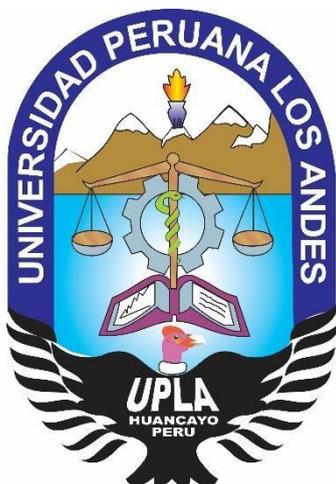


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

Título : LA AFECTACIÓN DEL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 241° DEL CÓDIGO CIVIL : AL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Para Optar : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO SOLEDAD RAMOS URBANO

Autores : VIDYS JHONATAN SALAZAR ACHIHUAMAN

Asesor : Mg. HECTOR ARTURO VIVANCO VASQUEZ

Línea de Investigación Institucional : DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS

Fecha de Inicio y de Culminación : NOVIEMBRE 2019 A ENERO 2021

HUANCAYO – PERÚ

2021

DEDICATORIA

Nuestra presente tesis lo dedicamos en primer lugar a Dios quien día a día nos da vida y salud para seguir con nuestras metas, A nuestros padres por todo su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar con nosotros en todos momentos y a todos aquellos quienes siempre están brindándonos un poco de su apoyo para lograr nuestra meta trazada.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera muy especial a la Universidad Peruana Los Andes a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas por acogerme en sus aulas brindándome la oportunidad de poder culminar nuestros estudios académicos de Pre grado y de esta manera poder lograr nuestros preciados deseos de superioridad académico y profesional y ahora poder demostrar nuestros conocimientos jurídicos.

Así mismo agradezco al mi asesor de tesis al doctor, Vivanco Torres, Héctor Arturo por su dedicación y comprensión en la realización del presente informe de tesis, que nos brindó con sus cualidades de maestro universitario, con su experiencia y paciencia, nos condujo constantemente para la verificación metodológica de la referida tesis.

También agradecemos a nuestros padres por todo el apoyo brindado durante nuestra formación académica, y a todas las personas que formaron parte de nuestras vida en esta trayectoria de nuestra formación académica, al mismo tiempo reconocer el apoyo incondicional de las personas por habernos facilitado siempre los medios suficientes para llevar a cabo todas las actividades propuestas durante el desarrollo de esta tesis. Para seguir adelante en nuestra carrera profesional.

INTRODUCCIÓN

El matrimonio constituye una de las instituciones más importantes de la sociedad. Aunque las formas de celebración hayan evolucionado con el pasar del tiempo, ciertamente existe complicaciones cuando el legislador no toma en cuenta los escenarios fácticos hipotéticos de lo que pueda suceder con las permisiones o restricciones sobre un determinado hecho.

A lo antes referido, nos enfocamos a la permisión del matrimonio cuando existe una manifestación de voluntad expresa o tácita de una persona que entró en coma y la pareja de éste solicita celebrar el matrimonio según el inciso 2 del artículo 241 del Código Civil peruano y lo que pretendemos es derogar porque vulnera dos aspectos o dimensiones: (1) la discriminación y (2) igualdad ante la ley.

Para lograr nuestro cometido, hemos decidido sistematizar la investigación en seis capítulos. Mediante este ejercicio, se comprenderá mejor la tesis.

En el capítulo primero, hemos desarrollado el problema de la tesis. Se ha consignado la descripción del problema, la delimitación, los objetivos y la justificación de la tesis.

Así, el problema general es: ¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano? También tenemos como objetivo general: Analizar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano., y finalmente presentar la hipótesis general: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano.”, hipótesis que se pretende contrastar.

Inmediatamente después, hemos desarrollado los antecedentes de la investigación. Así, hemos tenido un panorama general sobre el statu quo de nuestra investigación. Luego, se ha observado en el marco teórico el desarrollo de las bases teóricas sobre cada una de las variables consignadas.

En el capítulo segundo se ha desarrollado la metodología de la tesis. Aquí, se ha consignado la forma a través de la cual se desarrolla el trabajo, teniendo a la hermenéutica como el método general de la tesis y como específico al método hermenéutico jurídico. Asimismo, la tesis tiene un tipo básico y alcanza un nivel correlacional de diseño no experimental. Finalmente, la técnica utilizada es la del análisis documental, en el que se revisan documentos y se realizan fichas.

En el tercer capítulo, se ha consignado los resultados de la investigación. Aquí se sistematizó mejor los datos y se ordenó el contenido del marco teórico didácticamente para poder iniciar la contrastación de la hipótesis. Se realiza así un examen académico del contenido de la tesis. Los resultados más destacados fueron:

El hecho de que el individuo en estado de coma haya dejado **una representación**, ya sea revocable o irrevocable, sobre decisiones o compromisos extrapatrimoniales es muy peligroso y contraproducente, porque si sale del coma, puede hacer una llamada telefónica y decir al tercero que tiene la representación que revoque su decisión de querer casarse, porque el matrimonio no es un contrato en la que existe prestaciones sinalagmáticas, es decir, recíprocas, yo doy, para que des, no funciona de esa manera, tampoco es con la intención de obtener mayores ingresos o de asumir riesgos.

Respecto a las repercusiones civiles, ciertamente son delicadas, porque desde el momento que existe aquel sí virtual, la pareja que no está en estado de coma, tiene una serie de derecho y deberes, entre esos derechos sería: pensión de viudez, sociedad de gananciales, derechos sucesorios entre otros que demarca la ley, pero qué deberes

tendría la esposa o esposo con el cónyuge en estado de coma, la de cuidar, tomar decisiones en nombre de la familia, no ser infiel y honrar a su pareja, pero que pasa si no cumple con ninguno de ellos, quienes podrán solicitar el divorcio, ninguno más que el cónyuge en estado de coma, pero como esta en tal condición, **sin duda alguna existe una fuerte discriminación para el cónyuge virtual.**

Finalmente, respecto a la **manifestación expresa o tácita**, no garantizan al 100% la decisión del quien está en estado de coma, porque lo que se actúa en base a probabilidades, más aún con la que es de modalidad tácita, porque da la apariencia que mientras más inversión y sacrificio de tiempo y dinero le haya dado a los preparativos de la boda se asemeja que tenía mayores ganas de casarse, lo cual sería algo superfluo, sin embargo , el único que tiene la manifestación al 100% es el que no está en coma, he allí que observamos **la discriminación. No es un trato justo o igualitario.**

En el capítulo cuarto, se ha desarrollado el análisis y la discusión de los resultados obtenidos con la investigación. Así, cada hipótesis específica se ha sometido a contrastación mediante la argumentación jurídica, consolidando argumentos que confirmen la hipótesis planteada.

Seguidamente, se ha consignado las conclusiones a las que ha arribado la investigación. De igual modo, se generó ciertas recomendaciones para que la tesis tenga un alcance académico. Las conclusiones principales fueron:

Se discrimina a las personas que están en estado de coma, a pesar de que hayan expuesto su manifestación de voluntad de manera expresa o tácita, en pocas palabras, **el legislador no ha presentado justificación alguna sobre un trato diferenciado entre iguales.**

El matrimonio tiene como finalidad **en la unión libre de dos personas de diferente sexo a fin de conformar familia para cuidarse los unos a los otros**, por lo que, se restringe un acceso igualitario al matrimonio cuando una de las partes carece de herramientas normativas para demostrar que tiene una verdadera intención de casarse (que haga asumir hasta el último momento y de forma fehaciente que se casará pase lo que pase), lo mismo con las repercusiones civiles sustanciales y procesales, ya que nadie podrá velar por la persona que está en estado de coma, ya que no tiene representante legal para el divorcio respectivo en caso de adulterio u otro tipo de actos que vayan perjudicando a la persona en estado de coma, pues la nueva o nuevo representante tiene todas las potestades.

Es deseo de los tesisistas, por el trabajo vertido, que la tesis pueda servir con fines académicos y de aplicación inmediata, para que nuestros legisladores puedan regularizar una situación que no se halla acorde a la lógica requerida.

CONTENIDO

DEDICATORIA	2
.....	2
AGRADECIMIENTO	3
INTRODUCCIÓN	4
RESUMEN	10
ABSTRACT	11
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	12
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.2.1. Delimitación espacial	13
1.2.2. Delimitación temporal	13
1.2.3. Delimitación conceptual	13
1.3. FOMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.3.1. Problema general	14
1.3.2. Problemas específicos.....	14
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	14
1.4.1. Social	14
1.4.2. Científica-teórica	14
1.4.3. Metodológica.....	15
1.5. OBJETIVOS.....	15
1.5.1. Objetivo general	15
1.5.2. Objetivos específicos.....	15
1.6. MARCO TEÓRICO	16
1.6.1. Antecedentes de la investigación.....	16
1.6.1.1. Antecedentes internacionales.....	16
1.6.1.2. Antecedentes nacionales	22
1.6.1.3. Antecedentes locales	25
1.6.2. Bases teóricas	25
1.6.3. Marco conceptual	51
1.7. HIPÓTESIS	52
1.7.1. Hipótesis general	52
1.7.2. Hipótesis específicas.....	53

1.7.3. Variables.....	53
1.8. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	54
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	56
2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	56
2.1.1. Métodos generales	56
2.1.2. Métodos específicos	56
2.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	57
2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	57
2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	58
2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA	58
2.6. TÉCNICAS Y/O INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	59
2.6.1. Técnicas de recolección de datos.....	59
2.6.2. Instrumentos de recolección de datos	59
2.7. PROCEDIMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	59
2.8. TÉCNICAS Y ANÁLISIS DE DATOS.....	60
CAPITULO III: RESULTADOS	61
3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO.....	61
3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS	68
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	72
4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO	72
4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS	78
4.3. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL	83
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	87
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES.....	88
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89
ANEXOS.....	92
COMPROMISO DE AUTORIA.....	94

RESUMEN

La presente investigación tiene como **objetivo general** analizar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano., de allí que, nuestra **pregunta general** de investigación sea: ¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano?, y nuestra **hipótesis general**: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano.”; nuestra investigación guarda un **método de investigación** de corte jurídico dogmático, esto es con un método general denominado la hermenéutica, asimismo presenta un tipo de investigación básico o fundamental, con un nivel correlacional y un diseño observacional, por tal motivo es que la investigación por su naturaleza expuesta, utilizará la técnica del análisis documental de leyes, códigos, sentencias y libros doctrinarios 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. El **resultado** fue: El artículo 2° de la Constitución en su inciso 2 señala que es derecho de todas las personas la igualdad ante la ley, por lo que una característica de diferenciación entre la mayoría y un sujeto no debe ser motivo para ejercer un trato discriminatorio. La **conclusión** fue: En el caso del inciso 2° del artículo 241° se genera una discriminación de tres vertientes: (1) la representación parece ser simbólica o de mero formalismo, porque la última palabra la tiene la persona que no está en estado de coma, siendo más un acto unilateral, (2) las repercusiones civiles sustanciales y procesales tienen una mayor ventaja para la persona que no está en estado de coma y (3) no se puede evidenciar a un 100% la manifestación de voluntad de querer casarse por parte del que dejó una representación legal.

Palabras clave: Matrimonio, impedimentos matrimoniales, representación, estado de coma, manifestación de voluntad, celebración dematrimonio.

ABSTRACT

The general objective of this research is to analyze the way in which subsection 2 of Article 241 of the Civil Code is related to the right to equality before the law in the Peruvian legal system. Hence, our general research question is : In what way is subsection 2 of article 241 of the Civil Code related to the right to equality before the law in the Peruvian legal system? And our general hypothesis: "Section 2 of article 241 of the Civil Code it is negatively related to the right to equality before the law in the Peruvian legal system. "; Our research has a dogmatic legal research method, that is, with a general method called hermeneutics, it also presents a basic or fundamental type of research, with a correlational level and an observational design, for this reason it is that research by its Exposed nature, will use the technique of documentary analysis of laws, codes, sentences and doctrinal books that will be processed through legal argumentation through data collection instruments such as the textual and summary file obtained from each book with relevant information . The result was: Article 2 of the Constitution in paragraph 2 states that equality before the law is the right of all people, so that a characteristic of differentiation between the majority and a subject should not be a reason to exercise discriminatory treatment. The conclusion was: In the case of subsection 2 of Article 241, a discrimination of three aspects is generated: (1) the representation seems to be symbolic or of mere formalism, because the last word belongs to the person who is not in a coma, being more of a unilateral act, (2) the substantial civil and procedural repercussions have a greater advantage for the person who is not in a coma and (3) it is not possible to show 100% the manifestation of the will to want to marry on the part of which I leave a legal representation.

Keywords: Marriage, marital impediments, representation, coma, manifestation of will, celebration of marriage.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Aunque el matrimonio ha sido reconocido como un derecho constitucional al que todos tenemos acceso (o al menos deberíamos tenerlo), se debe tomar mucho en cuenta las limitaciones y restricciones que conlleva su esencia.

El hecho deriva a analizar el artículo 241 inciso 2 del Código Civil, en ella establece la posibilidad de que una persona que ingreso en estado de coma, si ha dejado su manifestación de voluntad pueda casarse sin contratiempo, siempre en cuando la otra persona haya solicitado que se celebre el matrimonio.

Si bien es cierto, que existe el matrimonio con representación, la historia cambia cuando alguien está en estado de coma y más aún si deja una representación irrevocable o peor aun cuando se debe asumir mediante probabilidades de que si han realizado una serie de preparativos, ha comunicado a la sociedad y familiares e incluso si ya tienen hijos, se deba asumir que ha tenido la intención de casarse, lo cual implica que la manifestación de voluntad se torna más como un estado de aumento de probabilidad que una afirmación completa respecto al sujeto en estado de coma que aparentemente desea casarse.

Lo peor de todo es que el legislador no ha previsto si el que está en estado de coma, al despertar pueda decir: nunca he querido casarme, pues es sabido que hasta en las películas o novelas ha pasado una representación de ello, porque en la vida real pasa constantemente, esto es que, a último momento, un miembro de la pareja sentimental decide no continuar con el ritual del matrimonio.

El punto neurálgico de lo mencionado es que existe una posible desigualdad ante la manifestación de voluntad entre ambos futuros cónyuges, ya que aparentemente suele darse que la última palabra la tiene la persona que no está en estado de coma porque ella si tiene la

opción de decidir casarse o no a último segundo, mientras que el que está en estado de coma no la tiene, por lo que no hay justificación ante semejante hecho, entre otros.

Por lo expuesto es que nosotros, los tesisistas, formulamos la siguiente pregunta de investigación: ¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación se encuentra delimitada espacialmente por el territorio peruano, en respuesta a que la modificación será aplicable al Código Civil peruano, el que tiene relevancia únicamente en Perú.

1.2.2. Delimitación temporal

Temporalmente, la tesis no tiene una delimitación taxativamente establecida, pero debido a que la misma se está realizando el año 2021, diremos que la investigación está delimitada por el año 2021.

1.2.3. Delimitación conceptual

Los conceptos que se tomarán en cuenta en la presente tesis serán desde el punto de vista positivista porque pretendemos una modificación del Código Civil, el mismo que sigue las reglas del positivismo jurídico normativo.

1.3. FOMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2. Problemas específicos

¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano?

¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.4.1. Social

La presente investigación generará una contribución directa en favor de las personas que están en estado de coma y que a pesar de haber dejado una manifestación de voluntad expresa de querer casarse y que la pareja sentimental que no está en estado de coma solicite la celebración del matrimonio, no se haga un abuso de este derecho, sino que mientras no exista una serie de parámetros o criterios para establecer una correcta e idónea forma de establecer que la manifestación de voluntad de quien está en estado de coma sea fehaciente y sea anulable, en caso salga en estado de coma y a último momento catalogue no ha deseado casarse.

1.4.2. Científica-teórica

El aporte teórico jurídico de la presente investigación es que los legisladores tendrán en cuenta que, para la emisión de leyes, debe estar presente el debido respeto a los derechos fundamentales, como es, en este caso, el derecho a la igualdad y que frente a la aprobación o

modificación como ha sido el artículo 241 inciso 2, tengan en cuenta mejor la técnica legislativa, ya que el aporte es incrementar la protección y garantía a la no discriminación e igualdad ante la ley.

1.4.3. Metodológica

Metodológicamente, la presente investigación no trasciende en ningún aporte a la comunidad jurídica, porque no se pretende crear instrumentos de recolección de datos.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Analizar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

Determinar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano

Identificar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6. MARCO TEÓRICO

1.6.1. Antecedentes de la investigación

1.6.1.1. Antecedentes internacionales

Como tesis internacional, se ha encontrado a la intitulada “La igualdad y su realidad jurídica y social en el México actual”, sustentada por De León, en el año 2008, para optar el título de Licenciado en Derecho por la Universidad de Tepeyac. Este llegó a las siguientes conclusiones:

México tiende a la necesidad de un buen desarrollo que depende, en gran parte, de generar intervenciones o acciones que respondan a las necesidades reales del sexo femenino y que tengan beneficios para las políticas públicas, determinando relaciones de igualdad entre géneros por parte del gobierno. La falta de compensación acerca de la manera en cómo se dan estas relaciones públicas y privadas encaminadas al desarrollo económico y social equilibrado de géneros, son las que poco a poco van a perjudicar a la sociedad, afectándola en todos sus ámbitos.

En la actualidad las mujeres han logrado poco a poco introducirse en los campos que anteriormente sólo eran dedicados al sexo masculino, esto ha sido posible gracias a que han podido demostrar sus facultades para lograrlo, al mismo tiempo de que la mentalidad tanto de las mujeres como de los hombres ha ido cambiando, y ahora ya comprenden que la mujer al igual que el hombre puede desenvolverse en las mismas áreas.

Por lo tanto, es importante agregar que, en los últimos años, la mujer mexicana ha demostrado que tiene la competitividad de ejercer un puesto político, con dignidad y con eficacia, al igual que el hombre, esto lo ha podido alcanzar gracias a la evolución de las ideas y el despertar de la sociedad para que tanto hombres y mujeres unan fuerzas para poder crear un mejor poder ejecutivo, legislativo y judicial, en coordinación con

los esfuerzos, el desempeño de su trabajo, las aportaciones tanto de hombres como mujeres.

Se debe reconocer el valor político, económico, social y cultural de la equidad de géneros, permitiendo de esta forma a las mujeres mayor igualdad política, mejor esquema de gobernabilidad, incorporación al mercado laboral, con mejores condiciones, incrementando la eficiencia del aparato productivo y distribuyendo mejor los beneficios del desarrollo, además de incorporar con más equilibrio a las mujeres en los puestos de elección popular, impulsando los mecanismos de promoción política al interior de los partidos y del gobiernos, en sus tres áreas, ya que el proceso de desarrollo no puede descansar mayoritariamente en la mitad de la población femenina.

El reconocimiento debe ser igual, en el nivel profesional, personal y reconocer que tanto hombres como mujeres tienen la misma capacidad para llevar a cabo las mismas funciones con responsabilidad y liderazgo, la igualdad y la equidad de géneros es una necesidad real pero en la actualidad desafortunadamente sigue siendo una realidad y una meta que trata de llegar a la cumbre pero finalmente no es alcanzada, esta igualdad origina una proyección productiva de manera correcta en el ámbito público político, que conlleva a un desarrollo efectivo y directo, mejorando las relaciones ciudadanas y del gobierno mexicano, en todos sus niveles.

Como tesis internacional, se ha encontrado a la intitulada “Igualdad y discriminación”, sustentada por Gómez, en el año 2005, para optar el título de Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Este llegó a las siguientes conclusiones:

Después de haber analizado el tema en los capítulos anteriores, se puede llegar a la conclusión de que, a pesar de los innumerables esfuerzos del constituyente, así como

de las reformas constitucionales posteriores, la igualdad de hecho no existe, debido a que los individuos no gozan de los mismos bienes materiales, económicos y recreativos.

El ideal de llegar a una igualdad de todos en todo, no se ha cumplido, pues la realidad social nos ha demostrado que no es compatible con la sociedad en la que actualmente vivimos, ya que en ella coexisten los diferentes grupos sociales, los cuales, efectivamente, son una realidad y como tal poseen demandas distintas, que responden a intereses particulares, de acuerdo a los ideales del grupo con el que se identifican.

En el presente, todos somos irremediamente producto de nuestro medio, nuestra educación, nuestra personalidad y nuestro papel social, y las presiones estructuradas en cuyo seno operamos. Esto no quiere decir que no haya opciones. Más bien de lo contrario. Un sistema social y todas sus instituciones constituyentes, incluyendo el Estado soberano del mundo moderno, son el espacio de una amplia gama de grupos sociales, en contacto, en colusión y, por encima de todo, en conflicto los unos con los otros.

Se hace necesario el establecimiento de un ordenamiento jurídico capaz de regular las conductas de los individuos, siempre y cuando dichas conductas o actos repercutan en el orden social y la seguridad de terceros.

Para ello, es imprescindible establecer una igualdad legal entre los individuos debido a que la igualdad de hecho no es posible, ya que siempre habrá diferencias que se responderán más allá de la misma voluntad de las personas.

El establecimiento de la igualdad ante la ley, como vimos anteriormente, es aquella que se establece entre dos o más personas que se encuentren en el mismo supuesto jurídico sobre el que recaiga la aplicación de una norma anterior al hecho de ambas.

Además de ello, debe ser entendida principalmente como la exclusión de toda discriminación no justificada, es decir, exclusión por razones de raza, sexo, edad,

condición social, política, económica y en general de toda aquella situación que pretenda colocar jurídicamente a una persona por debajo de otra, en lo que respecta a los derechos y obligaciones.

Esta igualdad ante la ley es creada así en oposición a la sociedad de castas donde cada estamento está regulado por leyes diversas.

Una vez que se haya establecido la diferencia de forma clara, entre la igualdad como forma natural en la que los hombres se deberían encontrar y la igualdad ante la ley, se podrá entonces hablar de que en México existe de forma efectiva la garantía de igualdad, como una garantía de orden y seguridad social, que sea capaz de representar una verdadera legitimidad del Estado de derecho al que tanto se ha anhelado. Esto será posible, en la medida en que desaparezca la sociedad estamentaria y con ello las leyes encargadas de regular la conducta de cada estamento.

Esta igualdad ante la ley ha sido pensada como una forma de llegar a consensos entre los individuos que han optado por organizarse como sociedad civil, con el objeto de desarrollar condiciones reales para hacerse escuchar.

La forma de generar dichos consensos ha sido mediante la soberanía, la cual radica en la voluntad general, como en su momento la llamo Rosseau, él concebía a la voluntad general como opuesta a la voluntad de todos, la diferencia radica en el hecho de que la voluntad no puede ser medida en términos cuantitativos.

La solución entonces sería la voluntad general, que consiste en la resolución obtenida mediante un proceso de deliberación de todos los posibles afectados por ella, desarrollando en condiciones tales que la resolución tomada tuviera a su favor la presunción de venir respaldada.

Una vez universalizada esta voluntad general, entonces se podrá hablar de la legitimación, en la toma de decisiones para la generación de normas y leyes abstractas, impersonales y obligatorias, las cuales tengan como fin último el orden y la paz social.

Como tesis internacional, se ha encontrado a la intitulada “Análisis de la Ley Antidiscriminación o ley Zamudio”, sustentada por Nieto y Parada, en el año 2013, para optar el título de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile. Este llegó a las siguientes conclusiones:

Es definitivo que debe considerarse la implementación de una ley que reproche la discriminación porque materializa la idea de un avance social en el que el solo existir ya merece que la persona sea tratada con respeto y no se le infrinja ningún tipo de perjuicio por razón de su origen contextual o genérico. Entonces, no se justifica que la Ley Antidiscriminación sea contraria a la Constitución, por lo que debería ser avalada. Además, no tenemos que perder la visión sobre promulgar eficientemente esta ley de no discriminación porque se ha influenciado por actos de brutalidad en discriminación, por lo que los poderes del Estado tienen que formalizar la lucha contra este tipo de actos aversivos para la humanidad en general.

Por ende, como conclusión del trabajo, debemos comprender que la ley de no discriminación es necesaria, puesto que dicha reforma se fundamenta en actos de inconstitucionalidad por parte de la jurisdicción y la sociedad misma.

Por otro lado, tenemos el artículo titulado “Análisis y características del impedimento matrimonial de voto de castidad”, sustentada por Di Nicco, en el año 2018. Este llegó a las siguientes conclusiones:

“Los elementos configuradores del impedimento en estudio son la emisión del voto de castidad -cualificado por las notas de publicidad y perpetuidad- y que tal voto haya

tenido lugar en el seno de un instituto religioso. El impedimento se fundamenta en la obligación contraída por el religioso de observar la continencia perpetua.”

“Este impedimento no afecta a quien ha emitido votos temporales o privados, así como los emitidos en institutos seculares o sociedades de vida apostólica. Tampoco afecta a los anacoretas, eremitas ni al Orden de las vírgenes. Como ha sido precisado, la única causa del impedimento es que se trate de votos públicos y perpetuos de castidad, emitidos en un instituto religioso.”

Finalmente, tenemos al trabajo internacional titulado “La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE”, sustentada por Martínez y Covadonga, en el año 2017, quienes son docentes en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Este llegó a las siguientes conclusiones:

“El reconocimiento del principio de igualdad ante la ley en el derecho comunitario fue creado en su esencia por el TJUE: basándose esencialmente en los reconocimientos sectoriales del Derecho Originario y en los reconocimientos establecidos en los ordenamientos de los EEMM, estos últimos en dialéctica con sus tribunales constitucionales”

“Como hemos demostrado con la comparación de la jurisprudencia del TJUE, la aprobación de la CDF no produce ningún salto cualitativo en el reconocimiento de la igualdad ante la Ley en el Derecho Comunitario”

“En relación con el párrafo anterior y dimensionando esa conclusión, hemos de recordar que las sentencias citadas por la Convención como paradigma de la recepción pretoriana del principio de igualdad en los altares de los principios fundamentales del Derecho europeo, distan de ser un reconocimiento ortodoxo en puridad constitucional.”

1.6.1.2. Antecedentes nacionales

Como antecedentes nacional, se ha encontrado a la intitulada “Cumplimiento del principio de igualdad ante la ley y la efectividad en la sanción a los jueces supremos titulares de la corte suprema del Perú”, sustentada por Donayre, en el año 2018, para optar el grado de Maestro en Derecho Penal. Este llegó a las siguientes conclusiones:

Esta investigación ha mostrado que existe una relación entre los porcentajes generales en el cumplimiento del derecho de igualdad ante la ley frente a las sanciones judiciales, puesto que dicho porcentaje se eleva a más del 57%. Este porcentaje se obtuvo a partir de una revisión de las decisiones judiciales, lo cual muestra que todavía nos encontramos en un contexto de discriminación.

El estudio además pudo observar que la igualdad ante la ley conlleva a sanciones legítimas y efectivas por lo que, en realidad, sí puede llegar a manifestarse que la igualdad ante la ley se está castigando adecuadamente en los juzgados peruanos.

Como tesis nacional, se ha encontrado a la intitulada “Alcances del principio de igualdad”, sustentada por Carpio y Sar, en el año 2014, para optar el título de Licenciado en Derecho. Este llegó a las siguientes conclusiones:

Cuando se habla de la igualdad como un principio que se experimenta en el contenido social, se brinda alcances taxativos sobre cómo es que esta realidad se convierte en un fenómeno constitucional. Aunque exista una evolución que pretenda erradicar la desigualdad, todavía se tiene a dicho concepto como un fenómeno latente en la realidad actual.

Existe deberes de actuación inmediata por parte del Estado, porque se tiene que necesariamente reconocer con sinceridad la existencia del artículo 2º inciso 2 de la Constitución política, por lo que cualquier categoría sospechosa que sea contraria a los

deberes de las autoridades jurisdiccionales debe reprocharse con medidas efectivas para que la igualdad no solo sea un romanticismo constitucional, sino que llegue a ser una realidad en la jurisdicción.

Definir la discapacidad es un hecho relevante, puesto que la discapacidad es un factor fundamental para evaluar la igualdad. Si una persona es discriminada por sus incapacidades, no se está ejerciendo adecuadamente el derecho a la igualdad.

Como artículo nacional, se ha encontrado al titulado “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, desarrollado por Nogueira, en el año 2006, publicado en AFDUDC. Este llegó a las siguientes conclusiones:

Debemos tener imprescindiblemente en cuenta que la igualdad constituye uno de los pilares fundamentales de la relación entre el Estado y la población. Como consecuencia de este fenómeno, debe atribuirse a las personas que se relacionan con esta realidad herramientas para que sea posible no caer en arbitrariedades.

El derecho a la igualdad es un núcleo duro de toda realidad en general. La diferencia es sospechosa, puesto que la Constitución debe reconocer eficientemente cada categoría del acceso a la igualdad con la finalidad de que no se advierta algún comportamiento anticonstitucional en el reconocimiento de este derecho.

Otro antecedente nacional que se pudo encontrar fue la tesis titulada “Los impedimentos matrimoniales en el Código de Derecho Canónico de 1983”, sustentada por La Barrera, en el año 2018, por la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI, de la ciudad de Trujillo para optar el grado de maestro en Derecho Matrimonial Canónico. Este llegó a las siguientes conclusiones:

“En las leyes canónicas, según el Derecho hay que distinguir entre leyes divinas y leyes eclesiásticas y en éstas saber cuáles están reservadas a la Santa Sede y cuáles al

Ordinario del lugar y el sacerdote en que momentos puede asistir al matrimonio sin dispensa del Ordinario, ya que el Derecho le faculta.”

“Las interpretaciones que dan los canonistas a lo que dice el Derecho en cuanto a los impedimentos matrimoniales, van en una misma línea y no encontramos mayor problema, aunque se tiene que seguir profundizando.”

“Con la reforma que ha hecho el Papa Francisco con el motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, donde se agiliza las causas matrimoniales en los tribunales eclesiásticos, es de gran ayuda, ya que nos han permitido dar una mirada a los impedimentos matrimoniales, para revisar casos donde no ha habido dispensa de la nulidad y no caer en errores que dañen a nuestros fieles espiritualmente.”

Finalmente, encontramos a la tesis titulada “El delito de tráfico de influencias frente a los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y derecho a la defensa en un proceso judicial”, sustentada por Fernández, en el año 2021, para optar el título profesional de abogado, por la Universidad Señor de Sipán de la ciudad de Chiclayo. Este llegó a las siguientes conclusiones:

“Se pudo determinar que el delito de tráfico de influencias produce ciertos efectos que inciden en las decisiones de competencia judicial y administrativa, que suelen consistir en la intervención en el cumplimiento del deber de los funcionarios y servidores públicos, el correcto desarrollo de los procesos, sentencias debidamente motivadas, en consecuencia, brinda oportunidad a la comisión de otros delitos de corrupción, impunidad de acusados, provecho ilícito, ganancia económica indebida y violación de los derechos fundamentales de la persona protegidos por la constitución, las leyes y los organismos internacionales de derechos humanos.”

“El tipo penal del delito de tráfico de influencias reales o simuladas en nuestra legislación penal exige obligatoriamente la constitución de sus elementos para su configuración como delito de corrupción, consistentes en la invocación de las

influencias, el medio corruptor (donativo, beneficio o cualquier ventaja) y el ofrecimiento de intercesión ante funcionario competente para conocer un caso judicial o administrativo.”

“Los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y derecho a la defensa son los principios pilares como garantía de protección de la persona durante un proceso judicial, respetándose así su dignidad humana al no ser discriminado, ante la aplicación de normas, por ninguna índole ni puesto en calidad de indefensión (vulneración al uso de medios de defensa) a causa de la corrupción u otros factores.”

1.6.1.3. Antecedentes locales

No se han encontrado investigaciones a nivel Junín.

1.6.2. Bases teóricas

1.6.2.1. Inciso 2° del artículo 241° del Código Civil peruano

1.6.2.1.1. La familia

Sería irresponsable limitar la carga semántica de la familia a un fenómeno cuya finalidad sea la de reproducción. La familia es, más bien, un concepto grande que abarca múltiples dimensiones.

Este concepto halla su fundamento en la antigüedad, partiendo así de la idea de una familia conformada por la voluntad de Dios, es decir, en esta postura teológica la familia constituye un núcleo divino, por lo cual la familia consolida una relación de toda la vida: un vínculo religioso (Peralta, 2002, pp. 29-30).

Si tomamos como punto de referencia el evolucionismo, la familia no se ha originado en Dios, ni el hombre, sino que haya sus pilares en la sociedad y la capacidad de adaptación social del hombre. La evolución identifica cuatro etapas en la formación de la familia: la

promiscuidad del sexo, el emparejamiento, el matriarcado y el patriarcado. En cambio, los modernos han hablado de otras fórmulas para la conformación de la familia (Peralta, 2002, pp. 30-31).

Del mismo modo, es imprescindible delimitar la carga semántica de la familia que depende de la perspectiva gramatical desde la que se estudie. Tenemos que la familia en un orden de amplitud se constituye por personas que mantienen un vínculo jurídico de parentesco y/o afinidad. Tenemos también que de manera restrictiva la familia comprende únicamente al núcleo primero que se forma con cotidianeidad por padres e hijos. Por último, la familia además puede ser concebida como aquella integrada por personas que viven bajo un mismo techo (Belluscio, 2002, pp. 3-6).

En realidad, la familia debe ser estudiada desde una perspectiva jurídica, por cuestiones de organización y metodología que devienen en la protección de este instituto.

Es así como la familia se convierte en el fundamento de la organización social que se basa en amor y respeto entre sus miembros, contribuyendo en la potencia de los valores, la política, la economía, etc.

Es importante que la familia se estudie desde diversas ciencias como la antropología y la economía, por lo que no debe limitarse su estudio al derecho.

Con la finalidad de preservar el cuidado y desarrollo de la familia, se le regula mediante norma jurídica, sobre esto Peralta señala que la familia no se constituye de manera arbitraria, ni se regula del mismo modo, sino que existen distintos tipos de normas que la delimitan, por ejemplo: normas religiosas, sociales, económicas, e incluso psicológicas (2002, p. 47).

El cuerpo normativo de la familia restringe ciertas conductas que puedan contravenir su naturaleza, como suele suceder en la bigamia, por tener un solo ejemplo, o en el reproche de la violencia, por tener otro.

Después de delimitar la regulación de la familia se identifica en esta un doble entendimiento. Por un lado, la familia concede derechos y, por otro, atribuye responsabilidades (Peralta, 2002, p. 48).

1.6.2.1.2. El matrimonio

Teniendo en cuenta que el matrimonio suele ser el punto de partida de la conformación de una familia, es importante definirlo para continuar con la investigación.

Gallegos y Jara señalan que la familia tiene como institución jurídica al matrimonio, ya que de ella existen las diferentes ramas que conforman el derecho. Debemos de resaltar que la palabra matrimonio etimológicamente significa cuidado de la madre, aún más que la del padre; porque si no, está sería llamada patrimonio, entonces este papel lo desenvuelve la madre (2011, p. 35).

En otra definición, podemos hallar la de Mazzinghi quien señala que “el matrimonio es la comunidad de vida, establecida entre dos personas, por libre decisión de su voluntad y con carácter perdurable, con el fin de procrear hijos y educarlos, y de asistirse recíprocamente” (1999, p. 94).

Nuestra reflexión descansa sobre una postura más moderna en la institución del matrimonio, en la que varones y mujeres adquieren responsabilidades y son sujetos de derecho.

Ennecerus señala que el matrimonio representa la alianza entre una mujer y un varón de acuerdo a ley, con las respectivas consideraciones jurídicas en beneficio del nuevo grupo de cónyuges (Peralta, 2002, p. 103). De forma parecida, Díez, Picazo señala que el matrimonio es la asociación del varón y la mujer para toda la vida, esta tiene que ser de forma legal y debe de ser un grupo pleno de existencia (Peralta, 2002, p. 103).

Hallamos en las ópticas mencionadas, el hecho de que el matrimonio debe estar siempre avalado por ley.

Piotr Seduguin concibe al matrimonio como una alianza libre e igual para el hombre y la mujer, es un derecho de vida, esta tiene que estar formado de sentimientos de amor, amistad y respeto mutuo y se debe de celebrar en las oficinas de actas del registro civil con la finalidad de conformar una familia y por ende tendrán derechos y obligaciones personales y de propiedad, que se da de forma natural por ser ya esposos (c.p. Peralta, 2002, p. 103).

Hallamos en esta última concepción la añadidura del carácter voluntario para contraer matrimonio, lo cual es, sin duda, un respeto al derecho fundamental de la libertad.

Se afirma ello, porque en líneas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino conciben que el matrimonio tiene tres fines: ayuda entre los casados, reproducción y educación (Peralta, 2002, p. 104), por lo que estos fines son los que tienen una estrecha relación con la libertad la voluntad acérrima entre dos personas que se aman, de lo contrario, tarde o temprano terminará por decaer, a razón de que: (1) no se encontraban debidamente preparados, (2) no estuvo clara su manifestación de voluntad o (3) fueron obligados por diversas circunstancias, incluyendo las legales como pasaremos a explicar con el artículo 241 inciso 2 del Código Civil, el cual es motivo de análisis y crítica de la presente tesis, la que además desarrollaremos más adelante.

Entonces, en el mundo del derecho el matrimonio desde la perspectiva de Planiol y Ripert es una unidad sexual que la ley avala que tiene como fin generar una familia. Ennecerus señala que el matrimonio se consolida en una comunidad de vida, aseverando que el matrimonio procrea y educa (Peralta, 2002, pp. 104-105).

En conclusión, podemos reaccionar señalando que el matrimonio es una manifestación voluntaria del afán de formar una familia, preservando los fines del mismo.

En lo referente a la naturaleza jurídica del matrimonio, existe principalmente cuatro posturas:

A. Concepción Contractual Religiosa

Esta postura asume que el matrimonio es un comportamiento propio del sacramento religioso que nace con el permiso de Dios para formar una unidad eterna.

Son imprescindibles tres requisitos para que el matrimonio exista: el sujeto, el objeto y el consentimiento; siendo el más importante este último. De manera diferente que, en otros contratos, este es un contrato natural que la misma naturaleza conforma, por lo que la voluntad del hombre es mucho menos importante que la voluntad de Dios. En este contrato no existe el plazo, ni la prescripción; tampoco cláusulas, duración, o capacidad de ser disuelto: es un acto sagrado (Belluscio, 2002, p. 165).

B. Concepción contractual en sentido estricto

Debido a que el matrimonio es un acto llevado a cabo entre civiles y es propio del derecho privado, esta postura defiende el que el matrimonio debe ser considerado contrato celebrado por los cónyuges con consentimiento expreso de su voluntad (Peralta, 2002, p. 105).

Mediante la idea de independizar el matrimonio del sacramento este se convierte en un contrato que en Francia era propio del derecho civil, como señala la Constitución de 1791 que en su artículo 7º establece: “La ley no considera al matrimonio sino como un contrato civil”, criterio compartido hasta el siglo XX (Belluscio, 2002, p. 165).

Aunque es cierto que esta perspectiva tuvo bastante presencia en el derecho privado, se planteó una serie de presupuestos por los cuales creer que el matrimonio no puede ser un contrato: i) las normas de los contratos no se aplican al matrimonio; ii) el matrimonio tiene carga emocional y trascendencia social; y iii) el matrimonio tiene sus propias reglas.

C. Concepción Institucional

Esta concepción es acaso la más progresista de todas, desarrollada a principios del siglo XX, en un contexto que se oponía a concebir el matrimonio como un contrato, esta perspectiva

crea que el matrimonio, a pesar de ser un acto jurídico bilateral que contiene voluntad de las partes, no es un contrato como tal (Peralta, 2002, p. 106).

El matrimonio se diferencia de los contratos, en el sentido de que las reglas por las que se rige el mismo, son diferentes a las reglas del contrato, por lo que sería imposible la ubicación del matrimonio como contrato en el Código Civil.

Para Lefebvre, el matrimonio constituye una institución que va más allá del contrato porque los contrayentes no pueden ser vistos como contratantes (Belluscio, 2002, p. 167).

Efectivamente el acto jurídico matrimonial no permite una negociación deliberada sobre las cláusulas, pues ello está taxativamente determinado por ley.

Entonces el matrimonio debe comprenderse como un instituto de orden público que posee sus propias formalidades generadoras de derechos y obligaciones.

D. Concepción mixta

Esta postura se ha postulado como disruptiva por proponer que el matrimonio es, a la vez, contrato e institución en el siguiente sentido: un contrato como acto y una institución como estado (Peralta, 2002, p. 107). Sin embargo, esta postura genera ambigüedad y confusión, por lo que debe rechazarse.

1.6.2.1.3. Impedimentos matrimoniales

Para poseer una amplia comprensión sobre lo que implica un impedimento matrimonial, habiendo ya abordado el concepto de matrimonio, resulta congruente observar el concepto de impedimento. De acuerdo a Cabanellas, impedimento significa:

Entonces, a partir de la definición anterior, podemos señalar que un impedimento matrimonial es una razón por la cual una pareja que se relaciona mediante afecciones morales y sentimentales no puede contraer matrimonio.

El término de impedimento matrimonial también puede ser conocido como incapacidad matrimonial o nupcial, y, según Aníbal Torres Vásquez, este es un sentido negativo del matrimonio, porque debe presumirse que cualquiera puede contraer matrimonio, a excepción única de quienes se hayan consignados en la positivización como impedidos de contraer matrimonio (2012, p. 1).

Luego el autor señala:

Los impedimentos matrimoniales son los hechos, positivos o negativos, previstos en la ley que prohíben la celebración del matrimonio, cuya inobservancia acarrea la invalidez del acto o sanciones personales a los cónyuges. Se trata de hechos preexistentes que pueden afectar a uno o a ambos contrayentes (Torres, 2012, p. 2).

De esto, es importante enfatizar el hecho de que solo puede tener calidad de impedimento aquello que taxativamente se halle estipulado en la ley. Entonces, cualquier presunción de impedimento matrimonial será inválida siempre que no se encuentre consignado este en el Código Civil peruano.

Los efectos de un impedimento matrimonial se resumen en la imposibilidad de contraer matrimonio, invalidez del acto jurídico (deviniendo en una suerte de nulidad o anulabilidad) o una sanción en perjuicio de los cónyuges. Cualquiera puede denunciar una causal de invalidez del matrimonio que haya sido consecuencia de contraerlo a pesar de la existencia de impedimento (Torres, 2012, p. 3).

La doctrina ha optado por una clasificación de los impedimentos matrimoniales en dirimentes, temporales, de Derecho privado y público, absolutos y relativos (Torres, 2012, p.

4). La presente investigación, por circunstancias de metodología y pedagogía opta por desarrollar la clasificación hallada en el Código Civil peruano. Por tal motivo, a continuación, desarrollaremos los impedimentos absolutos y relativos, desde la perspectiva del Código Civil.

1.6.2.1.3.1. Impedimentos absolutos

En el artículo 241° del Código Civil peruano regula los impedimentos absolutos. Solían existir cinco impedimentos absolutos: i) a los adolescentes, salvo dispensa del juez; ii) a los que tiene una capacidad restringida por el inciso 9 del artículo 44, salvo documento expreso o acción tácita de tener intención de casarse y iii) a los casados. De hecho, el inciso 3 y 4 fueron derogados por el decreto legislativo N° 1364 y la ley 29973 respectivamente.

Mazzinghi señala que los impedimentos absolutos “inhabilitan a las personas para contraer cualquier matrimonio (1999, p. 139).

Entonces, en la actualidad son tres los impedimentos absolutos, que se explica de la siguiente manera:

A. Los adolescentes

El inciso primero impide que adolescentes contraigan matrimonio, a excepción de aquellos casos en los que exista motivo justificable.

De acuerdo a Peralta, este impedimento solía conocerse como impubertad legal y, la razón por la que se impide el matrimonio entre pubertos se debe a que se pretende evitar matrimonios precoces. Es decir, para construir un matrimonio no basta con estar en buenas condiciones físicas, sino que también requiere de un buen desarrollo psicológico para que estas ayuden a la persona a entender y comprender sobre las responsabilidades que tendrá que asumir después del acto que va a realiza; así como de los deberes que

tendrá que cumplir para dar la garantía de que esa nueva familia se sostendrá hasta el final (Peralta, 2002, p. 163).

Entonces, el fundamento de prohibir el matrimonio entre los menores de edad responde a que estos no están listos para asumir la responsabilidad que implica el matrimonio.

A propósito de esto, Vásquez señala que “no pueden contraer matrimonio los impúberes, lo cual se basa precisamente en la falta de aptitud física, psicológica y económica de los contrayentes que no han alcanzado la pubertad legal” (1998, p. 210).

B. Los que tiene una capacidad restringida por el inciso 9 del artículo 44, salvo documento expreso o acción tácita de tener intención de casarse

Este inciso fue modificado el 04 de septiembre 2018 mediante el Decreto Legislativo N° 1384, de tal manera que no se evidencia comentario alguno por un jurista especializado, de tal suerte que, al analizar éste inciso se concluirá que existen diversos problemas que el legislador no ha tomado en cuenta al consignar su modificación.

Para empezar, el inciso establece la permisión de que la pareja sentimental de quien ha caído en coma y que además haya designado a un representante para la toma de sus decisiones en el estado antes descrito (según el inciso 9 del artículo 44 del C.C.) pueda solicitar y permitírsele la celebración del matrimonio, si es que se ha evidenciado de manera fehaciente la manifestación de voluntad (artículo 141 del C.C.) sea expresa o tácita.

De esa manera se hará un análisis exhaustivo respecto a cada declaración o intención del mencionado inciso. Cuando se refiere a la permisión de la pareja quien está en

estado de coma para solicitar la celebración del matrimonio implica que dicha persona goce de una total potestad a fin de constituirse cónyuge final y pueda acceder a los derechos civiles, penales y constitucionales que deriven de la relación jurídica.

Para que pueda ser aceptado por las autoridades, de hecho, debe cumplir cuatro requisitos:

(1) que una persona de la pareja sentimental haya ingresado en estado de coma.

(2) Que la persona que ha sufrido estar en estado de coma haya tenido previamente como una especie de curador, representante legal o un administrador judicial y se afirma estos tres estados, porque la norma no es clara, ya que para ser curador se debe cumplir con lo que estipula el artículo 565 del C.C. el cual designa que solo son capaces de tener curador, aquellos que están en relación y coordinación entre el inciso 1 al 8 del artículo 44 del C.C., de tal suerte que no se puede nombrar curador apelando al inciso 9.

De igual forma, si lo consideramos administrador judicial, tal como sucede con los casos que estipula el artículo 54 del C.C., esto es cuando existe declaración de ausencia, tiene la potestad solo de administrar sus bienes tal como lo prescribe el artículo 55 del C.C.

Y si es representante legal, es más entendida para las actividades de negocios o situaciones con relevancia jurídica por no estar presente el representado por diversos motivos, pero al mismo tiempo éste último es conocedor de la voluntad representada en un tercero el cual puede revocar en cualquier momento si así lo desea (149 y 151 del C.C.), sin embargo, al ser una representación, de hecho, está ligado a dos grandes artículos: 153 y 155 del C.C., ya que estos dos artículos encomiendan que con excepcionalidad y exclusividad pueden hacer que una persona pueda delegar una determinada manifestación de voluntad sobre una situación jurídica patrimonial o extrapatrimonial.

Entonces al parecer, la representación legal es la que más se ajusta a lo que estipula el inciso 9 del artículo 44 del C.C, porque si lo desea puede hacer una representación irrevocable respecto a un determinado acto jurídico, como es el de que sí por a o b sucede algo, el tercero tendrá toda la potestad de representar su sí, en caso de que la pareja del que está en coma solicite la celebración del matrimonio.

(3) Que la pareja que no está en estado de coma solicite que se dé la celebración del matrimonio tanto a la autoridad competente para casar como al representante legal del que está en estado de coma.

(4) Que la manifestación de voluntad del que está en estado de coma haya evidenciado o bien (a) una manifestación de voluntad por escrito, es decir, una representación que aduzca su irrevocabilidad y manifestación de casarse, o bien (b) una manifestación de voluntad tácita, la cual se evidencia con que ambos hayan realizado los preparativos para la celebración de la boda.

Como se ha podido analizar, no ha sido de fácil interpretación, pero si se puede llegar a la conclusión de que quien solicite la celebración del matrimonio deba comunicarle no solo a la autoridad respectiva, sino al representante legal, quien además tenga o bien una representación irrevocable cuyo objeto sea la celebración del matrimonio, o bien que la autoridad respectiva haya evidenciado la intención de casarse entre la mencionada pareja, sin embargo, para ésta última acción, ya no sería prescindible consignar a un representante legal, porque el acto sería eminentemente unilateral por así decir, ya que la otra parte solo debe solicitar a la autoridad respectiva y que éste último corrobore que sí tenían intenciones de casarse con acciones con dicho propósito.

Por todo lo dicho, es que cuestionamos: (i) la irrevocabilidad de la representación, porque no permite al quien será futuro cónyuge dar marcha atrás o evaluar su futura condición, ya que al estar en estado de coma pudo haber cambiado de opinión, pues, por ejemplo, basta haber escuchado no solo en la vida real, sino que hasta en novelas o series de que al final cuando ya todo se ha realizado y solo resta decir: sí, acepto, terminan afirmando expresa o tácitamente que no tienen intención de casarse. De esa manera, decimos que, si se trata de actos patrimoniales es posible brindar una representación irrevocable, pero en el caso de acciones extrapatrimoniales, la responsabilidad es más fuerte, ya que sus relaciones jurídicas tienen que ver con la esfera personalísima de un ser humano, y así como tiende a fallar constantemente, también no se le debe plantear una irrevocabilidad.

(ii) Las repercusiones civiles que acarrea el hecho de que uno de los cónyuges, en específico, el que está en estado de coma, ya sea de manera expresa o tácita tenga que estar casado sin haber mostrado un sí hasta el último momento, acto por el cual no es sencilla su disolución, porque no se puede remediar mediante la anulabilidad, ni nulidad, ni mucho menos aplicar los remedios del acto jurídico como son la resolución y la rescisión en una obligación, porque la celebración de matrimonio, no se trata de una relación patrimonial, sino que es puramente extrapatrimonial y ello lo vuelve más delicado aún, porque para la disolución, es decir, en su modalidad de separación o divorcio debe aplicarse el artículo 333 del C.C., como al mismo tiempo que ya casados, la pareja que no está en estado de coma obtenga los derechos sucesorios, reales, personales (como el nombre), entre otros.

(iii) La manifestación expresa o tácita por representación legal jamás podrá equiparse a la manifestación real donde se evidencia el 100% de su real sentir.

Entonces, el debate aún sigue abierto, solo que en este apartado no es el lugar indicado para resolver las inquietudes o problemáticas que está acarreado actualmente este inciso.

C. Los casados

Este es acaso el impedimento con una justificación más sobria. Se encuentra regulado en el quinto inciso del artículo 241° del Código Civil peruano, y tiene como finalidad limitar el matrimonio a personas que ya se encuentren en un vínculo matrimonial vigente.

Peralta observa la base se encuentra en la monogamia, esto es aceptado por los pueblos civilizados, como algo universal en la familia; lo contrario a esto sería que se acepte la poligamia que para nada es propio o digno de los sistemas jurídicos actuales y contemporáneos (2002, p. 167).

Entonces, es la monogamia el fundamento de este impedimento absoluto. En efecto, pues, se generaría una suerte de afectación al orden social y las buenas costumbres en caso se aceptar el matrimonio entre casados.

1.6.2.1.3.2. Impedimentos relativos

En el artículo 242° del Código Civil peruano regula los impedimentos absolutos. Son siete en total los impedimentos relativos: i) Los consanguíneos en línea recta; ii) los consanguíneos en línea colateral; iii) los afines en línea recta; iv) los afines en el segundo grado de línea colateral; v) el adoptante y adoptado; vi) el condenado por homicidio a cónyuge y; vii) el raptor con la raptada.

A. Los consanguíneos en línea recta

El artículo 242° del Código Civil peruano señala en su primer inciso que no puede existir matrimonio entre consanguíneos; esto es, que este impedimento deviene dicho matrimonio en nulo.

Desde la perspectiva de Peralta, se prohíbe el matrimonio entre parientes, es decir, entre un padre con su hija, así como el de una abuela con su nieto, etc. Planiol y Ripert nos dicen que el incesto no es aprobado, ya que se está violando una ley natural (2002, p. 167).

También se aplica ello a hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Por esto, aquellos en línea recta, sin perjuicio de su calidad jurídica, por esto, el tema de extramatrimoniales. Incluso también se aplica ello en hijos extramatrimoniales no reconocidos (2002, p. 167)

También se aplica ello a hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Por esto, aquellos en línea recta, sin perjuicio de su calidad jurídica, por esto, el tema de extramatrimoniales. Incluso también se aplica ello en hijos extramatrimoniales no reconocidos (Peralta, 2002, p. 167).

B. Los consanguíneos en línea colateral

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 242° del Código Civil peruano, se prohíbe el matrimonio entre consanguíneos que se encuentren también la línea colateral, siendo ello extensivo hasta el segundo y tercer grado.

Peralta señala que otra de las maneras en la que se prohíbe el matrimonio entre parientes es estar dentro del segundo y tercer grado de consanguinidad, es decir, entre hermanos dentro y fuera del matrimonio o de un tío y su sobrina, etc. (2002, p. 168).

En caso de que un matrimonio se lleve a cabo entre estas personas, este tendrá que necesariamente ser declarado un matrimonio nulo.

C. Los afines en línea recta

El inciso tercero del artículo 242° del Código Civil peruano tiene la finalidad de consignar como impedimento matrimonial a los afines en línea recta, es decir a aquellos familiares que se han constituido como tales como consecuencia de un vínculo matrimonial precedente.

De acuerdo con Peralta, se entiende que los parientes ascendentes y descendentes de los esposos están limitados a contraer nupcias, estos son los suegros con sus nueras o las suegras con sus yernos, etc. (2002, p. 168).

Esto se debe a que el matrimonio siempre termina produciendo parentesco en el aspecto de la afinidad con respecto de los cónyuges frente al otro. Por este motivo, cada uno de los cónyuges se encuentra en una misma línea y grado de parientes por afinidad con el otro por consanguinidad. No termina esta línea de afinidad cuando los cónyuges se han separado.

D. Los afines en el segundo grado de línea colateral

El artículo 242° del Código Civil peruano, en su inciso cuarto también consigna como impedimento matrimonial a los vínculos familiares por afinidad que se constituyan en segundo grado de línea.

Peralta señala que se hace lo necesario para impedir un matrimonio entre un cuñado con una cuñada, siempre y cuando este lazo se dio por divorcio y el ex esposo vive, vale decir que estas nupcias serán totalmente lícitas si la anterior pareja fallece. El propósito es evitar la infidelidad de uno de los cónyuges con el hermano de su esposa o viceversa después del divorcio, muy aparte de garantizar los intereses de los hijos,

ya que sería el mejor reemplazo de padre o madre el hermano o hermana del esposo fallecido (2002, p. 169).

Este impedimento genera una limitación a contraer matrimonio por afinidad. La ley genera también un impedimento en aquellos casos en los que existe un segundo grado de línea colateral incluso después del divorcio.

E. El adoptante y el adoptado

Del mismo modo que se limita los vínculos familiares para contraer matrimonio, también se limita aquellos vínculos que devienen de una construcción social, como es el caso de la adopción y la muestra de su impedimento, como muestra el artículo 242° del Código en su inciso quinto.

Peralta señala que se prohíbe el matrimonio de un adoptado con su adoptante, así como del adoptado con los hijos de este, al igual que les está prohibido a los parientes que se encuentran en la línea recta y la colateral dentro del segundo y tercer grado del adoptado, salvo que por motivos de fuerza mayor un juez les brinde la autorización correspondiente al del tercer grado, esto también podría darse a los parientes que se encuentran en la línea recta y la colateral en el segundo grado, siempre y cuando la unión matrimonial se dio por divorcio y el ex cónyuge está vivo (2002, p. 169).

Este tipo de impedimento, como se ha mostrado, tiene como finalidad prohibir el matrimonio entre aquellos que han generado una relación de adopción y a los familiares que se ven influidos por ello.

F. El condenado por homicidio a cónyuge

Como sexto impedimento de contraer matrimonio, puede hallarse a lo consignado en el sexto inciso del artículo 242° del Código Civil, cuando este señala que no pueden contraer matrimonio entre sí el condenado por homicidio de su cónyuge y un tercero.

Peralta ha observado que no se puede llevar a cabo el matrimonio del condenado por haber sido participe del homicidio de uno de los cónyuges, por tanto, el personal de investigar estos casos facilitara el casamiento de estos y quitaran el delito de homicidio culposo, de esa manera no habría manera de impedir dicho matrimonio y puedan contraer segundas nupcias (2002, p. 171).

Debe comprenderse que, cuando el Código Civil peruano establece que este tipo de impedimento se funda en un razonamiento de protección de la vida, se está enfatizando solo a aquellos crímenes que se han cometido con dolo.

G. El raptor con la raptada

Como último impedimento relativo del artículo 242° del Código Civil, se tiene que no pueden contraer matrimonio el raptor y su raptada.

Peralta ha señalado que el rapto es el robo de una persona de su domicilio o de cualquier lugar donde se encuentre esta, ya sea con violencia o con amenazas, con el fin de tener contacto sexual o contraer matrimonio. Por ello, es que la ley considera al rapto como aquella acción que se dio por violencia y en contra de la voluntad de la persona (2002, p. 171).

En este sentido, debe comprenderse que, por este impedimento, una persona no puede casarse con quien le ha raptado, ni viceversa. Ello se debe a que es muy común que el raptor y el raptado generen vínculos emocionales e incluso afectivos por la convivencia subyacente en este fenómeno, entonces, no es ético que estas personas contraigan matrimonio.

1.6.2.2. Derecho de igualdad ante la ley

1.6.2.2.1. Derechos fundamentales

El hombre, por ser hombre, es sujeto a valores inherentes que desprecian cualquier dimensión de su condición, por este motivo los hombres deben ser tratados en el respeto de estos valores que son el pilar de la humanidad.

García señala:

El término “derecho fundamental” fue creada por los alemanes en el siglo XIX (“Grundrechte”), quienes lo pusieron en práctica por primera vez, en la constitución de 1848 aprobada por la Asamblea Nacional en la Paulkirche de Frankfurt, “Los Derechos Fundamentales del Pueblo Alemán” (2012, p.22).

Al ubicarnos en el contexto peruano, nuestra Carta Constitucional de 1823 desarrolló una serie de derechos que protegían principalmente a la igualdad, libertad y seguridad social; situación que no abordaba todos los aspectos de la realidad, por lo que las modificaciones no cesaron hasta la constitución de 1979, que generó división en los poderes estatales.

La doctrina ha procurado definir los derechos fundamentales de la siguiente manera:

Agrupar a todos los derechos humanos que están reconocidos en el ordenamiento positivo, que tiene características de ser y son de respeto para la dignidad. Son intransferibles, inviolables, no se puede renunciar a ella, son integrales, así como efectivos, ya que el hombre, la sociedad y el Estado la garantizan.

También, su fundamentalidad hace que los derechos constitucionales sean incluidos en el texto constitucional (Chaname, et. al. 2009, p. 442).

Los derechos fundamentales pueden ser observados de manera objetiva y subjetiva.

Objetivamente, los derechos fundamentales están inspirados en categorías que respetan la libertad, la igualdad, la democracia; en cambio, subjetivamente, los derechos fundamentales son derechos de todos los hombres por el hecho de ser hombres, y que no pueden ser vulnerados (Nogueira, 2003, p. 54).

Peces ha dicho que los derechos fundamentales tienen una condición estrictamente jurídica, pues al hablar de este tipo de derechos no se alcanza la exactitud sobre su contenido.

Perez ha dicho:

Consecuencia de una doble agrupación, por un lado, se tiene a la tradición filosófica humanista, representada por el *iusnaturalismo* democrático, que tiene la protección de libertades constitucionales con el Estado de Derecho; por otro lado, está representada como un ente mediador de síntesis, con las libertades tradicionales y con el sistema de necesidades económicas, culturales y colectivo cuya deleite y amparo se rigen a los derechos sociales (1986, pp. 43 - 44).

Para concluir con el tema de los derechos fundamentales, deberíamos mencionar ciertas características que Chaname describe acertadamente:

- a) UNIVERSALES. Esto corresponde a todos los seres humanos, con el mando de formas de convivencia política, así como las diferencias accidentales y no afectantes de la condición humana (edad, sexo, estatura, ocupación, etc.). Así como independientemente de nuestras diferencias de todo tipo, los seres humanos compartirían entre ellos los mismos derechos.

- b) **ABSOLUTOS.** Es un requerimiento constitutivo e importante para los seres humanos. Por ello, es que no pueden ser objetos de anulación bajo ningún motivo. Si no por el contrario deben de ser satisfechos en su goce y completo ejercicio.
- c) **INALIENABILIDAD.** Esto es irrenunciable. Existen constitutivamente al margen del auto-conocimiento de los seres humanos para su goce debido a su carácter óptico a que determinan el significado de ser identificado como un ser humano no es posible “*renunciar*” a su goce. Es decir, no pueden ser objeto de disposición; por ende, no se encuentran al arbitrio de ningún tipo de tráfico canje o intercambio.
- d) **IREVERSIBILIDAD.** Su titularidad es irrevocable y perpetua su existencia es permanente en la especie humana. (...)
- e) **INTERDEPEDENCIA.** El plexo de los derechos fundamentales tiene interrelación. Entre todo se deben mutuamente referencia y trato conectivo para su cabal goce (...).
- f) **INMUTABILIDAD.** El plexo de los derechos fundamentales es indeleble y no mutable, ya que la naturaleza humana no cambia ni varia en el tiempo (2009, p. 444).

1.6.2.2.2. Igualdad ante la ley como derecho de no discriminación

Dentro de los derechos fundamentales la igualdad ante la ley es de relevancia que no puede pasar desapercibida, razón por la que debe promocionarse su respeto.

García por su parte, entiende que la igualdad se plasma en un trato igual a los iguales, por lo que la desigualdad se entiende como el tratamiento diferenciado por parte de la ley o la jurisdicción a dos personas que se hallan en una similar condición (2008, p. 112).

La igualdad procurará, por ende, brindar el mismo tratamiento a dos fenómenos iguales (García, 2008, p. 112).

También destaca la óptica de Chappuis, al considerar que la igualdad ante la ley refiere a un principio reconocido en la constitución que otorga a la colectividad la capacidad de ser partícipes de los derechos con igualdad y sin discriminación (1994, p. 15).

También tenemos a Huertas que analiza a la igualdad como aquel derecho encargado de garantizar que, absolutamente todas las personas sean tratadas de la misma forma en una interacción entre el estado y la sociedad, razón por la que se reconoce tres postulados en este derecho:

El derecho a la igualdad implica el trato igual entre los iguales.

La discriminación implica un trato desigual entre los iguales.

La diferenciación implica un trato desigual entre los desiguales (2003, 308).

En base a ello, Huerta considera que el estado se convierte en un ente discriminador cuando legisla normas que en sí mismas son discriminadoras, siempre que dichas normas traten con desigualdad a determinados grupos (2003, p. 308).

Eguiguren aporta una perspectiva desde la Constitución señalando:

Al empezar este tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene señalar que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a todo ser humano el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación (1997, p. 63).

Se puede observar el papel discriminador del Estado al legislar, así Huerta expresa:

El derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación se invocan principalmente para que el Estado no lleve a cabo un trato desigual entre las personas, lo que puede manifestarse de diferentes maneras. Así, por ejemplo, el Estado atenta contra el derecho a la igualdad cuando a través de sus órganos con potestad normativa emite una norma discriminatoria, o cuando a través de sus órganos jurisdiccionales adopta resoluciones contrarias a este derecho. La discriminación por parte del Estado también se manifiesta cuando a través de los diferentes órganos del gobierno nacional, o de los gobiernos locales o regionales, se adoptan medidas de carácter discriminatorio (2003, p. 313).

Se ha observado que la igualdad parte de presupuestos éticos, razón por la que no debe ser un derecho menospreciado, sin perjuicio de ello no puede limitarse la comprensión de la igualdad como valor, sino que también este principio se encuentra inmiscuido en cuestiones económicas, políticas y sociales (Chappuis, 1994, p. 16).

De manera taxativa, la igualdad ante la ley se protege en el artículo 2º del cuerpo normativo constitucional:

Todo ser humano tiene derecho:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Ramírez considera que en el proceso de evolución histórica de la humanidad la igualdad ha sido un resultado inevitable, por lo que distintos sectores sociales han mejorado pues solían marginarse políticamente y eran discriminados económica, cultural y políticamente (2008, p. 29).

Al respecto, Huerta se ha dado cuenta que son dos aspectos los que comprende el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación (2003, p. 309). En esta parte de la investigación, hemos enfocado todo nuestro interés en la preservación del derecho a la no discriminación, cuya concentración es que a dos iguales se les debe tratar de la misma forma y a dos desiguales, otorgando un privilegio a favor del más débil. En cualquier otra circunstancia, la discriminación estará generando una afectación negativa a las partes que es de necesario rechazo.

1.6.2.2.3. Igualdad ante la ley en la construcción de la institución jurídica matrimonial

La tarea de construcción de instituciones jurídicas no es fácil. Por el contrario, la dificultad que ocasiona ser cuidadoso al momento de legislar un determinado instituto, para que este no sea lesivo de derechos fundamentales es una tarea compleja de concienzudo análisis del fundamento de lo que se quiere proteger.

En el contexto doctrinario se genera un perjuicio cuando un instituto jurídico se construye sin garantizar la igualdad de los participantes del mismo, porque la igualdad debería defenderse en un sentido amplio y no solo como un fenómeno que protege la no discriminación; asimismo, debería legitimarse mecanismos para erradicar toda situación desigual al momento de legislar (Huerta, 2003, p. 309).

Cuando hablamos de la igualdad ante la ley que tiene que estar presente al momento de construir instituciones jurídicas, estamos refiriéndonos a que, en el momento que un instituto jurídico es reconocido por la legislación nacional, en cada uno de los artículos normativos, el legislador debe tener en cuenta que todos ellos están destinados en otorgar igualdad de oportunidades para su acceso mientras que prevalezca la finalidad de la institución jurídica. Es decir, siempre que se pretenda un acceso igualitario a una institución jurídica, la única razón por la que tendría que ejercerse un tratamiento diferenciado debiera ser el que dicho comportamiento no satisfaga la finalidad del instituto.

Los alcances de constitución permiten observar dos tipos de igualdad: ante la ley y en la ley, este último limitando el comportamiento al legislar; por lo que es incorrecto aprobar cualquier ley ante la igualdad de las personas, asimismo, la igualdad también debe observarse en la aplicación y construcción de la ley (Eguiguren, 1997, p. 64).

En el caso *Máximo Yauri*, el Tribunal Constitucional en su sentencia 0031-2004-AI/TC, ha dicho sobre la igualdad lo siguiente:

La igualdad como límite para la actuación estatal (**ámbito legislativo**, administrativo y jurisdiccional).

La igualdad como mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético caso de arbitrariedad en el ejercicio del poder.

La igualdad como impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (diferenciación atentatoria a la dignidad de la persona).

La igualdad como pauta basilar al accionar del Estado, para que remueva los obstáculos políticos o sociales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los seres humanos.

Podemos observar que la postura del Tribunal Constitucional es la de proteger el que la construcción de la ley se elabore teniendo en cuenta otorgar igualdad a quienes participen de la legislación. En este sentido, nuestro enfoque es que debe cumplirse con la finalidad de la institución jurídica para que se otorgue un trato igualitario a los intervinientes.

Por tener un ejemplo, enfoquémonos en la institución jurídica de la Responsabilidad Civil. En la Responsabilidad Civil, la finalidad de este instituto es satisfacer a la víctima. Toda la construcción de los dispositivos normativos que regulan la Responsabilidad Civil tienen como finalidad satisfacer su finalidad: resarcir a la víctima. Entonces, se tiene que dar a todos los sujetos intervinientes en los fenómenos de responsabilidad civil las mismas herramientas para que se cumpla con esta finalidad. ¿Puede existir un trato diferenciado? Evidentemente, sí, pero solo cuando la justificación sea el incumplimiento de la finalidad de la institución. La inversión de la carga de la prueba es un trato diferenciado que la responsabilidad civil da al demandado. La justificación para invertir la carga de la prueba y con esto dar un trato diferenciado al demandante es que se cumplirá de mejor forma con el resarcimiento de la víctima si se presume la culpabilidad del demandado, dándole así un trato diferenciado justificado. En el caso de que la diferenciación perturbe el cumplimiento de la finalidad del

fenómeno que se discuta, esta es injustificada y por ende reprochada por la igualdad ante la ley.

¿Qué sucede con el matrimonio?, ¿cuál es su finalidad? Para esto, debemos recapitular lo que ya se expuso en el punto 1.6.2.1.2. del Marco teórico. El matrimonio solía verse como un fenómeno en el que se busca la preservación de la especie. Sin embargo, en la actualidad, el matrimonio debe observarse de manera holística, como un fenómeno que permita que se conforme una familia que, a su vez, tiene una multidimensionalidad de factores.

El matrimonio es la base de la conformación de una familia, por ende, toda la legislación del matrimonio, desde sus formalismos hasta sus impedimentos, debe permitir que se logre la conformación de la familia. Ya no debemos pensar que las personas se casan solo para tener hijos, pues, como se ha descrito, en la actualidad es muy común observar familias diferentes al modelo tradicional de padres e hijos. Se tienen familias monoparentales, familias anti natalistas en las que los cónyuges deciden no tener hijos, familias que prefieren optar por la adopción, entre otros modelos familiares.

En conclusión, la legislación ya no debe buscar simplemente proteger la reproducción como base del matrimonio, sino que debe proteger el que dos personas puedan casarse para conformar una familia. La igualdad que debe estar presente en la ley es para que la regulación legislativa del matrimonio promueva el acceso de todos los hombres al matrimonio siempre que se cumpla con la finalidad de que sean un hombre y una mujer para formar una familia, frente a lo dicho, lo mismo sucede que si se le brinda una ventaja sin justificación a uno de los futuros cónyuges de que puede existir un matrimonio si uno de ellos con anterioridad ha brindado una manifestación de voluntad expresa o tácita antes de haber ingresado en coma, por

lo que el otro cónyuge mal intencionado puede aprovechar circunstancias para hacer valer un matrimonio con sus efectos legales, el cual es motivo de esta tesis .

1.6.3. Marco conceptual

Los conceptos definidos a continuación serán desarrollados a partir del diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas:

Contagioso: Transmisible por contagio o mediante influjo. Enfermedad contagiosa.

Contaminación, propagación de las enfermedades; y, en especial, cuando es de una a otra persona. Evitarlo, además de obligación individual, constituye objetivo de la sanidad e higiene públicas, servicios de todo Estado moderno (Cabanellas, 2001, p. 324).

Crónico: Habitual o de larga duración, referido a enfermedades, males y vicios.

Ajustado a permanencia prolongada e incluso perpetuidad. Con padecimiento o vicio habitual (Cabanellas, 2001, p. 420).

Discriminación: Hasta no hace mucho, en que encontró indulgencia académica, se consideraba indisculpable anglicismo por diferencia, diferenciación o desigualdad. Diferenciar o distinguir cosas o situaciones entre sí. Tratar con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales (Cabanellas, 2001, p. 271).

Enfermedad: Alteración más o menos grave de la salud, que provoca anormalidad fisiológica o psíquica, o de ambas clases a la vez, en un individuo. En sentido figurado, pasión dañosa. Dentro de la patología, la distinción más importante para el Derecho es

la de las enfermedades morales o mentales y la de las físicas o corporales. Las primeras pueden modificar la voluntad y anular el consentimiento; con la consiguiente incapacidad para contratar o la nulidad de lo convenido. Para el derecho Penal, las enfermedades mentales constituyen, según su intensidad y efectos, exención o atenuante de la pena (Cabanellas, 2001, p. 458).

Igualdad: Conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidente. Correspondencia, armonía, proporción entre los elementos integrantes de un todo. Trato uniforme en situaciones similares. Ausencia de privilegio, favor o preferencia (Cabanellas, 2001, p. 335).

Prole: Hijos u otros descendientes. La voz permite un uso cauteloso conveniente para las leyes, ya que lo mismo se refiere a uno que a varios descendientes (Cabanellas, 2001, p. 453).

Trasmisión: Declaración de algo a otro. Enajenación. Traspaso. Transferencia. Dejeción o renuncia de un derecho. Propagación (Cabanellas, 2001, p. 94).

1.7. HIPÓTESIS

1.7.1. Hipótesis general

El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7.2. Hipótesis específicas

El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil **se relaciona negativamente** con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano

El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil **se relaciona negativamente** con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7.3. Variables

1.7.3.1. Variable independiente

Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano

1.7.3.2. Variable dependiente

Derecho de igualdad ante la ley

1.8. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DEFINICIÓN	DIMENSIONES	INDICADORES
Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano (Variable 1)	Señala que personas que padezcan enfermedades contagiosas por herencia y crónicas no pueden contraer matrimonio.	Enfermedad crónica	La tesis al mantener una NATURALEZA DOGMÁTICA JURÍDICA, es decir, de analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPIRICOS
		Enfermedad contagiosa	
		Enfermedad trasmisible por herencia	
Derecho de igualdad ante la ley (Variable 2)	Derecho constitucional que señala que todos deben ser tratados de la misma forma por la ley.	Derecho de no discriminación	
		Igualdad ante la ley	

La variable 1: “Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano” se ha correlacionado con las dimensiones de la variable 2: “Derecho de igualdad ante la ley” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

Primera pregunta específica: Variable 1 (Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano) + Dimensión 1 (Derecho de no discriminación) de la variable 2 (Derecho de igualdad ante la ley)

Segunda pregunta específica: Variable 1 (Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano) + Dimensión 2 (Igualdad ante la ley) de la variable 2 (Derecho de igualdad ante la ley)

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.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Variable 1 (Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano) y la variable 2 (Derecho de igualdad ante la ley), por ello es que la pregunta general de la presente tesis es:

¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil afecta al derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano?

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Métodos generales

Como método general es nuestra intención la utilización de la hermenéutica como forma para interpretar la investigación en todos sus extremos. Para ello, como lo explican Gómez Adanero y Gómez García (2006): “(...) no rechazamos 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); sino que se entiende que la reflexión humana es parte del proceso constructivo del conocimiento que no puede alejarse de la ciencia.

Una vez advertido el método general, debemos señalar que ello fue usado para la interpretación del Inciso 2º del artículo 241 del Código Civil peruano y Derecho de igualdad ante la ley, por lo que, aunque pretendamos encontrar objetividad, no nos podremos alejar de percepciones subjetivas que otorguen mayor argumentación a la ciencia.

2.1.2. Métodos específicos

Es común que el derecho haga utilización de la hermenéutica jurídica porque es una categoría de la interpretación en general, para ello, la exégesis desempeñó un papel importante en el conocimiento de cuál es la voluntad del legislador (Miró-Quesada, 2003, 157).

Además, recurrimos a la sistemática lógica puesto que a veces aislar el conocimiento no es un hecho productivo, sino que deviene de vínculos de independencia, cuando el derecho debe comprenderse más bien como un unísono (Miró-Quesada, 2003, 157).

Tanto la interpretación exegética como la sistemática lógica, fueron de utilidad con los artículos referidos al Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano y Derecho de igualdad ante la ley.

2.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La naturaleza de la tesis sugiere ser un tipo de investigación básica o fundamental (Carrasco, 2013, p. 49), ya que se encargó de incrementar en la teoría jurídica los conocimientos de las instituciones jurídicas de Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano y Derecho de igualdad ante la ley.

En este sentido, la tesis es básica porque al profundizar y escudriñar los artículos que ya han sido mencionados en el apartado 4.1.2. Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano y Derecho de igualdad ante la ley, se está aclarando y profundizando los tópicos acerca de esas dos variables, se está aportando conocimientos no solo para la comunidad de doctrinarios o cualquier interesado respecto a los temas mencionados, sino que sobre todo se hizo para la comunidad jurídica de investigadores y puedan ser ellos los que hagan el respectivo debate.

2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Cuando nos hallamos en los niveles de una investigación, el nivel correlacional es aquel que analiza la relación de un fenómeno académico con otro (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82), por ende escogemos este nivel para nuestra tesis; porque en el proceso de la tesis se detalló cómo se relacionan cada uno de los elementos esenciales sobre cada institución

jurídica: Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano y Derecho de igualdad ante la ley, a fin de saber la posible afectación una frente a otra.

Ahora bien, decimos que es correlacional, porque manifestó las características de cada un variable y se sometió a una relación para examinar su compatibilidad o semejanzas para tomar decisiones de que, si éstas guardan consistencia a futuro o no, en caso de no serlo, afirmaremos que su influencia será negativa, pero si hay relación, diremos pues que su relación es predictiblemente positiva.

2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación no podría arriesgarse a la experimentación por lo que es un diseño observacional, debido a que no se manipularon las variables de investigación, sino al contrario solo extraer las características principales del fenómeno a fin de relacionarlas (Sánchez, 2016, p. 109).

Al decir que no se manipuló variables, estamos llegando al acuerdo de que no se experimentaran sus características de las variables una frente a otra, o con algún instrumento, sino que se trabajará con características ya dadas a fin de examinar sus potencialidades y sus predictibilidades a futuro.

2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

En una tesis de enfoque cualitativo (que analiza propiedades y dimensiones de las variables, que en este caso son Inciso 2° del artículo 241 del Código Civil peruano y Derecho de igualdad ante la ley) es impertinente desarrollar población y muestra.

2.6. TÉCNICAS Y/O INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.6.1. Técnicas de recolección de datos

Se utilizó como técnica de investigación al análisis documental que consiste en analizar textos doctrinarios de los cuales se extraerá información que resulte relevante para la presente investigación. El análisis documental es una operación basado en el conocimiento cognoscitivo que permite elaborar un documento primario mediante otras fuentes primarias o secundarias, las cuales actúan como intermediario o instrumento de búsqueda entre el documento original y el usuario que solicita información a fin comprobar una determinada hipótesis (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

2.6.2. Instrumentos de recolección de datos

Para el caso de nuestra investigación hemos utilizado las fichas textuales, de resumen y las bibliográficas a fin de recrear un marco teórico de acuerdo a las necesidades de la interpretación que demos de la realidad y de los textos.

2.7. PROCEDIMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Recolectamos la información como ya se ha advertido a través de las fichas documentales: textuales, de resumen y bibliográficas, pero también fue mediante un análisis formalizado o de contenido, esto es que para que se pueda disminuir la subjetividad y consecuentemente la interpretación nos dirigiremos a analizar propiedades exclusivas y más importantes de cada variable para sistematizarla y formar un marco teórico sustentable (Velázquez & Rey, 2010, p. 184), saturado y coherente.

2.8. TÉCNICAS Y ANÁLISIS DE DATOS

El procedimiento fue a través de la argumentación jurídica ya que cuando se trata de información documental, indudablemente existirán premisas y conclusiones, de las cuales se debe observar una serie de propiedades, las cuales según Aranzamendi (2010, p. 112) debe ser:

(a) Coherentemente lógico, basándose en premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonable, que a través de motivaciones suficientemente justificables se llega a conclusiones materiales y formales; (c) idóneo, las premisas deben tener y mantener una posición; y (d) Claro, que no lleve a un tipo de interpretación ambigua o que se preste a múltiples interpretaciones, sino que sea una información conclusiva entendible.

CAPITULO III: RESULTADOS

3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La hipótesis uno ha sido: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO.- La presente investigación ha recabado información sobre un fenómeno de estudio de vital importancia, puesto que, aunque su relevancia se haya menospreciado al considerarse parte de un figura jurídica de leve trascendencia, nos encontramos frente a un fenómeno que necesariamente debe ser abordado a partir de dos ópticas: i) la igualdad como derecho constitucional, y; ii) la igualdad como parte del derecho matrimonial.

Cuando abordamos estas dos aristas, estamos siendo partícipes de una perspectiva en la que el acceso a un vínculo matrimonial no debe ser menospreciado, sino que debe reconocerse que su importancia va más allá del mero deseo de casarse, puesto que el matrimonio es el ápice primero de la conformación de una familia.

Teniendo ello en cuenta, para que la comprensión de lo que la investigación ha descubierto sea una comprensión integral, tenemos que sistematizar la información obtenida y organizarla para el mejor devenir de la tesis. Es por esto que nos encontramos en la necesidad de abordar el contenido del inciso 2° del artículo 241° del Código Civil desde su contexto, para luego detallar la información contenida en el derecho a la igualdad con especial enfoque en la no discriminación.

SEGUNDO.- Para una comprensión integral del inciso 2° del artículo 241° del Código Civil, nos encontramos en la imperativa necesidad de contextualizar su contenido a partir de la familia.

La familia es una institución jurídica que no ha nacido precisamente en el derecho. La familia halla su origen en la antigüedad, cuando las civilizaciones comenzaron a organizarse y agruparse para el logro de un fin común. Es por eso que las familias más antiguas no eran sino el resultado de pequeñas comunidades que no necesariamente tenían vínculos exclusivamente consanguíneos; esto es, las familias en la antigüedad podían extenderse a ser familias conformadas por abuelos, padres, hijos, primos, sobrinos e incluso personas sin vínculo consanguíneo que pertenecían a la organización económica de la población. Empero, ya en conceptos más actualizados de la antigüedad, la familia, en su estatus más sofisticado, se concibió como un grupo de personas conformadas por la voluntad de Dios. Entonces, la familia se veía como un instituto sagrado de la sociedad, que tenía valores y principios incorruptibles para el logro de los fines de la humanidad misma.

Sin perjuicio de que la familia en la antigüedad se haya observado con estrecha rigidez, a tal punto de creer que no es posible la conformación de una familia que no tenga en cuenta su vínculo sagrado con Dios, en la actualidad, la familia se observa como un instituto eminentemente jurídico; por lo que es posible hablar de familias que se construyen de manera alternativa al modo tradicional en el que un hombre y una mujer se agrupaban con la finalidad de reproducirse, teniendo actualmente familias monoparentales o familias de la corriente anti natal, es decir, familias que deciden no tener hijos. Sin embargo, en el sentido de que la familia es una institución jurídica, comúnmente tendrá que ser comprendida a partir de las reglas del derecho. Es evidente, claro está, que, al ser la familia una institución jurídica es base para la atribución de derechos y deberes a los miembros de la misma.

TERCERO.- La forma convencional a través de la cual una familia se conforma, es decir, la forma protocolar de conformación familiar, es a través de que dos personas se unan, construyan un vínculo romántico, que posteriormente consoliden en un acto matrimonial.

Es cierto que hay familias en las que los padres nunca contraen matrimonio, pero el derecho debe ser promotor de los formalismos, por ende, el derecho debe siempre promover la formalización de la familia mediante el vínculo matrimonial. Es pues el matrimonio la base de la conformación familiar.

El matrimonio ya se ha visto definido de la manera previamente expuesta y aunque en el pasado se ha llegado a discutir sobre su naturaleza, generándose una riña para descubrir si el matrimonio es un contrato para toda la vida, un contrato generador de obligaciones, o un acto jurídico de efectos no matrimoniales, los investigadores de la presente tesis defendemos la idea de que el matrimonio es una institución jurídica generadora de derechos y deberes.

En síntesis, debemos definir el matrimonio como una institución jurídica que materializa la unión libre e igual en derechos entre un varón y una mujer, que genera derechos y deberes de índole personal y patrimonial, al constituirse como acto jurídico. El matrimonio avala sentimientos de las partes que lo contraen y se procura, en el matrimonio, satisfacer las necesidades de los cónyuges, siempre que estos asuman responsablemente los derechos y deberes que les hayan sido reconocidos con la celebración del vínculo matrimonial.

CUARTO.- Teniendo en cuenta que la familia es la base neurálgica de la sociedad y es el matrimonio el acto jurídico que da inicio a la conformación de una familia, no es posible pensar que cualquier persona, sin más, puede contraer matrimonio.

Evidentemente, teniendo en cuenta que el matrimonio conlleva a deberes propios del instituto jurídico para el cumplimiento de sus fines, y que estos deberes requieren de responsabilidad por parte de quien celebra el acto matrimonial debemos tener en cuenta que no cualquiera puede casarse. Por ejemplo, alguien que ya se ha casado anteriormente con una persona, no puede contraer matrimonio con otra, puesto que ello sería un claro acto de poligamia. De igual forma, un menor de edad de 13 años todavía no ha alcanzado la madurez suficiente para que se le asignen todas las responsabilidades a las que conlleva el contraer matrimonio. Por ello, también sería irresponsable atribuir a un menor de edad la facultad para que contraiga matrimonio. El legislador teniendo todo esto en cuenta y pensando cuidadosamente en los escenarios en los que sería irresponsable que dos personas contraigan matrimonio ha desarrollado una serie de presupuestos en los que las personas no pueden contraer matrimonio. Nos estamos refiriendo a los impedimentos matrimoniales.

Los impedimentos matrimoniales pueden ser clasificados en impedimentos matrimoniales absolutos, impedimentos matrimoniales relativos e impedimentos matrimoniales especiales. Dichos impedimentos están taxativamente descritos en el Código Civil peruano, en el Capítulo Segundo del Título I de la sección segunda del Libro de Derecho de Familia, específicamente en los artículos 241°, 242° y 243° del Código, conteniéndose en ellos los impedimentos absolutos, relativos y especiales respectivamente.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los artículos 242° y 243° del Código Civil no son fundamentales para la comprensión de nuestra investigación, nuestro análisis se centra en el artículo 241°, que regula a los impedimentos matrimoniales absolutos, especialmente del inciso 2 como explicaremos más adelante.

El artículo 241° del Código señala que no pueden contraer matrimonio los adolescentes, los que tiene una capacidad restringida por el inciso 9 del artículo 44, salvo documento expreso o acción tácita de tener intención de casarse y los casados. Anteriormente, también constituía un impedimento absoluto el ser ciego y sordo; sin embargo, viendo que es un acto discriminatorio, la Ley N° 29973 ha derogado este supuesto.

QUINTO.- Fuera de los demás impedimentos absolutos, el que ha llamado la atención de la investigación es el impedimento segundo, que permite el que contraigan matrimonio sobre aquella persona en estado de coma haya dejado con anticipación a un representante legal de manera expresa o tácita la intención de casarse.

De acuerdo al inciso 2° del artículo 241° del Código Civil, se debe cumplir con 4 requisitos para que pueda casarse una pareja cuando el otro o la otra estén en estado de coma, los cuales son:

- (1) Que una persona de la pareja sentimental haya ingresado en estado de coma.

(2) Que la persona que ha sufrido estar en estado de coma haya tenido previamente como una representación legal, la cual puede ser una representación con o sin revocación respecto a la voluntad de casarse.

(3) Que la pareja que no está en estado de coma solicite que se dé la celebración del matrimonio tanto a la autoridad competente para casar, como al representante legal del que está en estado de coma.

(4) Que la manifestación de voluntad del que está en estado de coma haya evidenciado o bien (a) una manifestación de voluntad por escrito, es decir, una representación que aduzca su irrevocabilidad (o no) con la manifestación de casarse, o bien (b) una manifestación de voluntad tácita, la cual se evidencia con que ambos hayan realizado los preparativos para la celebración de la boda.

SEXTO.- El derecho a la igualdad es uno de los rasgos más fundamentales de la naturaleza humana. El afán de todos los hombres de ser reconocidos como parte de la sociedad, con lo que les son garantizados derechos y deberes tiene como origen el que estos deberes y derechos sean otorgados a todos los hombres. Entonces, mientras que los derechos y deberes inherentes a los hombres no puedan otorgarse a todos de la misma forma, la igualdad es solo un romanticismo consignado en los dispositivos normativos que no tienen ningún efecto real en la especie humana.

Cuando señalamos que la igualdad es un derecho fundamental, se está reconociendo que es un derecho inherente al hombre. O sea, la igualdad no es un privilegio exclusivo de ciertas élites o grupos sofisticados, sino que les pertenece íntegramente a todos los hombres, porque solo mediante la igualdad se puede ejercer una serie de derechos que nacen colateralmente con este.

El hecho de que la igualdad sea la base de otros derechos se debe a que esta es una característica de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos

reconocidos en el ordenamiento jurídico que son vitales para el respeto de las características del ser. Estos derechos son la base de todos los demás derechos, por lo tanto, reúnen una serie de características que les son exclusivas, entre las que tenemos que los derechos fundamentales son inalienables y no se pueden transmitir, son inviolables en el sentido de que no se pueden trasgredir, irrenunciables porque son propios del ser humano, integrales porque no se pueden ni deben dividir, efectivos porque el Estado se preocupa por su defensa y correcto ejercicio.

Teniendo en cuenta todo lo señalado, y teniendo en cuenta que la igualdad es un derecho fundamental en sí mismo porque es parte de la naturaleza humana el querer un reconocimiento igualitario frente a la sociedad es que la igualdad no debe quebrantarse; por lo tanto, la tesis postula una defensa innegable del derecho a la igualdad.

La igualdad, de manera generalizada se entiende como otorgar un trato igualitario a favor de los iguales, lo cual debe proyectarse a todas sus dimensiones, siendo estas sociales, jurídicas, económicas, etc.

La presente investigación, como mencionamos al principio, observa esta igualdad desde dos aristas: la igualdad como derecho constitucional y la igualdad como parte de la naturaleza del matrimonio. Entonces, la investigación, para el logro de estos fines ha dividido a la igualdad en dos dimensiones: la igualdad como un fenómeno que repudia la discriminación y la igualdad como fenómeno que la ley regula integralmente en todas sus instituciones.

SÉPTIMO.- Cuando hablamos del derecho a la igualdad ante la ley en su concepción integralmente constitucional tenemos que partir de admitir que la igualdad es un fenómeno complejo en su concepción constitucional. Ello se debe a que la ley otorga un trato desigual todo el tiempo. Es decir, los niños se tratan de modo distinto a los adultos; las mujeres se tratan distinto a los hombres (con la Ley de prevención de violencia contra la mujer o la Ley de Femicidio, por tener dos ejemplos). En este sentido, teniendo en cuenta que la ley genera desigualdad para su trato a los ciudadanos, debemos

de una vez por todas comprender que la igualdad se debe sintetizar como: **dar un trato igual a los iguales y dar un trato desigual a los desiguales.**

Con la afirmación en la que concluimos en el párrafo anterior, nos encontramos en una situación en la que importa mucho el contexto. Es decir, cuando dos personas se encuentran en la misma situación de privilegios y perjuicios debe otorgárseles un trato igualitario; por ende, por ejemplo, cuando dos personas comparten un trabajo, ambos tienen las mismas capacidades para ejercer su trabajo, por lo tanto, ambos deben ser tratados con los mismos derechos y dispositivos normativos. Diferente, en cambio, es el caso de dos personas que se encuentran en situaciones desiguales. Como habíamos ejemplificado, la ley otorga un tratamiento especial a la mujer. Esto se debe a que la mujer es víctima de violencia todos los días, por lo que se genera herramientas que contribuyan con la reducción de dicho malestar hacia el género femenino: esa es la justificación para otorgar un trato diferenciado.

OCTAVO.- Cuando una persona, una autoridad administrativa, un operador del derecho, el Estado o la ley misma otorga un trato diferenciado a una persona o a un grupo de personas debe necesariamente justificar por qué se otorga un trato diferenciado. En caso de que el trato diferenciado sea injustificado, sea quien sea que haya cometido dicho acto de desigualdad está cometiendo discriminación.

Entonces, comprenderemos a la discriminación como aquel comportamiento que se otorga a dos personas en iguales condiciones de un trato diferenciado y que este trato es perjudicial para una de las partes y además no tiene una justificación suficiente. Esto lo podemos sintetizar desde la óptica de Huertas, quien señala tres afirmaciones sobre la igualdad como derecho:

El derecho a la igualdad implica el trato igual entre los iguales.

La discriminación implica un trato desigual entre los iguales.

La diferenciación implica un trato desigual entre los desiguales

NOVENO.- Abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional se tiene que admitir que la igualdad es un principio rector del derecho sobre el que toda la construcción jurídica positiva debe tener en cuenta su importancia; empero, al mismo tiempo, la igualdad es un derecho subjetivo que le corresponde a todos los habitantes de una comunidad.

El artículo 2° de la Constitución en su inciso 2 señala que es derecho de todas las personas la igualdad ante la ley, por lo que una característica de diferenciación entre la mayoría y un sujeto no debe ser motivo para ejercer un trato discriminatorio. Es decir, no se puede discriminar a una persona por ser de un color de piel distinto o por profesar una ideología distinta.

De este principio primero se desglosa todo tipo de protección de un trato igualitario, el mismo que implica que el acto discriminatorio sea prohibido en todo contexto. Es decir, una persona no puede discriminar a otra; una autoridad pública no puede discriminar a una persona o grupo de personas; el Estado no puede discriminar a una persona o un grupo de personas, y; sobre todo, la ley no puede discriminar a una persona o grupo de personas.

Entonces, cuando nos referimos a la igualdad ante la ley en su presupuesto de no discriminación, estamos hablando de la forma en la que la ley no puede ni debe discriminar a una persona o un grupo de personas, puesto que esto debería ser reprochado constitucionalmente.

3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

La hipótesis dos ha sido: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil **se relaciona negativamente** con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO.- En el segmento 3.1. de la investigación, hemos sistematizado y presentado de manera organizada la información doctrinaria que se ha podido obtener tras el agotamiento de medios bibliográficos para alcanzar el cometido de la investigación.

Por tal motivo, se ha consignado la información doctrinaria de manera generalizada prestando atención a los puntos más vitales de la tesis. Ello puede encontrarse en los considerandos PRIMERO al SEXTO del punto anterior.

En vista de que ya se ha consignado la información generalizada más importante para los fines de discusión de las hipótesis, y observando que ya se ha abordado el fenómeno de la no discriminación como arista fundamental de la igualdad, ahora es pertinente enfocarnos en la igualdad como fenómeno que la ley tiene en cuenta para la construcción de todas sus instituciones jurídicas.

SEGUNDO.- Si bien la hipótesis primera de la tesis se ha preocupado por la relación entre persona o grupo de personas y la ley en sentido estricto, la presente hipótesis, referida a la igualdad ante la ley como fenómeno presente en la construcción de las instituciones jurídicas, esta se preocupa por cómo es que **la igualdad ante la ley es aquello que permite que las instituciones jurídicas tengan un desenvolvimiento igualitario para el respeto de los derechos de quienes se acogen a un determinado acto jurídico.**

La Constitución desarrolla la igualdad en muchas oportunidades, dependiendo del contexto sobre el que se legisle, y esto se debe a que la igualdad está presente en toda institución jurídica, desde su fundamento hasta su expresión y materialización.

Muchas veces, la igualdad ante la ley está presente sin que necesariamente se mencione su importancia, puesto que, como se había señalado, la igualdad también es un derecho subjetivo de todos los hombres en todos los contextos. Revisemos el artículo 4º de la Constitución. El mismo señala:

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 familiar y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Del texto anterior, tenemos la imperante necesidad de enfatizar la protección de la familia y la promoción del matrimonio. Como ya habíamos señalado, la familia es la base neurálgica de la sociedad y el matrimonio el principio de la conformación familiar. Entonces, es correcto que nosotros reconozcamos que todo el instituto jurídico matrimonial debe ejercerse con igualdad de posibilidades para quienes intenten adoptar dicho vínculo conyugal. Entonces, debe presumirse la igualdad en el instituto jurídico matrimonial en específico, puesto que, si no hay igualdad para acceder al matrimonio, no hay igualdad para acceder a la familia.

TERCERO.- Cuando hemos hablado de la igualdad presente en la construcción de los institutos jurídicos, nos hemos referido a que la igualdad sirve como una herramienta para que todas las instituciones jurídicas puedan cumplir con sus fines. Por lo anterior, es importante señalar que la igualdad se comporta como un límite para el comportamiento del Estado, en sus aspectos administrativo, legislativo, jurisdiccional, etc. También, la igualdad se representa como un mecanismo que suprime los obstáculos que una persona tiene para el cumplimiento de sus derechos.

Si nos enfocamos en, por ejemplo, el derecho al trabajo: ¿cuál es su fundamento?, pues su fundamento es la productividad. Nace para la productividad, sin importar la condición de la misma. Algunos serán buenos para trabajos manuales, otros serán buenos para trabajos intelectuales, otros serán buenos para trabajos artísticos. ¿Qué pasa si una persona no tiene manos ni pies, pero tiene una mente brillante?, ¿podrá trabajar? Definitivamente, sí. Esto se debe a que esta persona, aunque no pueda ser productiva para trabajos manuales, sí podrá ser productiva para trabajos mentales. Entonces, sería incorrecto que el derecho al trabajo prive a personas que no tengan manos ni pies de su acceso al mismo. En efecto, el trabajo solo se prohíbe por razones grandemente justificadas, como el que se trate de un caso de explotación infantil o el trabajo que se ejerza vulnere derechos de terceros, situaciones en las

que es óptimo limitar el derecho al trabajo. En este ejemplo, la igualdad es exactamente el principio que permite que la institución jurídica del Trabajo se desenvuelva adecuadamente, cumpliendo con su finalidad de productividad, por ende, no se le prohíbe a nadie a menos que las razones que justifiquen dicha decisión sean imperantes.

CUARTO.- Extrapolemos lo anterior a la institución jurídica matrimonial. Ya lo hemos señalado muchas veces, pero seamos insistentes: ¿para qué nace el matrimonio? La respuesta salta a la luz. Para la conformación de una familia. La razón por la que un varón y una mujer contraen matrimonio es precisamente para que formen una familia, ese es el fundamento del instituto jurídico matrimonial.

Como ya hemos mencionado, las familias existen de diversas formas. Puede darse el caso de que dos personas contraigan matrimonio y luego de dos años se den cuenta de que la mujer es infértil, por ende, nunca podrán tener hijos, por lo que tendrán que optar por la adopción, por tener un ejemplo. Puede darse el caso también de que los cónyuges sean antinatalistas. Esto implicaría que, por decisión propia, los cónyuges no quieran tener hijos, lo cual implicaría también que no tengan hijos. Empero, por esto, ¿debe creerse que dichos matrimonios no son una familia? Claro que no. El matrimonio otorga ya la posibilidad de ser una familia. Aquí, el papel de la igualdad es sumamente importante, puesto que debe estar presente para solidificar la conclusión de que el matrimonio no tiene como finalidad el tener hijos, por ende, cualquier persona (salvo razones extremadamente justificadas) debe estar permitida de casarse. Sin embargo, esta situación será descrita a profundidad en el segmento de análisis y discusión de los resultados. Por lo pronto, nos quedamos con la idea de que la igualdad ante la ley implica que el derecho al matrimonio sea concedido incluso cuando no haya hijos en el acto matrimonial.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La hipótesis uno es la siguiente: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil **se relaciona negativamente** con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita probar su contenido.

PRIMERO.- Después de haber realizado un cuidadoso filtro sobre cómo se contextualiza nuestro fenómeno de estudio, y tras haber seleccionado la información pertinente para consolidar la presente investigación, ya estamos aptos para discutir por qué el inciso 2° del artículo 241° es un dispositivo normativo discriminatorio.

La discriminación se presenta en la realidad cuando un determinado fenómeno social, económico o jurídico hace una diferenciación injustificada en el trato que se da a dos personas iguales. Esto parte del principio general de la igualdad ante la ley que señala que a los iguales se les debe tratar de forma igualitaria y a los diferentes se les debe tratar de forma diferenciada. Esto, obviamente, debe participar de una evolución social. Es decir, este trato diferenciado debe procurar el beneficio de quien se está tratando de manera desigual. Por tener un ejemplo, las personas de la Amazonía no pagan impuesto general a las ventas. Este es, en definitiva, un trato diferenciado. La razón por la que las personas de la Amazonía reciben un trato diferenciado (o más bien privilegiado) es porque estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad comercial, puesto que los grandes índices de pobreza, el difícil acceso a los mercados globales e industriales dificultan la posibilidad de que accedan libremente al

comercio. Entonces, para fomentar el comercio, el Estado les trata de manera diferenciada, pues, al tratar a estas personas de manera diferenciada, es posible brindarles apoyo.

Al contrario, cuando el trato diferenciado va afectar a la parte que se le trata de manera desigual, el Estado debe ser mucho más cuidadoso con ello y la justificación debe ser mucho más exhaustiva. Tal es el caso de una persona que se le priva del derecho a la libertad. Cuando una persona comete delito y es, mediante sentencia penal, condenada a 5 años de cárcel, está recibiendo un trato desigual con respecto de su derecho a la libertad. No obstante, la justificación es que esta persona ha ejercido su derecho a la libertad de manera irresponsable, lesionando intereses jurídicos comunes, que el derecho penal conoce como bienes jurídicos protegidos.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que existen dos tipos de tratamiento diferenciado: una discriminación positiva y una discriminación negativa. Evidentemente todo esto a partir del trato del Estado a los ciudadanos, porque esto no se aplica a la discriminación como fenómeno social, sino como fenómeno jurídico.

La discriminación positiva se presenta cuando una persona o un grupo de personas se encuentran en un estado de indefensión y vulnerabilidad, por lo que este tratamiento diferenciado se utiliza para brindar a estas personas herramientas para un ejercicio mucho más flexible de sus derechos.

En cambio, la discriminación negativa se da cuando el Estado decide dar un trato diferenciado a una persona o grupo de personas generando una lesión en los derechos de estas. Cuando el Estado ejerce este tipo de discriminación positiva, debe ser mucho más exhaustivo

en su razonamiento sobre el porqué se dio este trato diferenciado. Si la justificación es injusta o insuficiente, el Estado estará actuando de manera discriminatoria, lesionando derechos fundamentales sin razón suficiente. La justificación debe estar siempre inspirada en el daño que la persona tratada de manera diferente ocasiona a terceros.

SEGUNDO.- Cuando hemos señalado que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil peruano ejerce un trato discriminatorio, lo que estamos señalando es que el Estado ejerce una discriminación negativa, que además no se encuentra en principio justificada. Para esto, debemos alejarnos de cualquier pretensión utilitaria. Es decir, no nos importará la naturaleza del matrimonio, siempre que este comportamiento no esté lesionando intereses de diversas personas.

Este inciso señala que pueden contraer matrimonio aquellos que estén bajo una circunstancia especial en la que una persona que conformaba ser pareja sentimental de relación avanzada a pesar de estar en estado de coma, pueda todavía casarse siempre en cuando la otra persona solicite casarse, y se dijo que se debía de cumplir con cuatro requisitos, que ya han sido expuestos, sin embargo, cabe cuestionar lo siguiente:

(i) La irrevocabilidad de la representación, no permite a quien será futuro cónyuge dar marcha atrás o evaluar su futura condición, ya que al estar en estado de coma pudo haber cambiado de opinión, pues, por ejemplo, basta haber escuchado no solo en la vida real, sino hasta en novelas o series en la que al final cuando ya todo se ha realizado y solo resta decir: “sí, acepto”, terminan afirmando expresa o tácitamente que no tienen intención de casarse. De esa manera, decimos que, si se trata de actos patrimoniales es posible brindar una representación irrevocable, pero en el caso de acciones extrapatrimoniales, la responsabilidad

es más fuerte, ya que sus relaciones jurídicas tienen que ver con la esfera personalísima de un ser humano (y así como tiende a fallar constantemente), no sería acaso razonable plantear una revocabilidad de su decisión.

(ii) Las repercusiones civiles que acarrea el hecho de que uno de los cónyuges, en específico, el que está en estado de coma, ya sea de manera expresa o tácita tenga que estar casado sin haber mostrado un “sí, acepto” hasta el último momento, conlleva a que no sea sencilla su disolución tras salir del coma, porque no se puede remediar mediante la anulabilidad, ni nulidad, ni mucho menos aplicar los remedios del acto jurídico como son la resolución y la rescisión en una obligación, porque la celebración de matrimonio, no se trata de una relación patrimonial, sino que es puramente extrapatrimonial y ello lo vuelve más delicado aún, porque para la disolución, es decir, en su modalidad de separación o divorcio debe aplicarse el artículo 333 del C.C., como al mismo tiempo que ya casados, la pareja que no está en estado de coma obtenga los derechos sucesorios, reales, personales (como el nombre), entre otros.

(iii) La manifestación expresa o tácita por representación legal jamás podrá equiparse a la manifestación real donde se evidencia el 100% de su real sentir.

TERCERO.- Recordemos la sustancia de la discriminación negativa. Hemos señalado que la discriminación negativa, es decir, un trato diferenciado por parte del Estado que perjudique a una persona o un grupo de personas, debe tener razones suficientemente justificadas que se inspiren en que la persona haya ejercido irresponsablemente su libertad o que ponga en grave peligro bienes jurídicos protegidos.

Evidentemente el trato que otorga el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil peruano es un trato diferenciado. Pero de todas formas se debe reflexionar sobre su justificación de permitir casarse bajo circunstancias especiales que ya han sido detalladas.

El hecho de que el individuo en estado de coma haya dejado **una representación**, ya sea revocable o irrevocable, sobre decisiones o compromisos extrapatrimoniales es muy peligroso y contraproducente, porque si sale del coma, puede hacer una llamada telefónica y decir al tercero que tiene la representación que revoque su decisión de querer casarse, porque el matrimonio no es un contrato en la que existe prestaciones sinalagmáticas, es decir, recíprocas, yo doy, para que des, no funciona de esa manera, tampoco es con la intención de obtener mayores ingresos o de asumir riesgos.

Sin duda alguna ese no es el espíritu del matrimonio, sino que es la unión libre con la finalidad de servir, ayudar, proteger, cumplir deberes conyugales y formar una familia, además de obtener lazos patrimoniales sucesorios y responsabilidades que el libro de familia otorga y que solo por causales del artículo 333 del C.C. la pareja se puede separar o pedir el divorcio, pero si ha dado un sí virtual, pero luego de salir del coma, aquella persona expresa que no desea casarse por diversos motivos, podrá existir vuelta atrás, qué causal podrá aplicar: ninguna ciertamente; ahora puede denotar o expresar un sí, aparentemente contundente, si expone una representación irrevocable o en todo caso que de forma tácita haya generado toda una expectativa de querer casar por los preparativos de la boda, los permisos o de haber obtenido los requisitos para casarse, pero debemos preguntar, eso será suficiente para llegar a decir: es un sí al 100%, es decir, es una **manifestación de voluntad impecable, debemos decir que no.**

A todas luces uno puede observar que existe una discriminación, porque parece ser un acto unilateral, más aún cuando se trata de que la persona que no está en estado de coma solicite casarse ante la autoridad porque los preparativos ya estaban en curso o culminados, era tácito que deseaban casarse, además que tenían hijos y tenían bienes en común; no existe un trato igualitario, porque el legislador no ha previsto alguna salvedad o alguna protección para la persona en estado de coma en caso que al despertar pueda finalmente decir: “No, acepto”, es decir, **no hay justificación sobre un trato desigual**, por lo tanto se hace discriminatorio.

Asimismo, **respecto a las repercusiones civiles**, ciertamente son delicadas, porque desde el momento que existe aquel sí virtual, la pareja que no está en estado de coma, tiene una serie de derecho y deberes, entre esos derechos sería: pensión de viudez, sociedad de gananciales, derechos sucesorios entre otros que demarca la ley, pero qué deberes tendría la esposa o esposo con el cónyuge en estado de coma, la de cuidar, tomar decisiones en nombre de la familia, no ser infiel y honrar a su pareja, pero que pasa si no cumple con ninguno de ellos, quienes podrán solicitar el divorcio, ninguno más que el cónyuge en estado de coma, pero como esta en tal condición, **sin duda alguna existe una fuerte discriminación para el cónyuge virtual**.

Y finalmente, respecto a la **manifestación expresa o tácita**, no garantizan al 100% la decisión del quien está en estado de coma, porque lo que se actúa en base a probabilidades, más aún con la que es de modalidad tácita, porque da la apariencia que mientras más inversión y sacrificio de tiempo y dinero le haya dado a los preparativos de la boda se asemeja que tenía mayores ganas de casarse, lo cual sería algo superfluo, sin embargo , el único que tiene la manifestación al 100% es el que no está en coma, he allí que observamos **la discriminación**. **No es un trato justo o igualitario**.

Es por eso que señalamos que este inciso 2° del artículo 241° del Código Civil es discriminatorio, puesto **que no tiene una razón suficiente para tratar diferenciadamente a las personas que** están en estado de coma y que en dicha condición se puedan casar a solicitud de la pareja superviviente.

En conclusión, frente a la hipótesis “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con el derecho de no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano”, podemos **confirmarla**, porque se discrimina a las personas que están en estado de coma, a pesar de que hayan expuesto su manifestación de voluntad de manera expresa o tácita, en pocas palabras, **el legislador no ha presentado justificación alguna sobre un trato diferenciado entre iguales.**

4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

La hipótesis dos es la siguiente: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil **se relaciona negativamente** con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita probar su contenido.

PRIMERO.- Como ya hemos señalado anteriormente, cuando hablamos de la igualdad ante la ley, estamos frente a una regla, principio, derecho y fenómeno multidimensional. Es decir que la igualdad ante la ley no solo debe comprenderse como aquel comportamiento por parte del Estado en el que este no es un ente discriminador, como hemos entendido la igualdad ante la ley, a veces la igualdad ante la ley se comporta de manera diferente, en este caso, comprenderemos a la igualdad ante la ley como parte de la construcción de institutos jurídicos. Es decir, cuando el legislador desarrolla los dispositivos normativos que regularán determinada

institución jurídica deba tener en cuenta en todo momento al derecho a la igualdad, y con esto que, en principio, la institución jurídica correspondiente no haga un ejerza un comportamiento de desigualdad frente a quienes se regulan por este instituto.

El ejemplo básico que dimos en el segmento de resultados fue el de la construcción del Derecho al Trabajo. Cuando el Estado reconoció que el derecho al trabajo es uno de carácter integral, es decir, que es concedido de manera absoluta a todos los miembros de la sociedad, implica que, en principio, el Derecho al Trabajo no ejerce un tratamiento diferenciador. Por ende, si se diera el caso de que una persona no tiene manos y pies, no por esta razón se le debería restringir el derecho al trabajo, porque el derecho al trabajo no es exclusivo de personas que tengan manos y pies, sino de toda persona que pueda realizar una labor productiva. Puede darse que esta persona no tenga manos y pies, pero que sea un genio de la programación, por ende, mediante mecanismos y herramientas que se pongan a su disposición, esta persona puede ser muy productiva para cualquier empresa de *software* o para una compañía informática o inteligencia secreta del Estado. Lo que queremos decir es que, en principio, el Derecho al Trabajo está otorgando a todos los seres humanos; el derecho de acceder a un puesto de trabajo.

Si existiera algún tipo de imposibilidad para que una persona acceda al derecho al trabajo, esto no sería en principio, sino por alguna formalidad propia de los sujetos que se relacionan en dicha institución jurídica. Por ejemplo, puede darse el caso de que una persona no cumpla con el perfil para un puesto de trabajo y por esto quien fuera su empleador le niegue dicho puesto; sin embargo, este no sería un comportamiento desigual del instituto del derecho al trabajo, porque dicha restricción responde a otros criterios formales. No puede pensarse que la persona que no tiene manos y pies sea eficiente y productiva para un puesto de trabajo de obrero de construcción. Entonces, fuera de las formalidades, lo que ocupa al derecho a la

igualdad ante la ley en la construcción de institutos jurídicos es que se permita que, en principio, **las personas accedan libremente a la institución jurídica y con esto, la institución cumpla con los fines para los que ha sido creada.**

SEGUNDO.- De acuerdo a lo mencionado, en esta caso, a diferencia de la primera hipótesis, en esta no debemos hacernos la pregunta: ¿por qué el Estado discrimina a personas en estado de coma y que hayan dejado una manifestación de voluntad de querer casarse? (en pocas palabras un trato desigual entre dos personas que desean casarse); sino, la pregunta que debemos hacernos en la discusión de la presente hipótesis debe ser: ¿brinda el inciso 2 del artículo 241 accesos a diversas personas a través de normas que permitan cumplir el fin del matrimonio?

Entonces para comenzar diremos que los tiempos cambian. En la antigüedad, el matrimonio era la forma en la que el varón hacía saber a la sociedad que era fuerte para la conformación de una familia y apto para el liderazgo de la misma. Después de los tiempos de guerra y pandemia, se llegó a la conclusión de que el matrimonio era el primer paso para la supervivencia de la especie. Es decir, las personas se casaban con la única finalidad de tener hijos y perpetuar la especie; empero, a esta última afirmación se le hace una restricción de fondo. En la era prehistórica, no existía el matrimonio y las personas ya perpetraban la especie sin necesidad de estar casados. A partir de esto, **debemos descartar la idea de que la finalidad del matrimonio es la de tener hijos.** En definitiva, el matrimonio va mucho más allá de la simple reproducción.

La iglesia católica señalaba que el matrimonio es un vínculo espiritual mediante el cual dos personas se unen para toda la vida en la formación de una familia. Aunque actualmente el

matrimonio ya no sea observado de este modo, pues ya no se piensa en el matrimonio como un vínculo para toda la vida, lo que sí se ha conservado es que el matrimonio es la base de la formación de una familia. Y esta es la idea con la que nos quedamos: **la finalidad del matrimonio se expresa en la unión libre de dos personas de diferente sexo a fin de conformar familia para cuidarse los unos a los otros.**

TERCERO.- Observemos ahora cómo se ha transformado la institución familiar. En sus primeras formas, la familia era una agrupación deliberada de personas que tenían un fin en común, sin importar tanto sus vínculos consanguíneos, puesto que una tribu era considerada una familia en la que todos los hombres podían tener relaciones sexuales con todas las mujeres y no existían cosas como la monogamia o la fidelidad.

Con la sofisticación de la humanidad, la familia se transformó para ser un grupo de dirección exclusiva del *pater familias* en la antigua Roma, en la que la familia tenía que, necesariamente tener miembros que compartan vínculos de consanguinidad; sin embargo, podía tenerse en ella a miembros sin este tipo de vínculos.

Luego, la familia se hizo más nuclear. En la actualidad es muy común observar familias únicamente conformadas por los padres y dos hijos, o los padres y un hijo. Pero también es posible observar familias conformadas por solo un padre y varios hijos, o familias que nunca tienen hijos, pero deciden adoptar. La adopción se ha convertido en un fenómeno bastante común en respuesta a los altísimos índices de abandono de bebés. Así también, puede observarse familias en las que los cónyuges son anti natalistas y deciden nunca tener hijos, o familias en las que uno de los cónyuges es infértil, por lo que no tienen hijos.

En síntesis, teniendo en cuenta que el matrimonio es el inicio de la formación de una familia, no necesariamente los matrimonios se contraen con la finalidad de tener hijos. **Es obsoleta la idea de creer que el matrimonio tiene como finalidad la supervivencia de la especie y la generación de prole.**

CUARTO.- Teniendo en cuenta ello y los considerandos segundo y tercero de la discusión de resultados de la hipótesis uno, podemos percatarnos que el legislador ha dado un paso de discriminación, pero como se advirtió, resta evidenciar si existe herramientas jurídicas (dispositivos normativos para arreglar un futuro desastre).

Sin duda alguna, el legislador no ha observado las modificaciones, creaciones o adaptaciones en relación de quienes deberían casarse con el fin del matrimonio en sí, y solo en base a ello formular una serie de dispositivos normativos para garantizar la armonía con el ordenamiento jurídico peruano.

Y se afirma que no cumple porque no existe alguna ventaja de igualdad para la persona que está en estado de coma, ya que: (1) no se ha previsto norma alguna para el retracto del matrimonio en caso de que la persona despierte del coma, (2) no se ha previsto la nulidad o algún remedio cuando la cónyuge no está cumpliendo con sus deberes de esposa(o) ante quien está en estado de coma, por lo que ninguna persona puede plantear el divorcio o la separación, sino quien debe plantear única y exclusivamente ello es el cónyuge que está en estado de coma y (3) no existe norma alguna que brinde un respaldo, condiciones o criterios para que la manifestación de voluntad este al 100% acreditado respecto al deseo de casarse por parte del quien ingresó en estado de coma, sea de manifestación de voluntad expresa y tácita.

El matrimonio no se celebra por celebrar, sino que de momento con la modificación del inciso 2 del artículo 241, **la construcción de dicho instituto jurídico debe tener en cuenta que la finalidad del matrimonio se expresa en la unión libre de dos personas de diferente sexo a fin de conformar familia para cuidarse los unos a los otros.**, caso contrario está vulnerándose la igualdad ante la ley desde una óptica de la construcción de instituciones jurídicas. Por ello es que este inciso debe definitivamente ser derogado.

En conclusión, frente a la hipótesis: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil afecta negativamente a la igualdad ante la ley (construcción de institutos) en el ordenamiento jurídico peruano”; podemos **confirmarla**, porque el matrimonio tiene como finalidad **en la unión libre de dos personas de diferente sexo a fin de conformar familia para cuidarse los unos a los otros**, por lo que, se restringe un acceso igualitario al matrimonio cuando una de las partes carece de herramientas normativas para demostrar que tiene una verdadera intención de casarse (que haga asumir hasta el último momento y de forma fehaciente que se casará pase lo que pase), lo mismo con las repercusiones civiles sustanciales y procesales, ya que nadie podrá velar por la persona que está en estado de coma, ya que no tiene representante legal para el divorcio respectivo en caso de adulterio u otro tipo de actos que vayan perjudicando a la persona en estado de coma, pues la nueva o nuevo representante tiene todas las potestades.

4.3. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

La hipótesis general es la siguiente: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita probar su contenido.

PRIMERO.- Se ha comprendido que tras la buena intención del legislador ha sido brindar permisiones a fin de que una de las partes pueda tomar la decisión de forma casi unilateral a fin de contraer matrimonio en caso de que un miembro de la pareja sentimental decida contraer matrimonio, sin embargo, esa permisión trajo consigo una evidente discriminación y una falta de igualdad ante la ley respecto a la construcción de institutos jurídicos.

SEGUNDO.- Se dice que es discriminatoria porque (1) el hecho de que el individuo en estado de coma haya dejado **una representación**, ya sea revocable o irrevocable respecto a casarse es contraproducente, porque si sale del coma, puede revocar su decisión y en caso que sea irrevocable se vulnera notablemente la capacidad de decisión o manifestación de voluntad, porque no se trata de un negocio, sino de una institución jurídica básica y nuclear como es el de la familia, siendo una naturaleza extrapatrimonial cuyo presupuesto es de por vida, más no un mero contrato sinalagmático.

La esencia del matrimonio es la unión libre con la finalidad de servir, ayudar, proteger, cumplir deberes conyugales y formar una familia, además de contraer obligaciones patrimoniales de sucesión, representación y demás responsabilidades que el libro de familia otorga y que solo por causales del artículo 333 del C.C. la pareja se puede separar o pedir el divorcio, pero si ha dado un sí virtual, jamás podrá equiparse a un **sí al 100%, es decir, es una manifestación de voluntad impecable, debemos decir que no.**

Pero lo que más evidencia su discriminación es que suele darse **como un acto unilateral** (manifestación de voluntad tácita) o **casi unilateral** (una representación expresa), **no hay justificación sobre un trato desigual**, por lo tanto se hace discriminatorio, no se

evidencia razón suficiente para permitir dicho acto, es decir, la permisión para tal magnitud es muy general, más no presenta una serie de condiciones para que pueda darse dicha posibilidad, sin que cause problemas a futuro o genere inseguridad jurídica.

Por otro lado, (2) **respecto a las repercusiones civiles**, ciertamente son delicadas, porque desde el momento que existe aquel sí virtual, la pareja que no está en estado de coma, tiene una serie de derecho y deberes, entre esos derechos sería: pensión de viudez, sociedad de gananciales, derechos sucesorios entre otros que demarca la ley, pero qué deberes tendría la esposa o esposo con el cónyuge en estado de coma, la de cuidar, tomar decisiones en nombre de la familia, no ser infiel y honrar a su pareja, pero que pasa si no cumple con ninguno de ellos, quienes podrán solicitar el divorcio, ninguno más que el cónyuge en estado de coma, pero como esta en tal condición, **sin duda alguna existe una fuerte discriminación para el cónyuge virtual.**

Y finalmente, respecto a la (3) **manifestación expresa o tácita, no garantizan al 100% la decisión del quien está en estado de coma**, porque lo que se actúa en base a probabilidades, más aún con la que es de modalidad tácita, porque da la apariencia que mientras más inversión y sacrificio de tiempo y dinero le haya dado a los preparativos de la boda se asemeja que tenía mayores ganas de casarse, lo cual sería algo superfluo, sin embargo, el único que tiene la manifestación al 100% es el que no está en coma, he allí que observamos **la discriminación. No es un trato justo o igualitario.**

Es por eso que señalamos que este inciso 2° del artículo 241° del Código Civil es discriminatorio, puesto **que no tiene una razón suficiente para tratar diferenciadamente a**

las personas que están en estado de coma y que en dicha condición se puedan casar a solicitud de la pareja superviviente.

TERCERO.- Ahora bien, cuando se refiere a la falta de igualdad ante la ley por la creación de institutos jurídicos, es porque lo hizo sin técnica legislativa, aquí como se anticipó no es ver la discriminación, sino a la elaboración sistemática entre los artículos e instituciones jurídicas, esto es si la creación de dicha figura jurídica está acorde a los fines sobre la razón del por qué se creó la institución jurídica del matrimonio.

De hecho, no lo está porque: (1) no se ha previsto norma alguna para el retracto del matrimonio en caso de que la persona despierte del coma, (2) no se ha previsto la nulidad o algún remedio cuando la cónyuge no está cumpliendo con sus deberes de esposa(o) ante quien está en estado de coma, por lo que ninguna persona puede plantear el divorcio o la separación, sino quien debe plantear única y exclusivamente ello es el cónyuge que está en estado de coma y (3) no existe norma alguna que brinde un respaldo, condiciones o criterios para que la manifestación de voluntad este al 100% acreditado respecto al deseo de casarse por parte del quien ingresó en estado de coma, sea de manifestación de voluntad expresa y tácita.

En conclusión, frente a la hipótesis: “El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil afecta negativamente al derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano”; podemos **confirmarla**, no únicamente porque las hipótesis específicas se han confirmado y debe confirmarse también la general, sino porque, la discriminación nunca será la mejor solución frente a un problema social, pues siempre debe procurarse mejorar las medidas y condiciones para asegurar la igualdad entre las parejas sentimentales cuando uno de ellos ha caído en estado de coma.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

El matrimonio es un instituto jurídico de gran antigüedad. Aunque se elaboren muchas conjeturas que afirmen que el matrimonio tiene como finalidad la reproducción o un vínculo para toda la vida, lo cierto es que la finalidad del matrimonio es la conformación de una familia a fin de cuidarse unos a otros, en donde se practica el servicio y la asistencia. La familia es, además, un fenómeno multidimensional que no solo tiene como finalidad el tener hijos, sino prosperar económicamente, generar valores sociales, entre otros.

En el caso del inciso 2° del artículo 241° se genera una discriminación de tres vertientes: (1) la representación parece ser simbólica o de mero formalismo, porque la última palabra la tiene la persona que no está en estado de coma, siendo más un acto unilateral, (2) las repercusiones civiles sustanciales y procesales tienen una mayor ventaja para la persona que no está en estado de coma y (3) no se puede evidenciar a un 100% la manifestación de voluntad de querer casarse por parte del que dejó una representación legal, solo existe una probabilidad en su manifestación de voluntad, y en el derecho no se debe permitir ello, igual sigue siendo discriminatorio, que la ventaja solo lo tenga la persona que no está en estado de coma.

Se dice que existe falta de igualdad ante la ley por la creación de institutos jurídicos porque: (1) no se ha previsto norma alguna para el retracto del matrimonio en caso de que la persona despierte del coma, (2) no se ha previsto la nulidad o algún remedio cuando el o la cónyuge que no está en estado de coma no está cumpliendo con sus deberes de esposa(o) ante quien está en estado de coma y (3) no existe norma alguna que brinde un respaldo, condiciones o criterios para que la manifestación de voluntad este al 100% acreditado respecto al deseo de casarse y no sea una mera probabilidad.

CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES

La principal recomendación es a los legisladores, quienes se encargan de derogar o modificar una norma, para que tengan en cuenta que lo regulado en el artículo 241,2 de la normativa civil, afecta directamente los derechos fundamentales de libre desarrollo y bienestar, de igualdad ante la ley y al impedirles contraer matrimonio, además, esta norma infringe flagrantemente la Constitución toda vez que es contraria a su mandato, en tal sentido, se recomienda derogar o en todo caso modificar dicho precepto legal por ser inconstitucional.

Se recomienda **publicar** los resultados de esta investigación en los fueros académicos, sea estos a través de artículos de investigación, disertaciones, clases universitarias, entre otros.

Se recomienda el debido **adiestramiento** o capacitación a los operadores del derecho después de modificar mediante la derogación del inciso 2 del 241 del Código Civil.

Se recomienda **tener cuidado con las consecuencias** de mal interpretar que el inciso 2 del artículo 241 solo puede ser trastocado al momento de contraer nupcias, sino también en otros actos jurídicos ya sea extra o patrimoniales.

Se recomienda **llevar a adelante los resultados** mediante la derogación del inciso 2 del 241 del Código Civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Belluscio, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. (7° edición). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Lima: Editorial San Marcos.
- Carpio, E. & Sar, O. (2014). *Alcances del principio de igualdad*. Lima, Perú: Universidad de San Martín de Porres. Recuperado de:
[https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/inv_centros/2014/ALCANCES_DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.pdf](https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/inv_centros/2014/ALCANCES_DEL PRINCIPIO_DE_IGUALDAD.pdf)
- Chaname, O. (2009). *Manual de Derecho Constitucional: Derecho, elementos e instituciones constitucionales*. Primera Edición. Arequipa: Editorial Adrus.
- Chappuis, J. (1994). *La igualdad ante la ley*. Lima, Perú: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- De León, B. (2008). *La igualdad y su realidad jurídica y social en el México actual*. (Tesis de pregrado, Universidad de Tepeyac, México D.F., México). Recuperado de:
<http://132.248.9.195/ptd2008/octubre/0633050/index.html>
- Donayre, M. (2018). *Cumplimiento del principio de igualdad ante la ley y la efectividad en la sanción a los jueces supremos titulares de la corte suprema del Perú*. (Tesis de pregrado, Universidad Norbert Wiener, Lima, Perú). Recuperado de:
<http://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2713/>
- Eguiguren, F. (1997). *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gallegos & Jara (2011). *Manual de derecho de Familia*. Lima, Perú: Jurista Editores.

- García, V. (2008). *El derecho a la igualdad*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- Gómez, V. (2005). *Igualdad y discriminación*. (Tesis de pregrado, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., México). Recuperado de: <http://132.248.9.195/pdtestdf/0339968/Index.html>
- Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.
- Huertas, L. (2003). *El derecho a la igualdad*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Mazzinghi J. (1996). *Derecho de Familia* (4° edición). Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Mazzingui, J. (2018). *Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- 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
- Nieto, R. & Parada, O. (2013). *Análisis de la Ley Antidiscriminación o ley Zamudio*. (Tesis de pregrado, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile). Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113346>

- Nogueira, H. (2006). *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*. Lima, Perú: AFDUDC
- Peralta, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Perú: IDEMSA.
- Pérez, A. (1986). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid. Editorial Tecnos.
- Ramírez, W. (2008). *La Constitución Comentada*. Lima, Perú: EDIGRABER
- Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.
- Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Mantaro.
- Torres, A. (2012). Impedimentos matrimoniales. *En Actualidad jurídica*. 228(8), 6-27.
- Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

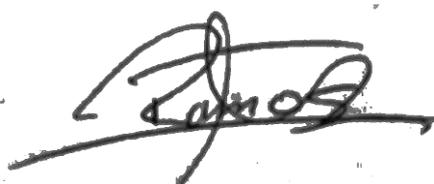
TÍTULO: LA AFECTACIÓN DEL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 241° DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÒTESIS	VARIABLE	DIMENSIONES	METODOLOGÌA
GENERAL	GENERAL	GENERAL	VARIABLE INDEPENDIENTE El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil Peruano	Representación Repercusiones civiles Manifestación de Voluntad	<p>TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN</p> <p>La investigación es de tipo básico o fundamental con un nivel “correlacional” y en un enfoque Cualitativo.</p> <p>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>El diseño es observacional y transaccional.</p> <p>TÈCNICA DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Investigación documental es decir se usarán solo los libros.</p> <p>INSTRUMENTO DE ANALISIS</p> <p>Se hará uso de instrumentos de fichaje.</p> <p>PROCESAMIENTO Y ANALISIS</p> <p>Los datos que son las fichas se procesarán por la Hermenéutica, que es a través de ellas se formará un Marco Teórico, a fin de responder las preguntas de investigación</p> <p>METODO GENERAL</p> <p>Se utilizará el Método Hermenéutico</p> <p>MÈTODO ESPECÌFICO</p> <p>Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático – lógica.</p>
¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano?	Analizar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano.	El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano.			
ESPECÌFICO	ESPECÌFICO	ESPECÌFICO	VARIABLE DEPENDIENTE Derecho de Igualdad ante la Ley	Derecho de no discriminación Igualdad ante la Ley como construcción de figuras jurídicas	
¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano? ¿De qué manera el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano?	Determinar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano Identificar la manera en que el inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano.	El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con el derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación en el ordenamiento jurídico peruano El inciso 2° del artículo 241° del Código Civil se relaciona negativamente con el derecho a la igualdad ante la ley como construcción de figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano			

COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, 22 de febrero yo, SOLEDAD RAMOS URBANO identificada con DNI N°, 43100593 domiciliada en, AV. TORRE TAGLE N°414 estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La afectación del inciso 2° del artículo 241° del Código Civil al derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 22 de febrero del 2021



SOLEDAD RAMOS URBANO
DNI N° 43100593

COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, yo VIDYS JHONATAN SALAZAR ACHIHUAMAN, identificada con DNI N°46172062, domiciliada en Horario Cevallos Ganes Mz clt57 Jauja, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La afectación del inciso 2° del artículo 241° del Código Civil al derecho de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 22 de febrero del 2021



VIDYS JHONATAN SALAZAR ACHIHUAMAN
DNI N° 46172062

