

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

“ANÁLISIS SOBRE LA PROHIBICIÓN LEGAL
PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL CASO
DE MUJER DIVORCIADA(PERU-2022)”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADA

Autora:

Myrka Nataly Perez Alcalde

Asesor:

Dr. Emilio Augusto Rosario Pacahuala

<https://orcid.org/0000-0003-2421-548X>

Trujillo - Perú

JURADO EVALUADOR

Jurado 1 Presidente(a)	TANIA MARINA OTINIANO LOPEZ	18174598
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

Jurado 2	CLAUDIA KATHERINE REYES CUBA	45553342
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

Jurado 3	HAROLD GABRIEL VELAZCO MARMOLEJO	42390174
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

DEDICATORIA

Dedico esta investigación a mis señores padres por su apoyo sostenido e incondicional para forjarme un futuro en esta vida, y por sus consejos de siempre que me alientan a ser cada vez una mejor persona.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor de tesis, Dr. Emilio Rosario Pacahuala, por su paciencia y orientación en el desarrollo de cada una de las fases de esta investigación.

A mis docentes de la Facultad de Derecho por su valiosa formación recibida.

Tabla de contenido

JURADO CALIFICADOR	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
TABLA DE CONTENIDO	5
ÍNDICE DE TABLAS	6
ÍNDICE DE FIGURAS	7
RESUMEN	8
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	9
1.1. Realidad problemática	9
1.2. Formulación del problema	12
1.3. Objetivos	14
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	31
CAPÍTULO III: RESULTADOS	36
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	49
REFERENCIAS	57
ANEXOS	59

ÍNDICE DE TABLAS

1.- Tabla Nro. 01: Distribucion de la población y muestra	31
2.- Tabla Nro.02: Ficha técnica de entrevistados.....	36
3.- Tabla Nro. 03: La figura del divorcio en el ordenamiento civil y prohibición para contraer matrimonio.....	37
4.- Tabla Nro.04: Justificación de la prohibición legal contenida en el art. 243 inc. 3.....	38
5.- Tabla Nro. 05: Derechos vulnerados con la prohibición de contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada.....	40
6.- Tabla Nro.06: Medios técnicos y científicos para la determinación del embarazo.....	42
7.- Tabla Nro.07: Remedio jurídico frente a la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada.....	43
8.- Tabla Nro. 08: Textos comparativos de la legislación comparada.....	45
9.- Tabla Nro 09: Resultados de las casaciones.....	47

ÍNDICE DE FIGURAS

1.- Figura Nro.01: El divorcio en el ordenamiento civil y la prohibición para contraer matrimonio.....	61
2.- Figura Nro. 02: Derechos vulnerados con la prohibición de contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada.....	62
3.- Figura Nro.03: Remedio jurídico frente a la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio en caso de mujer dicvorciada.....	63

RESUMEN

La presente tesis titulada “Análisis sobre la prohibición legal para contraer matrimonio en el caso de mujer divorciada, Peru- 2022”, plantea la problemática en torno a la imposibilidad de contraer matrimonio de la mujer divorciada derivada del Art. 243, inc. 3 del Código Civil, donde a nuestro juicio vulnera específicamente el Derecho a la Igualdad previsto en el artículo 2º; de la Constitución, constituyendo una clara muestra de un tratamiento diferenciado como sujeto de derecho, en virtud de las prerrogativas que le asisten constitucionalmente.

En base a fundamentos y entrevistas realizadas a especialistas en materia civil y constitucional, se determina que dichas prohibiciones vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación, pues obliga específicamente a las mujeres a observar el plazo de 300 días para contemplar la posibilidad de un nuevo divorcio. Asimismo, si bien tiene como fundamento la necesidad de evitar posibles conflictos de paternidad, no resulta razonable ni necesaria tomando en consideración las normas que sobre la materia de filiación contiene el propio código y los avances que en la materia de establecimiento de la filiación con la prueba ADN.

PALABRAS CLAVES: *Prohibición legal, derecho a la igualdad, vulneración*

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

En el presente tema de investigación tenemos como propósito principal analizar la problemática jurídica que se deriva de la actual regulación del Código Civil por la cual se prohíbe expresamente contraer inmediatamente matrimonio a la mujer divorciada por un lapso de 300 días a partir de la anulación o disolución del vínculo precedente, tal como se desprende del Art. 243.3 de nuestro ordenamiento.

En general, podemos afirmar que los cambios que ha experimentado el Derecho Familiar en todo el mundo obedecen a una serie de factores vinculados a la dinámica de la interacción familiar, las cuestiones culturales e incluso económicas. Así, Morello (2018), reconoce que en la sociedad latinoamericana se está permanentemente provocando modificaciones al conjunto familiar en la medida que la globalización y las nuevas tecnologías demandan nuevas formas de actuación ante las instituciones tradicionales, las cuales no siempre son actualizadas por el propio legislador (p. 137). A su turno, Vega (2017), sostiene que no solo en Latinoamérica sino en todo el orbe es evidente que en los últimos años han operado una serie de cambios estructurales que han generado una dinámica particular en la dinámica familiar, especialmente por la influencia de la hegemonía de los estilos de vida de occidente.

En esta dirección, Ausejo (2016), la diversidad de países en la región de Latinoamérica, si bien mantienen un ordenamiento tradicionalista en materia familiar, en los últimos años se puede apreciar una adecuación de diversos institutos familiares relacionadas especialmente a la unión civil, matrimonio y divorcio, convivencia, responsabilidad civil, entre otros. Un ejemplo de ello lo constituye Chile, pues hace muy poco dio un importante paso en favor de la igualdad, dado que el 2018 se aprobó poner fin al impedimento normativo a

las mujeres de contraer segundas nupcias antes de 270 días desde la disolución del primer vínculo. Tal regulación reconoce la discriminación con la vigencia de un plazo mínimo para la mujer, y la necesidad de revisar tal disposición para una mejor convivencia social.

Para el caso de nuestro país las nuevas orientaciones se pueden observar notablemente por ejemplo en las diversas propuestas legislativas en materia de unión civil o matrimonio homosexual, divorcio notarial o municipal, conciliación en asuntos familiares, entre otras, algunas de ellas convertidas en leyes para toda la república, en el entendido de otorgar una mayor autonomía a los sujetos o adecuar la legislación a los estándares internacionales. Se entiende que el Perú no discute desde hoy sino desde hace muchos años atrás el mejoramiento de sus institutos civiles, para lo cual se emprendieron diversas comisiones reformadoras desde el Congreso de la República, algunas de las cuales todavía quedan pendientes Benito (2016).

No obstante estos avances legislativos, una problemática que aún persiste es el referido a la prohibición de contraer matrimonio de la mujer divorciada derivada del Art. 243, inc. 3 del Código Civil, sobre impedimentos, que a la letra señala: “Prohibiciones Especiales para contraer matrimonio”, donde se establece “(...) una prohibición legal de contraer inmediatamente matrimonio aplicable exclusivamente a la mujer divorciada, por un lapso de 300 días contados a partir de la anulación o disolución del matrimonio anterior, salvo que haya dado a luz o demuestre médicamente que no está embarazada”, lo cual a nuestro juicio vulnera específicamente el Derecho a la Igualdad previsto en el artículo 2º; de la Constitución, por lo cual planteamos que dicha vulneración atenta contra los derechos igualitarios de la mujer, constituyendo una clara muestra de un tratamiento diferenciado como sujeto de derecho, en virtud de las prerrogativas que le asisten constitucionalmente.

El fundamento jurídico de este dispositivo reside en la necesidad de evitar posibles confusiones o conflictos de paternidad, que puedan derivarse de las

nuevas nupcias contraídas por la mujer y el nacimiento de un niño; pues bien, actualmente la referida finalidad no resulta razonable tomando en consideración las normas que sobre la materia de filiación contiene el propio Código Civil y los avances que en la materia de establecimiento de la filiación con la prueba del ADN.

Consideramos, adicionalmente, que las razones que llevaron al legislador a sancionar el plazo de 300 días exclusivamente para la mujer divorciada corresponden a una realidad muy distinta a la de esta nueva época, especialmente si se han dispuesto nuevos tipos de divorcio, tanto a nivel municipal como notarial y se ha avanzado notablemente en las técnicas de comprobación de paternidad; lo cual nos lleva a preguntarnos si en verdad estas normas continúan teniendo vigencia efectiva en nuestra sociedad, pues la dinámica que ha significado una serie de cambios en los últimos veinte años debe traer consigo una revisión de aspectos puntuales del Derecho como el tema que venimos planteando.

En esta orientación, la función del Estado es vigilar que sea respetada esta igualdad legal que prescribe la Constitución. La igualdad jurídica es un principio según el cual todos los individuos sin distinción alguna tienen el mismo trato ante la ley y que importa principalmente la actitud correspondiente de todos y cada uno de los individuos, como en el caso de la igualdad procesal en el que sea cual fuere la naturaleza de este (civil, penal, laboral, etc.), tienen igual posición, merecen idéntico trato y tiene derecho a ejercitar las mismas facultades, porque hacer lo contrario, implicaría parcialidad Castro(2019).

Efectivamente, en nuestra propia Constitución se reconoce que la igualdad es un valor propio del ser humano, es un reconocimiento interno y externo a su propia condición, y por ende una contraposición o una superación a las diferenciaciones fundadas en las clases, el género, la raza o en

la superioridad o inferioridad de éstos respecto a otros ciudadanos, representadas estas últimas a través de figuras abominables histórica y sociológicamente como la esclavitud, la segregación o el menosprecio de la mujer, siendo todas estas conductas superadas por diversos instrumentos internacionales.

Así pues, la igualdad implica, no solo un reconocimiento interno que simboliza el progreso de la condición y raciocinio del ser humano, sino que conlleva a la actuación de los órganos estatales para procurar la nivelación o el del tratamiento de desigualdades que se funden en privilegios injustificados o irracionales, ya que si bien, puede ser admitido bajo ciertos supuestos la diferenciación de supuestos, la misma debe responder a un rasgo o nivel de relevancia que implique la desigualdad de trato siempre con carácter excepcional, pero en ningún caso debe ser la norma, por lo mismo que todos se reputan iguales ante la ley Fernández(2016).

Por todas estas consideraciones, asumimos que la celeridad de los nuevos tipos de divorcio surgidos en el ámbito notarial y municipal, no guardan consonancia con la actual regulación del Código Civil en cuanto a la exigencia del lapso de 300 días para contraer nuevo matrimonio, aplicable a la mujer divorciada, por lo que es menester que las regulaciones al respecto tengan un sentido modernizante de acuerdo con las nuevas tecnologías que se presentan, y que influyen en todo orden de nuestra sociedad, frente a lo cual el Derecho está en un imperativo de tener en cuenta para su tratamiento legislativo.

1.2 Formulación del problema

¿De qué manera se vulneran los derechos constitucionales en la prohibición legal para contraer matrimonio en el caso de mujer divorciada Perú- 2022?

1.2.1 Problemas Específicos

- ¿De qué manera el derecho de igualdad establecido en nuestra Constitución política del Perú es vulnerado en el caso de mujer divorciada, Perú 2022?
- ¿De qué manera el derecho de no discriminación establecido en nuestra Constitución política del Perú es vulnerado en el caso de mujer divorciada, Perú 2022?
- ¿Qué efectos jurídicos puede generar la prohibición legal para contraer matrimonio en el caso de mujer divorciada, Perú 2022?
- ¿De qué manera se evalúa la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio en el caso de mujer divorciada, Perú 2022, a la luz de la legislación comparada?

1.2.2 Justificación

A modo de justificación de nuestro tema de estudio, estimamos que se hace necesario equilibrar las prohibiciones legales para la mujer divorciada a partir de una modificación o derogación del artículo del Código Civil por ser atentatorio con el dispositivo constitucional que reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación sin mayores distinciones, y por no estar ajustada a su tiempo. Además, se constata que esta orientación apunta no solo a determinar las causas o determinaciones jurídicas en el funcionamiento de una norma, sino en su conveniencia en su incorporación en el tejido social, para lo cual se hace necesario conocer en toda su amplitud los fundamentos que permiten o prohíben ciertas conductas en los sujetos de derecho, y principalmente sus razonamientos para ordenar sus conductas. Tal es además la importancia del tema pues importa una institución que genera las primeras bases en la formación de las familias, de ahí que se hace necesario entonces revisar en nuestra sociedad, las posibilidades que la ley franquea

a las mujeres en sus derechos de contraer matrimonio con todo lo que ello implica en sus causas y consecuencias jurídicas, los cuales deben ofrecer todas las garantías para su ejercicio.

1.2.3 Limitaciones

En cuanto a las limitaciones para la investigación encontramos las referidas a las disposiciones de la emergencia sanitaria, en cuanto consultar directamente a nuestra muestra de estudio sobre nuestro objeto de investigación, así como las limitaciones temporales pues el tiempo con que se cuenta para su desarrollo es limitado. Adicionalmente a ello, asumimos las limitaciones de orden bibliográfico en la consecución de libros físicos, por lo que preferiremos fuentes virtuales para su desarrollo.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

- Analizar los derechos constitucionales que se vulneran en la prohibición legal para contraer matrimonio en el caso de mujer divorciada Perú- 2022.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Analizar la figura del divorcio en el ordenamiento civil que prescribe la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada, Perú 2022.
- Identificar los derechos vulnerados con la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada, Perú 2022.

- Proponer un remedio jurídico para el caso de la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada, Perú 2022.
- Analizar la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada Perú 2022, a la luz del Derecho comparado.

1.4 Antecedentes

En cuanto a los antecedentes de orden internacional encontramos los siguientes:

Ponce (2018), en su tesis denominada “El divorcio en el Derecho Chileno: críticas y propuestas”, Facultad de Derecho- Universidad de Chile, se propuso como objetivo general realizar una revisión crítica de la regulación del divorcio en Chile contenida en la Ley N°19.947, enfatizando que el nuevo estado civil de divorciado/a tiene importantes consecuencias, siendo una de ellas el permitir a los ex cónyuges rehacer sus vidas iniciando un nuevo proyecto en común con otra persona, sea o no a través del matrimonio. Esta posibilidad, existente desde hace tan poco tiempo en nuestro ordenamiento, representa un derecho ampliamente reconocido en casi la totalidad de las legislaciones occidentales. Su principal conclusión fue que, si bien el divorcio por cese de la convivencia permite superar el carácter adversarial del divorcio sanción, al estar regulado en base a una causal objetiva, presenta igualmente aspectos criticables, entre los que se encuentran su judicialización y la exigencia de plazos significativos de cese de la convivencia para su otorgamiento. En definitiva, nuestro país presenta una regulación del divorcio en la que la voluntad y la libertad de los cónyuges ocupan un lugar secundario, existiendo un importante control estatal en la ruptura conyugal.

Ruíz (2020), en su investigación “El principio de igualdad entre mujeres y hombres. Desde el ámbito público al jurídico-familiar”, Universidad de Murcia- España, el estudio abarca un análisis detallado de aquellos factores, sociales y legales, que han obstaculizado durante siglos la igualdad sustancial entre los sexos, así como los avances que han favorecido el principio de igualdad en las relaciones familiares, mediante el establecimiento de diferentes políticas públicas. Esta tesis fue desarrollada mediante la metodología “esencialmente jurídica”, teniendo como objetivo general determinar la evolución del derecho a la igualdad en los procesos históricos que afectan a hombres y mujeres a la luz de su normatividad vigente, llegando a concluir que la incorporación de la perspectiva de género en el campo de los estudios jurídicos requiere que las normas sean reinterpretadas desde la óptica de los derechos humanos de las mujeres. Los marcos legales y la práctica jurídica deben de estar ausentes de sesgos sexistas. Tales disparidades siguen subsistiendo en las prácticas administrativas y judiciales. Asimismo, los cambios jurídicos en relación con la igualdad formal han tenido avances importantes en Derecho positivo, pero aún existen limitaciones en el ordenamiento jurídico que reflejan de forma desigual las reivindicaciones femeninas, sobre todo en el derecho de familia, del trabajo, el derecho penal.

En cuanto a los de carácter nacional podemos señalar los siguientes:

Castro (2018), en su tesis denominada “El matrimonio igualitario: El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual aplicado al acceso al matrimonio en el Perú”, señalando que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye un pilar importante para el Derecho y para institucionalidad democrática de los Estados. Es, además, esencial para una sociedad respetuosa de los derechos humanos y de las diferencias que nos hacen únicos y valiosos. Una sociedad que respeta las diferencias y garantiza igualdad para todos y todas es una sociedad más cercana a la protección de la dignidad del ser humano. El autor concluye manifestando

que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene su base en la dignidad del ser humano por lo que debe considerarse esencial para la vida de todas las personas e indelible de su existencia misma. Negar este aspecto a cualquier persona o grupo de personas por alguna característica específica constituye una falta grave contra la dignidad y perjudica tanto a la(s) víctima(s) como a la sociedad en su conjunto.

Santa Cruz (2020), nos da cuenta del Proyecto de ley Nro. 06843/2020-CR por el cual las viudas y divorciadas puedan volver a casarse sin plazo de restricción. Se trata de una iniciativa de la excongresista Arlette Contreras Bautista, que busca acabar con los impedimentos especiales para contraer matrimonio que se aplican contra estas personas específicas. En la exposición de motivos, Contreras explica que este proyecto se sostiene con el fin de acabar con una disposición discriminatoria para las mujeres y porque no refleja la realidad actual. Sobre el último punto, explica que, según el INEI 2018, cerca de 300 personas contraen matrimonio cada día y cerca de 72 tramitan su divorcio. Solo en el año 2018, 5046 divorcios fueron tramitados, mostrando un incremento de 4.9% respecto del año anterior. La congresista también explica que el artículo objeto de derogación fue recogido directamente del Código Civil de 1936, un cuerpo normativo que antecede a los tratados internacionales de derechos humanos y el trato igualitario a las mujeres.

Chávez (2021), en su tesis denominada “El divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges en el Perú, 2020”, se propone identificar es la relación que existe entre el divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges en el Perú, siendo para ello necesario realizar un análisis sobre los alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad, los fundamentos para incorporar el divorcio incausado en el Perú, así como un estudio del derecho comparado sobre la regulación del divorcio en países como España, México (Ciudad de México), Uruguay y Argentina. La investigación es de tipo básico, con enfoque

cualitativo, siendo el análisis documental la técnica aplicada apoyada por los instrumentos como el subrayado y la guía de análisis documental. Se concluye que el divorcio incausado viene a ser un procedimiento jurisdiccional, mediante el cual uno de los cónyuges solicita la intervención del órgano jurisdiccional para que se disuelva el vínculo matrimonial bastando su voluntad, claro está que ello no implica que se deslinde de las responsabilidades inherentes al matrimonio.

En lo que respecta a los antecedentes locales encontramos:

Grau (2017), en su investigación denominada “Evaluación psicológica como requisito para contraer matrimonio”, se propuso como objetivo general determinar si la evaluación psicológica prematrimonial sería efectiva en corto plazo y si las parejas (intervinientes en el proceso de matrimonio) identifican los beneficios que acarrea el examen mental, llegando a la conclusión que el examen psicológico ayudaría a prevenir la violencia familiar dentro de las parejas que van a contraer matrimonio ya que se estuviese previendo el mal desde la base de la relación, así de esta manera las parejas recibirían un tratamiento a tiempo. Asimismo, la autora recomienda que se incorpore el requisito de solicitar un examen psicológico, ya que esto ayudará a generar respeto entre la sociedad y a entender que un matrimonio requiere de salud mental.

Silva (2018), en su investigación denominada “La ausencia del periodo de reflexión en la regulación jurídica del divorcio notarial y municipal como atentatorio al principio constitucional de promoción del matrimonio”, tuvo como objetivo principal determinar si la ausencia del periodo de revocación de consentimiento en la regulación jurídica del divorcio notarial y municipal atenta contra el principio constitucional de promoción del matrimonio, llegando a concluir que si existiera un plazo de revocatoria de consentimiento en el divorcio municipal y notarial, las familias seguirán estando protegidas por el Estado, mediante el principio de promoción del matrimonio; por ser una

institución fundamental de la sociedad. Asimismo, la ausencia del periodo de revocación de consentimiento en los divorcios llevados en vía notarial y municipal, facilitan a que las parejas se divorcien; a pesar de ser por mutuo acuerdo, los hogares se ven afectados por algún tipo de reajuste familiar económico y/o social, como las necesidades propias derivadas de cada una de ellas al tratar de formar una nueva.

1.5 Definición de términos básicos

1.5.1 Matrimonio: El matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad.

1.5.2 Derecho a contraer libre matrimonio: El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución.

1.5.3 La Presunción de Paternidad: Se origina en el Derecho Romano como la prohibición a la mujer viuda de contraer nuevas nupcias antes de un plazo de diez meses, para que no hubiere dudas acerca de la legitimidad del padre, a consecuencia de que se presume que el marido de la madre es el padre del hijo, no siendo más que probarse la filiación materna para establecer la paterna.

1.5.4 El Derecho de Identidad: Todo niño tiene derecho a conocer su verdadero padre y a su madre. El derecho del niño prima sobre cualquier otra consideración. La filiación debe ser transparente y establecida de forma clara.

1.5.5 Protección a la Familia: En la Constitución Política del Perú en el artículo 4 se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como

un instituto natural y fundamental de la sociedad. De otra parte y toda vez que no se hace referencia expresa a determinada base de constitución, se evidencia que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial.

1.5.6 Derecho de igualdad: El derecho a la igualdad implica brindar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones, no siendo admisible tratos desiguales fundados en la raza, el sexo, el credo o la condición social, entre otras, correspondiendo a la Ley, de igual forma, generar las condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva.

1.6 Bases Teóricas

1.6.1 Aspectos Generales en torno al Matrimonio

En cuanto a su definición, encontramos que el matrimonio constituye la fuente jurídica más importante del derecho de familia, y es la unión legal de un hombre y de una mujer, consagrada por un convenio o contrato solemne y que tiene consecuencias jurídicas predeterminadas por la ley. También la define como la unión perpetua de un solo hombre con una sola mujer para la procreación y perfección de la especie, el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana Pimentel (1981).

Por su parte, Bautista (2019), señala dos acepciones acerca del matrimonio: Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado ante el funcionario que el Estado designe para realizarlo. Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida. En términos generales el matrimonio puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer (p. 127)

Finalmente, de acuerdo a lo normado en el Art. 234° primer párrafo de nuestro Código Civil, el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código, a fin de hacer vida en común.

1.6.2 El Matrimonio como contrato

El matrimonio se forma a través de un contrato matrimonial válido donde destaca la función esencial de la libre y plena voluntad de los contrayentes que constituye el vínculo. El matrimonio constituye un acto contractual, se hace como queriendo decir que es necesario para que se perfeccione el consentimiento de quienes lo contraen. Al respecto, Planiol (1999) señala que “El matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad” (p. 88).

1.6.3 El Matrimonio como institución

Se considera al matrimonio teniendo en cuenta su fuente u origen como un acuerdo de voluntades y por sus efectos, un estado, en razón de su naturaleza institucional.

1.6.4 Características del Matrimonio

- **Es de orden público:**
No puede ser modificado ni mucho menos dejado sin efecto por los particulares. Los contrayentes o los cónyuges deben observar las normas referidas al matrimonio, las cuales son fundamentales para la organización social y son de estricto cumplimiento González (2016).

- **Es exclusiva:**
Porque el matrimonio es la unión que se da entre dos personas de distinto sexo, en forma única, tanto que, en determinadas circunstancias, la violación de este carácter implica delito de bigamia o adulterio según sea el caso. En los estados civilizados, se ha instituido la exclusividad del matrimonio, es decir, recíproco de fidelidad.

- **Es permanente:**
Los contrayentes aceptan la unión con la idea del que el vínculo sea duradero, hasta perpetuo, ya que el matrimonio persigue la formación de una familia, y esta solo es posible, si es que dicho vínculo es estable.

- **Es unitario:**
Porque importa dentro de las finalidades del matrimonio una plena comunidad de vida para los esposos, emergiendo una serie de derechos y deberes recíprocos, cuando no hay unidad estos deberes dejan de ser cumplidos, pudiendo llegar a la separación, o a un rompimiento del vínculo matrimonial; de este carácter, así como de la exclusividad surge la consecuencia: Unidad del matrimonio; unidad social jurídica, biológica.

- **Es legal:** Ya que es necesario revestir el acto realizado, y por ende a las consecuencias que del pueda surgir de un carácter legal;

- **Es de institución familiar:** Porque la familia es piedra angular de la sociedad, y por ende es un bien tutelado por el estado.

- **Representa una de comunidad de vida:** Los cónyuges hacen vida en común para amarse procrear sus hijos, educarlos, formarlos respetarse y apoyarse mutuamente, y no solo para la cohabitación.

1.7 Regulación en el Código Civil 1852

En este cuerpo normativo se adoptó el modelo de matrimonio religioso de acuerdo a las disposiciones de Concilio de Trento. Este código definía el matrimonio como la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima para hacer vida en común, concurriendo la conservación de la especie humana.

Este Código Civil no reconoció efectos legales al matrimonio que se celebraban conforme a las disposiciones del Concilio de Trento; que era el Matrimonio Canónico. Sin embargo, la Jurisprudencia ha reconocido la validez del matrimonio canónico para efectos patrimoniales, pero con la condición de que se encuentren inscritos en registro parroquial, hecho que duró hasta el 23 de diciembre de 1897, fecha en que se reconoció por ley dos formas de matrimonio, entre ellas: el matrimonio civil y el matrimonio religioso, siempre respetando la voluntad de las partes, en este caso haciendo mención el respeto a la religión de las partes.

1.8 En el Código Civil de 1936

Aquí se regula por primera vez el matrimonio civil para el reconocimiento de efectos civiles. En este caso el matrimonio se celebraba ante un funcionario que era el Alcalde quien iba a celebrar el matrimonio de los contrayentes.

1.9. En el Código Civil de 1984

Este Código, actualmente en vigencia, se regula al matrimonio como una institución y a su vez como un contrato, con la finalidad de reconocer efectos legales a quienes intervienen en este matrimonio de manera especial al cónyuge con caso de cualquier discrepancia que se pueda dar a futuro. El hecho o la decisión de contraer matrimonio ya sea con el hecho

de formar un hogar o reconocer efectos legales es facultativo por lo que se puede decir que el ordenamiento jurídico no obliga a contraer matrimonio para formar una familia.

El artículo 234 del Código Civil Peruano regula al matrimonio de la siguiente manera: “El matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de éste código, a fin de hacer vida en común”. Puesto que si se reguló el matrimonio civil en la Legislación Nacional fue para la regulación de efectos legales que pueda generar esa unión voluntaria de contraer matrimonio.

1.10. Fundamentos al impedimento matrimonial de la mujer divorciada

- La Presunción de Paternidad: El Impedimento en cuestión nace por la necesidad de evitar la confusión de la paternidad, se origina en el Derecho Romano como la prohibición a la mujer viuda de contraer nuevas nupcias antes de un plazo de diez meses, para que no hubiere dudas acerca de la legitimidad del padre, a consecuencia de que se presume que el marido de la madre es el padre del hijo, no siendo más que probarse la filiación materna para establecer la paterna.
- El Derecho de Identidad: Todo niño tiene derecho a conocer su verdadero padre y a su madre. El derecho del niño prima sobre cualquier otra consideración. La filiación debe ser transparente y establecida de forma clara.
- Protección a la Familia: En la Constitución Política del Perú en el artículo 4 se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. De otra parte y toda vez que no se hace referencia expresa a determinada base de la Constitución, se evidencia que se protege a un solo tipo de

familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. La familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o, de hecho.

- Interés superior del Niño: Este impide que, por un interés distinto a los contenidos en el Principio del Interés Superior del Niño, al establecer el derecho de los niños a conocer quiénes son sus padres y a ser cuidados por ellos; asimismo, a desarrollarse en su familia de origen, con la única excepción de que ello sea contrario a su interés superior, y además el modo como será sustituida esa familia de origen.

1.11. Aspectos Generales del Divorcio

El divorcio, es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges Talledo (1983).

En este mismo sentido, Pezet lo define como aquel que pone fin absoluto y definitivo a la vigencia del nexo conyugal, la sociedad de gananciales, la obligación de hacer vida en común, el deber de fidelidad y la obligación alimenticia entre ambos cónyuges, pudiendo cualquiera de ellos, contraer un nuevo enlace una vez extinguido el vínculo (p. 122).

1.12. Tesis antidivorcista

Sus partidarios consideran al matrimonio como una sociedad para toda la vida, esto es, plantean la tesis de la indisolubilidad matrimonial, obligando a la unidad de los cónyuges una vez celebrado, a pesar que en los hechos resulte insoportable. El principal bastión argumentativo de esta corriente se

basa en las sagradas escrituras, ciertos fundamentos sociológicos y la doctrina paterno filial.

Respecto del tema religioso, hay que señalar que modernamente se distingue el matrimonio sacramental de la boda civil. El primero se supone indiviso por la voluntad de Dios (que está por sobre las leyes de los hombres), y el segundo, el matrimonio civil, que admite su disolución en casos puntuales fijados en la ley. Por su lado, las posturas sociológicas parten de la idea de que toda familia es la célula básica de la sociedad, siendo necesaria su existencia para la sobrevivencia de aquella. Además, pregona que el divorcio es una especie de cáncer que destruye no sólo el vínculo conyugal, sino también con él, a la familia como célula vital de la sociedad Plácido (2004).

A aquellos que sostienen la tesis antidivorcista, se les ha objetado que el fundamento de que el divorcio constituye un atentado contra la buena organización y estabilidad de la familia y de la sociedad, no es tal como algunos expresan con ligereza o bajo la influencia de algún prejuicio, pues todas las escuelas filosóficas y jurídicas buscan el fortalecimiento de la familia y el matrimonio como base de la sociedad.

1.13. Tesis divorcista

En cuanto a la tesis divorcista, esta se sustenta fundamentalmente en las ideas del divorcio repudio, divorcio sanción y divorcio remedio. La doctrina del divorcio repudio acepta el divorcio como un derecho de los cónyuges, especialmente del varón, para rechazar y repeler al otro cónyuge de la casa conyugal, la mayoría de las veces, sin explicar razones.

Dicha doctrina (adoptada en los países musulmanes o islámicos), sustenta precisamente que el matrimonio se disuelva por repudio, por sentencia judicial o por la apostasía del islam. La doctrina del divorcio sanción se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos

para el divorcio, así lo confirma el profesor Plácido, quien basa su estructura en:

a) El principio de culpabilidad

Según el cual el divorcio se genera por culpa de uno de ellos, de tal modo que uno será culpable y el otro inocente, por tanto, sujeto a prueba.

b) La existencia de varias causas para el divorcio

Esto es, causas específicas previstas en la ley, como el adulterio, la sevicia, etc.

c) El carácter punitivo del divorcio

La sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal, es un medio para penalizar al culpable por haber faltado a los deberes y obligaciones conyugales, consiguientemente supone la pérdida de ejercicio de la patria potestad, la pérdida o restricción del derecho alimentario, la pérdida de la vocación hereditaria, etc.

Observamos que en esta corriente se inscriben la mayor parte de los códigos europeos como el de Francia, Italia, Portugal, Suiza, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Finlandia, etc. igualmente en los países del Common Law (Inglaterra y Estados Unidos), Canadá, Puerto Rico y la mayor parte de los países latinoamericanos.

Sin embargo, esta doctrina también cuenta con detractores, pues se sostiene que, desde el punto de vista científico y psicológico, resulta imposible determinar que tal o cual comportamiento de uno de los cónyuges merezca un premio o una sanción, porque los mismos están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales,

emocionales de las partes, “de ahí que la sentencia que pronuncia el divorcio podría ser un premio para el culpable y una sanción para el inocente”. Por último, la doctrina del divorcio remedio, propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio el establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio Díaz(2018).

1.14. Derecho a la igualdad

La igualdad ante la Ley no supone que todos los seres humanos sean iguales unos a otros, en sentido material; ello sería simplemente negar la realidad; al contrario, es correcto decir que una de las grandes riquezas del ser humano es que cada uno de nosotros es diferente en muchos elementos.

El Tribunal Constitucional menciona el punto de vista referente al derecho a la igualdad, cómo se debe tratar al ser un principio y los planos que convergen en él. La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a los hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por

ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y desigualdades arbitrarias.

En ese sentido, la igualdad es un - principio - derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Por consiguiente, presume la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

1.15 Influencia del plazo en la celebración de nuevo matrimonio en la divorciada en el derecho de igualdad

La restricción de los derechos de la mujer a contraer libremente matrimonio, carece en los actuales momentos de toda racionalidad y proporcionalidad, por lo que resulta evidentemente discriminatoria y, en consecuencia, atentatoria contra el derecho a la igualdad previsto en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, así como atenta contra el derecho de contraer matrimonio en condiciones de igualdad.

En atención a ello, debe precisarse que la igualdad es un valor ínsito al ser humano, es un reconocimiento interno y externo a su propia condición, y por ende una contraposición o una superación a las diferenciaciones fundadas en las clases, el género, la raza o en la superioridad o inferioridad de éstos respecto a otros ciudadanos, representadas estas últimas a través de figuras abominables histórica y sociológicamente como la esclavitud, la segregación o el menosprecio de la mujer, las cuales se basaron en argumentos tan contradictorios como falacias de principio que deslegitiman su contenido, su mantenimiento y/o aceptación dentro de un Estado democrático y social de

Derecho y de Justicia. Dicho valor en consecuencia, se encuentra aparejado e íntimamente vinculado a la dignidad del hombre, a su condición y su interrelación con su semejante en su diálogo social, político, económico y más importante aún en el ámbito natural, ya que no existe una diferenciación existencial salvo las condiciones morfológicas

propias de cada ser humano, siendo iguales en su concepción como personas poseedoras de deberes, garantías y derechos para el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad.

Así pues, la igualdad implica, como bien se expuso, no solo un reconocimiento interno que simboliza el progreso de la condición y raciocinio del ser humano, sino que conlleva a la actuación positiva o negativa de los órganos estatales para procurar la nivelación o el del tratamiento de desigualdades que se funden en privilegios injustificados o irracionales, ya que si bien, puede ser admitido bajo ciertos supuestos la diferenciación de supuestos, la misma debe responder a un rasgo o nivel de relevancia que implique la desigualdad de trato.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1.- Tipo de investigación

- **De acuerdo con el fin que persigue:** La presente investigación es del tipo básica- descriptiva, en tanto observa el funcionamiento de un sector de la realidad con el fin de extraer su problemática y sus conclusiones Hernández (2004). En nuestro caso, la investigación se orienta a analizar la problemática en torno a la imposibilidad de contraer matrimonio aplicable a la mujer divorciada tal como está dispuesto en nuestro ordenamiento civil.
- **Diseño de la Investigación:** No experimental, dado que esta investigación se dirige a una descripción y planteamiento respecto de una realidad problemática, sin necesariamente manipular una variable de estudio.
- **Enfoque:** Cualitativo porque se orienta a describir excepciones, percepciones o cualidades de una determinada muestra especifica de estudio, a partir de las cuales se obtendrán fundamentos o argumentos para sustentar la investigación

2.2.- Población y muestra (Materiales, instrumentos, métodos)

Para el desarrollo de esta investigación hemos considerado conveniente realizar entrevistas a especialistas en la temática de nuestra investigación, particularmente docentes universitarios y abogados en ejercicio elegidos de acuerdo a la siguiente conformación.

Tabla 01:

--

DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN Y MUESTRA					
ENTREVISTAS	DOCENTES UNT	Derecho Constitucional	02	10	10
	DOCENTES UCV	Derecho Constitucional	02		
	DOCENTES UPAO	Docentes en Derecho Civil	03		
	DOCENTES UPN	Docentes en Derecho Civil	03		
	DOCENTES DE LA ESPECIALIDAD CIVIL – FAMILIA Y CONSTITUCIONAL				
TOTAL				10	10

Siendo una cantidad de diez especialistas, hemos procedido a su elección mediante un muestreo no probabilístico por conveniencia el cual no se hace necesario aplicar una fórmula para la conformación de la muestra.

Asimismo, contaremos en este punto con resoluciones casatorias que nos ilustren sobre los tiempos procesales relacionados a nuestra temática de estudio.

2.2.1. Métodos:

- **Método analítico- sintético:** Por esta combinación de métodos, el conocimiento se subdivide en diversas propiedades o categorías para su observación detallada y análisis respectivo, seleccionando, categorizando y ponderando sus elementos de configuración Solórzano (2015). Estos métodos se utilizan especialmente en la configuración de la realidad problemática, formulación de problema y determinación de nuestros objetivos.
- **Método inductivo - deductivo:** Se refiere a la combinación de razonamientos para inferir resultados válidos y confiables, ya sea de manera general o específicos, logrando concretizar leyes o inferencias sobre un determinado fenómeno de la realidad Mantilla (2016). Aplicado especialmente en los resultados, discusión y conclusiones.
- **Método doctrinario:** Por este método se recopila la literatura especializada sobre un tema de estudio, privilegiando la bibliografía actualizada nacional e internacional. Este método fue especialmente aplicado en el marco conceptual y las bases teóricas.
- **Método Hermenéutico:** Este método se refiere a la interpretación de las normas jurídicas, especialmente con énfasis en sus argumentos y valoraciones. Este método fue necesario para el entendimiento y la concepción en la interpretación de las normas, especialmente del Código Civil.

2.2.2.- Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

2.2.2.1. Técnicas de recolección de datos

- **LA ENTREVISTA:** Esta técnica nos permite estructurar el cuestionario sobre nuestro tema de estudio con el fin de conocer su parecer o posición sobre nuestra investigación.
- **RECOPIACIÓN DOCUMENTAL:** Mediante esta técnica nos permitirá acopiar información, especialmente teórica, a nivel de doctrina nacional y extranjera con el fin de fundamentar nuestra investigación.
- **EL FOTOCOPIADO:** Técnica que nos permitirá utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo del Marco Teórico y en el procesamiento de la información.

2.2.3.- Instrumentos de recolección de datos

- Cuestionario: Mediante este instrumento se obtendrá la posición de los especialistas sobre nuestro tema de estudio, para lo cual diseñaremos y validaremos cada una de las preguntas sobre la temática de esta investigación.

2.2.4.- Procedimiento

El procedimiento de esta investigación tiene los siguientes parámetros.

- Depuración de datos obtenidos y documentos: Se refiere a las entrevistas obtenidas de los especialistas sobre la temática del presente trabajo, las cuales serán vaciadas en los resultados respectivos, sistematizadas en cuadros y gráficos, así como en la interpretación y análisis de los mismos.

- Interpretación de la información: Es decir, la información obtenida de diversas fuentes se somete al análisis para determinar las conclusiones que nos permitan fundamentar nuestra hipótesis, así como para elaborar nuestro marco teórico.
- Tabulación de la información: La elaboración de cuadros se realizará con el objeto de un mayor entendimiento del tema; a través de los gráficos podremos apreciar las distintas tendencias de opinión sobre nuestra propuesta.
- Arribo de las conclusiones: Después de haber leído, analizado y comprendido toda la información recopilada, se procederá a realizar las respectivas conclusiones de la investigación.
- Formulación de propuesta legislativa: Consideramos que, como corolario de esta investigación, se procede a formular una iniciativa que permita solucionar la problemática jurídica advertida.

2.2.5.- Análisis de datos

Estos se realizarán básicamente a partir de la aplicación del método deductivo, complementando con la generación de tablas y/o gráficos necesarios para sustentar nuestra investigación.

2.2.6.- Aspectos éticos

La presente investigación la hemos planteado en función a las consideraciones éticas que deben guiar toda producción intelectual, por lo que declaramos que todos los datos que se obtengan en esta investigación, tanto

documentales como las entrevistas a docentes especializados, tendrán solamente un uso académico, no pudiendo ser utilizados con fines distintos.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1.- Descripción de resultados de la Guía de entrevista

A continuación, se presentan los datos generales de los entrevistados que participaron en la presente investigación, los mismos que absolvieron el instrumento respectivo ya sea de manera virtual o presencial.

Tabla 2: Ficha técnica de entrevistados.

N°	Entrevistado	Descripción
1	Alan Yarrow Yarrow	Docente – Derecho Constitucional
2	José del Castillo	Abogado – Derecho Civil
3	Vanessa Vitteri García	Abogado – Derecho de Familia
4	Hugo Berly Castro Alva	Abogado – Derecho de Familia
5	Jorge Alva Uriol	Docente- Derecho Civil
6	Martín Polo Cueva	Docente- Derecho Constitucional
7	Oswel Ramírez García	Docente- Derecho de Familia
8	Cruz Lezcano Carlos Natividad	Docente- Derecho Civil
9	Jorge Hidalgo Perea	Docente- Derecho de Familia
10	Estuardo Malpica O.	Abogado- DErecho de Familia
Nota: Entrevistas realizadas desde el 19 al 30 de setiembre, en la ciudad de Trujillo- La Libertad.		

3.2.- Resultados de las entrevistas

3.2.1.- RESULTADO Nro. 01:

Este primer resultado está en función al desarrollo del objetivo específico número uno, referido a explicar la figura del divorcio en el ordenamiento civil que prescribe la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada, por lo cual presentamos las respectivas tablas una breve interpretación.

TABLA 03

La figura del divorcio en el ordenamiento civil y prohibición para contraer matrimonio.

¿En términos generales, cómo califica la actual regulación del divorcio respecto a la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio en nuestro ordenamiento civil?

ENTREVISTADO 01	ENTREVISTADO 02	ENTREVISTADO 03
Negativa, pues no tiene asidero constitucional y virtualmente viola varios derechos.	Positiva, puesto que las prohibiciones, en términos generales (como se indica en la pregunta) tienen razones subyacentes de índole ético y moral que provienen desde el Derecho Romano aunque podrían ser adecuadas a los nuevos tiempos y avances médicos, por otro lado, no debemos olvidar que nuestro CC data de 1984.	Negativa, dado que se estaría discriminando a una persona por tener la condición de viuda, limitando sus derechos constitucionales, según el artículo 2 numeral 2) de nuestra Constitución Peruana, la igualdad ante la ley, así mismo no debería existir un plazo, mucho menos debería ser un impedimento para contraer matrimonio. De igual manera a la mujer divorciada, debiendo ser

ENTREVISTADO 04

Negativa, definitivamente. Me resulta casi inconcebible, que el Derecho establezca diferentes derechos entre varón y mujer, solo para preservar la validez de una presunción, considero que este tipo de normas deben ser abrogadas.

ENTREVISTADO 05

La encuentro positiva porque la situación emocional que genera un divorcio hace impracticable un embarazo entre la expareja.

ENTREVISTADO 06

Negativa porque se trata de fundamentos sin mayor razón de ser que debería ser actualizados en la normatividad.

ENTREVISTADO 07

Negativa porque no ha podido superar los supuestos que se mencionan en este trabajo, por tanto están lejos de reflejar la realidad de su propia sociedad.

ENTREVISTADO 08

Positiva porque responde a supuestos cristianos de protección que deben ser observados más allá del vínculo marital.

ENTREVISTADO 09

Negativa porque el mero hecho de que soslaye derechos significa que no es una regulación calificada para equilibrar las relaciones entre las personas.

ENTREVISTADO 10

Negativa por cuanto no hay mayor justificación en discriminar o relegar derechos a quienes les corresponde por propia consecuencia de la normatividad constitucional.

Comentario:

Para esta primera interrogante introductoria, una buena parte de nuestros entrevistados, por ser profesionales jurídicos de la especialidad civil o constitucional, calificaron la mayoría negativamente la actual regulación que nos ocupa por una serie de razones que van desde su contradicción con la norma constitucional hasta razones de índole moral o religioso, razones que nos permiten avizorar un apoyo explícito a nuestro tema de estudio.

TABLA 04

Justificación de la prohibición legal contenida en el Art. 243 inc. 3.

¿Considera usted q el artículo 243 inciso 3 del Código Civil referido a la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada se encuentra debidamente justificado?

ENTREVISTADO 01	ENTREVISTADO 02	ENTREVISTADO 03
<p>No, porque dicha prohibición es fruto de costumbres de siglos pasados.</p>	<p>Sí, pues la mujer divorciada podría estar embarazada de su exmarido, salvo que el divorcio sea por causal de abandono del hogar, por no tener vida en común, por ser estéril el marido o alguna razón por la cual sea imposible que puedan concebir un hijo. Es más esto debería aplicarse también a quien haya tenido convivencia ya que son situaciones análogas.</p>	<p>No, puesto que la mujer divorciada tiene el mismo derecho constitucional que cualquier otra mujer, no debiendo existir ningún tipo de impedimento para que pueda contraer matrimonio. En nuestra sociedad actual una mujer divorciada no necesita un certificado médico para sepa q está en estado de gestación, no debiendo ser esto una dispensa mucho menos una condición para que esta pueda contraer matrimonio.</p>
ENTREVISTADO 04	ENTREVISTADO 05	ENTREVISTADO 06
<p>No, porque la decisión de contraer un nuevo matrimonio en el caso de la mujer, no puede estar condicionada a que se determine si espera o no un hijo. Pues aún en el caso que lo esperase, ello no puede limitar una decisión que pertenece a</p>	<p>Sí, porque en la esfera psicológica el “duelo emocional” puede generar diversas consecuencias, y el Derecho debe orientarse a proteger a los más vulnerables, en el presente caso no solo a</p>	<p>No, definitivamente, puesto que los supuestos que hacen referencia han sido superados por la propia realidad, y las personas tienen autonomía para fundar sus propias decisiones.</p>

su ámbito estrictamente la mujer sino a su personal, sin perjuicio de probable descendencia. las obligaciones que como madre le correspondan y que es el decidir contraer un nuevo matrimonio. Considero que debe establecerse un nuevo sistema, que permita definir la paternidad, sin limitar los derechos de la mujer.

ENTREVISTADO 07

No, porque toda justificación debe entrañar una justificación moral válida, y atentando contra el derecho de la mujer, en estas circunstancias, no significa un fundamento sino una excusa para someter su voluntad.

ENTREVISTADO 08

Sí creo que se encuentra justificado porque si el Derecho no ampara estos supuestos en la mujer divorciada se desintegrarían los modelos familiares, incluyendo aquellos que optan por terminar su relación.

ENTREVISTADO 09

No porque no respeta la libertad de elección de las personas.

ENTREVISTADO 10

No porque no hay fundamento válido que atente contra la Constitución y sus valores y principios.

Comentario:

Para esta nueva interrogante una gran mayoría de nuestros entrevistados considera que la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio no está justificada desde diversos puntos de vista, ya sea que se trata de una norma anticuada o que no se ha actualizado con las nuevas corrientes al respecto. El razonamiento fuerza de buena parte de los entrevistados fue que dicha prohibición no guarda consonancia con el sustrato constitucional que consagra el derecho a la igualdad.

3.2.2.- RESULTADO Nro. 02:

Este nuevo resultado está en función al desarrollo del segundo objetivo específico, referido a identificar los derechos vulnerados con la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada

TABLA 05

Derechos vulnerados con la prohibición de contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada.

¿Considera que el derecho a la igualdad y no discriminación se vulnera con la prohibición de contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada?

ENTREVISTADO 01	ENTREVISTADO 02	ENTREVISTADO 03
Existe una clamorosa vulneración contra la mujer.	No se vulnera por el legislador tiene que ponerse en el supuesto de que hay un futuro ser que también tiene derechos.	Sí se vulnera, y el texto constitucional no puede ser desvirtuado.
ENTREVISTADO 04	ENTREVISTADO 05	ENTREVISTADO 06
Hay vulneración porque la Constitución no hace mayor distingo en el reconocimiento a la igualdad.	No se vulnera porque es una regla excepcional, y los derechos no son absolutos.	Hay una vulneración manifiesta en el derecho a la igualdad que le asiste al hombre y la mujer por igual.
ENTREVISTADO 07	ENTREVISTADO 08	ENTREVISTADO 09
Sí se vulnera porque esta prohibición es una coacción de las libertades y el reconocimiento a la igualdad.	Debería darle a la mujer todas las libertades que la legislación ofrecer al varón para el caso de un divorcio, sin privilegios ni discriminaciones antijurídicas.	No se vulnera porque los valores cristianos someten a la mujer a la autoridad de su marido ante los ojos de Dios.

ENTREVISTADO 10

Es una categoría jurídica impuesta por una ley inferior y que debe ser revisada tomando en cuenta la literalidad de la Constitución que lo consagra, sin desconocer derechos del hombre o la mujer.

Comentario:

La mayoría de respuestas de los entrevistados ha sido categórica: la prohibición dispuesta para la mujer divorciada en el contexto de nuestro estudio sí se vulnera el derecho a la igualdad que le asiste por mandato constitucional. Esto significa, en buena cuenta, que hay un entendimiento no solo de la observancia frente a tal prohibición, sino de la prelación que debe corresponder al sustrato constitucional.

TABLA 06

Medios técnicos y científicos para la determinación del embarazo.

¿Cree usted que actualmente se cuenta con los medios técnicos y científicos para determinar o no un embarazo en el caso de una mujer divorciada en el marco del Art. 243 inc. 3 del Código Civil?

ENTREVISTADO 01	ENTREVISTADO 02	ENTREVISTADO 03
Sí, inclusive se puede establecer de forma exacta el momento de la concepción.	Sí. Desde el año 1984 en CC la medicina ha avanzado por lo que seguramente dicha ciencia puede aportar mucho para adecuar la ley sustantiva a los nuevos tiempos.	Sí, no es necesario tener un certificado médico para saber que una mujer se encuentra en estado de gestación. Mucho menos ser condicionada.
ENTREVISTADO 04	ENTREVISTADO 05	ENTREVISTADO 06
La ciencia ha avanzado, es por ello que a través de medios científicos de puede determinar la	Sí, actualmente son diversos los caminos que puede tomar una mujer para determinar su embarazo, aunque el	Sí, por ello la ciencia jurídica debe actualizarse pues gracias a los avances médicos se pueden precisar diversas circunstancias que

paternidad de una choque emocional el legislador del Código Civil
persona. puede ser difícil de no las conocía en relación al
superar. embarazo de la mujer.

ENTREVISTADO 07

Sí, actualmente se cuenta con diversos tipos de pruebas, y el Estado debería poner al alcance de los justiciables los medios necesarios para resolver las causas de este tipo.

ENTREVISTADO 08

Sí se conocen, pero el legislador no se ha actualizado en la materia.

ENTREVISTADO 09

Deberían estar al alcance de más personas que tenga algún tipo de inconveniente jurídico al respecto, especialmente de mujeres.

ENTREVISTADO 10

Es un caso donde la ciencia auxilia al derecho en sus resoluciones, pero que lamentablemente no ha logrado influir de manera sustantiva en nuestro país, y las prohibiciones vigentes son una muestra de ello.

Comentario:

Se advierte de la mayor parte de nuestros entrevistados la no correspondencia de la actual normativa prohibitiva con los mecanismos tecnológicos que permite resolver cualquier atisbo de duda en el probable embarazo de la mujer, pero que no es tomado en cuenta por la legislación, debiendo ser revisada y actualizada con el fin de ofrecer a los interesados mecanismos reales que apunten a resolver sus diferencias.

3.2.3.- RESULTADO Nro. 03:

Para este nuevo resultado, se consideró el tenor del tercer objetivo específico, referido a proponer un remedio jurídico para el caso de la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada.

TABLA 07

Remedio jurídico frente a la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada.

¿Sobre qué cuerpo normativo debe operar el remedio jurídico frente a la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada?

ENTREVISTADO 01

Si ya se cuenta con el sustrato constitucional, lo que procede es una reforma o derogación del Código Civil donde corresponda.

ENTREVISTADO 04

Creo que es innecesario a nivel constitucional puesto que ya se cuenta con el derecho fundamental a la igualdad. La discusión debería trasladarse al Código Civil.

ENTREVISTADO 07

La Constitución ya estipula el derecho a la igualdad y toda la jerarquía de los derechos de la persona, no es necesario cuestionar alguna norma en esta instancia.

ENTREVISTADO 02

Debería enfatizarse el punto a nivel de la Constitución, con el fin de evitar futuras controversias.

ENTREVISTADO 05

El Código Civil.

ENTREVISTADO 08

Me parece que el Código Civil es lo más pertinente.

ENTREVISTADO 03

El camino es la derogación del Código Civil.

ENTREVISTADO 06

Los asuntos de familia los desarrolló el libro de familia del Código Civil, por ende debe reformularse allí donde se observa la falta.

ENTREVISTADO 09

Debe precisarse en el Código Civil, tomando como base las disposiciones constitucionales.

ENTREVISTADO 10

Por supuesto el Código Civil, que es donde se cuestiona la prohibición para el caso de la mujer.

Comentario:

La gran mayoría de respuestas a esta interrogante final, por parte de nuestros entrevistados, se decantan especialmente por la modificación del ordenamiento civil en correspondencia con la jerarquía constitucional, esto es, que si ya la Constitución

establece o consagra el derecho de igualdad, no es necesario iniciar una modificación, sino que tal propósito debe apuntar al cuerpo civil, donde se regulan las principales disposiciones a los temas familiares.

3.2.4.- RESULTADO Nro. 04:

Finalmente, para este resultado, se consideró el tenor del cuarto objetivo específico, referido al análisis de la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada a la luz del Derecho comparado.

TABLA 08

Textos comparativos de la legislación comparada.

PAÍS	ART.	TEXTO LEGAL
Perú	Art. 243, inc. 3	Prohibiciones Especiales para contraer matrimonio”, donde se establece “(...) una prohibición legal de contraer inmediatamente matrimonio aplicable exclusivamente a la mujer divorciada, por un lapso de 300 días contados a partir de la anulación o disolución del matrimonio anterior, salvo que haya dado a luz o demuestre médicamente que no está embarazada.
Chile	Ley N° 21.264	Si la mujer contrae sucesivamente dos matrimonios y da a luz un niño después de celebrado el segundo, se presumirá hijo del actual marido, cualquiera que sea el plazo que haya transcurrido desde la disolución del primer matrimonio, sin perjuicio del derecho del actual marido para desconocer esta paternidad si se dan los supuestos previstos en el inciso segundo. Desconocida así la paternidad, se presumirá padre al marido del antecedente matrimonio, siempre que el niño haya nacido dentro de los trescientos días siguientes a su disolución”.

Argentina	Artículo 244	Si mediaren dos matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la separación o disolución del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de separación o de anulación del primero y después de los ciento ochenta días de celebración del segundo tienen por padre al segundo marido. Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario.
Colombia	Artículo 234	Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de dos matrimonios pertenece un hijo y se invocare una decisión judicial, el juez decidirá tomando en consideración las circunstancias y oyendo además el dictamen de los facultativos, si lo creyere conveniente.
Ecuador	Artículo 256	Cuando por haber pasado la mujer a otras nupcias, se dudare a cuál de los dos matrimonios pretende un hijo y se solicitare una decisión judicial, el juez decidirá tomando en consideración las circunstancias, y oyendo el dictamen de facultativos si lo creyere conveniente (...).

INTERPRETACIÓN:

Se puede apreciar que la normatividad civil de los países analizados, presentan una tendencia clara a reconocer la posibilidad de que la mujer divorciada contraiga nuevas nupcias tras su divorcio, en mérito a su carta constitucional que consagra el derecho a la igualdad, y cuando lo dice expresamente, faculta al juez de la causa su resolución final, pero no negándole de plano esa disponibilidad.

3.3.- Resultados de Casaciones

Para complementar nuestra investigación, dada la imposibilidad material de conseguir expedientes sobre causales de divorcio, procedimos a consignar un conjunto de casaciones vinculadas a nuestro tema de estudio, donde se puede observar los plazos recurrentes en el proceso de conocimiento, y unas breves líneas a modo de resumen evaluando la resolución final. Veamos.

TABLA 9
Resultados de casaciones.

N° Casación	Partes Involucradas	Fecha de escritos/resoluciones	Resumen
CASACIÓN 2281-2018	-Dayne Graciela Andia Quispe -Nelson Madariaga Palomino	-Inicio de la demanda el 15 de abril del 2015 -Fecha de apelación 06/06/2017 -Procedencia del recurso de Casación el 19/03/2019	En el presente caso se demanda por causal de separación de hecho , que se inicia con la demanda de fecha 15 de abril de 2015 y se apeló el 06 de junio de 2017 la citada sentencia de primera instancia. De fecha 19 de marzo de 2019, se declaró procedente el recurso de casación.
CASACIÓN N° 2007-2017	-Olga Cecilia Macedo Gonzales de León -Epifanio León Gonzales	-Inicio de la demanda 01/04/2012 -Fecha de apelación el 22/04/ 2016. -Procedencia del recurso de Casación 14/07/ 2017	En el presente caso se demanda por causal de adulterio , que se inicia con la demanda el 01 de abril de 2012, y se apeló el 22 de abril de 2016 la citada sentencia de primera instancia. De fecha 14 de julio de 2017, se declaró procedente el recurso de casación.
CASACIÓN N° 2266 - 2017	-Gina Gilda Barreto Vilela - Luis Daniel Bustíos Caro	-Inicio de la demanda 03/01/2013 -Fecha de apelación (no presenta) Procedencia del recurso de Casación 01/08/2017	En el presente caso se demanda por causal de violencia física o psicológica , que se inicia con la demanda el 03 de enero de 2013, no presenta recurso de apelación en la mencionada casación. De fecha 01 de agosto de 2017, se declaró procedente el recurso de casación.

CASACIÓN N° 4787 - 2017	-Sheila Natalia Raez Kua -Omar Arturo Hoyos Dargent	-Inicio de la demanda, (no presenta), admisión de la demanda 27/03/2013 -Fecha de apelación (no presenta) Procedencia del recurso de Casación 20/03/2018	En el presente caso se demanda por causal de e imposibilidad de hacer vida en común , (no presenta inicio de la demanda), si admitida a trámite el 27 de marzo de 2013, no presenta recurso de apelación en la mencionada casación. De fecha 20 de marzo l de 2018, se declaró procedente el recurso de casación.
CASACIÓN N° 3401 - 2016	-Beatriz Alejandrina Cáceres Tori - Marco Antonio Zumaeta Alicedo	-Inicio de la demanda 11/07/2011 -Fecha de apelación (no presenta) Procedencia del recurso de Casación 25/04/2017.	En el presente caso se demanda por causal de abandono injustificado, separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común , que se inicia con la demanda el 11 de julio de 2011, no presenta recurso de apelación en la mencionada casación. De fecha 25 de abril de 2017, se declaró procedente el recurso de casación.
CASACIÓN N° 817- 2021	-Guadalupe Marleny Herrera Pinto Jaime Jerónimo Puertas Molina	-Inicio de la demanda 27/08/2015 -Fecha de apelación 19/06/2018. Procedencia del recurso de Casación 28/03/2022.	En el presente caso se demanda por causal de separación de hecho , que se inicia con la demanda el 27 de agosto de 2015 y se apeló el 19 de junio de 2018. De fecha 28 de marzo de 2022, se declaró procedente el recurso de casación
CASACIÓN N° 1480 - 2017	-Virginia Huamán de Ayma -Leonidas Ayma Mollehuanca	Inicio de la demanda 07/01/2015 -Fecha de apelación (no presenta). Procedencia del recurso de Casación 28/06/2017.	En el presente caso se demanda por causal de adulterio que se inicia con la demanda el 07de enero de 2015, no presenta apelación en el mencionado recurso casación. De fecha 28 de junio de 2017, se declaró procedente el recurso de casación
CASACIÓN N° 5034-2018	-María Rocío Cano Guerinoni -Walter RicardoLinares Arenaza	Inicio de la demanda (no presenta) pretensión principal 18/09/2015 -Fecha de apelación (no presenta). Procedencia del recurso de Casación 04/06/2019.	En el presente caso se demanda por causal de violencia psicológica que se inicia con la pretensión principal de la demanda el 18de setiembre de 2015, no presenta apelación en el mencionado recurso casación. De fecha 06 de junio de 2019, se declaró procedente el recurso de casación

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1.- RESPECTO DEL RESULTADO 01:

En esta primera parte de la discusión, referido al primer objetivo específico que plantea explicar la figura del divorcio en el ordenamiento civil que prescribe la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada, observamos inicialmente que la dinámica social ha traído consigo una serie de cuestiones que ponen de relieve los diversos tópicos referidos a la familia, y que han sido tratados en nuestras bases teóricas, incluyendo las nuevas conformaciones familiares, y las nuevas libertades que gozan los hijos respecto de sus padres; en las cuestiones de fondo, como afirma Vega (2017), si bien la normatividad familiar no ha sufrido un cambio sustantivo en nuestro ordenamiento, sí se tiene cada vez una mayor presión de grupos de interés que intentan flexibilizar no solo la misma conformación clásica de las familias, sino sus valoraciones intrínsecas y sociales, lo cual demanda del Derecho una alternativa de solución.

Respecto a la primera pregunta planteada a nuestros entrevistados en la tabla 03, se observa que la gran mayoría calificó la actual regulación negativamente por una serie de razones que van desde su contradicción con la norma constitucional hasta razones de índole moral, por lo cual estimamos que existe una sintonía con nuestra investigación.

En efecto, la mayoría precisa que la actual regulación no refleja los nuevos supuestos y tendencias declarativas de voluntad, lo cual es un elemento importante a tener en cuenta viniendo de especialistas en los temas civiles, especialmente. Entre las respuestas más destacada podemos citar al Dr. Yarrow cuando señala que “esta normatividad nacional sobre el punto no tiene asidero constitucional y virtualmente viola varios derechos que le asisten especialmente a la mujer divorciada”.

En cuanto a quienes tuvieron una calificación positiva podemos citar como argumento que se asientan razonablemente en la tradición jurídica que hace prevalecer la constitución de la familia, entre ellas, la opinión del Dr. Cruz Lezcano, cuando afirma que es positiva dado que responde a supuestos cristianos de protección que deben ser observados más allá del vínculo marital. Siendo esto así, observamos un punto de inflexión entre la tradición y modernidad, con lo cual se hace necesario que se tome en cuenta estas motivaciones para superar la regulación existente.

En cuanto a la tabla 04, asumimos en esta nueva interrogante la discusión referida a considerar si el artículo que venimos analizando como objeto de estudio (Art. 243, inc. 3), se encuentra justificado debidamente a la luz de la opinión de los especialistas consultados.

Pues bien, respecto del tema como hemos visto, una sobrada mayoría señaló que tal dispositivo no se encuentra debidamente justificado, dado que no reconoce el derecho constitucional a la igualdad en los sujetos, razón por la cual se ha advertido una colisión con el derecho de las mujeres a celebrar un nuevo matrimonio como sí puede hacerlo el varón sin mayor cortapisa legal. Es entendible que el sustrato constitucional sobresalga pues es el máximo referente para justificar cualquier desarrollo normativo en la estructura legal, con lo que se puede coincidir con Castro (2018), cuando afirma que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye un pilar importante para el Derecho y para institucionalidad democrática de los Estados.

Consideramos que es muy probable que al tiempo que se dictó la norma en cuestión prevaleciera un orden social muy distinto al que tenemos ahora, donde los derechos de las mujeres han ido en avanzada ganando espacios para mantener cierto equilibrio con los derechos de los varones, de ahí que siendo la constitución una norma política un poco más contemporánea, haya dispuesto tal igualdad en los derechos. De otra parte, esto no significa en

modo alguno, que el derecho a la paternidad de los menores se desmerezca o se soslaye, pues para ello se han dictado una serie de normas que esclarecen su reconocimiento por las vías correspondientes; no obstante, debemos precisar además que una parte de nuestros especialistas también las validó en sus respuestas.

Entre las respuestas más destacables podemos citar a la Dra. Vanessa Vitteri cuando afirma que “la mujer divorciada tiene el mismo derecho constitucional que cualquier otra mujer, no debiendo existir ningún tipo de impedimento para que pueda contraer matrimonio. En nuestra sociedad actual una mujer divorciada no necesita un certificado médico para sepa q está en estado de gestación, no debiendo ser esto una dispensa mucho menos una condición para que esta pueda contraer matrimonio”.

4.2.- RESPECTO DEL RESULTADO 02:

Respecto a la cuestión referida a los derechos vulnerados con la prohibición de contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada, según resultados de la tabla 05, se observa que la mayoría de respuestas de los entrevistados ha sido categórica: la prohibición dispuesta para la mujer divorciada en el contexto de nuestro estudio sí se vulnera el derecho a la igualdad que le asiste por mandato constitucional. Esto significa, en buena cuenta, que hay un entendimiento no solo de la observancia frente a tal prohibición, sino de la prelación que debe corresponder al sustrato constitucional (Marquina, 2016).

Entre las respuestas más destacadas sobre el punto conviene considerar al Dr. Hugo Castro cuando afirma que “hay vulneración porque la Constitución no hace mayor distingo en el reconocimiento a la igualdad”, y conforme al Dr. Hidalgo Perea, quien manifiesta que “se debería dar a la mujer todas las libertades que la legislación ofrecer al varón para el caso de un divorcio.

En este mismo punto, en la tabla 06 observamos respecto a la cuestión de los mecanismos o medios técnicos y científicos para determinar o no un embarazo en el caso de una mujer divorciada en el marco del Art. 243 inc. 3 del Código Civil, las repuestas coinciden en afirmar con el Dr. Yarrow cuando señala que “inclusive se puede establecer de forma exacta el momento de la concepción”, o como señala el Dr. Polo que enfatiza que “la ciencia jurídica debe actualizarse pues gracias a los avances médicos se pueden precisar diversas circunstancias que el legislador del Código Civil no las conocía en relación al embarazo de la mujer”.

Por tanto, podemos afirmar que, respecto de la conveniencia de los medios técnicos y científicos para la determinación del embarazo, y frente a la preocupación del Derecho en la determinación de la paternidad, la ciencia y la técnica han logrado disipar cualquier controversia en estas cuestiones, por lo que consideramos que queda validado completamente una mejora en la regulación nacional.

4.3.- RESPECTO DEL RESULTADO 03:

En este punto solicitamos a los entrevistados, de acuerdo al tenor del tercer objetivo específico, referido a proponer un remedio jurídico para el caso de la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada, se observa en la tabla 07 que la mayoría de entrevistados como el Dr. Oswell Ramírez, que la Constitución ya estipula el derecho a la igualdad y toda la jerarquía de los derechos de la persona, no es necesario cuestionar alguna norma en esta instancia. Por tanto, afirmamos también con el Dr. Yarrow que, si ya se cuenta con el sustrato constitucional, lo que procede es una reforma o derogación del Código Civil donde corresponda. Podemos agregar también que diversas posiciones señalan que los asuntos de familia los desarrollan el libro de familia del Código Civil, por ende, debe debería reformularse allí donde se observa la falta.

Asumimos, como lo hace Pareja (2011), que ambas posiciones implican una reforma, es decir, por uno u otro lado se demanda una revisión de la normatividad nacional, con lo cual se deja al criterio del legislador si esta debe ser a partir de una comprensión constitucional del tema o basta solo un cambio de orden civil, siendo en cualquier caso suficiente para remarcar el cambio necesario a este respecto.

4.4.- RESPECTO DEL RESULTADO 04:

En este punto abordamos la relevancia de la legislación comparada en nuestro tema de estudio, encontrando que, de la normatividad civil de los países analizados, presentan una tendencia clara a reconocer la posibilidad de que la mujer divorciada contraiga nuevas nupcias tras su divorcio, en mérito a su carta constitucional que consagra el derecho a la igualdad, y cuando lo dice expresamente, faculta al juez de la causa su resolución final, pero no negándole de plano esa disponibilidad.

Este resultado está convocado para un razonamiento específico de nuestra realidad normativa con la internacional. Como sabemos, nuestro Código Civil peruano corresponde a un documento del siglo pasado, fue promulgado el año 1984, y desde entonces mucha agua ha corrido bajo el puente en materia de familia, especialmente en los temas referidos al matrimonio y al divorcio, pero vemos que el texto sigue vigente como si las cosas fueran las mismas del siglo XX, y a nuestro parecer deben operar una serie de reformas, entre ellas lo relativo al Art. 243, inc. 3 que obliga a la mujer a esperar un plazo de 300 días para contraer nuevas nupcias.

La legislación comparada ya ha incluido estos nuevos aires de modernidad como estamos viendo en el cuadro, por eso es que el legislador tiene varias alternativas para legislar sobre el tema, desde la normativa chilena, hasta las posiciones argentinas o ecuatorianas. De modo que ya no hay excusa para que nuestro legislador propicie una avanzada legislativa y aborde el tema los

demás países lo están haciendo cada uno según su propio contexto, y si bien en el país no es un tema de primer orden, sí encontramos el suficiente basamento constitucional para un cambio, de otro modo tendríamos solo una norma constitucional del tipo declarativa, sin aplicación práctica en nuestra realidad, máxime si estamos en una sociedad que procura una igualdad en los derechos de la mujer.

4.5.- RESPECTO DEL RESULTADO 05:

Finalmente, respecto del análisis casatorio referido a la temática de nuestro tema de estudio, observamos que, en los materiales conseguidos, donde se puede observar los plazos recurrentes en el proceso de conocimiento, por ejemplo, la demanda por causal de adulterio (CASACIÓN N° 2007-2017), se inicia el 01 de abril de 2012, y se apeló el 22 de abril de 2016 la citada sentencia de primera instancia. De fecha 14 de julio de 2017, se declaró procedente el recurso de casación.

Lo que se observa de estos materiales, son los plazos que tiene que seguirse el proceso de conocimiento en la tramitación de un divorcio, donde para el caso de una mujer demandante debe esperar todo el tiempo que demande un proceso de esta naturaleza, constituyendo además una nueva forma de impedimento para lograr materializar su divorcio, que evidentemente dura más allá del tiempo estipulado en la prohibición para contraer nuevas nupcias.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

1.- En la presente investigación se ha logrado analizar que las prohibiciones previstas en el ordenamiento civil vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación tratándose de los casos de mujeres divorciadas, pues obliga específicamente a estas a observar el plazo de 300 días para contemplar la posibilidad de un nuevo divorcio; en tal sentido, en base a los razonamientos jurídicos, entrevistas y legislación comparada, concluimos que la hipótesis planteada en este trabajo se acepta en toda su extensión dado que constituye una exigencia exclusiva para las mujeres.

2.- Se concluye que hoy en día las familias vienen sufriendo una serie de afectaciones incluyendo nuevos tipos y conformaciones familiares, lo cual le otorga una dinámica que debe ser atendida por el legislador; no obstante, la normatividad familiar no puede estar por encima de un mandato constitucional, y esto es lo que ocurre con la actual prohibición para el caso de las mujeres divorciadas, por lo que es determinante considerar la prevalencia del derecho a la igualdad y no discriminación consagrado a nivel de la carta constitucional, sin perjuicios ni prevalencias para ninguno de los sexos.

3.- Se concluye que los fundamentos jurídicos y sociales que llevaron al legislador a sancionar un plazo determinado en el Art. 243 inc. 3, exclusivamente para la mujer divorciada corresponden a una realidad del siglo pasado y muy distinta a la de esta nueva época; si bien entraña como fundamento la necesidad de evitar posibles conflictos de paternidad para el caso de los menores, que puedan derivarse de las nuevas nupcias hoy en día, la referida finalidad no resulta razonable ni necesaria tomando en consideración las normas que sobre la materia de filiación contiene el propio Código Civil y los avances que en la materia de establecimiento de la filiación con la prueba del ADN.

4.- Finalmente, se concluye que el derecho a la igualdad y no discriminación tienen un basamento constitucional que no puede ser soslayado por la ley común, y que representa una evolución en los derechos fundamentales de las personas, a los cuales deben adecuarse las diversas normativas particulares, tal como ya se viene haciendo en los diversos ordenamientos legales que para estos efectos se analizaron en la presente investigación.

REFERENCIAS

- BERNALES, E. (2011). *CONSTITUCIÓN COMENTADA*. LIMA: GACETA JURÍDICA.
- BIOGENÓMICA. (2017). *BIOGENÓMICA/INFORMES*. Obtenido de ADN-ADMISIBILIDAD LEGAL: https://www.biogenomica.com/admisibilidad_legal.htm
- CHAVEZ, H. C. (s.f.). *DERECHO FAMILIAR PERUANO*. LIMA: STUDIUM.
- CNN. (20 de 09 de 2020). *CNN.CL*. Obtenido de https://www.cnnchile.com/pais/pinera-ley-impedimento-segundas-nupcias-mujeres_20200904/
- DEL PICÓ RUBIO, J. (2011). EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA CONCEPCIÓN DE FAMILIA. *IUS ET PAXIS*, 31-56.
- DÍAZ, P. (ABRIL de 2018). *IPDERECHO*. Obtenido de IPDERECHO: <https://lpderecho.pe/iii-pleno-casatorio-civil-indemnizacion-en-el-proceso-de-divorcio-por-causal-de-separacion-de-hecho/>
- FERNÁNDEZ GUEVARA, D. (2014). *DERECHO CIVIL- PRELIMINARES*. LIMA: JURÍDICAS.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, M. (s.f.). *PUCP*. Obtenido de REVISTAS VIRTUALES: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18290>
- MALLQUI REYNOSO, M. (2001). *DERECHO DE FAMILIA*. LIMA-PERU: SAN MARCOS.
- MENACHO CASTRO, L. (2011). *INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL*. LIMA: EJ.
- PEZET, M. S. (1983). *DERECHO DE FAMILIA*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- PIMENTEL, G. P. (1981). *ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL PERUANO* . LIMA-PERU: TOMO.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. (2014). *EL DIVORCIO*. LIMA: GACETA JURÍDICA.
- PLANIOL. (1990). *IDEAS PARA UN CODIGO DE FAMILIA*. LIMA-PERU.
- TARAMONA, J. (1983). *MANUAL DEL JUICIO DE DIVORCIO*. LIMA: DEL CENTRO.
- TOMA, P. B. (2008). *MANUAL DE DERECHOS DE FAMILIA*. LIMA: EDICIONES JURIDICAS.
- VALVERDE, C. V. (1926). *TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL*. ESPAÑA: TALLERES TIPOGRAFICOS CUESTA.
- VEGA MERE, Y. (2014). *DERECHO FAMILIAR PERUANO*. LIMA: GACETA JURÍDICA.

ANEXOS:

CUESTIONARIO- PROYECTO DE TESIS

**“ANÁLISIS SOBRE LA PROHIBICIÓN LEGAL PARA CONTRAER
MATRIMONIO EN EL CASO DE MUJER DIVORCIADA (PERÚ-2022)”**

Nombre:.....

El presente cuestionario nos servirá para desarrollar nuestro tema de Tesis, referido a analizar los derechos constitucionales que se vulneran en la prohibición legal para contraer matrimonio en el caso de mujer divorciada, Perú- 2022. Sírvase responder las siguientes preguntas.

1.- ¿En términos generales, cómo califica la actual regulación del divorcio respecto a la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio en nuestro ordenamiento civil?

Positiva

Negativa

¿Por qué?

2.- ¿Considera usted q el artículo 243 inciso 3 del Código Civil referido a la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada se encuentra debidamente justificado?

Sí

No

¿Por qué?

3.- ¿Considera que el derecho a la igualdad y no discriminación se vulnera con la prohibición de contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada?

Sí

No

¿Por qué?

4.- ¿Cree usted que actualmente se cuenta con los medios técnicos y científicos para determinar o no un embarazo en el caso de una mujer divorciada en el marco del Art. 243 inc. 3 del Código Civil?

Sí

No

¿Por qué?

5. ¿Sobre qué cuerpo normativo debe operar el remedio jurídico frente a la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada?

Constitución

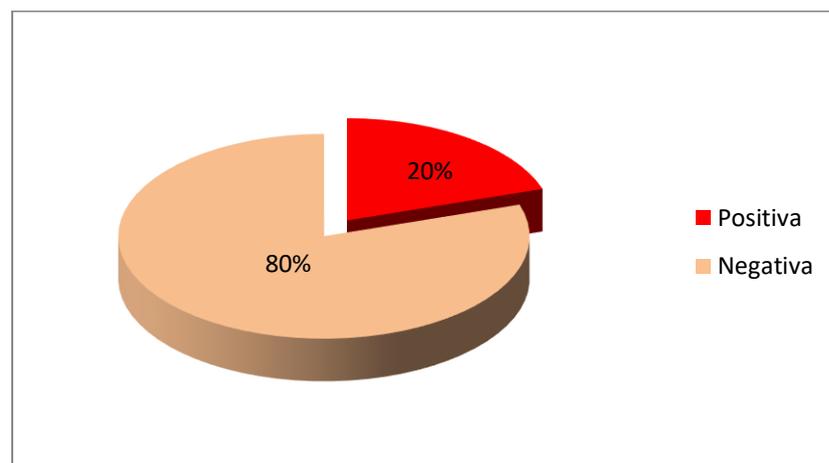
Código Civil

Muchas gracias por su tiempo.

PRINCIPALES PORCENTAJES DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS

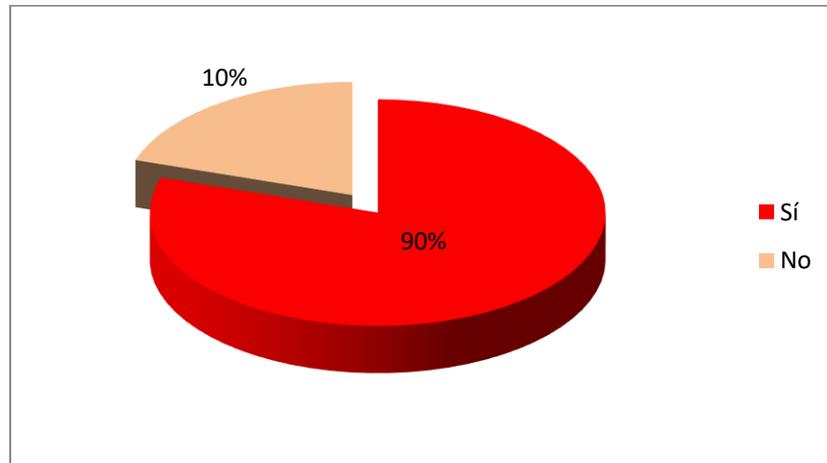
**EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO CIVIL Y LA PROHIBICIÓN PARA
CONTRAER MATRIMONIO:**

PREGUNTA	RESPUESTA	PORCENTAJE	RAZONES
¿Cómo califica la actual regulación del divorcio respecto a la prohibición legal para contraer nuevo matrimonio en nuestro ordenamiento civil?	POSITIVA	20%	Se asienta en la tradición jurídica que hace prevalecer la constitución de la familia.
	NEGATIVA	80%	No refleja los nuevos supuestos y tendencias declarativas de voluntad.



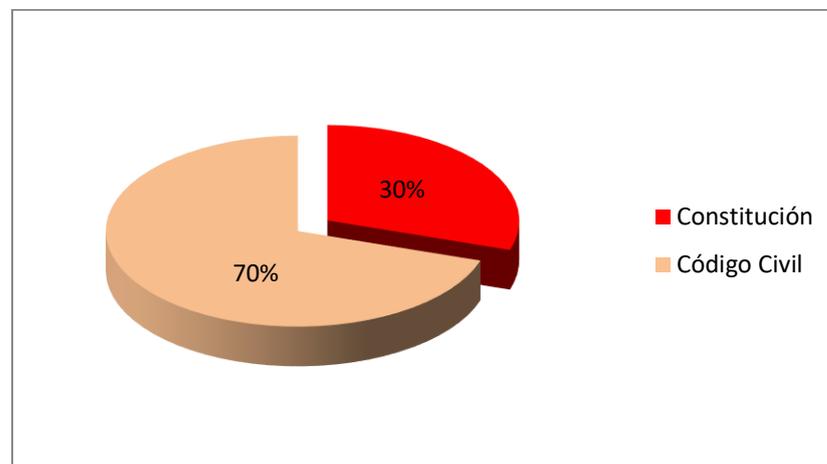
**DERECHOS VULNERADOS CON LA PROHIBICIÓN DE CONTRAER
NUEVO MATRIMONIO EN CASO DE MUJER DIVORCIADA:**

PREGUNTA	RESPUESTA	PORCENTAJE	RAZONES
¿Considera que el derecho a la igualdad y no discriminación se vulnera con la prohibición de contraer nuevo matrimonio en caso de mujer divorciada?	Sí	90%	La jerarquía constitucional fundamenta la igualdad entre los sujetos.
	No	10%	Se hace necesario tener en cuenta derechos conexos vinculados a la prole.



**REMEDIO JURÍDICO FRENTE A LA PROHIBICIÓN LEGAL PARA
CONTRAER NUEVO MATRIMONIO EN CASO DE MUJER DIVORCIADA:**

PREGUNTA	RESPUESTA	PORCENTAJE	RAZONES
¿Sobre qué cuerpo normativo debe operar el remedio jurídico frente a la prohibición legal para contraer matrimonio en caso de mujer divorciada?	Constitución	30%	La norma fundamental de la que se deriva todo nuestro ordenamiento.
	Código Civil	70%	El Código Civil debe operar una modificatoria sustantiva al respecto.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 2007-2017 ANCASH
DIVORCIO POR CAUSAL**

Se advierte claramente que en el referido extremo resolutivo de la sentencia de vista se ha incurrido en un evidente defecto de motivación, pues es notoria la incongruencia que existe entre sus partes, expositiva y considerativa con la resolutive, lo transgrede los incisos 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Lima, trece de setiembre de dos mil dieciocho. -

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; vista la causa N° 2007-2017, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

• **I. MATERIA DEL RECURSO**

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto a fojas 245 por la demandante Olga Cecilia Macedo Gonzales de León, contra la sentencia de vista de fecha 13 de enero de 2017 (fojas 215), que **confirmó** la sentencia de primera instancia de fecha 13 de marzo de 2016, (fojas 171), que declaró fundada la demanda de divorcio por causal de adulterio, en consecuencia: **a.-** Queda disuelto el vínculo matrimonial contraído entre los sujetos procesales el 26 de octubre de 1985 ante los Registros Civiles de la Municipalidad de distrital Janjas, Provincia de Huaraz, Departamento de Ancash, por tanto; **b.-** Fenecido el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales desde el 05 de julio de 2012 (fecha en que fue notificada la demanda al emplazado) a mérito de lo establecido en el artículo 391 del Código Civil modificado por la Ley N° 27495 para efectos de relaciones entre los ex cónyuges; **c.-** Carece de objeto pronunciarse sobre la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos porque los hijos habidos durante el matrimonio son mayores de edad; **d.-** Se dispone la liquidación de la sociedad de gananciales respecto del inmueble ubicado en el Caserío Shancayan, Lote denominado Shirapampa Distrito de Independencia, Provincia de Huaraz, Departamento de Ancash inscrito en los Registros Públicos en el Partida Electrónica N° 11004905 de propiedad de la sociedad conyugal, el que será dividido en partes iguales previa tasación que se efectuará en liquidación de sentencia; **e.-** Se dispone que subsista la obligación alimentaria entre cónyuges señalándose como pensión alimenticia a favor de la demandante la suma de 150 soles; **e integrándola** dispusieron el pago de la correspondiente indemnización a favor de la actora ascendente a la suma de S/ 1,000 (un mil y 00/100 soles) en los seguidos por la recurrente con Epifanio León Fernández sobre divorcio por la causal de adulterio

II. ANTECEDENTES

- 1.- Demanda

Por escrito presentado el 01 de abril de 2012 (fojas 07, subsanada a fojas 12), Olga Cecilia Macedo Gonzales, interpone demanda la que la dirige contra su cónyuge, Epifanio León Gonzales, solicitando que previo los tramites de ley, se declare la disolución del vínculo matrimonial existente entre los sujetos procesales, debiendo ordenarse que se inscriba el divorcio en el Registro Civil del Distrito de Jangas, Provincia de Huaraz, Departamento de Ancash, argumentando básicamente lo siguiente:

- Contrajeron matrimonio en la Municipalidad de Jangas, Provincia de Huaraz, el 26 de octubre de 1985, habiendo procreado dos hijos durante la vigencia de aquel, quienes, a la fecha de interposición de la demanda, son mayores de edad.
- Señala que, por asuntos de trabajo, desde hace 20 años el emplazado se ausentaba por más de un mes del hogar conyugal, indicando que su centro laboral, es el Parque Nacional Huascarán.
- Expresa que por terceras personas se enteró que su esposo mantenía relaciones adulterinas con otra mujer y en mayo de 2011, llegó en forma sorpresiva su trabajo, encontrándolo con su amante, optando por retirarse en forma pacífica para evitar conflictos.
- Después de ese hecho el emplazado se retiró en forma voluntaria del domicilio conyugal, viéndose en la necesidad la demandante de interponer la respectiva denuncia por abandono de hogar, habiéndose enterado con posterioridad que su cónyuge tiene una hija, producto de su relación adulterina, cuyo nombre es Vilma Beity León Uchpas y ha sido reconocida por aquel, por lo que ante la imposibilidad de rehacer su relación recurre al órgano jurisdiccional requiriendo la correspondiente tutela judicial efectiva que le asiste.
- 2. Contestación de Demanda

Mediante escrito presentado el 19 de junio de 2012, el demandado, contesta la demanda como se advierte a folios 24, señalando básicamente que:

- Formula su allanamiento a los hechos y fundamentos esgrimidos por la actora en su demanda.
- Reconoce hidalgamente que mantuvo relaciones extramatrimoniales con Vilma Crusa Uchpas y fruto de ellas, nació la menor Vilma Beity León Uchpas.
- No es cierto que haya abandonado el hogar conyugal porque continúa ocupando un espacio físico en el domicilio que lo tienen ubicado en la ciudad de Huaraz.
- Indica que no han existido factores de desavenencia o controversia conyugal, expresando que, por razones laborales, permanece en su puesto de trabajo veintidós días

consecutivos al mes y descansado ocho, motivando esta circunstancia, desde hace muchos años, un alejamiento temporal del hogar conyugal, el que finalmente derivó, en el inicio de la citada relación extramatrimonial.

- 3. Contestación de Demanda

Mediante escrito presentado el 03 de abril de 2013, contesta la demanda el Fiscal Provincial de Independencia del Distrito Judicial de Ancash, como se advierte a folios 48, señalando básicamente que, como parte imparcial, el Ministerio Público se atiene a las pruebas que actúen las en el proceso.

- 4. Puntos Controvertidos

Por resolución N° 09 de 16 de mayo de 2013 (fojas 57), se declaró saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, citándose para audiencia el día catorce de octubre del mismo, la que se llevó cabo conforme a los términos del acta de folios 71 y en la que se fijaron los siguientes puntos controvertidos (fojas 73):

- Determinar la existencia del matrimonio civil entre Olga Cecilia Macedo Gonzales y Epifanio León Fernández y el tiempo de duración del mismo.
 - Determinar la existencia de bienes muebles e inmuebles adquiridos durante el matrimonio a fin de liquidarse la sociedad de gananciales.
 - Determinar si han procreado hijos y si estos son mayores o menores de edad a fin de establecer el régimen de visitas, tenencia, patria potestad y alimentos.
 - Determinar si el demandado, Epifanio León Fernández ha incurrido en la causal de adulterio que dé lugar a la disolución del vínculo matrimonial.
 - Determinar si corresponde disponer el cese de la obligación alimentaria entre cónyuges
- 5. Sentencia de Primera Instancia

El Primer Juzgado Mixto de Familia de Huaraz, mediante resolución N° 23 del 09 de marzo de 2016 (fojas 171), ha declarado **FUNDADA** la demanda, sosteniendo básicamente que de autos se advierte que con la partida de nacimiento de la menor Vilma Beity León Uchpas, nacida el día 30 de octubre de 2011, se acredita que sus padres son el ahora demandado y Vilma Crusa Uchpas Vidal, habiendo nacido cuando el matrimonio de los sujetos procesales se encontraba vigente, evidenciándose de esta manera de forma fehaciente que efectivamente el emplazado ha incurrido en la causal de adulterio. Por otro lado, también se encuentra acreditado meridianamente el estado de necesidad de la actora, así como la posibilidad económica del demandado, ya que éste cuenta con un trabajo estable como es el de guarda parques en una zona protegida por el Estado (Parque Nacional Huascarán), conclusión a la que arribo en mérito a las declaraciones efectuadas por las partes en sus escritos postulatorios.

- 5. Recurso de Apelación

Mediante escrito presentado el 22 de abril de 2016 (fojas 186), la demandante, Olga Cecilia Macedo Gonzales de León interpone recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, alegando lo siguiente:

- La sentencia apelada no se encuentra arreglada a ley en el extremo que dispone que la liquidación de gananciales sobre el inmueble se efectúe en partes iguales entre ambos cónyuges, por cuanto debió adjudicársele preferentemente a la recurrente.
- El A quo no tuvo en cuenta que una de las consecuencias del divorcio por la causal de adulterio es precisamente la perdida de las gananciales debido a la ruptura del vínculo matrimonial con la conducta adulterina del cónyuge conforme a lo establecido por el artículo 352 del Código Civil.
- Refiere que al haber el demandado actuado con deslealtad al vínculo matrimonial no solo propicio un gran daño moral a la demandante sino también un daño personal que hasta la fecha la recurrente no ha podido superar; en ese sentido al existir un cónyuge perjudicado a parir de la conducta del otro que incumplió con los deberes maritales, es pertinente aplicar las disposiciones de los artículos 345 – A; 352 y 350 del Código

Civil

- 7. Sentencia de Vista

La Sala Civil Permanente de la Corte de Ancash, por resolución del 13 de enero de agosto de 2015 (fojas 213) **confirmó** la apelada en todos sus extremos y la **íntegro** en cuanto al extremo indemnizatorio, fundamentalmente por:

- En el caso de autos si bien la demandante no habría solicitado en forma expresa la indemnización o reparación por daño moral sufrido a partir de la conducta reprochable a su cónyuge, pero si manifestó a través de sus fundamentos de hecho y derecho que el demandado incurrió en la causal de adulterio ocasionando la ruptura del vínculo matrimonial faltando a sus deberes de fidelidad, quebrantando su proyecto de vida, hechos que son corroborados por las pruebas aportadas al proceso, a lo que se agrega que el demandado al contestar al demanda se allana aceptando todos los puntos que denuncia el demandante en cuanto a su fidelidad y el cumplimiento de sus deberes conyugales.
- En dicho orden de ideas, estando probada la causal de divorcio por adulterio y la afectación a la demandante al haberse comprometido gravemente su interés personal, según lo establece en el artículo 351 del Código Civil, resulta arreglado a ley y a derecho que se le otorgue una reparación o indemnización a la demandante por los daños, moral y personal, irrogados
- Por otro lado, se encuentra arreglado a ley el extremo de la apelada referido a la liquidación de gananciales respecto del inmueble conyugal, resultando prudente y equitativo, la decisión del A quo no siendo de aplicación lo establecido en el artículo 352 del Código Civil pues se trata de un bien que forma parte de la sociedad de gananciales,

así como tampoco es aplicable el artículo 345 - A del acotado debido a que dicha norma es aplicable al divorcio por la causal de separación de hecho.

- Conforme al artículo 350 del Código Civil, no debe exonerársele al demandado de continuar prestando alimentos a favor de su cónyuge, pues es de verse que la actora no cuenta con los recursos necesarios para sostenerse económicamente, así como a sus hijos que cursan estudios universitarios. La demandante se encuentra en estado de necesidad al no contar con un trabajo seguro que le genere ingresos mensuales o semanales.

- **III. CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN**

Esta Suprema Sala, por resolución de 14 de julio de 2017 (fojas ciento 36 del cuaderno de casación), ha declarado la procedencia del recurso por las siguientes causales:

a.- Infracción normativa del artículo: 139 numerales 3) y 5) de la Constitución Política del Perú, alega que, la Sala Civil vulneró el derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales.

b.- Infracción normativa de los artículos 343, 352, 243 y 252 del Código Civil, aduciendo que la Sala Civil ha inaplicado los artículos 343 y 352 del Código Civil al señalar que la determinación de cónyuge perjudicado sólo procede y es aplicable en el divorcio por la causal de separación de hecho, más no en el divorcio por la causal de adulterio, por lo que no le corresponde monto indemnizatorio alguno por no haberlo solicitado. Sin embargo, la recurrente, persigue la aplicación de los artículos 243 y 252 del Código Civil, en tanto que con el adulterio que el demandado aceptó que cometió, le causó sufrimiento, generándole daño moral, pues la afectó psicológica y moralmente, lo cual debe ser resarcido por el cónyuge culpable; Agrega que el juez se encuentra en la obligación de aplicar la normatividad pertinente para resarcir el daño sufrido por el cónyuge inocente, aun cuando no haya solicitado monto indemnizatorio. Por ello indica que, como resarcimiento por el mencionado daño, al ser la cónyuge perjudicada se le deberá adjudicar la propiedad del lote sub litis, que fue bien común durante la vigencia de la sociedad conyugal y donde actualmente vive al haber abandonado el demandado el hogar conyugal desde que la recurrente descubrió la relación amorosa adulterina. Asimismo, refiere que si en la institución del divorcio por la causal de separación de hecho, que es menos dolorosa que el divorcio por la causal de adulterio, se adjudica como parte de la indemnización al cónyuge perjudicado con la conducta del culpable, el bien de la sociedad conyugal, por qué no aplicarse a la causal de adulterio, que es más grave. Finalmente, indica que su pedido casatorio es anulatorio

- **IV. CUESTION JURÍDICA EN DEBATE**

De la lectura de los fundamentos del recurso de casación, así como de la resolución de procedencia a que se ha hecho referencia con anterioridad se establece que la materia jurídica en discusión se centra en determinar si la sentencia de vista ha sido emitida infringiendo los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como los artículos 343, 352, 243 y 252 del Código Civil.

- V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA

PRIMERO: Que, existiendo denuncias por vicios *in iudicando* e *in procedendo*, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de estimarse, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida.

SEGUNDO: Existe infracción normativa, cuando la resolución impugnada padece de anomalía, exceso, error o vicio de derecho en el razonamiento judicial decisorio lógico- jurídico –*ratio decidendi*- en el que incurre el juzgado (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación, contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso) perjudicial para la resolución de la controversia y nocivo para el sistema jurídico, que se debe subsanar mediante las funciones del recurso de casación

TERCERO: El derecho al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, comprende a su vez, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, mediante las sentencias en las que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, norma que resulta concordante con lo preceptuado en los incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del mismo modo debe precisarse que la exigencia de la motivación suficiente, prevista en el inciso 5 del referido artículo constitucional, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del juez; de allí, que una resolución que carezca de motivación suficiente no sólo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional¹.

CUARTO: De igual manera, el Tribunal Constitucional estableció que “El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. A mayor abundamiento, el Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso².”

QUINTO: La doctrina ha sostenido que las autoridades judiciales están sujetas al derecho fundamental al debido proceso, como también que el ejercicio de sus funciones públicas se encuentra delimitado por el marco de lo jurídicamente autorizado. Así, ninguna autoridad judicial podrá desbordar los márgenes de juridicidad en el ejercicio de sus competencias, pues ellas no le han sido dadas como fin sino como medio para conseguir la protección y garantía de la “recta administración de justicia”. (...). De tal modo, si la jurisdicción no imparte una recta administración de justicia y, por ejemplo, dicta una sentencia que adolece de vicios o errores de derecho, violará el derecho fundamental al debido proceso. En ese sentido, el principio de la doble instancia es otro principio integrador del debido proceso, muy ligado a los derechos de defensa y de contradicción, en la medida en que posibilita el ejercicio de la defensa contra las decisiones judiciales (...). El contenido de este principio consiste en el derecho a que la sentencia judicial pueda ser revisada por

¹ Cas. N° 474-2016 - Lima.

² EXP. N.º 03433-2013-PA/TC LIMA SERVICIOS POSTALES DEL PERÚ S.A. - SER POST S.A.

Representado(a) por MARIELA ROXANA OJEDA CISNEROS - ABOGADA Y APODERADA JUDICIAL

el superior del juez que la emitió y se hace efectiva por vía de la apelación (..) como grado de jurisdicción. En esta dirección también debe señalarse que el principio de la doble instancia y la posibilidad de controvertir la decisión judicial otorgan su sentido al recurso de apelación³.

SEXTO: En tal sentido, el principio de congruencia, cuya trasgresión la constituye el llamado “vicio de incongruencia”, es entendido como “desajuste” entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones o sus argumentos de defensa, pudiendo clasificarse en incongruencia omisiva o *ex silentio* – cuando el órgano judicial no se pronuncia sobre alegaciones sustanciales formuladas oportunamente-, la incongruencia por exceso o *extra petitum* – cuando el órgano jurisdiccional concede algo no planteado o se pronuncia sobre una alegación no expresada- y la incongruencia por error, en la que concurren ambos tipos de incongruencia, dado que en este caso el pronunciamiento judicial recae sobre un aspecto que es ajeno a lo planteado por la parte, dejando sin respuesta lo que fue formulado como pretensión o motivo de impugnación⁴.

SEPTIMO: Se advierte de autos que el Colegiado Superior al absolver el grado se pronunció sobre los agravios expuestos por la apelante en su recurso, acogiendo el pago de la correspondiente indemnización por ser la cónyuge perjudicada con el divorcio por la causal invocada, a pesar de que dicho extremo no fue requerido por aquella en su escrito postulatorio ni fijado como tema a debatir en el proceso, habiendo establecido en merito a la prueba actuada que se le han irrogado daños, moral y personal, por lo que deviene en procedente acoger dicho pedido conforme con lo establecido en el artículo 351 del Código Civil y la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00782-2013-PA/TC como se advierte del octavo de considerando de la recurrida.

OCTAVO: Asimismo, con respecto a las restantes denuncias contenidas en la referida impugnación, el Ad quem considero que debían ser desestimadas porque en nada alteraban el sentido de lo resuelto sobre aquellas por el A quo, habiendo analizado la fundamentación de la apelada respecto las alegaciones de las partes, establecidas como puntos controvertidos sometidos a debate, todo lo cual permite concluir que la recurrida se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, en su parte considerativa, conforme a las exigencias de las normas denunciadas bajo la causal *in procedendo*

NOVENO: Sin embargo la parte resolutive, acápite 1, de dicha sentencia consigna expresamente lo siguiente: “*Confirmar la sentencia contenida en la resolución número catorce de fecha treinta de junio de dos mil quince inserta de fojas ciento setenta y nueve al ciento noventa y dos que falla: “declarando fundada la demanda interpuesta por Morales Solís Aquiles Teodoro sobre divorcio por la causales de violencia física y psicológica y separación de hecho contra Urbano Figueroa Eusebia Esperanza, en consecuencia, declarase infundadas las tachas interpuestas por la demandada; y fundada en parte la demanda de divorcio de fojas treinta y ocho a cuarenta y cinco, en el extremo de la causal de separación de hecho por más de dos años, interpuesta por don Aquiles Teodoro Morales Solís contra doña Eusebia Esperanza Urbano Figueroa, en consecuencia, se declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por ambos en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Huaraz, el día seis de julio de mil novecientos setenta y nueve a que refiere la partida de matrimonio numero doscientos doce con lo demás que contiene”.*

³ Bernal Pulido Carlos, El Derecho de los derechos- Universidad externado de Colombia, setiembre de 2011 Pag 353, 354 y 373.

⁴ Cas. 2813-2010 Lima

DECIMO: Siendo ello así, se advierte claramente que en el extremo resolutivo de la sentencia de vista se ha incurrido en un evidente defecto de motivación, pues es notoria la incongruencia que existe entre sus partes, expositiva y considerativa con la resolutive, a pesar que el extremo que integra la apelada se ajusta a lo actuado en autos y al derecho.

DECIMO PRIMERO: En efecto, la deficiencia advertida contradice la fundamentación esgrimida en los considerandos con respecto a lo que fuera materia de debate, no existiendo identidad de los sujetos procesales ni de las pretensiones propuestas, menos la decisión respecto a lo que se decide u ordena con respecto a aquellas que fueron amparadas en la apelada y la forma en que debería ejecutarse cada una ellas, pues el A quo en mérito a los puntos controvertidos y la prueba actuada en el proceso estableció la disolución del vínculo matrimonial contraído entre los sujetos procesales el 26 de octubre de 1985 ante los Registros Civiles de la Municipalidad de Janjas, Provincia de Huaraz, Departamento de Ancash, así como el fenecimiento del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales desde el 05 de julio de 2012 (fecha en que fue notificada la demanda al emplazado), deviniendo en irrelevante carece de objeto pronunciarse sobre la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos porque los hijos habidos durante el matrimonio son mayores de edad. Asimismo, dispuso a liquidación de la sociedad de gananciales respecto del inmueble de sociedad conyugal y la forma en que debería efectuarse, así como la subsistencia de obligación alimentaria entre cónyuges estableciendo el monto de la pensión alimentaria a favor de la recurrente

DECIMO SEGUNDO: Por tanto, queda claro que si la impugnante no hubiera recurrido a este Tribunal de Casación, se tornaría en inejecutable la acotada sentencias dada la manifiesta incongruencia del citado extremo resolutivo con el mérito de actuado, circunstancia que hubiera transgredido los derechos de las partes al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debiendo precisarse que el error material advertido no es subsanable en esta sede en aplicación de la parte in fine del artículo 397 del Código Procesal Civil, dada la transcendencia del mismo y la deficiente motivación de la parte resolutive que no se ajusta a derecho ni al mérito de lo actuado, por lo que la denuncia por infracción normativa procesal debe ser amparada.

DECIMO TERCERO: La configuración de la citada causal impide el análisis de la referida a la infracción normativa los artículos 343, 352, 243 y 252 del Código Civil, pues es evidente que al ser amparada, debe disponerse el reenvío de los autos con la finalidad de que Sala de Mérito proceda a la subsanación correspondiente del acápite 1 de la parte resolutive de la sentencia de vista, manteniendo la integración de la apelada con respecto la pretensión indemnizatoria, pues éste se encuentra arreglado a ley.

VI. DECISIÓN

Por tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Olga Cecilia Macedo Gonzales de León (folio 245), y en consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de 13 de enero de 2017 (obrante a fojas 213); **ORDENARON** que la Sala Superior de su procedencia expida una nueva resolución teniendo en cuenta lo expuesto en la presente sentencia. **RECOMENDARON** al ponente señor Dwight Guillermo García Lizárraga, ponga mayor celo en el ejercicio de su función y redacción de sus resoluciones, pues el error que ha cometido dilata el proceso en perjuicio de los justiciables, asimismo a los integrantes del colegiado tengan mayor cuidado al firmar las resoluciones. **MANDARON** publicar la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabilidad, en los seguidos contra Epifanio León Fernández sobre divorcio por causal; y los devolvieron. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **Huamaní Llamas.-**

SS.

TÁVARA CORDOVA
HURTADO REYES
HUAMANÍ LLAMAS
SALAZAR LIZÁRRAGA
CALDERÓN PUERTAS