 241 que, en armonía con la norma consagrada en el artículo 46 ya glosado en las líneas que anteceden, dispuso que no pueden contraer matrimonio los impúberes. En el mismo orden de ideas estableció, asimismo, que el impedimento absoluto previsto para el matrimonio de estos impúberes era susceptible de dispensa por el juez, por motivos graves, siempre que el varón tuviera dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

En su texto vigente a la fecha, esta norma del numeral 1 dispone que no pueden contraer matrimonio los adolescentes, esto es las personas comprendidas entre los doce y los dieciocho años de edad, impedimento absoluto que puede merecer dispensa judicial, por motivos justificados, siempre que ambos contrayentes adolescentes tengan la edad mínima de dieciséis años cumplidos y manifiesten su voluntad de casarse.

El Código consagra disposiciones reguladoras del matrimonio de los menores de edad. Según se ha esbozado ya en las líneas que anteceden, en este contexto la expresión "menores de edad" debe entenderse referida exclusivamente a los adolescentes con dieciséis años cumplidos que puedan contraer matrimonio en virtud de tal dispensa judicial toda vez que, dada su condición de incapaces absolutos, ni los niños ni los adolescentes menores de la edad antes mencionada pueden contraer matrimonio.¹⁵

Sin perjuicio de la exigencia consagrada por su artículo 241 y en aplicación de sus artículos 244 y 245, para contraer matrimonio estos "menores de edad" necesitan del asentimiento expreso de sus padres o de sus abuelos y abuelas y, supletoriamente, del juez del niño y adolescente.

VI. LOS CONCEPTOS DE "IMPÚBER" Y DE "ADOLESCENTE"

Retornando al numeral 1 del artículo 241, cabe reiterar la idea ya expresada del impedimento absoluto plasmado por el Código cuando—en mérito a la normativa relativa a la incapacidad de ejercicio ya citada— su versión primigenia dispuso que no pueden contraer matrimonio los "impúberes", expresión esta última que el texto modificado de este mismo numeral sustituye por la referencia a los "adolescentes".

¹⁴ Código Civil de 1852.- Artículo 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 diez y ocho años de edad, y la mujer diez y seis. Código Civil de 1936.- Artículo 8.- Son personas capaces de ejercer los derechos civiles los que han cumplido 21 años (El Decreto Ley 21946 de fecha 15 de noviembre de 1977 redujo dicha edad a los 18 años). Artículo 82.- No pueden contraer matrimonio: 1.- Las personas menores de edad y las mujeres menores de dieciocho años cumplidos. Artículo 87.- El juez podrá dispensar, por motivos graves, el requisito de la edad siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce (...). Artículo 142.- Es anulable el matrimonio contraído con infracción de los años 82 y 5 del artículo 87.

¹⁵ Artículo 42.- Son absolutamente incapaces: 1.- Las menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

En cuanto concierne a la dispensa judicial de tal impedimento conviene precisar que su necesidad se sustenta en la existencia de los motivos graves o de los justificados a que aluden, respectivamente, las versiones original y modificada del numeral 1 en cuestión, no en modo alguno en la adquisición de capacidad por los impúberes o en la desaparición de su incapacidad.

Ninguna de estas dos últimas circunstancias puede configurar los motivos sustentatorios de tal dispensa. Por el contrario, de darse alguna de ambas circunstancias este hecho significaría la desaparición del impedimento de que adolecía el impúber, no requiriéndose –en consecuencia– de dispensa alguna. Es en este orden de ideas que, al sancionar con la anulabilidad el matrimonio contraído por el impúber, dispone el Código que no puede solicitarse tal anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad ni cuando la mujer ha concebido, situaciones ambas en que, no dándose impubertad, ha desaparecido el impedimento absoluto en cuestión.

A diferencia de la situación antes descrita y en relación con el tenor original de la norma, la necesidad de obtener tal dispensa evidenciaría que –subsistiendo el impedimento– se dan motivos que ameritan “dejar de lado” la situación en que consiste aquel y, en tal virtud, posibilitar el matrimonio de esta persona, no obstante continuar ella siendo impúber.

Ahora bien, en cuanto concierne al texto vigente que alude a la adolescencia como la situación en que consiste el impedimento descrito en la norma comentada, no puede dejar de considerarse que uno de los “motivos justificados” de la obtención de dispensa judicial podría ser, precisamente, la procreación de un hijo por el sujeto impedido toda vez que la condición de adolescente no significa necesariamente su impubertad y que, de otro lado, la ley no ha distinguido –para efectos del impedimento en cuestión– entre adolescente púber y adolescente impúber.

Debe distinguirse, en consecuencia, entre impubertad, adolescencia y minoridad.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, a modo de definir los conceptos de impubertad y de minoridad, dice Héctor Cornejo Chávez, ponente del Libro de Familia:

“En tesis general, el nuevo Código mantiene la estructura del contenido del título dedicado en el Código anterior a los impedimentos. Introduce, sin embargo, las siguientes innovaciones, propuestas por el ponente: a) Establece la diferencia entre la impubertad y la minoridad, que en el texto de 1936 aparecía confusa aunque, infortunadamente, con menos nitidez de la que planteó el ponente, a consecuencia de un lapsus de la Comisión Revisora al que se hará referencia al comentar el artículo 241, inciso I. Se trata en verdad de dos impedimentos diferentes, o si se quiere decirlo de otro modo, de que la pubertad y la mayoría son dos condiciones distintas para contraer matrimonio, sin que la diferencia conceptual desaparezca por la circunstancia, hoy más notoria que antes, de que a la misma edad de dieciocho años alcanzan el varón y la mujer tanto la pubertad legal como la mayoría de edad. La diferencia se pone de manifiesto, además, por la distinta consecuencia que produce la falta de una y otra: la anulabilidad del matrimonio en el primer caso y sólo su ilicitud en el segundo”

En cuanto al tenor original del numeral 1 del artículo 241 del Código Civil dice el maestro:

“En cuanto al inciso I del Código de 1936, el preceptuar en el inciso I de su artículo 82 que “no pueden contraer matrimonio los varones menores de edad y las mujeres menores de 18 años cumplidos” precisó la edad en que el varón y la mujer alcanzan la pubertad legal; pero deslizó inadvertidamente un indicio de confusión entre dos conceptos diferentes: los de mayoría y pubertad. Fue por eso que el ponente, en el anteproyecto que hizo suyo la Comisión Reformadora, propuso la fórmula siguiente: “No pueden contraer matrimonio (...) los impúberes. La pubertad legal se alcanza a los dieciocho años. El juez podrá dispensar el impedimento por motivos graves siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la

mujer catorce". Infortunadamente, la Comisión Revisora, en un primer texto publicado, aludía a "los menores de edad" en vez de referirse a "los impúberes", fórmula en que la confusión resultaba evidente. Esa confusión se debió quizás al hecho de que, habiéndose rebajado por ley anterior la edad de mayoría de veintiuno a dieciocho años, vino a resultar que tanto el varón como la mujer alcanzaban la mayoría y la pubertad legal a los dieciocho años. Se trata, sin embargo, de dos conceptos claramente diferenciables: la mayoría de edad supone que el sujeto ha alcanzado suficiente madurez intelectual para ejercer por sí mismo sus derechos, esto es, para adquirir capacidad de ejercicio; mientras que la pubertad supone que el sujeto ha alcanzado la capacidad de procrear, es decir, para casarse. La atinencia hecha al respecto por el ponente determinó a la Comisión Revisora a reemplazar la expresión "menores de edad" por la de "impúberes". Corregido así ese error, la Comisión Revisora mantuvo, sin embargo, otro de considerable importancia, al suprimir del texto original de la ponencia la frase "La pubertad legal se alcanza a los dieciocho años de edad", al propio tiempo que dejaba subsistente la frase final: "El juez podrá dispensar el impedimento (de impubertad, esto es, de tener menos de dieciocho años) por motivos graves, siempre que el varón tenga (por lo menos) dieciséis años cumplidos y la mujer catorce". De ello resulta que, según el texto del artículo tal como ha quedado incorporado al nuevo Código, no se sabe desde qué edad pueden el varón y la mujer contraer matrimonio sin necesidad de dispensa judicial. Por obra de la mutilación aludida, el artículo bajo comentario señala el límite mínimo de la pubertad, debajo del cual no es posible el matrimonio ni aun con dispensa (16 para el varón y 14 para la mujer) pero no el límite máximo de la impubertad, esto es, aquel desde el cual pueden contraer matrimonio sin necesidad de dispensa, es decir, la edad en que alcanzan la pubertad legal.

Por lo demás, el matrimonio del impúber queda convalidado automáticamente si hasta un día después de haber llegado a la edad legal no se ha demandado la invalidación (artículo 277, 1).

Asimismo, invalidado el matrimonio a instancia de tercero, los interesados pueden confirmarlo con efecto retroactivo al llegar a la edad legal (artículo 277, 1).

Finalmente, la impubertad no puede alegarse si la mujer ha concebido (artículo 277, 1)".

Se ha dicho ya que la Ley 27201 modificó esta norma. Según se advierte de su artículo 1, constituye objeto de ella la modificación del artículo 46, del numeral 1 del artículo 241 y, finalmente, de los artículos 389 y 393, todos ellos del Código Civil.

Esta Ley encuentra su origen en los Proyectos No. 03531 y No. 03561, presentados al Congreso de la República con fechas 01 y 13 de abril de 1998, respectivamente.¹⁴

El primero de dichos Proyectos pretende la modificación del artículo 46 del Código Civil para que disponga, como se advierte de la respectiva sumilla, que la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer profesión u oficio; que la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este; y que, tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento

¹⁴ Aprobada con fecha 04 de noviembre de 1999 y remida su autógrafo al Poder Ejecutivo con fecha 08 del mismo mes y año fue promulgada el 14 de noviembre de 1999. El Proyecto No. 03531 propone la modificación de los artículos 46, 241, numeral 1, y 393 del Código Civil en tanto que el Proyecto No. 03561 plantea la modificación de los artículos 389 y 393 del mismo Código a fin que—in virtud de ellos y respectivamente—el hijo extramatrimonial pueda ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre y que toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades previstas en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, o en el artículo 47, o también cuando los padres sean menores de catorce años (enumeradas en el propio artículo 389) y que tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial.

del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: reconocer a sus hijos, reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto, y demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

Considera también la modificación del numeral 1 del artículo 241 del mismo Código a fin que se establezca que no pueden contraer matrimonio los adolescentes y que tal impedimento puede ser dispensado por el juez por motivos justificados siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten su voluntad de casarse.

A modo de sustento de la modificación que propone con relación al cese de la incapacidad por matrimonio de las personas menores de edad pero mayores de dieciséis años y al impedimento de los adolescentes para contraer matrimonio, aspectos ambos que guardan vinculación con la edad mínima para tal propósito, la parte considerativa de este Proyecto de Ley cita los siguientes instrumentos legales: la Constitución de 1993; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer.¹⁷

A su vez, en lo que concierne al cese de la incapacidad y al impedimento matrimonial de los adolescentes antes aludidos, temas a que se contraen las modificaciones propuestas para los artículos 46 y 241, numeral 1, se dice en la Exposición de Motivos de este Proyecto No. 3531 lo siguiente:

"(...) Al interior del Código Civil, es menester modificar la diferencia que se hace entre las adolescentes casadas y las adolescentes madres solteras en cuanto al cese de la incapacidad civil. Al comparar el artículo 46 con el artículo 389 resultan ser contrarios entre sí, lo cual no debe esto debe eliminarse por principio jurídico y para conservar la coherencia en el referido cuerpo legal. Así, nuestra legislación del Derecho de Familia determina diferencias infundadas respecto del cese de la incapacidad relativa de las mujeres, ya que otorga mayor valor al matrimonio que al de la concepción y alumbramiento. (...) Otra situación discriminatoria

¹⁷ "CONSIDERANDO: Que a la luz de la Constitución de 1993 se reconocen que la dignidad de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad. Al mismo, se enuncia que todas tenemos derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier índole. - Que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley o igual protección ante la misma. Se afirma que a partir de la edad adulta, todos los hombres y mujeres tienen derecho sin restricción alguna a casarse, fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio. - Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorga protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. - Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege a la familia, reconociendo el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y condiciones requeridas por las leyes internas, en la medida en que estas no afectan al principio de no discriminación establecido en esta Convención. - Que la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer define que la mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, entre otros, a la igualdad, a igual protección jurídica y a verse libre de toda forma de discriminación. - Que la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establece que, siendo la familia la unidad básica de la sociedad, deben adoptarse medidas legislativas para que la mujer casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil, en particular, igualdad en la capacidad jurídica y ejercicio. Se debe asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa, y en especial, el padre y la madre deben tener iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos. Debe prohibirse el matrimonio de niños y las esposas de los jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad y debe tomarse medidas eficaces, inclusive legislativas, a fin de fijar una edad mínima para contraer matrimonio. - Que la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer señala que los Estados Partes reconocen a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley y, en materia civil, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. Se condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas, comprometiéndose a los Estados Partes a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminarla, inclusive modificando las leyes que constituyen discriminación contra la mujer. - Que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer afirma que todo mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Está comprendido el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley. - Que la Convención sobre los Derechos del Niño afirma que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."

que se observa en nuestro sistema normativo es la existente entre adolescentes varones y adolescentes mujeres, no sólo en lo concerniente al reconocimiento de hijo extramatrimonial sino a la edad mínima legal para contraer matrimonio. (...) En cuanto a la edad mínima legal para casarse, el Código Civil otorga la capacidad jurídica por matrimonio a los varones desde los 16 años y a las mujeres desde los 14 años. Es conveniente equipararlo para que no se mantenga la inequidad entre los géneros. La diferencia que existe actualmente entre uno y otro sexo es discriminación, ya que tanto varones como mujeres de esa edad están en la capacidad de concebir o engendrar. El artículo 241 inciso 1 señala impedimento para contraer matrimonio a los impúberes, expresando que el juez puede dispensar este impedimento por motivos graves si la mujer tiene catorce años y el varón dieciséis. En consecuencia, hay una discriminación hacia las mujeres de catorce años ya que se asume que la institución del matrimonio va a protegerla cuando, en realidad, significa asumir una serie de responsabilidades distintas a la maternidad, a una edad muy temprana. Sería más equitativo que la celebración de matrimonio entre adolescentes se permita cuando exista embarazo de por medio y cuando ambos tengan por lo menos 16 años".

En su texto así modificado, el numeral 1 del artículo 241 del Código determina que no pueden contraer matrimonio los adolescentes, impedimento absoluto que puede ser dispensado por el juez por motivos justificados siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten su voluntad de casarse.¹⁸

Así, respecto de las personas sujetas a tal impedimento se ha sustituido la mención de los "impúberes" del texto original por la referencia, en la versión modificada, a los "adolescentes". La norma trata, en consecuencia, de toda persona cuya edad fluctúa entre los doce y los dieciocho años de edad, varón o mujer, púber o impúber.

En cuanto concierne a la dispensa judicial de dicho impedimento, del texto modificado y vigente a la fecha del numeral 1 del artículo 241 acotado se aprecia que esta norma ha equiparado la situación de varón y mujer pretendientes al matrimonio, estableciendo que por motivos justificados tal dispensa judicial procederá siempre que ambos tengan la edad antes indicada, es decir dieciséis años cumplidos, exigiéndose además que ambos manifiesten su voluntad de casarse.

Interesa señalar, además, que el criterio de "gravedad" de los motivos en cuya virtud podía obtenerse tal dispensa, ha sido sustituido por el de "justificación" de los mismos. Con independencia de la cuestión relativa a la diferencia existente entre los criterios de "gravedad" y de "justificación" a tenerse en consideración a efectos de los motivos que amparen tal dispensa, cabe plantearse interrogante referida a la determinación de tales motivos justificados en el sentido de si tal justificación será aquella que expresen los propios "contrayentes" o si será en base al criterio del juez que se dará la calificación de "justificados" a los motivos expresados por los ya referidos "contrayentes".¹⁹

En el tercer párrafo de su artículo 248 menciona el Código Civil la dispensa judicial de la impubertad como documento que, de ser el caso, quienes pretendan contraer matrimonio civil deben acompañar a su declaración de proyecto matrimonial.

Surge aquí la cuestión relativa a la modificación implícita o tácita de esta norma como consecuencia de la "sustitución" del impedimento de "impubertad" por el de adolescencia, producida en el numeral 1 del artículo 241 de dicho Código por mandato del artículo 1 de dicha Ley 27201.

¹⁸ Se ha dicho ya que en su texto original esta norma hacía referencia a los impúberes como personas impedidas para contraer matrimonio, disponiendo que tal impedimento absoluto podía ser dispensado por el juez por motivos graves, siempre que el varón tuviera dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

¹⁹ Cabe señalar que hubiera resultado pertinente que la norma hiciera referencia a los "pretendientes", no a los "contrayentes", expresión que resulta prematura en su contexto.

Así, a tenor de lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del mismo Código y a partir del 15 de noviembre de 1999, las personas que pretendan contraer matrimonio civil deberán acompañar a su declaración de proyecto matrimonial, de ser el caso, la dispensa judicial de la adolescencia.

Como correlato necesario de la norma original del numeral I de dicho artículo 241, el numeral I del artículo 277 sancionó el matrimonio del impúber con la anulabilidad, en virtud de la acción intentada por él, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de estos, por el consejo de familia. Dispuso, asimismo, que la acción no podía ser intentada después que el menor había alcanzado mayoría de edad ni cuando la mujer había concebido y que aún cuando la anulación se hubiera declarado –a instancia de los padres, de los ascendientes o del consejo de familia– al llegar a su mayoría de edad podían los cónyuges confirmar su matrimonio ante el juez, produciendo efecto retroactivo la resolución aprobatoria de tal confirmación.

La Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil Decreto Legislativo 768 sustituyó el tenor del numeral I del artículo 277 precitado. Sin embargo, mantuvo la referencia al impúber consagrada en el texto original de su primera parte, con el propósito de disponer la anulabilidad del matrimonio celebrado por aquel.²¹

Efectivamente, del texto de este numeral I se aprecia que la sustitución dispuesta por la norma procesal modificatoria se limita a su segunda parte, contrayéndose a los aspectos “adjetivos” de la pretensión de anulación del matrimonio del impúber cuando dispone que pueden ejercerla este último luego de llegar a su mayoría de edad, sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de estos, el consejo de familia; que no puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido; y, finalmente, que aunque se haya declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio, produciendo efectos retroactivos la resolución judicial aprobatoria de tal confirmación.

VII. UNA DISCREPANCIA CONCEPTUAL

La “diferencia terminológica” entre el numeral I del artículo 241 y el numeral I del artículo 277, ambos del Código Civil, producida a consecuencia de la modificación introducida por el artículo I de la Ley 27201 en la primera de las normas antedichas, origina una discrepancia conceptual.

La “diferencia” anotada introduce tácitamente, a efectos de las teorías de los impedimentos matrimoniales y de la invalidez del matrimonio, una suerte de “diferenciación” entre adolescentes púberes e impúberes, no obstante que –según se ha expresado ya– la primera norma mencionada alude a toda persona cuya edad fluctúa entre los doce y los dieciocho años de edad, sin distinguir si se trata de varón o mujer y/o de púber o impúber.

Efectivamente, resulta del análisis comparativo de tales normas que en tanto el adolescente no puede contraer matrimonio (sin que interese si se trata de púber o de impúber), solamente es posible de anulabilidad el matrimonio contraído por persona impúber (pudiendo ella ser niño o adolescente).

Ella plantea, asimismo, las siguientes cuestiones:

(1) habida cuenta de que, no obstante consagrar con carácter absoluto prohibición para el matrimonio de adolescentes, el ordenamiento vigente dispone sanción de anulabilidad únicamente

²¹ Versión original: “Artículo 277.- Es anulable el matrimonio: I. Del impúber: la pretensión puede ser ejercida por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de estos, por el consejo de familia. No puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del Lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos.”

para el impúber que contrae matrimonio ¿cabría sostener que este hecho determina "ausencia" de sanción expresa para el matrimonio que, contraviniendo tal normativa, contraen tanto un adolescente púber menor de dieciséis años²¹ como un adolescente púber con dieciséis años cumplidos sin haber obtenido esta última dispensa judicial?

(2) ante la situación planteada en el numeral (1) precedente:

- a.- ¿Podría sostenerse que, no obstante tal "ausencia" de sanción y en aplicación analógica del acotado numeral 1 del artículo 277, adolece de anulabilidad el matrimonio contraído por estos adolescentes púberes?
- b.- Dada la "ausencia" de sanción anotada, en hipótesis distinta a la expresada en el acápite (a) que antecede ¿podría argüirse la aplicación analógica del artículo 286 del Código Civil²² y, en consecuencia, calificarse al matrimonio de adolescente púber con dieciséis años cumplidos sin dispensa judicial como uno que resulta válido y al que –sin embargo y dada su ilicitud– se aplica sanción de índole patrimonial, consistente en que ellos no tendrán el goce de la posesión, administración, usufructo, gravamen o disposición de sus bienes hasta que alcancen la mayoría de edad, tal como ocurre en los supuestos contemplados por los artículos 243 y 247 del mismo Código?²³
- c.- Para efectos del impedimento matrimonial absoluto previsto en el numeral 1 del artículo 241 del Código y en cuanto concierne a la "diferencia terminológica" ya referida, ¿podría afirmarse que "adolescente" e "impúber" constituyen términos que, para el ordenamiento jurídico en la materia, adolecen de "sinonimia" y que, en consecuencia, todo matrimonio contraído por adolescente en contravención de dicha normativa está sancionado con la anulabilidad prevista en el numeral 1 del artículo 277 para el matrimonio del impúber?
- d.- Atendiendo a las edades que, en su versión original, señaló el numeral 1 del artículo 241 del Código Civil como aquellas que debían haber cumplido varón y mujer para obtener, por motivos graves, la dispensa judicial del impedimento absoluto de "impubertad" así como a la edad que consagra el texto vigente de dicha norma para la obtención, por motivos justificados, de la dispensa judicial del impedimento absoluto de "adolescencia" ¿podría estimarse que "adolescencia" e "impubertad" corresponden a la misma etapa de la vida de una persona?
- e.- ¿Podrían estimarse la desaparición de la impubertad o la finalización de la adolescencia como motivos "graves" o "justificados" en mérito a los que sea posible obtener dispensa judicial para contraer matrimonio?
- f.- ¿Podría, de otro lado, estimarse que las indicadas edades marcan el fin de la impubertad y/o de la adolescencia, razón por la que es a partir de ellas que la normativa posibilita la dispensa judicial de tales impedimentos?

A modo de comentario es pertinente recoger aquí el dicho del maestro Cornejo Chávez que, en la Exposición de Motivos del Libro de Derecho de Familia, resaltó la diferencia entre impubertad y minoridad así como entre pubertad y mayoría, señalando que se trata –respectivamente– de dos impedimentos diferentes o de dos condiciones distintas para contraer matrimonio, "(...) sin

²¹ El adolescente púber menor de dieciséis años no puede ser dispensado judicialmente del impedimento dispuesto por el numeral 1 del artículo 241 del Código Civil.

²² Artículo 286 - El matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido.

²³ La sanción de carácter patrimonial dispuesta por el artículo 247 del Código Civil comprende a todo menor "(...) que se case en el matrimonio a que se refieren los artículos 244 y 245", esto es al adolescente que incurrió en esas conductas, ya sea púber o impúber.

que la diferencia conceptual desaparezca por la circunstancia, hoy más notoria que antes, de que a la misma edad de dieciocho años alcanzan el varón y la mujer tanto la pubertad legal como la mayoría de edad (...)” y precisando que tal diferencia “(...) se pone de manifiesto, además, por la distinta consecuencia que produce la falta de una y otra: la anulabilidad del matrimonio en el primer caso y solo su ilicitud en el segundo”.

VIII. APROXIMACIONES PRELIMINARES

Como aproximaciones preliminares a las cuestiones controvertidas planteadas en los numerales que anteceden y en virtud de la “diferencia terminológica” anotada podría decirse que:

(1) En relación con la edad y atendiendo a la normativa contenida en el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes actual así como en el inciso I de los artículos 43, 44, 241 y 277 del Código Civil vigente, es necesario hacer referencia a los conceptos de menor, niño, adolescente, incapaz absoluto y relativo e impúber.

(2) En virtud de esta misma normativa, se entiende por menor tanto al niño como al adolescente; por niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad; por adolescente, a todo ser humano desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad; por incapaz absoluto, al niño y al adolescente menor de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley; y por incapaz relativo, al adolescente mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad.

(3) En concordancia con el aforismo latino “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, el impedimento absoluto consagrado por el numeral I del artículo 241 comprende a todo adolescente, es decir a toda persona desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad, sin distinguir entre púber e impúber.

(4) El vocablo “impúber” ha sido suprimido en cuanto concierne a la teoría de los impedimentos matrimoniales, sustituyéndose por la expresión “adolescente”, y, sin embargo, se le ha conservado a efectos de la teoría de invalidez del matrimonio.

(5) La condición de “impúber” no ha sido definida por el ordenamiento legal peruano: como se advierte de su texto, ni el Código Civil ni el Código de los Niños y Adolescentes definen la impubertad y/o determinan la edad en que se adquiere la condición opuesta, esto es la pubertad. El primero se limita a declarar anulable el matrimonio del impúber; el segundo únicamente dispone, en su artículo I 13, que la autorización del matrimonio de adolescentes es otorgada por el Juez especializado “(...) de acuerdo a lo señalado en las artículos pertinentes del Código Civil”.

(6) En cuanto se refiere a la validez o invalidez del matrimonio de adolescentes, la “sanción” de anulabilidad dispuesta por el numeral I del artículo 277 se contrae a la situación del adolescente impúber que celebró su matrimonio en contravención de la norma sustantiva que –con característica de impedimento absoluto– dispone que aquel no pueda contraer matrimonio.

(7) En consecuencia, ha quedado sin “sanción” el matrimonio contraído sin dispensa judicial por adolescente púber menor de dieciséis años o, valga la redundancia, por adolescente púber con dieciséis años cumplidos, contraviniendo el impedimento absoluto consagrado por el numeral I del artículo 241.

(8) La aplicación analógica del numeral I del artículo 277 y del artículo 286 del Código Civil, aludida en las páginas precedentes, estaría excluida en razón del artículo IV del Título Preliminar del mismo Código que declara que “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

IX. LA PUBERTAD "LEGAL"

Habida cuenta de las versiones primigenia y modificada del numeral 1 del artículo 241 tantas veces citado, la determinación de las nociones de "impúber" y de "adolescente" resulta necesaria para la solución de las cuestiones controvertidas planteadas en relación con esta normativa.

Nos ocuparemos ahora de la impubertad.

En la Presentación se ha hecho alusión a la pubertad como segunda condición natural de aptitud para contraer matrimonio válido, indicando como sustento de ello el hecho de que, constituyendo la procreación fin principal del matrimonio, resulta lógico y necesario que las personas que pretendan contraerlo posean la capacidad genésica.

Se ha expresado, asimismo, recogiendo el dicho del maestro Cornejo Chávez, que como tal capacidad no se alcanza por todas las personas a la misma edad ni en la misma época, siguiendo la tradición romana las leyes prefieren fijar una edad de pubertad legal. Interesa hacer referencia a la tendencia a elevar esta edad en razón que para contraer matrimonio no se precisa únicamente la capacidad generadora sino un desarrollo psíquico que permita apreciar la trascendencia del acto del matrimonio y la magnitud de los deberes que de él se derivan.

La minoridad ha sido considerada históricamente como el período vital de una persona que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad física o mental. En razón de la dificultad de su determinación biológica, las diversas legislaciones han creado ficciones jurídicas que establecen un término flexible.

Los romanos consideraban la "infantia" como un período de total irresponsabilidad, habida cuenta de la falta de maduración del menor, estableciendo posteriormente la legislación romana un límite de siete años para ese grado de absoluta irresponsabilidad.

La Ley de las XII Tabas dio un trato especial al "impúber". Justiniano fijó el límite de la pubertad en catorce años para los varones y en doce años para las mujeres, en atención a las diferencias derivadas de la duración de esta etapa en uno y otro sexo y a la capacidad de reproducción.

En sus Institutas se define a las nupcias o matrimonio como la unión del varón y de la mujer con el propósito de vivir en comunidad indisoluble; se señala que los ciudadanos romanos que se unen según los principios establecidos por las leyes contraen nupcias legítimas, siendo el hombre púber y la mujer núbil, siempre que —siendo hijos de familia— tengan el consentimiento de los ascendientes bajo cuya potestad se hallaren; y se establece, al regular los modos en que acaba la tutela, que "La pubertad del hombre empieza al cumplir los catorce años; la de la mujer, al cumplir los doce".

De modo similar, el Derecho Canónico distinguió entre "infantes" e "impúberes", precisando como límite para los primeros los siete años de edad y para los segundos los doce o catorce años de edad, según se tratara de varones o de mujeres.²⁴

En su Tesis Doctoral "Matrimonio como Institución" dice Ana Felicitas Estrada que —entendidos como aquellos obstáculos que pueden provocar la nulidad de un matrimonio existente y que tienen como finalidad prevenir la celebración de matrimonios inconvenientes para la sociedad, creando las condiciones para su anulación— los impedimentos dirimentes comprenden, entre otras situaciones, la impubertad.

²⁴ En el canon 1073 el Código de Derecho Canónico, promulgado el 25 de Enero de 1983, define al impedimento dirimente como aquel que "... inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente", para luego considerar respecto de los impedimentos dirimentes en particular el canon 1083 § 1 en cuya virtud "No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los diecisiete años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos". En el numeral 2 de este mismo Canon se concede la facultad de la Conferencia Episcopal "... para establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio".

Luego de señalar que estos impedimentos han sido exigidos desde la antigüedad, cita a Arturo Valencia Zea, según quien en el pasado: "(...) se exigía entre los contrayentes, no solo la diferencia de sexo, sino también la posibilidad de procrear, pues se partía del concepto de que el matrimonio, fuera de ser la unión estable de dos seres, tenía también como finalidad esencial la procreación. Por ello se anulaban los matrimonios que por defectos del hombre o la mujer no pudieran crear, aún cuando los cónyuges pudieran cohabitar".

En cuanto al impedimento absoluto de la impubertad expresa Ana Felicita Estrada que ella se refiere al varón que no ha cumplido los dieciséis años y a la mujer que no ha cumplido los catorce; que estas edades mínimas han sido impuestas por la misma naturaleza ya que antes de estos límites son raros los casos en que se inicia la pubertad.

Al tratar de la capacidad refiere Guillermo Borda que en el Derecho romano la situación de los menores sufrió importantes cambios en distintas épocas, pues a medida que la experiencia lo aconsejaba se iban introduciendo reformas para lograr una mejor protección. Precisa que en los últimos tiempos se admitían tres categorías de menores: los infantes, menores de siete años, incapaces absolutos aún para aquellos actos que pudieran beneficiarlos; los "infancia mayores" que, en general, podían realizar válidamente los actos que les eran ventajosos pero no los que los perjudicaban y que se hallaban comprendidos entre los siete años y la pubertad, la que primero se determinaba de acuerdo al efectivo desarrollo físico, pero que Justiniano fijó en doce años para las mujeres y en catorce para los hombres; y, finalmente, los púberes, que en el antiguo derecho eran plenamente capaces, pero a quienes se les fue creando una serie de medidas y beneficios con propósitos de protección que en la práctica se traducían en limitaciones a su capacidad, estado que duraba hasta los veinticinco años, edad en que se alcanzaba la mayoría. Agrega el tratadista que este sistema pasó más tarde a la antigua legislación española, particularmente a las Partidas.

Señala el mismo autor que la edad mínima para contraer matrimonio fue fijada, por la ley argentina del matrimonio civil, en doce años para la mujer y en catorce para el hombre, teniendo en cuenta "(...) para establecer ese límite, la época de la pubertad, siguiendo así el sistema del derecho romano, de la antigua legislación española (...) y del derecho canónico vigente en aquel momento (...)".

Aludiendo al sistema del Código argentino indica el tratadista: "Siguiendo la tradición romana, nuestro codificador estableció dos categorías de menores: impúberes y adultos, según tengan menos o más de 14 años de edad. Las diferencias más apreciables en la condición jurídica de los impúberes y los adultos, según el Código Civil, serían las siguientes. 482.- a) Los impúberes son incapaces absolutos (...), mientras que los adultos lo son relativos (...)".

Con relación a la pubertad legal dice el maestro Cornejo Chávez como sigue:

"Siendo la procreación el fin principal del matrimonio, es lógica que para contraerlo se necesite poseer la capacidad genérica; pero como ésta no se alcanza por todas en la misma época y a fin de evitar comprobaciones impracticables, las leyes prefieren fijar, siguiendo la tradición romana, una edad de pubertad legal (...).

Ahora bien, la edad de 14 años para los varones y 12 para las mujeres, que el Derecho Romano estableció, se considera hoy como excesivamente precoz. "Es impolítico, dice Portalis, permitir a seres apenas salidas de la esterilidad de la infancia, que perpetúan en generaciones imperfectas su propia debilidad". "De los matrimonios prematuros, sostenio entre nosotros Oliveira, nacen seres raquíticos que aumentan la cifra de la mortalidad infantil, poniendo en peligro la salud y aun la vida de la madre".

Se explica, pues, la universalización de una tendencia dirigida a elevar la edad de pubertad legal. Tal tendencia se justifica, además, porque para contraer matrimonio no se precisa únicamente la aptitud generadora, sino un desarrollo psíquico que permita apreciar la trascendencia del acto y la magnitud de los deberes que de él se derivan (...). "Los matrimonios prematuros, decía a este respecto Oliveira en el seno de la Comisión Reformadora del Código de 1936, constituyen la fuente más copiosa de los juicios de divorcio, como quiera que son generalmente el fruto de la propia inexperiencia, cuando no de la imposición paterna o de la coacción moral ejercida por extraños."

De otro lado, los deberes y responsabilidades del matrimonio exigen una cierta capacidad económica, que comúnmente no se alcanza hasta una edad relativamente elevada, que no coincide con la de la capacidad genérica.

Además, desde el punto de vista jurídico no se halla aún explicación satisfactoria a la permisón, de antigua raigambra, por la que se reconoce el derecho de fundar una familia a quien no tiene todavía la plena capacidad de obrar, como si el negocio matrimonial exigiera menos discernimiento que cualesquiera otros actos jurídicos (...).

Sólidas como son estas razones, es preciso señalar, sin embargo, que la elevación de la edad de pubertad legal por encima de la época en que el instinto sexual se hace exigente, suscita problemas morales, sociales y en cierta medida jurídicos de solución muy difícil".

En este orden de ideas, comentando el numeral 1 del artículo 241 en su versión original, dice Max Arias Schreiber:

"El inciso 1 está relacionado con la edad de los posibles contrayentes y como regla general prohíbe que se realice entre impúberes, lo que no está definido pero se contrae a la capacidad para la procreación. Pero en nuestra opinión la prohibición va más lejos y está relacionada con la capacidad plena (artículo 41 del Código Civil), ya que mayor importancia tiene para los efectos de un matrimonio serio y sólido la madurez y la experiencia de los años, que permiten afrontar con mayor margen de seguridad los deberes y los derechos que surgen de la unión marital. Como señalan con acierto Díez-Picazo y Gullón, "Los matrimonios contraídos en edades muy tempranas no son más que simulacros de matrimonio."

Agrega que:

"La doctrina reputa como impúberes a quienes no tienen capacidad para la reproducción, que se presenta generalmente hasta los 12 ó 14 años, con muchas excepciones. Pero en realidad lo que se trata de evitar es el "matrimonio precoz", extendido a determinado grado de madurez mental y capacidad económica para cumplir con los deberes inherentes a la filiación. Por lo tanto, sería conveniente agregar al inciso 1) qué es lo que se entiende por impúber, o sea aquellas que aún no han alcanzado la edad para la capacidad plena. Conviene señalar que no todas las legislaciones coinciden en la edad en que termina la pubertad y en ello influyen factores de carácter climático, psicológica, educativo, de mayor o menor desarrollo económico y de capacidad de empleo, entre otros. Nuestro código no señala para la denominada pubertad legal la edad para el varón y la mujer, pero de la figura de lo dispensa se desprende que es hasta de quince años para el varón y trece para la mujer. Resulta pertinente aclarar que la ley no fija una edad máxima ni la diferencia de edades para contraer matrimonio".

X. LA PUBERTAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Atendiendo a la reseña de la normativa civil peruana efectuada en las páginas que anteceden, podría afirmarse que, en cuanto a la celebración del matrimonio se refiere, son impúberes: (a) para el Código de 1984, las personas menores de dieciocho años cumplidos; (b) para el Código de 1936, los varones menores de veintiún años cumplidos y las mujeres menores de dieciocho años cumplidos; bajo su vigencia, el Decreto Ley No. 21944 de fecha 15 de noviembre de 1977 estableció como menores de edad aquellas personas que no habían cumplido dieciocho años; y, (c) para el Código de 1852, los varones menores de dieciocho años cumplidos y las mujeres menores de dieciséis años cumplidos.

Asimismo, cabría señalar que –no obstante tal situación– podrían excepcionalmente contraer matrimonio: (a) según el tenor de la norma pertinente original del Código vigente, los varones y las mujeres con dieciséis y catorce años cumplidos, respectivamente, con dispensa judicial concedida por motivos graves; en virtud de la modificación de esta norma, los varones y mujeres con dieciséis años cumplidos, respectivamente, con dispensa judicial concedida por motivos justificados, siempre que manifiesten su voluntad de casarse; (b) según el Código de 1936, los varones y las mujeres con dieciséis y catorce años cumplidos, con dispensa judicial del requisito de la edad por motivos graves; y, (c) según el Código de 1852, no era posible que varones y mujeres menores de las edades indicadas contrajeran excepcionalmente matrimonio, ni aún con dispensa judicial.

XI. LA ADOLESCENCIA

Se ha establecido ya –considerando el texto modificado del numeral 1 del artículo 241 del Código Civil y el tenor original del numeral 1 de su artículo 277– que el ordenamiento jurídico peruano vigente en la materia hace referencia a la adolescencia para disponer, con carácter de impedimento absoluto, que quienes se hallan en esta etapa de la vida no pueden contraer matrimonio; que, sin embargo, esta misma normativa sanciona con anulabilidad únicamente el matrimonio contraído por persona impúber; y que, en consecuencia, deja sin “sanción” el matrimonio contraído, en contravención de la ley, por todo adolescente púber.

Interesa, así, precisar el concepto de adolescencia, efectuando una suerte de paralelo con las nociones de pubertad e impubertad.

La palabra “adolescente” procede del verbo latino “adolescere” que significa crecer, aproximarse a la madurez. En armonía con este concepto, se denomina así a la etapa de la vida humana que se interpone entre la “infancia” y la edad “adulta”.

La pubertad hace referencia a las transformaciones somáticas del individuo, es decir, a una serie de cambios físicos en el organismo humano cuyo producto final es, básicamente, la completa maduración de los órganos sexuales y con ello la plena capacidad para reproducirse y relacionarse sexualmente. Por el contrario, la adolescencia se refiere únicamente a las transformaciones psíquicas que experimenta el ser humano durante todo ese mismo período.

Algunos autores aluden a la madurez sexual, idoneidad física o capacidad sexual como requisitos para contraer matrimonio, precisando que ambos contrayentes deben ser púberes, definiendo a la pubertad como la fase de la adolescencia en que empieza a manifestarse la actitud para la reproducción; y coincidiendo en indicar que la pubertad se da a los doce años en la mujer y a los catorce en el hombre, si bien en este último caso ella se determinaba mediante el examen del cuerpo del adolescente por el padre. Otros hablan de la diferenciación entre pubertad y adolescencia, calificando a la primera como un acto de la naturaleza y a la segunda como un acto humano y cultural.

Se considera a la pubertad como el tiempo en el cual las características físicas y sexuales maduran y que se presenta debido a cambios hormonales que permiten que la persona llegue a ser capaz de reproducirse; y a la adolescencia como el período que media entre la pubertad y la edad adulta, refiriéndose ella al tiempo entre el comienzo de la maduración sexual (pubertad) y la edad adulta, a un tiempo de maduración psicológica, en el cual la persona se comienza a comportar como un adulto; tiene su punto de partida en la pubertad; se estima que se trata del período comprendido aproximadamente como el período entre los 13 y los 19 años de edad. Así pues, pubertad y adolescencia coinciden en la fecha de inicio, fácilmente identificable, no estando determinado el término, el fin, de la etapa adolescente.

En relación con ello, añade Manuel Fuentes Wendling a la necesidad de aclarar que pubertad y adolescencia son palabras o términos que lingüísticamente significan lo mismo y que, sin embargo, la etapa de la pubertad es definida como la "época de la vida en que empieza a manifestarse la aptitud para la reproducción" en tanto que la adolescencia es entendida como "la edad que sucede a la niñez, desde la pubertad hasta la edad adulta".

Regulación de la adolescencia en la legislación peruana

Como su propia denominación revela, el Código de Menores promulgado por la Ley 13968 y vigente desde el 19 de julio de 1962, legisló sobre las personas menores de edad, sin distinguir entre ellas.

A esa fecha y en virtud de lo dispuesto por los artículos 8, 9 y 10 del Código Civil eran personas menores de edad aquellas que no habían cumplido veintiún años, adoleciendo de incapacidad absoluta los menores de dieciséis años y de incapacidad relativa los mayores de dicha edad y menores de veintiún años. De acuerdo con su artículo 11 la incapacidad relativa de los mayores de dieciocho años cesaba por emancipación, por matrimonio y por obtener título oficial que autorice para ejercer profesión u oficio. El Decreto Ley 21944 de fecha 15 de noviembre de 1977 estableció como menores de edad aquellas personas que no habían cumplido dieciocho años.

Promulgado el Código Civil vigente, se mantuvo la referencia a los menores de edad, sin distinguir categorías entre ellos. Se conserva, asimismo, la distinción entre incapaces absolutos y relativos, entendiendo por los primeros los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley, y por los segundos los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

Únicamente desde fines del año 1992 es que, respecto de las personas menores de edad, el ordenamiento vigente distingue entre niños y adolescentes.

En términos que reiteró luego la normativa vigente, el Código de los Niños y Adolescentes promulgado por el Decreto Ley 26102 consagró por vez primera las definiciones de niño y de adolescente en el artículo I de su Título Preliminar y dispuso en sus artículos II y III que "El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en la presente norma" y que "(...) gozan de todos los derechos inherentes a la persona humana y de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo".

El Texto Único Ordenado de este Código aprobado por el Decreto Supremo No. 004-99-JUS recogió las normas antedichas en los artículos I, II y III de su Título Preliminar.²³

²³ Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes. Artículo I. - Sujeto de derechos. - El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en la presente norma. Artículo II. - Derechos. - El niño y el adolescente gozan de todos los derechos inherentes a la persona humana y de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo.

Finalmente, el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes vigente, promulgado por la Ley 27337, contiene las siguientes definiciones: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad".²⁶

En sus artículos II y III dispone este Código que "El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma" así como que "Para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo".

XII. LA MINORIDAD, LA PUBERTAD Y LA ADOLESCENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y puesta en vigor desde el 02 de septiembre de 1990, declara en su artículo I que, para los efectos de ella, "(...) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Los Códigos de Familia de Bolivia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras y Panamá así como los Códigos Civiles de Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, República Dominicana, Venezuela, España, Francia e Italia se refieren a la minoría de edad como impedimento matrimonial. Los Códigos Civiles de Argentina, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Uruguay distinguen, respecto de los menores de edad entre "impúberes" y "adultos".

El Código de Familia de Bolivia dispone en sus artículos 44 y 80 que no pueden contraer matrimonio varón y mujer antes de los dieciséis y de los catorce años cumplidos, respectivamente, y que es anulable, entre otros, el matrimonio celebrado en contravención a lo dispuesto por el primer artículo citado.

El artículo 15 del Código de Familia de Costa Rica sanciona con la anulabilidad el matrimonio de la persona menor de quince años, prohibiendo en su artículo 18 el matrimonio del menor de dieciocho años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela.

El Código de Familia de Cuba dispone en el numeral 3 de su artículo 4 que no podrán contraer matrimonio "(...) las hembras menores de 14 años y los varones menores de 16 años". Como se advierte de su artículo 45, sanciona con nulidad los matrimonios formalizados con infracción de tal prohibición.

Bajo el epígrafe "impedimentos absolutos" y en su artículo 14 el Código de Familia de El Salvador dispone que no podrán contraer matrimonio los menores de dieciocho años de edad. En la misma norma declara que —no obstante esta disposición— tales menores podrán casarse si, siendo púberes, tuvieren ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada. En concordancia con ello, su artículo 92 declara que el matrimonio nulo por causa de minoridad se revalida por el transcurso del tiempo que hiciere falta para que los contrayentes alcancen la edad requerida por la ley para celebrarlo, si siendo púberes hubieren hecho vida en común durante dicho lapso, o si hubiere concebido la mujer. La parte final del numeral 4 del artículo 90 exceptúa de la nulidad absoluta el

²⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y puesta en vigor desde el 02 de septiembre de 1990, declara en su artículo I que, para los efectos de ella, "(...) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

matrimonio celebrado por menores de edad, disponiendo su artículo 93 que la minoría de edad es causa de nulidad relativa del matrimonio.

El Código de Familia de Honduras declara, en su artículo 16, que "La mayoría de edad se obtiene al cumplirse los veintún años. Sólo los mayores de edad gozan de libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, podrán contraerlo, el varón de dieciocho años y la mujer mayor de dieciséis años, siempre que medie autorización otorgada conforme a este Código. Quedará, no obstante, convalidado sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por personas que no hubieren cumplido las edades a que se refiere el párrafo anterior, por el hecho de no separarse los contrayentes, durante un mes después de que el cónyuge menor cumplió dieciséis años o si la mujer hubiere concebido antes de llegar a esa edad". Su artículo 21 prohíbe la celebración del matrimonio de los menores de edad que no hayan obtenido el consentimiento de las personas llamadas a otorgarlo en los casos determinados por la Ley. En virtud de su artículo 22 sí, no obstante lo prescrito en el artículo anterior, fuere celebrado el matrimonio, este será válido pero tanto el funcionario o quienes autoricen el matrimonio como las personas culpables de la infracción serán responsables de conformidad con la Ley.

El Código de Familia de Panamá dedica su artículo 33 a los impedimentos matrimoniales, disponiendo que no pueden contraer matrimonio los varones menores de dieciséis años y las mujeres menores de catorce años y que, no obstante, el matrimonio contraído por estos se tendrá por revalidado *ipso facto* y sin necesidad de declaratoria expresa, si un día después de haber llegado a la edad mínima legal para contraer matrimonio hubiesen vivido junto sin haber reclamado en juicio contra su validez; o si la mujer hubiese concebido antes de la edad mínima legal para contraer matrimonio o de haberse entablado la reclamación. En el numeral 1 de su artículo 35 declara que está prohibido el matrimonio al menor de dieciocho años, sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza en relación a él la patria potestad o la tutela en su caso.

Sus artículos 224 y 225 enumeran las causas de nulidad del matrimonio, comprendiendo entre ellas la existencia de los impedimentos mencionados en los artículos 33 y 34 de este Código; distinguen entre nulidad del matrimonio relativa y absoluta; y disponen la nulidad relativa del matrimonio contraído por varones menores de dieciséis años y por mujeres menores de catorce años a que se refiere el numeral 1 de dicho artículo 33.

Según el artículo 116 del Código Civil de Colombia:

"Las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente".

Su artículo 117 dispone que "Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiere muerto, o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro. En los mismos términos de este artículo, se necesita del consentimiento del padre y de la madre adoptantes para el matrimonio del hijo adoptivo, menor de veintún años, o de la hija adoptiva, menor de diez y ocho".

En armonía con los artículos 140 y 143 del mismo Código es nulo y sin efecto el matrimonio "(...) contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce "catorce", o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad", pudiendo intentarse la nulidad "(...) por el padre o tutor del menor o menores; o por estas con asistencia de un curador para la litis (...)" Si ella "(...) se intenta cuando hayan pasado tres meses después de haber llegado los menores a la pubertad, o cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio".

En sus artículos 83 y 89 declara el Código Civil de Ecuador que "Las que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, y a falta de tal persona, de los ascendientes de grado más próxima" y que "El matrimonio del menor que

hubiese cumplido dieciséis años será válido, aunque no hubiere obtenido el asentimiento o licencia del ascendiente que debe dársele (...) siendo "(...) destituida de su cargo la autoridad ante quien se hubiere celebrado dicho matrimonio".

En aplicación del numeral 3 de su artículo 95 es nulo el matrimonio contraído por los impúberes.

Para el Código Civil de Guatemala la capacidad de ejercicio o de hecho, entendida como la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos y asumir por sí obligaciones, se adquiere con la mayoría de edad, alcanzándose ella a los 18 años. Su artículo 8 señala la edad como causa que limita la capacidad de ejercicio. En cuanto concierne al matrimonio, los contrayentes deben ser lógicamente hombre y mujer, mayores de edad ambos, pudiendo en algunos casos autorizarse el matrimonio del varón mayor de dieciséis años y de la mujer mayor de catorce años. En armonía con esto último, dicho Código establece como impedimentos impeditivos o relativos para la celebración de matrimonio las situaciones tanto del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor, como del varón menor de dieciséis años o de la mujer de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

En virtud del artículo 139 del Código Civil de Paraguay no pueden contraer matrimonio "(...) el hombre antes de los diez y seis años de edad y la mujer antes de cumplir los catorce". Su artículo 148 dispone, asimismo, que aun cuando hayan cumplido la edad exigida por este Código los menores "(...) no pueden casarse sin la autorización de sus padres o la del tutor, y en defecto de éstos, sin la del juez".

Si, no obstante esta normativa, los menores de edad "(...) se casaren sin la autorización necesaria, quedarán sujetos al régimen legal de separación de bienes hasta que cumplan la mayor edad". Empero, el juez "(...) fijará la cuota alimentaria de que el menor emancipado podrá disponer para subvenir a sus necesidades en el hogar, la cual será tomada de sus rentas quidas, y en caso necesario, del capital".

Esta regla así consagrada por el artículo 149 del citado Código "(...) se aplicará cuando alguno de las contrayentes no hubiera cumplido la edad requerida (...)", pudiendo los cónyuges optar por el régimen de la comunidad de gananciales una vez cumplida la mayoría de edad.

Finalmente, en aplicación del inciso (a) de su artículo 181 el matrimonio es anulable "(...) cuando alguno de los contrayentes no tiene la edad mínima exigida por la Ley".

La anulación del matrimonio contraído en contravención de esta normativa "(...) podrá demandarse por la persona que podría oponerse a la celebración (...)" extinguiéndose el derecho a la impugnación "(...) desde que el menor haya cumplido la mayoría de edad, y tratándose de la mujer siempre que ésta haya concebido. Si la impugnación se hubiere intentado antes, el juicio se sabreseed".

En sus artículos 144 y 145 el Código Civil de la República Dominicana dispone que "(...) el hombre, antes de los dieciocho (18) años cumplidos y la mujer antes de cumplir los quince (15) no pueden contraer matrimonio" así como que el gobierno puede conceder dispensa de edad por motivos graves.

El Código Civil de Venezuela dispone, en sus artículos 18, 46, 117 y 120, que es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho años; que no pueden contraer válidamente matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce años de edad y el varón que no haya cumplido dieciséis años; que la nulidad del matrimonio celebrado en contravención al artículo 46, entre otros, puede demandarse por los mismos cónyuges, por sus ascendientes, por el Síndico Procurador Municipal y por todos

los que tengan interés actual; que no podrá impugnarse el matrimonio contraído por personas que no hubiesen llegado a la edad requerida para contraerlo válidamente cuando los contrayentes hayan alcanzado dicha edad sin que se haya iniciado el juicio correspondiente y cuando haya concebido la mujer que no tenga la edad exigida.

En sus artículos 46, 48, 73 y 75 el Código Civil de España dispone que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados; que el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, el impedimento de edad a partir de los catorce años, debiendo ser oídos el menor y sus padres o guardadores; que es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren el artículo 46, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48; que si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor solo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal; y que al llegar a la mayoría de edad solo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla.

En su artículo 144 el Código Civil de Francia dispone que *"No pueden contraer matrimonio el hombre que no haya cumplido dieciocho años, ni la mujer que no haya cumplido los quince años. Sin embargo, está permitido al Fiscal del lugar de celebración del matrimonio conceder dispensas de edad por motivos graves"*.

En virtud de sus artículos 148, 184, 185, 186 y 187 los menores de edad no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de su padre y madre; en caso de desacuerdo entre el padre y la madre esta división conlleva el consentimiento; el matrimonio contraído contraviniendo las disposiciones contenidas, entre otros, en el artículo 144, podrá ser impugnado por los propios cónyuges o por todos aquellos que estén interesados o por el Ministerio Público; que, sin embargo, el matrimonio contraído por dos cónyuges que aún no tenían la edad requerida o uno de los cuales no había alcanzado aún esa edad, no podrá impugnarse cuando hayan transcurrido seis meses desde que este cónyuge o ambos hayan alcanzado la edad requerida o cuando la mujer, que no tenía esa edad, haya concebido antes de transcurrir seis meses; que el padre, la madre, los ascendientes y la familia que hayan consentido el matrimonio contraído en el caso del artículo anterior, no pueden solicitar la nulidad; y que, finalmente, en todos los casos en los que, de acuerdo con el artículo 184, puedan entablar la acción de nulidad todos cuantos estén interesados en ella, podrán entablarla los parientes colaterales o los hijos nacidos de otro matrimonio, estando vivos los dos cónyuges, pero solo cuando tengan un interés existente y actual.

En la primera parte de su artículo 2 el Código Civil italiano dispone que la mayoría de edad se adquiere al cumplimiento de los dieciocho años y que ella confiere la capacidad de ejecutar todos aquellos actos para los que no se ha establecido una edad distinta. En virtud de lo dispuesto por el primer párrafo de su artículo 84 los menores de edad no pueden contraer matrimonio. El segundo párrafo del artículo 117 del mismo Código establece la sanción que, respecto de su validez, recae sobre el matrimonio contraído con violación del artículo 84 antes citado.

En sus artículos 126 y 127 el Código Civil argentino declara como menores a las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años, distinguiendo entre "menores impúberes" y «menores adultos», entendiéndose por los primeros los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos y por los últimos, los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos.

El artículo 34 del Código Civil de Colombia distingue entre infante o niño, impúber y adulto; señala asimismo los conceptos de mayor de edad o simplemente mayor y de menor de edad o simplemente menor: *"Dámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser*

impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”.

En su artículo 21 el Código Civil de Ecuador dispone: “*Llácese infante o niño el que no ha cumplido (7) siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12) ; adulta, el que ha dejado de ser impúber ; mayor de edad o simplemente mayor el que ha cumplido diez y ocho (18) años ; y menor de edad o simplemente menor el que no ha llega a cumplirlos.”*

El Código Civil de la República de Nicaragua distingue entre impúberes y menores adultos, declarando en sus artículos 7 y 8 que los primeros adolecen de incapacidad absoluta y los segundos de incapacidad relativa.

Sus artículos 100, 101, 111, 113, disponen que pueden contraer matrimonio libremente el varón de veintiún años o el declarado mayor, y la mujer de dieciocho años cumplidos o declarada mayor; que son hábiles para contraer matrimonio el varón que ha cumplido quince años y la mujer que ha cumplido catorce; que constituye impedimento relativo el hecho de no tener la edad determinada en el artículo 101; que constituyen impedimento prohibitivo las situaciones del varón menor de veintiún años o no declarado mayor, y de la mujer menor de dieciocho años o no declarada mayor, sin el consentimiento expreso de la persona a quien por la ley estuvieren obligados a pedirlo; que el matrimonio celebrado a pesar de los impedimentos prohibitivos del artículo 112 es válido pero que los contrayentes quedarán sujetos a las penas señaladas en el Código Penal; y, finalmente, que se tendrá por revalidado (jso jure y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubieran vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiere concebido antes de la pubertad legal, o de haberse entablado la reclamación.

Para el Código Civil del Uruguay constituye impedimento dirimente para el matrimonio la falta de edad requerida por las Leyes de la República, esto es, catorce años cumplidos en el varón y doce cumplidos en la mujer. No obstante que puede deducirse—de acuerdo con su artículo 200—la nulidad del matrimonio contraído con tal impedimento dirimente, previsto en el numeral 1 del artículo 91, ella no podrá declararse en el caso del matrimonio contraído por individuos de los cuales uno o los dos eran impúberes al tiempo de la celebración cuando han pasado ciento ochenta días, desde que ambos cónyuges fueron legalmente púberes o cuando la mujer ha concebido antes de la pubertad legal o antes de vencerse los ciento ochenta días sobredichos.

Como se advierte de la normativa citada, existe coincidencia en el tratamiento que los respectivos Códigos de Familia o Civiles dan al matrimonio de las personas menores de edad.

Si bien difieren en la distinción entre menores de edad “impúberes” y “adultos” así como en las edades mínimas que señalan para la celebración del matrimonio, ellos establecen impedimento para la celebración de matrimonio por tales personas y permiten, por excepción, el matrimonio de varones y mujeres menores que, habiendo cumplido cierta edad mínima, obtengan dispensa judicial por motivo grave. Finalmente, exigen para el matrimonio de estos menores el consentimiento de determinadas personas vinculadas con ellos por el parentesco consanguíneo o, en su defecto, la autorización judicial.

Sin embargo, deben precisarse dos situaciones: (a) son cuatro los códigos latinoamericanos que aluden al menor impúber, determinando quienes son las personas que ostentan tal condición. Se trata de los Códigos Civiles de Argentina, Ecuador, Nicaragua y Uruguay: el primero entiende por “menores impúberes” los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos; el segundo define como “impúberes” el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; el tercero califica implícitamente como “impúberes” al varón menor de veintiún años o no

declarado mayor y a la mujer menor de dieciocho años o no declarada mayor cuando dispone la revalidación *ipso iure* y sin necesidad de declaración expresa del matrimonio contraído por impúberes en las circunstancias que especifica; (b) ninguno de los Códigos citados alude a la adolescencia como criterio de distinción entre las personas menores de edad ni como situación generadora de impedimento matrimonial.

XIII. NORMATIVA PERUANA RELATIVA AL MATRIMONIO DE ADOLESCENTES PÚBERES E IMPÚBERES

Como se ha dicho, el adolescente comprendido entre los doce y los quince años adolece de incapacidad absoluta, salvo para actos determinados por la ley, en tanto que el adolescente comprendido entre los dieciséis y los dieciocho años sufre de incapacidad relativa.

Interesa hacer mención de la situación tanto del adolescente mayor de catorce años como del adolescente mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, precisando que el ordenamiento peruano se refiere a este último como "adolescente con dieciséis años cumplidos".

La incapacidad del primero cesa solamente para la realización de los actos de reconocimiento de sus hijos, de reclamo o demanda por gastos de embarazo y parto y de demanda o de apersonamiento en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos en tanto que la incapacidad del último para todo acto cesa cuando contrae matrimonio o cuando obtiene título oficial para ejercer profesión u oficio, tal como dispone el artículo 46 del Código Civil, modificado por la Ley 27201.

Con independencia de ello, el adolescente que ha cumplido catorce años puede recurrir al juez contra los actos del tutor y pedirle la remoción de este; puede asistir a las reuniones del consejo de familia con voz pero sin voto; y, finalmente, la rendición de cuentas del tutor se efectuará en su presencia.

Asimismo, el adolescente con dieciséis años cumplidos deberá ser oído, de ser posible, por el juez antes de que este preste autorización para la enajenación u obligación de sus bienes por los padres; para la enajenación u obligación de sus bienes y para la realización de los actos previstos en el artículo 532 por el tutor; intervendrá en la facción de inventario judicial de sus bienes a cargo del tutor antes de asumir el ejercicio de la tutela; el que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen; los padres le consultarán si es posible, los actos importantes de la administración.

En su artículo 241 este cuerpo de leyes consagra los impedimentos absolutos referidos a la celebración del matrimonio. En efecto, a diferencia de los artículos 242 y 243 que aluden, respectivamente, a las personas que no pueden contraer matrimonio entre sí y a las personas a las que no se permite el matrimonio en razón de hallarse en alguna de las situaciones descritas en su texto, la norma contenida en el artículo 241 declara, con expresión cuyo significado no admite duda, que las personas mencionadas en sus cinco numerales no pueden contraer matrimonio.

En virtud del numeral 1 de la norma de este artículo 241 no pueden contraer matrimonio los adolescentes, esto es las personas comprendidas entre los doce y los dieciocho años de edad. Este impedimento absoluto puede ser dispensado por el juez por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten su voluntad de casarse.²⁷

²⁷ El texto original de esta norma hace referencia a los impúberes como las personas impedidas para contraer matrimonio, disponiendo que tal impedimento podía ser dispensado por el juez por motivos graves, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

Así pues, como quiera que la dispensa del impedimento absoluto determinado por la edad no puede ser otorgada por el juez sino tan solo a favor de los adolescentes expresamente mencionados en esta norma, los adolescentes menores de dieciséis años no pueden casarse bajo ninguna circunstancia.

En su artículo 13 el Código de los Niños y Adolescentes declara que "El juez especializado autoriza el matrimonio de adolescentes, de acuerdo a lo señalado en los artículos pertinentes del Código Civil".

Como se advierte, este artículo determina la aplicación del régimen de la normativa dispuesta por el Código Civil para la autorización judicial del matrimonio de adolescentes, esto es que esta únicamente puede ser otorgada por la autoridad judicial en virtud de la existencia de motivos justificados que ameriten una dispensa judicial –valga la redundancia– del impedimento absoluto que afecta a los adolescentes que pretenden contraer matrimonio (y a quienes el artículo 241 de dicho Código denomina "contrayentes"), siempre que estas personas reúnan, adicionalmente, dos condiciones o requisitos: (a) una edad mínima de dieciséis años cumplidos; y, (b) una manifestación de su voluntad de casarse.

Conviene recordar en este punto lo expresado, con relación al numeral 1 del artículo 241, por el maestro Héctor Cornejo Chávez, ponente del Libro de Derecho de Familia, en la Exposición de Motivos del Código Civil.²⁶

Inciendo en el aspecto relativo a la mayoría y a la pubertad –a los que califica de conceptos diferentes– comenta el jurista ²⁷ con relación a la prohibición establecida por el texto original del numeral 1 del artículo 241 tantas veces citado, en el sentido que contraiga matrimonio el impúber, a menos que obtenga dispensa judicial, la que solo puede ser otorgada por motivos que el juez estime graves y siempre que se trata del varón de más de 16 años o de mujer que haya cumplido los 14: "La condición de pubertad no debe ser confundida con la de mayoría, por mucho que ambas se adquieran a los 18 años. La sanción del impúber que se caso sin dispensa judicial es la anulabilidad (artículo 277), en tanto que la del menor que se caso sin consentimiento de quienes deben prestarlo consiste en que aquél no goza de la posesión, administración y usufructo de sus bienes, etc., en tanto no alcance la mayoría (artículo 247)".

En el mismo orden de ideas añade el jurista que "La falta de dispensa judicial y la ausencia del consentimiento son, pues, supuestos independientes. Puede ocurrir, por eso, que un varón o una mujer menor de 18 años se case con consentimiento de quienes deben prestarlo; y que, sin embargo, el matrimonio sea inválido por no haberse obtenido la dispensa judicial del requisito de la pubertad".

Es pertinente señalar que, a efectos de la teoría de la validez del matrimonio, ninguno de los Códigos citados distingue expresamente entre adolescentes púberes e impúberes, sino tan solo entre adolescentes menores de dieciséis años y adolescentes con dieciséis años cumplidos.

No obstante ello, no puede dejar de indicarse que la "diferencia terminológica" entre adolescentes púberes e impúberes ya anotada es una realidad innegable, producida en virtud de dos hechos: (a) la modificación del numeral 1 del artículo 241 del Código Civil, efectuada por el artículo 1 de la Ley 27201, sustituyendo el vocablo "impúberes" del texto original por el término "adolescentes"; y, (b) la conservación de la expresión "impúber" en el texto del numeral 1 del artículo 277 del mismo Código.

²⁶ El texto completo aparece en el acápite del presente artículo relativo a los conceptos de "impúber" y de "adolescente".

²⁷ No obstante referirse al texto original de la norma, el comentario de Héctor Cornejo Chávez conserva vigencia toda vez que se refiere a las nociones de pubertad y de mayoría que mantienen presencia en el nuevo texto introducido por la Ley 27201 para el numeral 1 del artículo 241 del Código Civil.

Estos "hechos" destruyen la sistemática del Código sustantivo; introducen la "diferencia terminológica" ya anotada; y originan duda relativa a si el matrimonio contraído por un adolescente púber en contravención de la normativa relativa al matrimonio de adolescentes es un matrimonio anulable o uno simplemente ilícito, afectado por una sanción de índole patrimonial, sin afectar su validez.

Puede decirse que, en virtud de la modificación introducida por la Ley 27201 en el numeral 1 del artículo 241, ha "revivido" la confusión que Héctor Cornejo Chávez precisara en la Exposición de Motivos del Código Civil y que el maestro salvara al reemplazar en dicha norma la expresión "menores de edad" por la de "impúberes".

En efecto, cuando el texto modificado del numeral 1 de dicho artículo sustituye la expresión "impúberes" del texto original por la de "adolescentes", manteniendo sin embargo en el numeral 1 del artículo 277 la expresión original antedicha, se suscita nuevamente la confusión anotada por el ponente del Libro de Derecho de Familia, situación que se agrava por el hecho de que, en principio y en cuanto se refiere a su validez, el matrimonio contraído por el adolescente púber parecería quedar sin sanción.

El artículo 244 del mismo Código dispone que, para contraer matrimonio, los menores de edad necesitan del asentimiento expreso de sus padres, equivaliendo al asentimiento la discrepancia entre los padres.

En este aspecto, la misma norma dispone que, a falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro; que, a falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, los abuelos y las abuelas prestarán asentimiento, equivaliendo la discordancia al asentimiento en igualdad de votos contrarios; y que, a falta de abuelos y abuelas o si ellos son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria, correspondiendo la misma atribución al juez de menores respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

En cuanto concierne a los hijos extramatrimoniales, la citada disposición establece que ellos solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquel los hubiese reconocido voluntariamente, siendo de aplicación la misma regla a la madre y a los abuelos en línea materna.

En aplicación de los artículos 245 y 246 del mismo Código la negativa de los padres o ascendientes a otorgar el asentimiento no requiere fundamentación, no procediendo recurso alguno contra esta negativa, en tanto que la resolución judicial denegatoria de la licencia supletoria debe ser fundamentada, procediendo contra ella el recurso de apelación en ambos efectos.

Por último, el artículo 247 dispone que el menor que se casa sin el asentimiento ya referido no goza ni de la posesión, administración y usufructo de sus bienes ni de la facultad de gravamen o disposición de los mismos hasta que alcance la mayoría, así como que el funcionario del registro del estado civil ante quien se celebró el casamiento sufrirá una multa no menor a diez sueldos mínimos vitales mensuales del lugar que corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, dice el maestro Héctor Cornejo Chávez, ponente del Libro de Derecho de Familia:

"Finalmente se insume en este capítulo las normas referentes al consentimiento para el matrimonio de menores –que el anterior Código normaba en título aparte–; lo simplifica, sobre todo a base de eliminar la intervención del consejo de familia y sustituirla por la del juez de menores o quien haga sus veces, considerando además que la reducción a dieciocho años del límite mínimo de minoridad tornará aún menos frecuentes los casos de menores que quieran casarse; lo completa, para abarcar el caso, antes no previsto, del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente por la madre y sí por el padre, por mucho que el caso sea infrecuente; y cambia el criterio anterior que consideraba el disenso de uno de los padres como negativo, siendo así que, en nuestro concepto, desde que si uno de los padres coincide con la voluntad del menor, que es finalmente quien va a casarse, no se acierta a comprender por qué estas dos voluntades afirmativas han de ceder ante una sola negativa".

En virtud de la normativa consagrada por los artículos 46 y 241, numeral 1, del Código Civil resulta evidente que –en razón de la edad– el matrimonio se encuentra vedado para todo niño; para todo adolescente menor de dieciséis años; y, finalmente, para todo adolescente que no haya obtenido dispensa judicial, teniendo dieciséis años cumplidos como mínimo, y/o que no haya manifestado su voluntad de casarse.

En interpretación *contraria sensu* de lo anterior, únicamente podrán contraer matrimonio válido los adolescentes con dieciséis años cumplidos como mínimo que, habiendo manifestado su voluntad de casarse, hayan obtenido dispensa judicial por motivos justificados.

De otro lado, en razón de la aplicación concordada del numeral 1 del artículo 241; del primer párrafo del artículo 46, ambos del Código Civil; y del artículo 113 del Código de los Niños y Adolescentes, la referencia a los menores de edad que efectúan los artículos 244 a 247 del primer cuerpo de leyes citado, debe entenderse dirigida únicamente a los adolescentes cuyas edades fluctúan entre los dieciséis y los dieciocho años, quedando excluidos de tales normas las personas menores de dieciséis años, esto es tanto los niños como los adolescentes comprendidos en las edades que oscilan los doce y los dieciséis años.

En cuanto concierne al impedimento de carácter absoluto dispuesto por el numeral 1 del artículo 241 del Código Civil respecto del matrimonio de adolescentes y de los efectos que produce la contravención de la norma, cabría distinguir las situaciones siguientes:

- (a) Adolescentes *impúberes* comprendidos entre los doce y los dieciséis años, incurso en tal impedimento absoluto y respecto de los cuales, por razón de su edad, no es posible dispensa judicial del mismo: su matrimonio adolece de anulabilidad, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 277 del mismo Código.
- (b) Adolescentes *púberes* cuyas edades oscilan entre los doce y los dieciséis años, afectados por dicho impedimento absoluto y respecto de los que, asimismo, no es posible dispensa judicial de tal impedimento; no obstante las circunstancias anotadas, su matrimonio no es pasible de anulabilidad toda vez que, en virtud del numeral 1 citado, ella se da únicamente cuando se trata de "impúberes".
- (c) Adolescentes *púberes* comprendidos entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años, incurso por razón de su edad en dicho impedimento absoluto, que contraen matrimonio sin contar con dispensa judicial del mismo: al igual que en la situación precedente, no obstante la prohibición absoluta antedicha y no haber obtenido tal dispensa, su matrimonio carece de "sanción" y no es pasible de anulabilidad en razón de que, tal como establece dicho numeral 1, esta consecuencia se produce solamente tratándose de "impúberes".

- (d) Adolescentes púberes comprendidos entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años, incurso en dicho impedimento absoluto, que contraen matrimonio con dispensa judicial del mismo: su matrimonio carece de "sanción" en cuanto se contrae a su validez, no por el hecho de contar con tal dispensa, sino por el hecho de la pubertad de estas personas.

En relación con los apartados (b), (c) y (d) precedentas, cabe formular la interrogante que sigue: en los casos reseñados en ellos ¿cuál es la situación y cuál la sanción?

En estos tres últimos casos, aún cuando se contraviene el ordenamiento jurídico, las situaciones descritas carecen de "sanción" en cuanto se refiere a la validez del matrimonio así contraído.

En mérito a las situaciones analizadas, podría decirse que están impedidos de contraer matrimonio válido los niños; los adolescentes impúberes, cualquiera sea su edad; los adolescentes púberes menores de dieciséis años cumplidos; y los adolescentes púberes con dieciséis años cumplidos y menores de dieciocho años que, aún manifestando su voluntad de casarse, no obtengan dispensa judicial.

El numeral 1 del artículo 277 del Código Civil dispone la anulabilidad del matrimonio contraído por el impúber. En aplicación del texto de este inciso sustituido por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil - Decreto Legislativo No. 768 la pretensión de anulación de este matrimonio puede ser ejercida por el impúber luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de estos, por el consejo de familia, no pudiendo solicitarse tal anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aun cuando se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio produciendo efectos retroactivos la resolución judicial aprobatoria de tal confirmación.

Subsiste la cuestión planteada: ¿cuál es la "suerte" del matrimonio celebrado por adolescentes púberes comprendidos en las situaciones descritas en los apartados (b), (c) y (d) que anteceden?

Con relación a este aspecto, Max Arias Schreiber comenta:

"Tal como lo expresáramos en su oportunidad, la anulabilidad está referida a causas que no tienen la gravedad y trascendencia social de la nulidad (supra, página 133). Es por estas razones que puede convalidarse mediante confirmación.

El primer caso o causal es el relativo al impúber. Ya en su momento hicimos diversas reflexiones sobre este particular (supra, páginas 89 y 90).

Cornejo Chávez señala que la condición de pubertad no debe ser confundida con la de mayoría de edad, por mucho que ambas se adquieren a los 18 años. La sanción del impúber que se casa sin dispensa judicial es la anulabilidad (artículo 277), en tanto que la del menor que se casa sin consentimiento de quienes deben prestarlo consiste en que aquél no goza de la posesión, administración y usufructo de sus bienes, etc., en tanto no alcance la mayoría (artículo 247). (Héctor Cornejo Chávez, Op. Cit., tomo II, p. 226).

La pretensión para que se declare la invalidez está limitada al impúber, a sus descendientes si no prestaron su consentimiento, o a falta de estos, al consejo de familia. Las razones que se dan no sólo se deben a que sólo está de por medio el interés privado, sino el hecho de que el interés moral sólo lo tiene los padres, ascendientes y a falta de ellos, el consejo de familia.

Existe igualmente una restricción lógica: no se puede pretender la anulación una vez que el menor haya alcanzado la mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. En efecto, mientras en el primer caso se da por supuesto que el que fue impúber persiste en su voluntad

de mantener la unión, en el segundo por un lado está la necesidad de proteger al concebido y por otro lado, resulta evidente que ya quedó atrás la impubertad. En realidad, estamos en presencia de lo que se denomina "convalidación confirmatoria".

Y siempre dentro del propósito de conservar la unión marital, el mismo inciso permite que los cónyuges mayores de edad a quienes se les anuló el matrimonio pueden presentarse ante el juez que anuló la unión pidiendo la confirmación del mismo, que una vez declarada opera con efecto retroactivo. El matrimonio que una vez fue prematuro, ha dejado de serlo."

Factibilidad de la existencia de adolescentes impúberes comprendidos entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años.

Se plantea como interrogante la cuestión relativa a la existencia de adolescentes cuyas edades oscilen entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años y que, no obstante ello, "adolescan" de impubertad.

En este orden de ideas, puede hacerse referencia a la impubertad "legal".

En el transcurso de estas páginas se ha hecho mención de la llamada "pubertad legal", como expresión de la condición natural de aptitud exigida a quienes pretenden contraer matrimonio válido y lícito.

Esta noción nace como consecuencia ineludible del hecho de que, al no alcanzarse la capacidad genésica (indispensable para el cumplimiento de un fin principal de la institución del matrimonio, como es la procreación de los hijos) por todas las personas ni a la misma edad ni en la misma época, la normativa deba fijar una edad de pubertad "legal", derivando de ella su "opuesto" natural, la impubertad "legal".²⁶

Planteada esta hipótesis, resulta pertinente considerar dos situaciones, a modo de sub-hipótesis de ella:

- (a) Adolescentes impúberes comprendidos entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años que, incursos en dicho impedimento absoluto, contraen matrimonio sin contar con dispensa judicial del mismo: en razón de su impubertad, su matrimonio es anulable.
- (b) Adolescentes impúberes que, comprendidos entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años e incursos en dicho impedimento absoluto, contraen matrimonio en virtud de dispensa judicial de aqual. En esta última situación surge inquietud que, a su vez, plantea dos posibilidades: la primera, aseverar que la dispensa judicial otorgada prima sobre la impubertad de los contrayentes y que, en consecuencia, el matrimonio en cuestión no es anulable; la segunda, sostener la anulabilidad del matrimonio, por la misma razón de la situación referida en el literal (a) que antecede (su impubertad) y en consideración, además, a la circunstancia de disponerlo así el numeral 1 del artículo 277 del Código Civil sin admitir salvedad o excepción alguna.

Las hipótesis de invalidez del matrimonio en la doctrina y en la normativa vigente.

La doctrina distingue tres casos en que el matrimonio carece o puede carecer de validez:

- (a) La nulidad, "(...) originada por la existencia de un vicio socialmente esencial (...)";

²⁶ Cabe señalar aquí: (a) la tendencia creciente orientada a la elevación de tal edad a una que permita reunir en la persona pretendiente al matrimonio dos "calidades": la capacidad generadora y un desarrollo psíquico que permite apreciar la trascendencia del acto del matrimonio y la magnitud de los deberes que de él se derivan; (b) las nociones que se ofrecen al legislador para el logro del objetivo propuesto, citadas al tratar, en estas páginas, de la pubertad como condición natural de aptitud para contraer matrimonio válido y lícito.

- (b) La anulabilidad "(...) cuya causa se ubica en la existencia de algún vicio que pudiendo ser esencial para los contrayentes, no reviste la gravedad de los que producen la nulidad del negocio desde el punto de vista del interés público (...)"; y,
- (c) La impugnabilidad, "(...) que se origina por la existencia de algún vicio que, sin afectar directamente al interés general, perjudica gravemente a uno de los cónyuges (...)".

Para el ordenamiento civil peruano la invalidez del matrimonio presenta tres situaciones:

- (a) La nulidad, producida por las causas previstas en el artículo 274 del Código Civil;
- (b) La anulabilidad, sancionada por su artículo 277; y,
- (c) La ilicitud, normada por sus artículos 243 y 286.

La invalidez del matrimonio en razón de la edad de los contrayentes en la normativa peruana vigente

Tratándose de los niños y de los adolescentes menores de dieciséis años, es evidente su carencia de capacidad para contraer un matrimonio válido. Se trata de la incapacidad de ejercicio y no de un aspecto vinculado con los impedimentos matrimoniales.

A diferencia de ello, la norma del numeral 1 del artículo 277 del Código Civil determina la anulabilidad del matrimonio contraído por el adolescente "impúber" que, comprendido entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años, no ha obtenido la dispensa judicial¹ prevista por el numeral 1 de su artículo 241 a efectos del impedimento absoluto en que se halla incurso por razón de edad.

Finalmente, en cuanto concierne al matrimonio celebrado sin el asentimiento a que se refieren los artículos 244 y 245 del Código Civil, es pertinente precisar que las normas acotadas son de aplicación a toda persona con dieciséis años cumplidos pero menor de dieciocho años, sin que interese para este propósito si ella es púber o impúber.

En esta situación, si bien el matrimonio celebrado es válido y confiere al adolescente la capacidad prevista en el artículo 46 de la normativa civil, no le otorga el goce de la posesión, administración, usufructo ni de la facultad de gravamen o disposición de sus bienes, hasta que alcanza la mayoría de edad, esto es hasta que cumpla dieciocho años.

Sanción aplicable al matrimonio contraído por adolescente "púber" sin contar con la dispensa judicial.

La controversia surge cuando se contempla la situación del matrimonio de adolescente púber cuya edad fluctúa entre los dieciséis años cumplidos y los dieciocho años, incurso por razón de su edad en impedimento absoluto, celebrado sin contar con la dispensa judicial de la adolescencia, prevista por la norma contenida en el numeral 1 del artículo 241 del antedicho Código.

En efecto, debe tenerse en consideración que –en virtud de la modificación introducida en dicho numeral 1 por mandato del artículo 1 de la Ley 27201– el impedimento para contraer matrimonio es la adolescencia, no ya la impubertad, como establecía la norma citada en su texto primigenio.

¹ En las páginas que anteceden se ha planteado la cuestión relativa a la modificación explícita o tácita del tercer párrafo del artículo 240 del Código (referido a la dispensa judicial de la impubertad como documento que, de ser el caso, quince testigos conseres matrimoniales deben acompañar a la declaración de proyecto matrimonial), o conserencia de la "sustitución" del impedimento de "impubertad" por el de "adolescencia" producido en el numeral 1 del artículo 241 de dicho Código por mandato del artículo 1 de la Ley 27201. Se trata de la dispensa judicial de la adolescencia, solo vez que el impedimento a dispensar es esta, no es la impubertad.

El matrimonio así contraído ¿es nulo, anulable o simplemente ilícito?

Expresado de otro modo: el impedimento absoluto para el matrimonio de adolescentes ¿determina la invalidez del matrimonio contraído por adolescente púber o, únicamente, su ilicitud?

En orden a resolver la cuestión planteada conviene "recordar" la normativa civil vigente, según la que:

- (a) El matrimonio de quienes lo celebran con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 del Código Civil es nulo, quedando no obstante, convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

En armonía con ello si un adolescente púber no acompañara a su declaración matrimonial la dispensa judicial de la adolescencia²² habría incurrido en la causa de nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 274 del Código vigente.

- (b) La situación prevista en el numeral 1 del artículo 277 del mismo cuerpo de leyes, en cuya virtud el matrimonio del impúber es anulable, no es de aplicación a este adolescente púber toda vez que, valga la redundancia, no "adolesce" de impubertad.
- (c) La "ilicitud" del matrimonio prevista en el artículo 243 del texto legal que se viene citando y sancionada en su artículo 286 no afecta la situación de tal adolescente púber en cuanto respecta a su matrimonio.
- (d) Finalmente, la "sanción" prevista para el matrimonio celebrado sin el asentimiento a que se refieren los artículos 244 y 245 del Código Civil, no es de aplicación al adolescente púber que contrae matrimonio sin dispensa judicial.

CONCLUSIONES

1. El Código Civil vigente consagra la adolescencia como impedimento absoluto para contraer matrimonio.
2. En virtud del numeral 1 del artículo 277 de este cuerpo de leyes es anulable únicamente el matrimonio del adolescente impúber.
3. Carece de "sanción", en cuanto a su validez se refiere, el matrimonio del adolescente púber.
4. Las situaciones descritas en los acápite 2 y 3 precedentes resultan de la "diferencia terminológica" introducida por el artículo 1 de la Ley 27201 que sustituye, en el numeral 1 del artículo 241 del Código Civil, la impubertad por la adolescencia como impedimento absoluto para contraer matrimonio y mantiene la sanción de anulabilidad prevista en el texto primigenio del numeral 1 del artículo 277 respecto del matrimonio del adolescente impúber.

²² Ver nota precedente.