

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela Profesional de Derecho



TESIS

**EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y PADRES
CON ASENTIMIENTO UNILATERAL PARA DAR EN
MATRIMONIO A HIJOS MENORES
EXTRAMATRIMONIALES EN PERÚ**

Para optar : El título profesional de abogado

Autor : Bach. Quintano Ignacio Deivis

Asesor : Dr. Vivanco Vasquez Hector Arturo

Línea de investigación institucional : Desarrollo humano y derechos

Área de investigación institucional : Ciencias sociales

Fecha de inicio y de culminación : 12-03-2023 a 01-08-2023

HUANCAYO – PERÚ
2024

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

MG. RIVERA PAUCARPURA ANGELA MARIA

Docente Revisor Titular 1

MG. GOMEZ ESPLANA LUIS JULIO

Docente Revisor Titular 2

ABG. SANTIVANEZ CALDERON KATYA LUZ

Docente Revisor Titular 3

MG. CAJAHUANCA QUISPE RUTH DENISSE

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A las personas que siempre me ayudan en cada etapa de mi vida, principalmente a mis padres y hermanos.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento infinito al asesor de esta tesis, Dr. Héctor Arturo Vivanco Vasquez, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por las sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha tenido conmigo, por sus palabras de aliento, por haberme acompañado en este camino de la tesis.

Y finalmente, agradezco a mi alma mater Universidad Peruana Los Andes, y cada uno de mis catedráticos, que me brindaron todo su tiempo y por todas las enseñanzas durante los seis años que duró esta hermosa carrera.

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N ° 00119-FDCP -2024

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y PADRES CON ASENTIMIENTO UNILATERAL PARA DAR EN MATRIMONIO A HIJOS MENORES EXTRAMATRIMONIALES EN PERÚ

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **BACH. QUINTANO IGNACIO DEIVIS**

Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Escuela Profesional : **DERECHO**

Asesor(a) : **DR. VIVANCO VASQUEZ HECTOR ARTURO**

Fue analizado con fecha **01/04/2024** con **155** pág.; en el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

X

Excluye Citas.

X

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

X

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **25** %.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N°15 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio Versión 2.0. Se declara, que el trabajo de investigación: **Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.**

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 01 de abril de 2024.



MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCAMI
JEFE

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD.....	v
RESUMEN.....	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN.....	xiii
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.1. Descripción de la realidad problemática	17
1.2. Delimitación del problema	21
1.2.1. Delimitación espacial.....	21
1.2.2. Delimitación temporal.	21
1.2.3. Delimitación conceptual.	22
1.3. Formulación del problema.....	22
1.3.1. Problema general.	22
1.3.2. Problemas específicos.....	22
1.4. Justificación de la investigación.....	22
1.4.1. Justificación social.....	22
1.4.2. Justificación teórica.	23
1.4.3. Justificación metodológica.	23
1.5. Objetivos de la investigación	23
1.5.1. Objetivo general.	23
1.5.2. Objetivos específicos.....	24
1.6. Hipótesis de la investigación.....	24
1.6.1. Hipótesis general.	24
1.6.2. Hipótesis específicas.....	24
1.6.3. Operacionalización de categorías.	24
1.7. Propósito de la investigación.....	25
1.8. Importancia de la investigación.....	26
1.9. Limitaciones de la investigación	26
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	27

2.1. Antecedentes de la investigación	27
2.1.1. Nacionales.	27
2.1.2. Internacionales.....	33
2.2. Bases teóricas de la investigación	38
2.2.1. Abuso del derecho.	38
2.2.1.1. Consecuencias históricas.....	38
2.2.1.3. Concepto del abuso del derecho.....	39
2.2.1.4. ¿Cuándo existe abuso del derecho?.....	41
2.2.1.5. Criterios para su determinación.....	42
2.2.1.5.1. Criterio objetivo.....	43
2.2.1.5.2. Criterio subjetivo.	43
2.2.1.5.3. Criterio ecléctico.....	44
2.2.1.6. Historia.	44
2.2.1.7. Teoría del abuso del derecho.....	45
2.2.1.7.1. La naturaleza del acto abusivo.....	46
2.2.1.7.2. Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del derecho.	47
2.2.1.7.3. El ejercicio abusivo del derecho dentro del Código Civil peruano.....	47
A. Supuestos de abusos de derecho dentro del common law.	47
B. El abuso de derecho en el ámbito jurídico latinoamericano.....	49
2.2.1.7.4. El abuso de derecho en la jurisprudencia del Perú.	49
2.2.1.8. En el derecho comparado.	50
2.2.1.8.1. Alemania.....	50
2.2.1.8.2. Suiza.	51
2.2.1.8.3. España.....	52
2.2.1.8.4. Portugal.....	53
2.2.1.8.5. Argentina.	53
2.2.1.8.6. Venezuela.	54
2.2.1.8.7. Brasil.....	54
2.2.2. Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.	54

2.2.2.1. Antecedentes históricos.....	54
2.2.2.1.1 Definición del matrimonio.....	56
2.2.2.1.2. Naturaleza jurídica del matrimonio.	58
A. Caracteres jurídicos.....	59
2.2.2.1.3. Requisitos para el matrimonio.....	59
2.2.2.1.4. Derechos y deberes del matrimonio.	61
2.2.2.1.5. Validez y Nulidad del matrimonio.	62
2.2.2.1.6. Tipos de matrimonio.....	63
2.2.2.1.7. Fines del matrimonio.....	67
2.2.2.1.8. Consentimiento del matrimonio de menores.	67
2.2.2.1.9. Consecuencias del matrimonio prematuro de niños y adolescentes.....	69
2.2.2.2. Patria potestad.	71
2.2.2.2.1. Definición.....	71
2.2.2.2.2. Características.....	72
2.2.2.2.3. Elementos.	76
2.2.2.2.4. Derechos y obligaciones.....	77
2.2.2.2.5. Extinción de la patria potestad.....	78
2.2.2.2.6. Cuidado y protección de los menores dentro del ámbito familiar.....	79
2.2.2.2.7. Limitaciones de la patria potestad.	79
2.2.1.3. Principio del interés superior del niño y adolescente.....	80
2.2.2.3.1. Definición.....	80
2.2.2.3.2. Características.....	81
2.2.2.3.3. Objetivo.	81
2.2.2.4. Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.	82
2.2.2.4.1. Manifestación del padre o sus abuelos.	82
2.2.2.4.2. Manifestación de la madre o sus abuelos.	84
2.2.2.4.3. Manifestación de ambos padres.....	86
2.3. Marco conceptual	87
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	90

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	90
3.2. Metodología.....	91
3.3. Diseño metodológico.....	92
3.3.1. Trayectoria metodológica.	92
3.3.2. Escenario de estudio.	92
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.	93
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	93
3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.	93
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.....	93
3.3.5. Tratamiento de la información.....	94
3.3.6. Rigor científico.	95
3.3.7. Consideraciones éticas.....	95
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	96
4.1. Descripción de los resultados	96
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.	96
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.....	103
4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres.....	107
4.2. Contrastación de las hipótesis	110
4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.	110
4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.....	118
4.2.3. Contrastación de la hipótesis dos.....	125
4.2.4. Contrastación de la hipótesis general.	130
4.3. Discusión de los resultados	131
4.4. Propuesta de mejora	134
CONCLUSIONES.....	136
RECOMENDACIONES.....	138
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140
ANEXOS	148
Anexo 1: Matriz de consistencia	149
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías.....	150
Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento.....	151
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos	152

Anexo 5: Validación de expertos del instrumento	154
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos	154
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos	154
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas	154
Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos	154
Anexo 10: Evidencias fotográficas.....	154
Anexo 11: Declaración de autoría	155

RESUMEN

La presente investigación tuvo como **pregunta general** de investigación fue: ¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú?, siendo el **objetivo general** analizar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú, finalmente, con su hipótesis general: El ejercicio abusivo del derecho se relaciona de manera positiva con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú; en ese sentido, la investigación guarda la siguiente **metodología**, siendo de enfoque cualitativo, utilizando la postura iuspositivista y la postura de la investigación propositiva, por lo tanto, la investigación por su propia naturaleza, utilizó la técnica del análisis documental que fueron procesados mediante la argumentación jurídica a través del instrumento de recolección de datos de la ficha textual y de resumen que permitieron obtener información relevante. El **resultado** más importante fue que: El abuso del derecho surge cuando existe intención u omisión del sujeto, es decir, el titular de un derecho sustentado por el ordenamiento ejercita este derecho extralimitándolo, conllevando a perjudicar el derecho de la persona. La **conclusión** más relevante fue que: Lo establecido en el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil conlleva a que los padres y sus representantes decidan unilateralmente sobre el asentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio, lo que conlleva exceder el límite de la buena fe, esto debido a que la decisión adoptada podría conllevar lesionar el interés superior del menor y su proyecto de vida que sería irreparable. Finalmente, la **recomendación** fue: Modificación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil.

Palabras clave: Ejercicio abusivo del derecho, criterio objetivo, criterio subjetivo, asentimiento unilateral, matrimonio de hijos menores extramatrimoniales y manifestación de los abuelos.

ABSTRACT

The present investigation had as a general research question: How is the abusive exercise of the right related to the unilateral consent of the parents to marry their minor extramarital child in Peru?, the general objective being to analyze the way in which the abusive exercise of the right is related to the unilateral consent of the parents to marry their minor extramarital child in Peru, finally, with their general hypothesis: The abusive exercise of the right is positively related with the unilateral consent of the parents to marry their minor extramarital child in Peru; In this sense, the investigation keeps the following methodology, being of a qualitative approach, using the iuspositivist position and the position of the propositive investigation, therefore, the investigation by its very nature, used the technique of documentary analysis that were processed through the legal argumentation through the data collection instrument of the textual file and summary that allowed obtaining relevant information. The most important result was that: The abuse of the right arises when there is an intention or omission of the subject, that is, the holder of a right supported by the legal system exercises this right beyond its limits, leading to harm the right of the person. The most relevant conclusion was that: What is established in the fifth paragraph of article 244 of the Civil Code leads parents and their representatives to decide unilaterally on the assent for the minor to marry, which entails exceeding the limit of good faith, this because the decision adopted could lead to harming the best interests of the minor and his life project that would be irreparable. Finally, the recommendation was: Modification of the fifth paragraph of article 244 of the Civil Code.

Keywords: Abusive exercise of the right, objective criterion, subjective criterion, unilateral assent, marriage of minor children out of wedlock and manifestation of grandparents.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis lleva como **título**: “El ejercicio abusivo del derecho y padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales en el Perú”, cuyo **propósito** fue la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, esto como consecuencia de que lo descrito por la norma que conlleva a que se pueda extralimitar los efectos jurídicos perjudicando así el interés superior del menor de edad y su proyecto de vida, ya que el asentimiento unilateral para conceder el matrimonio de un menor de edad por parte de los padres y los abuelos debe de estar supeditado a una justificación objetiva de madurez emocional.

Por consecuente, se utilizó la **metodología paradigmática** propositiva, que permitió interpretar el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, por otro lado, también se analizó la doctrina y jurisprudencia respecto al ejercicio abusivo del derecho, con el propósito de analizar su *ratio legis* de ambas categorías en estudio, asimismo, se empleó la hermenéutica jurídica que permitió el análisis del artículo II del Título Preliminar y 244 del Código Civil y también el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, con la consistencia de conocer plenamente los alcances de los conceptos desarrollados que serán sometidos a una contrastación, para después utilizar la argumentación jurídica y alcanzar las teorizaciones de las unidades temáticas, es decir, de las categorías y subcategorías propuestas de la presente investigación.

En ese contexto, hemos decidido sistematizar la investigación en cuatro capítulos para una mejor comprensión de la tesis.

En el **capítulo primero** denominado Determinación del problema se ha desarrollado el problema de la tesis. Se ha consignado la descripción del problema, la delimitación, los objetivos, hipótesis, la justificación, el propósito, la importancia y las limitaciones de la tesis.

De esa manera, el problema general fue: ¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú?, luego el objetivo general fue: Analizar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su

hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú, mientras que la hipótesis fue: El ejercicio abusivo del derecho se relaciona de manera positiva con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú.

En ese orden, en el **capítulo segundo** titulado Marco teórico se desarrolló los antecedentes de la investigación estableciendo 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 categorías consignadas: Ejercicio abusivo del derecho y padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.

Luego, en el **capítulo tercero** denominado Metodología, se explicó la forma en cómo se ha desarrollado el trabajo de tesis, teniendo como base fundamental el enfoque de investigación y la postura epistemológica jurídica que aplicó la investigación, la cual fue la del iuspositivismo, luego se tuvo que sustentar la metodología paradigmática, la cual hizo uso del tipo propositivo, es decir, del análisis estructural de las normas jurídicas, para luego describir el escenario de estudio, los sujetos a analizar, el rigor científico que tendrá como norte la tesis y, finalmente, la técnica utilizada que fue la del análisis documental, en el que se revisan documentos y se realizan fichas.

A su vez, en el **cuarto capítulo** titulado Resultados se sistematizó los datos y se ordenó el contenido clave (los puntos controversiales) didácticamente para poder iniciar la teorización de conceptos. Los resultados más destacados fueron:

- En el derecho romano no se pudo encontrar un concepto referido al ejercicio abusivo del derecho, ya que en mencionada legislación no se desarrolló referente a los derechos naturales o subjetivos de la persona, así las normas eran impuestas por el emperador, siendo de fiel cumplimiento para la plebe como se puede notar en el Digesto, por consiguiente, algo que sí se puede tomar en consideración y que se refiere en algo a la actual definición del abuso de derecho es referido a que nadie puede perjudicar el derecho de otro usando su derecho. En esas líneas, la legislación romana ha establecido diferentes indicaciones que permitan percibir a la plebe una conducta ideal y consiguiente a su régimen imperial.

- El ordenamiento jurídico establece una obligación que debe ser cumplido por el ciudadano, o en otras palabras la norma presupone una acción prohibitiva cuya sanción es determinada por el juzgador según el daño causado al bien jurídico protegido, en ese contexto, el ejercicio que faculta las normas se complementa con la buena fe y las buenas costumbres aceptadas por la sociedad es por lo que se menciona que la acción debe de estar adecuada al derecho. En tal caso, el derecho no puede servir de escalón para perjudicar el respaldo jurídico esencial de terceras personas, a lo último se le considera como ejercicio abusivo del derecho, lo cual, se encuentra amparado dentro de la Constitución Política del Perú.
- Desde una posición doctrinaria se sostiene que el sujeto ejerce sus derechos facultados de manera abusiva atropellando el derecho de otros; sin respetar el límite establecido por ley o la finalidad, por el cual el legislador ha establecido su razón normativa. En ese extremo, la conducta activa siempre se centra en el sujeto que se extralimita de sus derechos generando así criterios objetivos, estos también pueden ser entendidos como inacción que desde ese punto se establece el dolo o la culpa que son contrarias a la finalidad legal en sentido estricto.
- En el caso de la manifestación por parte de los abuelos paternos o el padre mismo conlleva a que el consentimiento se dé únicamente por una de las partes en lo que respecta al consentimiento, incluso, la propia norma permite que los abuelos paternos den el asentimiento en caso de que el padre este ausente, sin embargo, todo lo referido se suscita en el caso del hijo extramatrimonial, en simples palabras, cuando el hijo es producto de una relación extramatrimonial. En ese caso, lo determinado por el legislador es parcializado puesto que al cazarse un menor de edad logra la independización, esto es que no seguirá percibiendo pensión alimenticia alguno lo cual implica que el padre se beneficia de referida situación sentimental y desentenderse de sus responsabilidades, por consiguiente, en este tipo de casos es necesario tener demasiado cuidado en caso de los hijos menores de edad extramatrimoniales, esto en respuesta de distintos aspectos que podrían perjudicar al proyecto de vida de este menor.

Por consecuente, con dicha información se contrasto cada hipótesis específica como la general, para luego discutir los resultados y generar una propuesta de mejora.

Finalmente, la tesis culmina con las **conclusiones y recomendaciones** a las que ha arribado la investigación.

En ese sentido, es deseo del tesista que, el trabajo desarrollado servir a los fines académicos y consecuentemente sea de aplicación inmediata, para que nuestros legisladores puedan regularizar una situación que no se halla acorde a la realidad social.

El autor.

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

El acto de contraer matrimonio es una situación de gran responsabilidad, esto debido a que el varón y la mujer unen sus vidas; asumiendo obligaciones y deberes que deben de ser cumplidos por ambos, en ese contexto, desde un punto de vista ontológico y psicológico los que contraen matrimonio se unen por una cuestión sentimental y de apego que ha sido desarrollada a consecuencia de años o meses de haberse conocido y mantenido una relación sentimental, cabe precisar que al momento de asumir esta responsabilidad se debe de tener ciertos requisitos para poder contraer nupcias como lo establece el Código Civil, entonces es necesario que los aspirantes a casarse tengan la mayoría de edad o en su defecto si son menores de edad deban poseer el asentimiento de sus padres, certificado de soltería, certificado de domicilio, certificado médico, y entre otros.

En ese sentido, una vez que unan sus vidas en matrimonio surgen los deberes que son mutuos de ambos cónyuges; siendo estos, el deber de fidelidad, asistencia y cohabitación sucesivamente a ello se genera la sociedad de gananciales que se encuentran reguladas cada una de estas en el Código Civil peruano, en esa circunstancia, esta figura jurídica permite que surja diferentes efectos que deben de ser tomados en cuenta al momento de contraer matrimonio, a fin de establecer una sólida relación en el futuro, pero que sucede cuando uno de los que desean contraer matrimonio es menor de edad o ambos y no tienen la madurez necesaria para poder afrontar los problemas económicos, laborales y profesionales.

Aunado a lo anterior, el diagnóstico del problema o problema en si se centra en lo establecido en el artículo 244 del Código Civil, referente al quinto párrafo sobre el asentimiento para contraer matrimonio de los hijos extramatrimoniales, que en su defecto solamente basta el consentimiento del padre o de la madre, en caso de que estos no se encuentren en vida o sean incapaces se deberá de recurrir a abuelos maternos o paternos según la misma regla anterior, en ese contexto, al respecto surgen diferentes problemas debido a que el menor de edad ha sido procreado en una relación extramatrimonial en su mayoría de casos la tenencia se encuentra sujeta a la madre, por ende, el hecho de que el hijo (a) desea contraer matrimonio a todas costas y que solo baste el asentimiento del padre o de

la madre, sería contraproducente no solamente para su proyecto de vida, sino que el legislador no ha tenido en consideración el interés superior del adolescentes.

Por lo tanto, según las máximas de las experiencias la comunicación de padres que tuvieron un hijo extramatrimonial, en su mayoría no es buena debido a los problemas que surgieron en el entorno matrimonial familiar del que fue infiel el cónyuge y, en consecuencia, el padre o la madre ni siquiera ha podido mantener una relación con su hijo(a), por consiguiente, alguien que no ha convivido con el menor no sería el apropiado para que pueda brindar el asentimiento para contraer matrimonio, en ese sentido, debemos también centrarnos en su proyecto de vida, ya que la elección de casarse como se ha sostenido con anterioridad podría resultar perjudicial para su futuro del menor de edad, esto debido a que no son lo suficiente maduros sentimentalmente y psicológicamente para emprender una relación a su corta edad.

En ese orden de ideas, como pronóstico de la investigación (o como repercusión negativa) es sabido que un menor de edad fisiológica y psicológicamente es impredecible, esto como consecuencia de que está en desarrollo y constante evolución, por ende, le cuesta adaptarse a la vida y adquiere esta capacidad como consecuencia del transcurso del tiempo y de la experiencia, por ello, es importante la dirección de los padres para que se pueda desarrollar y así alcance sus metas trazadas o un propósito en la vida. Con lo que respecta a lo establecido en el artículo 244 del Código Civil, en su quinto párrafo el legislador ha conllevado a que surja abuso del derecho debido a que los padres podrían darse por desatendido de sus obligaciones y sus responsabilidades con su hijo extramatrimonial, esto como consecuencia al momento de darle el asentimiento unilateral para que el menor pueda contraer matrimonio, sin previa discusión de ambos padres y sin ninguna opinión de un especialista, ello debido a que con el matrimonio adquieren la emancipación conllevando a que se desvinculen de sus deberes y obligaciones como padre, en suma la ilustración sería el no hacerles estudiar una carrera profesional o que se puedan desarrollarse en un oficio.

Como se ha sostenido el concederle el asentimiento unilateral para que un menor de edad pueda contraer matrimonio en el caso de hijos extramatrimoniales da inicio a que surjan diferentes situaciones que deben de ser analizadas de manera

objetiva y en favor del menor de edad, tanto es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente que los Estados partes tengan secuencialidad en su ordenamiento interno referente a la importancia del principio del interés superior del niño, como cuestión esencial de su protección y su libre desarrollo, por consiguiente, como repercusión negativa se estaría facultando a los padres mediante este dispositivo normativo a que recorte la patria potestad generando de esa manera un ejercicio abusivo del derecho que podría conllevar a perjudicar el proyecto de vida del menor de edad, por ende, es necesario que se tome en cuenta otro mecanismo por el cual se pueda recortar el ejercicio abusivo de derecho que se estaría ocasionando.

A lo mencionado, el control del pronóstico (o solución) que se ha planteado es la modificación del artículo 244 del Código Civil en especial el quinto párrafo referente al asentimiento unilateral para que el hijo (a) menor de edad extramatrimonial contraiga matrimonio, esto debido a que se puede evidenciar que por parte del padre o de la madre puede existir un ejercicio abusivo del derecho, esto a consecuencia que al otorgar el asentimiento se recortaría las obligaciones de manutención, vestimenta, educación entre otros; que debería de gozar hasta alcanzar la mayoría de edad o su propia independencia, por ello, es esencial que se reestructure el contenido normativo, con el objetivo de establecer un dispositivo normativo enfocado en la protección del interés superior del niño y el proyecto de vida del hijo (a) que fue concebido extramatrimonialmente.

Por consiguiente, a continuación se detallará los antecedentes de investigaciones más importantes a nivel nacional, siendo los siguientes: Velazco (2022) han investigado referente a la “Abuso del derecho en el acceso a la información pública – intendencia aduana aérea del Callao”; en donde desarrolló referente a la problemática que subsiste en la solicitud de acceso a la información pública, esto debido a que en la Intendencia de Aduana Aérea del Callao se han presentado solicitudes requiriendo documentación genérica que congestiona la administración pública, por ello, el investigador ha analizado esta problemática desde los conceptos del ejercicio abusivo del derecho que ocasiona perjuicio a la administración pública. Otra investigación es la realizada por Ishuiza & Rodríguez (2022) cuyo título es “Propuesta de nulidad de los matrimonios infantiles forzado o

arreglado, que afectan el derecho a contraer matrimonio libre-2022”, en esta se realizó un estudio referente al matrimonio infantil, siendo así que los investigadores han desarrollado ampliamente sobre los aspectos relevantes del matrimonio de menores, evidenciado las consecuencias que genera este tipo de matrimonio dentro de la legislación peruana, además han propuesto una solución necesaria al referido problema, en ese sentido, como ultima investigación relevante se tiene a lo desarrollado por Jiménez & Medina (2022) cuyo título fue “El matrimonio de menores de edad y la legislación mediante el otorgamiento de la licencia supletorio judicial” en este trabajo se desarrolló referente a los lineamientos que aprueban o nieguen la solicitud para el matrimonio en menores de edad, para ello, los investigadores han desarrollado ampliamente los conceptos del matrimonio de menores de edad, así como la patria potestad y el interés superior del niño y adolescente con la finalidad de poder demostrar las dificultades que surgen a partir de la aceptación para que un menor de edad pueda celebrar un matrimonio.

En ese contexto, la investigación realizada por Lopera (2019) cuyo título es “Implicaciones y fundamentos jurídicos del matrimonio y la unión marital de hecho en menores de 18 años en Colombia” en donde se desarrolló acerca del matrimonio de menores de edad, el cual, ha sido comparado con un matrimonio de personas mayores, en ese sentido, se ha evidenciado que el matrimonio de menores de edad requiere de un requisito relevante para que pueda darse, siendo así que es necesario que el menor de edad cuente con el asentimiento de uno de los padres para poder contraer matrimonio, es decir, se requiere del permiso de los padres. Y finalmente como última investigación tenemos a la desarrollada por Bujalance (2019) cuyo título es “El impedimento de edad matrimonial en nuestro derecho: el largo camino hacia la armonía y su actual quiebra”, aquí se desarrolló acerca del requisito de edad en relación al matrimonio, asimismo, se ha considerado la capacidad matrimonial, de acuerdo al investigador para el matrimonio de menores es necesario que los padres puedan dar su asentimiento debido a que no han alcanzado la mayoría de edad, esto en fundamento a la protección de los menores y es que sucede en la mayoría de casos que la capacidad matrimonial tiene un rol fundamental para evidenciar la decisión del menor.

De los antecedentes citados se ha podido constatar que nuestra propuesta de investigación es única, ya que no se ha encontrado referencia alguna de similitud o que conlleve a un estudio reiterativo de ambos conceptos jurídicos tales como el ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales, de allí que, los resultados que emanen de la investigación contribuirán al conocimiento de la comunidad jurídica.

Como última parte, al haber desarrollado de manera resumida el problema de investigación se ha formulado la siguiente interrogante: ¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

Por la propia naturaleza de la investigación jurídica, la presente se detentó a la clasificación dogmático-jurídico, razón por la cual, se analizó las instituciones y figuras jurídicas que se encuentran positivizadas en el Código Civil y en la Constitución Política del Perú, siendo las siguientes: Ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales, este último se encuentra establecido dentro del artículo 244 del Código Civil, en ese sentido, como delimitación espacial esta se encuentra sujeta al territorio peruano, esto debido a que todo el ordenamiento jurídico, es de pleno cumplimiento para todo ciudadano del territorio peruano y además hasta el momento se encuentran en rigor dentro del ordenamiento jurídico y no han sufrido ninguna modificación o derogación.

1.2.2. Delimitación temporal.

De lo mencionado con anterioridad, al ser la presente investigación parte de la clasificación jurídico-dogmática y enfocarse en el estudio de instituciones y figuras jurídicas, como: Ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales, en ese sentido, como delimitación temporal este se encontró sujeto a la periodicidad de la norma y su vigencia, por lo tanto, la temporalidad se basó al año 2023, debido a que hasta el momento ambas categorías no han sufrido ningún cambio normativo.

1.2.3. Delimitación conceptual.

Como se ha sostenido de forma reiterativa al ser una investigación cualitativa de vertiente dogmático jurídico se tuvo a bien desarrollar un análisis respecto a las categorías propuestas, siendo estas, como el ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales, ambas se encuentran positivizadas dentro del ordenamiento jurídico, en ese sentido, como delimitación conceptual se realizará un estudio profundizado con respecto a la primera categoría referente al criterio objetivo y subjetivo, por otro lado, con respecto a la segunda categoría se ejercerá un estudio de la manifestación de los padres y de los abuelos como detenta la norma, para así alcanzar un conocimiento unificado del problema propuesto, que por supuesto beneficiará al conocimiento del derecho peruano.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

- ¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú?
- ¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú?
- ¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación social.

Con respecto a la justificación social se debe de resaltar que la presente investigación **beneficiará aquellos menores de edad concebidos extramatrimonialmente que deseen contraer matrimonio, ya que se postulará**

a establecer una nueva conformación del matrimonio de menores de edad, a fin de proteger el interés superior del niño y su proyecto de vida, en ese contexto, se dará mayor respaldo a la patria potestad, de modo tal, se reafirme de manera correcta los requisitos para matrimonio entre menores de edad, por ello, nuestra intención es la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil.

1.4.2. Justificación teórica.

Al ser una investigación jurídica-dogmática se centrará en analizar de forma detallada referente al ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales, en consecuencia, **la investigación conllevará a profundizar el conocimiento de la legislación del derecho civil, con el propósito de que los requisitos para el matrimonio entre menores de edad concebidos extramatrimonialmente sea más estricto y garantista**, por ello, se abordará los tópicos resaltantes de ambas categorías para alcanzar los objetivos planteados.

1.4.3. Justificación metodológica.

Como intención y por la naturaleza de la investigación se ha reiterado el estudio de ambas categorías, siendo: El ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales, en ese sentido, **se utilizó como método a la hermenéutica jurídica y como métodos especiales se utilizó a la exégesis y la sistemática lógica, por ende, se manejó el análisis documental sobre los datos obtenidos, que después fueron procesadas mediante la argumentación jurídica.**

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general.

- Analizar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú.

1.5.2. Objetivos específicos.

- Identificar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.
- Determinar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.
- Examinar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general.

- El ejercicio abusivo del derecho **se relaciona de manera positiva** con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú.

1.6.2. Hipótesis específicas.

- El ejercicio abusivo del derecho **se relaciona de manera positiva** con los padres con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.
- El ejercicio abusivo del derecho **se relaciona de manera positiva** con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.
- El ejercicio abusivo del derecho **se relaciona de manera positiva** con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.

1.6.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Ítems	Escala instrumento
Ejercicio abusivo del derecho	Criterio objetivo	Al ser parte de la investigación jurídica en su vertiente dogmática- jurídica de enfoque cualitativo y de corte		

	Criterio subjetivo	propositiva, no es necesario que se establezca ítems, indicadores y escala de instrumentos de recolección.
Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales	Manifestación del padre o los abuelos paternos	
	Manifestación de la madre o de los abuelos maternos	
	Manifestación de ambos padres	

La categoría 1: “Ejercicio abusivo del derecho” se ha relacionado con los Categoría 2: “Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales” con la finalidad de realizar las siguientes preguntas específicas:

- **Primera pregunta específica:** Categoría 1 (Ejercicio abusivo del derecho) + subcategoría 2 (Manifestación del padre o los abuelos paternos) + concepto jurídico 2 (Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales).
- **Segunda pregunta específica:** Categoría 1 (Ejercicio abusivo del derecho) + subcategoría 2 (Manifestación de la madre o los abuelos maternos) + concepto jurídico 2 (Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales).
- **Tercera pregunta específica:** Categoría 1 (Ejercicio abusivo del derecho) + subcategoría 2 (Manifestación de ambos padres) + concepto jurídico 2 (Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales).

1.7. Propósito de la investigación

Como propósito la presente investigación plantea la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, esto debido a que su aplicación genera un ejercicio abusivo de derecho por parte de los padre y abuelos, ya que el asentimiento unilateral es contraproducente para el desarrollo del menor de edad que desea contraer matrimonio, lo cual permitirá que esta figura jurídica tenga mayores filtros, a fin de salvaguardar el futuro del menor.

1.8. Importancia de la investigación

La importancia de la investigación se centra en que al efectuarse el asentimiento unilateral de los padres o de los abuelos para que un menor de edad extramatrimonial pueda contraer matrimonio genera un ejercicio abusivo del derecho debido a que limita y recorta la patria potestad conllevando a que cese sus obligaciones y responsabilidades como progenitor y tutor que lesionaría el interés superior del niño y su proyecto de vida que podrían ser irreparables.

1.9. Limitaciones de la investigación

Como limitaciones se puede sostener que la presente investigación carece de análisis de expedientes judiciales, toda vez que este asentimiento unilateral para que un menor de edad contraiga matrimonio se da de forma expresa mediante declaración jurada por parte de los padres o de los abuelos, por tal situación, no se ha podido encontrar en el órgano jurisdiccional y si existiera los jueces son recelosos de brindar sus sentencias.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Nacionales.

Como primera investigación nacional se encuentra el artículo científico titulado: *“Abuso del derecho en el acceso a la información pública – intendencia aduana aérea del Callao”*, por Velazco (2022), indexado en la revista *Lucerna Iuris Et Investigatio* de la Universidad Mayor de San Marcos; en esta investigación se desarrolló referente a la problemática que subsiste en la solicitud de acceso a la información pública, esto debido a que en la Intendencia de Aduana Aérea del Callao se han presentado solicitudes requiriendo documentación genérica que congestiona la administración pública, por ello, el investigador ha analizado esta problemática desde los conceptos del ejercicio abusivo del derecho que ocasiona perjuicio a la administración pública; por otro lado, la presente investigación se relaciona a la nuestra porque se desarrolla consideraciones preliminares sobre la figura del abuso del derecho cuya concepción es subjetiva y que se desenvuelve a través de la facultad de la persona permitiendo así conllevar a una cuestión elemental de su concepto, lo que condujo a la siguiente conclusión vinculada con la presente investigación:

- El ejercicio abusivo del derecho permitió analizar a profundidad las diferentes incoherencias que permiten causar vulneración en la administración pública, esto debido a que la Ley N° 27806, no ha establecido las causales específicas que conlleven acceder a información sin ningún sustento, lo que ocasiona que el funcionario público sea sancionado, de esa manera, es necesario que se realice una revisión que permita verificar las situaciones que conllevan a desvirtuar la finalidad del acceso a la información pública.

En el presente artículo no se evidencia metodología alguna, esto se debe a su naturaleza cualitativa, por ende, esto puede ser cerciorado en las referencias bibliográficas.

Como segunda investigación nacional se encuentra el artículo científico titulado: *“El ejercicio abusivo del derecho del acreedor y su incidencia en el*

proceso de garantías”, por Rodríguez (2020), indexado en la revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo; en esta investigación se desarrolló respecto a la relación que existe entre los sujetos y la buena fe que debe de ser amparado entre los valores de credibilidad, razonabilidad, confianza, lealtad y solidaridad que en muchos casos se deriva el ejercicio abusivo del derecho esto debido a la creación de un acto ilícito que es necesario que el Estado garantice la protección del titular de la acción subjetiva por el cual ha sido afectado, por ende, en la realidad se ha podido apreciar que existe un vacío dentro del ordenamiento jurídico que ocasiona lesividad, por ello, debe de avocarse al impedimento de un ejercicio abusivo del derecho cuando el acreedor dentro del proceso de ejecución de garantías reales; siendo que la presente investigación se relaciona con la nuestra debido a que se ha desarrollado de manera amplia sobre el ejercicio abusivo del derecho, siendo así que se ha tocado tópicos importantes como su evolución e inclusión como concepto jurídico, sus características más importantes que nos han permitido tener un panorama más completo y detallado, lo que condujo a la siguiente conclusión vinculada con la presente investigación:

- El ejercicio abusivo del derecho se constituye como parte del principio de general del derecho que se encuentra ligado a la buena fe, además de ello, su sustento normativo se encuentra regulada dentro del artículo 103 de la Constitución Política del Perú y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil donde la postura del legislador es repeler el acto ilícito que se podría generar en la relación sustantiva como lo que sucede en un contrato de mutuo o crédito, de modo tal que en la ejecución de garantías se introduce al aparato jurisdiccional solicitudes tendenciosas con carencias normativas que lesionan el orden público y sus conexos, por ende, se puede apreciar que lo lícito puede conllevar a originar un acto ilícito, por ende es necesario que se establezca una situación de amparo en donde se genere un ejercicio abusivo del derecho, a fin de que sea más coherente.

En el presente artículo no se evidencia metodología alguna, esto se debe a su naturaleza cualitativa, por ende, esto puede ser cerciorado en las referencias bibliográficas.

Como tercera investigación en el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada ***“El ejercicio abusivo del derecho en los alimentos fijados judicialmente a favor del hijo (a) que ha cumplido los 28 años de edad”***, por Gamarra & Ulloa (2022), sustentada en la ciudad de Trujillo para optar el Título de Abogado por la Universidad Privada del Norte, en el presente trabajo de investigación se ha desarrollado lo referente al abuso del derecho en el deber de prestar alimentos al hijo (a) mayor de 18 años a pesar de que este cursando estudios con éxito de un oficio o profesión hasta los 28 años, en ese contexto referido dispositivo normativo del Código Civil ha ocasionado diversas situaciones en las cuales se ha podido contrastar que existe un exacerbado ejercicio del derecho que es perjudicial a pesar de que el hijo alimentista es mayor de edad y puede valerse por sí mismo, en ese contexto, el investigador hace notar que debe de existir la exoneración de la prestación de alimentos para hijos mayores de los 18 años, claro está si el progenitor y obligado tiene las posibilidades económicas este de propia voluntad puede coadyuvar a su desarrollo profesional y personal, pero no que se encuentre sujeto a una obligación legal como lo describe el artículo 483 del Código Civil, y este resultado se entrelaza con nuestro tema de investigación debido a que el investigador realiza un estudio respecto al ejercicio abusivo del derecho, a fin de contextualizar su contenido constitucional y normativo, es así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- La existencia del ejercicio abusivo del derecho comprenden que estos deben de estar desarrollados por cuestiones significativas que suceden, en el caso analizado se ha podido apreciar que existe un ejercicio extralimitado de derecho en el hijo pensionista mayor de edad, esto debido a que no existe fundamento racional que justifique de manera objetiva la prestación de alimentos cuando puede desarrollarse por su propia cuenta, lo que conlleva a que en muchos casos no se desarrolle de manera oportuna y cree una atmosfera de sobre protección.

Finalmente, el trabajo de investigación es de enfoque cualitativo, siendo el tipo de investigación de perspectiva básica no experimental, cuya técnica de recolección de información fue la entrevista aplicada a expertos y el análisis documental, como métodos de investigación se empleó el sistemático, hermenéutico, histórico y teológico, que puede ser contrastado a través de las referencias bibliográficas.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada *“La antinomia entre la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 y el 290 del Código Civil”*, por Campos & Mayta (2022), sustentada en la ciudad de Huancayo para optar el Título de Abogado por la Universidad Peruana los Andes, en el presente trabajo de investigación se desarrolló acerca de los deberes y derechos que tienen los padres en vínculo con sus hijos, para esto se ha considerado de manera detallada el principio del interés superior del niño y su desarrollo integral dentro de la sociedad, en ese sentido, se ha tocado temas relacionados al derecho de igualdad, identidad libertad personal y el de vivir plenamente, de manera que los investigadores también han desarrollado acerca del asentimiento por parte de los padres, y este resultado se entrelaza con nuestro tema de investigación debido al desarrollo realizado por los investigadores acerca del artículo 244 el cual establece ciertas reglas en relación al asentimiento de los padres, en otras palabras, se desarrolla acerca del requisito para el matrimonio en menores de edad y el asentimiento de los padres, es así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- Se aprecia la superioridad y preferencia que tiene el padre al momento de otorgar el asentimiento para el matrimonio de su hijo menor de edad ante el no asentimiento del otro padre, pues con ello no se promueve la desigualdad de los cónyuges dentro del hogar, lo cual genera una desunión entre los padres al momento de dar el asentimiento para el matrimonio del hijo menor de edad.
- Existe un conflicto con respecto al asentimiento debido a que de acuerdo con el artículo 244 solo basta con el asentimiento del padre para que el hijo menor de edad pueda contraer matrimonio, dejando de lado el asentimiento del otro padre lo cual conlleva a que uno de ellos pueda dar su asentimiento sin tener una base de

justificación racional que colabore al desarrollo integral del menor quién desea contraer matrimonio.

Finalmente, el trabajo de investigación ha empleado el método **hermenéutico**, con el tipo de investigación **básico o fundamental** y un nivel **explicativo**, asimismo, el presente trabajo de investigación es de diseño **observacional** también conocido como **no experimental**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada *“Propuesta de nulidad de los matrimonios infantiles forzado o arreglado, que afectan el derecho a contraer matrimonio libre-2022”*, por Ishuiza & Rodríguez (2022), sustentada en la ciudad de Lima para optar el Título de Abogado por la Universidad Cesar Vallejo, en la presente investigación se desarrolló acerca del matrimonio infantil, siendo así que los investigadores han desarrollado ampliamente sobre los aspectos relevantes del matrimonio de menores, evidenciando las consecuencias que genera este tipo de matrimonio en la legislación peruana, y este resultado se relaciona con nuestro tema de investigación porque ha servido de aporte en relación a los conceptos y definiciones sobre las implicancias del matrimonio de menores de edad, es así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- El análisis de los matrimonios infantiles afecta la integridad emocional, física y social de los menores de edad que contraen matrimonio, de manera que es importante realizar un diagnóstico adecuado para acceder a dicho matrimonio debido a que este a un futuro exige el cumplimiento de deberes y derechos por parte de los contrayentes.
- Los factores importantes del matrimonio de menores de edad se encuentran relacionadas con efectos relevantes en la vida del niño o adolescente, puesto que en muchos casos se presenta dificultades en el cumplimiento de los deberes y derechos matrimoniales por los menores de edad.

Finalmente, el trabajo de investigación ha empleado el método **hermenéutico**, con el tipo de investigación **básico o fundamental** y un nivel **explicativo**, luego aplicó diseño un **observacional** también conocido como **no experimental**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias

bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada “*El matrimonio de menores de edad y la legislación mediante el otorgamiento de la licencia supletorio judicial*”, por Jiménez & Medina (2022), sustentada en la ciudad de Lima para optar el Título de Abogado por la Universidad Cesar Vallejo, el presente trabajo de investigación tuvo como propósito determinar los lineamientos que aprueban o niegan la solicitud para el matrimonio en menores de edad, para ello, los investigadores han desarrollado ampliamente los conceptos del matrimonio de menores de edad, así como la patria potestad y el interés superior del niño y adolescente con la finalidad de poder demostrar las dificultades que surgen a partir de la aceptación para que un menor de edad pueda celebrar un matrimonio, y este resultado se entrelaza con nuestro tema de investigación ambos investigadores se han enfocado en desarrollar los factores por los cuales el padre y los abuelos se niegan a dar su asentimiento en la celebración del matrimonio de sus hijos o nietos menores de edad, también se ha valorado las razones por las cuales un juez otorga la dispensa judicial para la concepción del matrimonio en menores de edad ante la negativa del asentimiento por parte de sus padres o abuelos, es así que la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- Sí ha establecido las dificultades por las cuales se niega el asentimiento por parte de los padres o abuelos a los hijos menores de edad para contraer matrimonio en el Estado, pero bueno. Toda vez, que el matrimonio de menores de edad presenta dificultades en el desarrollo del bienestar del menor.
- El matrimonio de menores de edad requiere un énfasis debido que se puede generar en la vida de los menores a futuro, debido a que no se encuentran preparados física, emocional y socialmente para hacerse cargo de la familia que es producto del matrimonio.

Finalmente, el trabajo de investigación **carece de metodología**, pero es de tipo **básico o fundamental**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

2.1.2. Internacionales.

Como primera investigación internacional se encuentra el artículo científico titulado: *“El abuso del derecho al voto en la sociedad por acciones simplificada en Colombia”*, por Joya (2022), indexado en la revista de Derecho Administrativo: Publicación Continua de la Universidad de Ibagué; en esta investigación se analizó con respecto a la flexibilidad de la emisión de acciones, esto dentro de la manifestación del derecho a voto en las sociedades cuyas acciones son simplificadas, esto ha permitido que se establezca un ejercicio abusivo del derecho como cuestión al voto que se emite dentro de la institución jurídica, en donde no se evidencia ninguna garantía procesal y sustancial para los socios; en ese sentido, la presente investigación se relaciona a la nuestra porque la investigación abarca diferentes concepciones del abuso de derecho que han permitido sumergirnos en una posición del derecho comparado, a fin de determinar la aplicabilidad que existe sobre sus elementos y la conformación de sus precedentes, lo que condujo a la siguiente conclusión vinculada con la presente investigación:

- El ejercicio abusivo del derecho se da cuando la acción de nulidad que ha sido tramitada en la Superintendencia de Sociedades mediante procedimiento verbal conlleva a una prontitud que es ejercida por la celeridad que ha sido establecido en la legislación y que permite que los instrumentos legales, que no son adecuados generando la ruptura del ejercicio del derecho, de modo tal que se evidencia el provecho para un tercero o para el que solicitó generándose de esa manera el detrimento de los demás socios, por ende, se evidencia que la norma presupone derechos de los otros socios generándose una situación de quiebre en el voto.

En el presente artículo como metodología posee un corte cualitativo, jurídico y documental, esto debido a que se analizó la naturaleza propia de las sociedades y su aplicación dentro de su territorio para así establecer una situación jurídica que permita condecir con el abuso del derecho a voto.

Como segunda investigación internacional se encuentra el artículo científico titulado: *“El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante y el abuso del derecho. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Cali”*,

por Morgestein & Ucrós (2022), indexado en la revista de Derecho Privado; en esta investigación se analizó el régimen de insolvencia de la persona no comerciante en donde se está evidenciando el ejercicio abusivo del derecho esta problemática surge por el deudor concursado ya que el Código General del Proceso va en favor de la persona física que no ejerce el comercio como profesión; en ese sentido, la presente investigación se relaciona a la nuestra porque la investigación realiza una exposición referente al ejercicio abusivo del derecho fijando puntos necesarios que todo investigador debe de conocer, además de ello, se expone abiertamente su concepción doctrinaria y la línea jurisprudencia constitucional, lo que condujo a la siguiente conclusión vinculada con la presente investigación:

- Se tiene por establecido que el ejercicio abusivo del derecho se encuentra sujeto al ejercicio de la atribución legal cuando ésta es desviada de su finalidad, así se estaría extendiendo su razón normativa a causa de algunas acciones u omisiones que el propio marco normativo le permite surgir o iniciarse de manera espontánea y reiterativa por el sujeto de derecho, en ese extremo, es necesario que exista límites que sean circundantes al respeto de la proporcionalidad de la aplicación de la ley.

En el presente artículo como metodología posee un corte cualitativo, jurídico y documental, esto debido a que se analizó la naturaleza propia del ejercicio abusivo del derecho, por ello carece de metodología, lo cual puede ser corroborado a través de las referencias bibliográficas.

Como tercera investigación internacional se encuentra el artículo científico titulado: ***“El abuso del derecho en la renuncia del mandatario”***, por Villalobos (2022), indexado en la revista Anuario de Derecho del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá; en esta investigación se analizó referente a la renuncia del mandatario, esto a consecuencia de las renunciadas obligadas, en ese sentido, la legislación constitucional ha permitido que esto sea consecuente con la forma de las concreciones, por ello, el investigador ha establecido que existe un ejercicio abusivo del derecho debido a que no hay observancias ni límites establecidos por la ley mercantil para evitar que un mandatario renuncie, esto se ha concretizado porque el derecho de renuncia del mandatario se centra en los límites

normales para el ejercicio de este, por ende, que se ha desarrollado de manera amplia referente al abuso del derecho como base de las teorías que se han implementado para salvaguardar derechos de las personas, por ende, la presente investigación se relaciona a la nuestra porque la investigación realiza una exposición detallada del ejercicio abusivo del derecho desde una óptica del derecho comparado que nos ha permitido tener en consideración las cuestiones más relevantes de este concepto jurídico, lo que condujo a la siguiente conclusión vinculada con la presente investigación:

- La renuncia del mandatario dentro del Código Civil argentino permite que una de las partes pueda terminar el vínculo jurídico de manera unilateral, lo que conlleva a que exista un ejercicio abusivo de derecho en menester de que no existe una causal establecida que solidifique la pretensión de la renuncia, por lo tanto, se constituye extralimitarse los efectos del derecho ocasionando así una lesión con respecto a la tutela que debe garantizar a las partes.

En el presente artículo como metodología posee un corte cualitativo, jurídico y documental, esto debido a que se analizó la naturaleza propia del ejercicio abusivo del derecho, por ello carece de metodología, lo cual puede ser corroborado a través de las referencias bibliográficas.

Como investigación internacional, se tiene el trabajo de investigación titulado ***“Los efectos jurídicos y sociales que produce la prohibición de contraer matrimonio civil a los menores de 18 años, según la última reforma del Código Civil Ecuatoriano”***, por Yépez & Argoti (2022), sustentada en Ecuador para optar el Título de abogado por la Universidad Central del Ecuador; el presente trabajo de investigación tuvo como propósito ahondar sobre la prohibición de contraer matrimonio por menores de edad tal como lo señala el artículo 83 del Código Civil ecuatoriano, esto en base que el matrimonio de menores tenía como consecuencia embarazos precoces, abandono de escolaridad y violencia de género, es por eso que se ha optado por prohibir los matrimonios de menores de edad en la legislación ecuatoriana, para ello los autores han desarrollado los conceptos relevantes como el asentimiento de los padres, el matrimonio de menores de edad, el interés superior del niño para con ello evidenciar que la prohibición del matrimonio de menores no

ha cumplido con su propósito esto debido a que aún sigue dándose la problemática en la legislación ecuatoriana, y este resultado se relaciona con nuestro tema de investigación, en razón que el asentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos menores deben ser realizadas con mucha conciencia y teniendo en consideración las consecuencias que se generan por los matrimonios de menores se debe tener en cuenta por los padres si el matrimonio de su hijo menor va de acorde con el interés superior del niño, es por ello que las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- En la legislación ecuatoriana antes a la reforma del artículo 83 de su Código Civil el menor de edad no estaba facultado para poder contraer matrimonio, esto debido a que era necesario que se dé el consentimiento por parte de quien tenía la patria potestad, en otras palabras, su celebración podía darse de forma excepcional, por lo que dicha modificación no ha considerado los casos que se dan dentro del país ecuatoriano.
- El Estado ecuatoriano en su afán de mejorar las condiciones de a los derechos y vida de las madres adolescentes no ha considerado planes de acción los cuales hagan posible dicho propósito.

Finalmente, el artículo, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el investigador es cierto.

Como investigación internacional, se tiene el artículo titulada ***“El impedimento de edad matrimonial en nuestro derecho: el largo camino hacia la armonía y su actual quiebra”***, por Bujalance (2019), publicada en el artículo Anuario de derecho eclesiástico del estado (35) ; este artículo tuvo como propósito desarrollar acerca del requisito de edad en relación al matrimonio, en tanto, se ha considerado la capacidad matrimonial, de acuerdo al investigador para el matrimonio de menores es necesario que los padres puedan dar su asentimiento debido a que no han alcanzado la mayoría de edad, esto en fundamento a la protección de los menores y es que sucede en la mayoría de casos que la capacidad matrimonial tiene un rol fundamental para evidenciar la decisión del menor, y este resultado se relaciona con nuestro tema de investigación, en razón que el asentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos menores suele ser

importante para la protección de estos en el proceso del matrimonio, es por ello que las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- En muchos países se establece una edad mínima para que los menores puedan contraer matrimonio, esto con el propósito de proteger al menor y así garantizar el cumplimiento de requisitos legales para su validez, entre ellos es el asentimiento de los padres el cual es un requisito esencial en el caso del matrimonio de un hijo menor de edad.
- Se entiende que el impedimento de edad matrimonial se vincula con la prohibición legal para contraer matrimonio en una edad en específica, siendo así que este impedimento se basa en la protección del niño y adolescente en aquellos matrimonios infantiles donde suele darse abusos, violencia y explotaciones, incluso cuando los padres han dado su consentimiento, no es posible evitar referidos efectos graves que genera un matrimonio de menores de edad.

Finalmente, el artículo, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el investigador es cierto.

Como investigación internacional, se tiene el artículo titulada ***“Implicaciones y fundamentos jurídicos del matrimonio y la unión marital de hecho en menores de 18 años en Colombia”***, por Lopera (2019), publicada en el artículo institución universitaria de envigado (1) ; en el presente artículo de investigación se ha desarrollado acerca del matrimonio de menores de edad el cual ha sido comparado con un matrimonio de personas mayores, al respecto se ha evidenciado que el matrimonio de menores de edad requiere de un requisito relevante para que pueda darse, siendo así que es necesario que el menor de edad cuente con el asentimiento de uno de los padres para poder contraer matrimonio, es decir, se requiere del permiso de los padres, y este resultado se relaciona con nuestro tema de investigación, debido a que el hijo menor de edad en caso de que quiera contraer matrimonio requiere el asentimiento de los padres, pues sin dicho asentimiento no podrán contraer matrimonio, por consecuente, se fija este requisito en base a aspectos fundamentales como es el bienestar del menor, el interés superior

del niño y adolescente, es por ello que las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- El contraer matrimonio implica asumir grandes responsabilidades por lo cual la diferencia establecida entre el matrimonio de menores de edad y los matrimonios tradicionales evidencian que el contraer nupcias no es objeto de la promoción de la autonomía de la mujer ni mucho menos su libertad, sino que se trata de responsabilidades más graves como la procreación y entre otros derecho y obligaciones al que conlleva el matrimonio.
- En la legislación colombiana se da importancia al principio donde se establece que a todo niño y adolescente se le debe garantizar el interés superior del niño, razón por el cual en el caso del matrimonio de menores de edad se requiere el asentimiento de sus padres para poder realizar dicho acto jurídico.

Finalmente, el artículo, **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el enlace pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por el investigador es cierto.

2.2. Bases teóricas de la investigación

2.2.1. Abuso del derecho.

2.2.1.1. Consecuencias históricas.

La evolución del derecho ha sido comprendida según la circunstancia de su tiempo, es así que la teoría del abuso del derecho ha permitido que los juristas establezcan doble posición a sus efectos jurídicos, esto debido al panorama político y de gobierno que se establecía en un Estado de Derecho pareciera que los fundamentos fueran acertados cuando su efectivización se aproximaba a un grupo de poder y desprotegía a la sociedad, siendo elemental la conceptualización del abuso del derecho como cuestión del poder legislativo que todo gobierno cuenta, y al cual se debe de obedecer, en ese sentido, esta figura del derecho ha sido cuestionada desde su nacimiento pero a su vez también se ha desarrollado una definición que ha sido incluida al campo normativo para contener las formas arbitrarias y dictatoriales de los gobiernos.

En el derecho romano no se conceptualizaba referente al derecho subjetivo, a razón de que, no se llegó a desarrollar ningún concepto referente al abuso del

derecho, ello debido a que las normas eran impuestas por el emperador y eran de fiel cumplimiento para la plebe, siendo así establecido en el digesto como aquella frase que consignaba que nadie perjudicaba a otro cuando este estaba usando su derecho o como se le conoce “Neminem laedit qui iure suo utitur”; en ese sentido, podemos observar que la legislación romana eran concreciones que debían cumplirse porque la determinación del derecho era así, de tal suerte, estos tipos de gobiernos han conllevado a que se crea en un pensamiento excesivo de los límites del poder conllevando el nacimiento del abuso del poder.

En esa línea, en la edad media en el continente occidental se forjaba las épocas de la ilustración, en dónde se empieza a tener una diferente percepción de la persona como parte fundamental de la sociedad y el Estado, siendo así que nace el derecho subjetivo esto encaminado por la teleología del derecho positivista, este punto fue elemental para comprender la jurisprudencia desde un plano más humano y proporcional, por ende, el derecho constitucional y las fuentes del derecho han llegado a tener una visión más importante y alturada consignándose defectos del Estado como tal respecto al a emisión de normas buscando de este modo una cuestión de solución y equilibrio como lo denotado en Francia.

En ese sentido, en la época media la definición del abuso del derecho era una concepción netamente tributaria esto debido a los vacíos que se encontraba en las disposiciones del Código Napoleónico, esto como consecuencia de la burocracia legal en donde los magistrados se pronunciaban referente a las leyes establecidas, no habiendo un análisis profundo referente a sus fallos, es decir, que solamente se impartía justicia a través de lo que denotaba la legislación de su tiempo sin poder abarcar una interpretación extensiva.

2.2.1.3. Concepto del abuso del derecho.

El ejercicio abusivo del derecho se circunscribe a una intención especial, eso es: “(...) Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse. (...)” (Casación N° 2182-2006-Santa), ello nos da un presupuesto para su identificación, siendo que, el ejercicio de sobrepasar el derecho propio no solo se suscita cuando se ejerce un derecho propio sino requiere que el ejercicio de ese derecho sea para dañar al derecho de otra persona.

En esa misma línea, Lizana (2018) menciona que, el titular del derecho subjetivo actúa en concordancia a lo establecido por la norma jurídica que otorga la facultad, sin embargo, dicho ejercicio del derecho subjetivo puede alterar la buena fe, las buenas costumbres, la moral o el fin social y económico del derecho, así se entiende como el actuar con culpa o dolo bajo el ejercicio de un derecho, sin ningún beneficio para sí, pero generando perjuicios a terceros.

En otras palabras, lo permitido dentro de un país es el límite del ordenamiento jurídico, por lo que referido límite es considerado como un ejercicio adecuado al derecho, no obstante, es difícil establecer las intenciones internas, pues es evidente que lo exteriorizado suele ser más fácil de determinar, es decir, la intención interna que tiene el sujeto para dañar con mala fe, de manera que dicha intención es la base de la infracción a la regla social que no se encuentra establecido dentro del ordenamiento jurídico pero que regula la conducta de cada sujeto que conforman la sociedad.

Por lo tanto, el abuso del derecho se caracteriza por contener actos de mala fe en el ejercicio de un derecho consagrado en el ordenamiento jurídico, por lo cual dicha acción no concuerda con la ley, en otras palabras, se trata de una conducta ilegítima, de igual manera en el ámbito jurisdiccional, el juez quien está facultado para administrar justicia bajo la representación del Estado suele ejercerlo bajo la distinción del ejercicio abusivo del derecho, y es que el ejercicio abusivo del derecho suele ser ejercida externamente a la esfera limitada, entendiendo por referido límite al ordenamiento jurídico vigente donde se establece normas no prescritas, las cuales suelen ser aceptadas por la sociedad con la finalidad de mantener y promover la paz y tranquilidad. De manera que no es posible sostener una presunción de la obligación contraria a la ley si no que se contradiga referida obligación (Lizana, 2018, pp. 62-63).

El ejercicio del derecho solo debe darse en concordancia con el fin normativo y los poderes estatales puesto que estos se encargan de organizar al país y a la vez contratan los derechos, sin embargo, cuando se trate sobre el bien común este se encuentra bajo la regulación del Estado, así por ejemplo sobre el derecho de libertad que se encuentra establecido por el Estado de emplear una mascarilla con la finalidad de no aumentar los contagios del COVID-19 dicha

actuación deriva del órgano estatal y un derecho común, es decir, se trata del ejercicio regular en beneficio de la colectividad lo cual no se daría dicha regulación si se tratase de un Estado dictatorial.

De todos modos, desde el punto de vista doctrinal, el abuso de derecho en el ámbito de la legislación chilena lo considera a este como una teoría que se fundamenta en jurisprudencia y dogmática el cual se originó en el derecho patrimonial debido al ejercicio del derecho de propiedad, en referido derecho la acción de una persona era considerado como injusto y abusivo, en razón que estas acciones sobrepasaban los límites regulados y además contenían daños ilegítimos, en respuesta a las vulneraciones se planteó como solución que el daño producido sea reparado, por consiguiente, en la doctrina chilena se ha establecido dos aspectos claros; el primero es que el ejercicio abusivo del derecho existirá si o si cuando se sobrepase el límite de ley; el segundo hace referencia al existencia del ejercicio abusivo del derecho aun cuando no se sobrepasa el límite de la ley (Barraza, 2021, pp. 35-36).

2.2.1.4. *¿Cuándo existe abuso del derecho?*

Desde la perspectiva doctrinaria la pregunta planteada es tratada de manera detallada, siendo que, como se había mencionado la persona puede ejercer abusivamente su derecho a pesar que este su actuación dentro del límite de la ley, pero para pasar a ello es necesario determinar lo que es considerado abusivo, es así que, conforme al ámbito constitutivo subjetivo justamente es la intención de maliciosa de un sujeto que quiere directamente dañar a otra persona, por otro lado, desde el ámbito objetivo es perseguir sus intereses y mientras consigue ello dañar a otros sujetos, los intereses antes mencionados son los derechos del que la persona es titular (Barraza, 2021, p. 36).

Bogotá resalta algo muy importante de la conducta de la persona que realiza el ejercicio abusivo del derecho llega a ser una conducta activa, es decir, una acción determinado por criterios objetivos y puede ser una conducta pasiva, es decir, inacción; donde en ambos tipos de conducta la persona la ejerce por así decirlo fundamentándola en que es titular del derecho subjetivo, configurándose por dolo o culpa de parte del sujeto agresor que contradice la finalidad legal (c.p. Linares, 2016, s.p.).

2.2.1.5. Criterios para su determinación.

Los criterios que sirven para determinar el ejercicio abusivo del derecho son precisos Rubio (c.p. Morales, s.f.), nos dice que, para la configuración del AD se requiere primigeniamente a una aplicación conjunta de los métodos de integración jurídica que contribuya a identificar si se realizó un ejercicio regular del derecho o no.

Es así como, Morales (s.f.) expresa detalladamente los requisitos que deben cumplir de manera copulativa para que se logre configurar el AD, siendo los siguientes:

1. Existe una norma jurídica que reconoce un derecho.
2. Este derecho debe ser relativo, es decir, debe tener ciertas limitaciones.
3. Se produce el ejercicio de ese derecho por un sujeto o por la omisión de dicho ejercicio y con ello se afecta el legítimo interés de otro sujeto.
4. Ese ejercicio del derecho, o su omisión no se encuentra limitado ni prohibido por ninguna norma positiva.
5. La afectación del legítimo interés del otro sujeto no se encuentra tutelado por una norma específica.
6. Se entiende que dicho ejercicio contraviene el principio de buena fe y las normas generales de convivencia social (p. 08).

En tal extremo, se pasará a explicar cada uno de los requisitos: el primero, es propiamente la regulación del derecho de manera expresa y taxativa, lo cual, aduce al principio de legalidad que todo ordenamiento jurídico tiene; por otro lado, el segundo requisito manifiesta que, el derecho por más de ser protegido por el ordenamiento jurídico vigente de un país, no sea absoluto para cada individuo, sino que sea relativo en el extremo de la convivencia social, donde cada individuo tiene los mismos derechos que el otro; el tercero, quiere decir que, el ejercicio abusivo del derecho es por parte de una persona que es sujeto de derecho, puesto que, un animal no puede ejercer de manera abusiva un derecho, esta conducta que genera el AD es activa o pasiva; el cuarto, se expresa como la falta de regulación o cumplimiento de la función legislativa del congresista, donde a pesar que la norma esté presente, ésta no tiene en ningún extremo de su contenido la prohibición de ejercer el derecho del cual sería titular una persona o el incumplimiento respecto a

ese derecho; el quinto, implica la inexistencia de una regulación que contenga de manera taxativa que la afectación al interés legítimo de otra persona se encuentra resguardado; y, finalmente, el sexto donde tal conducta activa o pasiva del sujeto agresor va en contra de las reglas no prescritas de la sociedad en la que se encuentra.

2.2.1.5.1. Criterio objetivo.

En lo concerniente al criterio objetivo para identificar si existió o no ejercicio abusivo del derecho por parte de un sujeto, es arribado en tres concepciones: la primera, la conducta pasiva o activa, se encamina a mermar la finalidad social y económica que tiene el derecho, siendo propiamente tales finalidades para proteger tanto el fin individual como el colectivo; la segunda concepción, la persona va deliberadamente en contra del Estado, donde al realizar la conducta pasiva o activa merma propiamente la necesidad social; y, tercero, que tal conducta por el sujeto titular de un derecho con la simple acción o inacción va en contra de la moral y buenas costumbres, es decir, de aquellas reglas sociales no prescritas que rige la conducta de las personas, ejerciendo de esa manera, abuso del derecho individual de que uno es titular (Duran, 2012, p. 11).

Por otro lado, frente al criterio subjetivo, es más completo, porque supera las limitaciones que posee el otro, puesto que, a diferencia del criterio subjetivo que considera la intención del sujeto que realiza el ejercicio abusivo, por lo que, se debe de aplicar identificando la conducta que va en contra del fin socioeconómico jurídico y la ética, donde la balanza equitativa favorece un lado cuando el agresor ejercita abusivamente el derecho del cual es titular (Rodríguez, 2020, pp. 103-104).

2.2.1.5.2. Criterio subjetivo.

En otro sentido contrapuesto al criterio objetivo se tiene el criterio subjetivo, importa que la conducta sea activa, en la medida que, se deben de aplicar tres criterios que pueden configurar de manera copulativa o individual, es decir, solo requiere que, se cumpla un solo criterio, los criterios mencionados son: la acción negligente, el *animus nocendi* y la inexistencia de un interés legítimo y serio de respetar el derecho de otro (Angulo, 2006, p. 05).

Pero considerando lo expuesto, aun no es suficiente para identificar el abuso del derecho, dicha deficiencia se presentó justamente en la Cámara de los Loes del país de Inglaterra en el año de 1895, de la siguiente manera: “Un vecino, por cuyo

fundo atravesaba una corriente de agua que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas para obligar a la municipalidad a que lo adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante el aludido tribunal, este resolvió que, puesto que el corte de corriente no había sido hecho sin interés alguno, sino con el de especular con la venta de su propiedad, no había abuso. La solución dada a este caso resulta repugnante al sentimiento jurídico moderno” (Angulo, 2006, p. 05).

En el ejemplo citado se aclara que no es suficiente que el agresor del derecho tenga un inexistente interés legítimo y serio, ya que, se observó que el vecino si poseía un interés legítimo que se encuentra en la norma, pero a pesar de ello se ve claramente que existe abuso del derecho.

Otro sector de la doctrina a parte de lo expuesto ha considerado que toda persona debe de cumplir un deber jurídico, ello implica que una persona, bajo presunción actuará en el límite legal aceptado tanto de reglas prescritas como no prescritas (Rodríguez, 2020, p. 104).

2.2.1.5.3. Criterio ecléctico.

A través de este criterio se pretende aclarar cómo es que se configura el ejercicio abusivo del derecho, este criterio en comparación a los criterios anteriormente desarrollados, este criterio suele ser más completo por así decirlo debido a plantea requisitos apropiados que hagan posible el desarrollo de los criterios que le preceden, en concordancia, este criterio también es conocido como mixto, en base a la identificación particular de tres aspectos significativos: el derecho ejercido abusivamente, intención objetiva del titular del derecho, el quebrantamiento de la buena fe (Angulo, 2006, pp. 06-07).

2.2.1.6. Historia.

En lo que respecta al abuso del derecho este en la historia del hombre ha ido transformándose, pues el mismo avance tecnológico y social ha hecho que este cambie en comparación a sus inicios, de manera que en el capitalismo, exactamente en el siglo XIX se daba reconocimiento y tenía éxito el liberalismo junto al capitalismo, surgiendo entonces la teoría del abuso del derecho como resultado de la ineficacia del derecho, el cual se reflejaba en aquellas circunstancias forzadas e inauditas, no obstante, ante este problema jurídico se planteó dos concepciones: el primero, se trataba de la concepción individualista el cual se relacionaba con la

configuración del abuso del derecho cuando el sujeto realizaba el ejercicio del derecho del cual es titular de manera dolosa o disculpable, siendo así que con dicha acción se dañaba el derecho de otra persona, en ese sentido, Alessandri refiere que el derecho protegido y regulado en la normativa el cual establece el deber que tiene el sujeto para comportarse de acuerdo a lo establecido en el derecho y del que es titular, por ello, se establece, que debe actuar con buena fe, con cuidado y de forma diligente; la segunda concepción es la actual, el cual se enfoca en el corte socialista el cual sostiene que el abuso de derecho se concreta cuando se va contra el fin social y económico del derecho (Gaviria, 1980, p. 30).

Referida ineficacia del derecho empieza a darse con mayor fuerza en el Siglo XIX, debido a la expansión de las ideas liberales y por la vigencia de las leyes que producían el ejercicio del derecho sin respeto a los límites al inicio del derecho de otra persona, en otras palabras, los titulares de derecho lo ejercían sin ninguna restricción, en respuesta a ello los liberales referían que la ley era la única que podía determinar los límites, de manera que, los sujetos al actuar en el límite determinado por la ley no existe la necesidad de investigar la intención que tenían las personas o la afectación que se realizaba a otro sujeto, dicha situación se convertía en una excusa de que en caso que la ley no regulaba una situación, las personas no podían obedecer y ello daba lugar a que se comporten como quisieran. Ya por el siglo XX, surge un nuevo pensamiento solidario en contra del pensamiento liberalista, referido pensamiento tenía como concepción que los derechos subjetivos eran relativos, debido a que se limitaban por los derechos de otras personas, además, tenía un interés justo el cual debe predominar en los miembros de la sociedad (Hess, Louge y Zarate, 2010).

2.2.1.7. Teoría del abuso del derecho.

Por otro lado, en lo que concierne al abuso del derecho este se enfoca en que el ejercicio abusivo se fundamenta en la configuración de la culpa y el dolo, en razón que ejercitar una acción de esa magnitud implica desconocer la validez y eficacia de la teoría, debido a que mencionada teoría se subsumiría a la configuración de la responsabilidad cuasidelictual o delictual, puesto que cuando se suscite circunstancias de conductas que contengan abuso de derecho, estas

puedan darse sin la opción de poder imputar el hecho correspondiente (Gaviria, 1980, pp. 31-32).

De igual manera, la teoría en desarrollo es considerada como la consecuencia de diferentes cambios dentro del ordenamiento normativo mediante el transcurso del tiempo, así por ejemplo en los distintos Códigos, leyes y otros cuerpos normativos, es decir, este se origina como una figura jurídica que le hace frente a las problemáticas sociales (Cuentas, 1997, pp. 463-464).

2.2.1.7.1. La naturaleza del acto abusivo.

Para empezar, es necesario establecer límites en el ejercicio del derecho para que este pueda existir, de acuerdo con el pensamiento desarrollado, la naturaleza del acto abusivo reside en que el ejercicio abusivo del derecho es considerado como un principio general jurídico, pues este se relaciona con la identificación sobre la configuración del abuso del derecho, es por eso que inicialmente se debe establecer los criterios empleados para alcanzar referido fin (Hess, Louge y Zarate, 2010, p. 04).

Cabe decir, que la aplicación del criterio subjetivo tiene como finalidad identificar la existencia del ejercicio abusivo del derecho, en ese sentido, solo se asegurará que el abuso del derecho se ha configurado cuando el sujeto haya realizado una conducta con dolo o culpa, pues se tendrá en cuenta la sola intención de inacción o acción que haya producido daño a un tercero, referido criterio se aplicó por la jurisprudencia francesa, como se parecía el criterio subjetivo hasta aquí resulta ser exigua; de manera que se procederá a la aplicación del criterio objetivo, el cual sostiene que la persona que ejerce el derecho del cual es titular en contra de la finalidad que persigue referido derecho se configurara el ejercicio abusivo del derecho, no obstante, un tercer criterio, sostiene que es necesario que concurra el criterio subjetivo con el criterio objetivo para que pueda concretarse la configuración del abuso del derecho (Hess, Louge y Zarate, 2010, pp. 04-05).

En fin, el abuso del derecho constituye ser aquel lineamiento esencial del derecho, el cual se exterioriza ante el ejercicio del derecho por su titular de forma abusiva, siendo así que la teoría desarrollada resulte ser la solución (Hess, Louge y Zarate, 2010, pp. 11-12).

2.2.1.7.2. *Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del derecho.*

Si se considera el ejercicio del derecho este suele ser extenso en cuanto a su uso, para gozar o no, es por eso que Ennecerus sostiene que, no es posible prohibir de forma absoluta al ejercicio del derecho que ocasiona daños a otra persona, debido a que la sociedad requiere ejercer sus derechos por más daño que pudiera provocar a otra persona; no obstante, el problema ocurre cuando una persona se enfrenta a la difícil situación de ejercer o no un derecho del cual es titular, debido a que si no lo ejerce dicho derecho recae en el incumplimiento de un rol social, por el contrario, si lo ejerce dicho derecho debe ser en base al límite jurídico y no jurídico, con la finalidad de no ejercer de manera abusiva su derecho que puede ir contra los límites expresadas en la norma jurídica y con ello configurarse un actuar ilícito (Martín, 1979, p. 446).

2.2.1.7.3. *El ejercicio abusivo del derecho dentro del Código Civil peruano.*

Al respecto, el Código Civil hace referencia sobre el ejercicio abusivo del derecho como aquel principio que debe ser siempre cumplido, aplicado y respetado, en ese sentido, se somete a dos circunstancias: el patológico y fisiológico, el primero se trata del abuso del derecho el cual viene a ser la consecuencia de una representación que busca la responsabilidad sobre las reglas de ineficacia, el segundo viene a ser un elemento que integra la buena fe, el cual permite establecer límites al ejercicio de los derechos subjetivos que realizan las personas (Espinoza, 2005, p. 176).

A. *Supuestos de abusos de derecho dentro del common law.*

Es menester señalar que al abuso del derecho no le es ajeno el *common law* debido a que a inicios de 1706 se emitió una jurisprudencia en Inglaterra concerniente a los actos abusivos del derecho, dicha acción se plasmaba con *leading decoy case*, el cual hacía referencia a que un colindante A usando libremente el arma del que era propietario disparaba para espantar a las aves que su colindante B se dedicaba a cazar como medio de sustento de vida, donde el caso citado llegó concluyendo que el vecino A no podía utilizar su arma de fuego para que con mala

fe espante a las aves que el vecino B cazaba, de manera, que se determina que los derechos que se encuentran regulados por la ley no pueden ser ejercidas con la finalidad de agraviar a otras personas; de igual manera, sucede otro caso donde una persona A utilizaba armas de fuego para que con su ruido haga abortar a tigres que criaba la persona B, el cual, vivía a su colateral, tal conducta de la persona A responde a título de *nuisance*. Por lo que se refiere a Francia este logra sobresalir bajo dos circunstancias: el primero deriva de un hombre que construyó un muro muy alto con el objeto que el vecino de atrás no tenga su espacio iluminado; y, el segundo caso, es sobre uno que llegó al Tribunal de Compañía, donde una persona compró un terreno donde construye puertas enormes las cuales dañaban a los carros que pasaban sobre ella, el sujeto necesariamente las habría construido para vender la propiedad con un precio prohibitivo, de manera que, el Tribunal finaliza que, el derecho cuando deberá ser ejercido en concordancia a la finalidad con la que fue legislado y no en contra de lo determinado por la ley (Asencio, 2008, s.p.).

Por otro lado, en Alemania el abuso de derecho se da a conocer mediante el caso de enemistad suscitado entre un padre y su hijo, dicha situación consistía en que el padre no le dejaba ver a su hijo la tumba de la madre que se encontraba en una finca, por lo que el Tribunal ante dicha situación falla emitiendo un alcance de manera general, señalando que la prohibición tiene un límite, el cual es circunscrito a nivel de antecedente a la función social que integra el derecho, siendo así que afirma que el abuso del derecho se da cuando una persona ejerza su derecho de forma abusiva o cuando lo acciona con propósitos egoístas (Asencio, 2008, s.p.).

Hay que hacer notar que entre los años de 1934 y 1964 en el país de Rusia, Portugal, Checoslovaquia, España y Polonia se inició a dar relevancia al abuso del derecho debido a que fue aplicado juntamente con el principio de buena fe objetiva y el principio de corrección, referida situación se convirtió en una aplicación común para la doctrina que dominaba en aquel entonces, por el contrario, en la jurisdicción italiana se optaba por la aplicación de conceptos jurídicos objetivos que el propio principio del abuso del derecho (Asencio, 2008, s.p.).

B. El abuso de derecho en el ámbito jurídico latinoamericano.

Por otro lado, en Latinoamérica el abuso de derecho se regulan de manera expresa o tácita, así por ejemplo, en el país de Argentina su Código Civil de 1869 prescribe en su artículo 1071 dicha figura jurídica, por lo que el juez para poder resolver los casos relacionados con el abuso del derecho necesariamente debe tener en cuenta: aquella intención que tiene una persona para poder agraviar a otra persona, no contar con un interés, cuando existe distintas opciones para ejercer el derecho y el sujeto escoge la que más causa daño a otra persona, el daño debe darse fuera del límite regulado sobre el ejercicio del derecho que se encuentra aceptada por la sociedad, de igual manera, la conducta de la persona necesariamente tiene que ir contra las buenas costumbres de la sociedad, en caso de que la conducta de la persona responde a lo razonable o no, en caso de que la conducta sea efectuado en contra de la lealtad y la confianza recíproca que una persona tiene en una sociedad de derecho (Asencio, 2008, s.p.).

De igual manera, en otros países como Venezuela, Paraguay, Cuba y México fueron regulando de forma progresiva el abuso del derecho, como es el caso de nuestro país, al respecto, sostiene Espinoza, que la doctrina peruana determina de forma autónoma el abuso del derecho, la cual establece cuáles son aquellos elementos que configuran de forma correcta el abuso del derecho, tales como: tener en cuenta la circunstancia jurídica subjetiva, existencia del incumplimiento y un deber jurídico, comisión de un hecho ilícito contra su propio género o especie, existencia de una lesión a patrimonio ajeno bajo un interés, ejercicio irregular del derecho y daño visible dicho tratamiento se fundamenta en la teoría general del derecho (Asencio, 2008, s.p.).

2.2.1.7.4. El abuso de derecho en la jurisprudencia del Perú.

En el caso de la legislación peruana, la jurisprudencia del Perú fue el primero en hacer referencia sobre el abuso del derecho en el año 1963 en el recordado caso donde una pareja de esposos que contrajeron matrimonio en 1943 a la vez llegaron a separarse en 1962 mediante la separación de hecho, ya en 1982 el esposo había adquirido una propiedad bajo la vigencia de la sociedad de gananciales y cuando este ya se encontraba conviviendo con una nueva pareja en el año 1963;

es así que el abuso del derecho sucede cuando él esposo pretende disponer dicha propiedad, pues la esposa solicita la nulidad del acto jurídico, es decir, el contrato, ante esta situación la sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao emite su fallo declarando inadmisibile la demanda presentada por la esposa de acuerdo a la aplicación del principio del abuso del derecho, debido a que no existía una armonía social y por ende se presentaba una injusticia (Asencio, 2008, s.p.).

En esa misma línea, Asencio (2008) sostiene que existen ciertos requisitos para configurarse el abuso del derecho los cuales serán desarrollados a continuación:

1. Necesariamente el derecho debe encontrarse determinado dentro del ordenamiento jurídico.
2. El ejercicio del derecho debe vulnerar el interés de una tercera persona.
3. Ante la emisión de un perjuicio a un tercero, este no debe encontrarse protegido por ninguna prerrogativa jurídica.
4. Se deberá desvirtuar los fines económicos y sociales que el ordenamiento jurídico ha otorgado con relación al principio de buena fe.

Las medidas que permitan resarcir el daño causado a un tercero deberán ser a través de la apelación con efecto devolutivo (s.p.).

2.2.1.8. En el derecho comparado.

2.2.1.8.1. Alemania.

El concepto del abuso de derecho en Alemania se precisa por primera vez en el Código Civil de 1896 en su artículo 226 el cual hace referencia que cuando el ejercicio de un determinado derecho se destine a dañar a otra persona, este constituye una conducta no permitida, de manera que la intención del sujeto para ocasionar un daño a otra es evidenciada en referida regulación bajo el criterio subjetivo, además, dicha disposición se complementa con lo regulado en el artículo 27 y 28 del *Landrecht Prusiano*, en referidos artículos se hace mención sobre el ejercicio del derecho el cual debe darse en conformidad a su propia naturaleza sin la necesidad de abusar sobre la propiedad que tiene la persona, para así ocasionar un daño al derecho de otra persona, en ese sentido, se aprecia la conformidad con el artículo 26 el cual expone una medida para solucionar de alguna manera el daño

ocasionado por el agresor del derecho para poder reparar el daño en caso que fue ejercido fuera del límite o el ejercicio regulado por el marco normativo, ello teniendo en consideración la mala fe que tuvo la persona; por el contrario no se encontrará obligado en reparar dicha situación (Cuentas, 1997, p. 476).

Seguidamente, en el año 1900 se delimita de manera más concisa y precisa el abuso del derecho en el artículo 226 donde se tiene en cuenta como base configurativa la aplicación del criterio subjetivo, puesto que se considera la constitución del abuso del derecho cuando una persona tiene aquella intención maliciosa en dañar a otra persona, dicha postura es compartida por Martín Bernal (Angulo, 2006, p. 15).

Así, el Código Civil de Alemania regula de forma obligatoria la reparación condicionada a las consecuencias de aquella conducta que se encuentra fuera del ejercicio regular del derecho, es decir, de aquella conducta que va contra las buenas costumbres adoptadas por la sociedad (Angulo, 2006, p. 16).

En la legislación alemana y según Martín Bernal el abuso del derecho se encuentra prescrita en el artículo 226 el cual viene a ser una aparente regulación, en razón a que, el criterio subjetivo necesita un nivel probatorio muy compleja de evidenciar, es decir, de comprobar aquella intención maliciosa que tiene una persona al momento de ejercer su derecho (Durán, 2012, p.23).

2.2.1.8.2. Suiza.

Por su parte, en la legislación suiza el Código Federal del año de 1907 prescribe en su artículo 644 sobre la aplicación del criterio subjetivo como el único requisito para que se pueda configurar el abuso del derecho, siendo así que se incorpora en el artículo II de forma expresa la exigencia que obliga a las personas a ejercer su derecho y cumplir con sus obligaciones, en caso contrario, cuando ejerzan el derecho se evidenciará de forma clara el abuso de un derecho proscrita por la ley, ante esta concepción argumentativa Rossel refiere que la intención maliciosa de dañar a otra persona no es algo absoluto, sino que se requiere que dicha acción sea contrario a la buena fe al momento de ejercerse el derecho, por lo que el agraviado tiene la función de demostrar que el ejercicio del derecho a generado daños; de igual manera, señala que cada individuo debe actuar en conformidad al

marco de la buena fe, la moral y el ejercicio de un derecho bajo una obligación (Cuentas, 1997, p. 478).

El Código Civil de 1907 en su artículo II, Título Preliminar delimita que el abuso del derecho es la aplicación de la buena fe, debido a que es necesario que el sujeto ejerce el derecho bajo su titularidad de forma razonable; el cual la aplicación para circunstancias reales, el juez a través del criterio común y el razonamiento deberá identificar si el abuso del derecho existe o no (Angulo, 2006, p.16).

2.2.1.8.3. España.

Por otro lado, se encuentra el Código Civil de España de 1899 el cual no regulaba de manera tácita sobre el abuso del derecho, sin embargo, existía una norma genérica el cual se refería sobre dicha figura jurídica, gracias a la evolución y el tiempo dicha norma genérica fue pasando primera fase, sin embargo, aún se negaba al abuso del derecho por la aplicación del Código Civil el cual se encontraba fundamentada de manera estricta en los principios romanos, el cual hacía alusión a que una persona al ejercer su derecho no ocasionaba ningún daño a otra; ya en la segunda fase se regula de manera tácita sobre el abuso de derecho, pues se inicia con limitación sobre la aplicación del derecho, de igual manera, en la tercera etapa se da la regulación expresa y el propio reconocimiento sobre el abuso del derecho, para ello se aceptan los fundamentos referidos a este, en ese sentido, la cuarta etapa se analizan los principios que integran el abuso del derecho y por último en la quinta etapa se da la aplicación y el desarrollo esencial de la jurisprudencia ante la vigencia del texto originado por el discurso de Ogayar, pues este sostenía, que el abuso del derecho es aquella institución donde se preserva la igualdad entre todos al momento de ejercer el derecho del cual es titular, pero sin ocasionar daños a otras personas (Angulo, 2006, p. 17).

De igual manera, el Código Civil de 1974 contiene ciertas regulaciones más detalladas esencialmente en el artículo 7 el cual refiere que el derecho ejercido por el titular debe ser conforme a los alcances que contiene la buena fe esto debido a que la ley solo protege el ejercicio regular del derecho y no aquellos ejercicios abusivos y antisociales. De igual manera, realiza una aclaración sobre las personas que realizan actos abusivos, pues tienen la obligación de pagar una indemnización caso contrario el juez dispondrá medidas administrativas o judiciales, por

consiguiente, referidos aspectos se relacionan con los criterios objetivos de la teoría sostenida por Salcilles, quien sostenía que el abuso del derecho es aquel ejercicio emitido por un sujeto fuera de lo normal y que no cumple con la finalidad social ni económico del derecho (Cuentas, 1997, p. 479).

2.2.1.8.4. Portugal.

En la legislación de Portugal el abuso del derecho se regula en el Código de Portugal de 1967 en su artículo 334 el cual lo determina como abuso del derecho, referido artículo, establece que el país no reconoce aquellos ejercicios de derechos que superan la buena fe, la buena costumbre y el fin económico y social que ocasiona daños a las personas; por tal razón, Sessarego manifiesta que el Código en desarrollo se fundamenta en un criterio objetivo, el cual para referir sobre el abuso del derecho se necesita que todo ejercicio de derecho debe incumplir o estar en contra de la finalidad social y económica del derecho, para ello se debe considerar la moral, de modo que así es el primer Código que regula de manera expresa la ilegitimidad de los actos abusivos de derecho (Angulo, 2006, p.19).

2.2.1.8.5. Argentina.

Ahora bien, el Código Civil argentino en un primer momento no reguló el abuso del derecho de manera expresa sino únicamente de forma tácita en su artículo 1071 el cual prescribe sobre el hecho ilícito, debido a que las personas que ejercían un derecho propio o la obligación no existían justificación alguna en caso de que la conducta lesionará el derecho de otras personas o se tratará de un acto ilícito, de tal suerte que, el Código de Vélez también regulaba lo mismo considerando como fundamento al artículo 1071, Por otro lado, los estudios de Bibiloni realizaban alcances sobre si se debía permitir el uso de la teoría de abuso del derecho, siendo así que en los años de 1927 y 1937 se aprueba la debida regulación sobre el abuso del derecho, por consecuente, la jurisprudencia demostró la aplicación del artículo 1071 de forma progresiva (Hess, Louge y Zarate, 2010, pp. 06-07).

De modo que en el artículo 1071 se determina la *conditio sine qua nom* que era el hecho de ir contra los fines del derecho, la buena fe, en el aspecto económico y social, las buenas costumbres y la moral (Angulo, 2006, pp. 21-22).

2.2.1.8.6. Venezuela.

En la legislación venezolana se concibe el ejercicio abusivo de un derecho por primera vez en el Código Civil Venezolano de 1942, artículo 85 en su segundo párrafo, hacía referencia sobre la reparación del agravio de las víctimas del ejercicio abusivo del derecho realizada por otra persona, para esto se toma como limite la buena fe en base a ello es que se promulga dicha ley (Cuentas, 1997, pp. 448 – 449).

Posteriormente en el año de 1982 mediante una reformatión del Código Civil de 1942, dicha reformatión permite agregar una sección el cual contemplaba los hechos ilícitos, en el artículo 1185 inciso 2 se considera la imprudencia y la intención de causar daños a un tercero en caso de que se supere la buena fe y demás límites establecidos en la ley, por tal razón, después de haberse establecido la configuración del abuso del derecho estos deberán ser reparados (Angulo, 2006, p.23).

2.2.1.8.7. Brasil.

Por su parte, la legislación brasileña contempla el abuso del derecho de manera vaga en su Código Civil de 1916, artículo 160, teniendo en cuenta que los actos contrarios a los fines económicos o sociales del derecho y las exigencias éticas como el ejercicio abusivo del derecho aun cuando en la expresión externa aparenta ser un ejercicio conforme a derecho (Cuentas, 1997, p. 449).

En esa misma línea, el artículo 187 de referido código hace referencia a los actos ilícitos, dónde se sostiene que cuando una persona ejerza su derecho de forma extra limitada con los un limites sociales y económicos, buena costumbre, buena fe, no es necesario que concurra la configuración del criterio subjetivo para poder evidenciar la intención de aquella persona que ejerce el derecho para cometer un abuso de derecho, en razón a ello es que se aplica únicamente el criterio subjetivo (Angulo, 2006, p. 24).

2.2.2. Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.

2.2.2.1. Antecedentes históricos.

Es menester señalar que a lo largo de la historia el matrimonio ha sido sometida a diversos matices, debido a que era empleada para preservar el linaje y la especie, de tal manera que muchos varones en aquel tiempo bajo dicha

concepción practicaban la poligamia, incluso, el matrimonio en aquel entonces estaba sujeta a la obtención de riquezas. Es así como desde las épocas de la caverna solía existir lo que hoy en día se conoce como monogamia (Chávez, 1999, p. 23).

Posterior a referida época, Sánchez (2015, p. 45) señala que el matrimonio en el periodo griego y Romano era considerado como la mera venta del novio en el primer caso y de la novia en el segundo, esto se debía a que los padres otorgaban el dote para que se realice el matrimonio, de tal manera que después del matrimonio, era el hombre quien tenía un tipo de poder absoluto en la mujer, quedando estas como parte del imperio que poseían los hombres en aquel entonces.

A comienzos del cristianismo, el matrimonio tiene mayor importancia debido a que es considerado como un sacramento, por el cual se proclama la igualdad entre los cónyuges, por ende, es en el cristianismo que se proclama como indisoluble al vínculo matrimonial. Es así como el matrimonio era considerado como una sociedad solidificada por el amor entre los esposos y sagrado como el amor que Cristo tenía por el hombre.

Seguidamente, García (2012, p. 94) señala que en la Edad Media el matrimonio es concebido como la alianza de las familias, propiedades y los estatus sociales. En su mayoría los matrimonios eran arreglados por los padres de los contrayentes, de tal manera que tanto el varón como la mujer no participaban en referido arreglo. De tal manera, los matrimonios en esta época solían celebrarse a muy temprana edad de los novios con el objetivo de que fuesen duraderos y monogámico. Por otro lado, el divorcio en este tiempo se lograba legalmente permitido, sin embargo, era mal visto en razón al antecedente del cristianismo y la sociedad por lo que solo era justificado en casos extremos como la infidelidad.

Del mismo modo, en la Revolución Francesa se produce relevantes cambios legales respecto al matrimonio, tenía como objetivo la creación de una sociedad justa e igual, en otras palabras, se impulsa una nueva concepción de matrimonio civil fundamentado en la igualdad ante la ley de los contrayentes. Asimismo, con la Constitución de 1791 se determina el reconocimiento único entre dos personas, quedando desfasada la intervención religiosa como el intermediario para los tramites y la disolución del matrimonio.

En el caso de la legislación peruana el matrimonio ha ido experimentando diferentes evoluciones así, por ejemplo, con la Constitución de 1823 se da su primer reconocimiento como una institución civil por el cual también se concibe el divorcio y junto a ello plantea una manera de disolución. Posterior a esta situación en 1900 con la promulgación del Código Civil peruano se determina al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer el cual sería celebrado y registrado por una autoridad civil. Aunado a esto, se establecía que los esposos tenían el deber de ser fieles y la obligación de contribuir en el hogar y educación de los hijos Carbajal (2018, p. 37).

Posteriormente, se promulga leyes que posibilitaban un divorcio en los supuestos casos de abandono injustificado, adulterio y por la condena de delitos graves, ya en 1964 se permite que el divorcio ocurra por mutuo acuerdo, por ello, en 1979 se concibe al divorcio como una institución legal. En el año de 1981 se logra el reconocimiento de la igualdad de derechos entre los esposos y con ello se otorga una igualdad de derecho y obligaciones entre el marido y la mujer en el matrimonio. En resumen, el matrimonio en la historia del Estado peruano ha pasado por un proceso de cambio y evolución, desde la primera Constitución 1823 y su reconocimiento como institución civil por primera vez, tal como se señala en líneas anteriores, hasta su legalización como un matrimonio.

2.2.2.1.1 Definición del matrimonio.

A lo largo de la historia el matrimonio ha sido definido por diferentes juristas que han aportado puntos relevantes sobre referido tema, sin embargo, todos ellos han coincidido en que el matrimonio es una institución natural por el cual el varón y la mujer contraen de manera exclusiva y permanente la unión matrimonial, por consecuente ambos celebran esta unión con plena capacidad y bajo el cumplimiento de las formalidades contenidas por ley con el objetivo de alcanzar los fines del matrimonio entre ellos, la cohabitación, ayuda mutua, procreación y otros que se relacionan al matrimonio (Barros, 2001, p. 91).

Con respecto sobre la definición del matrimonio es preciso señalar que se trata de aquella voluntad que tienen dos personas físicas en unir su vida bajo la forma de un contrato, dicha unión se encuentra regulada y reconocida por el derecho en la sociedad, ya que este tiene como fin la convivencia entre dos personas de

diferentes sexos, en cambio, el matrimonio se da por un tiempo indeterminado, salvo la voluntad de los esposos sea contrario a la voluntad inicial durante el pasar de referida convivencia o en todo caso se verá afectado dicho matrimonio en caso de que se presente un criterio que impida la unión de las dos personas (Magallón, 2006, p. 57).

Entonces, el matrimonio al tratarse de un acto jurídico debe darse bajo el pleno consentimiento y voluntad de dos personas que pretenden formar un vínculo matrimonial, pues de no ser así dicha unión sería inválida de acuerdo con lo establecido en la ley. Es así, que el matrimonio debe ser considerado como un acto solemne que es realizada entre un varón y una mujer con la finalidad de crear un vínculo estable por su propia voluntad como cónyuges y bajo el cumplimiento de las disposiciones legales que se encuentran establecidas dentro de la ley.

García (2019, p. 56) señala que el matrimonio es la unión legal que realiza el varón y la mujer con el propósito de constituir una familia, dicha unión genera obligaciones, derechos que deben cumplir ambos esposos tal como lo establece la ley, en esa misma línea, el matrimonio puede ser entendido como aquel acto voluntario y personal del contrayente en la unión, siendo así que, para que se constituya referida unión es indispensable que ambos brinden su consentimiento libre.

Al mismo tiempo, el Código Civil peruano en su artículo 234 concibe al matrimonio como aquella unión voluntaria pactada entre un varón y una mujer que son aptos legalmente para concertar dicha unión bajo sujeción a lo establecido en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de hacer vida en común. En ese sentido, la unión del marido y la mujer tiene como fin la vida en común bajo el cumplimiento de los deberes y obligaciones matrimoniales dispuestos por ley.

Por otro lado, Bellas (2016, p. 58) refiere que el matrimonio viene a ser la unión voluntaria entre el varón y la mujer libre de vicios, el cual tiene como objetivo consolidar una comunidad de vida, donde ambos se deben ayuda mutua, respeto, asistencia e igualdad. Asimismo, se trata de un acto jurídico que se determina por la voluntad de los que anhelan contraer matrimonio, así como por la intervención del Estado a través de la formalidades y requisitos que establece en la ley para su validez y existencia.

En igual manera, Barros (2001, p. 67) citando a Santo Tomas de Aquino establece que el matrimonio no es más que la unión indisoluble establecidas por dos personas de diferente sexo, legitimadas que originan una comunidad de vida indivisible, de modo que el matrimonio desde el punto de vista sociológico es considerado como la institucionalización de los vínculos que se centran en una unión.

En síntesis, se asume que el matrimonio es aquella institución jurídica que tiene como base el acuerdo de voluntades de un varón y una mujer, donde, además, ambos manifiestan de forma pública y formal su unión permanente, así el matrimonio tiene como finalidad el cumplimiento de los derechos y deberes consagrados en la ley para el cumplimiento de los esposos.

2.2.2.1.2. Naturaleza jurídica del matrimonio.

Al tratarse de la institución jurídica del matrimonio que simboliza la unión legítima y formal entre dos personas con el objetivo de hacer una vida en común y formar una familia, su naturaleza jurídica suele variar según cada teoría que desarrolla sobre el matrimonio es por lo que la naturaleza jurídica del matrimonio será desarrollada a continuación de acuerdo con cada teoría:

- **Teoría civil:** para esta teoría el matrimonio es considerado como un contrato especial, siendo así, que es esencial los caracteres particulares, los cuales pueden hacer posible su disolución según la sanción correspondiente por el órgano competente.
- **Teoría contractual canónica:** según esta teoría el matrimonio es aquel contrato donde resalta la unión consentida, voluntaria y libre por el hombre y la mujer, esto con la finalidad de determinar el vínculo social marital y su correspondiente celebración en dependencia de las normas religiosas el cual lo vuelve sacramental e indisoluble hasta el día de su muerte de uno de los dos.
- **Teoría institucional:** de acuerdo con esta teoría el matrimonio es una institución, producto de la creación del Estado para garantizar y tutelar el vínculo familiar mediante el acto jurídico formal y con total libertad de manifestación de voluntad para consolidar una unión libre de disoluciones a futuro, salvo algún caso de fuerza mayor (Betti, 2010, p. 77).

De todo lo señalado, la naturaleza jurídica del matrimonio es de la institución que se desenvuelve tanto en el ámbito religioso como el civil el cual es todo compromiso formal realizada por un varón y una mujer para constituir una familia y hacer vida en común bajo el cumplimiento de las obligaciones y derechos establecidos por ley.

A. Caracteres jurídicos.

En lo concerniente a los caracteres jurídicos del matrimonio, Placido (2002, p. 58) sostiene que desde la perspectiva jurídico el derecho positivo el matrimonio cuenta con las mencionadas características de permanencia, unidad, legalidad las cuales serán desarrollas a continuación:

- **Permanencia;** esta característica busca que el matrimonio se mantenga o perdure en el tiempo, sin embargo, la permanencia no implica que sea indisoluble, puesto a que es una cuestión muy diferente tal como sucede en el proceso judicial donde se puede obtener la separación, nulidad, o divorcio en una relación matrimonial en donde los cónyuges quedan libres para posterior a ello nuevamente contraer nupcias con otras personas.
- **Unidad;** esta característica guarda relación con la comunidad de vida puesto que los cónyuges se encuentran sometida a la unión monogámica entre el varón y la mujer, en otras palabras, el vínculo matrimonial subsiste en el tiempo lo cual impide que se pueda volver a formar otro vínculo matrimonial aun cuando el primero sigue existiendo.
- **Legalidad;** esta característica se encuentra relacionada al matrimonio debido al cumplimiento de las formas que se encuentran determinadas en la ley, esto es, que la unión del matrimonio se encuentra reconocida por el derecho, porque se trata de aquella unión entre el varón y la mujer legalmente, por tal razón, este se perfecciona al momento de la celebración del acto jurídico solemne y la imposición de la ley el cual obliga a los contrayentes a cumplir sus deberes y derechos tal como lo establece el ordenamiento jurídico.

2.2.2.1.3. Requisitos para el matrimonio.

Por otro lado, el matrimonio al encontrarse reconocida legalmente por la ley exige el cumplimiento de ciertos requisitos para que surta determinados efectos

jurídicos, de tal manera que nuestro Código Civil peruano ha establecido ciertos requisitos necesarios de forma y fondo para que el matrimonio pueda ser considerado como válido, estos requisitos se encuentran prescritos en el artículo 248 donde se señala que se deberá declarar de manera oral o escrita ante el alcalde de la provincia o el distrito de cualquiera de los dos contrayentes, además deberán adjuntar una copia certificada de sus partidas de nacimiento, la prueba domiciliaria y el certificado médico de cada constituyente el cual no debe ser expedido en fecha anterior a 30 días, a través de este se podrá acreditar que ninguno de los contrayentes se encuentra impedido, pues de acuerdo a lo establecido en el artículo 241 inciso 1 existen requisitos especiales. Por otro lado, en caso en que el lugar de los contrayentes no hubiese servicio médico se necesita la declaración jurada de no tener ningún impedimento.

El artículo 241 inciso 1 del Código Civil peruano establece que, al ser menores de edad, pueden presentar mediante dispensa judicial el asentimiento de los padres o ascendiente.

A lo señalado según lo prescrito en el artículo 248, se suma el certificado consular de soltería o viudez y otros documentos que son esenciales de ser el caso. Del mismo modo, cada uno de los contrayentes deberá llevar dos testigos mayores de edad que conozca como mínimo tres años antes a los pretendientes, debido a que están bajo juramento y a la vez depondrán sobre la existencia o no de algún impedimento para que se lleve a cabo el matrimonio, por otro lado, existe la posibilidad que los mismos testigos puedan testificar para ambos contrayentes. En caso de que la declaración sea de forma oral se asentará un acta el cual deberá ser firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que han consentido dicho matrimonio, así como los testigos.

En esa misma línea, Gonzales (2015, p. 38) establece que existen requisitos esenciales tanto de fondo y de forma dentro del matrimonio para que este pueda surtir efectos jurídicos tal como lo indica el ordenamiento jurídico, es por eso por lo que realiza la siguiente clasificación respecto a los requisitos del matrimonio:

- **Requisito de fondo;** un requisito esencial de fondo viene a hacer la diferencia de sexo, es decir, para que el matrimonio se constituya se necesita un varón ya una mujer que sean capaces de procrear. Para lo cual, se

encuentra la edad mínima de los pretendientes tal como lo indica la ley, por último, se requiere el consentimiento de ambos pretendientes el cual debe ser de forma libre y plena.

- **Requisito de forma;** se requiere la declaración de un proyecto en relación con el matrimonio, el cumplimiento de los requisitos que evidencien que son aptos para celebrar dicho acto ceremonial, es necesario, que intervenga un funcionario competente para realizar el matrimonio, en consideración la presencia de los pretendientes y los testigos, finalmente se requiere la protocolización del acta del matrimonio.

2.2.2.1.4. Derechos y deberes del matrimonio.

En lo que respecta a los deberes y derechos es preciso señalar que estos surgen por consecuencia del matrimonio, es por eso que García (1998, p. 98) sostiene que los deberes dentro del matrimonio tienen gran relevancia debido a que se trata del acto que origina una unión conyugal, en otras palabras, se trata del compromiso que acepta cada contrayente para cumplir el deber que se le impone por su nueva condición de Estado civil.

Por su parte, Chávez (1999, p. 30) señala que los deberes y derechos del matrimonio se encuentran consagrados en la ley, donde se reconoce el deber de fidelidad y respeto mutuo, por otro lado, también se encuentra el deber de ayuda mutua, deber de protección y cuidado de los hijos en común, el deber de respeto del derecho de libertad del otro cónyuge. De igual manera, se encuentran establecidos los derechos que deben cumplir cada uno de los cónyuges entre éstos se encuentra el derecho a la libertad de desarrollo y la personalidad, derecho a la igualdad y no discriminación y derecho de cohabitación.

El Código Civil peruano por su parte contempla en el Capítulo único los “deberes y derechos de matrimonio”, Título II, artículo 287 acerca de la obligación común frente a los hijos, el cual trata sobre la obligación que tienen los cónyuges de alimentar y educar a los hijos que resulten del matrimonio. De igual manera en el artículo 288 se hace referencia sobre el deber recíproco de los cónyuges, donde se establece que ambos tienen el deber recíproco de la fidelidad y asistencia.

Por otro lado, en el artículo 289 del Código Civil peruano se establece el deber de cohabitación, entendiéndose por éste al deber que tienen los dos cónyuges

en hacer vida en común en un determinado domicilio conyugal, sin embargo, referida cohabitación puede ser suspendida por un juez en caso de que su cumplimiento conlleve a un peligro grave que afecte la vida, la salud o el honor de uno de los cónyuges. Seguidamente en el artículo 290 de referido código se encuentra consagrada la igualdad en el gobierno del hogar, el cual viene a ser el deber y el derecho que tienen los dos cónyuges para la cooperación y gobierno del hogar, en otras palabras, ambos cónyuges se encuentran facultados de manera igual para mudar y fijar el domicilio conyugal y resolver cuestiones relacionadas a la economía del hogar.

El Código Civil peruano en su artículo 291 hace referencia al deber de sostener a la familia, esto es la dedicación de uno de los cónyuges únicamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, de manera que la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro cónyuge, no obstante, esto no perjudica a la colaboración y ayuda que tienen ambos cónyuges del uno con el otro. Sin embargo, dicha obligación quedará sin efecto cuando uno de los cónyuges abandona la casa conyugal sin ninguna justificación y cuando se rehúse en volver a la casa, en este caso, un juez podrá ordenar el embargo parcial de las rentas del quien abandona en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos.

2.2.2.1.5. Validez y Nulidad del matrimonio.

En el caso de la legislación nacional para que el matrimonio pueda ser reconocido como aquel vínculo legal entre dos personas, se requiere cumplir con ciertos requisitos esenciales como lo es la capacidad legal de los novios, en otras palabras, los contrayentes deben tener la mínima edad establecido en la ley para contraer matrimonio, para lo cual, también deben tener pleno uso de su facultad mental.

Por otro lado, para que el matrimonio sea considerado como válido ambos pretendientes debe dar su consentimiento libre y voluntario para poder casarse, es decir, que no puede darse un matrimonio si uno de los contrayentes no da su consentimiento o es obligado a realizar dicho acto. De ideal modo, se exige para su validez que el matrimonio sea formalizado ante las autoridades competentes (Lima, 2017, p. 134).

En relación con la nulidad del matrimonio éste se encuentra contemplado en el Código Civil peruano en su artículo 274 donde se advierte que puede ser presentado por cualquiera de los cónyuges, un tercero interesado o de oficio por un juez, de tal manera que las causas que pueden conllevar a la nulidad del matrimonio viene a ser; la falta de capacidad de los cónyuges, que puede existir un vicio en el consentimiento de uno de los contrayentes, error en la persona que contrajo el matrimonio, la existencia de un impedimento legal para contraer el matrimonio, el incumplimiento de las formalidades establecidas dentro de la ley para la validez del matrimonio.

Pacheco (2018, p. 148) refiere que el matrimonio al ser declarado nulo surte efectos retroactivos, en otras palabras, deja sin efecto el vínculo matrimonial a partir de su celebración, de manera que los cónyuges ante esta situación no tienen derechos ni obligaciones que deriven del matrimonio. Por consiguiente, en el supuesto caso de la existencia de los hijos, la nulidad no afecta la filiación de estos ya que se mantiene de forma intacta. En consecuencia, la nulidad del matrimonio puede ser solicitado en cualquier momento, dejando la posibilidad de que pueda presentarse su nulidad incluso cuando el matrimonio haya sido celebrado muchos años atrás.

2.2.2.1.6. Tipos de matrimonio.

Cómo se ha podido ir determinando el matrimonio viene a ser una institución jurídica relevante, de manera que suele clasificarse de acuerdo con los tipos que se han desarrollado a lo largo de la historia del hombre, estos tipos serán desarrollados a continuación:

- **Matrimonio monogámico;** este tipo de matrimonio suele darse cuando una persona se encuentra legalmente casado con una sola pareja, se conoce a este matrimonio como la forma tradicional en muchos países y culturas occidentales. En los matrimonios monogámicos, se tiene como finalidad que los cónyuges sean leales y fieles emocional y sexualmente el 1 con el otro. Este tipo de matrimonios presentan exclusividad social y legal, como beneficiarios o herederos legales del otro cónyuge.

De igual manera, López (2019, p. 47) sostiene que el matrimonio monogámico consiste en una relación exclusiva entre un varón y una mujer,

esto es que un individuo solo tiene una pareja sexual con el que se compromete a ser fiel y leal a su pareja durante la existencia del vínculo matrimonial.

- **Matrimonio polígamo;** este tipo de matrimonio consiste en que un individuo se encuentra casado con más de una pareja al mismo tiempo. Usualmente este tipo de matrimonio se practica en aquellas religiones o culturas donde se fomenta la poligamia, en la mayoría de los casos es el varón quien se encuentra casado con varias mujeres, sin embargo, esta figura también podría darse en el supuesto de una mujer con muchos varones.

El matrimonio polígamo suele ser aceptada en algunos casos donde una persona establece múltiples matrimonios polígamos, contrario a ello en otros casos solo se permite un solo matrimonio polígamo, por ello, en lo que respecta a su legalidad este suele variar de acuerdo con cada país de manera que en algunos países es ilegal este tipo de matrimonios Barros (2001, p. 38).

- **Matrimonio igualitario;** este tipo de matrimonio viene a ser aquella unión entre dos personas del mismo sexo, es decir, se trata del matrimonio de parejas homosexuales donde ambos tienen los mismos derechos y responsabilidad que tienen las parejas heterosexuales al momento de contraer matrimonio.

Este tipo de matrimonio hoy en día ha cobrado gran relevancia en diferentes países, de manera que, en determinados países el matrimonio igualitario es considerado como legal y por ende tiene su reconocido como una forma legítima de la unión matrimonial. Por el contrario, en otros países este tipo de matrimonio aún se encuentra sujeto a debate con respecto a su legalización, no obstante, sucede que es permitido en determinados estados o territorios del país (Gonzales, 2018, p. 162).

El matrimonio igualitario se fundamenta en la idea en que todas las personas poseen el mismo derecho, quedando claro con esto, que no se debe dar importancia a la orientación sexual o de género. Sin embargo, sigue siendo una cuestión de lucha para alcanzar la igualdad de derechos y la no discriminación.

- **Matrimonio de conveniencia;** este tipo de matrimonio se da cuando dos personas deciden concretar un matrimonio por aspectos ajenos a la atracción mutua o el amor. Muy aparte de contraer un matrimonio basada en una compatibilidad amorosa fue emocional, las parejas deciden casarse por conveniencia, es decir, por aspectos relacionados con el ámbito económico, social y práctico López (2019, p. 56).

Así, por ejemplo, estos matrimonios por conveniencia se fundamentan en la obtención de una residencia o ciudadanía, la cual, se encuentra el concentramiento de riqueza y poder, por otro lado, también suele darse este tipo de matrimonios para poder conformar la unión de dos linajes o empresas influyentes en lo social, cultural y religiosa. Finalmente, aun cuando el matrimonio por conveniencia tiene sus utilidades estratégicas, sucede que es poca la posibilidad de que este matrimonio dure si no hay un vínculo emocional entre las parejas.

- **Matrimonio religioso;** este tipo de matrimonio suele darse bajo una ceremonia nupcial el cual es realizado bajo una tradición o creencia religiosa. Referida ceremonia puede ser llevada por un sacerdote, rabino ministro u otro líder religioso que está en la capacidad de poder llevar a cabo la ceremonia nupcial mediante la lectura sagrada, oraciones, bendiciones y rituales determinados que realiza cada religión.

Ocurre que, en ciertas religiones el matrimonio religioso tiene relación con el aspecto sacramental, esto es, la forma de recibir la gracia divina en la unión del varón y la mujer. Siendo que, en algunas religiones se requiere que la pareja sea sometida a un proceso de preparación antes de llevarse a cabo la ceremonia nupcial esto con el objetivo de que el vínculo matrimonial no se ha disuelto en el futuro.

De igual manera, Espinoza (2016, p. 124) señala que el matrimonio religioso incluye requisitos determinados con respecto a quiénes pueden contraer matrimonio, entre ellos se encuentra el requisito de que ambos esposos sean miembros de la misma religión o que hayan cumplido con los requisitos establecidos por su religión. En ese sentido, podemos entender por

matrimonio religioso a aquella ceremonia sagrada por el cual se une un varón y una mujer como tradición religiosa.

- **Matrimonio civil;** el matrimonio civil es otro tipo de unión legal entre dos personas, el cual es llevado a cabo ante una autoridad civil o un juez a diferencia del matrimonio religioso que es llevada a cabo ante una autoridad religiosa. Es así, que el matrimonio civil conlleva a establecer deberes y derechos que deben ser cumplidos por los cónyuges, siendo así, que cada uno de estos reconocerá dicha responsabilidad legal.

En esa misma línea, Carrasco (2017, p. 89) refiere que el matrimonio civil suele ser acogida por las parejas que no desean casarse por un matrimonio religioso o en caso de que los cónyuges tienen diferentes religiones. De manera que es considerada como una opción legal, el cual no exige requisitos cómo tener una religión en común.

En el caso del Estado peruano, el matrimonio civil es considerado como aquel acto legal por el cual una pareja se une bajo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la ley. Por ende, el matrimonio civil es entendido como la unión voluntaria, libre y consentido por un varón y una mujer, quienes se comprometen a ayudarse mutuamente, vivir juntos y hacer vida en común.

- **Matrimonio de hecho;** el matrimonio de hecho es aquel donde se da la unión de una pareja que no ha contraído nupcias ante el registro civil, sin embargo, conviven bajo un mismo lecho como si se hubiesen casado, de manera que es conocida como un matrimonio consensual o convivencia marital.

En esa misma línea, Torres (2015, p. 39) sostiene que el matrimonio de hecho es considerado como la unión de dos personas que viven juntos sin antes haber formalizado su unión a través de una matrimonio religioso o civil. No obstante, referida unión no goza de reconocimiento legal por parte del Estado, empero se puede dar a través de un contrato de convivencia donde se establezca los derechos y deberes de los cónyuges.

2.2.2.1.7. Fines del matrimonio.

En lo que respecta a los fines del matrimonio este se deduce a partir de las características que posee, es por eso, que el matrimonio tiene como fin; la protección y educación de los hijos que son producto de referido matrimonio, siendo, otro de los fines el matrimonio viene a ser la procreación de los hijos, ya que, sin duda, la existencia de los hijos contribuye a la estabilidad de los padres. Por consiguiente, el matrimonio es considerado como aquella comunidad conyugal debido a que se encuentra estructurada como un lugar natural y adecuado para generar nuevas vidas humanas, cuidarlos y atender en su desarrollo de los menores como resultado de ello es posible la estructuración de una familia formada por padres e hijos como resultado de la relación matrimonial.

Por otro lado, Betti (2010, p. 56) refiere que el matrimonio tiene como fin la ayuda mutua entre los cónyuges, por tal razón, se entiende por éste como el mutuo servicio que se da de un cónyuge con el otro cónyuge en aquellos asuntos relacionados con el aspecto económico, la educación, domésticos y otros que requieran la ayuda entre los cónyuges, ello para poder preservar la comunidad de vida y conformar una sólida familia. Sin embargo, es necesario precisar que el matrimonio no ha sido instituido únicamente para la procreación, pues su propia naturaleza del vínculo indisoluble entre los cónyuges y el bienestar de los hijos necesita la existencia de una relación sentimental mutua entre los esposos, para que así el matrimonio no sea disuelto en el tiempo.

Por otro lado, Placido (2002, p. 99) indica que el matrimonio en el Estado peruano persigue fines como el de formar una familia estable y legítima, el cumplimiento de los deberes y derechos de los cónyuges, la procreación y educación de los hijos, la convivencia respetuosa y fiel, la protección del interés económico, patrimonial de los cónyuges y la estabilidad social de la institución familiar como núcleo de la sociedad. Referidos fines no son todos, pero si son los principales fines que tiene el matrimonio.

2.2.2.1.8. Consentimiento del matrimonio de menores.

El consentimiento en el matrimonio en los menores de edad viene a ser un requisito esencial, debido a que su sola ausencia conlleva a la invalidez del acto jurídico que se constituye en el matrimonio, es por eso, que en nuestro Código Civil

peruano se establece en el artículo 43 que los menores de dieciséis años son considerados como incapaces absolutos con excepción de algunos actos establecidos por la ley, consecuentemente, en su artículo 44 refiere que los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tienen una capacidad de ejercicio restringida. Por otro lado, en su artículo 46 hace referencia sobre cuando cesa la incapacidad para los mayores de dieciséis años en caso de la obtención de un título profesional o por el matrimonio.

El consentimiento del matrimonio en menores de edad en el Estado peruano consiste en aquella autorización que dan los padres o representante legal de un menor para que pueda contraer matrimonio, en otras palabras, el consentimiento se da cuando un menor que no cuenta con la edad suficiente para casarse requiere que sus progenitores o tutores den la autorización legal, en caso de no contar con dicho consentimiento de los padres se podrá solicitar a un juez que autorice al menor para casarse si se logra comprobar la existencia de circunstancias graves que justifiquen la solicitud Gómez (2017, p. 418).

De acuerdo a lo señalado, se aprecia que en la legislación peruana los menores de 18 años son considerados como incapaces absolutos o relativos, debido a que depende de una circunstancia en específica, en otras palabras, estos menores de edad no pueden expresar de manera libre su voluntad ante la ley para realizar determinados actos jurídicos, así por ejemplo, si todos los menores de edad deciden casarse es necesario que los padres den su consentimiento o el permiso de acuerdo a lo establecido dentro de la doctrina, de manera que solo con el consentimiento, autorización y asentimiento de los padres o ascendientes podrán contraer matrimonio.

El matrimonio en menores de edad es un acto que puede generar consecuencias perjudiciales en el bienestar y desarrollo de los menores, es por ello, que se debe de dar la relevancia correspondiente al fomento de la educación sexual y reproductivo con la finalidad de evitar situaciones complejas en la unión de los menores al momento de contraer matrimonio Rodríguez (2019, p. 133).

2.2.2.1.9. Consecuencias del matrimonio prematuro de niños y adolescentes.

El matrimonio de menores de edad surte efectos en la vida de los contrayentes, desde la óptica de los derechos humanos, entre dichos efectos o consecuencias se encuentra la privación de la niñez y adolescencia, la limitación de la libertad personal y el impedimento a las oportunidades para un desarrollo pleno de su identidad propia y es que privarlos de su derecho emocional, psicosocial, salud reproductiva y educación genera frustraciones en las vidas de los menores sometidos al matrimonio. De manera, que el matrimonio en menores de edad repercute en el bienestar familiar y la sociedad porque el solo hecho de que tanto los niños como niñas no cuenten con educación y no tengan la capacidad de cumplir con sus roles en la familia genera efectos negativos en la sociedad.

Tal como refiere el Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables (2018 p. 27) entre las consecuencias más comunes que se dan en los matrimonios de niños y adolescentes suelen ser los siguientes:

- **Perjuicios psicológicos;** para que se generen este tipo de consecuencias los menores de edad tienen que pasar por la pérdida de su adolescencia, ser sometidos a tener relaciones sexuales forzadas, a ello se suma la pérdida de sus desarrollo personal y libertad, debido a que referidas características suelen acompañar a los matrimonios prematuros generando con ello graves consecuencias y perjuicios psicosociales y emotivos.

El impacto que genera un matrimonio de menores es constantemente insidioso y sutil, sin dejar de lado los daños irrevocables que se producen en la vida de los menores edad, debido a que con referido acto se afecta al desarrollo pleno de las niñas y se les limita en los roles como mujer dentro de la familia.

- **La reproducción y salud de los adolescentes;** este se relaciona con el disfrute de las relaciones sexuales seguros y satisfactorias para procrear bajo la libertad de decidir si tener o no un hijo y cuando tenerlo, sin embargo, los matrimonios de menores vulnera esta libertad debido a que los menores en repetidos casos no ejercen el control sobre la procreación de los hijos y

mucho menos de las relaciones sexuales, ello conlleva a que se afecte la reproducción y la salud de los menores en el matrimonio.

- **El embarazo y parto;** otra de las consecuencias que tiene el matrimonio de menores es el peligro por el que pasan las niñas en el embarazo y el parto, debido a que el cuerpo de la madre niña o adolescente no se encuentra preparado para procrear generando con ello la muerte de la madre antes de dar a luz o durante el alumbramiento, en ese sentido, el hijo suele presentar complicaciones al momento de nacer como su muerte, bajo de peso u otras enfermedades.
- **El cuidado del hijo recién nacido en sus primeros años de vida;** como se había señalado anteriormente la concepción de hijos a una edad prematura afecta significativamente a la madre y al niño, pero ello no termina solo en la concepción y parto, sino que ese se extiende en muchos casos incluso después del parto, evidenciando una gran cantidad de muertes infantiles de los bebés y las madres jóvenes en comparación a las madres que son mayores de edad.

Se ha comprobado que los hijos de madres adolescentes en comparación a las madres adultas suelen tener menor peso excesivo y esto se debe a la adecuada alimentación, lo cual implica que las madres menores de edad no están preparadas para tener hijos por la misma naturaleza de su estado físico, pues la probabilidad de una muerte del hijo y la madre adolescente es más en comparación a las madres adultas.

- **Salud materna y reproducción en el tiempo;** con el matrimonio de menores de edad se prolonga la capacidad de tener hijos de manera que esta situación pone en riesgo a la madre y del hijo, es más, sucede que se incrementa el número de hijos en la familia y con ello también el incremento de la pobreza. En ese sentido, el matrimonio de las niñas y adolescentes afectan la reproducción materna en el tiempo ya que procrean gran número de hijos que les es difícil mantenerlos y educarlos.

De igual manera, García (2002, p. 45) señala que el matrimonio prematuro de niños y adolescentes provoca consecuencias graves que afecta al estado físico, emocional y social de los menores de edad que contraen matrimonio a temprana

edad, así como de sus familias y comunidades; entre las principales consecuencias que afrontan los niños y adolescentes viene a ser la negación de sus derechos y libertades, es decir, al casarse a temprana edad los niños y jóvenes son privados del derecho a educarse, de ejecutar su autonomía y libertad. De esa manera, se ve afectado la salud de las niñas que quedan embarazadas como resultado de dicho matrimonio poniendo en peligro sus vidas y las de los hijos procreados. El matrimonio de los menores en la mayoría de los casos conlleva al empobrecimiento, debido a que el matrimonio prematuro reduce la oportunidad de ingresos y además impide que estos puedan educarse y sobresalir económicamente.

En ese sentido, el matrimonio de niños y adolescentes tiene graves consecuencias que repercuten constantemente en la vida de los contrayentes, familia y sociedad, por tal razón, es necesario que se tenga conocimiento amplio de los efectos a los que conlleva un matrimonio de menores de edad y los riesgos que puede conllevar dentro de la sociedad y el pleno desarrollo de los menores desde el aspecto físico, emocional, educativo, salud y social.

2.2.2.2. Patria potestad.

2.2.2.2.1. Definición.

La patria potestad es considerada como aquella institución parte del derecho de familia dónde se establece un conjunto de derechos y deberes recíprocos de los padres e hijos, con la finalidad de alcanzar en desarrollo integral y la realización de ambos, en otras palabras, la patria potestad se encuentra relacionado con los derechos y deberes de los padres e hijos, por consecuente, el fin que persigue como institución bajo el apoyo, protección y amparo que haga posible el desarrollo integral de la familia bajo condiciones óptimas (Miranda, 2018, p. 28).

Por su parte, Vásquez (2019, p. 44) sostiene que la patria potestad es aquel deber y derecho que tiene el padre para con sus hijos desde el momento de la concepción y cuando estas aun sean menores de edad, ello con la finalidad de brindar protección y la formación integral en los hijos menores de edad, es por eso, que se entiende que la patria potestad recae en los padres sobre cada uno de sus hijos cuando aún sean menores de edad.

En esa misma línea, la patria potestad se encuentra relacionado con los derechos y deberes que tiene el padre sobre sus hijos menores de edad, siendo así,

que bajo estos derechos y deberes el padre vela por el cuidado, la salud, educación, alimentación y entre otros aspectos relevantes para la subsistencia de sus hijos menores de edad. De acuerdo con la figura jurídica de la patria potestad somos padres los titulares de dicha figura, no obstante, en el posible caso de un divorcio o separación la patria potestad puede ser compartida u otorgada a un solo padre (Fariñas, 2016, p. 73).

En igual manera, nuestro Código Civil peruano de 1984 establece en su artículo 418 acerca de la patria potestad, el cual refiere que los padres tienen el derecho y el deber de proteger y cuidar a sus hijos menores de edad así como a los bienes de estos mismos, de acuerdo a lo señalado, se entiende que la patria potestad implica un conjunto de derechos y responsabilidades que se les otorga a los padres que tienen hijos menores de edad, pues bajo los derechos los padres tienen la obligación de cuidar, educar, decidir por ellos y representarlos legalmente.

En síntesis, la patria potestad viene a ser un derecho inalienable que se les faculta a los padres para con sus hijos, sin embargo, puede ser limitado o suspendido por un juez cuando exista abusos o circunstancias que amenacen el bienestar del hijo menor. El caso del divorcio de los padres, la patria potestad puede recaer en ambos padres o en todo caso se le concederá solamente a uno de ellos.

2.2.2.2.2. Características.

Como es de conocimiento, la patria potestad cuenta con características esenciales que hacen posible distinguirlas de las otras figuras jurídicas, es por eso por lo que Castro (2017) refiere que entre referidas características se encuentran las siguientes:

- **Derecho personalísimo:** se sostiene que es personalísimo debido a que la facultad de la patria potestad únicamente puede ser ejercida por los padres, en razón a ello, es que no es posible que se pueda subrogar esta facultad en relación con el derecho personal y patrimonial referente a la patria potestad. Asimismo, los padres no pueden delegar los derechos relacionados a la patria potestad en favor de un tercero.

En ese sentido, Contreras (2017, p. 35) refiere que la patria potestad es personalísima porque se trata de un derecho y un deber exclusivamente de los padres en vínculo a sus hijos, razón por el cual no puede ser transferido

ni delegado a otra persona sin que no exista una causa justificada y legalmente reconocida.

La característica personalísima se fundamenta en que los padres son los responsables principales del cuidado, educación y protección de sus hijos, razón por el cual se les otorga derechos y obligaciones particulares con respecto a sus hijos. Por ende, la patria potestad se constituye en el vínculo más fuerte de unión entre los padres y los hijos que les confiere la autoridad y la responsabilidad para proteger la integridad física y mental de los hijos menores de edad (p. 39).

- **Reconocimiento constitucional:** la patria potestad se encuentra contemplada en la Constitución política peruana en su artículo 6 donde se hace referencia que los padres tienen el derecho y el deber de brindar alimentación, educación y seguridad a los hijos. Es por eso, que el reconocimiento constitucional de la patria potestad se da debido a que los padres tienen un rol fundamental en el desarrollo y formación de sus hijos, de manera que dicha función debe ser protegido y garantizado por el Estado. Duran (2020, p. 95) señala que la patria potestad al tratarse de las responsabilidades y obligaciones que tienen los padres en proporcionar, los alimentos, educación y salud a sus hijos menores de edad, la Constitución política determina que se trata de un derecho y una responsabilidad que debe ser asumida y ejercida de forma responsable y bajo el interés de los hijos. En síntesis, la patria potestad tiene reconocimiento constitucional por su importancia del rol que tienen los padres sobre el desarrollo y formación de sus hijos, pues con el reconocimiento constitucional se pretende proteger y garantizar el cumplimiento de la patria potestad como un derecho fundamental para la protección de los hijos.
- **Intransmisible:** se sostiene que es intransmisible debido a que la patria potestad viene a ser un hecho biológico originado de la maternidad o paternidad, por tal razón, no puede ser transmitido a terceras personas. De tal suerte que, es intransmisible porque es un derecho y un deber inherente a los progenitores para cuidar, educar, proteger y representar legalmente a los hijos menores de edad, en base a ello, es que se considera como una

responsabilidad exclusiva y única de los padres por lo que no puede ser delegado a un tercero a través de un poder legal (Mazzarino, 2015, p. 38). Es decir, la patria potestad es intransmisible porque tiene como fin garantizar el bienestar, protección y desarrollo integral de los hijos y a la vez evitar circunstancias en las que un tercero pueda tomar decisiones en perjuicio a los intereses o derechos de referidos menores, siendo que, esta figura jurídica protege el derecho y bienestar del menor garantizando que sus padres tengan el control exclusivo sobre su educación y cuidado.

- **De orden público:** en base a los convenios que se celebra por el progenitor para alterar o disminuir la normatividad relacionada con la patria potestad suele ser nulo de pleno derecho. Por consiguiente, es considerado de orden público debido a que es de interés general y por qué se trata de la protección del derecho de un menor de edad (Lozada, 2018, p. 45).

El Estado es el encargado de garantizar el cumplimiento de la patria potestad debido a que se trata de los derechos fundamentales de los niños por su condición de vulnerabilidad, por tal razón, necesitan ser protegidos por la ley, sus padres o tutores legales. El derecho y el deber que contempla la patria potestad tiene como finalidad asegurar el desarrollo y el bienestar de los hijos menores, por ende, su regulación es de gran importancia para el funcionamiento de la sociedad.

- **Irrenunciable:** debido a que las normas que regulan la patria potestad suelen ser de orden público, una respuesta a ello es que la patria potestad no puede ser renunciada, ya que se declara como nulo cualquier renuncia que realicen los padres en referencia al menor hijo.

En esa misma línea, García (2019, p. 25) señala que la patria potestad se caracteriza por ser irrenunciable ya que se trata de un derecho y un deber que tienen los padres de educar, proteger y cuidar a sus hijos menores de edad, pues se trata de una responsabilidad exclusiva que recae sobre los padres y que no puede ser cedida a un tercero, esto en fundamento al interés superior del niño que se encuentra protegido por la Constitución Política.

Entonces, la patria potestad al ser considerado como un derecho y un deber no puede ser delegado o entregado a otras personas bajo conveniencias o

intereses personales por parte de los padres. Es por eso, que el derecho de los niños se encuentra por encima de cualquier consideración, de manera que son los padres son quienes tienen esta responsabilidad de ejercer de manera comprometida y responsable.

Razón por la cual, la irrenunciabilidad de la patria potestad garantiza que los padres puedan asumir su responsabilidad de educar, proteger y cuidar a sus hijos sin necesidad de transferir su responsabilidad a otras personas o instituciones (Contreras, 2017, p. 55).

- **Temporal:** Esta característica se debe a que culmina cuando el hijo cumple la mayoría de edad, contraiga matrimonio u obtiene el título oficial para ejercer un oficio o profesión. Así, la patria potestad es considerada como temporal cuando el derecho y el deber que tienen los padres de proteger, cuidar y educar a sus hijos menores de edad se termina porque referidos hijos alcanzan la mayoría de edad o son emancipados.

Es decir, que los padres dejan de tener control legal sobre los hijos según estos crecen y se vuelven independientes, en suma, en determinadas situaciones la patria potestad puede ser temporal como en los casos de abuso o negligencia infantil. De manera que, la patria potestad se caracteriza por ser temporal debido a la responsabilidad que se extiende solo hasta cuando los hijos sean legalmente capaces para asumir decisiones y responsabilidades de forma independiente (Duran, 2020, p. 66).

- **Unipersonal e indivisible:** porque cada uno de los padres ejerce la patria potestad de forma individual, de manera que el ejercicio de uno de los padres de ninguna manera excluye al otro. En la patria potestad no se requiere ser ejercido por ambos padres de manera conjunta, en razón que las decisiones y los actos de un solo padre suele ser considerado como válido, es por lo que no se necesita el acuerdo de ambos para poder cumplir con sus obligaciones y ejercer los derechos que faculta la patria potestad.
- **Imprescriptible:** se dice que es imprescriptible debido a que la pretensión se deriva del vínculo un jurídico familiar el cual es propio de la patria potestad. Además, es imprescriptible debido a que es un derecho que se origina de la relación paterno-filial y que además se extiende durante la vida

del hijo menor. En otras palabras, la patria potestad no caduca con el tiempo, ni se pierde por el desuso, pues este derecho no solo concierne en la responsabilidad de proteger y cuidar al hijo menor, sino que también se faculta el derecho de tomar decisiones relevantes en la vida de éste como su educación, protección, salud y bienestar.

Entonces, la patria potestad al ser un derecho no puede ser ignorado, extinguido ni suspendido por ninguna razón, debido a que el interés del menor debe ser protegido y considerado en todo momento.

2.2.2.2.3. Elementos.

Como se ha ido señalando, la patria potestad viene a ser el derecho y responsabilidad que tienen los padres sobre los hijos menores de edad, asimismo, la patria potestad cuenta con ciertos elementos tal como lo refiere Hernández (2016, p. 81) los que serán detallados a continuación:

- a) **Crianza y educación;** entre los elementos que comprende la patria potestad se encuentra el derecho y responsabilidad de criar y educar a sus hijos por parte de los padres, con esto lo que se busca es garantizar que el menor goce de salud, seguridad, vestimenta, alimentación y vivienda.
- b) **La toma de decisiones;** con este elemento los padres tienen el derecho de poder tomar decisiones relevantes con respecto a la vida de sus hijos, en los aspectos de salud, educación, religión y otras actividades importantes para el desarrollo y bienestar del menor.
- c) **Obligación financiera;** este elemento exige que los padres tengan la obligación de proveer recursos económicos necesarios para poder asegurar la subsistencia y el bienestar de los hijos menores.
- d) **Representación legal;** bajo este elemento los padres se encuentran facultados para ser representantes legales de sus hijos menores, por tal razón, tienen la autoridad para poder actuar en su nombre cuando se trate de acciones legales.
- e) **Supervisión y disciplina;** este elemento se relaciona con el deber que tienen los padres de supervisar y disciplinar a los hijos cuando sea necesario para poder con ello asegurar su desarrollo y seguridad.

f) **Responsabilidad en caso de negligencia o abuso;** este elemento se relaciona con la responsabilidad que tienen los padres para proteger a sus hijos de cualquier abuso o negligencia y con ello tomar medidas adecuadas si se produce algún tipo de abuso en contra de sus menores hijos (Castro, 2017, p. 49).

2.2.2.2.4. Derechos y obligaciones.

En lo que respecta a los derechos y obligaciones que tienen los padres y los hijos sujetos a la patria potestad, Vásquez (2019, p. 29) realiza un listado el cual se ha desarrollado a continuación:

- Entre los derechos que implica la patria potestad viene a ser el derecho a la guarda y custodia, el cual implica que los padres poseen la facultad de tener a sus hijos menores de edad bajo su cuidado y compañía.
- Otro de los derechos de la patria potestad es que los padres tienen la responsabilidad de educar a los hijos menores hasta que cumplan la mayoría de edad.
- La representación legal es otro de los derechos que integra la patria potestad, debido a que los padres deberán representar a sus hijos en actos jurídicos personales y patrimoniales.
- Los hijos sujetos a la patria potestad tienen el derecho de que sus padres cuiden y los proteja tanto a ellos como a sus bienes, esto a partir de lo prescrito en el artículo 418 del Código Civil peruano donde se hace referencia a la patria potestad; en el referido artículo se establece que los hijos tienen el derecho de conservar el vínculo personal con el padre o la madre que hace ejercicio de la patria potestad.
- Por otro lado, en lo que respecta a las obligaciones que implica la patria potestad se encuentra la asistencia y alimentación por parte de los padres hacia los hijos menores de edad.
- Asimismo, los padres tienen la obligación de educar, proporcionando a sus menores hijos educación moral y cívica.
- Otra de las obligaciones que tienen los padres con los hijos en la patria potestad viene a ser la protección, esto en base a que los padres tienen la

responsabilidad de proteger a sus hijos menores de toda forma de violencia o abuso.

- Finalmente, tienen la obligación de velar por el interés superior de los hijos menores de edad, lo cual implica que deben de tomar decisiones en relación con el interés del niño teniendo en consideración su bienestar emocional, físico social y educativo.

2.2.2.2.5. *Extinción de la patria potestad.*

Continuando con el desarrollo de la patria potestad es menester señalar que se entiende por extinción de referida figura jurídica como la desaparición definitiva, total y normal de la patria potestad, es decir, desaparece los presupuestos por el cual se estableció en determinado momento su titularidad (Lozada, 2018, p. 102).

Por otro lado, Miranda (2018, p. 36) señala que la extinción de la patria potestad puede darse en los siguientes supuestos:

- En caso de la muerte del hijo o del padre.
- Cuando cese la incapacidad del hijo por motivos de obtención de un título profesional o por matrimonio.
- Por el cumplimiento de mayoría de edad del hijo de 18 años y otras causales que se encuentran prescritos en el artículo 77 del Código de Niños y Adolescentes y en el artículo 461 y 462 del Código Civil peruano.

En ese sentido, la extinción de la patria potestad se refiere a aquella medida legal por el cual se priva a los progenitores del derecho y responsabilidad como representante legal del hijo menor de edad. De manera, que esta medida suele ser aplicada cuando se logra comprobar que el padre ha incurrido en negligencias, abusos, abandono o maltratos hacia el menor por lo que se le considera como una persona incapaz de poder velar por el bienestar y desarrollo del menor.

Contreras (2017, p. 84) sostiene que la extinción de la patria potestad puede ser solicitado por cualquier persona que tenga interés legítimo, es decir, puede ser solicitado por un familiar, tutor, juez o incluso por el propio menor. Después, de que se haya dictado la sentencia que extingue la patria potestad se procederá a nombrar un tutor o curador quién se responsabilizará sobre el cuidado del bienestar, desarrollo y además velará por sus derechos e intereses del menor. En tal sentido, es relevante tener en consideración que la patria potestad no implica la privación

del padre o la madre al derecho de un vínculo afectivo con su menor hijo, sino que se trata de una medida que salvaguarda la protección y el derecho del menor.

2.2.2.2.6. Cuidado y protección de los menores dentro del ámbito familiar.

El cuidado y protección de los menores dentro del ámbito familiar bajo la patria potestad se encuentra referida a la responsabilidad y obligación que tienen los padres sobre la educación y crianza de los hijos menores de edad. Por tal razón, la patria potestad viene a ser un conjunto de derechos y deberes que recae sobre los padres para con sus hijos mientras estos aún sean menores de edad (Mazzarino, 2015, p. 73).

Vásquez (2019, p. 60) refiere que el cuidado y la protección de un menor dentro del ámbito familiar suele relacionarse constantemente con el cuidado físico y emocional por parte de los padres hacia los hijos, en otras palabras, son los padres quienes tienen la obligación de asegurar que el menor cuente con condiciones de vida según su desarrollo emocional, físico y social, incluyendo a todo ello, la buena alimentación, la educación, cuidado de la salud, afecto y protección ante cualquier maltrato o abuso.

En síntesis, el cuidado y protección de un menor de edad dentro del ámbito familiar bajo el concepto de la patria potestad no es más que aquella obligación que tienen los padres de asegurar y garantizar que los hijos menores reciban la protección y el cuidado necesario para que puedan desarrollarse dentro de la sociedad, por consecuente, se encargan de velar por el bienestar del menor sujeto a la patria potestad.

2.2.2.2.7. Limitaciones de la patria potestad.

Se puede señalar, que la patria potestad presenta limitaciones con la finalidad de garantizar el bienestar del menor de edad, referidas limitaciones serán desarrolladas a continuación tal como lo señala Gracia (2019, p. 79):

- La patria potestad no puede ser ejercida de forma abusiva o arbitraria;
- no se permite la vulneración del derecho del menor en referencia a la educación, alimentación salud y otros aspectos relevantes para la subsistencia del menor;

- ante el conflicto por parte de los padres del menor, el juez podrá limitar o suspender la patria potestad hasta que se resuelva dicho conflicto;
- no es posible renunciar ni ceder a un tercero la patria potestad;
- en caso de que el padre o la madre ejerza la patria potestad en perjuicio al desarrollo del menor, éste podrá ser revocado a pedido del otro padre o por la autoridad competente.

2.2.1.3. Principio del interés superior del niño y adolescente.

2.2.2.3.1. Definición.

El interés superior del niño es considerado como que aquel derecho donde se desarrolla el menor de manera integral dentro del seno familiar, bajo un ambiente tranquilo, de felicidad, de amor, comprensión y bajo un estado justo y sin discriminación. En ese sentido, el interés superior del niño puede ser concebido como el favorecimiento al desarrollo psicológico, físico moral y social del menor para un pleno desenvolvimiento en su personalidad (Unicef, 2005, p. 23).

El interés superior del niño implica un principio base el cual contempla un conjunto de procesos y acciones para garantizar un desarrollo de vida digna e integral, bajo las condiciones afectivas y materiales que hacen posible que los niños puedan alcanzar su bienestar y vivir plenamente. Así dicho principio guarda una relación con el bienestar biopsicosocial del menor, por tal razón, es necesario que todo menor se desarrolle bajo un ambiente seguro y afectivo.

De igual manera, Aquino (2017, p. 61) sostiene que el interés superior del niño viene a ser una garantía de que el niño tiene derecho a ser protegido ante cualquier medida que se tome con respecto a su bienestar y desarrollo. El principio de interés superior del niño se fundamenta en la dignidad del ser humano, por lo que es considerado como una base esencial para toda medida política en favor del menor.

El principio del interés superior del niño y adolescente viene a ser un aspecto jurídico importante donde se determina las decisiones, acciones y políticas públicas que afectan al niño y adolescente en su bienestar y desarrollo integral, razón por la cual, se debe dar mayor consideración al bienestar del menor como máxima prioridad. En fundamento a ello es que este principio se encuentra consagrado dentro de la Constitución Política peruana y en otras normativas nacionales como

internacionales, pues se busca proteger, garantizar y promocionar los derechos del niño y adolescente. Es decir, el principio de interés superior del niño y adolescente tiene como finalidad asegurar que las decisiones por parte del Estado se realicen siempre considerando el beneficio y protección de los menores dentro del seno familiar.

2.2.2.3.2. Características.

El principio del interés superior del niño y adolescente cuenta con ciertas características fundamentales tal como lo refiere Rodríguez (2018) es así como establece ciertas características relacionadas al principio del interés superior del niño y adolescentes que serán desarrolladas a continuación:

- **Prioridad;** esta característica se enfoca en que el interés superior del niño y adolescente tiene la exclusividad sobre todos los demás intereses, es decir, prevalece el interés del niño y adolescente sobre el interés de las personas mayores.
- **Protección;** esta característica hace posible que a través del principio de interés superior del niño y adolescente se logre proteger el bienestar emocional, físico y psicológico del niño y adolescente en todo momento.
- **Individualización;** a través de esta característica se considera la necesidad, opinión y el derecho del niño y adolescente de forma individual, en otras palabras, se toma en consideración de manera individual la necesidad del menor.
- **Participación;** de acuerdo con esta característica los niños y adolescentes deben de tener una participación en las decisiones que afecten su bienestar cuando sea posible.
- **No discriminación;** esta característica se fundamenta en el interés superior del niño y adolescente quienes no deben ser discriminados por ninguna razón como, género, raza, religión, edad, orientación sexual, discapacidad u otros aspectos relacionados a la discriminación (p. 136).

2.2.2.3.3. Objetivo.

Como objetivo principal, el principio del interés superior del niño y adolescente en el Estado peruano es asegurar la protección, defensa y promoción de los derechos de los menores. Pues este principio se fundamenta en la Carta

Magna para su debida protección busca que el interés superior del niño y adolescente deba primar sobre otros intereses como el de los padres o incluso del propio Estado y es que se pretende asegurar el bienestar integral del niño y adolescente bajo mecanismos y medidas que eviten cualquier forma de discriminación, abuso o violencia, debido a que todo Estado lo que busca es que el niño y adolescente se desarrollen social y personalmente de manera saludable y plena en la sociedad.

Es así, que el progenitor quien ejerce la tutela se encuentra encargado de otorgar al niño y adolescente un hogar tranquilo, estable e igual para que pueda desarrollarse de manera idónea y con el respeto de sus derechos e intereses. De tal suerte que, se busca que el interés del niño sea satisfecho mediante la consolidación de lazos emocionales y formaciones en el desarrollo social. Este principio se relaciona con el ejercicio de la patria potestad, el cual no se contrapone al interés personal del hijo, al contrario, esta faculta al padre para garantizar que se dé la necesaria importancia al interés superior del niño y adolescente desde el ámbito social, económico, educativo, salud y otros relacionados con su desarrollo integral y realización personal.

López (2019, p. 44) señala que el objetivo del principio del interés superior del niño y adolescente viene a ser la protección del derecho de los menores para asegurar un desarrollo integral y pleno, el cual será garantizado a través del ejercicio de sus derechos con la finalidad de alcanzar una igualdad en oportunidades físicas, emocionales, mentales, morales y sociales dentro de la familia y la sociedad.

2.2.2.4. Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.

2.2.2.4.1. Manifestación del padre o sus abuelos.

La legislación del derecho civil en el Perú advierte que el matrimonio entre menores de edad debe de estar supeditados al consentimiento de los padres, empero esta concepción no ha sido desarrollada de manera amplia por la doctrina según la perspectiva, por tal situación como lo planteado en la manifestación del padre o los abuelos paternos, en ese sentido, la formación de una vida humana se da por la concepción de un varón y una mujer, esto como consecuencia biológica del ser humano. Una vez que se desarrollado dentro del vientre de la mama y sea

alumbrado de su organismo se establecen derechos a los cuales está sujeto como lo manifiesta la Constitución Política del Perú, que es el fin supremo de la sociedad, por lo tanto, se le genera características esenciales como el derecho a la identidad donde los padres filian al menor en un registro para asignarle nombres y apellidos, en ese sentido, cuando se analiza sobre la manifestación del padre para que este permita el asentimiento unilateral del matrimonio de su menor hijo, sucede una situación que el legislador no ha establecido coherentemente conllevando una condición de acuerdo de ambos padres, por ende, es necesario enfocarnos en esta problemática.

La manifestación del padre o de los abuelos paternos implica que una sola parte sea quien establezca el asentimiento, además de ello sucede que la misma norma posibilita que los abuelos paternos sean a falta del padre quienes establezcan esta manifestación, pero todo ello se concibe de un hijo extramatrimonial, es decir, que ha sido procreado fuera de la relación matrimonial. Al respecto, lo establecido por el legislador no ha previsto que cuando un menor logra casarse tiene una independización para realizar una serie de actos a favor de su nueva familia, lo cual conlleva a que si era un hijo alimentista, no perciba ahora ninguna pensión alimenticia y esto serviría al padre alimentista para que se aproveche de dicha situación jurídica y sentimental para desligarse cualquier responsabilidad, de tal suerte, se debe tener mayor cuidado cuando el menor de edad es de una relación extramatrimonial, esto como consecuencia de diferentes factores que podrían conllevar a perjudicarlo en su proyecto de vida (Almaguer, 2015, p. 238).

Sobre el anterior, si el padre posee la tenencia, y este desea brindar el asentimiento para que pueda contraer matrimonio debe de hacerlo en compañía de alguna prueba científica que permita medir la madurez de su menor hijo como el test de madurez emocional, que permitirá ser más objetivo y conllevar a la manifestación de la voluntad de manera más coherente y racional, esto debido, a que la concepción que se tiene referente a la patria potestad incumbe en su lado humano buscar las mejores oportunidades del menor, a fin de que pueda desempeñarse de manera activa en la sociedad.

Además, un adolescente puede ser frágil para determinar con exactitud sentimientos sólidos y a futuro, como se aprecia en diferentes casos con las altas

tasas de madres solteras o embarazos no deseados en menores de edad, entonces la salida que establece el legislador con respecto al asentimiento del padre para el matrimonio de un menor de edad de una relación extramatrimonial podría ser perjudicioso, ya que se estaría resaltando un interés más allá de lo debido, por los efectos que causa el matrimonio, en ese contexto, se debe de redireccionar lo establecido por el legislador toda vez que sería desproporcional (Fernández, 2018, p. 104).

Con respecto a los abuelos paternos, es necesario precisar que el marco normativo es claro en precisar que estos pueden dar el asentimiento cuando al padre se le imposibilite, es decir, cuando allá fallecido o no tenga la capacidad para darlo y sucesivamente si ninguno de ellos se encuentra presto se necesitara acudir a la vía judicial, a fin de pedir el asentimiento a un juez de familia, nos enfocaremos exclusivamente en analizar el asentimiento de los abuelos paternos. Sobre este punto consideramos que los abuelos no son los indicados en dar el asentimiento, esto debido a que podría subjetivarse y no ser cautos con las consecuencias que podrían suceder, esto por la condición psicológica de un adolescente y sus cambios emocionales que conllevarían a determinar una situación perjudicial. Si la tenencia del menor o el cuidado lo poseen los abuelos paternos sería factible que puedan estos determinar de manera consensuada el consentimiento, haciendo un hincapié es necesario que ambos lo determinen de manera conjunta (Gonzales, 2019, p. 62).

2.2.2.4.2. Manifestación de la madre o sus abuelos.

Referente a este punto, sucede lo mismo que hemos planteado en el párrafo anterior y esto se debe al asentimiento para que un menor de edad pueda contraer matrimonio, sigue las mismas reglas establecidas por el artículo 244 del Código Civil, pero además se evidenciaría un problema cuando la madre del menor expresa su voluntad o no al sentimiento para que su menor hijo extramatrimonial pueda casarse, esto se debe a que se generarían diferentes situaciones, por ejemplo, cuando el menor de edad está en tenencia del padre y la madre es la que le proporciona los alimentos, esto supondría que la madre podría dar el consentimiento por su propia cuenta con la finalidad de que su hijo o hija contraiga matrimonio y ya dejar de pasar las pensiones de alimentos que da cada mes.

Otra situación que se podría presentar es que la madre tenga la tenencia y el padre sea el que proporciona las pensiones alimenticias en ambos casos, no existe relación matrimonial, sino que el menor de edad ha sido concebido extramatrimonial, en ese contexto para el padre sería factible que le otorgue el asentimiento al menor para así evitar sus responsabilidades como padre, además de ello según la legislación vigente el padre tiene el deber de apoyarlo más allá del cumplimiento de su mayoría de edad, es decir, que tiene la obligación de apoyarlo en una carrera técnica o universitaria, lo cual, sería conveniente olvidarse de ese gasto económico y permitir que contraiga matrimonio (López, 2017, p. 99).

En ese sentido, surgiría una consecuencia de asentimiento unilateral, ya que la madre podría manifestar su voluntad de manera positiva o negativa según lo que ella crea conveniente, pero más allá de eso es necesario que se fije el interés superior del adolescente, esto debido a que no todos los padres buscan lo mejor para sus hijos esto como consecuencia de diferentes factores como el económico, social y cultural, por ende, es necesario que esta situación sea analizado a profundidad pero con otras ramas multidisciplinarias como la psicología, que permitan establecer la madurez emocional del menor de edad.

Entonces, al establecer el asentimiento de la madre debe de existir un grado de responsabilidad por esta, esto debido a que si la pareja del menor no tiene aspiraciones a futuro lo más probable sea que el menor de edad no surja y que esto comprometa su futuro como no lo hubiera hecho con el apoyo de sus padres, en estudiar una carrera profesional, o, por otro lado, que la menor de edad quede embarazada o deje embarazo forjando de esa manera prole. En ese sentido, lo que el legislador ha optado al permitir que el asentimiento unilateral para el matrimonio sea de la madre o solo del padre conlleva que se quite responsabilidades a ambos o se beneficie a uno de ellos (Pérez, 2016, p. 169).

Ahora con respecto a los abuelos maternos que dieran el asentimiento al menor de edad por falta de la madre, parte de la misma lógica de las mismas consideraciones que toman los padres para permitirle a los menores contraer es necesaria la comprobación que la unión de ambos menores de edad evidencian capacidad propia de responsabilidad y madurez. El solo hecho de que a fin de evitar mayores desgastes por parte de los abuelos estos permitan el asentimiento y dejen

de lado la conceptualización de cuidado y deber como lo postula los curadores o protectores del menor de edad, conllevaría a que no se establezca una verdadera protección, ya que el estado emocional de un menor de edad es volátil pudiendo variar según las circunstancias que podrían ocasionar perjuicios de manera irreparable para el menor de edad en su vida futura, por lo tanto, se debe de entender que el asentimiento va más allá de una mera manifestación y debe de existir fundamento que permita conllevar a la madurez del menor de edad que pretende casarse y que no sea otra la justificante para permitir su casamiento a temprana edad, además sobre este punto es de vital importancia que a través de la ciencias sociales como la psicología se pueda determinar la capacidad del menor de edad que pretende casarse, a fin de tener un panorama más completo, porque el contraer nupcias no es una cuestión ligera sino de por vida que repercute su futuro.

2.2.2.4.3. Manifestación de ambos padres.

Como lo expresa el artículo 244 del Código Civil en su último párrafo en los casos de los hijos extramatrimoniales solo requieren el consentimiento del padre o de la madre y de igual manera los abuelos maternos y paternos para que un menor de edad contraiga matrimonio, sobre este punto lo controvertido referente al consentimiento de uno de los padres o unilateralmente la manifestación de su voluntad conlleva a establecer diferentes cuestiones que resultarían perjudiciales, esto como consecuencia de los efectos del matrimonio. Al casarse el menor de edad perdería todos los derechos que le confiere la norma respecto a la pensión de alimentos, en ese entendido los padres ya no se harían responsables de los gastos que podría incurrir su hijo, de modo tal, que serviría de beneficio a uno de los padres porque tampoco podría exigirle el apoyo para la educación superior.

En ese sentido, cuando se trate de un hijo extramatrimonial se debe de tener cuidado con el asentimiento del padre, esto como consecuencia de que el artículo 244 del Código Civil en su último párrafo permite que el consentimiento del padre o de la madre unilateralmente, es un requisito fundamental para que el menor de edad contraiga nupcias lo que nos llevaría a presumir que el legislador ha dejado fácilmente desvirtuar la responsabilidad que recae la patria potestad y el cuidado de su proyecto de vida, además de ello, es necesario que se establezca otras cuestiones

fundamentales al momento de expresar la manifestación de la voluntad (López, 2017, p. 105).

El casamiento de menores de edad debe de entenderse como aquella situación de mucha cautela y sobre todo en donde es necesario que se establezca mecanismos de protección sobre el menor de edad que fue concebido extramatrimonialmente, esto debido a su vulnerabilidad que puede estar distante por su propia concepción, ya que no ha sido concebido en el matrimonio, por ende, se debe de entender que la proximidad de la protección debe de ser escrupuloso porque el padre pueda que no sepa de sus planes a futuro o que no haya convivido con el menor de edad y resultaría más fácil darle el asentimiento para que contraiga matrimonio dejando de lado su bienestar a futuro o los planes de su proyecto de vida (Almaguer, 2015, p. 242).

En ese contexto, la manifestación de ambos padres también podría ser perjudicial para el menor, esto como consecuencia de que los hijos extramatrimoniales son descuidados por sus padres y siendo el matrimonio entre menores de edad sería la salida más oportuna para desligarse de sus responsabilidades, siendo necesario que se replantee la legislación en su artículo 244 del Código Civil en el párrafo ultimo para que no se frustre su intereses superior y sobre todo su futuro, ya que el matrimonio es una situación de suma responsabilidad donde los conyugues tiene que preocuparse por su bienestar en conjunto, y para subsistir es necesario que ambos trabajen lo que conllevara a que no se realicen como profesionales o estudien alguna carrera técnica, teniendo consecuencias irreparables.

Finalmente, es necesario que para que se dé el asentimiento de los padres es necesario que exista un examen psicológico de madurez emocional a fin de determinar objetivamente que la decisión que está tomando el menor de edad es la correcta, y así se pueda garantizar de manera propicia que no hay otra condición o beneficio de los padres con la expresión de su voluntad (Pérez, 2016, p. 172).

2.3. Marco conceptual

Referente al marco conceptual los conceptos claves para comprender mucho mejor serán desarrollados a continuación, sin embargo, dichos conceptos serán

descritos bajo el diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, siendo los siguientes:

- **Abuso de derecho:** Ejercicio de este más en perjuicio ajeno que en beneficio propio. El empleo antisocial de alguna facultad jurídica. Acción u omisión jurídica, positivamente protegida, que lesiona un legítimo interés, desprovisto de correlativa o concreta defensa (Osorio, 2006, p.17).
- **Abuso:** Acción y efecto de abusar; de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien. | En sentido jurídico lo constituye el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación, así como también de una cosa, más allá de lo lícito (Osorio, 2006, p.15).
- **Cohabitación:** En una primera sesión la acción de habitar juntamente unas personas con otras. Pero en sentido más vinculado con el derecho, vida marital entre el hombre y la mujer. Las legislaciones suelen imponer al marido la obligación de vivir en una misma casa con su mujer y a esta la habitar con su marido donde quiera que fije su residencia salvo que judicialmente se le estima por resultar peligroso para su vida (Osorio, 2006, p.175).
- **Derecho:** Tomado en su sentido etimológico, Derecho proviene del lat. directum (directo, derecho); a su vez, del lat. dirigere (enderezar, dirigir, ordenar, guiar). En sentido lato, quiere decir recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro, mientras que en sentido restringido es tanto como ius (Osorio, 2006, p.294).
- **Imprescriptibilidad:** Con relación a los derechos y a las acciones, se dice que son imprescriptibles los que no se extinguen por el transcurso del tiempo sin ejercerlos. Como norma general, todos los derechos y acciones son prescriptibles, salvo que la ley expresamente determine lo contrario (Osorio, 2006, p. 474).
- **Matrimonio civil:** Es definido por el Diccionario de la Academia como el que se contrae según la ley civil, sin intervención del párroco. En realidad, y con respecto a muchas legislaciones, el matrimonio civil es el único que

tiene validez para el Estado y, por tanto, el único que produce efectos civiles (Osorio, 2006, p. 585).

- **Nulidad del matrimonio:** Las disposiciones contenidas en el articulado de la ley argentina, responden a una concepción tradicionalista y tienden a dar estabilidad al vínculo conyugal. Las posibilidades de anularlo o de considerarlo nulo se plantean, de esa manera, sólo en oportunidades que revisten verdadera gravedad, tanto en el ámbito del Derecho Público como en el del Derecho Privado (Osorio, 2006, p. 629)
 - **Patria potestad:** Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período (Osorio, 2006, p.702).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

Como se ha mencionado con anterioridad, al ser una investigación jurídico-dogmática el **enfoque fue cualitativo, lo cual** refiere: “(...) no se alcanza mediante los procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación (...)” (Aranzamendi, 2010, p. 100), sino que su trascendencia final es: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 18); esto versa sobre la relevancia de las investigaciones jurídicas que se relacionan a las ciencias sociales por tener dentro de su problemática fenómenos sociológicos, por ende, es necesarios que se establezca reales soluciones, a partir de un consensuado estudio.

Ahora bien, por su propia naturaleza y al ser **cualitativo teórico, ha sostenido** el doctrinario y científico social Witker (c.p. García, 2015, p. 455) que una investigación **teórica-jurídica** es: “(...) aquella que contempla el problema jurídico desde una óptica estrictamente formal, descartando todo elemento factico o real [esto es] que se vincule con la institución, estructura legal o norma jurídica en cuestión”; en ese contexto, solamente nos enfocaremos en realizar un análisis normativo, tanto del ejercicio abusivo del derecho y los padres con sentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.

Por otro lado, como se ha sostenido con anterioridad se analizará objetivamente el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil peruano como parte de la conformación del marco normativo, a fin de poder establecer de manera coherente y objetiva su razón normativa y la intención del legislador de adecuarlo al Código Civil.

Al haber delimitado el tema de investigación desde la cuestión conceptual, es menester que se aplique un lenguaje que permita sostener el discurso del positivismo jurídico, esto a necesidad de que al ser un Estado Constitucional de Derecho todas las normas se encuentran positivizadas y son apacibles de establecer una posición epistemológica jurídica concreta según la problemática que se ha establecido con anterioridad.

De esa forma, el objeto, el método y el final del estudio se acreditarán basándose en el hecho de que cada escuela jurídica debe considerar lo que va a

estudiar, y como va a estudiar específicamente, y, por último, si ambos elementos cumplen con el objetivo o el propósito de la escuela legal en cuestión. La escuela iuspositivista ha establecido que la centralidad o la ciencia del derecho se centra en la norma y el análisis dogmático. (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

Asimismo, el “(a)” que contempla el iuspositivismo se caracteriza por ser la legislación, es decir, se concretiza en toda norma que se encuentre vigente en la legislación peruana, por otro lado, la “(b)” se enfoca en analizar y evaluar a través de la interpretación jurídica y por último la “(c)” se centra en la mejora del ordenamiento jurídico el cual puede ser sostenido como una inconstitucionalidad o como la mejora de la norma que presenta insuficiencias, contradicciones o también se puede considerar la implementación con la finalidad de hacerlo más firme y sólido el ordenamiento jurídico (Harper c. p. Witker & Larios, 1997, p. 193).

Ahora bien, la presente investigación se estructura de la siguiente manera “(a)” será el quinto párrafo del **artículo 244 del Código Civil**, “(b)” empleando los diversos tipos de hermenéutica jurídica como: sistemática, teleológica, exegética, etc., se interpretara de forma efectiva referido artículo siendo para que “(c)” será mejorar el ordenamiento jurídico a través de la modificación del quinto párrafo del **artículo 244 del Código Civil**, con la finalidad de que se pueda detener el ejercicio abusivo del derecho por los padres o sus representantes.

3.2. Metodología

Por consecuente, las metodologías paradigmáticas se distribuyen en investigaciones teóricas y empíricas, por lo que, tras haberse sustentado porque fue **teórica** se empleó la modalidad de la metodología paradigmática de la investigación **teórica jurídica** [según Witker] con una **tipología de corte propositivo**.

En ese sentido, como ya se ha determinado la razón de ser una investigación teórica jurídica en líneas anteriores, lo que faltaría justificar es porque se encuentra integrada a una **tipología propositiva jurídica**, pues no viene a ser otra cosa que la que: “(...) analizar la ausencia de una norma o se **cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva**. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico-filosóficos” (Aranzamendi, 2010, p. 163) [el resaltado es nuestro]; es así como **en nuestro caso estamos cuestionando**

una norma, pero desde una perspectiva o punto de vista epistemológica iusnaturalista.

Sobre lo anterior, **el vínculo** entre el paradigma metodológico teórico jurídico con tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iuspositivista **es compatible y viable**, debido a que los dos sistemas tratan de debatir y valorar una norma, que en este caso viene a ser el estudio y análisis del quinto párrafo del **artículo 244 del Código Civil**, siendo que no postula una debida fundamentación de la razón normativa.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria metodológica.

La trayectoria metodológica estuvo orientada al sentido de proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación de forma sistemática de los datos, dicho de otra manera, una explicación holística de cómo se realizara la tesis desde una óptica metodológico, por esa razón, se explicara *grosso modo*.

En ese extremo, según la propia naturaleza de la investigación se aplicará la interpretación exegética, debido a que esta se enfoca en la búsqueda de la voluntad del legislador (Miró-Quesada, 2003, 157), con lo que permitirá analizar el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, conllevando a lo que el legislador a tratado de expresar.

Entonces, la información que se ha obtenido a través de la técnica de fichaje nos ha permitido realizar un análisis documental con el propósito de afianzarnos sobre las características de las dos categorías, tanto del ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales, en ese contexto, se ha podido observar su nivel de dependencia, para que sean procesados los datos a través de la argumentación jurídica, y así responder las preguntas planteadas o contrastar las hipótesis establecidas.

3.3.2. Escenario de estudio.

Por ser de naturaleza jurídico-dogmática y de corte teórico cualitativo se analizó el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, siendo este el escenario de estudio ya que forma parte del ordenamiento jurídico peruano, en tanto, se realizó interpretación exegética, sistemática y otras formas posibles para

comprender sus estructuras e insuficiencias en determinados casos (que se formularon de manera hipotética, pero con solides).

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

Como se ha sostenido al caracterizarse por ser de enfoque cualitativo teórico, se estudiará las estructuras normativas del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, las cuales se identificaron a la categoría: El ejercicio abusivo del derecho siendo evaluada juntamente con los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales con el propósito de realizar una modificación al referido artículo, a fin de que se garantice el interés superior del menor y su proyecto de vida.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

Como técnica de recolección de datos se aplicó el análisis documental la que se empleó en la investigación, además de ello se realizó un análisis de los textos doctrinarios que tienen como propósito extraer información importante para elaborar nuestra investigación.

Aunado a lo anterior, podemos admitir que el análisis documental será desarrollado como una operación cimentada en el conocimiento cognoscitivo, debido a que se podrá elaborar un documento inicial a través de otras fuentes, como primarias y secundarias; referidas fuentes se desenvolverán como intermediarios o instrumentos que darán lugar a que el usuario acceda al documento primario para la adecuada obtención de la información y comprobación de la hipótesis (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

En ese sentido, se anticipó que como instrumento de recolección de datos emplearemos las fichas de toda índole: textuales, de resumen, bibliográficas, ya que con ello podremos realizar el marco teórico solido que se subsuma a nuestras realidades de acuerdo con el decurso de la investigación, así como a la interpretación y enfoque destinada a la realidad y los textos (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.5. Tratamiento de la información.

La información será recolectada mediante el empleo de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; del mismo modo, es menester señalar que el empleo de estos no son lo suficientemente para desarrollar la investigación, es por esa razón que vamos a aplicar un análisis formalizado o de contenido, con la finalidad de reducir la subjetividad que se presenta al interpretar cada texto que lo compone, en tal sentido, analizaremos las propiedades exclusivas y relevantes de las categorías en estudio, teniendo en cuenta la sistematización y la determinación de un marco teórico sostenible consistente y coherente (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se usó el siguiente esquema:

<p>FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el enlace del libro virtual.</p> <p>CONTENIDO: “”</p>

Al ser parte de la información documental, indudablemente tiene que comprender premisas y conclusiones que a su vez se integraran por un conjunto de propiedades, en base a eso es que el procedimiento que se empleara en nuestra investigación es la argumentación jurídica. Aranzamendi (2010, p. 112). En este aspecto, con relación a las propiedades se afirma que deben ser: (a) coherentemente lógicas, teniendo como base premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, en razón que mediante las motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición; y (d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Aunado a lo anterior, después de haberse considerado cada uno de los datos y su apropiado procesamiento que tiene su génesis en diferentes textos, se confirma que la argumentación aplicada para la tesis fue considerada como: “(...) secuencia

de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204), así, se empleará la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

3.3.6. Rigor científico.

En relación con el rigor científico este se enfoca en la lógica de la cientificidad del paradigma metodológico antes descrito, siendo que su cientificidad se respalda en lo dicho por Witker y Larios (1997) que el método iuspositivista es: “evaluar las estructuras del derecho, y su materialización que se aúna con los llamados métodos o técnicas de interpretación de las normas jurídicas, en donde destacan lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico e incluso hasta lo gramatical.” (p. 193); por tal motivo, es que se ha analizado la norma desde un aspecto positivista, a fin de mejorar el ordenamiento jurídico teniendo como objetivo el no contradecir las conexiones del mismo ordenamiento jurídico y sobre todo la Constitución misma.

Finalmente, para controlar si realmente se estará utilizando la postura epistemológica jurídica del iuspositivismo es no haber brindado valoraciones axiológicas (argumentos moralistas), sociológicas (mediante datos estadísticos), entre otros, sino de haber utilizado las estructuras y conceptos del mismo ordenamiento jurídico peruano y de la doctrina sobre el ejercicio abusivo del derecho y los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Al ser una investigación cualitativa teórica, no es menester presentar una justificación para salvaguardar la integridad o el honor de algún entrevistados o encuestados o cualquier otra modalidad fáctica-empírica.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.

El objetivo uno ha sido: “Identificar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”; y sus resultados fueron:

Primero. – Ahora bien, pasaremos a realizar **los resultados más resaltantes**, para ello, comenzaremos con **el concepto jurídico del ejercicio abusivo del derecho**, en ese sentido es menester precisar **sobre las consecuencias históricas**, como es sabido la evolución del derecho ha estado circunscrito a la periodicidad del transcurso del tiempo, es así como el ejercicio abusivo del derecho ha surgido en esa situación, lo que ha conllevado a establecer su definición que ha perfeccionado hasta nuestros días. En ese sentido, el ejercicio abusivo del derecho en sus inicios como concepto jurídico se distinguió por una doble posición que origino disputas entre los juristas, esto debido a que los Estados democráticos, no permitían que se establezca una positivización, a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos, sino que lo utilizaban en beneficio de los grupos de poder, además esto se encontraba en el campo normativo a través de normas arbitrarias y dictatoriales.

Cabe precisar, en el derecho romano no se pudo encontrar un concepto referido al ejercicio abusivo del derecho, ya que en mencionada legislación no se desarrolló referente a los derechos naturales o subjetivos de la persona, sino que, las normas eran impuestas por el emperador, siendo de fiel cumplimiento para la plebe como se puede notar en el Digesto, por consecuente, algo que sí se puede tomar en consideración y que se refiere en algo a la actual definición del abuso de derecho es referido a que nadie puede perjudicar el derecho de otro usando su derecho. En esas líneas, la legislación romana ha establecido diferentes indicaciones que permitían percibir a la plebe una conducta ideal y consecuente a su régimen imperial.

En la edad media, se inició la ilustración como aquella construcción de la persona humana, en ese sentido, se da origen al Estado y a la sociedad revalorando

y posicionando a la persona como parte importante y esencial del sistema social-democrático, de modo tal, que surgen los derechos subjetivos que fueron originados y formados por la teología encaminándose al positivismo remarcado con el propósito de enaltecer un gobierno con mayor proporcionalidad y condiciones para sus habitantes, en tanto, la doctrina ha sido consecuente en este gran avance que ha forjado el derecho constitucional como aquel equilibrio de las normas que se desarrollaron en Francia y que los demás países lo han seguido, en ese extremo, la definición desde el cauce de la edad media respecto al ejercicio abusivo del derecho se ha situado en la obligación tributaria como se encuentra redactado en el Código Napoleónico.

Segundo. – Por consecuente, es necesario precisar respecto al **concepto del abuso del derecho**, antes de ello es menester que esta surja de la intención del sujeto, es decir, el titular de un derecho sustentado por el ordenamiento ejercita este derecho extralimitándolo conllevando a perjudicar el derecho de la persona, por otro lado, otro concepto más sólido se complementa en la titularidad del derecho de las personas a quienes la norma otorga un ejercicio situado en la buena fe, pero que en su actuación se ejerce perjuicio a terceros a lo que se denomina abuso del derecho.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico establece una obligación que debe ser cumplido por el ciudadano, o en otras palabras la norma presupone una acción prohibitiva cuya sanción es determinada por el juzgador según el daño causado al bien jurídico protegido, en ese contexto, el ejercicio que faculta las normas se complementa con la buena fe y las buenas costumbres aceptadas por la sociedad es por lo que se menciona que la acción debe de estar adecuada al derecho. En tal caso, el derecho no puede servir de escalón para perjudicar el respaldo jurídico esencial de terceras personas, a lo último se le considera como ejercicio abusivo del derecho, lo cual, se encuentra amparado dentro de la Constitución Política del Perú.

Ahora bien, de forma directa el ejercicio abusivo del derecho se centra en la actuación del sujeto que obra de mala fe; amparándose en una norma establecida dentro del ordenamiento jurídico, en ese sentido, toda concepción de la norma establece un límite, siendo necesario el uso adecuado del derecho, sin que exista una intención personalísima del sujeto, en otras palabras se considera como

ejercicio abusivo del derecho cuando la acción del sujeto sobrepasa el límite de la norma con lo que daña bienes jurídicos protegidos considerándose como una infracción a la regla social y normativa.

En todo ejercicio abusivo del derecho se aprecia que el sujeto actúa de mala fe, de modo tal, que se pueda comprobar que existe una fricción con el cauce normativo, por lo que, se evidencia una conducta ilegítima que puede ser apreciado en toda esfera del Estado, como en el poder jurisdiccional en donde se puede apreciar a través de casos concretos que la administración de la justicia puede estar sesgado por el ejercicio abusivo del derecho, ya que la aplicación de la ley se extralimita de su esencia, por ende, lo que se busca es que el ejercicio del derecho este encaminado al fin normativo.

Es necesario también desarrollar referente **a cuando se genera el ejercicio abusivo del derecho**, para ello, desde una posición doctrinaria se sostiene que el sujeto ejerce sus derechos facultados de manera abusiva atropellando el derecho de otros; sin respetar el límite establecido por ley o la finalidad, por el cual el legislador ha establecido su razón normativa. En ese extremo, la conducta activa siempre se centra en el sujeto que se extralimita de sus derechos generando así criterios objetivos, estos también pueden ser entendidos como inacción que desde ese punto se establece el dolo o la culpa que son contrarias a la finalidad legal en sentido estricto.

Tercero. - Por consiguiente, **los criterios para su determinación** se sitúan en la aplicación de los métodos de integración jurídica que permiten identificar el ejercicio regular del derecho o no para así determinar el ejercicio abusivo del derecho, en ese contexto, los requisitos más esenciales se clasifica a continuación: (i) la norma jurídica reconoce un derecho, (ii) el derecho relativo por consecuente posee ciertas limitaciones, (iii) el ejercicio del derecho es esencial del sujeto generándose así una omisión o acción que afecta el legítimo interés de otra persona, (iv) el ejercicio del derecho o su omisión no se encuentran limitadas por ninguna norma, (v) la afectación esgrimida en el legítimo interés no se encuentra tutelado por ninguna norma específica y (vi) el ejercicio abusivo del derecho contraviene el principio de buena fe y de las normas generales.

Con respecto, a (i) esta se encuentra regulada de manera expresa y su conformación se compone al principio de legalidad que todo ordenamiento jurídico debe de poseer, en esa línea, con respecto al punto (ii) el ordenamiento vigente no es absoluto en su aplicación, sino que es relativo pero debe de alcanzar la convivencia social, además cada individuo posee los mismos derechos en función al alcance normativo, por ende, el ejercicio abusivo del derecho es la conducta activa o pasiva de la gente, con respecto al punto (iii) esta se solidifica en la actuación de la gente cuya percepción puede ser activa o pasiva que se manifiesta de manera excesiva a los límites establecidos, con respecto al punto (iv) ésta se genera por la falta de regulación del poder legislativo, lo que conlleva a que exista una afectación a otra persona, con respecto al punto (v) no existe regulación alguna que se exprese taxativamente el interés legítimo y con respecto al punto (vi) la conducta activa y pasiva del sujeto son contrarias a las establecidas en el marco normativo.

Cuarto. – En esa línea, es necesario precisar sobre **el criterio objetivo**, este nos permite identificar el ejercicio abusivo del derecho, para ello, debemos de tener en consideración tres acepciones elementales, siendo la siguientes: a) cuando la conducta pasiva o activa, está encaminada a perjudicar la finalidad social y económica que tiene el derecho que da alcance al individuo o al ente colectivo, b) cuando en la acción de la agente ocasiona perjuicios en contra del Estado y c) la conducta del sujeto puede establecerse por acción o inacción en contra de las buenas costumbres y la moral situación que rige las conductas de las personas perjudicando así el respeto de los derechos individuales de las demás personas de la sociedad. Aunado a lo anterior, al **criterio subjetivo** este es distante al objetivo ya que lo que interesa es la conducta activa, por ende, es aplicable los tres criterios de manera secuencial, por ende, el criterio su objetivo se centra, en los siguientes postulados: a) *animus nocendi*, b) la existencia de un interés legítimo y c) respeto al derecho de otro.

En ese sentido, cuando se somete al criterio subjetivo, este se encuentra situado en el agente cuya intención implica perjudicar los derechos de un tercero amparándose en sus propios derechos establecidos previamente en el marco

normativo, por ende, este criterio presume que la actuación del agente se ha extralimitado de su cauce normativo, establecido por el legislador.

Por consecuente, **como tercer criterio se tiene al ecléctico** por éste se sobreentiende que su actuación es aclarar la situación del ejercicio abusivo del derecho, esto en menester, de que su aplicación permite analizar los requisitos apropiados para delimitarlos de manera consecuente, en ese sentido, se utilizan criterios mixtos para que se identifique sus particularidades acudiendo a los siguientes aspectos: a) la concepción del abuso del derecho, b) el titular y su intención objetiva y c) la ruptura de la buena fe.

Quinto. – Aunado a lo anterior, es menester **precisar sobre la historia del abuso del derecho**, para ello, su evolución ha sido constante acentuándose más en el siglo XIX, en donde el capitalismo influenciaba a casi la mayoría de países conllevando así un liberalismo capitalista, es así que en esta era se apreciaba la insuficiencia normativa que reflejaba situaciones forzadas acentuándose así diferentes problemas jurídicos, en ese sentido, se estableció de forma tajante dos concepciones que hasta el día de hoy tienen vigencia, entre estas encontramos las siguientes: a) concepción individualista; en ésta se acentúa el ejercicio abusivo del derecho cuando el titular en la realización de su derecho, ya sea de forma dolosa o intencional ocasiona un daño al derecho de otra persona, b) concepción socialista; esta parte de los abusos cometidos con la finalidad de perseguir el orden social y económico del derecho.

Sexto. - Por otro lado, es menester enfocarnos en el segundo concepto jurídico referente al asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial, en ese contexto empezaremos **por el matrimonio en la evolución de la historia** que ha sido definido por muchos juristas que han realizado grandes aportes sobre el tema en desarrollo, no obstante, la mayoría ha coincidido en definir al matrimonio como una institución natural donde el varón y la mujer de manera exclusiva y permanente contraen el vínculo matrimonial, de igual manera, se puede definir como la celebración de la unión del varón y la mujer bajo la plena capacidad y cumplimiento de formalidades establecidas por la ley con la finalidad de cumplir con los fines del

matrimonio como la cohabitación, ayuda mutua, procreación, socorro y otras afines de su cumplimiento.

Séptimo. – En ese sentido, el matrimonio de menores de edad en la legislación del derecho civil peruano se encuentra supeditado al consentimiento por los padres, sin embargo, lo señalado no ha sido estudiado de forma amplia en la doctrina, del mismo modo ocurre con la manifestación del padre o los abuelos paternos, es menester referir que la vida humana es concebida por una mujer y un varón esto como resultado del proceso biológico del hombre.

De manera, que después de haberse desarrollado en el vientre de la madre y ser alumbrado del organismo, se determinan derecho para el niño según lo establece la Constitución Política del Perú, debido a que se trata de un fin perseguido por la sociedad, y a razón que, entre los derechos fundamentales se encuentra el derecho a la identidad, por el cual, los progenitores filian al menor en un registro determinado para consignarle su apellido y nombre, en consecuencia, al desarrollarse acerca de la manifestación del padre en el caso de permitir el asentimiento unilateral del matrimonio del hijo menor de edad, suscita que el legislador no ha considerado de manera coherente dicha situación lo cual ha generado la cláusula de acuerdo entre los padres, por tal razón, existe la necesidad de darle relevancia a este problema.

Octavo. – Además, en el caso de la manifestación por parte de los abuelos paternos o el padre mismo conlleva a que el consentimiento se dé únicamente por una de las partes en lo que respecta al consentimiento, incluso, la propia norma permite que los abuelos paternos den el asentimiento en caso de que el padre este ausente, sin embargo, todo lo referido se suscita en el caso del hijo extramatrimonial, en simples palabras, cuando el hijo es producto de una relación extramatrimonial. En ese caso, lo determinado por el legislador es parcializado puesto que al cazarse un menor de edad logra la independización, esto es que no seguirá percibiendo pensión alimenticia alguno lo cual implica que el padre se beneficia de referida situación sentimental y desentenderse de sus responsabilidades, por consiguiente, en este tipo de casos es necesario tener demasiado cuidado en caso de los hijos menores de edad extramatrimoniales, esto

en respuesta de distintos aspectos que podrían perjudicar al proyecto de vida de este menor.

De lo señalado, en caso de que el padre es responsable de la tenencia del menor y tiene la intención de dar el asentimiento para contraer matrimonio deberá realizarlo con pruebas científicas que acrediten la madurez del menor para considerar que se encuentra consiente de todo lo concerniente a un matrimonio, entre las pruebas podría ser un test de madurez emocional ya que mediante este se podrá evidenciar la objetividad del menor en su manifestación de voluntad de manera racional y coherente, esto como fundamento de la patria potestad implica buscar los mejores beneficios y oportunidades del menor en la sociedad.

Noveno. - En ese sentido, el adolescente puede ser inconsciente al momento de definir su sentimiento de manera sólida y exacta sus sentimientos, como se ha podido evidenciar en distintas situaciones de mujeres adolescentes embarazadas, madres solteras o embarazos no deseados, de manera que la opción que determina el legislador sobre el asentimiento del padre en el matrimonio de menores de edad extramatrimoniales resultaría ser lesivo, debido a que se estaría poniendo un interés que sobrepasa lo debido, así los efectos que ocasiona un matrimonio, por tal razón, es necesario la redirección de lo sostenido por el legislador debido a que dicha situación será una desproporción.

Ahora bien, en caso de los abuelos paterno, es menester indicar que nuestro marco normativo se establece que estos se encuentran facultados en dar el asentimiento cuando el padre no lo pueda hacer, en simples palabras, cuando no tenga la capacidad para darlo, haya fallecido, en caso de que ninguno de los mencionados pueda dar el asentimiento se recurrirá ante el juez de familia, en respuesta a ello nos encaminaremos a analizar sobre el asentamiento de los abuelos por parte del padre. Al respecto, es preciso determinar que los abuelos no deberían ser los indicados en dar el asentimiento porque podría recaerse en una subjetividad y falta de consideración sobre las consecuencias que genera el matrimonio de menores en el aspecto psicológico, social de un adolescente, en tanto, los cambios de emoción que podrían darse en perjuicio del menor. En caso de que los abuelos paternos tienen la tenencia del menor, lo más loable sería que se pueda determinar

de manera consensuada el consentimiento del matrimonio del menor, es decir, que se debe determinar este tipo de matrimonio de manera conjunta.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.

El objetivo dos ha sido: “Determinar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”; y sus resultados fueron:

Primero. – Cabe precisar que en el **análisis descriptivo de los resultados del objetivo uno, se ha desarrollado ampliamente referente al ejercicio abusivo del derecho en los considerandos del uno al quinto**, por ende, ya no se desarrollará por ser redundante. En esa línea, se procederá a desarrollar referente al segundo concepto jurídico del asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial, por ello, el matrimonio puede ser definido como aquel acto de voluntad que tienen dos personas para juntar su vida mediante un contrato, referida unión debe encontrarse regulada y vigente en el derecho de toda sociedad, debido a que tiene como finalidad la convivencia entre un varón y una mujer, de igual manera, el matrimonio en lo concerniente al tiempo es indeterminado, a excepción de la voluntad de los esposos que sea opuesto a la voluntad inicial antes de pasar a la convivencia.

De manera, que el matrimonio al ser un acto jurídico debe ser realizado con plena voluntad y consentimiento por parte del varón y la mujer que pretenden formar una relación matrimonial, debido a que de no ser así referido vínculo sería declarado como inválido según lo establecido en el marco normativo, de esa manera, el matrimonio se constituye en un acto solemne realizado entre dos personas de diferente sexo con el objetivo de crear una relación estable por su propia iniciativa y voluntad de los cónyuges bajo la disposición legal establecida en la ley.

Segundo. - Al ser **una institución jurídica que representa la unión formal y legítima de dos personas el matrimonio tiene como finalidad hacer vida en común y la constitución de una familia**, por lo que su naturaleza jurídica suele determinarse de acuerdo a cada teoría desarrollada acerca del matrimonio, la primera es la teoría civil el cual puntualiza que la naturaleza jurídica del matrimonio

reside en un contrato especial con características especiales, que permiten su disolución y sanción adecuada por el órgano competente.

Por otro lado, se encuentra la teoría contractual canónica que establece que la naturaleza jurídica del matrimonio se basa en la unión voluntaria, libre y consentida por la mujer y el varón con el objetivo de establecer la relación marital y la celebración bajo las normas religiosas convirtiéndolo en indisoluble hasta la muerte de uno o de los dos cónyuges. Por último, se encuentra la teoría institucional el cual destaca que la naturaleza jurídica del matrimonio es una mera institución resultado creado por el Estado con la finalidad de asegurar y proteger la relación familiar a través del acto jurídico formal con la plena manifestación de la voluntad del varón y la mujer para establecer un lazo de unión sujeto a disolución a futuro se así fuese la voluntad de los esposos.

Tercero. - En ese contexto, continuando, el reconocimiento legal del matrimonio en el ordenamiento jurídico conlleva que se cumpla con ciertos requisitos esenciales para que puedan ser considerados como válidos y por ende surtir los efectos jurídicos correspondientes, en respuesta a ello el Código Civil peruano ha optado por determinar necesariamente el cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma prescritos en el artículo 248 el cual refiere que debe ser presentada oral o escrita ante el alcalde de la provincia, distrito donde se encuentra cualquiera de los cónyuges, por otro lado, se deberá presentar una copia certificada de las partidas de nacimiento de cada uno de los esposos, prueba domiciliaria, certificado médico no menor a 30 días mediante los cuales se acreditará que los esposos no se encuentran impedidos de establecer matrimonio.

Prosiguiendo, el matrimonio implica el cumplimiento de los derechos y deberes por parte de los esposos es por ello que es necesario referir que estos suelen ser de gran relevancia porque contribuye a que la unión matrimonial perdure en el tiempo y exista un compromiso de los esposos de hacer una vida en común, ante esta situación se ha establecido en el ordenamiento jurídico los derechos y deberes que derivan del matrimonio como es el respeto mutuo, fidelidad, cuidado de los hijos, derecho a la libertad, cohabitación, socorro, a la igualdad y no discriminación.

Cuarto. - En esa misma línea, es necesario señalar sobre la manifestación de la madre o de sus abuelos ocurre lo mismo que se ha señalado en párrafos anteriores sobre el asentimiento para el matrimonio de un menor de edad, en ese sentido, se sobreentiende que se efectúa lo determinado en el artículo 244 del Código Civil, empero en el desarrollo se demostrara la existencia de un problema en caso de que la madre exprese o no su voluntad sobre el asentimiento del matrimonio de su menor hijo extramatrimonial, esto es que se producirían distintos casos como, el padre posee la tenencia del menor de edad y la madre es la encargada de dar la pensión de alimentos, esto conllevaría a que la madre acceda a dar su consentimiento por su propio beneficio, es decir, resulta conveniente que el hijo menor contraiga matrimonio para la madre porque dejara de pasar la pensión de alimentos.

Contrario a lo señalado podría ocurrir que la tenencia este a cargo de la madre y el padre sea quien sea el responsable en pasar la pensión de alimentos, como se aprecia en ambos casos no existe un vínculo matrimonial, por el contrario se está frente a un hijo extramatrimonial, visto desde ese punto el asentimiento de matrimonio del hijo menor de edad sería un beneficio para el padre ya que se evitaría de asumir su responsabilidad como padre, en suma, en la legislación actual el padre tiene el deber de brindar apoyo al menor incluso cuando cumpla la mayoría de edad de acuerdo a ciertos requisitos, en otras palabras, el padre tiene la responsabilidad de apoyar a su hijo en caso que siga estudiando, ello resultaría beneficioso para el padre en caso que el hijo contraiga matrimonio puesto que no tendría que cumplir con dicha obligación en caso suceda dicho caso.

Quinto. – En consecuencia, se producirá el asentimiento unilateral, debido a que existe la posibilidad de que la madre manifieste de manera positiva o negativa según sus propios intereses, sin embargo, ocurre en muchos casos que se da el asentimiento sin tomar en consideración el interés superior del adolescente, aun cuando lo más lógico es que todo padre busque el bienestar y lo mejor para sus hijos como; el bienestar económico, social y cultural, por tal razón, es menester realizar un análisis sobre las circunstancias que se menciona con ayuda de otras ramas multidisciplinaria como lo es la psicología, sociología y otros para poder establecer la madurez emocional del menor que desea contraer matrimonio.

De igual manera, al determinarse el asentimiento por parte de la madre es necesario que se evidencie un grado de responsabilidad por parte de esta, ello en razón a que si la pareja del menor de edad no tiene aspiraciones en un futuro, lo más seguro es que el menor de edad no alcance cumplir metas, ni aspiraciones y ello conlleva a comprometer su futuro en fracasos, muy contrario a lo que hubiese sucedido si contara con el apoyo de sus padres, es decir, de estudiar una carrera profesional, en esencia, un matrimonio de menores de edad puede conllevar a que la menor de edad quede embarazada y no pueda cumplir con esta responsabilidad. Entonces, lo que el legislador ha generado al permitir que el asentimiento se dé de manera unilateral produce evadir responsabilidades por cualquiera de los padres en su beneficio dejando de lado el interés superior del menor de edad con dicho asentimiento.

Sexto. - En esa misma línea, el asentimiento por parte de los abuelos maternos en ausencia de la madre se fundamenta en la misma lógica que consideran los padres para consentir que el menor contraiga matrimonio, es decir, que los menores de edad deben contar con la capacidad de responsabilidad y madurez suficiente para afrontar las responsabilidades y deberes que implica un matrimonio. La sola situación que evite a los abuelos realizar gastos económicos puede conllevar a que estos aprueben el asentimiento del menor de edad y descuiden el cuidado y el deber que les corresponde como protectores o curadores de dicho menor, de manera que no se establecería una protección verdadera, debido a que el estado de emocional de un menor suele ser cambiante de acuerdo a las circunstancias que se encuentra, este mismo puede producir un perjuicio irreparable en la vida futura del menor de edad, entonces se debe comprender que el asentimiento abarca más allá de una simple manifestación por lo que debe darse fundamentos sólidos que permitan evidenciar que el menor de edad que pretende casarse cuenta con una madurez adecuada y más no se trate de un simple capricho a temprana edad, incluso se debe acudir a las ciencias sociales para poder evidenciar que el menor tiene la capacidad de poder asumir los deberes y derechos del matrimonio.

4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres.

El objetivo tres ha sido: “Examinar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”; y sus resultados fueron:

Primero. – Cabe precisar que en el **análisis descriptivo de los resultados del objetivo uno, se ha desarrollado ampliamente referente al ejercicio abusivo del derecho en los considerandos del uno al quinto**, por ende, ya no se plasmara por ser redundante. En esa línea, se procederá a desarrollar referente al segundo concepto jurídico del asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial, por ello, el matrimonio puede ser definido como aquel lazo legal entre una mujer y un varón con la finalidad de conformar una familia para cumplir con las obligaciones que se producen en los esposos en concordancia a lo determinado por la ley. El matrimonio debe ser concebido como el acto o manifestación personal y voluntaria de los contrayentes, es decir, se requiere que el varón y la mujer den su consentimiento de manera libre y sin ninguna coacción.

El Código Civil peruano en su artículo 234 establece que el matrimonio es la unión voluntaria establecida entre la mujer y el varón que se encuentren en la capacidad y estén aptos legalmente para establecer el lazo matrimonial sin ninguna coerción a ninguno de los contrayentes de acuerdo con lo estipulado en la ley, todo eso con el objetivo de hacer vida en común. Por consiguiente, el lazo entre los esposos tiene como finalidad la vida en común, la procreación y el cumplimiento de todos los derechos y deberes que conforman el matrimonio legal.

Segundo. - En lo que respecta **al matrimonio este cuenta con caracteres particulares que hace posible diferenciarlo de las demás instituciones jurídicas** como la permanencia el cual consiste en mantener el matrimonio en el tiempo, empero, esto no es sinónimo de que sea indisoluble ya que este puede resolverse en un proceso judicial que puede resolverse en una nulidad, separación o divorcio entre los esposos para contraer a futuro otro matrimonio con diferentes personas. Otra de los caracteres que tiene el matrimonio es la unidad, el cual se relaciona con la comunidad de vida en base a que los esposos se encuentran sujetos al lazo monogámico entre la mujer y el varón, es decir, la relación matrimonial perdura en

el pasar del tiempo, impidiendo que se pueda dar otra unión matrimonial cuando aún persiste el primero.

Por último y no menos importante se encuentra la legalidad, este es que se encuentra regulada por la ley y que existen ciertos requisitos que deberán ser cumplidas por los esposos, de manera que el vínculo matrimonial al estar reconocida por el marco normativo surte efectos jurídicos como derecho y obligaciones por parte de los contrayentes tras la celebración del acto jurídico solemne.

Tercero. - En ese contexto, el Código Civil peruano establece en el artículo 289 al deber de cohabitación, el cual es entendido como la responsabilidad que asume cada uno de los cónyuges de hacer vida en común, no obstante, la cohabitación puede ser suspendida por un juez en caso que exista un peligro que perjudique la vida, salud o el honor de alguno de los cónyuges, consecuentemente, en el artículo 290 se hace referencia a la igualdad en el gobierno del hogar, este deber implica la cooperación de los dos cónyuges en el hogar.

Seguidamente en el artículo 291 se prescribe acerca del deber de sostener a la familia, esto se encuentra el referido a la dedicación por parte de uno de los cónyuges al trabajo del cuidado del hogar y los hijos, por lo que la obligación de sostener económicamente la familia está a cargo del otro cónyuge, empero, esta disposición no implica que ambos cónyuges participen o colaboren en los asuntos familiares.

Cuarto. – Aunado a lo anterior, con respecto a la manifestación de ambos padres, se debe tener en consideración que el Código Civil peruano, artículo 244, último párrafo se hace referencia a los casos de los hijos extramatrimoniales que requieren únicamente el consentimiento del padre o de la madre o en todo caso de los abuelos maternos o paternos para que puedan contraer matrimonio, acerca de lo señalado existe una controversia sobre el consentimiento por parte de uno de los padres o la unilateralidad en la manifestación de voluntad que permite determinar distintas cuestiones de perjuicio, ello como resultado de las consecuencias producidas por el matrimonio. El menor de edad al contraer matrimonio perderá todos los derechos facultados por la ley sobre la pensión de alimentos, por lo que los padres ya no serían responsables en asumir los gastos de necesidad por parte del

hijo menor de edad, de manera que, el matrimonio del hijo menor de edad extramatrimonial favorecería a uno de los padres en lo que respecta a la pensión de alimentos y el apoyo de educación superior.

Entonces, el asentimiento en los hijos extramatrimoniales para contraer matrimonio debe ser dados con mucho cuidado por parte del padre como resultado de lo prescrito en el artículo 244 del Código Civil en el último párrafo que faculta al padre o la madre a consentir el matrimonio de su hijo menor unilateralmente, pues es considerado un requisito esencial para que el hijo menor pueda contraer nupcias, de manera que ante esta situación podemos entender que el legislador ha desvirtuado la responsabilidad sobre la patria potestad y el cuidado del interés del menor, siendo, relevante que se determine cuestiones esenciales sobre la expresión de manifestación de voluntad para el caso en desarrollo.

Sexto. – Además, el matrimonio de menores de edad debe ser comprendido como aquella circunstancia de mucho cuidado y protección mayormente en donde se determine mecanismos de protección del menor que ha sido concebido extramatrimonialmente, porque se encuentran vulnerables a las decisiones que puedan tomar, por tal razón, la proximidad de asegurar su bienestar debe ser de manera escrupulosa ya que el padre no tiene conocimiento de los planes a futuro por encontrarse ausente o no va a haber convivido con el menor de edad, generando así con su asentimiento que su menor hijo contraiga matrimonio dejando de lado su bienestar y proyecto de vida a futuro.

La manifestación de voluntad sobre el asentimiento de ambos padres podría resultar como perjuicio para el menor, debido a que el hijo extramatrimonial suele ser descuidado por el padre o la madre, siendo así, que su salida más apropiada al cumplimiento de sus responsabilidades sería consentir que el hijo menor de edad contraiga matrimonio y deje de estudiar, por ende, es necesario replantear la legislación del artículo 244 del Código Civil el último párrafo para que no pueda afectarse el interés superior y el futuro del menor, puesto que contraer un matrimonio implica responsabilidades y deberes por parte de los cónyuges como es las subsistencia y el bienestar en conjunto lo cual afecta que concluyan sus estudios profesionales, de manera que los efectos del matrimonio menores sería irreparable.

En resumen, para poder otorgar el asentimiento de los padres a que el hijo menor de edad extramatrimonial pueda contraer matrimonio es necesario que se realicen exámenes psicológicos de madurez emocional con el objetivo de establecer de manera objetiva que la decisión tomada por el menor de edad es el adecuado y a la vez poder asegurar de manera idónea que no existan de por medio beneficios o condiciones de los padres para dar su asentimiento ante dicho caso.

4.2. Contrastación de las hipótesis

4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.

La hipótesis específica uno fue la siguiente: “El ejercicio abusivo del derecho se relaciona de manera positiva con los padres con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una argumentación jurídica que permita discutir su contenido.

Primero. – Comenzaremos realizando **una previa introducción de ambos conceptos jurídicos que detentan la contrastación**, por un lado, se tiene **al ejercicio abusivo del derecho**, como se ha manifestado en los resultados esta se realiza con la conducta del agente que amparándose en su derecho perjudica o lesiona el efecto o reconocimiento de la norma expresa que goza la otra persona, cabe resaltar, que la utilización del derecho por el agente es excesivo o desmesurado. Siendo que, otros doctrinarios consideran que el ejercicio abusivo del derecho quebranta el principio de buena fe y lealtad, ello debido a que perjudica la relación jurídica siendo necesario que el Estado intervenga mediante la positivización de esta figura jurídica con el propósito de sancionarlo como se puede evidenciar en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil o lo descrito en la norma constitucional en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú de 1993.

En ese contexto, la carta fundamental no ampara el abuso del derecho, ya sea efectuado de acción u omisión, así esta figura jurídica se da cuando el agente exagera el derecho concedido por la norma y se extralimita de los cauces normativos generando un conflicto en perjuicio de otro, por otro lado, es necesario resaltar que el abuso del derecho atraviesa dos instancias, siendo estas fisiológico y patológico; respecto al primero se da cuando la buena fe y el abuso del derecho son

limite intrínseco del derecho subjetivo, y con respecto al segundo el ejercicio abusivo del derecho se asimila a los principios de la responsabilidad civil, esto debido a la producción de daño o amenaza.

Por otro lado, se realizará **una breve introducción del siguiente concepto jurídico referente al asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos**, en ese sentido, el artículo 244 del Código Civil establece la posibilidad de que menores de edad puedan contraer matrimonio, en ese sentido, en el quinto párrafo del referido dispositivo normativo se instituye referente al asentimiento unilateral del padre o de los abuelos paternos para que el hijo (a) menor de edad extramatrimonial contraiga matrimonio. Este dispositivo normativo se acentúa en que el padre puede dar unilateralmente el consentimiento para que su hijo (a) menor de edad que tiene la condición de extramatrimonial pueda contraer matrimonio, en el caso que el padre no se encuentre en vida los siguientes en otorgar el asentimiento serían los abuelos paternos, siendo estos los designados por la ley para que decidan sobre la libertad para contraer matrimonio.

Segundo. – En ese sentido, **se desarrollará en este considerando la previa confrontación con** la finalidad de establecer una premisa que será discutida y rebatida en la presente contrastación, por ende, la premisa es la siguiente: “Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”; de lo referido, es pertinente partir sobre el asentimiento unilateral del padre como se ha sostenido al ser una cuestión facultada por la ley para que un menor contraiga matrimonio, al respecto esta descripción normativa puede ser inequívoco e irracional, debido a que el padre puede tener condición de ausente en la vida del menor o al estar sujeto a una obligación legal como la pensión alimenticia el asentimiento resultaría beneficioso para él; ya que el menor se emancipa y consigo se recorta sus deberes como padre, en consecuencia, al efectuarse el consentimiento se genera el abuso de derecho que el legislador no ha tomado a bien considerarlos y que serían perjudiciales para el futuro del menor de edad.

Con respecto al asentimiento de los abuelos paternos sucede lo mismo en la lógica del asentimiento de los padres, en ese sentido; el abuelo y la abuela paterna, puede cualquier de ellos dar el asentimiento unilateralmente, sin previo aviso de la

otra parte, esto como consecuencia de que su hijo ha fallecido o se encuentra imposibilitado para concederle a su menor hijo (a) el consentimiento del matrimonio, en esa línea, surge la problemática que si los abuelos paternos han sido ausentes en la vida del menor y no han mantenido ninguna cercanía sería irracional e ilógico que se les otorgue esta facultad, así en ambas situaciones existe abuso de derecho por parte del padre y de los abuelos paternos, debido a que ellos no deberían de tener la facultad para otorgar el asentimiento del menor, sino quien debería de decidir sobre el menor de edad es la persona que ejerce la tenencia del menor previa una evaluación psicológica del menor a fin de determinar su autosostenibilidad.

En ese contexto, podemos advertir que la aplicación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil estaría conllevando a exacerbar el límite que le confiere la normativa expresa esto como consecuencia del otorgamiento del asentimiento por parte del padre o de los abuelos paternos, ya que el límite para que contraiga un menor de edad matrimonio se sitúa entre la edad de los 16 años hasta 18, siendo dos años exactamente que se puede esperar el menor de edad para alcanzar la madurez que requiere este acto jurídico y sus responsabilidades venideras, no existiendo apresuramiento, ya que hasta la mayoría de edad lo sostiene la suficiencia de la patria potestad para alcanzar su metas a futuro, además en esa edad el menor está en la condición de estudiar una carrera técnica o profesional que los padres deben de ser partidarios de su progreso y superación.

Entonces, la confrontación radica en que el menor de edad que ha sido concebido en una relación extramatrimonial y que su vivencia lo ha llevado en uno de los padres, no sería pasible que esta se adecue para que se pueda decidir sobre el futuro del menor de manera irresponsable, esto sujeto a que como se ha manifestado con anterioridad a esa edad persiste la obligación legal de que reciba la pensión de alimentos, hasta la posibilidad de que estudie una carrera técnica y profesional, en ese sentido, no sería lógico y razonable que se ponga en peligro el bienestar y su futuro, y en suma el principio del interés superior del niño, en un matrimonio forzado o autosugestionado de la realidad, por ello, es necesario que se repiense de manera objetiva.

Tercero. – Aunado a lo anterior, **es necesario establecer un caso hipotético con el propósito de ejemplificar nuestra posición, siendo el siguiente:**

Juan es un funcionario público que trabaja en la Universidad Nacional del Centro del Perú como jefe de adquisiciones, es una persona casada y tiene dos hijos menores de edad. En su centro de labores conoce a Sandra quien llega a ser su secretaria y con la cual mantiene un romance precipitado clandestino producto de esa relación nace José, siendo éste el hijo extramatrimonial de Juan.

Al nacimiento de José, la esposa de Juan se entera de esta relación clandestina y decide separarse, pero Juan le expresa que se encuentra arrepentido de la decisión que ha tomado y que le dé una segunda oportunidad, ya que tenían una familia constituida, siendo así Juan corta toda comunicación con Sandra no llegando a conocer a su hijo José. Con el transcurso del tiempo el menor de edad se da cuenta que su papá no era parte de su vida porque tenía otra familia en quienes debía preocuparse, pero que sí cumplía con su obligación legal que era la pensión de alimentos por un monto de S/ 1,000.00 (mil soles).

Ya en su adolescencia José tiene un acercamiento con su papá, pero esta se da con cierta desconfianza debido a que su progenitor ha sido distante con él, en ese sentido, pasado el trascurso del tiempo José conoce a una jovencita de su misma edad quien se enamoran perdidamente. Ambos poseían historias de vidas semejantes, por ello, deciden casarse y hacer una vida en común para así emanciparse de sus padres.

Ante esta decisión Sandra como madre de José, se impide radicalmente a que su hijo se case, esto debido a que no está preparado para formar un hogar y no tiene un oficio o profesión en la cual se pueda valerse para afrontar su futuro hogar, frente a esta situación al saber que su madre no va a darle en asentimiento. José decide buscar a su papá, a fin de que este le confiera el consentimiento para que pueda casarse, en esa circunstancia al tener comunicación con su padre este le manifiesta que no se oponga a su felicidad, además le reprocha que nunca ha estado en su vida.

Juan decide darle el consentimiento a su hijo para que se case, ya que esto le beneficiaba para que no siga efectuándole la pensión de alimentos, y sin avisarle a su mamá de José decide darle el asentimiento unilateral para que contraiga matrimonio.

Del caso planteado podemos darnos cuenta de que existe un abuso de derecho, esto debido a que la aplicación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil conlleva a que se extralimite su efecto perjudicando el derecho a la tenencia y a la patria potestad de la madre que no deseo dar el asentimiento para que su menor hijo (a) no contraiga matrimonio, cuya afectación sería mayor debido a que no se estaría pensando en el interés superior del niño y sobre su proyecto de vida.

Cuarto. – Por consecuente, **se desarrollará la conexión con nuestra posición**, para ello, es necesario tener en consideración los elementos para delimitar el abuso del derecho, siendo los siguientes: a) como punto de partida existe una situación jurídica subjetiva, b) existe una transgresión al deber jurídico genérico, c) es un acto ilícito *sui géneris* y d) existe ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular.

En ese contexto, con referencia al elemento “a” **sobre la existencia de una situación jurídica subjetiva**, debemos partir que su conceptualización se centra en la posición que recae en la persona al adoptar un estatus frente al derecho, esto en referencia con la premisa que se sustenta en esta contrastación referida al asentimiento unilateral del padre y de los abuelos paternos y el menor de edad que desea contraer matrimonio se evidencia que existe de una situación jurídica subjetiva, esto a menester del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, en donde confiere que el padre y los abuelos pueden tener esta facultad en beneficio del menor de edad quien llega a ser hijo y nieto, de modo tal que adoptan un estatus frente al derecho de familiaridad.

El segundo elemento es “b” referido a la **transgresión de un deber jurídico genérico**, en suma, por este se tiene como aquella conducta a la que el agente es responsable de una obligación establecida dentro del marco normativo de un país, al respecto, el deber jurídico que la legislación plantea con respecto al padre y los abuelos paternos deben de estar ceñidos en la tenencia y la patria potestad, de ninguna forma se puede facultarle el asentimiento para que contraiga matrimonio un menor de edad con condición de hijo (a) extramatrimonial cuando estos deberes no se encuentran recaídos en su persona, sino en otra como la madre o los abuelos maternos, ya que no se estaría resguardando un derecho convencional como es el

interés superior del niño y su proyecto de vida, en tal sentido, se puede apreciar que existe diferentes trasgresiones al deber jurídico establecido por la normativa vigente.

El tercer elemento es “c” referente **al acto ilícito *sui generis***, al respecto debemos de centrarnos en el asentimiento unilateral del padre o de los abuelos paternos que desean conferir su voluntad para que el menor de edad pueda casarse, en el caso de que esté, sin previa consulta decide darle su manifestación afirmativa debemos de ponernos bajo diferentes supuestos, esto a razón de que se podría evidenciar la intención del padre o de los abuelos paternos, en suma, si el padre es quien posee la tenencia y la patria potestad y no la madre u otro familiar; entonces se podría entender que existe facultad para sostener su decisión, pero que sucede si la conducta del menor es fastidiosa, es más a triado consigo diferentes problemas en su entorno social y educativo, entonces darle el asentimiento para el padre o los abuelos paternos sería lo más adecuado, a fin de seguir aguantando su mal comportamiento y desvincularse con sus obligaciones y deberes conferidos; en ese sentido, estaríamos frente a una situación de acto ilícito *sui generis* debido a que el/la menor de edad no posee la madurez para que puede realizar una vida en común.

El cuarto elemento es “d” referente **al ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular**, como se ha mencionado con anterioridad el derecho subjetivo que le confiere la norma al padre y a los abuelos paternos se centra en dar el asentimiento para que su menor hijo extramatrimonial pueda casarse, por ello, el ejercicio irregular del derecho se centra en las condiciones que evalúa o no el padre para conferir la aceptación del matrimonio, por lo tanto, si el asentimiento es unilateral resultaría de la decisiones personales del padre o de los abuelos paternos y no pensando en el bienestar del menor, sobre su desarrollo a futuro, esto debido a que el matrimonio como institución jurídica es el inicio de hacer vida en común y formar una familia, en el caso que el/la menor de edad conlleven a procrear un hijo tendrían la necesidad de trabajar y mantener a su prole, frustrándose así su futuro, en ese sentido, sin establecer ciertos requisitos esenciales para el asentimiento de contraer matrimonio no se podría facultarle de manera personalísima porque se podría ocasionar un daño al interés superior del menor de edad.

Quinto. – En ese contexto, **realizaremos una discusión argumentativa**, empezando con la **“afirmación”**, siendo la premisa: “Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial”, de lo establecido debemos de tener en consideración que la condición de hijo extramatrimonial se debe a que los padres no cohabitan en el mismo hogar, por ende, el cuidado y la responsabilidad del menor se encuentra en uno de los padres, al que se le ha dado la tenencia de forma exclusiva, ante ello, es necesario que se tenga en consideración esta situación para poder decidir de forma exclusiva en el asentimiento para que el menor contraiga matrimonio, al respecto, resulta impertinente que el asentimiento unilateral sea exclusividad del padre o de los abuelos paternos cuando no han estado presentes en el desarrollo fisiológico del menor, por lo cual, se debe de desarrollar una diferente concepción a fin de resguardar los intereses del menor de edad que pretende casarse.

Continuando con la discusión argumentativa, se realizará el **razonamiento** de la afirmación planteada, en ese sentido, como se ha reiterado el asentimiento que da el padre de forma unilateral para que su menor hijo contraiga matrimonio, se encuentran regulados en el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil. El enunciado normativo conlleva que no exista una decisión conjunta de ambos padres, sino que esta se da de manera unilateral, sin verificar cuales fueron los criterios que ha tomado el padre o los abuelos paternos para brindarle el asentimiento para que pueda contraer matrimonio el/la menor de edad, es decir, el asentimiento no se establece bajo una justificación de cualidades objetivas del que pretende casarse, sino que estamos frente a una situación que se escapa de los cauces de los límites establecidos de buena fe.

Por lo tanto, a lo esgrimida resultaría que el asentimiento que se le da al menor de edad para que se case resultaría ser una cuestión que mala fe que podría perjudicar el pleno desarrollo del otorgante y que podría comprometer su desarrollo personal y su proyecto de vida, claro está, que los padres son los que deben de velar por el bienestar de su hijo y sobre todo reafirmar los derechos que se les ha conferido y que están obligado los padres a mantener como el derecho a la educación, derecho a la salud, derecho al libre desarrollo de su personalidad, que

serían recortados con la mancipación al momento de que se otorgue el asentimiento del matrimonio al menor de edad.

Con respecto al tercer punto de la discusión argumentativa señalaremos la **evidencia** que nos conlleva al razonamiento planteado, para ello debemos de resaltar lo descrito por el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, razón por la cual permite que el asentimiento unilateral sea manifestado por el padre o por los abuelos paternos, lo que resulta evidente que podría surgir una actuación de mala fe cuando está sujeto a obligaciones que le confiere la norma civil como padre, como por ejemplo; el cesar la manutención mensual del menor de edad, además de ello el solo hecho de no haber sido parte de la vida del menor y que solo exista una condición de obligación legal, no sería pertinente que sea facultado para que pueda otorgar el consentimiento del matrimonio de su hijo menor de edad.

El **impacto** de nuestra posición se centra en que el legislador ha establecido una norma que puede ser aplicado de mala fe; sin tener cuidado de las consecuencias que podrían generar a futuro y que podrían perjudicar de manera irreparable el proyecto de vida de su menor hijo, claro está, que la condición fisiológica y psicológica de un adolescente es manipulable a los sentimientos, por lo que la figura del enamoramiento o posible noviazgo podría no ser la correcta, por ello, es que los padres juegan un rol importante en las decisiones que estos opten, en el caso de un hijo extramatrimonial, las consideraciones para determinar el asentimiento del matrimonio deberían de ser más rigurosos, ya que podría resultar dos posiciones contrarias que se acentúan en la tenencia exclusiva que comparte uno de los padres, por ende, la lógica objetiva se sustentaría en la consulta al que se le ha concedido la tenencia del menor, a fin de que exprese su consentimiento o no; y que estos estén justificados, caso contrario sería ilógico e irracional que se pretenda conceder el matrimonio a un menor del cual no se ha sido partícipe de su desenvolvimiento.

Sexto. – Como **solución** se propone la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del del Código Civil, con la finalidad de que se establezca parámetros para el asentimiento unilateral del padres y de los abuelos paternos, esto a consecuencia de que podría resultar beneficioso para el padre quien todavía presta pensión de alimentos, a razón que, se puede apreciar que el asentimiento unilateral

resultaría perjudicial para el menor de edad, a quien no se le estaría reconociendo el interés superior del niño y se podría en discusión sobre su proyecto de vida.

Ante lo desarrollado, **confirmamos la hipótesis planteada**, debido a que lo establecido en el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, referente al asentamiento unilateral del padre y de los abuelos paternos conlleva que pueda ser utilizado de mala fe, en perjuicio del principio de interés superior del niño y su proyecto de vida del menor, esto como consecuencia de que por su propio desarrollo deberían de ser guiados por los padres.

4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.

La hipótesis específica dos es el siguiente: “El ejercicio abusivo del derecho **se relaciona de manera positiva** con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión sobre su contenido.

Primero. – Como punto de partida se realizará una **previa introducción de ambas categorías que se encuentran en confrontación**, para ello, empezaremos por **el ejercicio abusivo del derecho**, como se ha sostenido reiterativamente esta se encuentra establecida en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, aunado a lo anterior también se puede apreciar en el artículo II del título preliminar del Código Civil, ambas establecen que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho, este sea a través de la acción u omisión, en ese sentido, se ha fijado como medida de sanción la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La legislación peruana ha buscado que el ejercicio del derecho no se extralimite de su finalidad, pero sucede que como toda cuestión imperativa esta puede ser aplicado más allá de sus límites establecidos perjudicando derechos esenciales de terceras personas, por ende, es necesario que se garantice su derecho imponiendo una sanción civil o de otra índole según lo considere.

En ese contexto, el ejercicio del derecho no puede ser utilizada para violentar los derechos de los demás tampoco puede justificarse para la violación de derechos fundamentales, además de ser una precepto amparado por la norma constitucional es un principio general del derecho y reconocido por el derecho internacional y los tratados suscritos por el Estado peruano, en ese extremo, dentro

de la legislación no se puede permitir que existan dispositivos normativos que se presten a extralimitar el efecto de la norma.

En consecuencia, **el segundo concepto en discusión es referente al asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial**, esta nomenclatura jurídica se puede encontrar en lo descrito en el párrafo quinto del artículo 244 del Código Civil, cuya interpretación literal permite concebir la posibilidad de que la madre y los abuelos maternos puedan efectuar el consentimiento de forma unilateral para que el hijo/hija menor de edad pueda contraer matrimonio.

Segundo. - En este considerando se **desarrollará una previa confrontación** para ello se realizó una premisa, que es la siguiente: “Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”, a lo consignado en el presente enunciado podemos apreciar que la madre unilateralmente puede dar el consentimiento para que el menor de edad pueda casarse, lo que resulta preocupante es que el legislador no ha establecido límite alguno para que la madre justifique su voluntad al momento del otorgamiento, lo que se presta a extralimitar los efectos jurídicos del mencionado dispositivo normativo.

En ese sentido, la problemática gira con respecto a la condición del hijo/hija extramatrimonial, esto debido a que no se desarrolla en un seno matrimonial, sino que este se desenvuelve en la penumbra o en lo prohibido por la sociedad, así al haberse concebido el embarazo fuera del matrimonio surgen diferentes situaciones que fracturan la relación de los padres y en diferentes caso se le responsabiliza a la madre a que tenga la tenencia del menor hasta su mayoría de edad, por otro lado, en algunos casos existe voluntariamente la prestación de alimentos por parte del padre a través de una conciliación extrajudicial y en otros casos se tiene que acudir a la vía judicial para que se efectuó la obligación legal.

En ese sentido, el solo hecho de que el asentimiento unilateral sea concedido por la madre o a los abuelos maternos, esto debido a que encuentra imposibilitada para efectuarlo la madre, se debe de tener en cuenta ciertas circunstancias que el legislador no ha tomado en cuenta al momento de elaborar este enunciado

normativo, por ende, se debe de enfocarse en el interés superior del menor, por consecuente, también en su proyecto de vida que son importantes para su desarrollo personal.

Tercero. – Por consecuente, **es pertinente establecer un caso hipotético que permita comprender nuestra posición**, siendo el siguiente: Imaginemos que Clara y Rodrigo mantuvieron una relación secreta durante varios años, cabe precisar que Rodrigo es casado con Susana hace más de 15 años de cuya relación tiene cuatro hijos. De tal suerte que, al enterarse Clara que está esperando un hijo de Rodrigo decide contárselo a este, el cual no lo toma de buena manera debido a que ella sabía que él se encontraba casado y que tiene una familia conformada y que esta noticia les afectaría de gran manera.

Al ser varios meses de embarazada Rodrigo decide terminar con su relación clandestina y hacerse responsable de las consecuencias que surgirían empezó a contarle a su esposa lo que ha acontecido a pesar de las sanciones civiles que se presenten. Su esposa al enterarse lo perdona, pero le obliga a que se aleje de su hija extramatrimonial, pero que se haga responsable de su alimentación, siendo así que cuando nace la bebe, este la reconoce voluntariamente y le brinda los alimentos.

Rodrigo por su edad y por las condiciones de trabajo en el cual se desempeñaba pierde el empleo, esto debido a que no sus fuerzas físicas se han reducido por su avanzada edad, lo que conlleva a que busque otro trabajo en el cual gana menos y, por ende, la pensión alimenticia se rebaja para su hija extramatrimonial en un 50 % por ciento de lo que habitualmente recibía su menor hija.

A lo sucedido la madre de la menor considera que la pensión es insignificante por lo que exige que su menor hija trabaje para solventar los gastos que le genera sus estudios secundarios y los útiles de escolares, siendo así que en el trabajo conoce a una persona mayor que ella por dos años de quien se queda enamorada perdidamente, ambos deciden hacer una vida en común y hasta llegar a casarse, ya que el pretendiente contaba con poder adquisitivo.

Es así como, la hija de Rodrigo y Clara decide casarse debido a que ha quedado fascinada con los lujos y los engreimientos que le confiere su novio, siendo así que le comenta a su mama que se casara lo más antes posible porque podría

perder una gran oportunidad, la mamá decide conocerlo en persona al pretendiente a fin de que exprese su consentimiento. El día que conoce al novio de su hija este le sorprende con unos obsequios que le dejan fascinada a la madre y decide darles el consentimiento para que se case la menor, sin ninguna objeción.

El padre al enterarse de que su hija se casara y que no ha sido consultado se molesta con Clara, mencionándole que se está equivocando y que malograra el futuro de su hija, ya que era una excepcional estudiante con buenas notas y reconocida en su institución educativa. A lo que Clara responde que él nunca ha estado presente en el crecimiento de su hija por lo cual ella puede decidir sin consultar a nadie, además que la norma le faculta a hacerlo.

Pasado el tiempo, después de dos años de convivencia se da cuenta que la relación de los esposos no da para más, por lo que deciden separarse para que cada uno haga su vida. La hija de Rodrigo no puede estudiar, ni trabajar porque su menor hija es de habilidades especiales y solamente tiene que estar a la espera de la pensión de alimentos que le gira su exesposo.

Del caso planteado podemos darnos cuenta de que el asentimiento de la madre o de los abuelos paternos podría generar una grande repercusión en la vida de la menor de edad y sobre todo en su futuro, ya que se frustrarían de manera irreparable que no se conseguiría resarcir los efectos de un matrimonio temprano sin la madurez de ambos adolescentes.

Cuarto. - En ese sentido, en este considerando **se desarrollará la conexión con nuestra posición**, para ello, debemos de tener en consideración los elementos para determinar el abuso del derecho, siendo los siguientes: a) como punto de partida existe una situación jurídica subjetiva, b) existe una transgresión al deber jurídico genérico, c) es un acto ilícito *sui generis* y d) existe ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular.

Por consecuente, pasaremos a realizar una contrastación con cada uno de los elementos antes mencionados, con respecto al elemento “a” referente al existencia de una situación jurídica subjetiva, debemos de precisar que existe sujetos cognoscentes dentro de lo descrito en el artículo 244 párrafo quinto del Código Civil, cuya condición normativa presupone que la madre o los abuelos maternos pueden dar el consentimiento unilateral, a fin de que la menor de edad pueda

contraer matrimonio, al respecto, los sujetos de derecho según este dispositivo normativo vendrían a ser la madre, los abuelos maternos y el/la menor de edad, además se evidencia que existe una situación jurídica subjetiva.

En ese sentido, respecto al segundo elemento “b” referente a la transgresión de un deber jurídico, esta se consolida cuando el propio dispositivo normativo establece que la facultad del otorgamiento del asentimiento se da por parte de la madre o de los abuelos maternos, siendo esto un deber normativo que debe de cumplirse a cabalidad, por ello, se evidencia que existe un deber normativo que puede escaparse de los límites preestablecidos ocasionando un perjuicio a él/la menor de edad, esto debido a que la posibilidad de que se actúe de mala fe es palpable, por ello debe de existir una justificación objetiva del otorgamiento de la voluntad para que su menor hijo/hija pueda contraer matrimonio.

Aunado a ello, con respecto al tercer elemento “c” referente al acto ilícito *sui generis* debemos de tener en consideración que la aplicación del mencionado dispositivo normativo podría influir en la buena voluntad y fe que el legislador tuvo al momento de implementar dicho enunciado normativo a nuestro Código Civil, que puede ser utilizado por el que posee el deber jurídico para ir más allá del límite establecido, perjudicando así el interés superior del menor y su proyecto de vida, esto a consecuencia de que el asentimiento unilateral por parte de la madre o de los abuelos paternos, sin una debida fundamentación objetiva y con ayuda de especialistas pueda determinar que su menor hijo/hija tiene la madurez emocional que le conllevará a tener un matrimonio sólido para su beneficio, esto debido a que el adolescente se encuentra en formación física, psicológica y moral, por ello, requiere de dirección por parte de sus parientes más cercanos con el objetivo de que le guíen y le aconsejen.

El punto cuarto referente al elemento “d” que se refiere al ejercicio del derecho subjetivo el cual se le utiliza de forma irregular se sitúa en el asentimiento de la madre o de los abuelos maternos para que un menor de edad contraiga matrimonio, esto debido a lo descrito por el artículo 244 quinto párrafo del Código Civil, en donde se le confiere un derecho subjetivo para que mediante este se pueda manifestar la voluntad de que su hijo/hija extramatrimonial pueda contraer matrimonio, al respecto resulta perjudicial debido a que no se ha establecido un

límite de protección del menor, ya que él podría tener la voluntad de casarse pero fisiológicamente o psicológicamente no se encuentra en las condiciones de poder hacer vida común o establecer una familia con prole debido a que carece de un oficio o profesión, en ese sentido, al igual que la anterior contrastación existe un exacerbado derecho subjetivo que podría perjudicar al menor si es que no se sientan estándares que permitan salvaguardar el interés superior del menor y su proyecto de vida.

Quinto. - En este considerando **realizaremos la discusión argumentativa**, para ello comenzaremos con la **“afirmación”**, siendo la siguiente: “Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”, como se ha sostenido es evidente que no se ha establecido un límite al momento de otorgar el asentimiento, ya que los hijos extramatrimoniales, por su propia formación requieren mayor cuidado, esto porque en la mayoría de casos se evidencia falta de la figura paterna, materna o de ambos, por ende, los menores de edad tienden a buscar cariño fuera de su hogar confundiendo sentimientos, en ese aspecto, el menor de edad al enamorarse y desearse casar de manera apresurada podría darnos a conocer la existencias de diferentes situaciones; como apego sentimental a una persona que todavía no conoce, algún interés de por medio hacia el menor o su familia.

En ese sentido, como segundo punto se desarrollará sobre el **razonamiento**, referido a esto debemos de tener en consideración que la madre o los abuelos del menor de edad, son los que deben de salvaguardar los intereses de su prole, además de ello se debe de tener en consideración que al estar en una edad temprana tienden a no conocer con exactitud las vicisitudes de la vida y las consecuencia que surgen de la toma de decisiones, por consecuente, los consejos y las directrices que le brindan los familiares al menor de edad conllevan a que tengan un panorama de diferentes experiencias que sirven en algunos casos y en otros simplemente se desea experimentar, por lo que, el otorgar el asentimiento unilateral para que se contraiga matrimonio debe de ser en concordancia a su desenvolvimiento del menor y su responsabilidad para asumir carga familiar.

Como tercer punto se desarrollará sobre la **evidencia** cabe señalar que es cuestionable lo establecido en el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, donde preceptúa que la madre y los abuelos maternos pueden dar en asentimiento unilateral para que el menor de edad pueda contraer matrimonio, al respecto, el dispositivo normativo es concreto en resaltar esta facultad, pero toda norma está sujeta a la buena fe, en tanto, el legislador a consignado esta potestad para que se aplique de forma correcta, sin exacerbar los límites establecidos, de esa manera, existen situaciones que pueden darse por parte de la madre y de los abuelos maternos ante esto no existe un límite que pueda darse en oponibilidad de la otra parte que no desea que su hijo/hija contraiga matrimonio a temprana edad.

Como último punto nos enfocaremos en desarrollar el **impacto** de nuestra posición, se ha reiterado que la condición del hijo extramatrimonial en el asentimiento unilateral para que éste pueda contraer matrimonio debe de estar supeditado a filtros normativos que permitan salvaguardar los intereses del menor, esta posición se ha adoptado por la propia naturaleza fisiológica y psicológica del adolescente quien no está capacitado y menos posee experiencia para que pueda realizar una vida en común, en la realidad social se ha podido evidenciar diferentes casos en los cuales estos matrimonios terminan fracasando después de años de convivencia, claro está que este tiempo no es retrospectivo, por ende puede ser irreparable al para el menor, peor cuando existe prole en cuidado de uno de los menores.

Sexto. - Como solución se propone la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del del Código Civil, con la finalidad de que se establezca parámetros para el asentimiento unilateral de la madre y de los abuelos maternos, esto a consecuencia de que podría resultar beneficioso para el padre quien todavía presta pensión de alimentos, asimismo, se puede apreciar que el asentimiento unilateral resultaría perjudicial para el menor de edad, a quien no se le estaría reconociendo el interés superior del niño y se podría en discusión sobre su proyecto de vida.

Ante lo desarrollado, confirmamos la hipótesis planteada, debido a que lo establecido en el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, referente al asentamiento unilateral del padre y de los abuelos paternos conlleva que pueda ser utilizado de mala fe, en perjuicio del principio de interés superior del niño y su

proyecto de vida del menor, esto como consecuencia de que por su propio desarrollo deberían de ser guiados por los padres.

4.2.3. Contrastación de la hipótesis dos.

La hipótesis específica dos es el siguiente: “El ejercicio abusivo del derecho **se relaciona de manera positiva** con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión sobre su contenido.

Primero. - Comenzaremos realizando una **breve introducción sobre el ejercicio abusivo del derecho y asentimiento por ambos padres sobre el matrimonio del hijo menor extramatrimonial** para con ello poder entablar una adecuada contrastación, es así que el ejercicio abusivo del derecho como ya se ha ido desarrollado en los resultados abarca la conducta de la persona que se ampara en su derecho para lesionar o perjudicar el reconocimiento o consecuencia de la norma que beneficia al otro sujeto, de manera que, el empleo del derecho por el sujeto es de manera desmedida o improbo. De igual manera, otra parte de la doctrina sostiene que el ejercicio abusivo del derecho lesiona el principio de buena fe y lealtad, esto en razón a que se menoscaba el vínculo jurídico, por dicha situación es forzoso que el Estado establezca a través de la positivización de referida figura jurídica para alcanzar la finalidad de sancionar tal como lo indica el artículo II del Título Preliminar del Código Civil o lo prescrito en el artículo 103 de nuestra Carta Magna de 1993.

De manera que, la norma constitucional no permite que se ejerza el abuso del derecho mediante una acción u omisión, por consiguiente, la figura jurídica en desarrollo se concreta cuando el sujeto excede el derecho facultado por la norma, generando con ello una extralimitación al lineamiento normativo y esto producirá una controversia direccionada al perjuicio de otra persona.

Seguidamente se realizará un corto preámbulo acerca del asentimiento de ambos padres, partiendo de que los dos padres al asentir el matrimonio del hijo menor de edad extramatrimonial, puesto que podría resultar demasiado perjudicioso para el hijo debido al descuido que se puede producir por los padres en su finalidad de evitar las responsabilidades que tienen con el menor de alimentarlo, educarlo y cubrir demás necesidades básicas, la salida para referida situación es dar el

asentimiento para que el hijo menor de edad pueda contraer matrimonio y deje de generar gastos económicos, en respuesta a ello se debe replantear lo establecido en el artículo 244 del Código Civil último párrafo con la finalidad de no afectar el interés superior y el futuro del menor, debido a que el matrimonio conlleva a asumir obligaciones y deberes por los cónyuges como el bienestar y subsistencia para toda la familia esto de alguna manera afecta los estudios y desarrollo personal.

En síntesis, el asentimiento para contraer matrimonio de los hijos menores de edad extramatrimoniales por parte de ambos padres requiere que se realice exámenes psicológicos sobre la madurez emocional para con ello poder evidenciar de manera objetiva que la decisión tomada por el menor es idónea, adecuado y con plena objetividad y que además que el asentimiento no se otorgue en beneficio o condición de evadir responsabilidades por parte de los padres.

Segundo. – En ese sentido, **se desarrollará en este considerando la previa confrontación con** la finalidad de establecer una premisa que será discutida y rebatida en la presente contrastación, por ende, la proposición es la siguiente: “Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú”; de lo expresado debemos de partir por lo descrito en el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil nos conlleva a sostener que ambos padres pueden dar el asentimiento unilateralmente, es decir que ambos padres pueden consentir el matrimonio del menor de edad, en ese sentido debemos de partir que mencionado dispositivo normativo establece un límite que va acompañado de la buena fe, esto a razón de que, de la patria potestad que gozan los padres y de la tenencia como institución jurídica que protege al menor de edad y lo conduce a su desarrollo personal, pero sucede que los padres al momento de otorgar el asentimiento pueden desviarse de su obligación y deber paternal conllevando así a un ejercicio abusivo del derecho para establecer beneficios personales de ambos padres en desmedro del interés superior del niño.

Así, la problemática gira respecto al matrimonio infantil ello debido a que el Código Civil y mencionado dispositivo normativo faculta el otorgamiento unilateral de las asentimiento de ambos padres, pero cabe precisar que el matrimonio es una institución en donde el varón y la mujer deciden hacer vida en

común y formar una familia, lo que nos conlleva a imaginarnos que con el pasar del tiempo se procreara prole, en consecuencia, podría surgir un embarazo prematuro que ocasione a un aislamiento social que no es para su edad del adolescente, lo que imposibilitaría acceder a una educación y a una formación técnica o profesional, en la realidad social se ha visto que esta práctica se da en lugares profundos de nuestro país.

Entonces, se ha tomado en consideración que las razones por las cuales existen o persisten matrimonios infantiles se debe a las causas económicas, esto debido a que las adolescentes son consideradas para su familia como carga económica, por ende llegan a ser valoradas en comparación a bienes, dinero o algún vacuno que podría ser intercambiado en beneficio de los progenitores, en esa circunstancia podemos apreciar que el artículo 244 quinto párrafo del Código Civil, permite exacerbar el límite de la buena voluntad y ejercer un abuso de derecho en perjuicio del menor de edad.

Además, otra de las razones por las cuales existen matrimonios infantiles o de menores de edad se debe al control de la sexualidad, esto como consecuencia de que el matrimonio sirve para controlar la sexualidad de las adolescentes y son encaminados a respaldar el honor y el estatus de la familia, por ende esta cuestión podría ser perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores de edad debido al asentamiento unilateral de ambos padres, en ese extremo debemos de tener presente que el principio de interés superior del niño es fundamental para interpretar y aplicar la normativa sustantiva en beneficio y en resguardo de sus derechos conferidos.

Aunado a lo anterior, otra razón por la que existen matrimonios entre menores de edad se debe a la costumbre y tradición, si bien es cierto en las comunidades campesinas y nativas la celebración del matrimonio se da a temprana edad, por lo que ha conllevado a que los menores de edad sufran una gran presión social, es por ello que diferentes entes internacionales de Derechos Humanos han considerado como un atentado al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, cabe precisar, que esta secuencia de matrimonio está siempre vinculado a cuestiones económicas, por lo que se considera hasta ahora en día, la dote, o la compra de la novia. En ese contexto, es necesario que se establezca un

estándar, a fin de que el asentimiento unilateral no esté condicionado bajo ningún criterio económico en beneficio de ambos padres o de uno de ellos.

Como última razón por la cual existe un matrimonio entre adolescentes se debe a la seguridad que buscan los padres al momento de dar en casamiento a sus hijas o hijos, esto como consecuencia de la precaria situación en la que viven o sobreviven los padres de la menor y frente a ese escenario de inseguridad lo que pretenden es conseguir pretendientes con solvencia económica que pueda cambiar la vida de los sus hijos, en ese sentido, es pertinente que se establezcan límites al momento de que los padres otorguen el asentimiento del menor hijo extramatrimonial.

Tercero. – Aunado a lo anterior, **es necesario establecer un caso hipotético con el propósito de ejemplificar nuestra posición, siendo el siguiente:** Aníbal y Sonia trabajan juntos en una empresa de transportes, más que compañeras de trabajo, estos han mantenido una relación amorosa en la penumbra, siendo así que producto de este amorillo Sonia quede embarazada. Al enterarse de la noticia Aníbal le cuenta a Sonia que éste se encontraba casado y que tenía una familia, por tales circunstancias debía de mantener en secreto el embarazo y la paternidad, a lo que es Sonia acepta y por bienestar del futuro del bebé deciden llevar una buena comunicación y terminar con su relación clandestina.

Aníbal en todo momento se comprometió hacerse responsable de su próximo hijo, siempre y cuando no se lleguen a enterar de su existencia su esposa, por tales circunstancias, mantienen total hermetismo de la paternidad, llegándose a no saber nada, con el transcurso del tiempo la esposa de Aníbal se llega a enterar de que éste tenía un hijo extramatrimonial, siendo así que perdona es impase con la finalidad de seguir manteniendo unida a su familia.

Su hijo extramatrimonial al alcanzar la edad de los 16 años conoce a una chica de su misma edad con la cual mantiene un romance, dicha relación llegó a ser muy tormentosa debido a las constantes peleas y problemas que sucedían y que afectaba en suma a Sonia, por lo que esta se le comenta a Aníbal para que pueda interceder frente a su hijo y reiterarle que esa relación no lo llevará a ningún lugar.

Es así como Aníbal, llama la atención a su menor hijo y le aconseja que termine esa relación tormentosa, a lo que éste manifiesta que es el amor de su vida

y que han decidido contraer nupcias, a lo que Aníbal responde y menciona que lo conversará con Sonia su madre, a fin de llegar a una respuesta a su petición.

Ambos padres tanto Aníbal y Sonia deciden darle el asentimiento unilateral para que su menor hijo contraiga matrimonio debido a que su comportamiento ha sido agresivo y déspota, por ello ambos, han decidido que es lo mejor, ya que así se evitara de gastos innecesarios y ya no tendrán que preocuparse por él, debido a que se emancipara recobrando así sus facultades como persona adulta y ciudadano.

Cuarto. – Por consecuente, **se desarrollará la conexión con nuestra posición**, como se ha podido apreciar en el transcurso del desarrollo del caso hipotético ambos padres han decidido unilateralmente darle el consentimiento para que el menor de edad pueda contraer matrimonio, debido a que la intención del menor ha sido a todas costas ha sido casarse y emanciparse de sus padres, pero al respecto más que su comportamiento, como padres debieron de velar por el futuro de su menor hijo y por el interés superior del menor, esto a consecuencia de su inmadurez y la falta de dirección y guía de los padres podría ocasionar una irreparable situación en el futuro del menor de edad.

Es necesario también precisar que el límite que establece el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, se conduce por los lineamientos de la buena fe, y en el caso concreto podría extralimitarse en beneficio de los padres o consecuentemente de un posible aseguramiento de la calidad de vida del menor de edad como se ha podido apreciar reiteradamente en las circunstancias que conllevan a que exista un matrimonio de menores de edad, siendo necesario establecer lineamientos que permitan salvaguardar los intereses de los menores y sobre todo guiarlos para que puedan alcanzar éxito en su vida.

Además cabe precisar que dentro de la legislación peruana el límite mínimo para poder contraer matrimonio es de la edad de 16 años hasta los 18, por tal motivo no existe un apresuramiento en que los menores de edad pueda contraer matrimonio asumir una gran responsabilidad y deberes conyugales, en una edad que todavía se encuentra en desarrollo psicológico y fisiológico, por ende, mencionado dispositivo normativo debe de ser reestructurado, a fin de alcanzar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad.

Quinto. – Como **solución** se propone la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del del Código Civil, con la finalidad de que se establezca parámetros para el asentimiento unilateral de ambos padres, esto a consecuencia de que podría resultar beneficioso para el padre quien todavía presta pensión de alimentos, asimismo, se puede apreciar que el asentimiento unilateral resultaría perjudicial para el menor de edad, a quien no se le estaría reconociendo el interés superior del niño y se podría en discusión sobre su proyecto de vida.

Ante lo desarrollado, **confirmamos la hipótesis planteada**, debido a que lo establecido en el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, referente al asentamiento unilateral de ambos padres conlleva que pueda ser utilizado de mala fe, en perjuicio del principio de interés superior del niño y su proyecto de vida del menor, esto como consecuencia de que por su propio desarrollo deberían de ser guiados por los padres.

4.2.4. Contrastación de la hipótesis general.

La hipótesis general fue: “El ejercicio abusivo del derecho se relaciona de manera positiva con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú”, en ese sentido, tras haber desarrollado la contrastación de las tres hipótesis específicas planteadas, se ha optado en asumir una postura científica frente a la problemática planteada, para alcanzar ello, debemos precisar los siguientes argumentos:

Primero.- Al momento de optar una decisión sobre la contrastación de la hipótesis general, es necesario la evaluación del peso de cada una de las hipótesis específicas planteadas, esto a menester del desenvolvimiento que se ha podido apreciar en el transcurso de la investigación, en ese sentido, puede ocurrir que al haber confirmado dos de las tres hipótesis específicas planteadas se pueda rechazar la hipótesis general o viceversa, esto debido a que la hipótesis específica rechazada tenía relación exclusiva con la hipótesis general, por lo tanto, puede ocurrir que la hipótesis rechazada sea suficiente para confirmar la hipótesis general, tras lo mencionado se deberá de recurrir a la teoría de la decisión que nos permitirá discutir el peso de cada una de las hipótesis propuestas, a fin de optar la mejor decisión del trabajo de investigación.

Segundo. – Aunado a lo anterior, el peso de cada hipótesis específica es de 33.33%, cabe precisar que la operacionalización de las categorías se ha sujetado a sus elementos más resaltantes llegando a ser estos copulativos, por ende, si una hipótesis es rechazada, por secuencialidad todas las demás también serían rechazadas, pues estamos tratando de los padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.

De tal suerte que, solo basto confirmar una hipótesis para que las otras sucesivamente sean confirmadas, siendo así que al tener cada una de las hipótesis el porcentaje del 33.33%, al 100% podemos sostener que la hipótesis general también **se confirma**.

4.3. Discusión de los resultados

El trabajo de **investigación ha demostrado** que el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad ocasiona un ejercicio abusivo del derecho, siendo los siguientes argumentos:

1. Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.
2. Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.
3. Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.
4. Se genera ejercicio abusivo del derecho en el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.

Además, como **repercusiones fácticas** debemos de mencionar que lo establecido en el artículo 244 del Código Civil, en su quinto párrafo el legislador ha conllevado a que surja abuso del derecho debido a que los padres podrían darse por desatendido de sus obligaciones y sus responsabilidades con su hijo extramatrimonial, esto como consecuencia al momento de darle el asentimiento unilateral para que el menor pueda contraer matrimonio, sin previa discusión de

ambos padres y sin ninguna opinión de un especialista, ello debido a que con el matrimonio adquieren la emancipación conllevando a que se desvinculen de sus deberes y obligaciones como padre, en suma la ilustración sería el no hacerles estudiar una carrera profesional o que se puedan desarrollarse en un oficio. Como **autocrítica** en la presente investigación se puede precisar que no hemos podido conseguir expedientes referentes a la obligación de prestar alimentos al excónyuge indigente, esto a menester que los casos que han sido postulados en sede judicial han sido pocos, además de ello, los jueces son recelosos de los expedientes judiciales lo que imposibilita un acercamiento real a cada caso en concreto del referido tema de investigación.

El hallazgo demostrado **se condice y se debate también con otras investigaciones** nacionales e internacionales, tales como del investigador Velazco (2022) cuya investigación titulaba: “Abuso del derecho en el acceso a la información pública – intendencia aduana aérea del Callao”; en donde desarrolló referente a la problemática que subsiste en la solicitud de acceso a la información pública, esto debido a que en la Intendencia de Aduana Aérea del Callao se han presentado solicitudes requiriendo documentación genérica que congestiona la administración pública, por ello, el investigador ha analizado esta problemática desde los conceptos del ejercicio abusivo del derecho que ocasiona perjuicio a la administración pública

Del citado antecedente se condice con respecto a que el ejercicio abusivo del derecho sobrepasa límites ocasionando diferentes vulneraciones a derechos de otras personas, por otro lado, el investigador desarrollo consideraciones preliminares sobre la figura del abuso del derecho cuya concepción es subjetiva y que se desenvuelve a través de la facultad de la persona permitiendo así conllevar a una cuestión elemental de su concepto jurídico.

La siguiente investigación nacional fue realizada por Ishuiza & Rodríguez (2022) cuyo título es “Propuesta de nulidad de los matrimonios infantiles forzado o arreglado, que afectan el derecho a contraer matrimonio libre-2022”, en esta se realizó un estudio referente al matrimonio infantil, siendo así que los investigadores han desarrollado ampliamente sobre los aspectos relevantes del matrimonio de menores, evidenciado las consecuencias que genera este tipo de matrimonio dentro

de la legislación peruana, además han propuesto una solución necesaria al referido problema.

Con respecto al antecedente de investigación citado se condice en el sentido de que ha servido de aporte en relación con los conceptos y definiciones sobre las implicancias del matrimonio de menores de edad, esto debido a que nuestra legislación no ha tomado en consideración criterios más rigurosos para determinar el asentimiento para que pueda contraer matrimonio los menores de edad.

En ese contexto, como antecedentes de investigación nacionales más resaltantes, se tiene a la desarrollada por Jiménez & Medina (2022) cuyo título fue “El matrimonio de menores de edad y la legislación mediante el otorgamiento de la licencia supletorio judicial” en este trabajo se desarrolló referente a los lineamientos que aprueban o niegan la solicitud para el matrimonio en menores de edad, para ello, los investigadores han enfocado ampliamente en los conceptos del matrimonio de menores de edad, así como la patria potestad y el interés superior del niño y adolescente con la finalidad de poder demostrar las dificultades que surgen a partir de la aceptación para que un menor de edad pueda celebrar un matrimonio.

En referida investigación se condice con respecto a los factores por los cuales el padre y los abuelos se niegan a dar su asentimiento en la celebración del matrimonio de sus hijos o nietos menores de edad, también, se ha valorado las razones por las cuales un juez otorga la dispensa judicial para la concepción del matrimonio en menores de edad ante la negativa del asentimiento por parte de sus padres o abuelos, en ese sentido, es necesario que el juez al momento de elaborar la dispensa pueda realizarlo acompañado de la psicología.

Por otro lado, como investigación internacional se tiene a la realizada por Lopera (2019) cuyo título es “Implicaciones y fundamentos jurídicos del matrimonio y la unión marital de hecho en menores de 18 años en Colombia” en donde se desarrollo acerca del matrimonio de menores de edad, el cual, ha sido comparado con un matrimonio de personas mayores, en ese sentido, se ha evidenciado que el matrimonio de menores de edad requiere de un requisito relevante para que pueda darse, siendo así que es necesario que el menor de edad cuente con el asentimiento de uno de los padres para poder contraer matrimonio, es decir, se requiere del permiso de los padres.

En ese contexto, se condice con respecto a que el hijo menor de edad en caso de que quiera contraer matrimonio requiere el asentimiento de los padres, pues sin dicho asentimiento no podrán contraer matrimonio, asimismo, se fija este requisito en base a aspectos fundamentales como es el bienestar del menor, el interés superior del niño y adolescente, por lo tanto, la legislación colombiana no permite el asentimiento unilateral.

Los **resultados obtenidos sirven** para modificar el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil referente al asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio al hijo menor de edad extramatrimonial, con el propósito de que se establezca un filtro más riguroso al momento de dar el asentimiento, de modo tal, se proteja el interés superior del menor y salvaguardar su proyecto de vida.

Lo que **si fuera provecho es que futuros investigadores promuevan** un estudio multidisciplinario apoyados en la rama de la psicología para así determinar mediante una prueba la madurez emocional de los menores que desean contraer matrimonio con el propósito de evidenciar si se encuentran aptos o no; para que así se establezca una nueva posición con respecto al asentimiento unilateral facultado por la propia legislación.

4.4. Propuesta de mejora

Como consecuencia de lo mencionado es necesaria la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil peruano para que, a partir de su modificación, sea la siguiente:

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

(...)

Los hijos extramatrimoniales **deberán de realizar una prueba de madurez emocional en el Centro de Salud Mental Comunitario más cercano a su jurisdicción, para que así sea evaluado en conjunto por los padres, a fin de otorgar el asentimiento. Frente a la negativa de uno de ellos no se efectuará el otorgamiento del asentimiento. Si ambos progenitores concuerdan en otorgar el asentimiento debe de encontrarse justificado y tener relación con los resultados de la prueba de madurez emocional. La misma regla se aplica a los abuelos paternos y maternos.** [La negrita es la modificación]

CONCLUSIONES

- Se analizó que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad, esto debido a que el quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, no toma en consideración el contexto en el cual se desarrolla el hijo extramatrimonial y lo frágil que puede ser frente a la aplicación de mencionado dispositivo normativo, por lo que se obvia el interés superior del menor de edad y su proyecto de vida que se verían afectados por un prematuro matrimonio.
- Se identificó que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial, esto debido a que en la realidad social se observa que los padres son los que en su mayoría proporcionan la pensión de alimentos, al ser un asentimiento unilateral para que el menor de edad contraiga matrimonio se podría exacerbar el límite del derecho y actuar de mala fe en beneficio propio, ya que al casarse el menor de edad se emanciparía recortándose así la obligación de prestar alimentos al menor.
- Se determinó que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial, esto debido a que la menor de edad por su condición de hijo extramatrimonial podría ser causa suficiente para que deje el seno familiar y realice su propia vida, pero ente esto se debe de establecer mecanismos en los cuales se garantice de manera eficiente que existe de por medio ninguna mala fe, sino que el/la menor de edad reúne los requisitos necesarios para hacer vida en común sin que se vea afectado su desarrollo personal.
- Se examinó que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial, esto debido a que no solamente basta el otorgamiento del asentimiento por ambos, sino que debe de realizarse una prueba psicológica para verificar si el/la menor de edad se encuentra

plenamente desarrollada física y emocionalmente, a fin de garantizar sus derechos y su pleno desenvolvimiento de su futuro.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda la **publicación** de los resultados evidenciados con el propósito de que sean transmitidos y discutidos en los diferentes foros académicos o través de disertaciones, artículos de investigación, simposios universitarios, entre otros.
- Se recomienda el debido **adiestramiento** o capacitación a los operadores del derecho después de la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil.
- Se recomienda **tener cuidado a las consecuencias**, ello en menester de la aplicación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, esto debido a que se estaría generándose un ejercicio abusivo del derecho con el asentimiento unilateral por parte de los padres para que su menor hijo de edad contraiga matrimonio.
- Se recomienda **llevar a adelante los resultados** obtenidos mediante la modificación del quinto párrafo del artículo 244 del Código Civil, siendo de la siguiente manera:

“Artículo 244.- Requisitos para matrimonio entre menores de edad
 (...)

 Los hijos extramatrimoniales **deberán de realizar una prueba de madurez emocional en el Centro de Salud Mental Comunitario más cercano a su jurisdicción, para que así sea evaluado en conjunto por los padres, a fin de otorgar el asentimiento. Frente a la negativa de uno de ellos no se efectuará el otorgamiento del asentimiento. Si ambos progenitores concuerdan en otorgar el asentimiento debe de encontrarse justificado y tener relación con los resultados de la prueba de madurez emocional. La misma regla se aplica a los abuelos paternos y maternos.** [La negrita es la modificación]
- Se recomienda **llevar a cabo una nueva investigación** referente al estudio multidisciplinario apoyados en la rama de la psicología para así determinar

mediante una prueba la madurez emocional de los menores que desean contraer matrimonio con el propósito de evidenciar si se encuentran aptos o no; para que así se establezca una nueva posición con respecto al asentimiento unilateral facultado por la propia legislación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almaguer, R. (2015). La importancia de la manifestación del padre en el asentimiento unilateral de matrimonio de hijos menores. *Revista Jurídica*.
- Angulo, I. (2006). *El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual*. [Tesis optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile]. Repositorio de UACH. <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fja594a/doc/fja594a.pdf>
- Aquino, J. (2017). *La protección del interés superior del niño en el derecho internacional*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Asencio, H. (12/09/2008). Abuso del derecho. [Blogspot]. <http://hubertedinsonasenciadiaz.blogspot.com/2008/09/abuso-del-derecho.html>
- Barraza, J. (2021). *El abuso del derecho en material procesal*. [Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile]. Repositorio de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/180053/El-abuso-del-derecho-en-materia-procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Barros, V. (2001). *El Matrimonio en el mundo actual*. Universidad de Chile.
- Bellas, R. (2016). La concepción del matrimonio a lo largo de la historia y su evolución en la actualidad. *Revista de Ciencias Sociales*.
- Betti E. (2010). *Teoría General De Los Hechos Y Actos Jurídicos*. CED.
- Bujalance, J. (2019). El impedimento de edad matrimonial en nuestro derecho: el largo camino hacia la armonía y su actual quiebra. *Anuario de derecho eclesiástico del estado*. (35).
- Campos, Y. & Mayta, G. (2022). *La antinomia entre la segunda oración del primer párrafo del artículo 244 y el 290 del Código Civil*. [Tesis de pregrado, Universidad peruana los Andes].
- Carbajal, R. (2018). *La evolución del matrimonio en el derecho peruano*. Ius Et Veritas.

- Carrasco, M. (2017). *Matrimonio civil en Perú: proceso, requisitos y procedimiento*. Jurisprudencia Peruana
- Castro, M. (2017). *La Patria Potestad en México: Evolución Histórica y Actualidad Jurídica*. Editorial Porrúa.
- Chávez, M. (1999). *Convenios conyugales y familiares*. Editorial Porrúa.
- Contreras, M. (2017). *La patria potestad en Chile: evolución histórica y actualidad jurídica*. Editorial Jurídica de Chile.
- Cuentas, E. (1997). El abuso del Derecho. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 51(1), 463-484.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085322>
- Durán, D. (2020). *La patria potestad en el derecho civil español*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Durán, M. (2012). *El abuso del derecho en la responsabilidad extracontractual*. [Tesis pregrado, Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile]. Repositorio de UNAB.
http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/6772/a84515_Duran_M_El_abuso_del_derecho_en_2012_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Espinoza, J. (2005). El ejercicio abusivo del derecho en las decisiones de las juntas de acreedores dentro de un procedimiento concursal. *Themis Revista De Derecho*, 51(1), 171-178.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8799>
- Espinoza, Y. (2016). El matrimonio religioso en el Perú: Evolución, implicancias jurídicas y sociales. *Revista de Investigación Académica*
- Fariñas, G. (2016). *Ejercicio de la patria potestad*. Ediciones Jurídicas Sánchez R.
- Fernández, F. (2018). *El papel del padre en el asentimiento unilateral de matrimonio de hijos menores en el derecho español*. Anales de Derecho.
- Gamarra, J, & Ulloa, E. (2022). *El ejercicio abusivo del derecho en los alimentos fijados judicialmente a favor del hijo (a) que ha cumplido los 28 años*. [Tesis de Pregrado, Universidad Privada del Norte]. Repositorio institucional de la UPN.
<https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/30502/Gamarra%20Sanchez%2c%20Jadira%20Arlet%20->

[%20Ulloa%20Medina%2c%20Elizabeth%20Antonella.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

- García, D. (2015). *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI*. En W. Godínez & J. García (Coord.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica-Homenaje a Jorge Witker*, (pp. 449-465). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- García, L. (2019). *La patria potestad en Colombia: aspectos legales y sociales*. Ediciones Legis.
- García, M. (2019). *Matrimonio y derecho: Evolución y perspectivas*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- García, P. (2012). Evolución y transformación del matrimonio en el derecho civil español. *Revista del Ministerio de Justicia*.
- García, Y. (1998). *Derecho de Familia*. Huallaga.
- Gaviria, E. (1980). El abuso del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 49(1), 27-34.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212337>
- Gómez, F. (2017). El matrimonio infantil en Latinoamérica: un análisis de las políticas públicas y su efecto en la violencia de género y la equidad de género. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*.
- Gonzales, F. (2018). Matrimonio igualitario en el Perú: un análisis de su normativa y situación actual. *Revista Internacional de Derechos Humanos*.
- González, C. (2015). *Los requisitos del matrimonio, el matrimonio en la sociedad actual*. Editorial Jurídica.
- González, M. (2019). La manifestación del padre en el asentimiento unilateral de matrimonio de hijos menores: ¿un requisito innecesario? *Cuadernos de Derecho*.
- Hernández, R. (2016). *Patria Potestad y Tutela en el Derecho Romano*. Ediciones Dykinson.
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: McGrawHill.
[file:///C:/Users/Evelyn/Downloads/administrador,+Gestor a+de+la+revista,+1921-5288-1-CE.pdf](file:///C:/Users/Evelyn/Downloads/administrador,+Gestor+a+de+la+revista,+1921-5288-1-CE.pdf)

- Hess, E. Louge, E. & Zarate, J. (2010). La naturaleza jurídica del abuso del derecho. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*. 18(1), 1-27. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3736893>
http://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12717/1387/iue_rep_pre_der_lopera_2019_implicaciones_art.pdf?sequence=1&isAllowed=y
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/108550/Ishuiza_AJ-Rodriguez_PVE-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2019-10045900498_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESIASTICO_EL_impedimento_de_edad_matrimonial_en_nuestro_Derecho:_el_largo_camino_hacia_la_armonia_y_su_actual_ruptura
- Ishuiza, J. & Rodríguez, E. (2022). *Propuesta de nulidad de los matrimonios infantiles forzado o arreglados, que afectan el derecho a contraer matrimonio libre- 2022*. [Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo].
- Jiménez, S. & Medina, S. (2022). *El matrimonio de menores de edad y la legislación mediante el otorgamiento de la licencia supletorio judicial*. [Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo].
- Joya, D. (2022). El abuso del derecho al voto en la Sociedad por Acciones Simplificada en Colombia. *Dos Mil Tres Mil, 24*, 1-19. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/24353>
- Lima, E. (2017). Validez y nulidad del matrimonio en el Código Civil peruano. *Revista Estudios Jurídico*.
- Linares, A. (30/04/2016). *Responsabilidad civil por el ejercicio abusivo del derecho*. Asuntos legales. [Internet]. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/responsabilidad-civil-por-el-ejercicio-abusivo-del-derecho-2374626>
- Lizana, J. (2018). *Uniones de hecho impropias frente al abuso del derecho*. [Tesis pregrado, Universidad Nacional de Piura, Piura, Perú]. Repositorio de UNP. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/nociones-generales-sobre-el-abuso-del-derecho/>

- Lopera, M. (2019). Implicaciones y fundamentos jurídicos del matrimonio y la unión marital de hecho en menores de 18 años en Colombia. *Artículo institución universitaria de envigado. (1) p.26.*
- López, I. (2019). El matrimonio en el Perú: Evolución y análisis comparado con otros países latinoamericanos. *Revista de Derecho Comparado.*
- López, L. (2019). *El interés superior del niño en la jurisprudencia constitucional colombiana.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- López, V. (2017). La manifestación del padre en el asentimiento unilateral de matrimonio de hijos menores: análisis comparativo de la normativa latinoamericana. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración Regional.*
- Lozada, A. (2018). *La patria potestad: análisis jurídico y social.* Editorial Jurídica Nacional.
- Magallón, M. (2006). *El matrimonio. Sacramento-contrato-institución.* Porrúa.
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica.* Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Martin, J. (1979). Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del derecho. *Anuario de derecho civil.* 32(2-3), 437-462.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1980326>
- Mazzarino, J. (2015). *La patria potestad: estudio de derecho comparado.* Ediciones Universidad de Salamanca.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2018). *Plan nacional para la prevención y erradicación del matrimonio infantil y uniones tempranas en el Perú 2018-2021.* Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/mimp/informes-publicaciones/225829-plan-nacional-para-la-prevencion-y-erradicacion-del-matrimonio-infantil-y-union-tempranas-en-el-peru-2018-2021>
- Miranda, J. (2018). *La patria potestad: aspectos jurídicos y sociales.* Editorial Jurídica Venezolana.
- Morales, A. (s.f.). *El abuso del derecho en el Derecho Societario Peruano.* Agnitio. [Internet]. <http://agnitio.pe/articulo/el-abuso-de-derecho-en-el-derecho-societario-peruano/>

- Morgestein-Sánchez, W, & Ucrós-Barrós, C. (2022). El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante y el abuso del derecho. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Cali. *Revista de Derecho Privado*, (42), 263-290.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662022000100263
- Osorio, M. (2006). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Porrúa.
- Pacheco, P. (2018). La nulidad del matrimonio en el derecho peruano. *Revista Jurídica del Perú*.
- Pérez, J. (2016). La manifestación del padre en el asentimiento unilateral de matrimonio de hijos menores: problemas prácticos y soluciones posibles. *Revista de Derecho*.
- Placido, A. (2002). *Manual de derecho de familia: Un nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.
 Repositorio de tesis UCV.
 Repositorio de tesis UCV.
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/112316/Jime nez_CS-Medina_LHS-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Repositorio de tesis UPLA.
[https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/4623/TESIS %20-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/4623/TESIS%20-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Rodríguez, J. (2020). El ejercicio abusivo de derecho del acreedor y su incidencia en el proceso de ejecución de garantías. *IUS - Revista de investigación de la facultad de derecho*, 9(1), 101-122.
<https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/329>
- Rodríguez, J. (2020). El ejercicio abusivo de derecho del acreedor y su incidencia en el proceso de ejecución de garantías. *IUS: Revista de investigación de la facultad de derecho*, 9(1), 101-122. <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v9i1.329>
- Rodríguez, J. (2021). *La interpretación ambigua del artículo 920 del Código Civil: la defensa posesoria extrajudicial, en el distrito judicial de Huánuco*. [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad de Huánuco,

Huánuco, Perú]. Repositorio de la UNH.
<http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/3094/RODRIGUEZ%20DOMINGUEZ%2c%20JHON%20RODRIGO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rodríguez, L. (2018). *El interés superior del niño como principio rector del derecho internacional de los niños. En Derecho Internacional de los Niños*. Springer.

Rodríguez, S. (2019). Matrimonio infantil y forzado: situación en México. *Revista de Investigación en Educación Superior*.

Sánchez, J. (2015). Antecedentes históricos del matrimonio: Una visión desde la Edad Antigua hasta la actualidad. *Revista Científica de Investigación*.

Torres, O. (2015). El matrimonio en la tradición andina peruana: análisis antropológico y jurídico. *Revista de Antropología Andina*.

UNICEF. (2005). *Convención sobre los Derechos del Niño y el interés superior del niño*. Recuperado de <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Convencion-sobre-los-Derechos-del-Nino-y-el-interes-superior-del-nino.pdf>

Vásquez, R. (2019). *La patria potestad: perspectiva histórica y actual*. Fundación Universitaria Los Libertadores.

Velazco, J. (2022). Abuso del derecho en el acceso a la información pública - intendencia aduana aérea del Callao. *Lucerna Iuris Et Investigatio*, 1(3), 21–42. <https://doi.org/10.15381/lucerna.n3.23947>

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

Villalobos, M. (2022). El Abuso del derecho en la renuncia del mandatario. *Anuario De Derecho*, (50), 78–87. https://revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/3025

Vivanco, P. (2017). *Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/>

[Vivanco_Nu%c3%blez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

Witker, J. & Larios, R. (1997). *Metodología jurídica*. México: MacGraw-Hill.

Yépez, R. & Argoti, E. (2022). *Los efectos jurídicos y sociales que produce la prohibición de contraer matrimonio civil a los menores de 18 años, según la última reforma del Código Civil Ecuatoriano*. [Tesis de pregrado, Universidad Central del Ecuador]. Repositorio de tesis UCE. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/29114/1/FJCPS-CD-YEPEZ%20ROBERT.pdf>

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL		
¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú?	Analizar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú.	El ejercicio abusivo del derecho se relaciona de manera positiva con el asentimiento unilateral de los padres para dar en matrimonio a su hijo extramatrimonial menor de edad en el Perú.	<p>Categoría 1 Ejercicio abusivo del derecho</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Criterio objetivo ● Criterio subjetivo 	<p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica Cualitativa teórica e iuspositivista</p> <p>Metodología paradigmática Propositiva.</p> <p>Diseño del método paradigmático</p> <p>a. Escenario de estudio Ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>b. Caracterización de sujetos o fenómenos Sujetos: Categoría 1 y 2, siendo el ejercicio abusivo del derecho y padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales.</p> <p>c. Técnica e instrumento Investigación documental mediante fichas textuales y de resumen</p> <p>d. Tratamiento de la información Los datos se procesaron mediante la argumentación jurídica.</p> <p>e. Rigor científico La presente investigación por ser iuspositivista se aleja de cualquier argumento filosófico, social o moral, por ende, debe centrarse en argumentos normativos y doctrinarios estándar que promuevan la modificación del artículo 244 del Código Civil.</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		
¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú?	Identificar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.	El ejercicio abusivo del derecho <u>se relaciona de manera positiva</u> con los padres con el asentimiento unilateral del padre o de sus abuelos paternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.	<p>Categoría 2 Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Manifestación del padre o los abuelos paternos ● Manifestación de la madre o los abuelos maternos ● Manifestación de ambos padres 	
¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú?	Determinar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.	El ejercicio abusivo del derecho <u>se relaciona de manera positiva</u> con el asentimiento unilateral de la madre o de sus abuelos maternos para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.		
¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú?	Examinar la manera en que el ejercicio abusivo del derecho se relaciona con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.	El ejercicio abusivo del derecho <u>se relaciona de manera positiva</u> con el asentimiento unilateral de ambos padres para dar en matrimonio al menor de edad extramatrimonial en el Perú.		

Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Ítems	Escala instrumento
Ejercicio abusivo del derecho	Criterio objetivo	Al ser parte de la investigación jurídica en su vertiente dogmática-jurídica de enfoque cualitativo y de corte propositiva, no es necesario que se establezca ítems, indicadores y escala de instrumentos de recolección.		
	Criterio subjetivo			
Padres con asentimiento unilateral para dar en matrimonio a hijos menores extramatrimoniales	Manifestación del padre o los abuelos paternos			
	Manifestación de la madre o de los abuelos maternos			
	Manifestación de ambos padres			

Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

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

<p>FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el enlace del libro virtual.</p> <p>CONTENIDO: “.....” [Transcripción literal del texto]</p>

<p>FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el enlace del libro virtual.</p> <p>CONTENIDO: [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]</p>

En consecuencia, la manera en la que se efectuó la recolección de información se debió a la técnica de fichaje, siendo textual, resumen y bibliografía; cabe señalar que esta no es suficiente para la realización de la investigación, por ende, es necesario extraer un análisis consensuado que permita conllevar a objetividad al momento de la interpretación de la información con la intención de analizar las propiedades más elementales de las variables propuestas que nos conllevara a la sistematización de la información y la elaboración de un marco teórico coherente y sostenible (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). Por consecuente, se recabo de la siguiente manera pues las fichas en su amplitud se encuentran en las bases teóricas:

FICHA RESUMEN: Concepto del libre desarrollo de la persona.

DATOS GENERALES: Barraza, J. (2021). El abuso del derecho en material procesal. (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, [Universidad de Chile, Santiago, Chile]. Página 36.

CONTENIDO: Desde la perspectiva doctrinaria la pregunta planteada es tratada de manera detallada, siendo que, como se había mencionado la persona puede ejercer abusivamente su derecho a pesar que este su actuación dentro del límite de la ley, pero para pasar a ello es necesario determinar lo que es considerado abusivo, es así que, conforme al ámbito constitutivo subjetivo justamente es la intención de maliciosa de un sujeto que quiere directamente dañar a otra persona, por otro lado, desde el ámbito objetivo es perseguir sus intereses y mientras consigue ello dañar a otros sujetos, los intereses antes mencionados son los derechos del que la persona es titular.

FICHA RESUMEN: Criterios de la pensión de alimentos.

DATOS GENERALES: Almaguer, R. (2015). La importancia de la manifestación del padre en el asentimiento unilateral de matrimonio de hijos menores. Revista Jurídica. Páginas 238.

CONTENIDO: La manifestación del padre o de los abuelos paternos implica que una sola parte sea quien establezca el asentimiento, además de ello sucede que la misma norma posibilita que los abuelos paternos sean a falta del padre quienes establezcan esta manifestación, pero todo ello se concibe de un hijo extramatrimonial, es decir, que ha sido procreado fuera de la relación matrimonial. Al respecto, lo establecido por el legislador es tendencioso debido a que cuando un menor logra casarse se independiza, no llegando a percibir ninguna pensión alimenticia y esto serviría al padre para que se aproveche de la situación sentimental y desligar cualquier responsabilidad, por lo tanto, se debe de tener mayor cuidado cuando el menor de edad es de una relación extramatrimonial, esto como consecuencia de diferentes factores que podrían conllevar a perjudicarlo en su proyecto de vida.

Anexo 5: Validación de expertos del instrumento

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

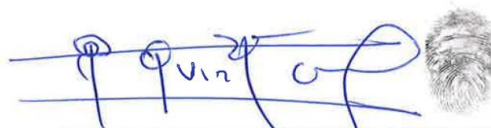
Anexo 10: Evidencias fotográficas

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 11: Declaración de autoría

En la fecha, yo Deivis Quintano Ignacio, identificado con DNI N° 73787918, domiciliado en la Avenida General Córdova N° 555 de Chilca – Huancayo – Junín, egresado 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: “EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y PADRES CON ASENTIMIENTO UNILATERAL PARA DAR EN MATRIMONIO A HIJOS MENORES EXTRAMATRIMONIALES EN PERÚ”, 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, 18 de julio de 2023.



DNI N° 73787918
DEIVIS QUINTANO IGNACIO