

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

LA ANTINOMIA ENTRE LA SEGUNDA ORACIÓN DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 244 Y EL 290 DEL CÓDIGO CIVIL

Para Optar	: El título profesional de abogado
Autores	: Bach. Ysamahar Jhorce Campos Lopez : Bach. Gustavo Gregorio Mayta Martinez
Asesor	: Mg. Pierre Moisés Vivanco Núñez
Línea de Investigación Institucional	: Desarrollo humano y derechos
Área de Investigación Institucional	: Ciencias sociales
Fecha de Inicio y de Culminación	: 01-03-2022 a 29-10-2022

HUANCAYO – PERÚ

2022

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedicamos principalmente a Dios, por ser el inspirador y darnos fuerza para continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados.

A nuestros padres, por su amor, trabajo y sacrificio en todos estos años y permitirnos llegar hasta aquí para convertirnos en lo que somos.

A todas las personas que nos han apoyado y han hecho que el presente trabajo de investigación se realice con éxito en especial a aquellas que nos abrieron las puertas y compartieron sus conocimientos.

AGRADECIMIENTO

A los catedráticos de la Universidad peruana los Andes, y amigos, que hacen posible el logro de una educación del derecho en un país diverso.

Al Mg. Pierre Moises Vivanco Nuñez, por su orientación acertada y oportuna

CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	14
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.2.1. Delimitación espacial	16
1.2.2. Delimitación temporal	16
1.2.3. Delimitación conceptual	17
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.3.1. Problema general	17
1.3.2. Problemas específicos	17
1.4. JUSTIFICACIÓN	18
1.4.1. Social	18
1.4.2. Teórica	18
1.4.3. Metodológica	19
1.5. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN	19
1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.6.1. Objetivo general	20
1.6.2. Objetivos específicos	20
1.7. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.8. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	21

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	22
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	22
2.1.1. Nacionales	22
2.1.2. Internacional	31
2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS	37
2.2.1. Artículo 244 del Código Civil – Matrimonio entre menores	37
2.2.1.1. Delimitación del matrimonio entre menores	38
2.2.1.2. Asentimiento de los padres	41
2.2.1.2.1. Tesis de la discrepancia entre los padres prevalece el asentimiento	43
2.2.1.2.2. Tesis de la discrepancia entre los padres prevalece el no asentimiento	45
2.2.1.3. Asentimiento de los abuelos	46
2.2.1.4. Asentimiento del juez de familia	47
2.2.1.5. Matrimonio de menores de edad mayores de catorce años	48
2.2.1.6. Consecuencias del matrimonio prematuro de menores de edad	50
2.2.1.7. La familia	53
2.2.1.8. El matrimonio	55
2.2.1.9. Principio de promoción del matrimonio	58
2.2.1.10. La igualdad conyugal	60
2.2.1.11. Antinomia	62
2.2.2. Artículo 290 del Código Civil-Igualdad en el hogar	63
2.2.2.1. Nociones generales	63
2.2.2.2. Concepto	65
2.2.2.3. La autoridad parental en el código civil	70

2.2.2.3.1. Antecedentes	70
2.2.2.3.2. Concepto	71
2.2.2.4. Derechos subjetivos familiares	78
2.2.2.4.1. Derechos patrimoniales	78
2.2.2.4.2. Derechos extrapatrimoniales	80
2.2.2.5. Deber de gobernar el hogar	81
2.2.2.6. Derecho de gobernar el hogar	84
2.2.2.7. Cooperar para el buen desenvolvimiento del hogar	86
2.3. MARCO CONCEPTUAL	88
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	91
3.1. METODOLOGÍA	91
3.2. TIPO INVESTIGACIÓN	92
3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	92
3.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	93
3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO	94
3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS	94
3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA	94
3.8. MAPEAMIENTO	95
3.9. RIGOR CIENTÍFICO	96
3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	96
3.10.1. Técnicas de recolección de datos	96
3.10.2. Instrumentos de recolección de datos	97
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	98
4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS	98
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno	98

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	106
4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres	110
4.2. TEORIZACIÓN DE LAS UNIDADES TEMÁTICAS	113
4.2.1. La segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al deber de gobernar en el hogar	113
4.2.2. La segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al derecho de gobernar en el hogar	119
4.2.3. La antinomia producida entre la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 y el artículo 290 incentiva la desunión dentro del desenvolvimiento del hogar	125
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	133
PROPUESTA DE MEJORA	140
CONCLUSIONES	141
RECOMENDACIONES	143
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	144
ANEXOS	151
INSTRUMENTOS	153
PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS	154
PROCESO DE CODIFICACIÓN	156
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL	158
COMPROMISO DE AUTORÍA	159

RESUMEN

La presente tesis tiene como **objetivo general** analizar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano, es así que, la **pregunta general** de investigación sea: ¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano? Asimismo, la presente investigación además guarda un **método de investigación** de enfoque cualitativo, con un método general denominado la hermenéutica; por otro lado, será de un tipo de investigación básico o fundamental, con un nivel explicativo y de diseño observacional – teoría fundamentada. Finalmente, la investigación dada a su naturaleza expuesta, utilizará la técnica del análisis documental de leyes, códigos y libros de doctrina que serán procesados mediante la argumentación jurídica a través de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen que se obtengan de cada libro con información relevante; siendo el **resultado** más relevante: El propio ordenamiento legal pretende desconocer la decisión del padre que se niega a dar el asentimiento para el matrimonio de su menor hijo, aun cuando es partidario del principio a la igualdad en el gobierno del hogar. La **conclusión**: La antinomia entre ambos artículos no protege el interés superior del menor, sino, en su intento de promover el matrimonio genera desunión y rebeldía entre padres e hijos. **Recomendación**: Modificación del artículo 244 del CC.

Palabras clave: Autoridad parental, Derecho y Deber de gobernar el hogar.

ABSTRACT

The general objective of this thesis is to analyze the way in which the second sentence of the first paragraph of article 244 influences article 290 in the context of the Peruvian Civil Code, so that the general research question is: How does the second sentence of the first paragraph of article 244 influences article 290 in the context of the Peruvian Civil Code? Likewise, the present investigation also keeps a qualitative approach research method, with a general method called hermeneutics; on the other hand, it will be of a type of basic or fundamental research, with an explanatory level and observational design - fundamental theory. Finally, the investigation given its exposed nature, protected the technique of documentary analysis of laws, codes and books of doctrine that will be processed through legal argumentation through data collection instruments such as the textual and summary file that was obtained from each book with relevant information; being the most relevant **result**: The legal system itself intends to ignore the decision of the father who refuses to give the feeling for the marriage of his minor son, even when he is in favor of the principle of equality in the government of the home. The **conclusion**: The antinomy between both articles does not protect the best interest of the minor, but rather, in its attempt to promote marriage, it generates disunity and rebellion between parents and children. **Recommendation**: Modification of article 244 of the CC.

Keywords: Parental authority, Right and Duty to govern the home.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación lleva como título: “La antinomia entre la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 y el 290 del Código Civil”, cuyo propósito fue analizar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influyó en el artículo 290 en el contexto del Código Civil peruano, la cual se fundamentó en la consideración de los deberes y derechos de los padres en relación con sus hijos y viceversa, relacionándose también con el principio de interés superior del niño y la vulneración de múltiples derechos constitucionales y fundamentales para su desarrollo integral, tales como: el derecho a la igualdad, a la identidad, a la libertad personal y el derecho a vivir plenamente la niñez y la adolescencia.

Por consiguiente, la presente investigación está compuesta por seis capítulos, así vamos a detallar de manera general cada una de ellas. En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se abordan los siguientes temas, como la descripción de la realidad problemática, delimitación del problema, la justificación, entre otros.

En éste primer capítulo se pone énfasis a la formulación del problema, la cual tiene como pregunta general: ¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?, asimismo en el objetivo general de la investigación, el cual es: Analizar

la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano y finalmente presentar la hipótesis general: La segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye de manera negativa al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.

Posteriormente, en el capítulo dos se abordó los antecedentes de investigación, con el propósito de saber cuáles fueron los trabajos anteriores y determinar cuál fue el último status de las investigaciones sobre el artículo 244 (que es la variable dependiente) y el artículo 290 (que es la variable independiente), asimismo se detallan las bases teóricas de la investigación, las mismas que se profundizaron y sistematizaron de acuerdo a las variables de investigación.

En el capítulo tres cuyo título es Metodología es donde se desarrollan y describen la forma en la cual se realizó la recolección y el procesamiento de la información, de tal suerte que para el caso nuestro, se utilizó el método general de la hermenéutica, como método específico la hermenéutica jurídica, asimismo se utilizó un tipo de investigación básico o fundamental, un nivel explicativo y un diseño observacional, en seguida se utilizó la técnica del análisis documental junto con su instrumento que es la ficha textual, de resumen y bibliográfica.

En el capítulo cuatro denominado Resultados en donde se puso en evidencia en forma más sistemática los datos que se utilizaron para el correspondiente análisis y discusión con el objeto de arribar a una contrastación de las categorías y subcategorías, entonces en este capítulo en el cual por cada objetivo específico se consiguió sistematizar toda la información recabada en las bases teóricas para luego realizar un examen crítico académico, siendo los principales resultados:

- En consecuencia, llama la atención que el propio ordenamiento legal pretenda desconocer la decisión del padre que se niega a dar el asentimiento para el matrimonio de su menor hijo, aun cuando el mismo cuerpo jurídico devela que la construcción de todo su contenido normativo se edifica a partir de principios tales como la igualdad en el gobierno del hogar (art. 290 del CC).
- En esta medida, si los padres tienen el deber de representar a sus hijos en los actos civiles, así como de cuidar y dirigir el proceso educativo de estos también tienen derecho a que sus hijos los obedezcan y respeten; por lo tanto, si uno de ellos se niega a aprobar el matrimonio de su menor hijo y el otro padre acepta, no puede ser posible que esta discrepancia signifique la aprobación.

En el acápite nombrado Análisis y discusión de los resultados, es donde ya se realiza por cada objetivo específico una valoración de juicio contando con la información sistematizada a fin de llegar o arribar a conclusiones lógicas argumentativas y sobre todo para lograr contrastar los objetivos específicos y luego la hipótesis general, así las principales discusiones fueron:

- En síntesis, consideramos que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al derecho de gobernar en el hogar, porque no imparte la aplicación de derechos en igualdad entre los padres y sus hijos, sino, en algunos artículos exige la autorización expresa o tácita de ambos padres (art. 456), mientras que en otros hace excepciones sin tener justificaciones racionales que colaboren con el desarrollo integral del menor

(art. 244), pues ellos tienen que aprender a tomar decisiones y afrontar las consecuencias conforme a su edad.

- En síntesis, el menor de edad presto a casarse a pesar de tener dieciséis años (bajo la presunción de que ya se le puede imputar ciertos derechos y deberes) puede que no esté siendo consciente de su decisión, ya que esta puede ser instintiva o racional, pues la madurez al ser subjetiva no garantiza que el menor de dieciséis años vaya a tomar con la misma responsabilidad un acto como el matrimonio; en consecuencia, se estaría poniendo en peligro el cuerpo y la salud de ambos menores.

Finalmente, se exponen las conclusiones y sus consecuentes recomendaciones, las cuales están expuestas en orden sistemático, en otras palabras, que existe una conclusión por cada objetivo específico y general.

Teniendo la seguridad de que la tesis sea de utilidad para nuestra comunidad jurídica, auguramos una alturada discusión del tema, con la finalidad de consolidar nuestra postura académica y la de los operadores del derecho.

Los tesistas

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El matrimonio es una de las instituciones más importantes del Derecho de Familia, toda vez que incentiva la unión estable y duradera en el tiempo entre una mujer y un varón legalmente aptos para ella; en este orden de ideas, la aptitud o predisposición para celebrar el acto jurídico se encuentra consagrada en el ordenamiento sustantivo, por ejemplo, tener plena capacidad de ejercicio (inc. 1 art. 140).

Ahora bien, con la modificación del artículo 42 del Código Civil peruano por el Decreto legislativo 1384 se entiende que, la edad mínima para contraer matrimonio en el Perú es de catorce años, previo consentimiento expreso de sus padres y la dispensa judicial que conceda el matrimonio; no obstante, la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 del mismo cuerpo de leyes establece que, si existe discrepancia respecto a la aceptación entre los padres se entenderá por convalidado el consentimiento.

De ahí, consideramos que el párrafo en cuestión no incentiva el ejercicio del principio de igualdad parental, mismo que se encuentra estipulado en el artículo 290, en virtud del cual, ambos padres tienen el derecho y deber de participar en el gobierno del hogar de forma igualitaria o equitativa, con la finalidad de colaborar con el buen desenvolvimiento del mismo; en consecuencia, se produce una antinomia entre los textos legales de los artículos 244° y 290°.

Por este motivo, es que emprendimos el análisis de este fenómeno de estudio, que se enfoca en las siguientes variables: (a) Artículo 244 del Código Civil

y (b) Igualdad en el gobierno del hogar del artículo 290; al primero es el artículo que contiene el texto legal que establece la exigencia del consentimiento de los padres para la celebración del matrimonio de los menores de edad; además establece que, la discrepancia de la aceptación se convalidará como una respuesta positiva.

Por otro lado, el deber de gobernar el hogar del artículo 290 parte del principio de igualdad parental, en virtud del cual, los progenitores tienen a su cargo el ejercicio de los derechos y deberes de manera igualitaria o equitativa respecto de sus hijos.

Como es evidente, este trabajo de investigación se enmarcó dentro del territorio del Estado peruano, por la naturaleza dogmática con que se caracteriza y al tratarse de dos figuras legales que comprenden a toda ciudadanía, guardará una aplicación a nivel nacional, detentando una limitación dentro del territorio peruano hasta la vigencia de las normas.

De tal forma, a continuación, describiremos los antecedentes analizados por distintos autores, quienes han hecho cierta aproximación en referencia a las categorías de estudio; así se tiene a la investigación internacional del autor Mansilla (2018), titulada: “Efectividad en la protección de niños, niñas y adolescentes en el ámbito institucional chileno”, cuyo objetivo fue identificar si el Estado chileno protege los derechos de la infancia y adolescencia, así como también ver si cumple con los derechos establecidos de la Convención sobre derechos del niño en su ámbito institucional.

Así mismo, consignamos la tesis nacional por el autor Izquierdo (2019), que titula: “Relación entre los estilos de socialización parental y actitudes hacia el machismo en adolescentes de una comunidad de Madre de Dios, cuyo aporte fue

examinar la influencia de los estilos de relación de los padres y el entendido del machismo en los adolescentes de la comunidad de Madre de Dios.

Mencionado todo ello, revelamos que los diversos autores citados no han investigado la antinomia producida por el artículo 244 y el artículo 290, respecto al principio de autoridad parental o gobierno igualitario del hogar.

Estando a lo mencionado, planteamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

En principio, la delimitación de la presente investigación desde un ámbito espacial fue básicamente el Perú, pues, el espacio de investigación fue el ordenamiento jurídico peruano, ello quiere decir que, se realizará el estudio de las categorías escogidas en la presente investigación, que son en esencia artículos del Código Civil peruano (artículos 244 y 290), así como también, los distintos textos doctrinarios que se usen, serán de estudios de estos artículos del Código Civil peruano.

1.2.2. Delimitación temporal

En primer lugar, para resaltar que la presente investigación es de un enfoque cualitativo, en donde se estudió la influencia de una categoría sobre otra, por lo que, aquellas categorías que son artículos del Código Civil peruano (artículos 244 y 290) son artículos que hasta el 2022 no

han sufrido modificaciones o por lo menos no en el aspecto en el que se pretende investigar, por lo tanto, la delimitación temporal de la presente investigación fue la misma normativa civil hasta el año 2022.

1.2.3. Delimitación conceptual

En la presente tesis se desarrollaron los conceptos bajo la perspectiva dogmática, es decir, se estudió tanto al artículo 244 y 290 del Código Civil, y todas sus implicancias, a fin de buscar la manera en cómo influye una sobre la otra o viceversa incluso, por lo tanto, la delimitación desde un ámbito conceptual se puede llegar a indicar que se trató de buscar la coherencia entre ambas categorías e incluso con el resto del ordenamiento jurídico, resaltando además que, se usó la interpretación jurídica positivista y la teorías *ius-positivista*.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al deber de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?
- ¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al derecho de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?

- ¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye a la cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.4.1. Social

La justificación a nivel social de la presente investigación radica en que ayudó a los casos en donde los menores de edad pretendan contraer matrimonio, no solo se necesite el asentimiento de uno de los padres, sino el de los dos, pues, ambos tienen el mismo derecho y deber de gobierno del hogar, así como la misma obligación de protección o cuidado del menor, sobre todo si es referido a la realización de un acto sumamente trascendente en la vida del menor. Además, con investigaciones como estas se ayuda a reafirmar la necesidad de requisitos más exigentes, así como la igualdad en la decisión de los padres frente a actos sumamente importantes que vayan a realizar los hijos menores de edad, como en este caso el matrimonio.

1.4.2. Teórica

Asimismo, la presente investigación en un nivel teórico se justifica debido a que, se puso en manifiesto la antinomia entre normas jurídicas, pues, mientras el artículo 244 del Código Civil peruano establece ciertos requisitos para que el menor pueda contraer matrimonio, el artículo 290 del mismo cuerpo normativo establece una posición ciertamente diferente con respecto a la igualdad entre padres en el

gobierno del hogar, además que, el matrimonio entre menores de edad no es una regla general, sino que son situaciones excepcionales, en donde se debe de poner parámetros o requisitos más exigentes para su celebración, y creemos que el asentimiento de los dos padres es uno de ellos que se debiera hacer valer, porque además reafirma la protección de los padres frente a sus menores hijos ante actos de suma trascendencia, como también reafirma la igualdad de ambos cónyuges.

1.4.3. Metodológica

Ahora, la presente investigación a nivel metodológica se justificó porque se utilizó como método a la hermenéutica jurídica para el análisis de los artículos 244 y 290 del Código Civil peruano, a fin de determinar la influencia de una institución sobre la otra; además, se justifica por los instrumentos que se utilizaron, los mismos que son tanto la ficha bibliográfica, de resumen y textual; asimismo, como la investigación fue de nivel explicativo, se utilizará a la argumentación jurídica para poder teorizar los conceptos.

1.5. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

Por lo tanto, el propósito de la presente investigación es la modificación del artículo 244 del Código Civil peruano, a fin de no permitir el asentimiento solamente de unos de los padres para el matrimonio de sus menores hijos, sino el de ambos, pues, se denota del artículo 244 que no respeta la igualdad en las decisiones de los padres, frente a actos de mucha importancia para la vida del menor, así como también, el requisito del asentimiento de un solo cónyuge para

permitir el matrimonio del menor viene a ser un requisito poco exigente, pues, recordemos que este tipo de actos son excepcionales, porque de lo contrario se podría transgredir y tergiversar el deber de protección del Estado de la familia y de promoción del matrimonio.

1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Objetivo general

Analizar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.

1.6.2. Objetivos específicos

- Identificar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al deber de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.
- Determinar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al derecho de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.
- Examinar de qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye a la cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.

1.7. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de la presente investigación radica en que, los padres podrán tener igual voz y voto para aceptar o no el matrimonio de sus hijos menores de edad, pues, recordemos que estos mismos merecen de protección, y los llamados a esta

protección son el primer lugar los padres, porque son aún menores de edad, además que, el Estado tiene el deber de protección de la familia, por lo tanto, se tiene que ser consciente que los menores de edad pueden no estar preparados para la celebración del matrimonio, y que en ocasiones solo lo hacen por algún tipo de presión, lo que solo conllevaría a la conformación de familias inestables, es así que, los requisitos para la celebración de este tipo de actos debieran ser más exigentes.

1.8. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La limitación de la presente investigación es la falta de libros especializados en matrimonio entre menores de edad, en donde se ponga en manifiesto los problemas de esta institución, asimismo, otra limitación es la falta de acceso a las dispensas judiciales para que los menores de edad puedan contraer matrimonio.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Nacionales

En primer lugar, tenemos a la investigación que lleva por título: “El matrimonio de menores de edad y el otorgamiento de la autorización judicial por el juez de familia”, por Sierra (2018), Universidad Inca Garcilaso de la Vega; el objetivo de la investigación ahora citada fue la de determina la relación entre los matrimonios de menores y el otorgamiento de la autorización judicial por el juez de familia. La relación con la presente investigación parte primero por el mismo estudio del matrimonio entre menores de edad y por otra parte la preocupación de este tipo de actos, pues, la investigación citada ciertamente lo hace al referir que las autorizaciones judiciales sean debidamente motivadas, sin embargo, en la presente investigación se centra además en un análisis referido a si está bien que solo exista solo el asentimiento de uno de los padres, cosa que denota una errónea promoción del matrimonio, afectando así a la misma sociedad y al gobierno igualitario de padre y madre dentro del hogar. Y, dentro de las conclusiones arribadas en la investigación citada podemos mencionar a las siguientes:

- El matrimonio de menores de edad se relaciona directamente con el otorgamiento de la autorización judicial por el juez de familia.

- La ausencia de padres o abuelos en el matrimonio de menores de edad se relacionan directamente con el otorgamiento de la autorización judicial por el juez de familia.
- El estado de gestación de la futura cónyuge se relaciona directamente con el otorgamiento de la autorización judicial por el juez de familia.

La metodología empleada en la citada investigación es la siguiente: se empleó el método deductivo, inductivo y descriptivo, fue una investigación de tipo básico y de nivel descriptivo; además, fue de un diseño no experimental y se aplicó la encuesta a una muestra de 196 abogados especialistas en derecho civil y jueces de familia de Lima Metropolitana.

Por otro lado, tenemos a la investigación que lleva por título: “El derecho a la igualdad del padre en relación a la tenencia de los hijos menores de tres años”, Román (2018), Universidad Nacional de Piura; el objetivo de la investigación citada fue básicamente la de determinar si existe igualdad entre el padre y la madre en la tenencia de los hijos menores de tres años. Se relaciona con la presente investigación pues se trata de analizar la igualdad entre el padre y madre, en la investigación citada lo realizar dentro la tenencia, pero en la presente tesis se hará al momento de prestar el asentimiento para que los menores hijos puedan casarse o no; y, evidentemente también se relacionan pues se trata de determinar la responsabilidad compartida de los padres frente a la crianza

del menor. Y, dentro de algunas de las conclusiones a las que arriba la tesis citada tenemos a las siguientes:

- Nuestro sistema jurídico ha proscrito todo trato discriminatorio entre varón y mujer por parte de las instituciones jurídica y autoridades, por lo tanto, el artículo 84 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes resulta ser discriminatorio hacia el padre cuando este busca la tenencia de su hijo menor de 3 años.
- Como derivación del principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución tenemos al principio de igualdad entre varón y mujer en las relaciones familiares, mediante el cual se establece que estos dos señalados anteriormente tienen igualdad en los roles, participaciones y obligaciones en la crianza de los hijos, buscándose el interés superior del niño.

La metodología empleada en la tesis citada es la siguiente: fue de enfoque cualitativo, fue teórico-fundamentada, se basó en un diseño documental; los métodos empleados fueron el método analítico sintético, deductivo inductivo, hermenéutica jurídica y la técnica empleada fue la de análisis documental.

Además, se tiene a la investigación que lleva por título: “Constitución de matrimonios inestables en el marco del principio constitucional de promoción del matrimonio”, por Apaza (2018), Universidad Nacional del Altiplano; cuyo objetivo fue la de conocer si en la aplicación del principio de promoción del matrimonio se promueve

una adecuada legislación que procure evitar matrimonios inestables. La relación con la presente investigación radica en que creemos que el matrimonio entre menores de edad es una mala forma de promover los matrimonios estables en el país, o por lo menos si es que no se toman las medidas pertinentes al caso, cosa que ya resulta dificultoso por los mismos costos de transacción que supondría. Y, la parte más resaltante de la conclusión a la que arriba es la siguiente:

- Gracias a la injerencia del principio de promoción del matrimonio en mérito al espíritu de establecer un procedimiento sencillo para persuadir su celebración, se deja de exigir requisitos y formalidades costosas y tediosas de obtener, es por ello que se desfavorece la celebración de matrimonios inestables.

La metodología empleada en la tesis citada es la siguiente: tiene un enfoque cualitativo, el tipo de investigación es jurídico-social, asimismo, el método utilizado fue el dogmático, apoyado de la técnica de la observación, así como también del método de análisis y síntesis.

A nivel nacional se ha encontrado la investigación (tesis) titulada: “Conocimiento del derecho civil y el ejercicio del principio de protección familiar en columna Pasco - distrito de Yanacancha, 2018”, por Atencio (2018), sustentada en la ciudad de Pasco para optar el Título Profesional de Abogada por la Universidad Nacional “Daniel Alcides Carrión”, cuyo fin primordial fue examinar el sentido lógico de la protección familiar en la sociedad desde un punto de vista jurídico, en virtud del cual, es posible visualizar un conjunto de normas técnicas y normas éticas que hacen

posible la vida en sociedad y coadyuvan con el mejoramiento del hombre; relacionándose de este modo con el problema de investigación planteado en la siguiente investigación, en tanto estamos interesados en conocer la influencia y/o trascendencia de la autoridad parental en el hogar, misma que puede ser ejercida de manera unilateral por uno de los padres y en otras veces por ambos; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- El investigador ha llegado a la conclusión de que, el conocimiento sobre la rama del derecho civil tiene una influencia positiva en las personas al momento de ejercer el principio de protección familiar; definitivamente, adquirir conocimiento respecto de la protección que merece cada uno de los integrantes del grupo familiar o estar consciente sobre la valía que cada uno tiene es muy productivo, toda vez que le permite a la persona reflexionar sobre sus actos, así como asumir las consecuencias de los mismos, siempre tratando de fortificar los lazos familiares y edificando la dignidad humana.
- También, se concluyó que el 6% de los ciudadanos de Columna de Pasco – Yanacancha 2018, evidencian tener un nivel alto de conocimientos respecto a la protección del grupo familiar; luego, un 18% evidencia un nivel bueno de conocimiento en materia de derecho civil- protección familiar; y un 76% evidencia un nivel poco o bajo respecto a la protección de la familia desde el derecho civil.

- De ahí, se identificó que el 6% de los ciudadanos encuestados, debido a su alto conocimiento en derecho civil respecto a la protección de la célula fundamental de la sociedad (la familia) demuestra un grado alto de coherencia con el principio de protección de la familia.
- El 2% de los encuestados que tienen un nivel bueno de conocimiento sobre la protección familiar, es incoherente con el ejercicio de este principio.
- Mientras que, del 76% de los ciudadanos que evidenciaron tener conocimiento de nivel mínimo o bajo, el 32% es coherente con el derecho positivo respecto al ejercicio del principio en cuestión; y el 44%, evidencio ser incoherente con el ejercicio del tal principio.
- En síntesis, en Columna Pasco – Yanacancha 2018 existe una gran cantidad de ciudadanos que tiene un nivel de conocimiento elevado respecto al principio de protección familia, mismo que influye en el grado de coherencia y entendimiento para solicitar o incoar la protección del principio en cuestión, cuando este se vea en peligro y haya sido vulnerado por algún tercero, incluido otro integrante del mismo grupo familiar.

Finalmente, la tesis utilizo una metodología de investigación basado en el método exploratorio y descriptivo, de tipo descriptivo y explicativo, además, se empleó el diseño factorial 3por 3.

También, se encontró a la investigación (tesis) nacional titulada: *Relación entre los estilos de socialización parental y actitudes hacia el machismo en adolescentes de una comunidad de Madre de Dios*, por Izquierdo (2019), sustentada en la ciudad de Lima para optar el Título de Licenciada en Psicología por la Universidad Peruana Cayetano Heredia, cuyo fin fue examinar la influencia que ejercen los estilos de relación entre los padres, concretamente, el machismo entendido como aquella discriminación basada en la creencia de que el hombre es superior a la mujer, en los adolescentes de la comunidad de Madre de Dios; todo ello, desde un punto de vista más psicosocial con la finalidad de formular diversas propuestas de intervención social y comunitaria encaminadas a enfrentar y erradicar la violencia familiar; relacionándose de este modo con el problema de investigación planteado en la siguiente tesis, en tanto estamos interesados en profundizar los orígenes de la desigualdad parental y como esto influye en el bienestar de los integrantes de la familia; básicamente, desde un punto de vista jurídico deseamos vislumbrar las consecuencias que emanarían del consentimiento discrepado por parte de los padres para que su menor hijo contraiga matrimonio; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- En relación a la hipótesis general, se concluyó que no existe conformidad entre los estilos de socialización parental y las actitudes de los adolescentes frente al machismo; por lo tanto, en investigador rechaza la hipótesis principal.

- Mientras tanto, respecto al objetivo número uno se concluyó que, los adolescentes varones muestran una actitud indecisa en relación al machismo, en cambio las mujeres evidencian una actitud de rechazo hacia el machismo.
- Ahora bien, en relación al objetivo número dos el mayor porcentaje de mujeres considera que sus padres son más permisivos o comprensibles, mientras que, el mayor porcentaje de hombres los perciben como autoritarios.
- Sobre la hipótesis específica número tres se evidencio que, existe alto grado de conformidad entre la escala de actitudes respecto al control masculino y el estilo de socialización parental; por ende, esta hipótesis también es rechazada.
- En referencia a la hipótesis número cuatro se evidencio que, existe alto grado de conformidad entre la escala de actitudes con respecto a la inferioridad de femenina y el estilo de socialización parental, en tanto, esta hipótesis también es rechazada por el investigador.
- En relación a la hipótesis específica número cinco se demostró que, existe alta relación entre la escala de actitudes sobre la dirección del hogar y el estilo de socialización parental en los adolescentes de la comunidad una de Madre de Dios; por ende, esta hipótesis también fue rechazada por el investigador.
- En síntesis, aun cuando el investigador demostró que no existe alto grado de correlación entre los estilos de relación parental y

las actitudes de los adolescentes sobre el machismo, consideramos que la postura de muchos de ellos se muestra indecisa o confundida, conducta que no coadyuva con el mejoramiento del entendimiento sobre la igualdad entre hombres y mujeres.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método de nivel básico, de tipo descriptivo.

Por último, se encontró a nivel nacional la investigación (tesis) titulada: “Brecha de género y desarrollo humano en las regiones del Perú: 2005 - 2017”, por Herrera (2020), sustentada en la ciudad de Piura para obtener el Título Profesional de Economía del Desarrollo por la Universidad Nacional de Piura; el objetivo de la investigación ahora citada fue determinar la influencia de la desigualdad de género en el desarrollo humano, revisando básicamente a una escala menor el conjunto de valores, tradiciones, costumbres, entre otros; relacionándose de este modo con nuestro tema de investigación, en tanto estamos interesados en evidenciar la importancia de la superación de las brechas de género que generan la desigualdad entre hombres y mujeres, misma que influenciará el proceso de aprendizaje de las nuevas generaciones, quienes ven a sus padres y/o adultos como principales fuentes de ejemplo para su vida; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Se evidencio la influencia negativa de la brecha de género básicamente en la participación política por parte de la población

femenina, por ejemplo, en el parlamento nacional, alcaldías y regidurías; no obstante, a pesar de haberse notado una ligera mejora a inicios del año, todavía es necesario realizar un trabajo constante y reflexivo respecto a la superación de estas brechas.

- El contexto familiar constituye una de las fuentes primordiales para definir el éxito de los integrantes del grupo sociocultural, pues inician formando la predisposición en los ánimos de aprendizaje que los menores puedan tener, mismo que se verá reflejado en el desarrollo de sus habilidades y capacidades para enfrentar los desafíos de este mundo cambiante.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método de tipo cualitativo.

2.1.2. Internacional

Para empezar, tenemos la investigación que lleva por título: “Igualdad de derechos, deberes y obligaciones de los padres en la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en la legislación ecuatoriana”, por López (2018), Universidad Regional Autónoma de los Andes; cuyo objetivo básicamente fue la de determinar la falta de preocupación de parte de alguno de los progenitores con respecto al cuidado del hijo menor de edad, y aunado a la falta de aplicación de políticas que aseguren el bienestar del niño o niña. La relación con la presente investigación radica en que ambas exploran la desigualdad entre los cónyuges que puede resultar gravoso para el hijo menor de edad, pues, como en la tesis citada en ocasiones el padre (normalmente) es quien no

tiene la tenencia del hijo por más que tenga los mismos derechos, deberes y obligaciones frente a este último; es por ello que, se empieza a ver cómo podría ayudar la tenencia compartida, para que de esa forma no dejen ciertamente abandonados a los hijos, pero en el presente caso aquella desigualdad de los cónyuges primero desde un aspecto puramente teórico, es contrario a los derechos y/o fines que el Estado persigue, además que, ambos padres tienen igualdad de derechos, deberes y obligaciones frente al menor; y desde un punto de vista práctico puede ser perjudicial para el menor y su desarrollo, que podría estar sometido en ocasiones a injerencias en sus decisiones y el otro padre no podría hacer mucho para impedirlo. Y, dentro de alguna de las conclusiones arribadas en la investigación citada tenemos a las siguientes:

- La familia es el pilar de la sociedad, por lo que, el Estado debe de velar por los intereses de la misma a través de políticas de desarrollo que brinden o permitan favorecer a la integridad física y psicológica del menor de edad.
- La tenencia compartida en otros estados ha rendido frutos, pues su buena y pertinente aplicación favorece a los lazos paterno-familiares con los que normalmente un menor debiera convivir, por lo tanto, su aplicación en Ecuador podría cubrir grandes expectativas.

Con respecto a la metodología, en primer lugar, como métodos teóricos empleados tenemos a los siguientes: método histórico lógico, analítico sintético, comparativo, hermenéutico, análisis-síntesis e

inductivo-deductivo; y, como métodos empíricos al análisis documental, encuestas, entrevistas. Por último, como instrumento de investigación se empleó el cuestionario.

Asimismo, tenemos a la investigación titulada: “Efectividad en la protección de niños, niñas y adolescentes en el ámbito institucional chileno”, por Mansilla (2018), Universidad Austral de Chile; el objetivo de la investigación citada fue la de identificar si el Estado chileno protege los derechos de la infancia y adolescencia, así como también ver si cumple con los derechos establecidos de la Convención sobre derechos del niño en su ámbito institucional. Se relaciona con la presente investigación, pues, a pesar que en esta investigación se pretenda la antinomia de dos normas, pero el contenido de las mismas tiene suma relevancia en la vida de los menores edad, porque estamos hablando del permiso para que estos puedan contraer matrimonio, y justamente se relaciona porque en ambas hasta cierto punto se trata de identificar la protección por parte del Estado a los menores de edad. Y, lo más resaltante de su conclusión esbozada es lo siguiente:

- Si bien el Estado chileno cuenta con norma acordes a lo establecido en la Convención, pero lo cierto es que en la realidad dista considerablemente de brindar una protección a los derechos del niño, niña y adolescentes; llegándose así truncar los mandatos de la Convención, pues, se tienen problemas de implementación y deficiente aplicación.

Por último, cabe resaltar que la tesis en análisis carece de una metodología, por lo tanto, el interesado puede remitirse a las referencias bibliográficas y encontrar el link pertinente para corroborar que lo esgrimido por la tesista es cierto.

Otra tesis encontrada a nivel internacional fue la investigación titulada: Permiso por nacimiento y cuidado del menor: la incorporación de los hombres a los cuidados a través del permiso de paternidad. regulación jurídica y su aplicación en la negociación colectiva de la comunidad valenciana, por Esbrí (2020), sustentada en la ciudad de Castellón de la Plana en España para optar el Grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Jaume I, cuyo fin fue fomentar el ejercicio equilibrado de los derechos entre varones y mujeres, coadyuvando con la integración de la participación masculina en la distribución de responsabilidades parental y conyugales, mismo que está encaminado a empoderar y fortalecer la participación de ambos padres en igualdad; relacionándose de este modo con nuestro problema de investigación, en el sentido de vislumbrar aquellos mecanismos estratégicos que le permiten a los progenitores a ejercer equilibradamente su deber paternal en igualdad y equidad, mas no como lo irradia el artículo 244 del Código sustantivo; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Incluir a las mujeres dentro de empleos remunerados y de calidad nos ha permitido empoderarla en el aspecto económico; es más, esta iniciativa ha coadyuvado con la demostración de capacidades

y habilidades que facilitan su participación en el mercado laboral; no obstante, enfrentar la desigualdad desde este ángulo social ha traído consigo diferentes desafíos que han ido superándose progresivamente con la única finalidad de superar las barreras que dan lugar a la desigualdad de género u otra índole.

- Se analizó, que la participación laboral de la mujer avanza destituyendo la idea del hombre trabajador del sector industrial, mismo que gesto las diferencias significativas entre los hombres y mujeres dentro del mundo laboral; no obstante, este modelo también sirvió para notar e identificar los derechos laborales y la organización del trabajo en igualdad.
- Evidentemente, el mejoramiento de las condiciones laborales y, por ende, económicas impacta en la mujer en su entendimiento sobre estructuras machistas convirtiéndola en una mujer más empoderada socialmente hasta ejercer una influencia trascendental en su destino y en el de la colectividad.
- Mejor aún, la participación activa de las féminas dentro del mundo laboral está fomentando la paternidad, pues los hombres reconocen el papel paternal y empiezan a asumir responsabilidades familiares y de prestación de cuidados hacia su familia (esposa e hijos).

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método interdisciplinario.

En el ámbito internacional se encontró el artículo de investigación titulado: El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental, llevado a cabo por Suarez y Vélez (2018), por la *Psicoespacios*, vol. 12, 173-197, cuyo aporte fundamental fue evidenciar aquellos elementos dinámicos desarrollados en el interior de la familia que coadyuvan con el crecimiento social de los niños, todo ello, identificando características de afectividad, comunicacionales y estilos de educación parental beneficiosos para el despliegue de diversas habilidades psicosociales en los niños; relacionándose de este modo con el problema de investigación planteado en la presente tesis, en tanto estamos interesados en conocer la influencia de la autoridad parental en los hijos menores, misma que deberá ser ejercitada por ambos padres y con equidad para fomentar valores de respeto, tolerancia y equidad en las generaciones jóvenes; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- La familia al ser considerada el núcleo educacional de la sociedad requiere de mayor instrucción por parte del Estado para cada uno de sus integrantes, pues del conjunto de vivencias cotidianas dependerá el desarrollo de las capacidades y habilidades idóneas para una sociedad integra y responsable.
- Concretamente, son las relaciones interpersonales practicadas en el interior del grupo familiar los que encaminarán y/o conducirán a los menores a realizar actos positivos y proactivos,

convirtiéndose de este modo, en transmisores directos de nuevos modelos de comportamientos o, por lo menos, modelos sensatos y racionales para las futuras generaciones, incluso, para las ya existentes.

- La sociedad es un claro reflejo de la vivencia que se lleva a cabo en el interior de la familia, en esta medida, es indispensable que los adultos inculquen en sus hijos patrones de comportamientos racionales y libres basados en el cultivo de valores, tales como: el respeto, la tolerancia, la confianza, el dialogo, la justicia, el amor, entre otros.

Finalmente, el artículo de investigación empelo una metodología basada en el método de enfoque cualitativo.

2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS

2.2.1. Artículo 244 del Código Civil – Matrimonio entre menores

En principio, el artículo 244 del Código Civil peruano regula lo referente al matrimonio entre menores de edad que deseen casarse, en realidad el matrimonio entre menores de edad no debería y no es una regla, sino que, son casos excepcionales en los que se permite, pues, en primer lugar partiendo de que muchos menores de edad no se encuentran con la capacidad económica, afectiva y demás para contraer matrimonio, y aunado a la falta de madurez que muchas veces estos tienen no es lo óptimo permitir este tipo de actos a temprana edad, es decir, cuando estos aún tienen minoría de edad.

Ahora bien, pasando al artículo en mención, este regula lo referente al asentimiento de los padres, abuelos o el juez para que se pueda permitir de forma excepcional el matrimonio de menores.

Y, como se indicó, en realidad la protección a la familia parte por no permitir como regla general el matrimonio entre menores, pues, muchos de ellos no pueden construir hogares consolidados que sean la base de un Estado, y ello va en contra de la protección que merecen las familias y su óptima consolidación dentro de una sociedad.

2.2.1.1. Delimitación del matrimonio entre menores

A pesar que no es la regla general el permitir el matrimonio entre menores, sin embargo, como se indicó de forma excepcional se podría permitir, pero bajo ciertos requisitos, los mismos que van desde el asentimiento de los mismos padres, pasando por la edad mínima incluso para este acto y evidentemente el consentimiento de los menores.

Al respecto de esta apertura a la posibilidad del matrimonio entre menores de edad Varsi (2011) indica:

La permisibilidad se debe a que el matrimonio es un paso decisivo para toda persona y el Estado deben tender a su promoción, más aún si se trata de menores de edad. Estos deben estar protegidos por sus padres o tutores por lo que la ley establece como requisito el consentimiento, llamemos autorización, de quienes están a su cargo,

haciendo participar a quienes tienen mayor interés en la felicidad de los contrayentes (p. 82).

Y es justamente en esa línea que el artículo 244 del Código Civil peruano realiza su desarrollo, es decir, lo que en aquel muestran son ciertos requisitos para que los menores puedan contraer matrimonio, y cabe indicar que está referido al asentimiento de los padres o encargados del menor, pero este detalle a profundidad se desarrollará más adelante.

Si bien la minoría de edad es un impedimento para contraer matrimonio, como refiere el artículo 241 inciso 1 del Código Civil peruano, sin embargo, el mismo inciso claramente refiere lo siguiente: No pueden contraer matrimonio: “1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten su voluntad de casarse”.

Por lo tanto, de la cita antes realizada se tiene que tomar en cuenta los requisitos o indicaciones contempladas en el artículo 244 del Código Civil peruano.

Asimismo, se tiene que llegar a indicar la preocupación o cierta indicación que Sierra (2018) refiere acerca de los adolescentes frente al matrimonio:

El adolescente no entiende las responsabilidades y deberes que tiene una persona que contrae nupcias,

porque su cerebro sigue creciendo y no tiene la suficiente experiencia en la vida y las opciones que tiene, para que puedan tomar una decisión para conseguir casarse (p. 19).

En realidad, se hizo la cita anterior pues ciertamente sí existe un cierto peligro de que las familias conformadas por personas menores lleguen a ser disfuncionales pues, el mismo nivel de madurez les pueda hacer creer que es fácil, sin embargo, desconocen los deberes que con este se acaecen e incluso los mismos derechos que adquieren, por lo que, las exigencias para este tipo de matrimonios deberían de ser más estrictos.

Ahora bien, también se tiene que tener en consideración lo dispuesto en el Código del Niño y el Adolescente en sus artículos 113 y 114, pues en el primero antes mencionado indique que: “El Juez especializado autoriza el matrimonio de adolescentes, (...)”; entonces, por este primer artículo se nos señala que también se requiere de autorización judicial para que los menores puedan contraer matrimonio, teniendo en cuenta también lo dispuesto en el Código Civil peruano.

Además, en el artículo 114 indica que: “Antes de otorgar la autorización, el Juez escuchará la opinión de los contrayentes y con el apoyo del Equipo Multidisciplinario dispondrá las medidas convenientes para garantizar sus derechos”. En realidad, es una recomendación que se le da a los jueces

llamados a autorizar el matrimonio de menores, que teniendo en cuenta la opinión de los contrayentes y del Equipo Multidisciplinario que como su mismo nombre da a entender, es un grupo de especialistas, ayudarán a que el juez pueda tomar una buena decisión.

2.2.1.2. Asentimiento de los padres

Como bien se iba indicando, para que los menores de edad puedan contraer matrimonio, requieren del asentimiento expreso de sus padres, sin embargo, el artículo 244 del Código Civil peruano en su primer párrafo indica lo siguiente: “(...). La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento”.

Básicamente, solo bastaría con la aprobación de uno de los padres para que pueda el menor contraer matrimonio, si bien es cierto importa aún la autorización de los padres, pues, el hijo aún está bajo el cuidado de los mismos, sobre todo si son menores de edad, y los supuestos en caso de ausencia de alguno de estos se analizará más adelante.

Se tiene que poner en manifiesto desde ya, que ambos padres están en la misma condición y que las decisiones en gobierno del hogar están equiparadas, es decir, importa la decisión de ambos, por lo tanto, es sorprendente que se desconozca la decisión de uno de los padres, es decir, al permitir el matrimonio del menor aun cuando uno de los padres esté en contra de ello.

Al respecto del tema Varsi (2011) indica:

La doctrina moderna considera unánimemente la igualdad del padre y la madre en este caso concreto. Ambos padres están colocados en la misma situación, a ambos les preocupa la suerte del hijo. Se observa claramente plasmado en principio de igualdad entre varón y mujer (p. 84).

Claramente la crianza compete a ambos padres, que es una manifestación propia de una familia y la igual entre padre y madre dentro la misma, y aún se habla tal vez con desacierto “crianza” pues, estos requisitos en mención prácticamente es una autorización de los padres, frente al menor de edad que pretende contraer matrimonio, por lo tanto, en un sentido de protección de los padres corresponde dar su asentimiento a ambos, y creemos que con una respuesta válida para que se pueda llevar a cabo.

Es así que, se analizarán los supuestos principales que se pueden configurar con respecto al asentimiento de los padres para permitir el matrimonio del menor hijo.

Al respecto, cabe indicar lo que Varsi (2011) refiere:

El problema del tema no gira entorno a determinar si debe primar la opinión del padre o de la madre, sino que se trata de saber si debe predominar la opinión afirmativa

o la negativa, cualquiera que sea el padre que sostenga una y otra (p. 84).

Bajo la cita antes referida en realidad pasa a segundo plano la idea de cuál debe de primar, es decir, o la del padre o de la madre, en realidad, se tiene la misma opinión, pues, si ese fuera el caso sería discriminatorio a todas luces, por lo tanto, en lo que se debiera enfocar es en sí se requiere el asentimiento de uno nada más o de ambos para permitir el matrimonio entre menores, es al respecto que surgieron dos posturas que serán analizadas en los siguientes acápite.

Sin embargo, también el Código Civil peruano ha previsto la posibilidad en la que alguno de los padres no está en condiciones para prestar su asentimiento, ya sea por incapacidad absoluta o por destitución de la patria potestad, en ese caso creemos que sí es correcta la solución del artículo 244, que indica básicamente que, solo bastaría el asentimiento de uno de los padres.

2.2.1.2.1. Tesis de la discrepancia entre los padres

prevalece el asentimiento

Como se iba haciendo mención, el artículo 244 del Código Civil peruano establece cierta regla con respecto al asentimiento de los padres, es decir, uno de los requisitos para el matrimonio entre menores es el asentimiento de los padres, y pues, el

Estado peruano asume la postura de que solo basta con el asentimiento de uno de los padres para que se le pueda permitir el matrimonio al menor hijo.

Es por ello que el artículo 244 en su primer párrafo segunda oración indica lo siguiente: “La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento”, por lo tanto, como se indicó para el caso del matrimonio entre menores de acuerdo al Código Civil peruano se sigue la tesis en donde la discrepancia entre los padres prevalece el asentimiento, es decir, solo bastaría que uno de los padres preste su asentimiento.

Con respecto a esta postura Varsi (2011) indica: “Para unos autores, el principio debe estar orientado en favorecer el matrimonio del menor de edad; de modo que, en caso de disenso o falta de acuerdo debe primar la opinión afirmativa. (...)” (p. 85). Básicamente, lo que defienden es la promoción del matrimonio, pues creen que basta el asentimiento de uno de los padres.

Sin embargo, otra vez cabe resaltar que realizar este tipo de actos cuando aún se tiene la minoría de edad es una excepción, y como tal, los requisitos para el acceso a la misma deberían ser más

exigentes, y aunado a que en ocasiones los menores no están preparados para contraer matrimonio, por lo que sería todo lo contrario a la promoción del matrimonio sano y estable.

2.2.1.2.2. Tesis de la discrepancia entre los padres prevalece el no asentimiento

Por otra parte, aunque si bien es cierto no es la postura adoptada por el Código Civil peruano, pues, como se indicó, el artículo 244 del Código Civil adopta la tesis antes desarrollada.

Al respecto Varsi (2011) indica:

Otro sector de la doctrina opina que la trascendencia del matrimonio es demasiado compleja para que lo contraiga un menor de edad cuando le es adversa la opinión de uno de los padres. El disenso de estos debe equivaler a la negativa (p. 85).

Nosotros estamos a favor de esta tesis, pues, por una parte, el matrimonio es un acto jurídico sumamente especial e importante, por lo tanto, el acceso a este por parte de menores de edad debiera ser un tanto restringida o a lo sumo difícil, y aunado a que las decisiones de los padres tienen el mismo

peso, sobre todo al momento de decidir el futuro del menor.

Y, finalmente, solamente a manera de mención, existe otra postura que indica, ante caso de diferencia de opiniones entre padre y madre al momento de brindar el asentimiento, debiera ser el juez quien dirima el asunto.

2.2.1.3. Asentimiento de los abuelos

Ahora, el artículo 244 del Código Civil también prevé otros supuestos en donde los sujetos a prestar el asentimiento para el matrimonio de menores son otros diferentes a los padres, es así que, en el presente caso se analizará el supuesto en donde el asentimiento lo prestan los abuelos.

En principio, este supuesto está recogido en el artículo 244 del Código Civil peruano en su párrafo tercero, en donde a la letra indica lo siguiente: “A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas.”

También es un camino lógico el que los ascendientes de los mismos padres sean los responsables en brindar el asentimiento en caso de poder los mismos padres por estar imposibilitado de acuerdo a los supuestos anteriormente mencionados.

Ahora, al respecto de los votos de los abuelos el párrafo cuarto del artículo 244 del Código Civil peruano indica lo siguiente: “En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento”.

Básicamente, se plantea en el supuesto en donde existan votos distintos de los mismos abuelos, por lo que se pretende llenar ese vacío con la indicación antes referida.

Finalmente, al respecto de este asunto de los votos de los abuelos Varsi (2011) prácticamente lo resume o traduce de la siguiente forma:

El Código, artículo 244, tercer párrafo, resuelve la cuestión, expresa o implícitamente, en la siguiente forma:

- Si son dos los ascendientes, la discordancia equivale al consentimiento;
- Si tales ascendientes son tres, decide el voto mayoritario;
- Si son cuatro, la discordancia de uno a tres se resuelve por mayoría; y la de dos a dos equivale al consentimiento (pp. 85-86).

Básicamente, es la regla en caso de los padres solamente aplicada a la situación de los abuelos, en donde la discordia equivale al asentimiento.

2.2.1.4. Asentimiento del juez de familia

Por otra parte, pueda existir situaciones en donde no exista o no estén posibilitados ni los padres ni abuelos de dar el asentimiento, en cuyo caso le corresponderá al juez autorizarlos.

Al respecto de este supuesto, Jara y Gallegos (2012) indican lo siguiente:

A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores (entiéndase Juez de Familia en la actualidad) otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores (Juez de Familia en la actualidad), respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial. (p. 53)

La responsabilidad última de la autorización del juez es una línea razonable, teniendo en cuenta que los menores no cuentan o no estén posibilitados sus padres o abuelos, pero recordemos que en caso de este tipo de autorización se tramitará como un proceso no contencioso de acuerdo a la Sexta Final del Código Procesal Civil peruano.

2.2.1.5. Matrimonio de menores de edad mayores de catorce años

En principio, el muy cuestionado Decreto Legislativo 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, modifica varios

artículos del Código Civil principalmente, dentro de aquellas se modifica el artículo 42 del código en mención.

Antes de la modificación hecha por el Decreto Legislativa 1384 el artículo 42 tenía el siguiente texto: “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”. Mientras que, el texto actual con la modificación realizada indica lo siguiente:

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. **Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.** (El subrayado es nuestro)

Básicamente con el artículo antes citado en apariencias estaría de cierta forma permitiendo el matrimonio de los menores mayores de catorce años, es decir, aquella sería la edad desde la que se podría contraer matrimonio, a pesar que el artículo 241 inciso 1 del Código Civil indique: “No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede

dispensar este impedimento por motivos justificados, **siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años** cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.”

(El resaltado es nuestro)

En realidad, es cuestionado dicho artículo, pues, se estaría promoviendo los matrimonios de menores de edad tomando en cuenta una edad demasiado prematura, lo que provocaría muchos más problemas sociales, porque creemos que la mira es tratar de erradicar el matrimonio entre menores mas no promoverlos o realizar regulaciones que vayan en contra de los derechos de aquellos grupos.

El Decreto Legislativo 1384 que modifica el principalmente el Código Civil se visto inmerso dentro de una serie de cuestionamiento, pues, a pesar de la buena voluntad por ser más inclusivos se termina por obviar cuestiones como técnica legislativa, coherencia o armonía con el resto del ordenamiento jurídico y demás. Y, por último, cabe precisar que existe un proyecto de ley que plantea la derogación de este segundo párrafo del artículo 42 del Código Civil, posición a la que nos adherimos, pues se tendría mucha mayor coherencia con el resto del ordenamiento jurídico y con los fines que persigue el Estado.

2.2.1.6. Consecuencias del matrimonio prematuro de menores de edad

Como se iba indicando anteriormente, el matrimonio de menores de edad constituye una excepción, justamente por las consecuencias que podría acarrear, pues, se tiene en cuenta el mismo desarrollo e incluso capacidades de los menores que no siempre han de calificar como para formar una familia estable o un matrimonio sólido.

Ahora bien, Sierra (2018) indica lo siguiente con respecto a las consecuencias:

Desde el punto de vista de los derechos humanos, los tres puntos clave que inspiran preocupación son el hecho de que se las priva de la niñez y de la adolescencia, se limita su libertad personal y se les niegan las oportunidades de desarrollar plenamente el sentido de una propia identidad, además de privarlas del derecho al bienestar psicosocial y emocional, a la salud reproductiva y a recibir educación (p. 21).

Se tiene que tener cuidado en dejar que todos los matrimonios entre menores se lleguen a realizar, en realidad las repercusiones son muchos más serias para la sociedad de las que se imagina, pues, en esencia se afectan o se trastoca el pilar que es la familia con respecto a su función en y para la sociedad.

Además, se tiene que tener en cuenta que los menores de edad no siempre están físicamente desarrollados, ni mucho menos emocionalmente, por lo tanto, si se permitiera el matrimonio entre los mismos evidentemente se estaría permitiendo transgredir a la persona misma.

Y, por otro lado, también se debiera entrar en discusión acerca de la preparación de los roles de padre y madre que los menores pudieran asumir, claro si es que de por medio exista un embarazo a temprana edad que propicie u obligue a los menores a contraer aquel acto tan importante.

El coartar del desarrollo pleno de aquellas etapas de la vida del menor puede repercutir de forma negativa sobre la familia misma que se pudo haber conformado; y, se tiene que advertir que no se trata generalizar todos los casos, sino que, se trata de poner en manifiesto el porqué de muchas instituciones o estipulaciones, como, por ejemplo, el porqué de poner una edad que determine la mayoría de edad de las personas, pues, aquella tiene un sustento tanto científico como jurídico basado en la protección de las personas.

Justamente al respecto, Sierra (2018) indica: “La pérdida de la adolescencia, las relaciones sexuales forzadas y la negación de la libertad y del desarrollo personal, características que acompañan el matrimonio prematuro, tienen profundas consecuencias psicosociales y emotivas. (...)” (p. 22). Y,

también se tendría que indicar los peligros para los hijos de la madre menor de edad e incluso para esta última, pues, el cuerpo de aquellas pueda no estar preparado, por lo que, se incrementa el riesgo de muerte para la madre o para el hijo durante el embarazo o parto.

2.2.1.7. La familia

Sin duda la familia es uno de los pilares más importantes dentro de una sociedad, aunque resulte ciertamente difícil definir a la familia pues este a lo largo de los siglos ha ido variando, es por ello que Varsi (2011) indicaría lo siguiente:

(...), la familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad, cambiando de acuerdo con los nuevos logros de la humanidad y descubrimientos científicos, no siendo creíble o permitido, que sea sometida a ideas estáticas o valores ligados a un pasado lejano. (...) (pp. 15 – 16).

Por lo tanto, la familia en realidad va a responder a un contexto histórico o por lo menos el entendido del mismo, sin embargo, se podría decir que existe un entendido general que trasciende a las estipulaciones del tiempo, es decir, la familia es entendida como la unión de personas ya sea gracias al matrimonio o parentesco.

En ese sentido Varsi (2011) indicaría entonces: “La unión y el emparentamiento por consanguinidad o afinidad es la

regla. Pero el matrimonio y el parentesco van quedando de lado, ceden el paso a la unión estable (uniones de hecho, concubinato) y las relaciones cuasifamiliares (...)” (p. 16). Es así que la legislación peruana ha reconocido a la unión de hecho, pero todavía no ha adoptado un concepto amplio sobre familia, por ejemplo, a comparación de otros países no reconoce la institución de hijo de crianza.

Asimismo, si se quieren llegar a conceptos más o menos aproximados podemos señalar algunos de ellos. Gonzáles citado por Inchicaqui (2017) lo define como: “Desde épocas remotas se ha perfilado a la familia, como al conjunto de personas, que se encuentran emparentadas por lazos de consanguinidad, afinidad o adopción y teniendo como fuente principal al matrimonio” (p. 8).

Por otra parte, Inchicaqui (2017) citando a Fanzolato indica ciertamente algo muy curioso:

(...) la familia es una entidad de base natural, por tanto, sería una entidad prejurídica y por tanto no es una institución jurídica regulada por el derecho. Pero ello no quita que la familia engloba muchas instituciones jurídicas como el parentesco, el matrimonio, la filiación, la patria potestad, etc. (...) (p. 8).

Tal vez el entendido de dicha cita tenga una mayor comprensión junto con el resto del texto en general, pero sin

duda aquella parte parafraseada por el autor citado nos parece curioso, pues, por un lado sí creemos que la familia es una entidad de base natural, es decir, sí creemos que sea una entidad prejurídica porque estuvo antes evidentemente del surgimiento del derecho, pero no por ello en la actualidad vaya a ser una entidad que no merezca regulación, al contrario, su protección debe ser una prioridad para el Estado.

2.2.1.8. El matrimonio

Para empezar, debemos de partir por la definición de matrimonio esbozada por el Código Civil peruano pues en su artículo 234 se refiere a esta institución como: “(...) la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada (...) para hacer vida en común”. En principio, lo resaltante a primera vista es que el matrimonio es la unión entre un varón y una mujer aptos y realizando las formalidades para tal acto.

La relevancia del matrimonio es de vital importancia pues, este constituye la base de común de la familia; asimismo, es de suma importancia para la sociedad, pues, tiene un gran impacto para la conservación de la especie y el desarrollo del propio individuo, sin embargo, en la actualidad las personas opten muchas veces por no contraer matrimonio, optando muchas veces por las uniones de hechos, pero no por ello deja de perder la gran relevancia que tiene el matrimonio.

Además, como se indicó el matrimonio es comúnmente la base de las familias, siendo esta últimas para el desarrollo pleno del individuo, pues, al ser en la mayoría de casos el primer contacto social que recibirá la persona, y tal vez la más importante, porque aquí es donde se impartirán los valores, educación y demás intereses que requiere la persona y por qué no decirlo también para el Estado, porque al final este individuo tendrá que convivir con el resto de la sociedad.

Por lo tanto, el enfoque que se otorguen a las familias y al mismo acto del matrimonio es una prioridad, porque lo que no se espera es la conformación de matrimonios que de forma notoria no vayan a ser sólidos, pues aunque resulte dificultoso analizarlo en cada caso lo cierto es que existen supuestos en donde se podría de lleno no permitir, por ejemplo, los matrimonios entre los menores, y pues, si es que se quisiera llevar a cabo este acto en estos supuestos los requisitos deberían de ser exigentes.

Justamente al respecto de la familia, Gallegos y Jara (2012) citando a Valverde y Valverde refiere lo siguiente:

(...) el matrimonio es un instituto jurídico; pero acaso de mayor importancia que todas las demás instituciones del derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la organización civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una

mujer reconocida, amparada y regulada por el derecho.

(...) (p. 27).

Evidentemente, se comparte la idea referente a que el matrimonio constituye el fundamento de la organización civil conjuntamente con la familia el que es prácticamente consecuencia normalmente del matrimonio.

Además, el matrimonio debe de estar dotado de ciertos valores que el Estado pretende perseguir, por ejemplo, la igualdad en el gobierno del hogar por parte de ambos cónyuges, pero este detalle se tocará con mayor precisión en el desarrollo de la siguiente categoría, pero a pesar de ello se debe de advertir lo indicado en el artículo 235 del Código Civil peruano: “Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos.”

Desde un análisis al artículo antes citado se puede advertir que los padres tienen los mismos deberes frente al sostén y desarrollo del menor, y ese sentido básicamente se aplica a la mayoría de las disposiciones del Código Civil referido a este tema, pues, ambos son los padres.

Sin embargo, el tratamiento del artículo 244 al disponer que solo basta el asentimiento de uno de los padres para permitir que su menor hijo contraiga matrimonio parece ser contraria o contradictoria con la misma redacción del Código Civil

interpretada en su totalidad, porque como se dijo ambos padres tienen ciertamente el mismo valor frente a las decisiones del hogar y sobre todo si es que va a tener que repercutir sobre el menor hijo.

La justificación a la redacción del artículo 244 del Código Civil peruano tal vez pueda estar basada en el principio de promoción del matrimonio, pero la pregunta sería, ¿es bueno promover de aquella forma el matrimonio entre menores? Sin duda la respuesta es negativa, porque como se indicó al principio del estudio, este supuesto es excepcional, por lo tanto, no debiera estar sujeta a una promoción o por lo menos establecer requisitos más exigentes.

Y, aquel requisito para la celebración de este acto, es decir, el referido a que la discrepancia entre los padres equivale al asentimiento para que el menor pueda contraer matrimonio debe de ser más exigente, en el sentido en que se requiera el asentimiento de ambos padres. De aquella forma también se estaría respetando la igualdad de ambos cónyuges.

2.2.1.9. Principio de promoción del matrimonio

Para empezar el principio de promoción del matrimonio está reconocido en nuestra Constitución en su artículo 4, en dicho artículo indica lo siguiente: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la**

familia y promueven el matrimonio. (...)” (El resaltado es nuestro).

En ese sentido, Flores y Rodríguez (2019) parafraseando a Varsi indican lo siguiente con respecto a este principio: “El principio de promoción del matrimonio tiene como finalidad fomentar y facilitar la celebración del matrimonio, buscando ante todo la conservación del vínculo matrimonial, aún si este se celebró con algún vicio, siendo susceptible de convalidación. (...)” (p. 19). En realidad, el mismo nombre del principio direcciona el entendido sobre él mismo, porque lo que se quiere es fomentar y facilitar la celebración de este acto, pero observando los requisitos para el mismo, pero la promoción del matrimonio por ejemplo se manifiesta cuando en ocasiones un matrimonio podría convalidarse.

La promoción del matrimonio sobre todo creemos que se va a manifestar al flexibilizar los requisitos más que nada procedimentales del mismo y hasta algunos de carácter documentario, sin embargo, cuando ya se hable por ejemplo de la condición de los contrayentes evidentemente no se debería realizar flexibilización alguna, porque es la parte fundamental del acto.

El matrimonio se promociona bajo criterios coherentes óptimas para la misma institución y sociedad. Plácido citado por Flores y Rodríguez (2019) refiere lo siguiente: “el principio de

promoción del matrimonio, no solo busca fomentar la celebración del matrimonio, también busca propiciar la conservación del vínculo, si este se celebró con algún vicio susceptible de convalidación” (p. 20). No solo busca conservar el vínculo matrimonial con la convalidación, sino que busca en general que el mismo vínculo se conserve, es decir, busca también evitar la disolución y para ello se establecen ciertos supuestos a tomarse en cuenta.

Pero también existen supuestos en donde la disolución casi es obvia, por ejemplo, cuando lo celebra un menor de edad, aunque no se pueda generalizar los casos, lo cierto es que por la misma edad prematura no toman en cuenta todo lo que significa contraer matrimonio y muchas veces no llegan a conocer bien al cónyuge que en el futuro simplemente tienda a disolverse el vínculo matrimonial, y mucho peor se torna esta última situación si de por medio existen hijos.

2.2.1.10. La igualdad conyugal

Para poner en manifiesto esta igualdad conyugal se debe de partir primero a lo indicado en el artículo 234 segundo párrafo del Código Civil peruano y posteriormente al artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú. Para empezar el segundo párrafo de la primera norma mencionada indica lo siguiente: “El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad,

consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.”

Por otra parte, el ya conocido artículo 2 inciso 2 de la Constitución de una forma más genérica (como debiera ser) indica lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen raza, sexo, idioma o religión, opinión o condición económica o de cualquier índole.”

Aquellas dos normas indicas que por cierto no son las únicas que dan a entender que existe igualdad de autoridad y decisión entre padre y madre en el ámbito del hogar; pero en esencia sería incorrecto que alguna norma contravenga esta igualdad, y si es que lo hiciera debería de pasar creemos por un riguroso test de proporcionalidad, es decir, si aquella restricción se debe a criterios idóneos, necesarios y proporcionales en sentido estricto.

Por ejemplo, en un hipotético si es que una norma dispusiera que se requiere del asentimiento de solo uno de los padres para que se proceda a intervenir quirúrgicamente al menor hijo, evidentemente en ese caso tal vez ni siquiera sea necesaria el asentimiento de los padres si es que aquella intervención sea vital, pero en el hipotético que sí se disponga ello en una norma, lo lógico sería que por un sentido de

protección al derecho vida se transgreda al derecho a la igualdad, pero por motivos necesarios.

Pero el caso anteriormente esbozado es cuando se trata de vulnerar aquel derecho por uno de mayor relevancia, sin embargo, en los casos en que sean totalmente lo contrario no se debiera pensar en aquella transgresión, ni mucho menos cuando con aquella se vaya a interferir de alguna forma en la vida de los menores hijos.

2.2.1.11. Antinomia

Lo normal que debería ser es que el ordenamiento en su conjunto sea coherente consigo mismo, es decir, las normas que lo conforman no deben ser contrarias entre sí, pues, de lo contrario estaremos ante la antinomia. Al respecto Bracamonte (2015) parafraseando a Ross lo define como: “la antinomia o inconsistencia entre dos normas existe cuando <<se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas>>. Para que exista antinomia han de cumplirse dos condiciones.” (p. 14).

El autor citado anteriormente seguiría indicando que la producción de una antinomia debe originarse cuando las dos normas evidentemente pertenezcan al mismo ordenamiento, pero en caso de no estarlo deben estar relacionadas entre sí, y, además, que ambas compartan el mismo ámbito de validez. (Bracamonte, 2015, p. 14)

Entonces, la antinomia se presenta cuando dos normas resultan ser incompatibles, ya sea porque una permita y la otra prohíba una misma situación, pero evidentemente ese es solo uno de los ejemplos, porque antinomias pueden presentarse en muchos supuestos, por ejemplo, cuando una norma condene y la otra absuelva, pero en general la antinomia se presenta ante normas que resulten ser incompatibles una con otra.

Es por ello que también Bracamonte (2015) parafraseando Bobbio define a la antinomia como:

(...) aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Puesto que antinomia significa choque de dos proposiciones incompatibles, (...) (pp. 14 – 15).

Y, en realidad la forma de solucionar aquella antinomia es básicamente eliminando una de aquellas normas incompatibles o en todo caso modificar una de las normas a fin de compatibilizarlas.

2.2.2. Artículo 290 del Código Civil-Igualdad en el hogar

2.2.2.1. Nociones generales

La igualdad en el gobierno del hogar es la denominación jurídica que hace referencia a los derechos y deberes por igual que tienen ambos cónyuges dentro del gobierno del hogar para

llevar adelante, tal como el nombre mismo lo indica, el rumbo y/o dirección de los integrantes que viven juntos, que además comparten una vivienda y los recursos económicos de forma permanente y estable.

De este modo, es necesario mencionar que el dispositivo normativo que ampara esta prerrogativa para ambos cónyuges, es el artículo 290 del Código Civil, mismo que busca impartir la responsabilidad compartida en la organización de las relaciones familiares; no obstante, para comprender mejor el talante (voluntad) de esta disposición, es necesario remontarnos a los artículos que la precedieron, tales como: los dispositivos n° 161 y 162 del Código Civil de 1936.

Los artículos antes mencionados, estipulaban el gobierno del esposo en el hogar, pues era el cónyuge varón el que debía supervisar, decidir y/o establecer la dirección de los asuntos familiares, tal es así que el texto legal precedente expresaba, el derecho de fijar y mudar el domicilio conyugal está a cargo del cónyuge (esposo).

De todo ello, es posible apreciar que la organización de las relaciones familiares estaba constituida, conforme a lo establecido por el código sustantivo anterior, bajo un modelo de potestad marital, en donde el cónyuge de sexo masculino detentaba el poder omnipotente respecto de los demás

integrantes de la familia o de todo aquel que estuviera bajo su potestad.

Tanta fue la influencia del patriarcado en la construcción de distintos dispositivos legales que durante muchos siglos el poder del varón fue respaldado por el derecho, la moral y la religión hasta el punto de subyugar a la mujer a la obediencia de las necesidades del varón, siendo considerada como un objeto en vez de un sujeto en sí misma.

De ahí que, hoy en día la doctrina jurídica contemporánea ha intentado desfasar la concepción tradicional de la figura jurídica “patria potestad”, misma que a la traducción literal dice: el poder del padre sobre los hijos y esposa; toda vez que el modelo de potestad marital intrínseca en esta figura intenta opacar la consecución de un sistema basado en la igualdad y/o equidad de los hombres, sin importar características de índoles físico, como la edad o capacidad, u otros.

En síntesis, el patriarcado ha ejercido una fuerte influencia en la construcción de diferentes disposiciones normativas, las cuales actualmente se vienen superando con éxito; no obstante, en el intento de establecer igualdad y equidad en los derechos, deberes y obligaciones entre los cónyuges, todavía siguen latentes algunos obstáculos tanto como

limitaciones que no le permiten avanzar al sistema jurídico de forma integral.

2.2.2.2. Concepto

Llegados a este punto, es necesario explicar que la Constitución política de 1979 elevó el principio de igualdad entre hombres y mujeres al rango constitucional, lo cual implicó la prohibición de todo tipo de discriminación, eliminándose así la “potestad marital” y estableciendo la obligación, para el legislador peruano, de ajustar y sincronizar los demás preceptos, ya sea de rango equivalente o inferior, al principio constitucional.

En este orden de ideas, el texto normativo del artículo 290 del código sustantivo actual estableció un modelo de relación conyugal exento de jerarquías, es decir, impartió la igualdad de trato y actuación dentro del hogar para ambos consortes; en contraste, a pesar de cierto avance normativo todavía persisten patrones culturales que perjudican la organización de las relaciones familiares; como era de esperarse, el hecho de proponer una norma neutra en términos de género no iba a implicar una autoridad compartida completa.

De este modo, un concepto claro respecto a la igualdad en el gobierno del hogar nos ofrece el texto legal del artículo 290, mismo que a la letra dice: **“Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y**

de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo. (...)” [El resaltado es nuestro]; ahora bien, el conjunto de derechos y deberes se encuentran estipulados en diferentes artículos tanto del Código Civil, como de otros cuerpos normativos así, por ejemplo, desde el artículo 287 al 294 se establecen los derechos y deberes que nacen del matrimonio en el código sustantivo.

Por otro lado, las autoras Fernández y Alcántara (1997) ofrecen un concepto bastante acertado y práctico respecto a la igualdad de gobierno en el hogar: “(...) el artículo 290 del Código Civil contiene **una igualdad de trato y un modelo de relación conyugal no jerarquizado**” (s/p) [El resaltado es nuestro]; es decir, se trata de un dispositivo legal que ha superado el modelo tradicional de la potestad marital para dar paso al gobierno compartido por parte de ambos cónyuges en la organización del hogar.

Así mismo, las autoras haciendo referencia a los cambios favorables, para la población femenina, de otros sistemas jurídicos, tal como el caso chileno, señalan la importancia que ha adquirido la consideración tanto como la participación de la mujer casada en los actos con relevancia jurídica que su marido vaya a celebrar; por esta razón mencionan:

(...) en el sistema actual del régimen legal de bienes en Chile los poderes aparecen en la administración ordinaria con relativo y práctico equilibrio, puesto que

para celebrar los actos y negocios jurídicos más esenciales el marido deberá contar necesariamente con la participación de la mujer. (...) al exigirla, se está obligando al marido a discutir precariamente con su mujer la conveniencia de la celebración de aquellos actos (Domínguez c. p. Fernández y Alcántara, 1997, s/p). [El resaltado es nuestro]

De la cita anterior, podemos apreciar los resultados favorables que va adquiriendo la mujer casada dentro del ámbito conyugal, pues su participación y/o aprobación se hace indispensable para celebrar, por ejemplo, algún acto o negocio jurídico que su marido vaya a celebrar.

Además, para comprender mejor el carácter igualitario sobre la potestad de ambos cónyuges dentro del hogar, es necesario remitirnos al concepto e importancia de la familia, en palabras de Jossierand: “La familia entonces constituye el factor primordial de la vida social y de la vida política (...)” (Jossierand citado por Calderón, *et al.*, 1995, p.1); esto es, la familia es el núcleo central que le permite a la humanidad formar seres humanos íntegros y capaces de forjar una verdadera sociedad.

En este orden de ideas, en una casación colombiana, **casación No. C-344/93** se expresa la razón de ser de la protección y/ representación que merecen y requieren los menores de edad, precisamente, por no tener la madurez

suficiente para tomar decisiones de índole legal, como es el caso de contraer matrimonio así expresa:

(...) proteger al mismo menor contra su inexperiencia.

Si desde el punto de vista estrictamente somático, las personas que han llegado a la pubertad, son aptas para la función reproductora, **no hay que olvidar que el matrimonio es una relación compleja, que exige madurez emocional que generalmente sólo se va alcanzando con el paso de los años** (pp. 9-10) [El resaltado es nuestro].

Por otro lado, existe cierta parte de la doctrina que expresa con mucha razón que, la patria potestad es una institución de carácter eminentemente económico, en virtud del cual, a los padres se les confiere un cúmulo de derechos y deberes tendientes a facilitar la satisfacción de las necesidades de los hijos, así como la buena administración de sus bienes, si es que tuviesen.

Sin embargo, es indispensable mencionar el sentido extenso y complejo que representa la autoridad parental, misma que debe ser ostentada por el líder o líderes de la familia, como son los padres, quienes no solo tienen legitimidad legal para actuar en pro de los intereses de sus hijos, sino que también son las personas indicadas para asumir esta responsabilidad, debido a los acontecimientos naturales que el hombre provoca, tales

como: la relación de pareja, la procreación, el amor maternal y paternal, entre otros.

En síntesis, nos parece totalmente fructífero que el ordenamiento civil, mismo que guarda armonía con los mandatos constitucionales en relación al principio de la igualdad, establezca y promocióne el gobierno del hogar igualitario entre los padres o cónyuges, pues los más pequeños de casa necesitan seguir el ejemplo, los valores y costumbres de sus líderes.

2.2.2.3. La autoridad parental en el código civil

2.2.2.3.1. Antecedentes

La corriente liberal ejerció una influencia trascendental dentro del campo del derecho, propiamente, en el derecho de familia debido a la separación inexcusable de lo político y lo religioso.

Así, los ideales de esta corriente trastocaron aspectos de las relaciones jurídicas familiares, tales como: las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges; en la filiación y las relaciones paterno filiales.

Por ejemplo, respecto a las relaciones paterno filiales, concretamente, en cuanto a la patria potestad, el liberalismo consiguió cambios positivos dentro del Código Civil de 1936, este ordenamiento contenía

textos jurídicos que focalizaban las relaciones paterno filiales únicamente en el padre, haciendo de lado a la mujer o, en todo caso, sometiéndolos al poder absoluto del jefe de la familia, el padre.

2.2.2.3.2. Concepto

La autoridad parental se constituye básicamente por principios rectores establecidos por el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, mismos que se estructuraron debido a la necesidad de proteger de forma integral los derechos de los menores, dicho en otras palabras, el orden al interés superior de estos.

Por esta razón, los cuerpos normativos citados con anterioridad, los cuales se encuentran en sintonía con los derechos fundamentales de la carta constitucional, establecen un conjunto de deberes y derechos para ambos padres en favor de sus hijos.

Así, la autoridad parental es entendida también con el nombre de patria potestad, a partir del cual el legislador peruano propuso los siguientes artículos 418 y 419, el primero estipula la noción de la patria potestad y el segundo: “La **patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos**

la representación legal del hijo” [El resaltado es nuestro]; es decir, ambos dispositivos confieren a los padres por igual un conjunto de prerrogativas con la finalidad de que estos representen a sus hijos hasta que cumplan la mayoría de edad.

Ahora bien, el acuerdo entre ambos progenitores es sustancial y además exigido por ley, en virtud del cual ambos deberán participar, emitir su voluntad y/o decidir sobre un asunto referido al menor; no obstante, esta regla general es contradicha por el artículo 244 del código sustantivo, en tanto estipula que, los menores de edad para contraer matrimonio requieren del consentimiento expreso de sus padres, cuando estos últimos entren en discrepancia se homologará el consentimiento.

En este orden de ideas, es indispensable identificar quien es el titular y como se ejerce la autoridad parental, por ello, vamos a citar al autor Zannoni citado por Calderón, *et al.* (1995) quien advierte de forma anticipada el contenido de estos:

(...) la titularidad es el conjunto de los derechos y deberes que, en principio, corresponden a ambos padres; el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud

de esos derechos-deberes, y que corresponde a en unos casos a uno y otro o a ambos (...) (p. 601).

La cita es clara al especificar que, el conjunto de prerrogativas legales establecidas en favor de los padres respecto de sus hijos debe ser ejercida de manera conjunta, entendiéndose que estamos dentro de un matrimonio, ya que existen casos que ameritan el ejercicio unilateral de la patria potestad, por ejemplo cuando hay un divorcio; entonces, concretamente cuando se habla del consentimiento de ambos padres tenemos que verificar si ambos siguen teniendo la titularidad de la patria potestad, ya que, puede darse el caso que uno de ellos no tiene la titularidad ni el ejercicio, en consecuencia, aquel padre que no tiene el ejercicio y la titularidad simultáneamente no podrá participar en el consentimiento del posible matrimonio de su menor hijo.

Al respecto, es menester mencionar que la autoridad parental no termina con la sola satisfacción de las necesidades materiales, sino que va más allá, en el sentido de que también es indispensable satisfacer necesidades de índole espiritual, tal como

lo explican los autores Calderón, *et al.*, (1995): “como son el cuidado, formación ética y espiritual del hijo, el asegurar su educación de acuerdo con sus posibilidades, el **cuidado que implica evitar para ello riesgos y peligros de índole material, psíquica o espiritual (...)**” (p. 604). [El resaltado es nuestro]

Es tan amplio el contenido de derechos y deberes que engloba la autoridad parental que incluso es posible afirmar la existencia de prerrogativas que no están estipuladas expresamente dentro de algún cuerpo normativo, pero contribuyen al desarrollo pleno de la personalidad del hijo.

a) **Representación**

El status jurídico de un menor de edad denominado como la incapacidad implica precisamente la necesidad de suplir esa falta de aptitud para ejercer y/o cumplir la imputación de derechos y deberes, por esta razón, para el logro de tales fines es necesaria la representación por personas adultas con capacidad de ejercicio.

La condición jurídica de incapaz le impide al menor de edad hacer valer sus derechos, así como la posibilidad de defenderse cuando se encuentra en riesgo; por ello, el Código Civil realiza la distinción

entre capacidad de ejercicio plena, incapacidad absoluta y capacidad de ejercicio restringida, de todas ellas, la última merece nuestro análisis debido al grado de relación con el fenómeno de estudio planteado en la investigación, así el artículo 44 establece: Tienen capacidad de ejercicio restringida: “Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad”.

Ahora bien, los dos artículos subsiguientes, el número 45 y 45-A establecen la facultad de realizar ajustes razonables y de apoyo para que toda persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, para lo cual tendrá que solicitarlo a su libre elección; mientras tanto, el artículo 45-A estipula: “**Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos** según las normas referidas a la patria potestad (...)” [El resaltado es nuestro].

Con la finalidad de cubrir posibles vacíos respecto a la capacidad de ejercicio restringida, el legislador peruano especifico mejor este tipo de capacidad relativa de los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años en el artículo 46 del mismo

cuerpo normativo, al prescribir: “La **incapacidad** de las personas mayores de dieciséis (**16**) años **cesa por matrimonio** o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio” [El resaltado es nuestro].

Dicho todo ello, cuando los padres están casados se entiende que ambos tienen la responsabilidad de participar e intervenir en la defensa del interés exclusivo de su menor hijo (matrimonio del menor de edad); mientras que, si están divorciados, pero ambos tienen la titularidad de la patria potestad, aunque solo uno de ellos la ejerce, igual es indispensable la aceptación de los dos progenitores, tal como se deduce de la lectura del párrafo tercero y quinto del articulado 244.

Así mismo, es necesario que la representación provenga como consecuencia de la legalidad, necesidad y universalidad, tal como expresa el autor Mazzinghi citado por Calderón, *et al.*, (1995):

[En relación a la **legalidad**] la representación tiene carácter legal, pero **por debajo de ese carácter hay una realidad natural**, que el derecho asume, y **es que el padre y la madre, por la relación que tienen con su hijo menor**

de edad, están facultados para actuar en su nombre y representación, porque sólo así se puede amparar sus intereses (p. 610).

Evidentemente, las primeras personas llamadas a representar a sus hijos son sus padres, toda vez que son ellos los que los han procreado; pero, cuando estos no están presentes o, en todo caso, han sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, la ley establece que serán los abuelos los que podrán asentir el matrimonio del nieto menor de edad, a falta de estos será el juez quien intervenga en la decisión.

Ahora bien, en relación a la característica de necesidad los padres tienen la obligación de representar, sin estar permitido renunciar a este deber, es decir, no se puede transferir esta facultad a terceros que o tengan legitimidad y menos aún estén llamados por ley para procurar el bienestar o la buena administración de los derechos y/o patrimonio del menor.

Luego, tenemos a la universalidad, mismo que está referido básicamente a la representación de los padres en favor de sus hijos en todas las relaciones judiciales y extrajudiciales, por su puesto esta regla tiene sus excepciones estipuladas en el ordenamiento

jurídico; pero, veamos con mayor exhaustividad los actos que pueden representar los padres, tal como lo expresa el artículo derechos patrimoniales y extra patrimoniales

2.2.2.4. Derechos subjetivos familiares

El ordenamiento jurídico reconoce y garantiza que los derechos subjetivos familiares constituyen el ámbito de acción a partir del cual, las personas o integrantes del grupo familiar pueden lograr fines sustanciales de las relaciones con relevancia moral, espiritual, pero finalmente jurídicas nacientes entre sí.

En este orden de ideas, el autor Bossert y Zannoni citado por Calderón, et al (1995), explican con mucho criterio y cautela respecto a los derechos subjetivos que tiene la familia: **“Las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares”** (p. 89) [El resaltado es nuestro].

En este orden de ideas, es posible afirmar que la manifestación del consentimiento de ambos padres para que su menor hijo contraiga matrimonio será fundamental, no siendo suficiente la existencia de discrepancia entre estos para, finalmente, equipararlo a la aceptación.

2.2.2.4.1. Derechos patrimoniales

En relación a los derechos subjetivos familiares de orden patrimonial es necesario abordar el tema del acto jurídico, mismo que es entendido como la manifestación de la voluntad dirigida a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas., en virtud del cual requerirá de ciertos elementos que le permiten a una persona ejecutar alguna relación jurídica, por ejemplo, la plena capacidad de ejercicio, tal como especifica el artículo 140 del código sustantivo.

Es sabido que el acto jurídico tiene fundamentalmente un contenido de naturaleza patrimonial, es decir, basada en dinero; sin embargo, el acto jurídico de familia no necesariamente representa un valor tasado económicamente, por el contrario, refleja un contenido impalpable o inmaterial.

Ciertamente, los derechos de familia tienden a ser patrimoniales y extrapatrimoniales de forma engranada, es decir, lo patrimonial se puede convertir en extrapatrimonial y viceversa, tal como lo explica el autor Borda citado por Varsi (2012): “pueden tener carácter patrimonial o extrapatrimonial; si bien los

derechos familiares son patrimoniales no son sino consecuencia de otros derechos y deberes más profundos y de carácter extrapatrimonial” (p. 17).

Para ser más concretos, los derechos subjetivos familiares de índole patrimonial pueden ser valorados en dinero, al respecto el autor Varsi (2012), expresa lo siguiente: “**Tienen por contenido una utilidad económica, tienen un coste y un costo**” (p. 17) [El resaltado es nuestro].

Por ejemplo, los alimentos dentro del derecho de familia es una institución que tiene por finalidad la satisfacción de las necesidades básicas del menor, es este caso, para la realización de tal fin se requiere del empleo de economía.

2.2.2.4.2. Derechos extrapatrimoniales

Los derechos subjetivos familiares de índole extrapatrimonial se diferencian de los patrimoniales, porque tienen efectos de valoración contraria a la valoración económica, es decir, no son susceptibles de ser valuados en dinero.

Al respecto, el autor Varsi (2012), expresa con mucha cautela: Los viene subjetivos extrapatrimoniales no envuelven una utilidad económica inmediata, tampoco son valorables en

dinero, sin embargo, cuando son lesionados, afectados, dañados adquieren para su remediación un quantum que es útil para la superación del mismo (p. 17); al ser considerados derechos subjetivos propios de la persona es necesario ofrecer su remediación siempre que hayan sido afectados o estén siendo amenazados, con una reparación económica para que se cumpla la finalidad de estos derechos, que es la protección del individuo.

Así, por ejemplo, una obligación extrapatrimonial que busca satisfacer la obligación social de los cónyuges es: la **obligación de asistencia** estipulada en el artículo 288 del código sustantivo, en virtud del cual, los esposos deberán brindarse auxilio y ayuda mutua para conseguir una vida armoniosa.

Mientras que, un ejemplo de obligación extrapatrimonial con los hijos sería el inciso 5 del artículo 423 del Código Civil: “Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviese sin su permiso, (...)”.

2.2.2.5. Deber de gobernar el hogar

El deber de gobernar el hogar proviene de la obligación moral reconocida por el sistema legal de realizar toda aquella acción tendiente a colaborar con la buena organización y/o

trasmisión de valores que forjan hombres de bien dentro del seno familiar; por ello, las personas que establecen las normas y reglas, así como las demás ocupaciones con frecuencia son los padres.

Los padres, son las máximas autoridades existentes dentro de la familia, en su defecto, serán los abuelos o cualquier otro adulto que tenga a su cargo la crianza de los más pequeños y de la organización de la casa; pues, así como la organización del Estado está compuesto por tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, bajo el entendimiento de establecer un equilibrio entre estos, de manera similar se debe equilibrar la autoridad de los padres frente a sus hijos, es decir, ambos progenitores tendrán a su cargo el conjunto de deberes que tienen en favor de sus hijos.

Antes bien, es necesario explicar que la patria potestad se ejerce por los padres independientemente de su situación de pareja, pudiendo tener el ejercicio conjunto (cuando están casados), compartido (cuando están divorciados y ambos la ejercen) o unilateral (divorciados o separados y solo lo ejerce uno de ellos) de la misma.

Entonces, para verificar la afectación a los deberes del padre debido a la aplicación del artículo 244 del código sustantivo, mismo que estipula como requisito para el matrimonio entre menores de edad, el consentimiento expreso

de los padres, antes debemos identificar a cargo de quien se encuentra el ejercicio de la patria potestad y se solicitara solamente el consentimiento de este.

Mientras que, si ambos padres están casados, entiéndase que tienen el ejercicio conjunto, o estando separados o divorciados tienen el ejercicio compartido de la patria potestad, en cualquiera de los dos casos no podrá prescindirse de la opinión del padre que se niega a dar el consentimiento, pues ambos tienen pleno derecho y deber de velar por el desarrollo integral de su menor hijo.

En tanto, la aplicación irreflexiva del artículo 244° del código sustantivo atenta contra los deberes de la patria potestad estipulados en el artículo 423° del mismo cuerpo normativo, entre otros dispositivos que garantizan la igualdad en el hogar (art. 290°) así el primer deber de mayor importancia que viene siendo vulnerado por el artículo en cuestión es: “**proveer al sostenimiento y educación de los hijos**”, la cual responde a obligación legal de atender los requerimientos básicos que toda persona necesita para crecer y desarrollarse integralmente; luego tenemos al deber de: “**dirigir el proceso educativo de sus hijos y su capacitación para el trabajo (...)**”, con el propósito fundamental de orientar y fortalecer el aspecto intelectual y de valores en los hijos para la vida en sociedad.

2.2.2.6. Derecho de gobernar el hogar

Ha quedado claro que, el derecho de gobernar el hogar es una prerrogativa a cargo de ambos padres, pero este derecho nace del reconocimiento legal y natural de padres en relación con sus hijos y, a su vez, el reconocimiento nace de la legitimidad que tiene los progenitores para resguardar los intereses de sus primogénitos; de ahí que, el legislador peruano ha instaurado la figura por excelencia idónea para reglamentar el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que tiene los padres en favor de sus hijos y viceversa, la patria potestad.

Dentro del derecho de familia, la patria potestad es aquella figura que regula la relación subjetiva entre aquellas partes que intervienen (padres e hijos), pero que además gozan de legitimidad para defender por medio de la acción un interés personal, además los intereses o fines elementales de este grupo social; por ello, la patria potestad es un instituto que guarda estrecha relación con los derecho jurídicos subjetivos de la familia, en tanto busca defender del interés individual que, implica también la defensa del vínculo familiar logrando de este modo el bienestar familiar.

No obstante, no debe confundirse el derecho a gobernar el hogar como aquel poder absoluto del padre sobre los hijos, sino más bien, como aquella potestad que debe ser ejercida con liderazgo, animando a los más pequeños a repetir el ejemplo de

los actos correctos de sus padres, al respecto el autor Varsi (2012), expresa con mucha razón: “Más que un poder o autoridad es **un deber y facultad de los padres para con sus hijos**, de allí que ellos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad” (p. 297) [El resaltado es nuestro].

Ahora bien, constitucionalmente hemos observado la existencia de consenso respecto a la igualdad que tienen ambos cónyuges en el gobierno del hogar, mismo que trasciende a los demás hogares donde no hay vínculo matrimonial, pero que hacen sus veces, como la unión de hecho; entonces, cuando el artículo 244 del código sustantivo prevé como requisito para el matrimonio entre menores de edad al consentimiento expreso de sus padres, implica que ambos tienen que asentir de manera igualitaria, de lo contrario, al existir discrepancia, es decir, si uno de ellos acepta y el otro no, no se puede tomar a la discrepancia como un equivalente al asentimiento, porque estaría yendo en contra de los fines de protección social, afectiva y educativa de los hijos.

En términos más simples, se estaría atentando con varios derechos estipulados en los artículos 423° y 74° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente; por ejemplo, es un derecho que tienen los padres reconocido por la patria potestad: “(literal e) Tenerlos en su compañía (...);

(numeral 4) Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición”.

Sin duda alguna, la familia se ha convertido en el espacio ideal para formar hombres de bien, por eso con mucho intelecto el autor Olavarrieta, citado por Calderón, *et al.*, (1995), explica sobre esta institución social:

La familia es el canal primario para la transmisión de valores y tradiciones (...) **hasta que alcanza la madurez biológica y social y el individuo se encuentra preparado para formar el mismo su propia familia y comenzar el ciclo que nutre la vida social (p. 2) [El resaltado es nuestro].**

En síntesis, aun cuando resulta complejo evidenciar la madurez social de una persona, debido al grado de subjetividad que implica entenderla en sí misma, consideramos que imprescindible guiar el aprendizaje de los hijos para que tomen decisiones y afronten las consecuencias de los mismos.

2.2.2.7. Cooperar para el buen desenvolvimiento del hogar

La autoridad parental ejercida de forma conjunta dentro del hogar genera grandes beneficios en los hijos ya sea a nivel personal, familiar, social y cultural; por mencionar algunos de ellos: se forman hijos con estados emocionales más estables, hijos más libres y capaces de afrontar desafíos variados que este mundo cambiante nos presenta.

Con justa razón, el autor Aveledo citado por Varsi (2011a), reafirma la importancia y trascendencia que ha ido adquiriendo la familia en la sociedad: “En estricto cumplimiento de su rol natural y social, **la familia ofrece un seno que complementa las deficiencias y limitaciones de los individuos,** (...) la familia es la mejor solución para la imperfección del hombre” (p. 30) [El resaltado es nuestro].

No obstante, hay quienes expresan firmemente que los bienes tienen la particularidad eminente de cubrir las necesidades, es decir, lo patrimonial adquiere mayor relevancia a la hora de referirnos al derecho de familia, dejando de lado los aspectos extra patrimoniales o espirituales del núcleo de la sociedad.

De ahí que, el sistema legal en materia civil busca regular ante todo la parte lucrativa, productiva o rentable, pues sería inimaginable que una persona existiera sin tener un patrimonio que lo respalde; tal como expresa el autor Díez-Picazo citado por Varsi (2012): “(...) la necesaria protección de la persona y la salvaguarda de su dignidad y de su libertad, **exigen el reconocimiento de un determinado ámbito de poder económico**” (p. 13) [El resaltado es nuestro]; siendo ello, precisamente lo que persigue el Derecho patrimonial de la familia.

Si bien, la regla general es que, ambos padres ejerzan autoridad en el hogar y, por ende, en los hijos, es necesario mencionar que en algunas ocasiones se podrán tomar decisiones de forma unilateral, caso en el cual se presume el asentimiento del otro; sin embargo, existe la posibilidad de que el padre de quien se haya prescindido su consentimiento se pueda oponer.

En tal sentido, consideramos la importancia de la cooperación conjunta de ambos progenitores para el buen desenvolvimiento del hogar, debido a la trascendencia que implica está en la sociedad: “(...) la familia –es un elemento indispensable de cohesión y equilibrio social (...)” (Josserand citado por Calderón, *et al.*, 1995, p. 1).

En resumen, aun cuando existieran intereses contrapuestos dentro de la relación familiar, creemos que es indispensable procurar la decisión más justa y racional posible, una que no perjudique la libertad, ni la dignidad de la persona.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

Para un mejor entendimiento del presente trabajo de investigación se pasarán a definir algunos conceptos claves; definiciones sacadas de distintas fuentes bibliográficas.

- **Antinomia:** “Contradicción entre dos preceptos legales.” (RAE).

- **Cultura:** Conjunto de modos de vida, y costumbres, conocimiento y grado de desarrollo artístico, científico, industrial en una época o grupo social. (RAE, 2015).
- **Familia:** “(...) [La familia en sentido amplio] es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico-familiar. Desde este punto de vista, la familiar está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. (...)” (Esquivel, *et al.*, 2013, p. 205).
- **Igualdad:** “(...) la exigencia de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que no solo significa exigir paridad de trato en la asignación de deberes, obligaciones y cargas por parte de las normas jurídicas, sino también en el nivel de la aplicación del derecho. (...)” (Bastos, *et al.*, 2012, p. 250).
- **Libertad:** Facultad del hombre para obrar o no obrar y hacerlo de un modo o de otro. Situación del que no es esclavo preso o dependiente (RAE; 2015).
- **Matrimonio:** “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.” (Artículo 234 del Código Civil peruano de 1984).
- **Obligación:** Mandato de inexcusable cumplimiento expedida por la ley, contrato, resolución administrativa, judicial o arbitral, se clasifica en dar, hacer y no hacer (Cabanellas, 2001, p. 218).

- **Principio de promoción del matrimonio:** “(...) este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación.” (Esquivel, *et al.*, 2013, p. 206).
- **Tutela:** El derecho que se le otorga la ley para la guarda y protección de la persona y bienes, se trata de los menores bajo la patria potestad, los incapacitados y menores en situación de desamparo.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. METODOLOGÍA

La investigación empleó como método a la hermenéutica; sobre la misma Gómez Adanero y Gómez García (2006) refieren lo siguiente: "(...) no [se] rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)" (p. 203). En realidad, no es un método de fácil elección, es más se tuvo dificultad en la selección de la misma, al ser un método no convencional.

Además, cabe referir que, en los trabajos de investigación no se puede tener un grado absoluto de objetivismo, pues, la labor de interpretación se emplea bajo parámetros ciertamente subjetivos, por lo que, de todas formas, se guarda un poco de subjetividad.

Asimismo, Gómez y Gómez (2006) explicando el método hermenéutico indican: "(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas) (...)" (Gómez & Gómez, 2006, p.201); por lo que, no fue necesaria la separación de lo subjetivo y objetivo.

Y, como la presente investigación es una de naturaleza jurídica, indefectiblemente se empleó también a la hermenéutica jurídica, coadyuvado de la exégesis como método específico de apoyo, teniendo este último como meta determinar la voluntad o finalidad de la norma. (Miró-Quesada, 2003, p.

157). Así también, como método complementario se utilizó al sistemático-lógico.

En otras palabras, se empleó como método general al hermenéutico, y como método específico, a la exegética y al método sistemático-lógico.

3.2. TIPO INVESTIGACIÓN

La investigación además fue una de **tipo básico o fundamental**, por lo tanto, lo que se espera es el incremento de los conocimientos gracias al estudio de las categorías consignadas, es decir, tanto del artículo 244 y 290 del Código Civil, pero ciertamente en este estudio no se tuvo una incidencia directa en la realidad. (Carrasco, 2013, p. 49)

Además, del incremento de los conocimientos que se esperan con la presente investigación, también ayudó a la comunidad jurídica a identificar aquellas instituciones que vayan en contra de los mismos postulados que defienden en general un Estado y por tanto el ordenamiento jurídico, por tanto, ayudó a brindar mayor coherencia en el mismo ordenamiento jurídico.

3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de la investigación fue **explicativo**, consistiendo está en explicar los elementos de ciertas instituciones. (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82). Es así que, se explicó la institución del matrimonio de menores, cuya regulación principalmente se encuentra en el Código Civil peruano y el Código de los Niños y Adolescentes, pero principalmente en el artículo 244 del código primero mencionado; además, también se estudió la

figura consignada en el artículo 290 del Código Civil, para analizar la influencia de la primera institución sobre esta última.

Cabe recordar que las investigaciones de nivel explicativo, pretenden determinar o explicar, la influencia o de desarrollo de una categoría sobre otra, que posiblemente se pudieran encontrar disociadas, pero gracias a ello es que se llegará a una verdad jurídica.

3.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Con respecto al diseño de la presente investigación, fue **observacional o no experimental**, es decir, no manipuló de forma directa al objeto de estudio, evidentemente es todo lo contrario a las investigaciones experimentales en donde sí existe una manipulación directa del objeto de estudio. (Sánchez, 2016, p. 109)

Por lo tanto, al tratarse de una investigación no experimental no se esperó a saber lo que pasaría si se modificaría una o muchas características de una de las categorías, sino que, se analizó el potencial de cada una con su debida influencia de una sobre otra, desde características ya propias.

Asimismo, fue una investigación no experimental transaccional, puesto que, la recolección de datos se realizó en un solo momento. (Sánchez, 2016, p. 109)

El diseño que mejor se adecuaba además fue la **teoría fundamentada**, que según explica Strauss y Corbin citado por Gaete (2014):

(...) es una teoría derivada de datos recopilados, destacando que este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los

datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152).

Así es que, la recolección de datos se realizó de diferentes fuentes ya sean de textos doctrinarios, jurisprudencia y demás, para poder llegar a teorizar con respecto a las categorías ahora seleccionadas.

3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO

El escenario de la presente investigación fue el propio ordenamiento jurídico peruano, pues, al ser una investigación de enfoque cualitativo, lo que se estudió fueron las normas jurídicas y demás textos relacionados o que desarrollen a las categorías seleccionadas.

3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS

Con respecto a la caracterización de los sujetos o fenómenos se tiene que indicar que, en el presente caso solamente se realizó el estudio de las diferentes normas jurídicas, posturas doctrinarias e incluso jurisprudencia referida a los artículos 244 y 290 del Código Civil peruano, para poder determinar la influencia de una sobre la otra.

3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA

Con respecto a la trayectoria metodológica, se tiene que indicar que refiere a cómo se ha procedido a partir del planteamiento metodológico,

pasando por la explicación de forma ordenada de los datos, en general se refiere a la explicación de forma holística del cómo se realizó la investigación.

Es así que, en principio se determinó el método, que es el hermenéutico como se indicó, y como instrumentos de recolección de datos fueron las fichas bibliográficas, resumen y textual; en donde, la investigación es una de nivel explicativo de enfoque cualitativo, se pretendió determinar la influencia de una categoría sobre la otra, para llegar así posteriormente a teorizar, y gracias a la argumentación jurídica llegar a responder las preguntas planteadas.

3.8. MAPEAMIENTO

El mapeamiento está referido a la procedencia de los datos que fueron extraídos, al respecto Nel Quezada (2010) refiere que son el conjunto de elementos o características del objeto de estudio, pudiendo ser este, cosas, personas y demás. (p.95)

Asimismo, también Nel Quezada (2010) indicaría lo siguiente: “(...) representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” [El resaltado es nuestro] (p. 95).

Por lo tanto, la tesis al desarrollarse bajo el método hermenéutico, la recopilación de datos se obtuvo de los textos, es decir, el marco teórico se desarrolló en base a libros, jurisprudencia y demás.

El maestro, Nel Quesada señala que la población es justamente de igual forma al conjunto de datos con rasgos comunes; por lo tanto, cualquier

concepto, oración y demás relacionado con las dimensiones estudiadas debieron procesarse e incorporarse dentro del marco teórico.

Por lo tanto, la idea es encontrar una población de la siguiente forma:

Categoría	Libro, artículo o tesis	Autor
Artículo 244 del Código Civil	<i>Manual de Derecho de Familia</i>	Gallegos, Y. & Jara, R.
	<i>Tratado de Derecho de Familia, Matrimonio y uniones estables.</i>	Varsi, E.
Artículo 290 del Código Civil	Tratado de derecho de familia: Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar.	Varsi, E.
	Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia.	Varsi, E.
	El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental.	Suarez, P. & Vélez, M.

El cuadro anterior muestra los artículos u otras tesis más importantes que se usaron para el desarrollo de un buen marco teórico.

En ese sentido, se recopiló toda la información necesaria y objetiva, utilizando el método de muestreo de bola de nieves, es decir, el desarrollo de marco teórico fue hasta ya no poder seguir profundizando más acerca de las categorías consignadas.

3.9. RIGOR CIENTÍFICO

El rigor científico de la investigación estuvo denotado por la seriedad en todo el desarrollo de la investigación, pero sobre todo en el proceso de recolección de datos; es así que, la presente investigación tuvo cuidado en la utilización de los datos personales si es que los hubiera, asimismo, no se adulteró la información obtenida ni recopilada, teniendo en cuenta que aquella

es pública, pero en este tipo de investigaciones creemos que lo importante es la calidad de los argumentos.

3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.10.1. Técnicas de recolección de datos

La técnica de recolección de datos de la presente investigación fue el análisis documental, es decir, se realizó un análisis de los diferentes documentos o textos referidos evidentemente a las categorías de estudio.

Esta técnica es una edificada en el conocimiento cognitivo, pues, ayuda al acceso a un documento inicial para obtener la información correspondiente y comprobación de la hipótesis. (Velázquez & Rey, 2010, p. 183)

3.10.2. Instrumentos de recolección de datos

Por último, se utilizó a la ficha de resumen, textual y bibliográfica como instrumento de recolección de datos; pues así desarrollar un marco teórico consistente.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno

El objetivo uno ha sido: “Identificar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al deber de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – Tal como se puede apreciar, el objetivo número uno está compuesto por la variable (segunda oración del primer párrafo del artículo 244) y la dimensión (deber de gobernar el hogar) de la variable dependiente (Igualdad en el hogar del artículo 290) ambas variables doctrinarias y ubicadas en el Código Civil peruano.

Por tal motivo en los siguientes párrafos de los siguientes numerales abordaremos temas relacionados con ambas variables de estudio, tales como: El concepto y características del **matrimonio**, el **matrimonio en menores de edad y la patria potestad**.

En este orden de ideas, el matrimonio como estado es un instituto jurídico, pero como acto es un contrato que puede ser celebrado y/o estatuido por dos personas (varón y mujer) de forma voluntaria y autónoma con la finalidad de hacer vida en común, tal como expresa el artículo 234 del ordenamiento sustantivo.

En seguida, el siguiente párrafo del mismo articulado mencionado anteriormente, expresa que tanto el marido como la mujer tienen

autoridad en el hogar, también tienen derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades de forma igualitaria.

En síntesis, el matrimonio está constituido por la unión voluntaria entre un varón y la mujer para hacer vida en común, pero ambos deben estar legalmente aptos para ella, además su formalización tiene que sujetarse a las disposiciones que el ordenamiento establece.

SEGUNDO. – Ha quedado claro que el matrimonio es la unión voluntaria entre dos personas para hacer vida en común, sin embargo, el código hace una tangencia muy expresa, en principio, esta debe conformarse entre un varón y una mujer, quedando de lado la unión de dos sujetos del mismo sexo; luego, que ambas personas se encuentren legalmente aptos para la celebración de tal acto jurídico, es decir, se debe cumplir con los requisitos de forma y de fondo del mismo acto jurídico, sumado a los demás requerimientos que el ordenamiento establece propiamente para el matrimonio.

En tal sentido, conforme a los requisitos y elementos de validez del acto jurídico, cada integrante dispuesto a contraer matrimonio debe manifestar su voluntad, también deben tener plena capacidad de ejercicio, el objeto del acto debe ser física y jurídicamente posible, el fin también debe ser lícito, así como contener la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (art. 140 y 141 del C.C.).

Además, uno de los requisitos más trascendentales para contraer matrimonio es que, ambos deben estar solteros y declarar su voluntad de

casarse, esto con la finalidad de evitar el adulterio o un segundo matrimonio de una persona ya casada.

Ahora bien, qué sucede si dos personas menores de edad desean contraer matrimonio, o uno de ellos es mayor y el otro menor de edad, en estos casos aplicando la exigencia de la capacidad plena de ejercicio fácilmente podríamos decir que es imposible; no obstante, el ordenamiento sustantivo hace una excepción cuando se trata de contraer nupcias, seguramente, porque el sistema legal busca incentivar el matrimonio.

Pero, entonces cuáles son los requisitos para que se celebre el matrimonio entre menores de edad, al margen de aquellos que ya hemos observado líneas arriba, uno de ellos y el más importante es el asentimiento de sus padres, en su defecto, el de los abuelos y las abuelas o, de ser el caso, el del juez, tal como expresa el artículo 244 del ordenamiento sustantivo; sin embargo, cuando uno de los padres se niega a dar dicha autorización y el otro si está de acuerdo, esta situación de discrepancia se entenderá como la aceptación, es decir, la oposición de estos se convalida como el asentimiento exigido por la segunda oración del primer párrafo del articulado en cuestión.

Si bien, el matrimonio entre menores de edad está permitido en el sistema legal peruano, pero este no es ilimitado, es decir, cualquier ser humano menor de edad no puede contraer matrimonio, sino únicamente aquellos cuya edad sea mayor a dieciséis y menor a dieciocho, tal como expresa el artículo 241, inciso 1.

En síntesis, el asentimiento, entendido también como la autorización de los padres para que el menor hijo contraiga nupcias es fundamental, debido a que son ellos los legitimados para perseguir y procurar el mejor interés de ellos, en tanto, la respuesta negativa de uno de los padres o la discrepancia entre ambos progenitores no podría ser convalidado tácitamente como el asentimiento, sino todo lo contrario, el ordenamiento legal debería predisponer otra salida que respete la opinión o, por lo menos, escuche la justificación del padre que se niega a dar dicha autorización.

TERCERO. – Llegados a este punto, debemos abordar el tema relacionado con la patria potestad con la finalidad de verificar hasta dónde se extiende la obligación parental del padre para con su menor hijo y cómo puede hacer valer en las instancias jurisdiccionales esa facultad.

En tal sentido, debemos manifestar que la patria potestad es uno de los institutos jurídicos más trascendentales del Derecho de Familia, debido a que regula el conjunto de derechos y obligaciones de los padres y sus hijos para coadyuvar con relación armoniosa entre estos sujetos, exenta de abusos y extralimitaciones para cualquiera de las partes.

Así, esta figura jurídica se encuentra estipulada tanto en los artículos 418 y 419 del Código Civil como en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, básicamente en estos articulados se establece la noción de la patria potestad, también conocida como responsabilidad parental, y el conjunto de derechos y deberes concernientes a los progenitores y primogénitos.

Entre las facultades y/o privilegios que adjudica la patria potestad a los padres encontramos derechos, tales como: el de tener a los hijos en su compañía (tenencia); representarlos en los actos de la vida civil, en tanto, no adquieran plena capacidad para hacerlo por sí mismos; administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuviera; entre otros.

Respecto a los deberes, encontramos disposiciones tales como: velar por su desarrollo integral; proveer su sostenimiento y educación; dirigir su proceso educativo; entre otros más que, aunque no estén estipulados expresamente se entiende que el padre tiene que procurar si desea tener un hijo integro.

En resumen, la patria potestad o responsabilidad parental implica el ejercicio racional y reflexivo de aquel conjunto de facultades y obligaciones que el código adjudica a los padres, quienes por lo general son personas adultas y capaces de asumir este deber con la finalidad de instruir seres humanos disciplinados y correctos para la sociedad.

CUARTO. – En el presente numeral, debemos enfocarnos en el artículo 290 del Código Civil, mismo que establece la igualdad en el hogar y, este a su vez, nace del principio de igualdad entre los hombres; entonces, llevado este principio a la familia, se entiende que para gobernar el hogar debe existir la igualdad parental o igualdad entre ambos padres.

Así, cuando el texto legal del articulado prescrito en el párrafo anterior establece que, ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y cooperar para el mejor

desenvolvimiento del mismo, en verdad les está diciendo que ninguno puede adjudicarse más poder sobre el otro, ya sea en temas relacionados con los hijos o propios del matrimonio, sin la existencia de un acuerdo previo.

En ocasiones, uno de los cónyuges por situaciones que así lo apremian puede otorgar mayor facultad o cierto poder al otro con la finalidad de realizar y/o ejecutar un acto con relevancia jurídica necesario, pero previo acuerdo y consentimiento entre las partes, de lo contrario, si fue celebrado de manera unilateral será declarado nulo de pleno derecho.

Además, el principio de igualdad al ser concebido como aquel pilar fundamental para generar una sociedad exenta de prácticas discriminatorias, es llevado al espacio familiar con el objetivo de equilibrar las relaciones interpersonales entre sus integrantes, básicamente, el poder o la autoridad de los padres sobre sus hijos o la autoridad del varón sobre el de la mujer (art. 290 y art. 4 del CC).

Por lo tanto, a partir de la lectura del texto legal que alberga este dispositivo normativo podemos evidenciar la intención del legislador peruano de incentivar la igualdad entre el varón y la mujer, como un intento por desfasar creencias de superioridad del género masculino sobre el femenino.

QUINTO. – En seguida, nos toca abordar el tema relacionado al hogar, mismo que guarda relación estrecha con el significado de familia, pues independientemente de la relación de parentesco existente entre dos

o más personas, creemos que la familia actual o los nuevos modelos de familia recientes han implicado la construcción de un significado más amplio e inclusivo.

En sentido estricto, nos preguntamos si existe diferencias entre ambos términos (hogar y familia) o serán lo mismo; en principio, es indispensable mencionar que ambos conceptos son distintos, pues, la familia está más relacionada con las construcciones de relaciones de las personas; mientras que, el hogar deriva directamente del espacio físico donde se concretiza la vivencia cotidiana de la familia.

Quizá, por este motivo el siguiente párrafo del artículo 290, mismo que estamos desarrollando en el siguiente numeral, expresa: “A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar”; es decir, está más vinculada con la facultad de fijar el espacio físico en donde se establecerán los cónyuges.

No obstante, consideramos que esta prerrogativa que imparte la igualdad y equidad entre los cónyuges va más allá, en el sentido de perseguir la práctica del respeto mutuo y colaboración constante entre ambas partes, si es que realmente desean construir una familia y un hogar saludable para sus integrantes.

En síntesis, independientemente del tipo de familia que exista en el mundo y del hogar en donde está este establecida, consideramos sumamente necesario impartir el principio de igualdad y equidad para cualquier tipo de actos o comportamientos que cualquiera de los

integrantes vaya a ejecutar, porque influirá en la crianza de hijos más respetuosos y tolerantes de las opiniones, sentimientos, inclinaciones de los demás tanto como el suyo mismo.

SEXTO. – Llegados a este punto, vamos a abordar lo referente al **asentimiento de los padres**, el asentimiento no es otra cosa que la autorización que ambos padres deberían otorgar para que el menor hijo contraiga matrimonio legal; sin embargo, el código sustantivo prevé que bastara únicamente con el consentimiento de uno de los padres para dar por consentida dicha autorización, esta es la interpretación que podemos sacar de la segunda oración del párrafo primero del artículo 244.

No obstante, creemos que no es suficiente con la aprobación básicamente de uno de los padres para dar por hecho el consentimiento para la celebración del mencionado acto jurídico, si es que el hijo se encuentra bajo la patria potestad de ambos padres.

En este orden de ideas, la patria potestad recae en ambos padres, es decir, el papá y la mamá tienen el mismo conjunto de derechos y deberes, tanto como obligaciones legales que el ordenamiento les concede, mismos que deben ser ejercidos en forma responsable e igualitaria, siempre procurando que toda acción que vayan a ejecutar (los padres o los que hagan sus veces) en favor del menor sirva para su desarrollo integral, mas no obedezca a intereses individuales o de terceros.

Entonces, parece caer de su propio peso que, si el hijo se encuentra bajo la patria potestad de ambos padres, estos están en la

misma condición para tomar decisiones en favor del menor; en sentido estricto, resulta sumamente importante e indispensable la participación de ambos, más aún cuando se trata de un tema trascendental como el matrimonio.

En consecuencia, llama la atención que el propio ordenamiento legal pretenda desconocer la decisión del padre que se niega a dar el asentimiento para el matrimonio de su menor hijo, aun cuando el mismo cuerpo jurídico devela que la construcción de todo su contenido normativo se edifica a partir de principios tales como la igualdad en el gobierno del hogar (art. 290 del CC).

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos

El objetivo dos ha sido: “Determinar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al **derecho de gobernar el hogar** según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – Luego de haber desarrollado ampliamente los temas relacionados a la segunda oración del primer párrafo del artículo 244, tales como: El concepto y características del matrimonio, el matrimonio en menores de edad y la patria potestad referido al deber de gobernar el hogar, esto en los numerales del primero al tercero; ahora nos centraremos en la explicación del derecho de gobernar el hogar, el cual pertenece al segundo objetivo de nuestra investigación.

En tal medida, después de haber concluido en el apartado anterior, que los deberes son obligaciones que una persona sea natural o jurídica

incluso un Estado tiene respecto a otra parte; por ejemplo, los padres se obligan a cuidar de sus hijos, los empleadores de sus trabajadores y el Estado de sus ciudadanos; todos estos deberes se encuentran sujetos a leyes y normas vinculadas con el ámbito en el que se desenvuelven, por ende, si no se llevan a cabo con frecuencia tienen un tipo de sanción que castiga su incumplimiento.

Ahora bien, cuando nos referimos **al derecho de gobernar el hogar**, debemos partir identificando al concepto del término derecho, mismo que está referido al conjunto de normas que tienden a regular las relaciones interpersonales dentro de una sociedad; por lo general, un sistema de normas está inspirando en principios como la justicia y la igualdad, en consecuencia, diremos que los derechos son prerrogativas y/o privilegios que tiene una persona natural o jurídica.

Así, **los derechos** funcionan como parámetros de comportamiento para que las personas actúen conforme a lo que por ley les está permitido y no se extralimiten en sus obras, la regla general entonces es que: “tus derechos terminan cuando empiezan los de otra persona”; por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la recreación, a un nombre, entre otros.

De ahí, se puede afirmar que **los derechos del hijo menor y de los padres son similares**, aunque existen prerrogativas particulares que atienden a su edad y capacidad, pero no distan en gran medida; de manera equivalente, los deberes que tienen ambas partes se diferencian atendiendo las condiciones antes mencionadas; sin embargo, las

obligaciones que una persona tiene con la sociedad son lo que le permite tener tales derechos.

En esta medida, si los padres tienen el deber de representar a sus hijos en los actos civiles, así como de cuidar y dirigir el proceso educativo de estos también tienen derecho a que sus hijos los obedezcan y respeten; por lo tanto, si uno de ellos se niega a aprobar el matrimonio de su menor hijo y el otro padre acepta, no puede ser posible que esta discrepancia signifique la aprobación.

SEGUNDO. – A continuación, es necesario evidenciar **la afectación** que podría padecer la familia, si es que se sigue **aplicando el artículo 244**, pues al otorgar poder al padre que está de acuerdo con la celebración del matrimonio de su menor hijo, en verdad se está desautorizando al otro que no está conforme con tal decisión.

Se entiende que la tenencia de los hijos está a cargo de ambos progenitores, es decir, los dos están a cargo de la crianza, misma que es una manifestación auténtica de la familia; en consecuencia, les corresponde a ambos asentir o, por lo menos, emitir su opinión respecto a la posible decisión del menor y que esta opinión se considere, si es necesario en el ámbito legal.

Independientemente, de la postura que opte cualquiera de los padres, es importante mencionar que la discusión no se basa en la defensa de la del padre por encima de la de la madre o viceversa; sino, que esta gira en torno a cuál postura debe prevalecer, la negativa o la positiva.

Cierta parte de la doctrina se inclina por la defensa del progenitor que opto por emitir una respuesta afirmativa al matrimonio del menor, bajo el fundamento de promover el matrimonio; por consiguiente, creemos que este tema, debe ser analizado detenidamente, debido a la minoría de edad.

Diferente a esta propuesta, la descrita en el párrafo anterior, existe otra postura que opta por la respuesta negativa cuando ambos padres se encuentran en discrepancia, aquí el fundamento básico es que, el matrimonio al ser un acto jurídico de naturaleza compleja y especial requiere no solo de la participación de las partes que la integraran, sino de la madurez de estos para que sean capaces de afrontar todos los desafíos que ella implica de por sí.

En síntesis, creemos que incentivar el matrimonio es una propuesta muy buena y estamos a favor de esta; no obstante, creemos que se debe hacer una excepción cuando se trata del matrimonio de menores de edad, en virtud, precisamente, de su capacidad física, psicológica y espiritual.

TERCERO. - Debemos abordar **cuales son los derechos subjetivos familiares**, tanto como los derechos subjetivos **patrimoniales y extra patrimoniales** derivados del grupo familiar.

En tal sentido, veamos el significado de modo general, para luego desarrollar el de cada uno y, finalmente, explicar la diferencia entre estas; en principio, los derechos subjetivos familiares son todas aquellas prerrogativas que tiene la familia, independientemente del derecho que

cada uno tenga y bajo la condición que ostenta, para exigir los intereses legítimos definidos por las relaciones de índole familiar.

Respecto, a los derechos subjetivos patrimoniales podemos alegar que son prerrogativas o privilegios adjudicados a la familia, pero que tienen por contenido una utilidad valorada en dinero; mientras que, los derechos subjetivos extra patrimoniales, son aquellos que no involucran una utilidad económica inmediata, por el contrario, tienen un contenido propio e intrínseco de la persona o grupo de personas que pertenecen al grupo familiar y; por ende, cuando son afectado requieren para su remediación el pago de un monto de dinero, por ejemplo, la reparación civil cuando se demuestre la difamación de una persona.

En tal sentido, los padres tanto como los hijos o demás integrantes del grupo familiar tienen un cumulo de derechos entre patrimoniales y extra patrimoniales que les permiten desarrollarse satisfactoriamente en su vida cotidiana; por ejemplo, los padres tienen la obligación de asistir a sus hijos (obligación patrimonial), los padres tienen derecho de tener a sus hijos en su compañía (obligación extra patrimonial).

En síntesis, tal como hemos podido evidenciar los padres tienen a su cargo la titularidad y el ejercicio de la patria potestad de manera equitativa, existiendo la posibilidad de otorgar mayor poder a uno de ellos, pero previo acuerdo y por medio de una carta poder.

4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres

El objetivo tres ha sido: “Examinar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye a la **cooperación para**

el buen desenvolvimiento del hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – Luego de desarrollar todo lo referente a la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 y haber abordado temas tales como el concepto de derecho y los derechos subjetivos familiares patrimoniales y extra patrimoniales; en seguida nos enfocaremos en la explicación de la cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar, el cual pertenece al tercer objetivo de nuestra investigación.

En este orden de ideas, la cooperación de ambos cónyuges para el buen desenvolvimiento del hogar será trascendental, pero en la medida que sea tomada en cuenta, no solo por ambas partes, sino considerada por la propia norma, en el sentido de promover la igualdad parental en todo momento, más aún cuando se trata de tomar una decisión que tiene relación con el futuro de los hijos menores de edad.

Por ende, será fundamental que los padres empiecen a practicar la equidad dentro de la familia, así como a difundir la autoridad reflexiva y racional de los padres, tratando de explicarles que las ordenes son necesarias para el progreso familiar e individual; del mismo modo, los niños deben comprender la utilidad de tal autoridad para contribuir con el mismo y no mostrar una postura indiferente o irrespetuosa.

En síntesis, es necesario que los padres sean más líderes y menos autoritarios y enseñen siempre con el ejemplo, evitando que sus hijos los perciban como sus verdugos, por el contrario, mantengan una relación llena de confianza y comprensión porque la familia es el espacio idóneo

para complementar las deficiencias y limitaciones de cada uno de sus integrantes.

SEGUNDO. - Luego, evidenciaremos las consecuencias del matrimonio prematuro entre menores de edad con la finalidad de identificar cómo es que el principio de interés superior del menor, un principio básico reconocido y aguardado en muchos instrumentos internacionales, es desplazado por una norma que, en su intento de promover el matrimonio vulnera algunos derechos del menor de edad que desea contraer matrimonio (dieciséis años).

A todas luces y desde una óptica de los derechos humanos, se estaría vulnerando diferentes derechos del menor de edad al permitírsele contraer matrimonio; fundamentalmente, nos vamos a referir a tres puntos sustanciales que estarían siendo privados con esta permisión.

El primer punto que causa preocupación y por el cual no estamos del todo conformes con la aplicación del artículo en cuestión es el derecho a la niñez y la adolescencia, mismo que concede el matrimonio entre menores de edad y, concretamente, da la espalda a la postura negativa de uno de los padres para que en su cambio prevalezca la autorización del otro en relación al matrimonio del menor de edad; en este caso los niños no terminan de vivir su etapa libremente, sino adquieren una responsabilidad y un nuevo status social y jurídico que les exige realizar actos que no siempre van acorde a su capacidad psíquica, psicológica y hasta física.

Por otro lado, también creemos que el texto legal del artículo en cuestión termina privando el derecho a la libertad personal del menor, quien no ha terminado de crecer física y psicológicamente, por el contrario, tendrá que saltar de una etapa inconclusa de su vida para hacerse cargo de nuevas responsabilidades y atarse a una obligación que, puede que ni él o ella misma o mismo este consciente.

Finalmente, otro derecho que se priva con el mencionado artículo es el derecho a la identidad, mismo que es entendido como aquella prerrogativa que le permite a un individuo a decidir qué quiere en y para su vida en función a su proyecto de vida; aterrizando esta prerrogativa en el menor, debemos mencionar que únicamente él o ella puede decidir, usando su plena capacidad, si realmente desea casarse o no, además de proyectar su ser y su quehacer.

En síntesis, cada persona es responsable de trazar y rediseñar de la mano con sus potencialidades y habilidades su singular proyecto de vida, pero considerando el pleno uso de sus facultades, como la edad, de lo contrario, se corre el riesgo de caer en errores irremediables.

4.2. TEORIZACIÓN DE LAS UNIDADES TEMÁTICAS

4.2.1. La segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al deber de gobernar en el hogar

PRIMERO. – En este apartado, evidenciaremos el fenómeno central que sobresa de la antinomia producida entre el artículo 244 y 290 del Código Civil; en realidad, se trata de un problema que

desincentiva la práctica del deber de gobernar el hogar en igualdad (equidad entre papás y mamás), quienes con frecuencia son las máximas autoridades dentro de una familia, pues, a su cargo está el hecho de establecer las reglas y normas que deberán cumplir sus integrantes para satisfacer sus interés comunes e individuales.

Tal como hemos revisado y definido, la segunda oración del primer párrafo el artículo 244 establece que, prevalecerá en caso de discrepancia entre los padres la opinión de aquel que aprueba el matrimonio del hijo menor de edad por encima del otro, que mantiene una postura de negatividad respecto a la misma cuestión.

En este orden de ideas, será importante examinar si resulta racional que el código sustantivo se acoja a la doctrina en donde prevalece la posición positiva por el encima de la negativa, es decir, el asentimiento; entonces, la discusión no se va a centrar en determinar de cuál de los progenitores debe primar su posición, si la del padre o el de la madre sino, si debe prevalecer la posición positiva o negativa.

Felizmente, en este articulado no identificamos de forma directa alguna evidencia discriminatoria basada en el sexo, por ejemplo; **no obstante, es posible que el padre que mantenga la posición negativa si sea discriminado**, independientemente de si es varón o mujer, **toda vez que su negatividad igualmente se convalidará como el asentimiento, aunque esa no sea su verdadera voluntad**, gracias a lo establecido por el propio ordenamiento (art. 244 del CC).

Al respecto, la doctrina jurídica ha dividido la cuestión que estamos planteando en dos posturas, ambas bajo la premisa de la discrepancia existente entre los padres al momento de emitir su autorización para el matrimonio del hijo menor de edad; la primera, se basa en la prevalencia de la posición negativa por encima de la positiva (no asentimiento), en cambio, la otra menciona que deberá prevalecer la posición positiva por encima de la negatividad del otro padre (asentimiento).

De ahí que, estamos de acuerdo con la primera postura, misma que fundamenta la primacía de la postura negativa por encima de la positiva cuando exista discrepancia entre los padres (el no asentimiento), debido a la complejidad y especialidad evidente que implica contraer matrimonio, más aún cuando se trata de un menor de edad (recordemos que la edad mínima para contraer matrimonio en el Perú es de dieciséis años).

Por lo tanto, ha quedado evidenciado que, aunque no existe una discriminación directa entre el varón y la mujer, **si existe para el progenitor que no está de acuerdo con asentir el matrimonio de su menor hijo**, toda vez que su negatividad igualmente será convalidado como el asentimiento, dejando de lado las razones de su posición negativa, es decir, desautorizándolo o negándole el ejercicio de su deber de gobernar el hogar.

SEGUNDO. - A simple vista, podemos identificar, de la lectura del texto legal del artículo 244, que **la voluntad del legislador es**

promover el matrimonio como una forma idónea de edificar una familia; sin embargo, en ese intento se termina generando desigualdad o discriminación hacia el padre que no está de acuerdo con que su hijo menor contraiga matrimonio.

Aun cuando pareciera racional preferir la promoción del matrimonio, parece que se le está dando poca importancia a la aptitud de los posibles integrantes de un matrimonio (varón y mujer), quienes no solo tienen que cumplir con ciertos requisitos y elementos formales y materiales establecidos por ley; sino que deben identificar elementos subjetivos necesarios para contraer el matrimonio, por ejemplo, estar seguros de sus sentimientos y del compromiso que irán a adquirir para el resto de su vida.

Ahora bien, es necesario determinar, estando en el plano de la madurez emocional y/o psicológica, más allá de la física, a qué edad posiblemente se tenga un ciudadano maduro o **apto para imputársele el cumplimiento de derechos y deberes**; al respecto, el sistema jurídico peruano ha elegido la edad de **dieciocho años** como la **edad estándar** a partir del cual un ser humano ya puede tener capacidad de ejercicio, esto es, puede ejercitar o exigir todas las facultades legales de forma independiente (art. 30 de la Constitución y art. 42 del Código Civil).

No obstante, a pesar de que los dieciocho años sea una edad posiblemente idónea para que un ser humano se convierta en ciudadano y ejerza con sensatez el cumulo de derechos y deberes, no significa que realmente esté preparado para casarse y asumir las responsabilidades de

la carga familiar, toda vez que, se presume la ausencia de una profesión u oficio que le pueda brindar soporte económico.

Además, la madurez emocional es un aspecto del ser humano que ha sido descuidado, incluso, dejado de lado por mucho tiempo, tal vez a causa de la subjetividad que representa, lo cual no significa que no exista o no sea importante; al respecto la siguiente cita del doctor Diego Gracia citado por Esquerda, Paradero, & Fernández (2013), nos ampliará el conocimiento sobre el tema en cuestión: **“La madurez de una persona, sea esta mayor o menor, debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones, no por el contenido de los valores que asume (...)”** (s/p) [el resaltado es nuestro]

En relación a ello, recordemos que no todos los niños desarrollan sus capacidades formales para juzgar al mismo tiempo y aun cuando si las tengan, tal vez no cuentan con el respaldo económico necesario para sustentar los gastos que la nueva familia involucrará, esto en virtud de lo establecido por el artículo 42 “Capacidad de ejercicio plena”, establece: **“Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años** que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad”.

En este orden de ideas, la permisón del artículo 244 vulnera el deber de gobernar el hogar, pues los padres no pueden administrar la misma faltando a su percepción de lo bueno y lo malo para sus hijos, por el contrario, ellos deben hacer lo posible por mantener control sobre el

bienestar de los integrantes de su familia, tal como recomienda el autor Guillen (2014):

Un administrador [los padres] **tiene el ojo puesto en todo lo que ocurre en la casa, pero no hace todas las cosas él mismo**. En lugar de eso, mantiene la visión general y conserva todo bajo control. **Sabe lo que ocurre, como está llevándose a cabo y solo cuando resulta necesario interviene para cambiar, modificar o ayudar en alguna manera (s/p)**. [El resaltado es nuestro]

La cita anterior, está referida a la responsabilidad que tienen los padres al momento de ejercer la autoridad y/o gobierno sobre sus hijos y demás integrantes de su familia, pues de ellos dependerá la disciplina, las enseñanzas y los valores que serán transmitidos, de lo contrario, si no es capaz de tener una relación agradable y armoniosa con los integrantes de su familia no está apto para dirigirla.

Por lo tanto, la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al deber de gobernar al hogar toda vez que, al preferir

la posición positiva por encima de la negativa, cuando existe discrepancia entre los padres sobre el asentimiento para el matrimonio del hijo menor de edad, se está subestimando el deber de gobernar el hogar de uno de ellos (del padre que se niega a dar el asentimiento) mismo que debe ser ejercido conforme al conjunto de deberes y derechos otorgados por la patria potestad (art. 423 del Código Civil y 74 del

Código de los Niños y Adolescentes) y demás normas concernientes a la participación de ambos cónyuges en igualdad (art. 315 “Disposición de bienes sociales”); en consecuencia, es obligación de los padres tomar una decisión conjunta respecto al sentimiento, mas no como el artículo en cuestión dispone, pues si los padres no están dispuestos a cuidar, disciplinar y enseñar a sus hijos conforme a su percepción de lo bueno y lo malo no están aptos para cuidar de una familia.

4.2.2. La segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al derecho de gobernar en el hogar

PRIMERO. –Tal como hemos revisado en los resultados, el derecho de gobernar el hogar consiste básicamente en aquella prerrogativa y/o conjunto de privilegios que le faculta la ley a los padres o a quienes hagan sus veces para guiar el destino de la familia, así como para organizarse y satisfacer los intereses colectivos, tanto como los individuales del grupo familiar.

En este orden de ideas, ahora verificaremos si la norma en cuestión desincentiva el derecho de gobernar el hogar en verdad; ciertamente, no estamos cuestionando el derecho del menor a crear una familia o el derecho a la privacidad de sus decisiones como asuntos derivados de la aplicación del artículo 244, sino la prevalencia de la postura positiva por encima del que no asiente, desincentivando la capacidad de consenso al que pueden llegar ambos padres.

Sin embargo, no faltará quien diga que, al preferir el no asentimiento cuando exista discrepancia entre los padres, en verdad se

está privando al menor a crear una familia, más bien el sí está de acuerdo con el vínculo legal, de no ser así simplemente le quedará mantener una relación de hecho que podría resultar aún más perjudicial para la sociedad; tal como lo evidencia el fundamento B de una sentencia colombiana No. C-344/93, al resaltar lo siguiente:

(...) la norma crea una desigualdad entre aquellos menores de edad que deciden unirse a través de un vínculo legal y los que deciden simplemente mantener una relación de hecho. Toda vez, que los primeros al contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, pueden ser objeto de las sanciones que establecen los artículos demandados, mientras los segundos no (1993, s/p). [El resaltado es nuestro]

La cita anterior, expresa la realidad vivida de las personas día a día, pues están constantemente buscando la opción más fácil, si es necesario evitando someterse a procesos burocráticos o comprometedores, como el matrimonio; en contraste, el que la realidad se muestre de tal forma no significa que este yendo por buen camino, por el contrario, implica mayor reflexión y compromiso de trabajo por parte de las autoridades y de la misma ciudadanía, sobre todo de los padres de familia, quienes tiene el gran deber y el derecho de guiar a sus hijos para ser útiles en la sociedad; por esta razón, no es posible que los menores empiecen a tener una vida sexual activa a temprana edad, menos aún se sometan a procesos de convivencia porque posiblemente no tengan la aptitud física, ni psíquica relacionada con la madurez para empezar a

hacerse cargo de un matrimonio, todavía más, si es que no tienen el apoyo o la aprobación de sus padres para que los apoyen durante este proceso.

En conclusión, consideramos que, de por sí el matrimonio entre menores de edad ya tiene sus propios riesgos, sumado a esto la desaprobación de uno de los padres, quien puede ser un gran aliado para confiar en el destino de la nueva familia es más preocupante todavía; por esta razón, consideramos que la salida que brinda el artículo 244 respecto a la discrepancia de los padres no es la más idónea, porque no colabora con el bienestar de la nueva familia y tampoco con el de los padres, es decir, se prefiere integrar un vínculo matrimonial encima de la inestabilidad que, de entrada será perjudicial para cualquiera de las partes, en vez de promover la capacidad de consenso entre los padres .

SEGUNDO. - Luego, evidenciaremos la desigualdad aguardada por el código sustantivo en relación con el asentimiento de los padres, puesto que, para ciertos actos jurídicos si exige de forma estricta su autorización y/o participación, mientras que, para otros actos con relevancia jurídica, quizá más compleja como el matrimonio hace una excepción, tal como podemos evidenciar en el artículo 244.

La discusión plantada en el párrafo anterior guarda una estrecha relación con el bienestar de la familia, pues los principios y valores básicos que todo ser humano debe aprender desde muy pequeño, tales como: el respeto, la confianza, el amor, la responsabilidad, la honestidad, la igualdad, la justicia, entre otros, sin duda alguna son trasmitidos por

los padres dentro del hogar; por este motivo, el autor Olavarrieta, citado por Calderón, *et al.*, (1995), explica con mucha sensatez:

La familia es el canal primario para la transmisión de valores y tradiciones (...) hasta que alcanza la madurez biológica y social y el individuo se encuentra preparado para formar el mismo su propia familia y comenzar el ciclo que nutre la vida social (p. 2) [El resaltado es nuestro].

Ahora bien, debemos recordar que el grupo familiar representa un conjunto de derechos subjetivos familiares, los cuales pueden ser patrimoniales y extra patrimoniales, los primeros pueden ser valorados económicamente, en cambio, los extrapatrimoniales no son valorables en dinero; en síntesis, los derechos subjetivos familiares tienden a proteger y satisfacer los intereses legítimos definidos por las relaciones jurídicas familiares.

De ahí, es necesario la representación, entendida como aquella figura que les faculta a los padres a actuar en favor de sus hijos en determinados actos jurídicos, con el propósito de suplir básicamente la carencia de aptitud para ejercer y cumplir cierto derecho o deber, tal como lo explica el autor Mazzinghi citado por Calderón, *et al.*, (1995):

[En relación a la legalidad] **la representación** tiene carácter legal, pero **por debajo de ese carácter hay una realidad natural**, que el derecho asume, **y es que el padre y la madre**, por la relación que tienen con su hijo menor de edad, **están facultados para**

actuar en su nombre y representación, porque sólo así se puede amparar sus intereses (p. 610). [El resaltado es nuestro]

Hasta aquí, podemos notar la intención intrínseca y constante del ordenamiento jurídico, mismo que se alinea a los principios fundamentales de la Constitución, tal como el principio de igualdad entre un varón y una mujer; no obstante, en seguida revelaremos algunas disparidades de este cuerpo de leyes, precisamente, con relación a la representación y autorización de los padres en determinados actos de sus hijos menores de edad.

El artículo **456** del cuerpo de leyes en cuestión establece que, **para contraer obligaciones el menor de dieciocho años, pero mayor de dieciséis necesita la autorización expresa o tácita de los padres**, quienes tengan el ejercicio de la patria potestad; luego, en el siguiente párrafo prescribe con rigurosidad: **“Cuando el acto no es autorizado ni ratificado [por sus padres], el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero”**.

Por otro lado, el artículo 457 del mismo cuerpo de leyes establece que: “El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. (...) La autorización puede ser revocada por razones justificadas”; en el presente artículo observamos la promoción de la participación y consenso de los padres para tomar una decisión de tal magnitud.

De forma similar, cuando los padres estén ejerciendo la administración de los bienes de su hijo menor de edad, estos requieren de la autorización del menor para ejecutar actos importantes derivados de esa facultad (art. 459); ahora bien, la segunda oración del mismo párrafo establece: “El asentimiento del menor no libera a los padres de responsabilidad”; en este otro artículo también se observa la participación armoniosa y consensuada tanto de los padres como de los hijos.

Pretensión parecida contiene el texto legal del artículo 315.- “Disposición de bienes sociales”: **“Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. (...)”** [El resaltado es nuestro]; el presente artículo también evidencia la importancia de tomar decisiones de forma consensuada entre los cónyuges.

Antes bien, el Código Civil prevé la nulidad, como aquella sanción estricta, que castiga aquel acto jurídico celebrado sin las formalidades legales, cuando se trata de pupilos y tutores; mientras que, cuando se trata de hijos menores y padres prevé la anulabilidad del acto, tal como lo establecen los artículos 537 y 227 del CC.

Por lo tanto, consideramos que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al derecho de gobernar en el hogar, porque no imparte la aplicación de derechos en igualdad entre los padres y sus hijos, sino, en algunos artículos exige la autorización expresa o

tácita de ambos padres para la realización de actos importantes (art. 456) mientras que, en otros hace excepciones sin tener justificaciones expresas (art. 244), minimizando de este modo el derecho y la capacidad de consenso al que pueden llegar ambos padres con sus hijos; por ende, si es que no hay consenso mutuo entre los padres, no hay consentimiento, siendo sumamente necesario promover en todos los rangos y niveles jurídicos el ejercicio de la autoridad parental en igualdad, incentivando en los hijos la importancia de tener una familia capaz de tomar decisiones en consenso.

4.2.3. La antinomia producida entre la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 y el artículo 290 incentiva la desunión dentro del desenvolvimiento del hogar

PRIMERO. – Tal como hemos revisado en los resultados, la salida que prevé el artículo 244 respecto a la discrepancia de los padres al momento de brindar el asentimiento expreso para la celebración del matrimonio de su menor hijo produce una antinomia con el artículo 290 del mismo cuerpo de leyes, lo que a su vez impide coadyuvar con el buen desenvolvimiento del hogar; por esta razón, debemos evidenciar cuál de los artículos deberá primar utilizando los tres criterios: temporalidad, especialidad y jerarquía.

La antinomia, básicamente trata sobre la inconsistencia entre dos normas que prevén consecuencias jurídicas incompatibles, aun cuando tienen condiciones fácticas iguales o parecidas, como es el caso de incompatibilidad entre el artículo 244 y 290 del Código Civil; al respecto,

el autor Bobbio citado por Bracamonte (2015), explica: “(...) aquella situación en la que se encuentran dos normas, **cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento, (...)**” (pp. 14 – 15).

Entonces, a la luz de los tres criterios establecidos por la doctrina para eliminar dicha controversia tenemos, en primer lugar, el principio de jerarquía, mismo que nos ayudará a determinar si existe superioridad o no entre ambas normas jurídicas, al respecto, debemos mencionar que las dos descansan en un mismo cuerpo de leyes, el Código Civil aprobada mediante Decreto Legislativo N° 295.

En segundo lugar, está el principio de cronología o temporalidad, el cual consiste principalmente en definir el tiempo en el cual han sido promulgados y publicados; esto nos permitirá visualizar cuál de las normas deberá primar y cual deberá ser eliminada; entonces, después de una exhausta revisión se ha observado que ambos articulados el 244 y 290 han sido incluidos por primera vez dentro del código de 1984, desfasando aquellas normas discriminatorias en el anterior código de 1936.

Finalmente, el principio de especialidad está basado en priorizar a las normas singulares que sean aplicables a grupos sociales diferenciados, de este modo, el artículo 290 es la norma más específica ya que establece la igualdad entre cónyuges para el gobierno del hogar; mientras que, el texto del artículo 244, aunque es específica para el caso

del matrimonio entre menores de edad no resulta aplicable para casos diferentes que tiene presupuestos jurídicos similares.

Por lo tanto, ha quedado demostrado la superioridad del artículo 290 en relación con el artículo 244 primer párrafo, porque este último contraviene la aplicación del principio de igualdad, además no protege el bienestar, ni la seguridad de los integrantes de la familia; por el contrario, la existencia de dos normas que contienen presupuestos jurídicos similares y consecuencias jurídicas adversas no coadyuva con la seguridad jurídica.

SEGUNDO. - Continuando con nuestro análisis de la tercera teorización, sobre la desincentivación producida por el artículo 244, en seguida revisaremos la vulneración de ciertos derechos fundamentales necesarios para el desarrollo integral de todo ser humano, debido a que, la aplicación del articulado precitado les priva vivir la niñez y la adolescencia, además limita su libertad personal y le niega el desarrollo de una identidad propia.

En principio, un punto clave que inspira preocupación sobre el no asentimiento de uno de los padres para el matrimonio de su hijo menor de edad, es la limitación del menor a vivir plenamente su **etapa de niñez y adolescencia**; antes bien, la adolescencia entendida como:

constructo cultural (...) definida como un período biopsicosocial entre los 10 y 20 años, aproximadamente. **Es una etapa en la que tienen lugar importantes modificaciones corporales, así como de adaptación a nuevas estructuras psicológicas y ambientales**

que conducen de la infancia a la adultez (Silva, s/a, p. 12). [El resaltado es nuestro]

Precisamente, porque se encuentran en un proceso de cambios tendientes a solidificar su personalidad es que consideramos necesaria la plena vivencia de estas etapas, por supuesto con el apoyo de sus padres y demás familiares; todo ello con la finalidad de estar preparados para adoptar decisiones y afrontar los desafíos que estos implicaran.

Por otro lado, **la libertad personal** es otro derecho que se quebranta en el menor con la aplicación del artículo 244, de entrada, el matrimonio entre menores de edad ya corre el riesgo de ser inestable, sumado a la desaprobación que, en el futuro se reflejara como la de apoyo de aquel padre que se niega a dar el asentimiento, irán incrementando la inestabilidad del nuevo matrimonio, aunque esto tiene sus excepciones.

En relación con ello, el artículo 11° del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe: “El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia (...). **Se respetará el derecho de los padres, o de sus responsables, de guiar al niño y al adolescente en el ejercicio de este derecho de acuerdo a su edad y madurez**”; esto equivale a decir, los menores tienen derecho a crecer y desarrollarse libremente en todos los ámbitos de su vida, pero deberán estar supervisados por sus padres para no caer en errores irremediables.

Entonces, cuando decimos que se vulnera el derecho a la libertad personal, en realidad se está vulnerando el derecho de todo menor a organizar su vida individual y social progresiva, porque el matrimonio a

temprana edad le quitara la oportunidad de organizarse conforme a sus opciones y convicciones.

En seguida, evidenciaremos como es que el artículo 244 vulnera y priva al menor a su **derecho a la identidad**, este derecho es entendido por la doctrina jurídica como aquella prerrogativa que le permite a todo ser humano ser quien desea ser, libre y voluntariamente.

Pero, cuando nos referimos a la identidad, la doctrina ha dividido dos tipos de identidad, la estática y la dinámica, la primera es concebida como aquella identificación física o registral de una persona a partir de la base biológica, por ejemplo, el sexo, sus padres, etc.; mientras que, la dinámica deriva de la proyección personal que realiza cada persona, tal como: la religión, los valores, entre otros; en palabras de Fernández citado por Delgado (2016), este tipo de identidad trataría sobre:

La identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la **“verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la “proyección social” de la persona.** “...La identidad personal...que se proyecta socialmente...es **dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia...** tiene una connotación... (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida...” (p. 15). [El resaltado es nuestro]

En términos aún más simples, el derecho a la identidad dinámica consiste en la facultad de cada persona para escoger su ser y quehacer

constantemente, siempre acorde con su proyecto de vida, mas no obedeciendo intereses que no son los suyos.

En síntesis, el menor de edad presto a casarse a pesar de tener dieciséis años (bajo la presunción de que ya se le puede imputar ciertos derechos y deberes) puede que no esté siendo consciente de su decisión, ya que esta puede ser instintiva o irracional, pues la madurez al ser subjetiva no garantiza que el menor de edad vaya a tomar con la misma responsabilidad un acto como el matrimonio, por tal motivo es indispensable la participación activa y acordada entre los padres, mas no contraria y disgustada, de ser así se estaría poniendo en peligro el cuerpo y la salud de los menores, porque la función protectora de los padres es débil.

TERCERO. – Continuando con el desarrollo de la teorización de los resultados número tres, en este apartado debemos evidenciar la vulneración del artículo 244 hacia valores y principios promovidos por el ordenamiento sustantivo, tales como: la protección; la responsabilidad compartida entre padres y madres hacia sus hijos; la igualdad de derechos y responsabilidades; el interés superior del niño y el adolescente; la solidaridad afectiva y material entre los integrantes del grupo familiar.

Todos los valores mencionados en el párrafo anterior se encuentran previstos en artículos como: 3°, 4°, 42°, 290°, 818° del Código Civil; 15°, 23 y III del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y 2°, 6°, 26°, 74° de la Constitución, entre otros; en virtud de estas normas, el Estado promueve y exige la protección que

deben brindar los padres a sus hijos, fundamentalmente en instaurar un vínculo basado en valores en donde prime la responsabilidad y el respeto de los derechos y deberes de cada integrante de la familia, coadyuvando con prácticas como el dialogo y evitando la desunión.

En este orden de ideas, los autores Díez-Picazo & Gullón citados por Pérez (2015), señala con mucha certeza no solo la importancia de la igualdad, sino menciona que aquellas normas incongruentes con este principio deben ser declaradas inconstitucionales:

el principio de igualdad de derechos del hombre y la mujer **en las relaciones familiares es un precepto constitucional, lo que significa que cualquier organización jurídica del matrimonio debe respetar este principio** y que son inconstitucionales las leyes que establezcan leyes o preceptos que violen tal igualdad (p. 42). [El resaltado es nuestro]

De ahí, el Estado peruano brinda protección especial a la familia **promoviendo el funcionamiento del propio sistema familiar** debido a la función social y humana que representa para la sociedad; sin embargo, hoy en día esta institución atraviesa diversas crisis y problemas de índole social, económico, laboral, afectivas y hasta psicológicas, mismos que crecen aún más por la imposibilidad de hacerse cargo de compromisos y deberes familiares, como es el caso de los padres que deben brindar su consentimiento para el matrimonio de su menor hijo, en muchos casos, sin saber si será la salida más idónea para el menor de edad.

Por tal motivo, los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental deben procurar las decisiones que mejor convengan para efectos del desarrollo integral del menor de edad, pero esta toma de decisiones no debe partir del desacuerdo, la disconformidad o el disgusto; todo lo contrario, cualquier decisión que guarde relación con el menor debe partir en el dialogo y el acuerdo mutuo de los padres, tal como lo explica la autora Pérez (2015):

[los padres] **ambos tienen la obligación de contribuir** al sostenimiento de la familia, a las tareas del hogar y **a la formación y educación de los hijos e hijas. Esto es una obligación que no solamente corresponde al padre o a la madre, sino a los dos, es parte de la responsabilidad paterna y materna**, ya que los hijos e hijas no deben verse afectados en sus relaciones con sus progenitores (...) por una situación de desintegración familiar (pp. 42-43). [El resaltado es nuestro]

Por lo tanto, la antinomia producida entre la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 y el artículo 290 incentiva la desunión dentro del desenvolvimiento del hogar, pues la desunión y/o desintegración de los padres al momento de tomar una decisión que guarda relación con el bienestar y/o derechos-deberes del hijo menor de edad (asentimiento dialogado) no favorece en nada al bienestar y desarrollo integral de este, puesto que necesita del cuidado y la atención de ambos; en consecuencia, esta práctica carente de dialogo será luego llevada a la práctica por cada uno de sus integrantes a la sociedad,

disminuyendo las posibilidades de mejorar las condiciones de la propia familia.

DISCUSION DE LOS RESULTADOS

El trabajo de investigación ha demostrado que, la antinomia producida entre la segunda oración del primer párrafo el artículo 244 y el artículo 290 del Código Civil desincentiva en los cónyuges el deber y el derecho de gobernar el hogar de forma igualitaria o equitativa procurando la satisfacción de los fines e intereses legítimos, comunes e individuales de sus integrantes y, a su vez, el buen desenvolvimiento de la familia.

De este modo, debemos evidenciar la desincentivación del artículo 244 al deber de gobernar el hogar en igualdad, pues, el articulado en mención al establecer que, prevalecerá, en caso de discrepancia entre los padres, la opinión de aquel que aprueba el matrimonio del hijo menor de edad por encima del otro que mantiene una postura negativa respecto a la misma cuestión, en verdad está discriminando o desatendiendo las razones e implicancias que podría devenir a partir de la celebración del matrimonio prematuro; recordemos que el fundamento básico para desacreditar la prevalencia del asentimiento de un progenitor por encima del no asentimiento del otro, es la protección de la familia y la protección del menor contra sus impulsos.

Además, aun cuando pareciera que el texto legal del primer párrafo del artículo 244 evidencia la finalidad de promover el matrimonio, en realidad puede no estar haciéndolo, ya que, la excepción establecida respecto a la capacidad plena de ejercicio (art. 42 del CC) desnaturaliza la edad estándar de los dieciocho años, misma que fue convenida por la ciencia y, por ende, por muchos ordenamientos jurídicos para catalogar a un ser humano como apto para ejercer el conjunto de derechos y deberes designados por ley.

Tal como podemos observar, el matrimonio entre menores de edad de por sí ya conlleva cierto riesgo ahora, unido a la desaprobación de uno de los padres implicará mayor preocupación, porque el soporte emocional y hasta económico posiblemente brindado por él o ella (padre que no asiente) no estará presente o no será como se esperaba, lo cual implica que el nuevo matrimonio corra riesgos múltiples que lo conduzcan al rompimiento en un futuro.

Por lo tanto, ha quedado evidenciado que el fenómeno disipado entre la discrepancia de los padres respecto al consentimiento del matrimonio del menor de edad no coadyuva con el deber de gobernar el hogar, por el contrario, impulsa la desunión y rebeldía de las partes, perjudicando así el bienestar familiar; por esta razón, consideramos que el legislador peruano tiene el deber de realizar aún análisis más profundo y consciente respecto a las consecuencias de la aplicación del artículo en cuestión.

Prosiguiendo con la discusión de los resultados, en los siguientes tres párrafos evidenciaremos la vulneración del derecho a gobernar el hogar en igualdad por parte del artículo 244, primer párrafo; en principio, el mostrarnos en contra de la superioridad del asentimiento por encima del no asentimiento generado en medio de la discrepancia de los padres implicaría para muchos la inclinación a las relaciones de hecho o denominado también convivencia, tal como lo increpa el fundamento B de la sentencia colombiana No. C-344/93, al resaltar lo siguiente:

(...) **la norma crea una desigualdad** entre aquellos menores de edad que deciden unirse a través de un **vínculo legal** y los que deciden simplemente mantener una **relación de hecho**. Toda vez, **que los primeros al contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, pueden ser objeto de**

las sanciones que establecen los artículos demandados, mientras los segundos no (1993, s/p). [El resaltado es nuestro]

Ciertamente, la discusión sobre la discrepancia de los padres al momento de emitir su asentimiento para el matrimonio de su menor hijo nos lleva a identificar las verdaderas causas y reflexionar al respecto (falta de comunicación entre padres e hijos, ausencia de educación sexual en los centros educativos, falta de promoción de la paternidad responsable), porque solo así podremos atacar el problema en sí; sin embargo, aun con la superación de estos factores todavía podemos vernos envueltos en la discrepancia de los padres respecto al asentimiento, por esa razón consideramos que será importante atender las razones y/o justificaciones de aquel padre no está de acuerdo con la celebración del matrimonio del menor de edad.

Así mismo, se ha identificado que, el ordenamiento sustantivo imparte prácticas desigualitarias en relación con el asentimiento de los padres hacia sus hijos y viceversa en determinados actos, pues existen ciertos actos jurídicos en donde se exige de forma estricta la autorización y/o participación de los padres, en cambio, en otros no se exige con tanta rigurosidad, aun cuando se trata de un acto sumamente complejo como el matrimonio; de ahí, cobra relevancia la representación, entendida como la facultad de los padres para actuar en favor de sus hijos cuando así lo requieran y la ley lo conceda, con el propósito de suplir básicamente la carencia de aptitud para ejercer y cumplir cierto derecho o deber, tal como lo explica el autor Mazzinghi citado por Calderón, *et al.*, (1995):

[En relación a la legalidad] **la representación** tiene carácter legal, pero **por debajo de ese carácter hay una realidad natural**, que el derecho asume, **y es que el padre y la madre**, por la relación que tienen con su hijo menor

de edad, **están facultados para actuar en su nombre y representación, porque sólo así se puede amparar sus intereses** (p. 610). [El resaltado es nuestro]

Por lo tanto, ha quedado demostrado que, la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 desincentiva al derecho de gobernar en el hogar, porque no imparte la aplicación de derechos en igualdad entre los padres y sus hijos, sino, en algunos artículos exige la autorización expresa o tácita de ambos padres (art. 456), mientras que en otros hace excepciones sin tener justificaciones racionales que colaboren con el desarrollo integral del menor (art. 244), pues ellos tienen que aprender a tomar decisiones y afrontar las consecuencias conforme a su edad.

En referencia a la discusión de la tercera teorización podemos decir que, si bien se ha producido la antinomia entre los artículos 244 y 290, es necesario eliminar la contradicción existente entre ambas, para ello, la doctrina a previsto tres criterios (temporalidad, jerarquía y especialidad) tendientes a eliminar dicha controversia; en primer lugar el principio de jerarquía, contribuye con la determinación de la superioridad de cualquiera de las normas a partir del rango legal que representan, por lo que, al pertenecer ambas a un mismo cuerpo de leyes, Código Civil, ninguna puede primar. El principio de temporalidad, busca definir el tiempo en el cual han sido promulgados y a partir de ello preferir la norma reciente; entonces, después de una exhausta revisión se ha observado que ambos articulados el 244 y 290 han sido incluidos por primera vez dentro del código de 1984, por ende, ninguno prima por encima del otro. Ahora veamos el criterio de especialidad, mismo que prioriza a la norma singular que sean aplicable a cualquier grupo social diferenciado así, el artículo 290 es la norma más específica debido a que establece

la igualdad entre cónyuges para el gobierno del hogar; en cambio, el artículo 244, aunque es específica para el caso del matrimonio entre menores de edad no resulta aplicable para casos diferentes que tienen presupuestos jurídicos similares.

Así, ha quedado demostrado la superioridad del artículo 290 en relación con el artículo 244 primer párrafo, porque este último contraviene la aplicación del principio de igualdad, además no protege el bienestar, ni la seguridad de los integrantes de la familia; por el contrario, la existencia de dos normas que contienen presupuestos jurídicos similares y consecuencias jurídicas adversas no coadyuva con la seguridad jurídica.

Por otro lado, **los resultados de nuestra investigación encuentra respaldo** con diversos autores, tales como Mansilla (2018), titulada: “Efectividad en la protección de niños, niñas y adolescentes en el ámbito institucional chileno”, cuyo propósito fue identificar si el Estado chileno protege los derechos de la infancia y adolescencia, así como también ver si cumple con los derechos establecidos de la Convención sobre derechos del niño en su ámbito institucional; sin embargo, en la presente tesis no se hace referencia a la importancia del rol fundamental de los padres, quienes deben practicar la toma de decisiones en favor de sus hijos basada en el dialogo o, de ser el caso, respetando y tolerando las opiniones del otro para así llegar a un acuerdo conveniente para el desarrollo integral del menor.

Luego, tenemos a la tesis titulada: “Igualdad de derechos, deberes y obligaciones de los padres en la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en la legislación ecuatoriana”, el autor por López (2018), cuyo fin fue determinar la falta de preocupación de parte de alguno de los progenitores (el que no tiene la tenencia) en relación al cuidado del hijo menor de edad sumado a la falta

de aplicación de políticas que resguarden el bienestar de la población infantil; esta investigación se relaciona con nuestra tesis en tanto se empeña en promover el cuidado del menor hijo por parte de sus padres separados, no obstante, no se enfoca en evidenciar la importancia que implica el ejercicio consensuado o dialogado de estos, solamente se centra en resaltar la participación de ambos de manera independiente.

Por último, coincidimos con investigaciones peruanas, tal como: “Relación entre los estilos de socialización parental y actitudes hacia el machismo en adolescentes de una comunidad de Madre de Dios, por el autor Izquierdo (2019), cuya finalidad radicó en examinar la influencia de los estilos de relación de los padres y el entendimiento del machismo, como fenómeno cultural, en los adolescentes de la comunidad de Madre de Dios; en contraste, aunque esta investigación tiene puntos de encuentro con nuestra tesis, esta última discrepa la falta de significación que el tesista brinda a la relación de los padres, desde un punto de vista más íntimo o reservado, allí donde se debaten los acuerdos y se toman decisiones trascendentales para el funcionamiento del sistema familiar.

Los **resultados obtenidos sirven**, en principio, para promocionar desde el ámbito jurídico el cumplimiento respetuoso y responsable de los derechos y deberes de los padres en favor de sus hijos; luego, sirven para que los jueces puedan resolver con objetividad casos relacionados con el asentimiento discrepado de los padres al momento de consentir el matrimonio de su hijo menor de edad.

Finalmente, exhortamos que investigadores interesados en esta materia pudieran estudiar si resulta racional que, el padre destituido del ejercicio de la patria potestad no puede dar su asentimiento (art. 244 inciso 2 del CC).

PROPUESTA DE MEJORA

Como consecuencia de lo mencionado, es necesaria la derogación de la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 del Código Civil para que, a partir de su derogación rece:

Artículo 244°.- Requisitos para matrimonio entre menores de edad

Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al **no** asentimiento.

CONCLUSIONES

- Se identificó, que el deber de gobernar al hogar estaría siendo disuadido por la antinomia producida entre la segunda oración de primer párrafo del artículo 244 y el artículo 290, básicamente, porque el texto legal del primer artículo contraviene al segundo, mientras el primero difunde la preferencia y superioridad del padre que, si otorga el asentimiento para el matrimonio de su hijo menor de edad por encima del no asentimiento del otro padre (su negatividad finalmente se convalida por ley en el asentimiento), el segundo promueve la igualdad en el hogar entre los cónyuges; en consecuencia, al impulsar la desunión y rebeldía entre las partes se vulnera el deber de protección al hijo menor de edad contra sus impulsos y la protección de la familia.
- Se determinó, que el derecho de gobernar al hogar estaría siendo disuadido por la antinomia producida entre la segunda oración de primer párrafo del artículo 244 y el artículo 290, pues, la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 no imparte la aplicación de derechos en igualdad entre los padres y sus hijos sino, en algunos artículos exige la autorización expresa o tácita de ambos padres (art. 456), mientras que en otros hace excepciones sin tener justificaciones racionales que colaboren con el desarrollo integral del menor (art. 244), pues ellos tienen que aprender a tomar decisiones y afrontar las consecuencias conforme a su edad.
- Se analizó, que la cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar estaría siendo disuadida básicamente por la segunda oración de primer párrafo del artículo 244, porque este último contraviene la aplicación del

principio de igualdad, además no protege el bienestar, ni la seguridad de los integrantes de la familia; por el contrario, la existencia de dos normas que contienen presupuestos jurídicos similares y consecuencias jurídicas adversas no coadyuva con la seguridad jurídica; en consecuencia, debe primar el artículo 290.

- Se determinó, que la segunda oración de primer párrafo del artículo 244 influye de manera negativa en el artículo 290 “Igualdad en el hogar”, porque el primero no protege el interés superior del menor, por el contrario, en su intento de promover el matrimonio en realidad está provocando la desunión y la rebeldía entre las partes (padres e hijos) generando un clima de malestar entre los integrantes de la familia.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda **publicar** los resultados de esta investigación en los foros académicos, ya sea por medio de artículos de investigación, disertaciones, clases universitarias y otros.
- Se recomienda también, **la derogación** a la brevedad **del artículo 244** del Código Civil para coadyuvar con los verdaderos fines de la igualdad parental y bienestar del menor de edad, tanto como el de la familia.
- Se recomienda **tener cuidado en no mal interpretar** los resultados con el estudio de la racionalidad de si el padre destituido del ejercicio de la patria potestad no puede dar su asentimiento (art. 244 inciso 2 del CC).
- Se recomienda **derogar el artículo 244**, para que en su cambio cobre relevancia el no asentimiento, cuando exista discrepancia entre los padres.
- Se **recomienda a los legisladores** que, al momento de promulgar dispositivos normativos, **consideren la viabilidad de derogar el enunciado legal mencionado**, porque es indispensable proteger con especial énfasis los derechos del hijo menor de edad.
- Se recomienda que **los estudiantes de derecho de las universidades profundicen el análisis sobre el asentimiento** del padre destituido del ejercicio de la patria potestad (art. 244 inciso 2 del CC).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Apaza, V. (2018). “*Constitución de matrimonios inestables en el marco del principio constitucional de promoción del matrimonio*” (Tesis de pregrado, Universidad Nacional del Altiplano)
<http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/10060>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Aranzamendi, L. (2009). Guía metodológica de investigación jurídica del proyecto a la tesis. Perú: Editorial Adrus.
- Aranzamendi, L (2009). Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho. Perú: Editorial Adrus.
- Atencio, C. (2018). “Conocimiento del derecho civil y el ejercicio del principio de protección familiar en columna Pasco - distrito de Yanacancha, 2018” (Tesis de Pre-Grado, Universidad Nacional “Daniel Alcides Carrión”, Paco, Perú)
 Recuperado de:
<http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/672/1/Tesis%20Atencio.pdf>
- Bastos, M., Calixto, I., Canales, C., Cuno H., Indacochea, Ú., León, J., Lostaunau, A., Málaga, M., Neyra, A., Rojas, J., Salomé, L., Sosa, J. & Zarzosa, C. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional contemporáneo*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Bracamonte, G. (2015). “*Antinomia jurídica de la resolución del consejo directivo N° 011-2007- sunass.cd como factor restrictivo del derecho de acceso al servicio de agua potable y alcantarillado de los usuarios de la región*”

Tacna, año 2011” (Tesis de posgrado, Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, Tacna-Perú)

<http://repositorio.unjbg.edu.pe/handle/UNJBG/1029>

Bobbio, N. (1992). *Teoría General Del Derecho*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis.

Cabanellas, G. (2001a). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. (Veintiochoava edición), Tomo V, Argentina: Editorial Heliasta.

Calderón, A., Bonilla, E., Bautista, A., Burgos, M., Rolando, C. & Pino, F. (1995).

Manual de Derecho de Familia. Recuperado de:

<https://sociologiauls.files.wordpress.com/2015/08/manual-de-derecho-de-familia-anita-calderon1.pdf>

Carrasco, S. *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Lima: Editorial San Marcos.

Carrasco, S. (2013) *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos.

Código Civil peruano. (25/07/1984). Decreto legislativo N° 295.

Constitución Política del Perú. (30/12/1993)

Delgado, M. (2016). “El derecho a la identidad: una visión dinámica” (Tesis de Post-grado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú)

Recuperado de:

<https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>

De Trazegnies, F. (1990). La familia en el derecho peruano. Recuperado de:

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8440446C702CDD0505257E200052DEE6/\\$FILE/1_Familia_Derecho_Peruano.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8440446C702CDD0505257E200052DEE6/$FILE/1_Familia_Derecho_Peruano.pdf)

Esbrí, I. (2020). Permiso por nacimiento y cuidado del menor: la incorporación de los hombres a los cuidados a través del permiso de paternidad. regulación jurídica y su aplicación en la negociación colectiva de la comunidad valenciana (Tesis de Post-grado, Universidad de Jaume I, Castellón de la Plana, España) Recuperado de:

https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/669926/2020_Tesis_Esbri%20Navarro_Isabel.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Esquerda, M. Paradero, J. & Fernández, E. (2013). La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven. En revista vol. 11, Núm. 4 p. 204-211. Disponible en:

<https://www.elsevier.es/es-revista-anales-pediatria-continuada-51-articulo-la-capacidad-decision-el-menor--S1696281813701392>

Esquivel, J., García, D., Geldres, R., Navarrete, J., Pasco, A., ..., Torres, M. (2013). *Diccionario Civil*. En Torres, M. (Coord.). Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Fernández, M. y Alcántara, O. (1997). Igualdad en gobierno del hogar. En Placido, A. (Coord.) Código Civil Comentado: Derecho de Familia. (Tomo II). Recuperado de:

<http://www.untumbes.edu.pe/vcs/biblioteca/document/varioslibros/C%C3%B3digo%20civil%20comentado.%20T%20II%20Derecho%20de%20familia%20Primera%20parte%29.pdf>

Flores, J. & Rodríguez, M. (2019). *“Efectos jurídico-administrativos de los matrimonios civiles en la Municipalidad Provincial de Cajamarca durante el periodo 2015-2017 y su propuesta en la gestión municipal”* (Tesis de pregrado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo)

<http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/1065>

Gallegos, Y. & Jara, R. (2012). *Manual de Derecho de Familia*. Lima-Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Guillen, A. (2014). “Que gobierne bien su casa, que tenga a sus hijos en sujeción con toda honestidad” [Web Blog]. Recuperado de:

<http://pastorciudadparaiso.blogspot.com/2014/03/que-gobierne-bien-su-casa-que-tenga-sus.html>

Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.

Herrera, D. (2020). “Brecha de género y desarrollo humano en las regiones del Perú: 2005 - 2017” (Tesis de Pre-grado, Universidad Nacional de Piura, Perú)

Recuperado de:

<file:///D:/Usuario/Downloads/ECON-HER-SAR-2020.pdf>

Inchicahui, F. (2017). “*Reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú*” (Tesis de pregrado, Universidad César Vallejos)

<https://hdl.handle.net/20.500.12692/15169>

Izquierdo, L. (2019). Relación entre los estilos de socialización parental y actitudes hacia el machismo en adolescentes de una comunidad de Madre de Dios (Tesis de Pre-grado, Universidad Peruana Cayetano Heredia, Lima, Perú)

Recuperado de:

https://repositorio.upch.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12866/7763/Relacion_IzquierdoFernandez_Laura.pdf?sequence=1&isAllowed=y

López, R. (2018). “*Igualdad de derechos, deberes y obligaciones de los padres en la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en la legislación ecuatoriana*” (Tesis de posgrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato-Ecuador)

<https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/8138>

Mansilla, M. (2018). “*Efectividad en la protección de niños, niñas y adolescentes en el ámbito institucional chileno*” (Trabajo final de magíster, Universidad Austral de Chile, Valdivia-Chile)

<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2018/egm288e/doc/egm288e.pdf>

Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.

Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.

Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. Lima-Perú: MACRO

Pérez, F. (2015). La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares. *Revista de derecho*, (19), 31-54.

Román, E. (2018). “*El derecho a la igualdad del padre en relación a la tenencia de los hijos menores de tres años*” (Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Piura)

<https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1697/DER-ROM-VAL-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sánchez, H. & Reyes, C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Mantaro.

- Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.
- Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al derecho*. Perú: Normas Jurídicas Ediciones.
- Sentencia No. C-344/93-Colombia. Recuperado de:
https://normograma.info/men/docs/pdf/c-344_1993.pdf
- Silva, I. (s/a). *La adolescencia y su interrelación con el entorno*. Recuperado de:
http://www.injuve.es/sites/default/files/LA%20ADOLESCENCIA%20y%20entorno_completo.pdf
- Sierra, E. (2018). *“El matrimonio de menores de edad y el otorgamiento de la autorización judicial por el juez de familia.”* (Tesis de posgrado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega)
<http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/1456>
- Suarez, P. & Vélez, M. (2018). El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental. En *Revista Psicoespacios*, vol. 12, pp. 173-197.
Recuperado de:
<file:///D:/Usuario/Downloads/Dialnet-ElPapelDeLaFamiliaEnElDesarrolloSocialDelNino-6573534.pdf>
- Varsi, E. (2011a). *Tratado de Derecho de Familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi, E. (2011b). *Tratado de Derecho de Familia, Matrimonio y uniones estables*, Tomo II. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Varsi, E. (2012). Tratado de derecho de familia: Derecho familiar patrimonial
Tomo III. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima:
Editorial San Marcos.

ANEXOS

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORIAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL		
¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?	Analizar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.	<p>Categoría 1</p> <p>☒ Artículo 244 del Código Civil</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Discrepancia entre los padres prevalece el asentimiento ● Discrepancia entre los padres prevalece el no asentimiento 	<p>Tipo y nivel de investigación La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Explicativo” y un enfoque cualitativo.</p> <p>Diseño de investigación Observacional</p> <p>Técnica de Investigación Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p>Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento del fichaje.</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS		
¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al deber de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?	Identificar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al deber de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.		
¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al derecho de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?	Determinar la manera en que la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye al derecho de gobernar el hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.	<p>Categoría 2</p> <p>☒ Artículo 290 del Código Civil</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Deber de gobernar el hogar ● Derecho de gobernar el hogar. 	<p>Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p>
¿De qué manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye a la cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano?	Examinar la manera la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 influye a la cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar según artículo 290 en el contexto Código Civil peruano.	<ul style="list-style-type: none"> ● Cooperar para el buen desenvolvimiento del hogar 	<p>Método General Se utilizará el método y hermenéutico.</p> <p>Método Específico Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>

INSTRUMENTOS

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“

” [Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS

Finalmente, la forma de recolección de datos fue a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica, sin embargo, no fue suficiente, es por ello que se empleó un análisis **formalizado o de contenido**, con la finalidad de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos. Es así que, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Así es que, se usará el siguiente esquema:

FICHA TEXTUAL: Noción de hijo alimentista

DATOS GENERALES: Malca, J (2020). La filiación extramatrimonial y su implicancia en la derogación tácita de la figura del hijo alimentista. Página 43-44.

CONTENIDO: “Es el hijo extramatrimonial **no reconocido ni declarado** por su padre, **pero a quien debe pasar una pensión alimenticia hasta cierta edad**, el varón que hubiera mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción”

FICHA RESUMEN: Nociones

DATOS GENERALES. Kant, I. (2005) La metafísica de las costumbres. España: Editorial Tecnos. Página 26-27

CONTENIDO: En tal sentido, se limita la libertad, no porque una conducta tenga que ser coartada, sino para que el legislador considere (desde su subjetividad) que esta conducta tiene que ser restringida.

FICHA TEXTUAL: Deberes del padre

DATOS GENERALES: Ramos, C. (2019). Derecho de Alimentos. Centro de estudios constitucionales del Perú. Página 56

CONTENIDO: Sentaremos como premisa que **todo padre está en la obligación de alimentar a toda clase de hijos**, como principio general, moral y legal. Es una obligación de derecho natural que contraen los padres al traer hijos al mundo y que el derecho canónico también consagra este deber emanado de dios.

Siendo parte de la información documental, necesariamente esta va a contener premisas y conclusiones, las cuales, a su vez, tendrán un conjunto de propiedades, por ello, el procedimiento a usar en nuestra investigación será la argumentación jurídica. Aranzamendi (2010, p. 112). En ese sentido, respecto a las propiedades afirma que deben ser: (a) coherentemente lógicas, teniendo como base premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, pues a través de motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición; y (d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Por consiguiente, habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), así, se empleará la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

PROCESO DE CODIFICACIÓN

La codificación para una investigación cualitativa de especie jurídico propositivo (aunando con la explicación de la sección precedida), su codificación tiene que ver con la identificación de argumentos clave (saneamiento de puntos controversiales) que serán debatidos en la discusión de resultados, cuyos criterios se basan en una operacionalización de conceptos de forma sistemática, que además son el norte y direccionamiento del debate, de esa manera se compone así:

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
Artículo 244	Discrepancia entre los padres prevalece el asentimiento
	Discrepancia entre los padres prevalece el no asentimiento
Artículo 290	Deber de gobernar al hogar
	Derecho de gobernar al hogar
	Cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar

El Concepto jurídico 1: “Artículo 244” se ha relacionado con los argumentos norte de debate del Concepto jurídico 1: “Artículo 290” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

Primera pregunta específica: Concepto jurídico 1 (Artículo 244) + Argumento debate 1 (Deber de gobernar al hogar) del Concepto jurídico 2 (Artículo 290).

Segunda pregunta específica: Concepto jurídico 1 (Artículo 244) + Argumento debate 2 (Derecho de gobernar al hogar) del Concepto jurídico 2 (Artículo 290).

Tercera pregunta específica: Concepto jurídico 1 (Artículo 244) + Argumento debate 2 (Cooperación para el buen desenvolvimiento del hogar) del Concepto jurídico 2 (Artículo 290).

Y cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL

Por la naturaleza de la investigación, esto es de ser una **investigación propositiva**, y de diseño de teoría fundamentada a través de textos jurídicos y siendo cualitativo, no se hizo trabajo empírico alguno.