

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
**FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**«Análisis constitucional de la concepción heterosexual del matrimonio en el Perú a  
partir de la jurisprudencia de la CIDH»**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTORES:**

Bach.: Pisco Baltodano, Elvis Jesus.

Bach.: Verastegui Cordova, Lia Carolina.

**ASESORA:**

Mg. Gonzales Napurí, Rosina Mercedes

DNI N°: 32965438

Código Orcid: 0000-0001-9490-5190

**NUEVO CHIMBOTE - PERÚ**

**2023**

## HOJA DE CONFORMIDAD DE LA ASESORA

La presente tesis titulada: “Análisis constitucional de la concepción heterosexual del matrimonio en el Perú a partir de la jurisprudencia de la CIDH”, ha sido elaborada según el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado por Resolución N° 580-2022-CU-R-UNS del 22 de agosto de 2022, para obtener el Título Profesional de Abogado, mediante modalidad de Sustentación y Aprobación de Tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo en calidad de asesora, designada mediante Resolución Decanatural N° 389-2022-UNS-DFEH de 6 de setiembre de 2022



ASESORA

**Gonzáles Napurí, Rosina Mercedes**

DNI 32965438

CÓD. ORCID N° 0000-0001-9490-5190

## HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO EVALUADOR

Terminada la tesis titulada: “Análisis constitucional de la concepción heterosexual del matrimonio en el Perú a partir de la jurisprudencia de la CIDH”, se considera aprobados a los bachilleres: Elvis Jesus Pisco Baltodano con código 0201535015 y Lía Carolina Verástegui Córdova con código 0201535024.

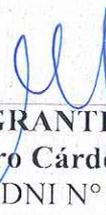
Revisado y aprobado por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 353-2023-UNS-CFEH de 9 de agosto de 2023



**PRESIDENTE DEL JURADO**  
**Gutiérrez Cruz Milagritos Elizabeth**  
DNI N° 43971856  
CÓD. ORCID: N° 0000-0002-7759-3209



**INTEGRANTE DEL JURADO**  
**Gonzáles Napurí, Rosina Mercedes**  
DNI N° 32965438  
CÓD. ORCID: N° 0000-0001-9490-5190



**INTEGRANTE DEL JURADO**  
**Castro Cárdenas, Rosa Luz**  
DNI N° 32885730  
CÓD. ORCID: N° 0000-0001-5094-2862



**UNS**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DEL SANTA



**EPDCP**  
ESCUELA PROFESIONAL  
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA  
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES**

**ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS**

En el distrito de Nuevo Chimbote, siendo las 18:30 horas del día 15 de setiembre del año dos mil veintitrés, en el aula B1 del Pool de aulas de la Universidad Nacional de Santa, se reunieron el Jurado Evaluador presidido por la Ms. Milagritos Elizabeth Gutiérrez Cruz, teniendo como integrantes a la Ms. Rosina Mercedes Gonzales Napurí y a la Ms. Rosa Luz Castro Cárdenas, para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, del bachiller en Derecho y Ciencias Políticas **PISCO BALDODANO ELVIS JESUS**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado: **“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA CONCEPCIÓN HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH”**

Terminada la sustentación, el bachiller respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: **APROBADO**; según el Art. 39º del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución N° 580-2022-CU-R-UNS del 22 de agosto de 2022).

Siendo las veinte horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

**Nuevo Chimbote, 15 de setiembre de 2023**

  
Ms. Gonzales Napurí Rosina M.  
INTEGRANTE DEL JURADO

  
Ms. Gutiérrez Cruz Milagritos E.  
PRESIDENTE DEL JURADO

  
Ms. Castro Cárdenas Rosa L.  
INTEGRANTE DEL JURADO



**UNS**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DEL SANTA



**EPDCP**  
ESCUELA PROFESIONAL  
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

## ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, siendo las 18:30 horas del día 15 de setiembre del año dos mil veintitrés, en el aula B1 del Pool de aulas de la Universidad Nacional de Santa, se reunieron el Jurado Evaluador presidido por la Ms. Milagritos Elizabeth Gutiérrez Cruz, teniendo como integrantes a la Ms. Rosina Mercedes Gonzales Napurí y a la Ms. Rosa Luz Castro Cárdenas, para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADA, de la bachiller en Derecho y Ciencias Políticas **VERASTEGUI CORDOVA LIA CAROLINA**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado: **“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA CONCEPCIÓN HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH”**

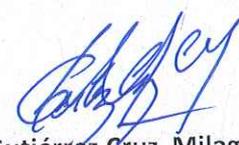
Terminada la sustentación, el bachiller respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO; según el Art. 39º del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución N° 580-2022-CU-R-UNS del 22 de agosto de 2022).

Siendo las veinte horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 15 de setiembre de 2023

  
Ms. Gonzales Napurí Rosina M.  
INTEGRANTE DEL JURADO

  
Ms. Gutiérrez Cruz Milagritos E.  
PRESIDENTE DEL JURADO

  
Ms. Castro Cárdenas Rosa L.  
INTEGRANTE DEL JURADO

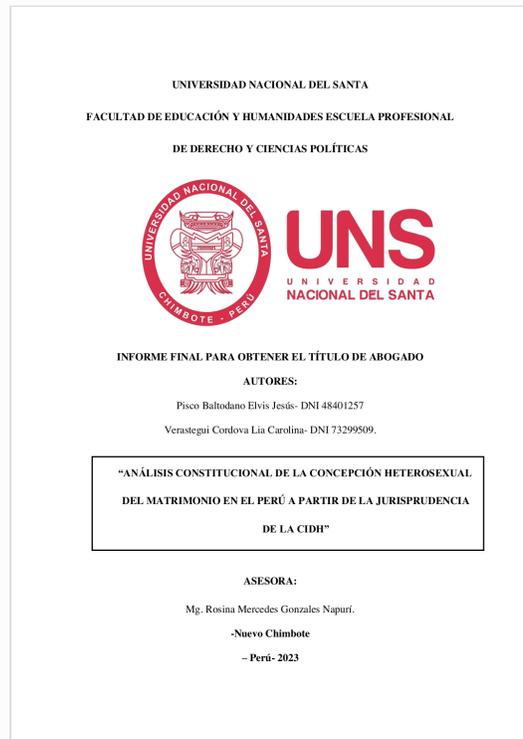


## Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Elvis Jesus Pisco Baltodano  
Título del ejercicio: INFORME DE TESIS  
Título de la entrega: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA CONCEPCIÓN HETEROSEX...  
Nombre del archivo: E\_FINAL\_2023\_TESIS\_Turnitin\_-1.pdfELVIS\_PISCO-LIA\_VERAST...  
Tamaño del archivo: 982.62K  
Total páginas: 193  
Total de palabras: 47,955  
Total de caracteres: 269,502  
Fecha de entrega: 05-jul.-2023 05:12a. m. (UTC-0500)  
Identificador de la entre... 2126752797



# ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA CONCEPCIÓN HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

## INFORME DE ORIGINALIDAD

13%

INDICE DE SIMILITUD

12%

FUENTES DE INTERNET

6%

PUBLICACIONES

%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1	<a href="http://img.lpderecho.pe">img.lpderecho.pe</a> Fuente de Internet	3%
2	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	2%
3	<a href="http://qdoc.tips">qdoc.tips</a> Fuente de Internet	1%
4	<a href="http://idoc.pub">idoc.pub</a> Fuente de Internet	1%
5	<a href="http://repositorio.ucp.edu.pe">repositorio.ucp.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="http://www.pj.gob.pe">www.pj.gob.pe</a> Fuente de Internet	1%
7	<a href="http://repositorio.upn.edu.pe">repositorio.upn.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
8	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 32 (2016)", Brill, 2018	1%

## DEDICATORIA

*A Dios, por estar presente, darme la vida,  
una familia y haber puesto muchas bendiciones  
en mi camino.*

*A mi primer maestro, Tito, por  
tener siempre una palabra de aliento y de paz,  
una lección que enseñarme.*

*Y aunque hoy no pueda tenerlo físicamente,  
lo abrazo con el alma.*

.

*Lía*

*A mi madre: Por ser mi guía espiritual e intelectual  
y por brindarme apoyo y paz siempre.*

*A mis hermanas: Por demostrarme que todo  
esfuerzo rinde sus frutos de acuerdo a  
nuestro momento personal.*

.

*Elvis*

## **AGRADECIMIENTO**

*En primer lugar, estamos eternamente agradecidos con Dios, ante todo, por habernos bendecido, guiado y por estar presente en cada momento de nuestras vidas.*

*También agradecemos a nuestras familias, por su apoyo y cariño incondicional que nos han impulsado siempre a perseguir nuestras metas y por brindarnos el soporte emocional, material y económico para continuar con nuestros estudios y nunca abandonarlos, sin su comprensión nos sería imposible haberlos completado.*

*Agradecemos muy profundamente a nuestra asesora de tesis, la Dra. Rosina Gonzales Napuri y al profesor Dr. Juan Carlos Díaz Colchado por brindarnos su valioso tiempo en la elaboración y corrección de nuestro trabajo de investigación.*

*Por último, agradecemos a nuestra casa de estudios que, en todo nuestro trayecto universitario, a través de sus profesores nos han exigido y a la vez, permitido forjarnos como profesionales y llegar hasta este momento importante para nosotros.*

***Los Autores***

## ÍNDICE

HOJA DE CONFORMIDAD DE LA ASESORA .....	ii
HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO EVALUADOR .....	iii
ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS .....	iv
ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS.....	v
DEDICATORIA .....	vii
AGRADECIMIENTO.....	viii
ÍNDICE.....	ix
RESUMEN .....	xii
ABSTRACT .....	xiv
I. Introducción .....	16
1. Descripción de la realidad problemática .....	16
1.1. <i>Objeto de la investigación</i> .....	21
1.2. <i>Antecedentes y justificación de la investigación</i> .....	21
2. Enunciado de problema.....	27
3. Los objetivos de la investigación .....	27
3.1. <i>Objetivo general</i> .....	27
3.2. <i>Objetivos específicos</i> .....	27
4. Justificación de la investigación.....	28
4.1. <i>Justificación práctica</i> .....	29
4.2. <i>Justificación científica</i> .....	30
4.3. <i>Justificación social</i> .....	30
5. Estructura del trabajo .....	32
6. Breve referencia de los métodos empleados .....	33
7. Breve descripción de la bibliografía empleada .....	34
II. MARCO TEÓRICO, CASUÍSTICA Y LEGISLACIÓN .....	34
CAPÍTULO I: CONCEPCIÓN NORMATIVA DEL MATRIMONIO ENTRE VARÓN Y MUJER REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.....	34
1. Aspectos generales sobre el matrimonio.....	34

3. El matrimonio entre parejas del mismo sexo y su no juridificación como estándar normativo en el Código Civil Peruano .....	63
<b>CAPÍTULO II: LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA PRIMACÍA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO.....</b>	
1. La constitucionalidad de la norma .....	73
1.1. Generalidades.....	73
1.2. Teorías.....	73
2. Primacía de los principios constitucionales en el reconocimiento del matrimonio .....	80
2.1. <i>Principios constitucionales</i> .....	81
2.2. <i>Principios de interpretación constitucional</i> .....	82
3. La inconstitucionalidad de la norma .....	85
3.1. <i>Definición</i> .....	86
3.2. <i>Tipología de la inconstitucionalidad</i> .....	88
3.3. <i>Dimensiones de la inconstitucionalidad</i> .....	91
<b>CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN.....</b>	
1. Generalidades.....	92
2. El principio de igualdad .....	95
3. Derecho a la no discriminación según la doctrina .....	97
<b>CAPÍTULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 234° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO POR MANIFESTACIÓN DE DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL.....</b>	
1. La inconstitucionalidad de la norma 234° del Código Civil Peruano .....	101
1.2. <i>Infracción al derecho constitucional no escrito</i> .....	102
1.3. <i>Votos singulares de magistrados del Tribunal Constitucional respecto del artículo 234° del Código Civil Peruano</i> .....	104
2. Casuística .....	119
2.1. <i>Sentencia del TC N° 676/2020 del Exp. N.° 01739-2018- pa/tc Lima- Óscar Ugarteche y Fidel Aroche</i> .....	119
2.2. <i>Sentencia del TC N° 191/2022 del exp. N.° 02653-2021- PA/TC Lima- Susel Paredes y Gracia Aljovín</i> .....	121
2.3. <i>Caso Duque Vs. Colombia</i> .....	124
2.4. <i>Caso Atala y niñas vs. Chile</i> .....	130
2.5 <i>Opinión Consultiva 24/17 de la CIDH</i> .....	139
<b>3. CRITERIOS DEL TC Y LA CIDH SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO .....</b>	
3.1. <i>A nivel Constitucional</i> .....	148
3.2. <i>A nivel del Derecho Internacional</i> .....	151
4. PROPUESTA LEGISLATIVA DE MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 234° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO .....	161

1. Tipo de investigación.....	170
1.1. Según aplicabilidad o propósitos: .....	170
1.2. Según naturaleza o profundidad.....	171
1.3. Según su objeto .....	172
2. Métodos de investigación .....	172
2.1. Métodos generales en función al tipo de investigación .....	172
2.2. Método de la investigación jurídica: dogmático-funcional .....	173
2.3. Métodos de la interpretación jurídica.....	175
3. Diseño de la investigación .....	176
3.1. Diseño descriptivo-propositivo .....	176
3.2. Diseño de la investigación de la teoría fundamentada .....	177
4. Población muestral.....	178
4.1. Población .....	178
4.2. Muestra .....	178
5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	179
5.1. Técnicas .....	179
5.2. Instrumentos.....	180
5.3. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	180
5.4. Procedimientos para la recolección de datos .....	181
III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	182
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	197
5.1. Conclusiones .....	197
5.2. Recomendaciones .....	198
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES .....	200
6.1. Tesis .....	200
6.2. Libros .....	202
6.3. Linkografía.....	205

## RESUMEN

La presente investigación titulada “Análisis constitucional de la concepción heterosexual del matrimonio en el Perú a partir de la jurisprudencia de la CIDH”, es un trabajo realizado con el fin de determinar la constitucionalidad de la concepción del matrimonio expresada en el artículo 234° del Código Civil Peruano, al reconocerlo como la unión libre de varón y mujer afectando los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

En el **Capítulo I**, presentaremos el contenido jurídico de la institución del matrimonio y su regulación en el artículo 234° del Código Civil Peruano para, a partir del mismo, establecer y analizar si cumple con los parámetros que el Estado está obligado a respetar, teniendo como base las disposiciones establecidas en la Constitución Política del Perú y la Jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente, en el **Capítulo II**, se evaluará la constitucionalidad de la figura heteronormativa del matrimonio entre varón y mujer establecida en el artículo cuestionado, verificando si el mismo respeta o no los parámetros establecidos por la Constitución. También conllevará abarcar algunas nociones básicas sobre la inconstitucionalidad, así como la posición del Tribunal Constitucional respecto al matrimonio regulado en nuestra legislación.

En el **Capítulo III**, desarrollaremos los derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación teniendo como producto el reconocimiento del matrimonio igualitario, con todo el respaldo de la jurisprudencia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Opinión Consultiva 24/17 que prohíbe discriminar en base a la categoría sospechosa de la orientación sexual. Así mismo, expondremos los fundamentos jurisprudenciales basados en casuísticas internacionalmente afamadas.

Por último, en nuestro **Capítulo IV** trataremos específicamente sobre la inconstitucionalidad

del artículo 234 del Código Civil Peruano por la manifestación de discriminación estructural, aspecto tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el respaldo de nuestra casuística que abarcan dos sentencias del Tribunal Constitucional: los casos de Óscar Ugarteche y Sucel Paredes Vs. RENIEC; dos sentencias emitidas por la CIDH; los casos Duque Vs. Colombia y Atala Riffo y niñas Vs. Chile y la Opinión Consultiva 24/17 solicitada por Costa Rica a la CIDH. También propondremos una modificatoria al artículo 234° del Código Civil Peruano para abarcar de una forma más amplia, la institución del matrimonio sin importar la orientación sexual de los contrayentes.

Finalmente, en la última parte de la investigación, expondremos nuestras conclusiones, recomendaciones y bibliografía, empleadas para la ejecución de este trabajo de investigación.

Palabras claves: Derechos humanos, matrimonio, análisis constitucional.

*Lia Carolina Verastegui Cordova y Elvis Jesus Pisco Baltodano*

***Los Autores***

## ABSTRACT

The present investigation entitled "Constitutional analysis of the heterosexual conception of marriage in Peru based on the jurisprudence of the IACHR", is a work carried out in order to determine the constitutionality of the conception of marriage expressed in article 234 of the Civil Code Peruvian, by recognizing it as the free union of men and women affecting the rights to equality and non-discrimination.

In **Chapter I**, we will present the legal content of the institution of marriage and its regulation in article 234 of the Peruvian Civil Code to, based on it, establish and analyze if it complies with the parameters that the State is obliged to respect, having as based on the provisions established in the Political Constitution of Peru and the Jurisprudence developed by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR).

Subsequently, in **Chapter II**, the constitutionality of the heteronormative figure of marriage between a man and a woman established in the questioned article will be evaluated, verifying whether or not it respects the parameters established by the Constitution. It will also entail covering some basic notions about unconstitutionality, as well as the position of the Constitutional Court regarding marriage regulated in our legislation.

In **Chapter III**, we will develop the fundamental rights to equality and non-discrimination having as a product the recognition of equal marriage, with all the support of constitutional jurisprudence and the Inter-American Court of Human Rights and its Advisory Opinion 24/17 that prohibits discriminate based on the suspected category of sexual orientation. Likewise, we will present the jurisprudential foundations based on internationally famous cases.

Finally, in our **Chapter IV** we will deal specifically with the unconstitutionality of article 234 of the Peruvian Civil Code due to the manifestation of structural discrimination, an aspect dealt with by the Inter-American Court of Human Rights, with the support of our casuistry that includes two sentences of the Constitutional Court: the cases of Óscar Ugarteche and Sucel Paredes vs. RENIEC; two sentences issued by the IACHR; the cases of Duque vs. Colombia and Atala Riffo and girls vs. Chile and Advisory Opinion 24/17 requested by Costa Rica from the IACHR. We will also propose a modification to article 234 of the Peruvian Civil Code to cover in a broader way, the institution of marriage regardless of the sexual orientation of the contracting parties.

Finally, in the last part of the investigation, we will present our conclusions, recommendations and bibliography, used for the execution of this research work.

Keywords: Human rights, marriage, constitutional analysis.

*Lia Carolina Verastegui Cordova and Elvis Jesus Pisco Baltodano*

***The authors***

## I. Introducción

### 1. Descripción de la realidad problemática

La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de fecha 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sustenta la prohibición del trato discriminatorio en base a la categoría sospechosa de la orientación sexual y se pronuncia sobre la identidad de género y la discriminación hacia las parejas del mismo sexo, a su vez, ha interpretado los artículos 1, 24 y el inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la igualdad ante la ley y protección a las familias sin discriminación, refiriendo que impedir el derecho a casarse a parejas no heterosexuales, no guarda coherencia con el tejido valorativo que encierra el texto constitucional y en su conjunto, prohíbe discriminar en base a la categoría sospechosa de la orientación sexual. (Benavides & Escudero, 2020).

Ahora, compete a nuestro país modular los criterios jurisprudenciales de la CIDH para su adecuada aplicación y poder adaptarlo a nuestro sistema jurídico, pues el artículo 234° del Código Civil peruano es una norma con carácter de ley que regula el matrimonio como la “unión de un varón y una mujer” y al tratarse de una exclusividad injustificada para parejas heterosexuales, protegida sólo bajo preceptos morales, posiblemente perdería esa finalidad constitucional de lograr vida en común y formar una familia protegida constitucionalmente.

En las Observaciones finales sobre el Quinto Informe Periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107° período de sesiones de fechas 11 al 28 de marzo de 2013, el Comité de Derechos Humanos, una de sus recomendaciones al Estado Peruano fue la modificatoria de su legislación interna para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual, tal

como sucede al reconocerse sólo el matrimonio heterosexual en nuestro país.

En esa misma línea, existen principios específicos que también protegen los derechos humanos en relación con la orientación sexual, los llamados Principios de Yogyakarta, presentados en noviembre del año 2006 por intermedio de la Declaración de Montreal, en cuyo principio N° 13 exhorta a todos los Estados a adoptar “(...) todas las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual”. La Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial N° 175 reconoce que éstos principios tienen implicancias en el Estado Peruano para garantizar efectivamente el derecho a la igualdad y no discriminación y también insistió en la aprobación de una ley que reconozca el matrimonio igualitario.

La Constitución Política del Perú no protege un modelo clásico de familia y también sabemos que la interpretación constitucional se encuentra en constante dinamismo, abriendo la posibilidad de que surjan nuevos contenidos normativos, tal como lo refirió Konrad Hesse (1983) “(...) ante un cambio de circunstancias cabe acudir a nuevas interpretaciones, o que, finalmente, determinados cambios de realidad constitucional podrían producir un cambio en el significado de ciertos preceptos de la Constitución estricta (p.88)”.

No existen limitaciones en nuestra Constitución ni en Tratados Internacionales que impidan la regulación de un matrimonio igualitario, lo que sí existen, son razones muy endeble ligadas a ideologías y costumbres religiosas con apariencia de “jurídicas”. Nos orientamos a la finalidad de integrar una norma que no se encuentra reconocida expresamente en la Constitución por intermedio de la jurisprudencia, considerando que el artículo 234° del

Código Civil Peruano no debe ser una norma que se limite a ser estricta sin poder evolucionar y adaptarse en el tiempo y el espacio y pueda ser invocada por el Juez para resolver conforme a la fisonomía axiológica de la Constitución.

En nuestro país, se ha discutido sobre el matrimonio igualitario y se han presentado dos proyectos de ley que formulan la modificatoria del artículo 234° del Código Civil, evitando la exclusividad heterosexual que trae consigo desigualdad y discriminación. El Proyecto de Ley N° 961/2016-CR, presentado el 14 de febrero del 2017 e impulsado por el Centro de Promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos-Promsex y diversos colectivos LGTBI, fue el primer intento por reconocer el matrimonio para parejas del mismo sexo, planteando una nueva redacción del cuestionado artículo y refiriendo al matrimonio como la unión de “dos personas legalmente aptas” para casarse.

Y, el proyecto de Ley N° 525/2021-CR presentado por la ex congresista Susel Paredes el 22 de octubre del 2021, que planteaba la modificatoria al cuestionado artículo definiendo al matrimonio como “unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella (...)”, planteando que tanto las parejas heterosexuales como no heterosexuales deben gozar y ejercer los mismos derechos y obligaciones. Ambos proyectos de Ley, aún no se encuentran aprobados y están en la lista de espera del Congreso de la República.

En los meses de mayo y agosto del año 2017, el Instituto de Estadística e Informática (INEI) realizó la Primera Encuesta Virtual para personas LGTBI con la finalidad de conocer la situación de este sector a través de 12,026 personas LGTBI, jóvenes entre 18 y 29 años, siendo que el 63 % de los participantes manifestaron ser víctimas de discriminación y violencia, principalmente en lugares públicos, así como un 97 % de los encuestados

respondieron que conocían la propuesta legislativa sobre la unión matrimonial para parejas del mismo sexo, reflejando una gran necesidad por ser escuchados por el gobierno a través de una medida que pueda incluirlos y fomentar la igualdad y la no discriminación.

Si bien no hay una mayoría en el Congreso de la República que se pronuncie a favor del matrimonio que incluya a parejas del mismo sexo, consideramos que se debe interpretar la Constitución para la modificatoria del artículo en cuestión, aplicando la ponderación de derechos, entre el principio democrático y derechos fundamentales, entre un voto mayoritario y la primacía de derechos humanos: justicia e igualdad para todos. Siendo que, en el marco de la igualdad y la no discriminación, ampliar el catálogo de derechos para todas las personas independientemente de su orientación sexual, esto es, cada quién elija con quien casarse efectivizando la autonomía y la libre determinación de la personalidad que todos, sin distinción, somos beneficiarios.

La problemática de la juridificación del matrimonio para parejas del mismo sexo, también ha adquirido relevancia a nivel constitucional, particularmente cuándo se presentó ante el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, el Caso de Óscar Ugarteche y Fidel Aroche vs. RENIEC donde resolvieron declarar Fundada la demanda y reconocer legalmente el matrimonio de la pareja homosexual celebrada en el extranjero efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución, considerando que el artículo 234° del Código Civil debe adaptarse a las exigencias que la sociedad reclama, pues el sector no heterosexual exige protección de sus derechos fundamentales. Así mismo, el Décimo Juzgado Constitucional de Lima, en el caso Susel Paredes y Gracia Aljovín vs. RENIEC, también declara fundada su demanda sosteniendo que la mayoría de personas heterosexuales deben asumir la modificatoria del artículo 234° con tolerancia, existiendo el respaldo de normas

internacionales que amparan este derecho.

Ambos casos llegaron a instancia del Tribunal Constitucional con la Sentencia 676/2020 del EXP. N.º 01739-2018-PA/TC y la Sentencia 191/2022 del EXP. N.º 02653-2021-PA/TC LIMA, a pesar de que fueron rechazados por el voto mayoritario de los magistrados, son los votos singulares de la minoría de sus magistrados, que haciendo un análisis del artículo 234º desde un punto de vista axiológico, reconocen a la Constitución como un entramado no sólo de derechos, sino también de principios y valores. Por otro lado, el voto de la mayoría, fundamenta una posición contraria al matrimonio igualitario, y se fundamentan en el formalismo y la exégesis jurídica, considerando que no puede irse más allá de la Constitución escrita y la ley que reconoce al matrimonio como la unión de un varón y una mujer.

En el año 2020, tomando en cuenta el contexto de emergencia sanitaria por COVID 19, la Corte Interamericana de Derechos Humanos elaboró el Informe Anual sobre la situación de Derechos Humanos de las personas LGTBI en el Perú, concluyendo que este sector minoritario es históricamente marginado y experimenta violencia y discriminación generalizada (Corte IDH, 2020, pp. 48-50).

En consecuencia, el presente proyecto de investigación se justifica en el hecho de pretender sistematizar la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, siendo este último en la actualidad, una herramienta que se encuentra cada vez más cercana a los ciudadanos y con una continua utilización por parte de los operadores judiciales para primar derechos fundamentales y proteger a la población homosexual de sus posibles afectaciones.

Nuestro tema resultaría ser una herramienta útil de estudio para los interesados, siendo un aporte para tomar como referencia, respecto a este tema sensible para futuras investigaciones. Propondremos innovar la forma de aplicar el derecho constitucional e internacional hacia la construcción de un derecho que vaya más allá de la literalidad de la ley, ponderando la igualdad y no discriminación sobre el principio democrático para garantizar una solución jurídica razonable y justa.

### ***1.1. Objeto de la investigación***

La presente investigación tiene como objeto de estudio: la concepción heterosexual del matrimonio en el Código Civil Peruano.

### ***1.2. Antecedentes y justificación de la investigación***

El trabajo que proponemos no ha sido abordado previamente, sin embargo, se asemeja en algunos trabajos previos respecto a la inconstitucionalidad del matrimonio heterosexual por manifestarse otras vulneraciones a nivel constitucional e internacional.

**1.2.1. A nivel internacional:** Hernández y Valverde (2007) en Costa Rica, en su investigación titulada "Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo", para obtener la Licenciatura en Derecho, que pretende demostrar que la prohibición contenida en el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia de Costa Rica es inconstitucional, porque transgrede derechos fundamentales,

principalmente el derecho humano a la igualdad y al matrimonio. En una de sus conclusiones, sostienen que la regulación del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia Costarricense; que prohíbe el matrimonio para parejas del mismo sexo, se encontraría vulnerando el principio de igualdad, al brindarse un trato distinto injustificado y protegido sólo por aspectos morales y tradiciones, sin ningún fin constitucional; el derecho a la no discriminación, porque la regulación normativa del matrimonio al ser exclusiva para parejas de un varón y una 20 mujer, refleja un trato diferenciado sin una justificación objetiva y razonable y el derecho de la persona a la autodeterminación e intimidad, pues cada uno toma con libertad su propia decisión en la elección de su pareja para casarse, logrando así los derechos que derivan del matrimonio (Hernández y Valverde, p.224).

Etcheverry (2015), en Santiago de Chile, en su tesis “Constitucionalidad del matrimonio homosexual” para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, en la investigación se busca analizar desde el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política de Chile, la factibilidad y viabilidad de la regulación del matrimonio homosexual, a través de estudios de los procesos históricos y legales de diversos países que lo regulan actualmente. Entre una de sus conclusiones señala que es importante para el logro de un efectivo reconocimiento de los derechos de las minorías con orientación sexual distinta, el reconocimiento a nivel legal pues su Constitución ya contempla conceptos abiertos que hacen posible el reconocimiento de derechos homosexuales. El autor ha señalado, además del notorio cambio al artículo 102 del Código Civil Chileno, a otro

tipo de conceptos del derecho que versan sobre situaciones de derecho de familia, conceptos tales como el régimen filiativo, adopción, sucesiones, entre otros. Por tanto, el investigador sostiene que el matrimonio homosexual se enmarca dentro de lo constitucional, siendo factible su aplicación sin necesidad de modificar la Carta Magna, debido a que el concepto de matrimonio implica al de la familia en toda su amplitud, lo cual permite incluir al gran número de tipos de familia que podemos encontrar hoy en día (Etcheverry, 2015).

Freire (2016), en Quito, en su tesis titulada “Repercusiones jurídicas de la falta de reconocimiento del derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador”, para la obtención de su título de abogado de la de los Tribunales y Juzgados de la República, sustentada en la Pontificia universidad católica del Ecuador, en una de sus conclusiones refiere que existe una clara antinomia del artículo 67 de la Constitución de Ecuador y otros del mismo cuerpo legal como el 3.1, 11.2, 66.4, 66.5, 66.9, 67 párrafo primero. En consecuencia, existe una gran diferencia y predilección, entre parejas heterosexuales y homosexuales, siendo éstas primeras aventajadas respecto a derechos y efectos jurídicos que corresponden sólo a familias legalmente constituidas en Ecuador. Uno de los argumentos utilizados por la tesista, es el referido a que este reconocimiento no sólo trata de extender un derecho exclusivo de parejas heterosexuales a parejas homosexuales, sino de permitirles alcanzar la justicia por la que siempre han luchado para formar una vida en común.

Clavijo (2019), en Quito, en su tesis "El matrimonio igualitario en el Ecuador. Análisis del caso de José y Jacinto", para obtener el título de Abogado en la Universidad Internacional SEK de Ecuador, plantearon que Ecuador tiene el reto de reforzar todas las garantías de protección de derechos fundamentales a partir del caso José y Jacinto, instando que se celebre e inscriba el matrimonio de los solicitantes José Sánchez Vallejo y Jacinto Orellana Guerrero, ante el Registro Civil en aplicación de la Opinión Consultiva 24/17. Entre una de las conclusiones de su investigación, señala que al restringirse el matrimonio igualitario se desconocen algunos derechos 22 constitucionales ligados a la dignidad humana, pues es evidente que predomine la heteronormatividad, transgrediendo derechos humanos debido a la imposición de normas restrictivas que generan discriminación. Por ende, es necesario que nos guiemos en normatividad supranacional que contemple el principio pro homine, mediante la cual se pueda dar el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

**1.2.2. A nivel nacional:** Ñavincopa (2015), en Huancavelica, en su tesis "La inconstitucionalidad del matrimonio exclusivamente heterosexual previsto en el artículo 234° del Código Civil en la Corte Superior de Justicia de Huancavelica", para obtener el título de abogado, señala el investigador como hipótesis general, que es inconstitucional la exclusividad del matrimonio heterosexual regulado en el artículo 234 del Código Civil por vulnerar tanto el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú que prohíbe la discriminación por motivo de sexo y el artículo 4° que regula el derecho fundamental de contraer matrimonio. Para ello, realizó una encuesta a jueces

de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, consultándoles acerca de si es que el matrimonio heterosexual regulado en el artículo 234° del Código Civil es inconstitucional porque encubriría manifiestamente la discriminación. Los resultados arrojaron que el 60% de los magistrados respondieron que sí, por lo tanto, para la mayoría de los jueces de dicha Corte, el artículo 234° del Código Civil es inconstitucional al encubrir manifiesta discriminación. Además, el investigador también les consultó ¿Si es que la Constitución Política rescata derechos como la igualdad, libertad, no 23 discriminación, entonces prohíbe el matrimonio homosexual? Al respecto, se tiene que el 66.7% de los magistrados respondieron que no, por ende, los jueces de dicha corte consideraron que la constitución no prohíbe el matrimonio homosexual.

Marquina (2020), en Lima, en su tesis “Análisis doctrinario del artículo 234° del Código Civil entorno al matrimonio homosexual en el sistema peruano”, para obtener el título de abogado, concluyó que nuestro Código Civil Peruano es una ley heteronormativa compuesta por costumbres que existían al inicio de su promulgación. Así mismo, se logró demostrar a través de una encuesta, sobre la posibilidad de regular el matrimonio homosexual en nuestro país, evidenciando que los encuestados respondieron afirmativamente a la interrogante, siendo el mecanismo para conseguirlo mediante una sentencia del Tribunal Constitucional como precedente vinculante además de los derechos humanos reconocidos a los cuales nuestro país se encuentra suscrito, en tratados y convenios, los cuales son garantizados por nuestra carta magna. Además, en dicha encuesta, la

investigadora también indagó acerca de si es que el artículo 234° del Código Civil vulnera la igualdad de derechos, al respecto, los encuestados respondieron que, efectivamente, sí, dado que en nuestra sociedad genera una discusión acerca de si es que dos personas del mismo sexo podrían contraer matrimonio. Sin embargo, reconocieron que, en principio, son los derechos fundamentales los que deben primar a la hora de constituir un matrimonio, por lo tanto, cabe la posibilidad de reformar dicho articulado.

Caballero, L. y Cruzado, J. (2020), en Trujillo, en su tesis 24 “Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación con respecto a la aplicación del artículo 324° del Código Civil Peruano” para obtener el título profesional de abogado, señala que los investigadores realizaron entrevistas a profesionales de distintos ámbitos, tanto heterosexuales como homosexuales, donde se evidenció en uno de sus resultados, que el 50 % de los encuestados se encontraban a favor de la modificatoria del artículo 234° del Código Civil y sólo el 42% estuvieron en desacuerdo. Por lo tanto, los investigadores llegaron a la conclusión que el referido artículo sí contraviene derechos como la igualdad y la no discriminación en parejas homosexuales; además, señalaron que a nivel doctrinario no existen fundamentos constitucionales que se oponga a esta modificación.

**1.2.3. A nivel local:** Cáceres (2017), en Nuevo Chimbote, en su tesis titulada “La aprobación de la unión civil y la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de acuerdo a la percepción de la comunidad LGTBI, Perú – 2017”, para obtener el título profesional de abogado, se preguntó a través

de una encuesta: si el Estado se convierte en un sujeto discriminador al no reconocer la igualdad de derechos de parejas homosexuales y de una muestra de 385 personas pertenecientes a la comunidad LGTIB del Perú, se obtuvo como resultado que el 61.56% dio una respuesta afirmativa, es decir, el Estado ejerce la discriminación, pues no equipara los derechos de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, lo cual es evidente cuando verificamos que el Estado peruano no permite el reconocimiento de la unión de parejas homosexuales.

## **2. Enunciado de problema**

Ante ello, los investigadores formulan la siguiente pregunta: ¿Es inconstitucional la concepción heterosexual del matrimonio regulada en el artículo 234° del Código Civil Peruano según la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

## **3. Los objetivos de la investigación**

### ***3.1. Objetivo general***

a. Determinar el criterio por el que sería inconstitucional la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano a partir de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### ***3.2. Objetivos específicos***

a. Analizar a partir de la doctrina y jurisprudencia, la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano.

b. Analizar a partir de la jurisprudencia constitucional e internacional la unión de un varón y una mujer en el matrimonio a partir de la aplicación del artículo 234° del Código Civil Peruano.

c. Explicar los argumentos que permiten sostener la inconstitucionalidad de la concepción heterosexual del matrimonio, por manifestación de discriminación estructural hacia parejas del mismo sexo, a través del análisis documental de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

d. Proponer la modificatoria del artículo 234° del Código Civil Peruano para la juridificación del matrimonio en parejas del mismo sexo.

#### **4. Justificación de la investigación**

El presente trabajo de investigación se elabora con el fin de determinar la constitucionalidad de la concepción del matrimonio expresada en el artículo 234° del Código Civil Peruano, al reconocerlo como la unión libre de varón y mujer afectando los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Consideramos que afectaría el derecho a la igualdad al tratarse de una exclusividad injustificada y protegida sólo bajo preceptos morales y tradiciones, perdiendo su finalidad constitucional y, por otro lado, vulneraría también el derecho a la no discriminación, pues sería una regulación exclusiva para parejas heterosexuales.

#### **4.1. Justificación práctica**

A través del análisis constitucional de la concepción heterosexual del matrimonio, regulado en el artículo 234° del Código Civil, se concluiría sostener, si es inconstitucional, la acción de restringir el derecho a casarse a las parejas no heterosexuales permitiendo ampliar esta institución jurídica al brindarles el disfrute y goce de todos los derechos derivados de la celebración y reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país. Así mismo, consideramos que tiene que tener la denominación de matrimonio, pues otra regulación paralela como la unión civil o pareja registrada, generaría discriminación a las parejas no heterosexuales, pues institutos jurídicos como la unión civil son regulados a un ámbito exclusivamente contractual mientras que la institución del matrimonio es parte del derecho de familia, con un concepto mucho más amplio y con toda la protección legal y constitucional que esta concepción lleva consigo.

Frente a la heteronormatividad del artículo 234° del Código Civil Peruano, el Estado estaría creando una limitación al derecho al matrimonio y a la familia, desligándose de la razón de ser de la institución que es la vida en común de una pareja. Por estas razones, lo que buscamos es proteger el fin constitucional, que por razones de moralidad y para no herir la susceptibilidad de algunas personas, se estaría transgrediendo, dejando de tutelar a familias que buscan ser reconocidas social y jurídicamente.

Nos orientamos a la finalidad de integrar la norma que no se encuentra reconocida expresamente a la Constitución por intermedio de la jurisprudencia, por ello, el artículo 234° del Código Civil Peruano no debe ser una norma que se limite a ser estricta sin poder evolucionar y adaptarse en el tiempo y el espacio y pueda ser invocada por el Juez para

resolver conforme a la fisonomía axiológica de la Constitución. En consecuencia, el presente proyecto de investigación se justifica en el hecho de pretender sistematizar la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, siendo éste último en la actualidad, una herramienta que se encuentra cada vez más cercana a los 27 ciudadanos y con una continua utilización por parte de los operadores judiciales para primar derechos fundamentales y proteger a la población de sus posibles afectaciones.

#### ***4.2. Justificación científica***

Esta justificación es aplicada en el presente trabajo de investigación, toda vez que se desarrollan diferentes teorías del ámbito de Derecho Constitucional y del matrimonio desde una perspectiva progresiva, dinámica e integral no sólo a través del estudio de la Constitución sino también, abarcando instrumentos internacionales de derechos humanos como la Jurisprudencia y la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El artículo 234° del Código Civil Peruano no debe manifestar una incompatibilidad con la Constitución, mucho menos limitarse a ser una norma estricta sin poder evolucionar y adaptarse en el tiempo y el espacio. Nuestro tema resultaría ser una herramienta útil de estudio para los interesados, siendo un aporte para tomar como referencia, respecto a este tema sensible para futuras investigaciones. Propondremos innovar la forma de aplicar el derecho constitucional e internacional hacia la construcción de un derecho que vaya más allá de la literalidad de la ley, ponderando la igualdad y no discriminación sobre el principio democrático para garantizar una solución jurídica razonable y justa.

#### ***4.3. Justificación social***

El matrimonio es una institución de gran relevancia para la sociedad que trae consigo

aspectos jurídicos como la seguridad social, patrimonial y contractual, así mismo, para su reconocimiento se encuentra íntimamente ligado con los deberes de asistencia, mutuo auxilio, exclusividad sexual y una comunidad de vida que permiten el desenvolvimiento y desarrollo de nuestra personalidad e intimidad dentro de una sociedad. Esta institución legitima otros derechos y permite el goce de garantías y obligaciones personalísimas en aspectos patrimoniales como el régimen de patrimonios, el derecho a una pensión alimenticia y la sucesión legítima; aspectos laborales y de indemnizaciones que incluyen aspectos de seguridad social como el seguro de salud, la pensión de viudez, en casos de la insania del compañero, el acceso de bonos de vivienda y créditos; en aspectos penales que podrían incluir las visitas conyugales en centros penitenciarios, la aplicación de agravantes en los delitos, el derecho de abstenerse a declarar en contra del cónyuge y por último; los aspectos vinculados estrechamente al derecho de familia, como la adopción, legitimación de interdicción, la protección a la niñez contra el abandono o riesgo social, la adopción de hijos a quienes no los tienen y legitimar situaciones de hecho.

Por ello, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 234° del Código Civil Peruano va a permitir que cada pareja independientemente de su orientación sexual y con deberes de asistencia, mutuo auxilio, exclusividad sexual y que posea una comunidad de vida que perdure en el tiempo, sea reconocida legalmente como un matrimonio, es decir, resumidamente, que toda pareja heterosexual o no heterosexual con valores, deberes y obligaciones matrimoniales formen parte de nuestra sociedad y puedan así poder formalizar su vínculo y a su vez ser beneficiarios de todas las garantías sin discriminación y bajo el principio de igualdad. Al considerar que todo ordenamiento jurídico tiende a transformarse y evolucionar, esto significa que se encuentra sujeto a distintas realidades en tiempo y espacio con consecuentes necesidades. Por tal motivo, no podemos analizar literalmente una norma,

por el contrario, debemos integrar en un sentido mucho más amplio a la institución del matrimonio, con la finalidad de incluir a la población en general, efectivizando principios jurídicos primordiales como el principio de igualdad y la no discriminación.

## **5. Estructura del trabajo**

En el **Capítulo I**, presentaremos el contenido jurídico de la institución del matrimonio y su regulación en el artículo 234° del Código Civil Peruano para, a partir del mismo, establecer y analizar si cumple con los parámetros que el Estado está obligado a respetar, teniendo como base las disposiciones establecidas en la Constitución Política del Perú y la Jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el **Capítulo II**, se evaluará la constitucionalidad de la figura heteronormativa del matrimonio entre varón y mujer establecida en el artículo cuestionado, verificando si el mismo respeta o no los parámetros establecidos por la Constitución. También conllevará abarcar algunas nociones básicas sobre la inconstitucionalidad, así como la posición del Tribunal Constitucional respecto al matrimonio regulado en nuestra legislación.

En el **Capítulo III**, desarrollaremos los derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación teniendo como producto el reconocimiento del matrimonio igualitario, con todo el respaldo de la jurisprudencia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Opinión Consultiva 24/17 que prohíbe discriminar en base a la categoría sospechosa de la orientación sexual. Así mismo, expondremos los fundamentos jurisprudenciales basados en casuísticas internacionalmente afamadas.

Por último, en nuestro **Capítulo IV** trataremos específicamente sobre la inconstitucionalidad del artículo 234 del Código Civil Peruano por la manifestación de

discriminación estructural, aspecto tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el respaldo de nuestra casuística que abarcan dos sentencias del Tribunal Constitucional: los casos de Óscar Ugarteche y Sucel Paredes Vs. RENIEC; dos sentencias emitidas por la CIDH; los casos Duque Vs. Colombia y Atala Riffo y niñas Vs. Chile y la Opinión Consultiva 24/17 solicitada por Costa Rica a la CIDH. También propondremos una modificatoria al artículo 234° del Código Civil Peruano para abarcar de una forma más amplia, la institución del matrimonio sin importar la orientación sexual de los contrayentes.

## **6. Breve referencia de los métodos empleados**

De acuerdo a los objetivos planteados en nuestra investigación, tenemos el tipo de investigación básica según la aplicabilidad y propósito, pues consideramos, bajo el perfil cualitativo, que abarcamos una problemática jurídica que a la vez forma parte de un fenómeno social que nos vamos a permitir describir sin cuantificar.

Según la naturaleza, nuestra investigación es del tipo descriptivo-propositivo, pues detallaremos el matrimonio regulado en nuestro artículo 234 del Código Civil y construiremos una propuesta de cambio que permita darle solución a la problemática tratada.

También, según nuestro objeto de estudio, utilizaremos el método dogmático y sistémico-funcional, al analizar las instituciones jurídicas, doctrina y jurisprudencia, como también, interconectar la normativa civil con otras estructuras jurídicas innovadoras del artículo en cuestión.

## **7. Breve descripción de la bibliografía empleada**

Para la ejecución del presente trabajo de investigación, se ha consultado algunos libros de bibliotecas físicas y virtuales, contenidos de revistas indexadas y artículos académicos publicados en repositorios de universidades prestigiosas, permitiéndonos recolectar datos para el correcto análisis e interpretación de nuestro objeto de estudio.

## **II. MARCO TEÓRICO, CASUÍSTICA Y LEGISLACIÓN**

### **CAPÍTULO I: CONCEPCIÓN NORMATIVA DEL MATRIMONIO ENTRE VARÓN Y MUJER REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

#### **1. Aspectos generales sobre el matrimonio**

La familia se encuentra asentada sobre las bases del amor y el afecto, pero también asume otros aspectos, que no son menos importantes como la estabilidad económica, la protección y la seguridad de las personas en situaciones de minusvalía, enfermedad y vejez. La debilidad y necesidad de la familia para llegar a lo que es hoy y ser protegida social, económica y jurídicamente, ha pasado por numerosas etapas, sin embargo, ha hecho posible que sea consagrada en una institución exclusiva directamente proporcional y cambiante a la familia, en la que se pueda cimentar, junto a otros derechos fundamentales, pero sin lesionarlos, como sucede en muchos casos cuando hablamos de matrimonio bajo el principio-derecho de igualdad y no discriminación.

## 1.1. *Origen del matrimonio*

El término “matrimonio” se origina del término latino referido a *Sponsalia*, siendo en Roma esta palabra derivada de *spondere* que significa “promesa”, así en su significado completo sería “promesa recíproca entre un varón y una mujer, de contraer matrimonio” (Varsi, 2011).

**1.1.1. Vertiente romana.-** En el Derecho Romano, trataba de un contrato prenupcial hecho por los contrayentes o sus *pater familias*. Según las Leyes de Partidas, este acuerdo prenupcial debía ser celebrado a la edad de 7 años, pero requería que sea ratificado cuando el varón tenía 14 años y la mujer 12 años respectivamente. Cuando ambos cumplían los requisitos, el esponsal respondía por sí mismo, pero la novia necesitaba ser representada por su tutor. En cambio, si ambos eran *alieni iuris* o sometidos a patria potestad, eran representados por sus *pater familias*.

El matrimonio romano tenía que ser una constitución voluntaria como unidad social en la que ambos contrayentes estaban dispuestos a tener propiedades para su uso y goce en común, así mismo, tenía que estar ligado a sentimientos y comportamientos que ambos deben tener como el *honor matrimonii*, conocido como el trato digno del marido a su mujer que lo distinguía de otros concubinatos y el  *affectio maritalis*, que era la expresión externa del honor a través del amor y cariño mutuo entre ambos esposos (Aries, 1982).

La *sponsalia* también podía ser accedida por las viudas, eso lleva a afirmar que el ius civile permitía volver a casarse después de un luto de 10 meses de fallecido el

esposo. Las viudas también podían celebrar la sponsalia. La parte que incumplía la promesa de la sponsalia podría ser demandada por daños pagando la *stipulatio poena*, una alta suma pecuniaria como sanción, pero, tiempo después, esta demanda sería dejada en desuso porque vulneraba el concepto de libertad en el matrimonio romano (Rolim, citado por Varsi, 2011).

Es así que, se da origen a un concepto más amplio del matrimonio: “unión libre”, considerándose la promesa como voluntaria entre los promitentes que podían aceptar o romper el convenio, si bien ya no existía una demanda por daños, lo que surgió fue la figura del *arrahae sponsaliciae* o arras de los esponsales, un dinero en garantía por la promesa de matrimonio, siendo quien rompía el contrato el que pagaba cuatro veces más la señal. En el Derecho Justiniano, tiempo después, se redujo la pena a sólo el doble (Rolim, citado por Varsi, 2011).

**1.1.2. Vertiente germánica.-** La vertiente germánica tenía como elemento principal la cohabitación de una pareja unida no formalmente, sino como una unidad social. El matrimonio podía ser polígamo siempre y cuando la familia pueda solventarse económicamente. Según Suzanne Wemple el matrimonio podía ser creado de tres maneras: por compra, por raptó y por consentimiento mutuo (Wemple, 1981,p. 145).

a) La compra o *kaufehe*; consistía en el intercambio de propiedad como acuerdo entre dos familias a través de la compra de la novia, donde ésta renunciaba a su familia para formar parte de la familia de su esposo. Se iniciaba con un acuerdo (*Muntvertrag*) entre el pretendiente o su padre y el padre o tutor de la novia, donde debía compensar

la familia del novio a la familia de la novia con dinero. Luego, sucedía la transferencia pública (*anvertraung*) de la novia al jefe de la familia del novio. Por último, se celebraban unos rituales (*Trauung*), donde los miembros de la familia de la novia se colocaban alrededor de ella indicando que consentían el matrimonio, no solamente su entrega física, sino el poder legal de la novia al marido y su grupo familiar (*Munt, mundium*).

b) Rapto o captura (*Raubeh*): Trataba de un secuestro sin el consentimiento de la mujer y de su familia. Era un compromiso violento que fue tratado de controlar por las leyes germánicas a través de multas al causante de estas violaciones.

c) Consentimiento mutuo (*Friedelehe*): Derivado del rapto pero con la diferencia que se tenía el consentimiento de la mujer pero no la de su familia, también se diferenciaba de la compra, pues no había dote ni tampoco la transferencia del poder *munt* sobre la novia, lo que concluía afirmar que la mujer seguía perteneciendo a su familia de origen. Al no ser una unión exclusiva, el hombre podía tener una o varias concubinas que solían ser tratadas como esclavas y cuyos hijos eran descartados de la herencia.

**1.1.3. Vertiente canónica.-** Algunos conceptos del matrimonio canónico permanecen en nuestros días. Para Pedro Lombardo, la palabra de matrimonio (Verba de Futuro), el compromiso de palabra de los novios no tiene mayor importancia, lo que sí reviste sentido verdadero es “la promesa hecha en presente (Verba de Praesenti), cuando los miembros de la pareja se aceptan como marido y mujer” (Lavrin, 1989: 17).

Se centra en la promesa que debe ser realizada con plena conciencia e intención de unirse en matrimonio. Graciano, define al matrimonio como un compromiso irrevocable entre dos personas para una unión futura. Para Lombardo sólo era válida el *Verba de Praesenti*, es decir, la pareja se acepta como marido y mujer a través del voto matrimonial, pero podía ser revocada por alguna causa justificable (Hipp, 2006).

Ante estas dos tendencias, la Iglesia tuvo que tratar de unificar estos conceptos en una postura mixta, a lo que el Papa Alejandro III definió al matrimonio como una unión a futuro pero con la posibilidad de poner fin y desistirse de tal compromiso, sin embargo, podía realizarlo siempre y cuando, no hubiera sido consumado el matrimonio.

Hasta que entre los años 1545 y 1563, se celebró la conferencia de la Iglesia Católica para reformar errores y abusos de la Iglesia y reafirmar sus enseñanzas y tradiciones, entre uno de sus acuerdos fue la normativa matrimonial, reconociéndose su importancia para la familia, pero con las normas establecidas para su celebración a través del rito sacramental e indisoluble y otros aspectos como el horario para contraer matrimonio, los impedimentos, presentación de oposición y amonestaciones, requisitos en caso de solicitar un divorcio o una nulidad matrimonial, el rol de los padres en el matrimonio, prohibiciones, la superioridad del celibato y la virginidad y lo referente a la relaciones sexuales frente al matrimonio (Gaudemet, 1993: 326).

## 1.2. *Definición*

El matrimonio romano era definido por el clásico Modestino, refiriendo: “El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, para toda la vida, según la ley divina y humana” (p.S/N). Para Rojas Donat, la concepción romana no pretendía abarcar una noción cristiana, sino, debió tratarse de una voluntad en la que ambos querían constituir una sola unidad social, teniendo propiedades para su goce y uso en común, más adelante ya se agregaría al concepto la intención de procrear y tener hijos y finalmente se sumarían al concepto algunos sentimientos y actitudes que tendrían cada uno de los contrayentes (Rojas, p. 48).

El matrimonio, entonces, es un acto eminentemente consensual, en la medida en que requiere la concurrencia de voluntades de los futuros esposos. Dicho consentimiento debe recaer sobre un proyecto de vida en común y se presta mediante el cumplimiento de las formalidades. (...) Cabe mencionar que el aspecto consensual del matrimonio debe ser entendido de manera conjunta con el carácter legal que le es inherente (Muro y Torres, 2020, p.38)

Para el profesor Luis DIEZ-PICAZO, no puede consagrarse jurídicamente un matrimonio sin una formalidad señalando que trata de una “unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia” (resaltado agregado) (DIEZPICAZO, p. 63). Es decir, esta unión no por nada ha sido regulada, sino para que se concrete sobre los elementos formales que condicionan su validez.

### **1.3. Naturaleza jurídica**

**1.3.1. Teoría contractualista.-** Desde el punto de vista canónico el matrimonio es un sacramento formado a través de un contrato matrimonial válido. A partir del derecho civil, tenemos que al ser un contrato, en él se consagraría entonces todos sus elementos esenciales, resultando aplicable la teoría de la nulidad y de los vicios del consentimiento, pero de una manera más compleja frente a los demás contratos que conocemos (Muro y Torres, p.37).

**1.3.2. Teoría institucionalista.-** Según la teoría institucionalista, “el matrimonio es un conjunto normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen casarse” (Muro y Torres, 2020, p.38). Es una institución con una serie de condiciones establecidas con la finalidad de formar una familia, esta teoría acepta que es una unión consensual, pero valora más que la validez, que sea una institución que se instaura en la voluntad de quienes los contraen y donde sus efectos hacen posible su existencia.

**1.3.3. Teoría ecléctica.-** Ecléctica o mixta, es llamada esta teoría pues combina tanto la teoría contractual como la teoría institucionalista, considerando a la vez al matrimonio como un contrato y una institución. Según Cornejo Chávez (citado por Varsi, 2011) el matrimonio es considerado un acto complejo porque es al mismo tiempo un contrato y una institución, teniendo elementos de un contrato como las formalidades, los efectos patrimoniales y la manifestación de voluntad y a la vez, tiene un contenido y finalidad social como institución (pp.45-46).

#### **1.4. Caracteres del matrimonio**

Los caracteres que forman al matrimonio, lo hacen único frente a otras instituciones jurídicas, según Enrique Varsi (2011) son siete los caracteres que denotan su especialidad.

**1.4.1. Acto jurídico.-** El matrimonio es un acto jurídico porque crea relaciones jurídicas familiares abarcando un sentido más amplio que involucra otras instituciones del derecho civil, como el derecho registral, el derecho social y el régimen económico (Varsi, 2011).

**1.4.2. Institución jurídica.-** La familia y el matrimonio se encuentran más que estrechamente vinculados y muchas veces dependen uno del otro para su existencia jurídica y social, por ello, se suele concebir al matrimonio como fuente principal para la constitución familiar.

**1.4.3. Unión heterosexual.-** Se concibe para su constitución la unión entre un varón y una mujer tal como lo estipula el Código Civil Peruano, incluso se señala que el matrimonio homosexual estaría en contra de las buenas costumbres por lo que sería objeto de nulidad virtual según el artículo 219 del Código Civil Peruano, sin embargo, otros países consideran la diversidad sexual como una manifestación que no debería ser ofensiva pues el amor mutuo y la convivencia va más allá de la orientación sexual.

**1.4.4. Perdurable.-** Se considera al matrimonio como perdurable, constante y

duradero, pero no se descarta la posibilidad de ruptura o disolución por alguna causa justificable. La mayoría de conceptos no toman al matrimonio como una institución a plazo determinado en el tiempo.

**1.4.5. Legalidad y forma.-** Existe una serie de requisitos de forma y fondo para constituirse que deben ser respetados, así como una serie de impedimentos y prohibiciones estipulados en el Código Civil Peruano.

**1.4.6. Comunidad de vida.-** La comunidad de vida es entendida según Varsi (2011) como “unidad conyugal, la comunidad de vida se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deberán compartir de un mismo destino (p.48)”.

**1.4.7. Monogámica.-** Está vinculado a la supuesta complementariedad entre el varón y la mujer que excluye a todo tercero, por ello se dice que es un vínculo, siendo el matrimonio monógamo, el único donde hay una relación de bienes y valores equivalentes. Según Hervada y Lombardía (citado por Lizarzaburu y Pineda, 2019) “La poligamia lleva consigo necesariamente una situación de desigualdad, donde el varón recibe totalmente a cada una de sus mujeres, pero las mujeres no reciben totalmente al varón (p.69)”.

## **1.5. *Elementos del matrimonio***

Los elementos del matrimonio están referidos tomando en cuenta nuestro Código Civil de 1984 y su influencia eclética al considerar al matrimonio como un acto jurídico y una

institución. Al ser un acto jurídico, tiene como elementos esenciales a la manifestación de voluntad y que exista un objeto física y jurídicamente posible; también como elementos formales a la solemnidad. En cuanto a sus elementos de validez, son todos aquellos que hacen válido un acto jurídico: la capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud del objeto, motivo, fin y condición del acto y la observancia de todas las formalidades legales estipuladas en la norma civil.

## **1.6.        *Requisitos***

También llamados condiciones de validez, según Zannoni “son elementos estructurales que hacen la formación del acto (p.230)”, están clasificados en internos y externos.

**1.6.1.        Internos, subjetivos o de fondo.-** Son requisitos estructurales que abarcan la diversidad de sexos y el consentimiento, esto quiere decir, que las condiciones fisiológicas, éticas y sociales serán requisitos que al no ser cumplidos no podrá dar validez al matrimonio.

**1.6.2.        Externos, formales o de forma.-** Están relacionados con la solemnidad en la que es celebrado el matrimonio que involucra la capacidad legal de cada uno de los contrayentes, la ausencia de impedimentos y el libre consentimiento (Varsi, 2011).

## **1.7.        INSTITUCIONES JURÍDICAS AFINES AL MATRIMONIO**

Si bien, muchas son las instituciones jurídicas similares al matrimonio, consideramos

dos uniones que se encuentran vinculadas estrechamente, siendo ambas las que cumplen con las garantías constitucionales.

**1.7.1. UNIÓN ESTABLE O DE HECHO.-** En el artículo 5 de nuestra Constitución Política vigente refiere a la unión de hecho como una “unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

A nivel de la doctrina peruana, se han planteado tres teorías para establecer la naturaleza jurídica de la unión de hechos, muy similares al matrimonio: a) Institucionalista, que considera a la unión de hecho como un acuerdo de voluntades con elementos propios del matrimonio que generan consecuencias jurídicas; b) Contractualista: donde dicha unión es un contrato con intereses económicos; y c) Acto jurídico Familiar: que refiere a la autonomía de la voluntad de los convivientes que les genera relaciones familiares (Varsi, & Castillo, 2014).

El artículo 326 del Código Civil de 1984 estipula que: “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)”.

Es evidente que esta opción viene siendo elegida por encima de la opción matrimonial, pues muchas veces las parejas no cuentan con los medios económicos

que requiere una celebración matrimonial o en otro de los casos existen algunos impedimentos que restringen realizar este anhelado sueño como el caso de las parejas no heterosexuales.

**1.7.2. UNIÓN CIVIL.-** La unión civil es una concepción que se dio origen para hacer realidad la convivencia entre parejas del mismo sexo, con la finalidad de que este grupo minoritario tenga reconocimiento legal. Este reconocimiento es un tema discutido bajo principios y normas constitucionales, pues nuestra Carta Suprema vela por derechos fundamentales de las personas por encima de los demás derechos de menor jerarquía.

Según algunos enfoques, podemos señalar que la unión civil reconoce la unión de las parejas homosexuales que por su naturaleza no encajan en las particularidades del matrimonio clásico y tradicional, pero se les otorgan ciertos derechos equiparables a los de los cónyuges en un matrimonio.

En Chile, mediante la Ley N° 20.830 que regula la Unión Civil, en su primer artículo lo define como: “Un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”. A diferencia del matrimonio que es una unión solemne de parejas heterosexuales que origina el estado civil de casado y tiene consecuencias jurídicas estipuladas en el Código Civil; la unión civil es sólo un contrato que origina el estado de conviviente civil y se encuentra regulado en una Ley Civil (Quintana, 2015).

## ***1.8. Efectos jurídicos del matrimonio***

El matrimonio genera una relación conyugal entre dos personas que va a trascender hasta sus descendientes y conlleva a un complejo conjunto de deberes y derechos fruto de la vida en común. Según Díez Picazo (S/A) la relación conyugal determina un conjunto de derechos y deberes atinentes a la vida en común de los casados, y al mismo tiempo, otro conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económicos (Díez Picazo, citado por Varsi, 2011, p.95).

**1.8.1. Efectos jurídicos personales.-** Según Carlos Bittar, el matrimonio implica sacrificio de los intereses individuales. Esto refiere a que la institución restrinja la libertad de cada uno de los contrayentes, empezando por el compromiso de fidelidad y monogamia, el derecho a permanecer en su hogar y la comunidad de bienes, se considera que el cónyuge ya no volverá a tener la plena libertad y autonomía de realizarse por sí solo y de tomar las decisiones basado en el mismo, pues ahora depende y se complementa en su cónyuge.

La relación jurídica matrimonial abarca ciertos derechos y deberes personales, entre ellos tenemos:

- La Obligación de hacer cumplir los deberes y derechos del matrimonio a través de lo expresamente reconocido por ley. Incluye la obligación de brindar alimentos, sostén a la familia y la educación a los hijos, vinculada a las enseñanzas de vida, académicas y de corrección.
- El deber meramente moral de respeto mutuo, fidelidad en la relación sexual, cohabitación, protección y asistencia económica-moral, y la participación de ambos en la administración del hogar, si bien no hay una obligación expresa en la norma, se

considera el pilar para forjar los lazos del matrimonio y perdure en el tiempo.

- La facultad de contraer matrimonio regulado bajo los principios generales del Derecho como la igualdad y el respeto entre esposos y entre padres e hijos.

- Por último, los derechos que garantizan la vida del ser humano en sociedad, pues en esta última donde obtendrá el reconocimiento; tales como: el derecho hereditario, el derecho alimentario, a elegir un régimen patrimonial, el derecho a la mujer de llevar el apellido del esposo, a elegir un domicilio y el derecho real de habitación (Varsi, 2011).

- 

### **1.8.2. Efectos jurídicos patrimoniales.-** Según Enrique Varsi (2011):

Las relaciones económicas derivadas del matrimonio se reflejan en los regímenes matrimoniales, la administración de los bienes, la administración del hogar, la participación los derechos sucesorios, la asignación de los alimentos, etc. Los bienes que adquieren los cónyuges deben ser delimitados y ubicados dentro de una estructura económica que los cónyuges voluntariamente determinen. Los efectos patrimoniales en el matrimonio implican una relación jurídica familiar que va a definir el destino y características respecto a la propiedad de los bienes que se adquieran durante el matrimonio (p.98).

Antes de la celebración del matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libertad de escoger el régimen económico que mejor le convenga y tienen que cumplir con la forma predeterminada por la ley. En nuestro sistema jurídico hay dos regímenes económicos, la sociedad de gananciales y separación de bienes, si fuera el caso, de que

no se escogiera ninguno de ellos, se presume el régimen de sociedad de gananciales o comunidad de bienes, en el cual a partir de la celebración del matrimonio, todo lo adquirido y todo lo que se aporte a este pertenece a ambos cónyuges, salvo algunas excepciones que se encuentran expresadas por ley.

## **2. El matrimonio en el Perú y la concepción normativa regulada en el artículo 234° del Código Civil**

Consideramos, a la voluntad de los cónyuges como el primer elemento y condición indispensable, para la celebración y la vigencia del matrimonio no solamente en nuestra legislación peruana, sino universal. Nuestro Código Civil, se refiere a una voluntad concertada entre los contrayentes, restringiendo otras intenciones y conveniencias que no se encuentren fundadas en el deseo de vida en común y sentimientos mutuos, acarreado los efectos jurídicos que de ella se derivan.

Sin embargo, otra es la concepción normativa peruana del matrimonio, que considera como condición expresa e indispensable regulada en el artículo 234° a la “unión de un varón y mujer”, restringiendo otras formas de uniones y condicionando su existencia sólo a parejas heterosexuales, un aspecto que referiremos más adelante.

## **2.1.        *Antecedentes de la concepción normativa del Matrimonio***

A lo largo de los años, el Derecho ha reconocido las uniones forjadas con la finalidad de consolidar una familia, es por eso que el matrimonio es la base fundamental del Derecho de Familia y la principal creadora de relaciones jurídico-familiares en la sociedad. A pesar de los constantes cambios que ha surgido en la sociedad, como la figura de la unión de hecho, unión civil o el divorcio voluntario, aún se considera al matrimonio como la institución más importante y aquella que abarca las consecuencias jurídicas más completas que estabilizan una relación de dos con permanencia en el tiempo.

Por ello consideramos, referirnos a la evolución que ha tenido esta concepción del matrimonio, siendo muchas de estas concepciones, arraigadas al concepto dual heterosexual, hoy vigente en nuestro país.

### **2.1.1.        *Según el Derecho Romano***

El matrimonio tiene una concepción divina y natural originada en Roma, pero se encuentra diferenciada del matrimonio canónico, en el hecho de que el matrimonio romano era un rito consensual, no formal y disoluble, que si bien es heterosexual, no responde a un ordenamiento jurídico-religioso, sino a un acuerdo productor de efectos jurídicos que pretendía la procreación de ciudadanos (Herreros González y Santapau Pastor, 2005).

En el derecho romano, la institución del matrimonio tenía una estrecha relación con el orden social y con el mantenimiento de la ciudadanía, que traía consigo

consecuencias jurídicas y políticas. Sin embargo, con la llegada del Cristianismo a Roma, el matrimonio se convierte en su institución oficial, trayendo consigo en la que se genera un tránsito de la concepción del matrimonio romano al matrimonio canónico, adicionándose una serie de elementos sacramentales que transforma tanto su naturaleza jurídica como sus efectos y consecuencias (Botero, 2018).

### **2.1.2. Según el Derecho Eclesiástico**

La Iglesia Católica durante mucho tiempo, fue la institución responsable en la regulación del matrimonio, el cual consideraba que poseía una naturaleza jurídica basada en el sacramento y el contrato, una naturaleza dual que era indisoluble y sólo podía ser concluida con la muerte.

Tanto en la época medieval como en el virreinato, nuestro país había cedido esta institución a la Iglesia Católica. Según Aguilar Llanos (2008): “la época Virreinal, con la Real Cedula de Felipe II se introduce en 1564 el sistema matrimonial católico para América, con sujeción estricta a la reforma tridentina y es así que el matrimonio se concibe como sacramento y contrato (p.29-30)”.

Para entender el origen canónico del matrimonio, podríamos referir a Arlettaz, quien afirma que la Iglesia católica ha afirmado que el matrimonio tiene un doble orden: natural y sobrenatural. Es natural porque los fines, su esencia y sus propiedades depende de la naturaleza humana, que orienta sólo al hombre y a la mujer al matrimonio; y por otro lado, pertenece también al orden sobrenatural, pues para

acceder a éste, es necesario que seamos bautizados en sacramento (Arlettaz, 2016).

La concepción del orden natural referido, ha sido respaldado por el iusnaturalismo jurídico que concibe el vínculo estrecho entre el matrimonio y la procreación, tornándose hegemónica y teniendo una definición clásica y estricta: “El matrimonio cristiano es monogámico, heterosexual e indisoluble ” (Arlettaz, 2016, p. 32)

### **2.1.3. Según el Derecho Moderno**

El modelo clásico del matrimonio que lo considera como la unión estable y duradera de un varón y una mujer con el fin de hacer vida en común y tener hijos, ha sido debilitado en los últimos años, gracias al proceso de constitucionalización, que ha tratado de primar los principios constitucionales como la libertad, la igualdad y la no discriminación, sobre otros ligados a la costumbre.

El dinamismo de la Constitución, ha logrado que muchos países interpreten de manera flexible ciertas concepciones normativas ante las nuevas exigencias y problemáticas que han surgido en la sociedad. Para mantener la armonía con los derechos fundamentales, se ha logrado concebir al matrimonio y la familia, como dos de las instituciones que no deben continuar arraigadas a su contenido clásico e histórico, sino al contrario, debe redefinirse junto a la evolución de la conciencia social, donde pueda adaptarse a través de la interpretación evolutiva de la Constitución (Manrique, 2020).

Hoy en día, en algunos países, la religión está teniendo menor influencia en la concepción del matrimonio, esto sucede, al aceptar el reconocimiento de su celebración sin la dependencia de la exclusividad heterosexual. La diversidad de la orientación sexual y las minorías sexuales que aclaman protección al Estado, son una problemática que es tomada con mucha más tolerancia, esta transformación de la concepción del matrimonio ha surgido gracias a los organismos internacionales que han difundido y exigido que los países permitan el reconocimiento legal de uniones no heterosexuales bajo el principio de igualdad de condiciones y de no discriminación.

## **2.2. *El matrimonio en la legislación y jurisprudencia peruana***

El Estado tiene el deber y obligación de proteger a la familia y favorecerla en todos los aspectos, sin embargo, muchas veces, esa necesidad de protección no llega a ser cubierta completamente, debido a la pluralidad de formas de vida en comunidad. Muchas de estas comunidades de vida, se encuentran desprotegidas por el hecho de cambiar el orden natural primigenio en la que un día vieron su existencia como familia, sin embargo, hoy sabemos, que el ordenamiento jurídico al ser limitado, es propenso a mutar para dar frente a nuevas formas de vida permitiendo comportamientos contrarios al orden natural de las cosas para mantener la paz y la armonía en la sociedad.

**2.2.1. En la Constitución Política del Perú de 1993.-** Nuestra Carta Magna sostiene en su Artículo 4°. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y

de disolución son reguladas por la ley.

Esto amerita señalar que el deber del Estado de proteger a la familia consiste en adoptar toda medida necesaria que le lleve a mejorar el ambiente material y moral de la familia, sobre todo, al reconocer al matrimonio como instituto natural refiere que impide tajantemente que se homologue cualquier otra variedad de familia que resulten incompatibles al orden y finalidad natural para la que fue y es constituida.

Muchos autores refieren a este artículo, señalando que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el cumplimiento de fines familiares; apreciado, bien significativamente, en la especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos (Muro y Torres, 2020, p.15-16).

Constitucionalmente, refiere que el fin familiar es crear una nueva vida y a consecuencia de ello, que se continúen generando relaciones de parentesco entre padres e hijos, esta noción no alude sólo a la convivencia estable sobre el afecto y el compromiso mutuo, sino a conseguir aquellos vínculos naturales que como institución es exclusiva de conseguir. Refiere indirectamente que otro lazo de afecto que no tenga como finalidad la procreación, debe resultar inconstitucional y no debe ser protegida por el artículo 4, líneas arriba mencionado.

El artículo 4 está redactado justificándose sobre la base que, para la Constitución, la familia guarda una inmediata relación con el matrimonio, por otro lado, si bien reconoce los principios que protegen a la familia promoviendo el matrimonio, señala también la existencia de otras formas de uniones, sin embargo, resulta más que evidente, la preferencia del matrimonio frente a las uniones de hecho. Nuestra Carta Magna favorece y tiene la gran preferencia al matrimonio, sin embargo

trata de no vincularlo directamente al concepto de familia, pues lo presenta como una institución constitucional a comparación con la Constitución de 1979 y la respuesta a ello, podría ser la influencia de los tratados internacionales de derechos humanos que para la redacción de la Carta Magna de 1993 tuvo que adoptar.

En el año 1988, nuestro país ratifica el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 15.1 precisa que “Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”.

A través de una interpretación evolutiva de los derechos humanos se puede analizar que la familia puede ser conformada de múltiples formas, y no necesariamente debería estar condicionada a instaurarse en matrimonio, esa es una de las razones por las que nuestra Constitución actual de 1993, desvincula la institución del matrimonio de la familia, por la aparición de nuevas formas de uniones convivenciales que generan los mismos efectos patrimoniales y personales que el matrimonio, sin embargo, es claro que el matrimonio es la principal fuente donde surge la familia pero no es la única que existe para consolidar una familia, encontrándose en mayor jerarquía.

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el derecho a casarse y fundar una familia es un derecho fundamental y es atribuido en palabras de dicha Declaración, a los hombres y mujeres que en edad núbil y con capacidad física que justificada para la unión sexual de ambos géneros con la función primordial generativa.

Consideramos que, en el año 1948, las formas de vida eran la clásica y tradicional unión heterosexual, por ello, aún muchos países como el nuestro, tienen un

diseño único de familia: un matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, protegen la institución matrimonial, sin embargo, hay una diferencia que la Convención Americana señala, y es considerar que los requisitos para contraer matrimonio no deben transgredir el principio-derecho a la no discriminación.

Los lazos familiares consolidados en la relación sponsal, debe orientarse en armonía con la dignidad humana, cuya finalidad debe estar más allá de la creación de un nuevo ser, pues debemos servir con la debida atención y cuidado, en permanencia, para la siguiente etapa que es la ancianidad donde el ser humano vuelve a necesitar de la atención de los demás más intensamente (Muro & Torres, 2020, p.25)

Algunos autores consideran que nuestra Constitución no puede, en aras de la igualdad y no discriminación, sobreponer costumbres o prácticas que puedan vulnerar las buenas costumbres, esto quiere decir, que cualquier opinión o ideología que se encuentra protegida por la Constitución, obliga a todo poder público cumplir el orden constitucional y hacer respetar los derechos humanos, así primen algunas convicciones sobre otra minorías

El Estado tiene la responsabilidad de brindar un trato diferenciado que se encuentre justificado y proporcional, cumpliendo el orden constitucional y haciendo respetar las diferencias y proporcionando el goce y respeto de los derechos humanos, teniendo en cuenta que siempre habrá discrepancias entre las minorías y mayorías sociales.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile, en su párrafo 142, considera que el matrimonio entre un hombre y

una mujer es sólo una de las formas pero no la única, de manifestación de la familia. Una interpretación armónica de los derechos reconocidos en dichas herramientas normativas permite concluir en el reconocimiento implícito de diversas formas de vivir en familia.

Según Sánchez Martínez (2000), el modelo actual de familia según nuestra Constitución es fruto de una realidad convivencial fundada en un matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora (p.45)”. Así también, se exiliaba cualquier otra forma de fundar una familia, pues como lo señalaba Vega Yuri (2003): Los concubinatos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocerles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho, por lo demás, fueron estigmatizados como bastardos”(p.36-37).

Pero, ésta realidad ha ido creciendo, y ahora no sólo cambian los derechos homologados para hijos matrimoniales o extramatrimoniales, sino hay nuevas perspectivas que empezaron a incluir la convivencia sin casamiento equiparando los efectos patrimoniales y personales de ambas formas de unión. Lo que anteriormente era objeto de rechazo e ilegítimo, tanto hacia las parejas y a los hijos no nacidos en un matrimonio se les consideraba inmoral, ahora es más utilizado evidenciando que la estructura familiar se adapta y no pierde su naturaleza ante nuevas formas de formar una comunidad de vida. 33

La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar

que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación lo sea también para ordenar la sociedad en familias.

### **2.2.2. En el Código Civil Peruano de 1984**

Uno de los deberes fundamentales de los cónyuges y que consigna expresamente el artículo 289° del Código Civil, es "hacer vida común en el domicilio conyugal". La "vida en común" refiere a los deberes relativos "al lecho y habitación", siendo uno de las características más importantes del matrimonio fruto de la libertad y voluntad de los cónyuges, siendo determinante para su consolidación.

### **2.2.3. Según la Jurisprudencia Nacional**

Existe una concepción iusfundamental que define la constitución de una familia y se integra a nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política en su artículo 4, que refiere que toda persona sin restricción discriminatoria alguna, puede formar su propia familia.

A partir de las nociones de familia, podemos equiparar como la jurisprudencia ha referido a la familia y al matrimonio como conceptos que van cambiando de acuerdo a las circunstancias. En el Expediente N° 09332-2006-AA/TC, la sentencia del 30 de noviembre del 2007:

“Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia

las ciudades (...) han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familia reconstituidas (fundamento n°7)".

En el Exp. N° 06040-2015-PA/TC, el Tribunal Constitucional en su sentencia del 21 de octubre de 2016, ha referido:

Es ahora que dicha problemática se ha colocado en la agenda pública y ha merecido desarrollos teóricos y jurisprudenciales, tanto a nivel del derecho nacional como comparado, hasta llegar a una mejor comprensión que permita su aceptación (fundamento n°2).

El Tribunal Constitucional es el organismo que más ha ahondado al matrimonio a través de una interpretación evolutiva la norma constitucional, sin embargo, algunos juzgados han primado proteger a las minorías no heterosexuales avalando su derecho conforme al principio-derecho a la igualdad y no discriminación. Se tienen 3 sentencias emitidas por distintos juzgados constitucionales de la Corte Superior de Lima que han amparado la solicitud de reconocimiento del vínculo matrimonial celebrado en el extranjero a favor de las personas del mismo sexo:

El Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, en el expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08, Caso Óscar Ugarteche y Fidel Aroche vs. RENIEC, en su fundamento vigésimo noveno señala:

VIGÉSIMO NOVENO.- Que, efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución, esta judicatura considera que dicho dispositivo legal (artículo 234 del Código Civil), debe ser interpretado conforme a los cambios y exigencias que nuestra

sociedad reclama, y al haber quedado demostrado que a la fecha, un gran sector de la población reclama algún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea por medio del matrimonio, unión civil u otro dispositivo; resulta factible que a falta de existencia de dicha institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por la vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera de que se legisle a favor de ellos.

El Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima, en el caso de Susel Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín vs. RENIEC del Exp. N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11, refirió:

55. Quienes constituimos una mayoría de personas heterosexuales, debemos asumir los cambios con tolerancia, evolucionando los conceptos jurídicos, en tanto se amplían los derechos y los conceptos mismos (...) En el caso en concreto que nos ocupa, entonces tenemos que, las demandantes pretenden que se les reconozca ante las leyes peruanas, lo que en el país donde lo contrajeron, es válido y que debe ser válido en el Perú, porque existen normas internacionales que amparan este derecho, pero además, porque las normas nacionales, se dieron en una circunstancia pre constitucional y pre convencional, que asimismo, las sociedades deben avanzar hacia organizaciones y Estados de tolerancia democrática, donde las minorías, puedan acceder a los derechos en igualdad de condiciones sin sufrir, por una determinada condición, situaciones o normas que los discriminen.

El Sexto Juzgado Constitucional de Lima, en el Expediente N° 20900-2015-0-1801-JR-CI-11. Caso Andree Alosso Martinot Serván y Diego Alonso Urbina Fletcher vs. RENIEC, en su fundamento Décimo refiere:

DÉCIMO. (...) cabe recordar que dicha norma (artículo 234 del Código Civil) que se emitió con mucha anterioridad a la Constitución Política de 1993, dicha regulación sobre el matrimonio entre hombre y mujer se emitió conforme al contexto social de

dicha época, y ha tenido vigencia en forma inalterable en el mundo occidental hasta el año 2001; de la no regulación sobre el derecho al matrimonio del mismo sexo, se pasó al reconocimiento progresivo de unión de hecho entre personas del mismo sexo, y de esta figura al reconocimiento progresivo al matrimonio igualitario. Desde el año 2001 en adelante, existen 29 estados que han reconocido el matrimonio igualitario en sus sistemas jurídicos, de estos un Estado lo ha hecho por consulta popular, 18 por reformas legislativas y 9 por decisiones de cortes de justicia o cortes constitucionales.

Todas estas posiciones de los Juzgados han sido asumidas por algunos como antijurídicos y contrarias a las buenas costumbres, pero hoy, lejos de ser aclamadas por ello, es evidente que por el transcurso del tiempo y la transformación de las sociedades, aparecen nuevas categorías jurídicas que necesitan protección para evitar su invisibilidad e indiferencia.

### **2.3. Interpretación del artículo 234° del Código Civil Peruano artículo 234**

Según el Código Civil, el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalmente sujeta a sus disposiciones con la finalidad de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

**2.3.1. A nivel doctrinario.-** Del texto expreso del Código Civil se advierte que el matrimonio se contrae “a fin de hacer vida en común”. Así, para algunos, el matrimonio es una unión “reconocida por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida” (EN NECCERU S, p. 11). (p.37)

**2.3.2. A nivel constitucional.-** Según Muro & Torres (2020) refiere que:

En un Estado constitucional, como el nuestro, sostenido bajo el principio de supremacía constitucional, según el artículo 51 de la Carta Fundamental, es menester que toda disposición infraconstitucional, como el artículo 234 del Código Civil, debe ser interpretada conforme las normas y disposiciones constitucionales. Ahora bien, al referirnos a las normas constitucionales vinculantes dentro de nuestro Estado hacemos referencia también a los tratados internacionales en materia de derechos humanos (p.39).

Lo que resultan de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional es que el Estado tiene el deber de proteger toda manifestación de familia y no sólo el modelo clásico, así mismo, también ha determinado cuáles son las principales características para determinar una familia como, por ejemplo, del tipo, ensamblada, la misma que también es protegida constitucionalmente, tal como lo señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional N ° 1204-2017-AA/TC.

**2.3.3. A nivel jurisprudencial.-** Nuestro Tribunal Constitucional, según la Sentencia N ° 5854-2005-AA/TC, ha señalado que todos los tratados celebrados por el Estado y que están en vigor forman parte del derecho nacional, así mismo, los tratados sobre derechos humanos, ratificados pertenecen al derecho interno y por lo tanto es Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

En cuanto a la jerarquía que mantienen estos tratados dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ha referido que: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango

constitucional” (STC N ° 0025-2005-PI/ TC y STC N ° 0026-2005-PI/TC, fundamento jurídico 26).

A nivel de jurisprudencia internacional, sucede de la misma forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) tiene una fuerza vinculante similar a la de las normas constitucionales, por ello, el Perú está obligado a cumplir las disposiciones de la CADH, así como cada una de las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como su órgano jurisdiccional de control.

La facultad de consulta de la CIDH, ha hecho posible la Opinión Consultiva OC-24/17 donde desarrolla sobre la concepción y los alcances del matrimonio igualitario resolviendo, por unanimidad, que: “La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo” (punto resolutive 6).

Seguidamente este Órgano Supranacional refirió que “es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales (...)” (punto resolutive 8).

Se ha determinado que el objeto de toda opinión consultiva es “obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados

americanos” (párrafo 54), por esta razón, consideramos que son vinculantes para todo Estado suscrito a esta Convención.

### **3. El matrimonio entre parejas del mismo sexo y su no juridificación como estándar normativo en el Código Civil Peruano**

#### **3.1. *El matrimonio entre personas del mismo sexo***

Según la literalidad de la norma civil respecto al matrimonio, se concluye que es un acto eminentemente heterosexual, encontrándose prescrito en nuestro Código Civil de 1984, señalando que es la unión entre un varón y una mujer. quedando fuera otras uniones grupales, entre ellas, las homosexuales. Y esto, sucede a raíz de que los hogares son rotundamente monógamos cuya finalidad es procrear y perpetuar la especie, siendo de esa manera “monógama” como la única para realizarlo.

**3.1.1. Definición.-** El matrimonio para parejas del mismo sexo, bajo el principio de igualdad, se considera una institución, un símbolo de gran valor en la sociedad y un vínculo emocional y permanente entre dos personas que han decidido juntarse para formar una vida en común, pues se encuentra válido que dos personas adultas, libres y con plena voluntad, adquieran ese vínculo entendido como símbolo social, y negársele esa posibilidad, es considerarlos que no son enteramente parte de esta sociedad (Freyre, 2016).

**3.1.2. Antecedentes.-** Según los autores Muro y Torres (2020): “Nuestra Constitución Política no contiene norma que conceptualiza el matrimonio únicamente como la unión entre un varón y una mujer. Es el artículo 234 del Código Civil el que

adopta esta noción del matrimonio” (p. S/N). Nuestro Código Civil de 1984, cabe señalar, que no contaba con la vigencia de la Constitución Política de 1993, por ello los alcances de la normativa civil ahora, es cuando deben ser adaptados con las normas constitucionales y jurisprudencia que se encuentran vigentes para que sean compatibles, pues en muchas oportunidades se ha concluido que por el principio-derecho de la igualdad y no discriminación, la regulación del matrimonio va mucho más allá de la orientación sexual de los contrayentes.

A lo largo del tiempo, el concepto “familia” ha ido evolucionando y transformándose logrando que el concepto tradicional y clásico caiga en desuso, y al contrario de avalar, ahora, es considerado discriminatorio y restrictivo, ya que lejos de una familia “perfecta” y bien constituido, están los aspectos que surgen gracias a los cambios de roles del hombre y la mujer, y el respeto a sus derechos en igualdad condición.

Los autores Muro y Torres (2020) refieren:

...sobre las bases expuestas y a la luz de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno y en el contexto internacional, se puede señalar que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos... Los lazos afectivos y los proyectos de vida se basan en la tolerancia y el pluralismo (p.35).

El Estado, desde el punto de vista del deber y la responsabilidad como garantizador de la protección a la familia, coloca a los miembros tanto hombre, mujer,

niños y adolescentes que lo conforman, como centro de protección sin importar la tipología moderna de ese concepto, y sólo concentrarse en su calidad de ser humano dentro de una familia, siendo que, ante discrepancias con el modelo clásico de familia y matrimonio, el Estado debe generar soluciones pacíficas que garanticen la protección legal sin nunca optar por mantenerse al margen de esta realidad social.

### **3.1.3. La homosexualidad en el Perú**

El matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra prohibido en nuestra legislación, tal como se aprecia según el artículo 234° del Código Civil y el artículo 5 de la Constitución de 1993. Sin embargo, estas uniones pueden ser defendidas bajo el principio de igualdad ante la ley regulada en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

No obstante, se ha argumentado a favor de este tipo de uniones teniendo como justificación el respeto a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución de 1993. Según este criterio, Medina ( ) refiere:

Se estaría atentando contra el principio de igualdad al admitir que una pareja heterosexual puede contraer matrimonio y, no obstante, se niega esta posibilidad a una pareja homosexual. Este derecho se ve complementado por la prohibición de discriminación por cualquier índole, supuesto dentro del cual se encuentra la prohibición de discriminar por la opción sexual... Si bien las uniones homoafectivas no son idénticas al matrimonio, presentan rasgos muy similares, lo cual justificaría que merezcan un tratamiento semejante cuando menos en lo referente al aspecto patrimonial y al régimen de deberes y obligaciones de la pareja ( p. 86).

Según la Corte Constitucional de Ecuador N°11-18-CN las concepciones de considerar la homosexualidad como una anomalía, riesgo social o un trastorno psicopatológico que desintegraría a la familia, han sido superadas por la ciencia. Es así que, en 1991, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de la lista de enfermedades, considerando nuevas formas de identidad (fundamento 91).

### **3.2. *Posiciones respecto a la regulación del matrimonio homosexual***

El matrimonio exclusivamente heterosexual regulado en muchas legislaciones, influenciado en algunos casos por la llamada “heteronormatividad”, sólo reconoce a las categorías binarias tradicionales de sexualidad (masculina/femenina) y la “complementariedad natural” del varón y la mujer como núcleos legítimos de familias, dignos de reconocimiento y protección estatal.

**3.2.1. Posición tradicional.-** Etimológicamente el término matrimonio viene del latín *matrimonium*, derivado de mater - tris, raíz que significa “madre”. Graciela Medina (2001) respalda esta teoría refiriendo que el oficio de la madre es un rol que sufre para propagar su estirpe, siendo la procreación y descendencia, finalidades esenciales de esta institución que solo pueden ser cumplidas por la complementariedad de un varón y una mujer (Medina, 2001, como se citó en Ñavincopa, 2015).

La posición tradicional considera a las mujeres en virtud de su capacidad de reproducción, sujetas al control masculino, asignándoseles primordialmente roles asociados a la maternidad y al cuidado de sus hijos. Por lo mismo, las parejas del mismo sexo se ven como la “negación de estas capacidades (Fraser, 1997).

Como lo señala Nancy Fraser, la heterosexualidad es privilegiada por el derecho y reconocida por el Estado, mientras que la homosexualidad en las parejas es

considerada inmoral fomentando la homofobia, entendida según Julieta Lemaitre (2009) como “la devaluación cultural de la homosexualidad (p.s/n).

La posición tradicional está ligada a los derechos sexuales que resulta cuestionable pues es una postura que comprende únicamente a hombres y mujeres, las intenciones del legislador peruano, en su mayoría han sido restringir el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, basándose en una interpretación literal de la norma constitucional. El argumento exegético, establece quienes son los sujetos que podrán contraer un matrimonio, lo que limita la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan casarse.

**3.2.2. Posición moderna.-** Desde una perspectiva moderna se constituye la aplicación directa del derecho iusfundamental; y una interpretación dinámica y evolutiva de la Constitución. Esta postura permite entender que el derecho al matrimonio viene dado del derecho internacional de los derechos humanos y de los valores intrínsecos de la Constitución con cláusula abierta.

Pese a no estar regulado el matrimonio para personas del mismo sexo, es tarea del Tribunal Constitucional, argumentar y concientizar a través de sus sentencias modulativas sobre esta problemática, y de alguna forma, resarcir los daños que históricamente han sido la causa de discriminación y violencia hacia las personas homosexuales.

En la actualidad, podemos mencionar que existen aún argumentos que consideran que el derecho a la protección a la familia es un derecho fundamental, pero se reconocen también otras tipologías de familia. El derecho al matrimonio se apoya en el derecho a la protección de la familia, pues el matrimonio es el medio para formar

la familia y del estado civil de casado (a) derivan los derechos y obligaciones, cimentado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que permite que las personas formen cualquier tipo de familia siempre y cuando no afecten valores, principios y fines constitucionales.

**3.2.3. Posición intermedia.-** Esta posición trata de poner sobre la mesa, los beneficios y las desventajas que trae consigo la regulación del matrimonio igualitario. Christopher Zurn, siguiendo a Honneth, ha sostenido que hay al menos tres formas que los problemas de reconocimiento pueden adoptar en el ámbito del matrimonio (pp. 66-74).

Como primera forma, el matrimonio puede entrar en conflicto con el principio de igualdad de trato y respeto debido a que todos los seres humanos gozamos de dignidad por igual, a través de la universalización de derechos y la prohibición de discriminación arbitraria. Queda manifestado por la exclusión para minorías sexuales para el acceso al matrimonio, concluyendo que la igualdad como principio-derecho universal sólo es meramente simbólico.

En segundo lugar, el matrimonio puede ser un problema de reconocimiento pues afectarían negativamente a ciertas personas que por sus costumbres y valores no aceptan ni reconocen dentro de una sociedad este tipo de matrimonio, concluyendo, en definitiva, un problema de reconocimiento por la estima social de un grupo de personas.

Cómo última forma, el reconocimiento del matrimonio homosexual entraría nuevamente en conflicto con la igualdad de trato, pero no en razón de ser inaccesible, sino porque resulta opresivo para algunos de los sujetos que sí tienen acceso a él como

el caso de las mujeres, que son oprimidas por el matrimonio, haciendo difícil de efectivizar la igualdad entre ambos géneros.

### **3.3. *Principios constitucionales que respaldan la regulación del matrimonio homosexual***

La figura del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano es una figura heteronormativa y heterosexual de varón y mujer en el matrimonio, que podría estar vulnerando algunos principios y derechos fundamentales. Por ello consideramos ciertos principios que, al contrario, estarían respaldando la posición de reconocimiento al matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo. Entre ellos el principio pro homine, el pro libertatis y el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, resultando de ello un beneficio mucho más amplio al respeto a la dignidad de la persona humana y por otro, a la igualdad y libertad humana.

**3.3.1. Principio de la dignidad humana.-** Empezamos con este principio, pues consideramos el pilar de todos los demás, al estar dotado de dignidad humana equivale a estar dotados de iguales derechos que incluye a todos los demás. Un trato desigual para las personas homosexuales que, son una minoría en la sociedad, con el argumento de que sus uniones son ilegítimas e intrínsecamente perversas, no califica como una razón justificable para la desaprobación mayoritaria. Esta, a lo más, podría constituir, como señala Mauro Basaure, “una verdad solo para sus suscriptores, pero hace imposible fundar, sobre su base, normas válidas para todos los miembros de la comunidad (Basaure, 2015, p. 342)”.

**3.3.2. Principio de la libertad.-** El matrimonio, se justifica y fundamenta en el

libre poder de elegir con quien desea casarse. Bajo el principio de libertad y de autonomía, se constituye una familia sin exigencias ni presiones de la sociedad y el Estado. La persona es libre de elegir la manera como vincularse con su pareja, y sea cual sea la forma, debe gozar con la protección jurídica que gozan todos en igualdad. El bloque de convencionalidad ha resuelto muchos conflictos jurídicos, que ponen en contienda política y social los derechos fundamentales de la persona, a esto, el jurista Ferrajoli refiere que un Estado Constitucional de Derecho, busca efectivizar la aplicación de los derechos fundamentales por encima de las normas infraconstitucionales.

**3.3.3. Principio de la igualdad y no discriminación.-** El principio de igualdad se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú. Así mismo, en el artículo 37 inciso 1 del Código Procesal Constitucional adiciona a la “orientación sexual” como un límite al ejercicio de los poderes públicos y los particulares

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante resolución AG/RES 2653 (XLI-O/11), del 07 de junio de 2011 entiende por “discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género” a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado- ya sea de jure o de facto- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.

Se considera un trato igualitario para las parejas homosexuales, pues tienen similitudes en sus relaciones de pareja, como la convivencia y singularidad de ambos, la publicidad de su relación mutua y su permanencia en el tiempo. El derecho a la no discriminación posee una relación indisoluble con el derecho a la igualdad, conforman ambas, un principio-derecho que evita que se privilegie aquellas uniones heterosexuales, que sólo tengan la finalidad de procreación y formación de una familia clásica y tradicional.

#### **3.4. *Proyectos de ley sobre la regulación del matrimonio para parejas del mismo sexo***

El Poder Legislativo debe garantizar la protección jurídica a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, de lo contrario, supondría una forma de discriminación, su legitimación democrática respecto a sus decisiones y actos deben estar centradas siempre a favor de una sociedad.

Aunque son las mayoritarias decisiones que generan resultados en el país, éstas, se encuentran limitadas por las normas y obligaciones internacionales de protección de derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana que constituyen “un límite infranqueable a la regla de mayorías en instancias democráticas” (Caso Gelman vs. Uruguay).

En nuestro país, ya van dos proyectos de Ley que buscan el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo y aún se encuentran pendientes de evaluación en el Congreso de la República: el Proyecto de Ley N°961/2016-CR y el Proyecto de Ley N° 525/2021-CR.

**3.4.1. Proyecto de ley N° 961/2016-CR.-** Este proyecto de ley, ha sido impulsado por el Centro de Promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos-Promsex y diversos colectivos LGTBI, como un primer intento por regular el matrimonio entre parejas del mismo sexo o igualitario y su reconocimiento si éstos han sido celebrados en el extranjero, para su validez y eficacia en nuestro país.

Dicha propuesta pretende la modificatoria del artículo 234 del Código Civil Peruano, eliminando la restricción legal que impide que parejas homosexuales puedan contraer matrimonio en nuestro país, todo ello bajo el marco del Derecho constitucional e Internacional de los Derechos Humanos.

Esta modificatoria ha sido redactado de la siguiente manera:

Noción del matrimonio Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. Ambos cónyuges tienen en el hogar derechos, deberes y responsabilidades iguales.

**3.4.2. Proyecto de ley N° 525/2021-CR.-** Este segundo proyecto tiene como objeto modificar el artículo 234 del Código Civil pero redactándolo de la siguiente manera:

«Noción de matrimonio Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. Ambos cónyuges tienen en el hogar derechos, deberes y responsabilidades iguales»

Este proyecto de ley, señala que tanto el matrimonio constituido por parejas homosexuales como heterosexuales deben tener el mismo ejercicio y goce de derechos

y obligaciones. Así mismo, en su artículo 3 reconoce el matrimonio celebrado en el extranjero como eficaz en nuestro país al amparo del Derecho Internacional Privado.

## **CAPÍTULO II: LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA PRIMACÍA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO**

### **1. La constitucionalidad de la norma**

#### **1.1. Generalidades**

La constitucionalidad de la norma es una característica que tiene como objetivo que la norma no sobrepase los límites establecidos por la Constitución Política de cada Estado, teniendo en cuenta que, la Constitución no se encuentra subordinada a ninguna otra categoría normativa, en aplicación del principio de la supremacía normativa, que garantiza la eficacia y aplicabilidad de cada una de las disposiciones constitucionales. A todo este proceso de control en su conjunto, se le denomina “control de constitucionalidad de la norma”.

#### **1.2. Teorías**

Éstas son algunas de las teorías que tratan de explicar la constitucionalidad de la norma, para a partir de ello, poder analizar la que mejor se adecúe a nuestra investigación.

**1.2.1. Teoría iusnaturalista.-** Uno de los juristas que sustentan la teoría iusnaturalista es el mexicano García Máynez quien sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su

contenido" (García, 1968, p. 128). La Constitución es producto de una sociedad con sus intereses y necesidades por satisfacer, sin embargo, se considera que el Poder Constituyente que origina una Constitución se encuentra bajo límites supra positivos del valor de la justicia.

Según el jurista peruano García Toma, toda comunidad política al tener la facultad soberana de construir un derecho positivo, se encuentra naturalmente obligada a respetar los valores naturales como la dignidad humana, la libertad, la justicia y la igualdad, principios y derechos que están por encima de un constituyente y, por ende, de un legislador (García, 2010, p. 60).

La inconstitucionalidad de una norma, no sólo puede haberse manifestado como una transgresión expresa a una norma constitucional en sí misma, sino, también consideramos que puede haber vulnerado la esencia, finalidad y el significado abstracto de aquellos derechos y principios que forman parte del cuerpo dogmático de nuestra Constitución como lo son el derecho a la igualdad y no discriminación.

Muchos catalogan el reconocimiento del matrimonio igualitario como una transgresión al derecho constitucional a formar una familia y al matrimonio natural, sin embargo, muy pocos refieren que tal impedimento a la población no heterosexual, afecta el significado y la amplitud del derecho a la igualdad y la no discriminación, ambos principios ligados estrechamente a la vida y dignidad humana y que nos corresponden a todos, por el simple hecho de ser seres humanos.

Mientras los teóricos del positivismo refieren la validez del Derecho como un concepto fáctico y social, al ser un hecho observable en sociedad, muy al margen del juicio particular; los iusnaturalistas, por el contrario, según el jurista israelí Joseph Raz, mantienen que la validez de una norma necesita ser materialmente justificada,

sosteniendo que un sistema jurídico puede mantenerse en el tiempo si la población lo considera justo y acepta las normas de sus propias convicciones morales (Raz, 1988).

**1.2.2. Teoría de la norma fundamental de Hans Kelsen.-** Según el jurista Hans Kelsen, cada norma debe su validez a una norma de mayor jerarquía, pero el ciclo de validez se interrumpe cuando ya no puede derivarse de otra superior o llamada también “fundamental o básica”.

Para el jurista, las normas del derecho, incluso la Constitución, debían su validez a las decisiones del Poder Legislativo o Poder Constituyente Originario. Márquez señalaba que:

“...el primer acto constituyente —el más elevado de la producción jurídica— se presenta como ejecución de la norma fundamental; la legislación, que es producción de normas generales, como ejecución de la Constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, por medio de los cuales se establecen las normas individuales, como ejecución de la ley; la realización del acto coactivo, por último, como ejecución de las órdenes administrativas y sentencias judiciales (p.44)”.

Uno de los principales problemas de la teoría de Kelsen, sería que brinda un poder absoluto al Poder Constituyente sobre las demás normas del Derecho, permitiendo que cualquier norma contraria a este, sin importar la jerarquía, sea errónea. Otra idea suya, cuestionada sería cuando refería a la Norma Fundante señalando que es una línea de comportamiento que debe seguir la sociedad, con su coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación. Esto es una norma, afirma Kelsen, porque es la respuesta a la cuestión de por qué debemos comportarnos como la Constitución lo prescribe (Kelsen, 1984).

Como podemos observar, nuestra legislación es todo un entramado de normas jurídicas que se deben validez unas de otras dependiendo la jerarquía que posean, cuando existe esa armonía entre ellas, podemos hablar de una norma válida. Así mismo, cuando nos referimos a una inconstitucionalidad normativa; según la teoría antes referida, tenemos entonces, un conflicto intersubjetivo de intereses, pues vamos a cuestionar una norma de rango legal que no guarda validez porque es contrario a nuestra Constitución

**1.2.3. Teoría neoconstitucionalista.-** Según PRIETO SANCHÍS (2007) hay cinco características que la teoría neoconstitucionalista, las cuales son:

...más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas... (p.121).

Esta corriente tiene a la jurisprudencia como una influyente ideología que irradia todas las instituciones jurídicas, siendo una fuente primaria de la conciencia jurídica y principal fuente de la forma como se practica y entiende el derecho en el ámbito profesional (Giraldo, 2018).

Esta teoría demuestra la importancia de la jurisprudencia en el entendimiento del derecho, convirtiéndose así, en una fuente principal que irradia todas las demás instituciones. Existen tres tesis neo constitucionalistas que han sido abordadas

distinguiendo el formalismo, el escepticismo y la teoría mixta. La primera teoría se vincula a la conexión entre Derecho y moral, donde los valores morales externos al positivismo jurídico, se convertirían en principios constitucionales, tales principios funcionarían como límites de la ley ordinaria (Barberis, 2011)

La segunda noción neoconstitucionalista es la distinción entre reglas y principios: las primeras son juicios hipotéticos que mantienen una estructura lógica y los segundos como mandatos de optimización. Según Zagrebelsky (citado por Barberis, 2011) el neo constitucionalismo es una teoría de normas, donde se privilegia los principios sobre las reglas. La tercera característica sería la distinción entre aplicar una regla y aplicar un principio, siendo que las reglas son aplicables sólo en una forma de subsunción, mientras que los principios como ponderación (Bernal, 2003).

La jerarquía normativa regula el sistema jurídico, de esta manera, se forma toda una cadena de validez y subordinación, garantizando orden jurídico de una forma escalonada, es por ello que, consideramos la primacía de los principios constitucionales que mientras las normas son dinámicas, los principios de justicia, dignidad e igualdad se mantienen estáticos y universales a lo largo del tiempo.

**1.2.4. Teoría de los derechos fundamentales.-** Esta teoría fue avalada inicialmente por el jurista alemán Robert Alexy (2010) quien refiere:

Las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. Por supuesto, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y de gran importancia. (p. 4)

Del análisis de lo señalado, se concluye que, si bien todos los bienes jurídicos protegidos se encuentran dotados de especial relevancia, los derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana, se encuentran con un nivel de protección especial, al encontrarse jerárquicamente por encima de los demás, su reconocimiento posibilita la existencia de los otros derechos.

Otro defensor de esta teoría es el jurista español Peces Barba que plantea a los derechos fundamentales con tres características esenciales: a) pretensión moral justificada, b) subsistema dentro del sistema jurídico y c) preponderancia de la realidad social.

La pretensión moral justificada, comprende cómo los derechos fundamentales facilitan la autonomía e independencia bajo los principios de libertad e igualdad; la característica que subsista en el sistema jurídico, refiere a que los derechos fundamentales tienen que ser incorporados técnicamente a una norma, y como tercera característica refiere a cómo los derechos fundamentales están ceñidos a ciertas realidades sociales que no deben ni pueden ser ignoradas, que benefician o restrinjan la efectividad en su ejercicio (Peces-Barba, 1999).

El significado del Derecho posee así tres características: la idea de sistema normativo, el respaldo del Poder político y la consideración de que su principal función es el logro del control social. Su modelo es caracterizado también por defender que todo Derecho expresa una opción moral, sin embargo, no existen contenidos determinados de moralidad que obligatoria e irreparablemente deban estar presentes en el Derecho como para que éste sea considerado como tal.

Tampoco considera que el Derecho pueda desarrollarse única y

exclusivamente en términos de voluntad política. Según Claudio Nash, los derechos fundamentales tienen una doble faz objetiva-subjetiva que cumplen dos funciones: la función de legitimación del sistema jurídico y político y la función de protección de los derechos fundamentales (Nash, 2006).

La función objetiva de los derechos fundamentales comprende la legitimación del sistema jurídico y político. Según Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales determinan la visión del Derecho que modela las obligaciones de los poderes del Estado y sus funciones, a través de principios básicos para el orden constitucional democrático y el Estado de derecho (Ferrajoli, 2002, pp. 65-149).

Según Peces-Barba la función subjetiva es amplia e implica el contenido protector, participativo y promocional (Peces-Barba, pp.415,423-426). Es decir, que protege derechos constitucionales, establece procedimientos para esa protección a través del Estado y se encuentra irradiando su contenido a todo el ordenamiento jurídico (Nash, 2006).

**1.2.5. Teoría del reconocimiento.-** Esta teoría es respaldada por el jurista británico Herbert Hart (1998), él precisaba que de toda decisión judicial se construía una norma jurídica, por esa razón, consideraba a la Jurisprudencia como la principal fuente del Derecho pues la legislación reconocía sólo lo que estaba en la práctica y es allí, su necesidad de ser legitimada expresamente en una norma escrita. El autor refiere que todo reconocimiento legal depende de cada sistema jurídico, pues cada uno de ellos resolvería indistintamente y como consecuencia, daría lugar a una pluralidad de Reglas de Reconocimiento (Hart, 1998).

Actualmente, diferentes manifestaciones sociales, entre ellas la comunidad

LGTBI y organismos no gubernamentales (ONGs) han aclamado el reconocimiento legal del matrimonio igualitario en nuestro país, incluso, algunas sentencias han sido favorables en la defensa de derechos fundamentales de la comunidad LGTBI como lo es el derecho a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación, así mismo, existen posiciones independientes de algunos exmagistrados del Tribunal Constitucional, como la magistrada Marianela Ledesma Narváez, Carlos Ramos Núñez y Antonio Narváez Rodríguez, que reconocieron la viabilidad de la legalización del matrimonio homosexual en el Perú.

## **2. Primacía de los principios constitucionales en el reconocimiento del matrimonio**

Según el jurista alemán Konrad Hesse, los principios son aquellos que poseen cierta proyección normativa de las cuales se pueden obtener reglas jurídicas; no todos se encuentran en la Constitución, muchos se encuentran fuera de ella, pues se invocan, mueven y desarrollan mejor en las sentencias (Hesse,1992).

Todo el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico ha producido cambios en todas las culturas jurídicas, pues la Constitución ha impuesto a la producción legislativa, todas las prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas a los derechos, las mismas que deben ser observadas bajo mandato de ser corregidas en caso contrario (Ferrajoli, 2001, p. 34).

A lo largo de la historia, se ha visto como el pensamiento ético expresado en valores universales ha permanecido estático hasta nuestros días, hoy, estos valores se encuentran positivizados a través de principios, por eso decimos que la Constitución, es el contenedor de los principios fundamentales.

## ***2.1. Principios constitucionales***

Los principios constitucionales son las normas fundamentales del ordenamiento jurídico, considerados como pautas auxiliares para la interpretación de las verdaderas normas del sistema jurídico, que pasan a convertirse en las normas más importantes del sistema jurídico, esto es, indiscutiblemente en normas fundamentales (Grández, 2016, p. 22).

El jurista alemán Hans Welzel, refiere que toda negación a la naturaleza o toda conformidad a ésta, va precedida a una decisión axiológica que no es susceptible de prueba, señala que, en los inicios del iusnaturalismo, ya se tenían detractores que señalaban que la naturaleza humana es una estructura proteica del idealista que todo lo que tiene por justo y deseable parte de un simple concepto de ser justo sólo por naturaleza (Welzel, 1971).

Consideramos que los principios constitucionales concentran los valores éticos y jurídicos de un Estado Constitucional de Derecho, pues se encuentran armonizando toda actuación en nombre del Estado, haciendo que sus funciones y competencias conferidas por la Constitución, mantenga el equilibrio entre gobernantes y gobernados.

García Canales, refiere que los principios constitucionales son considerados una especie dentro de los principios generales del Derecho, que es el género y que poseen un gran valor normativo dentro del ordenamiento jurídico (García, 1989). En otras palabras, gracias al iusnaturalismo, tenemos valores universales que han permanecidos dentro de los principios constitucionales y que complementan la protección y tutela de los derechos fundamentales.

## ***2.2. Principios de interpretación constitucional***

La Constitución contiene normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores contienen cláusulas generales; las reglas, disposiciones específicas; ambos se encuentran positivizados y pueden apreciarse con una simple interpretación; sin embargo, los principios tienen una amplia proyección normativa, que no siempre se encuentran expresos en el texto constitucional, pero podrían deducirse a través de una interpretación sistemática (Freixes y Remotti, 1992).

Los valores tienen una función orientadora del ordenamiento jurídico, que funciona como parámetro para valorar las conductas; pero son los principios, los que ofrecen mayores argumentos para interpretar una norma, por ser mucho más concretos que los valores; pero suelen colisionar; como el caso del principio democrático, con los valores de libertad, igualdad y justicia,

**2.2.1. Principio de unidad de la constitución.-** Según el jurista peruano César Landa (2018):

La interpretación de la Constitución debe estar dirigida a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el entero ordenamiento jurídico (...) El TC respondió afirmativamente a dicha cuestión en la sentencia del Exp. 5854-2005PA/TC (fundamentos 17 a 20). Señaló que una interpretación literal y aislada de los artículos 142 y 181 que privilegia la sola seguridad jurídica de las decisiones electorales era contraria al principio de unidad, pues si estas lesionan derechos fundamentales, como el debido proceso o la tutela jurisdiccional, el amparo como mecanismo de protección resulta plenamente procedente (p.36).

**2.2.2. Principio de concordancia práctica.-** Este principio refiere a que tanto principios, valores como derechos que se encuentran en la Constitución, deben armonizarse con la finalidad de interpretarse de manera óptima y eficaz; todo el cuerpo constitucional debe encontrarse vinculado estrechamente y mantener la coherencia normativa.

**2.2.3. Principio de corrección funcional.-** Busca que la distribución de los tres poderes del Estado y sus organismos estatales, se encuentre equilibrada, respetando cada una de sus competencias. En la sentencia del Exp. 5854-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que es contrario al principio de corrección funcional, cuando se utiliza sólo una comprensión literal de los artículos 142 y 181 de la Constitución, pues en el caso se pretendía una interpretación aislada de las decisiones vinculantes de los órganos constitucionales.

**2.2.4. Principio de función integradora.-** Este principio refiere al carácter supremo y pluralista de la Constitución, pues ésta se encuentra siempre expresando los intereses de una sociedad diversa que tratará de integrar las relaciones de los poderes del Estado con la sociedad.

**2.2.5. Principio de fuerza normativa de la constitución.-** César Landa sostiene que: “ todas las disposiciones constitucionales, sean reglas o principios, tienen eficacia directa y actúan como parámetro de validez del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y de los actos estatales (administrativos y judiciales) y privados (p.7)”. El Tribunal Constitucional en su sentencia del Exp. 1124-2001-

AA/TC señaló:

La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, «Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución». Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional (fundamento 6).

**2.2.6. Principio de razonabilidad.-** En la sentencia del Exp. 00090-2004-AA/TC, fundamento 38, refiere que el principio de razonabilidad, se encuentra derivado implícitamente del principio de igualdad, el cual sostiene que todo acto o norma arbitraria es contraria a la Constitución y no será tolerada. En ese mismo sentido, el Estado tiene la función de orientar sus actuaciones con los fines constitucionalmente legítimos para que puedan ser razonables.

**2.2.7. Principio de proporcionalidad.-** Este principio se encuentra compuesto por tres subprincipios que tienen que ser aplicados en forma sucesiva. El subprincipio de adecuación, que refiere que cualquier norma o acto de particulares debe tener una relación de causalidad con el fin constitucional que

lo legitima; el subprincipio de necesidad, que trata que no debe existir otra medida alternativa igual de idónea o menor que el derecho fundamental lesionado y el subprincipio de ponderación, que determina que la afectación es directamente proporcional al derecho que se le opone (Landa, 2018).

### **3. La inconstitucionalidad de la norma**

La inconstitucionalidad de una norma está directamente condicionada a los principios de interpretación; pues estos principios sostienen una interpretación que funciona como un método mediante el cual se va a aplicar la norma. La norma puede tener diferentes interpretaciones y llegar a numerosas conclusiones, pero es la función del intérprete determinar cuál es la interpretación correcta, para así concluir en el correcto sentido y alcance al momento de juzgar.

Ante una presunta inconstitucionalidad, corresponde a través de la interpretación, evaluar la validez jurídica a través del análisis de la norma superior a la inferior, que permitirá ver si se cumple con el orden coherente y armónico dentro del sistema jurídico. Como ya refería Hans Kelsen (citado por Rodríguez, 2013):

...el sistema jurídico está compuesto por un conjunto de “normas” y de “reglas” organizadas jerárquicamente, y que las superiores (de mayor poder vinculante) condicionan en parte el contenido de las inferiores, sin afectar un margen propio que pertenece a cada una de las potestades (legislativa, reglamentaria, jurisdiccional, administrativa y autonomía privada) para completar la elaboración del mandato que les está confiado (ley, reglamento, sentencia, resolución administrativa, actos y contratos), se llegará a la conclusión que el método interpretativo por excelencia está dado por la Constitución, ya que nada debe contravenir sus

mandamientos. Aquí radica, precisamente, la vigencia del principio de “supremacía constitucional (p.18).

Podemos sostener que el derecho no admite contradicciones, pero si aparecen, el derecho podrá brindar mecanismos para resolverlas y poder alcanzar nuevamente la unidad armónica y coherente.

### ***3.1. Definición***

Según la Real Academia Española la inconstitucionalidad es el vicio o defecto de una norma o resolución que quebranta la letra o el espíritu de la Constitución. Los juristas mexicanos Fix-Zamudio y Valencia refirieron a la inconstitucionalidad como garantía constitucional de carácter abstracto cuyo objeto primordial es garantizar la aplicación de la Constitución y el logro efectivo de un orden jurídico fundamental (Fix-Zamudio y Valencia, 2010).

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0004-2011-PI/TC, la inconstitucionalidad constituye un “relevante mecanismo de vigilancia del poder en los sistemas democráticos, porque permite el fortalecimiento de la estructura estatal, al tiempo que posibilita la correcta protección de los derechos fundamentales” (fundamento 10).

Según Montoya Chávez, el proceso de inconstitucionalidad tiene una naturaleza dual, siendo un proceso objetivo-subjetivo, es así, que la dimensión objetiva tiene a la inconstitucionalidad como una evaluación entre la compatibilidad e incompatibilidad entre normas de rango de ley y la Constitución Según la sentencia N°0002-2005-PI del Tribunal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad es de naturaleza abstracta y ésta tiene una

doble dimensión, la dimensión objetiva comprende el control de constitucionalidad sobre la aplicación de normas y el respeto a la unidad constitucional, mientras que la dimensión subjetiva valora la constitucionalidad de actos concretos por la norma legal impugnada

**3.1.1. En sentido concreto.-** La inconstitucionalidad en sentido concreto es cuando la decisión de los jueces estará referida a una determinada interpretación, atendiendo a la influencia de la norma en el juzgamiento de la gestión en que incide, pues se contrapone una cierta aplicación del precepto con el mandato de la Carta Fundamental.

Par Rodríguez Grez, la idea de una inaplicabilidad en concreto resulta insostenible, pues el destino del recurso es la confrontación entre la norma constitucional y el mandato legal, de manera que la norma inferior resulte subordinada a la superior. Es por ello que sostiene que la interpretación recaerá en el texto constitucional para fijar e integrar sus fronteras, el contenido de lo ordenado en la ley, pero eso no significa que en cualquiera que elimine la contradicción, se puede fundamentar una inconstitucionalidad ( Rodríguez, 2013).

**3.1.2. En sentido abstracto.-** Una inconstitucionalidad en abstracto es cuando los jueces se pronuncian sobre si el precepto impugnado contraviene el mandato del constituyente cualquiera que sea su interpretación y, por ende, la aplicación que se escoja; es decir, se contrapone el mandato legal con el mandato constitucional.

### **3.2. Tipología de la inconstitucionalidad**

La inconstitucionalidad tiene un objeto litigioso que está formado por dos elementos: la *causa petendi* y el *petitum*. La primera es la determinación del hecho y el tipo de infracción que lo constituye, mientras que el *petitum*, viene a ser la solicitud que va a estar sujeta a control jurisdiccional, a través de un control abstracto de constitucionalidad de las normas (Montoya, 2015).

Para poder analizar si el artículo 234° del Código Civil Peruano, es contrario e incompatible con la Constitución, necesitamos explicar los tipos de infracciones que hacen posible que una norma sea considerada inconstitucional, partiendo que este proceso tiene como finalidad el respeto a la jerarquía normativa.

**3.2.1. Infracción directa e indirecta .-** Esta primera tipología corresponde al parámetro utilizado o la fuente afectada que puede ser la Constitución o el Bloque de Constitucionalidad. La primera corresponde a una infracción directa de la Constitución, reducida sólo a la norma fundamental; mientras que la infracción indirecta, se da contra una norma legal que es un parámetro de constitucionalidad, más no una norma constitucional; pero sí tiene la capacidad de controlar otras normas, conferida por la Constitución.

**3.2.2. Infracción de forma o fondo.-** De acuerdo al carácter de la infracción, la transgresión a la Constitución puede ser por la forma o por el fondo.

La infracción por la forma, según la Sentencia del Tribunal Constitucional N°0020-2005-PI/TC es una violación a las normas procedimentales o de la vía legislativa.

Existen tres supuestos en los que se manifiesta este tipo de vicio de

inconstitucionalidad:

- Cuando existe un quebrantamiento del procedimiento legislativo regulado en la Constitución
- Cuando se trate de una materia reservada por la Constitución a otra fuente formal del derecho específica
- Cuando se expida una norma por un órgano que constitucionalmente no tiene competencia para hacerlo.

Sin embargo, cabe señalar, que un cuestionamiento a una norma que haya transgredido el debido proceso, no es suficiente para que el Tribunal Constitucional declare su expulsión del ordenamiento jurídico, sino que tiene que afectar directamente algún bien, principio o derecho constitucionalmente tutelado.

Así mismo, la transgresión que refiere a la fuente formal específica, refiere que la Constitución puede establecer una fuente determinada para cierta materia, esto muy relacionado al tercer supuesto, donde la competencia es dada por la Constitución, y puede obligar la permisión o prohibición impuesta a una fuente del derecho para regular cierta materia o puede establecer quién es el órgano competente. La infracción por el fondo, en cambio, se manifiesta cuando la norma con rango de ley es contraria a principios, valores o derechos constitucionales.

**3.2.3. Infracción total o parcial.-** Como tercer criterio tenemos a las infracciones según el *quantum* de la fuente lesiva; la infracción total, que sucede cuando todo el contenido normativo o dispositivo es lesivo a la Constitución, y la infracción parcial, cuando sólo una parte del contenido normativo o dispositivo, es

contrario a la Constitución. Mientras que la primera situación, por su grave afectación es inimpugnable en caso sea declarada inconstitucional; la infracción parcial, tiene dos situaciones particulares en la que se manifiesta:

- El vicio recaído sobre el contenido literal y lingüístico de la norma; el cual puede ser dejado sin efecto la palabra o palabras objeto de transgresión.

- El vicio recaído sobre el contenido normativo y su interpretación será prohibido de aplicar para cualquier poder público.

**3.2.4. Infracción por comisión u omisión.-** Montoya refiere que esta clasificación ha sido dada según la actuación de quien atenta contra la jerarquía normativa de la Constitución y puede ser de dos tipos.

- La infracción por comisión, que ocurre cuando se ha emitido una norma con rango de ley que lesiona la jerarquía normativa constitucional.

- La infracción por omisión, que implica cuando existe inactividad e inacción ante la emisión de alguna norma (Montoya, 2015).

Una vez se analice el tipo de infracción que tiene la norma inferior contraria a la Constitución, se plantea el *Petitum*, que puede ser a nivel normativo, con la finalidad de la expulsión de la norma, pretendiendo que se deje sin efecto la norma a través de una derogación por parte solamente del Congreso de la República o por parte del Tribunal Constitucional, a través de un control concentrado cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta o cuando sea acreditada directa o indirectamente; o a nivel jurisprudencial; que puede versar por integrar o interpretar la norma.

En lo que respecta a integrar la norma o el ordenamiento, se da en los supuestos

de omisión relativa o de ley, mientras que con la interpretación de la norma, lo que se busca es interpretar excepcionalmente las normas con rango de ley, de conformidad con la Constitución.

### ***3.3. Dimensiones de la inconstitucionalidad***

La inconstitucionalidad es un mecanismo cuya finalidad es vigilar los poderes del Estado en aras del principio democrático y con el eminente rol de proteger eficazmente los derechos fundamentales; es por ello que garantiza tanto el principio de jerarquía normativa y supremacía constitucional como la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta naturaleza dual corresponde a las dos dimensiones de la inconstitucionalidad.

**3.3.1. Dimensión objetiva.-** La dimensión objetiva, refiere a un control de la constitucionalidad de las normas tomando en cuenta su naturaleza abstracta dentro del sistema normativo y sobre la base de los valores y principios consagrados en la Constitución. No es un análisis como caso concreto de aplicarse, sino una evaluación de la norma en atención a su compatibilidad o incompatibilidad en abstracto entre las normas con rango de ley y la Constitución, garantizando el respeto a la unidad constitucional.

**3.3.2. Dimensión subjetiva.-** La inconstitucionalidad posee una dimensión subjetiva, al tratarse de valorar un acto en concreto generado por una norma inconstitucional, pues tiene como fin mediato evitar la aplicación de normas que contengan vicios de constitucionalidad e impedir que genere o continúen las afectaciones subjetivas o

concretas a los derechos fundamentales de las personas.

El Tribunal Constitucional en la STC N°0002-2005-PI/TC refiere que para analizar una norma legal impugnada:

“(…) Corresponde hacer una evaluación relacional entre normas y realidad en las que sean susceptibles de aplicarse, pero no con el propósito de inaplicarlas a un supuesto concreto, sino únicamente con la intención de reconocer los sentidos interpretativos de aquellas que pudieran resultar contrarias a la Norma Fundamental (fundamento 2).

La inconstitucionalidad tiene una vertiente subjetiva principalmente al consagrarse sobre la base de los principios y valores universales consagrados en la Constitución y una naturaleza objetiva que orienta a un examen de la norma bajo la unidad de supremacía constitucional y jerarquía normativa.

### **CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN**

#### **1. Generalidades**

En el marco democrático y constitucional, la igualdad jurídica tiene una dimensión de derecho y de principio al mismo tiempo, que protege tres posiciones iusfundamentales: i) el derecho al trato igual, siempre que no exista una razón proporcional para exigir un trato diferenciado; ii) el derecho a la igualdad de oportunidades, y; iii) la proscripción de la discriminación (Alvites, 2019).

Nuestra Constitución peruana reconoce en su artículo 2, inciso 2, que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. También prohíbe la discriminación, entendida como el dar un tratamiento jurídico diferenciado bajo una serie de criterios y circunstancias que históricamente han mantenido marginados a determinados grupos de personas en el ejercicio de sus derechos (Alvites, 2019).

Como se ha visto, capítulos atrás, la Constitución puede abrirse a las realidades cambiantes de la sociedad, diríamos entonces que un fin constitucional válido abraza más la idea de una noción más amplia posible del derecho a constituir una familia por medio del matrimonio, y en consecuencia no existiría fin constitucional alguno para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional de Ecuador Sentencia 11-18-CN, fundamento 95 y 99).

La profesora española María Teresa Picontó (2018) refiere al vínculo de los derechos a la igualdad y la no discriminación con el matrimonio homosexual lo siguiente:

El derecho a la igualdad y no discriminación, respecto de la capacidad de contraer matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo, se encuentra en íntima conexión con el ámbito de las relaciones familiares, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. De ahí que la normativa y la jurisprudencia de realidades comparadas hayan ido profundizando en la realización de los derechos de todas las personas, adaptándose a las demandas sociales y culturales de cada momento (pp. 516-517).

Según la Sentencia 11-18-CN de la Corte Constitucional de Ecuador, el libre desarrollo de la personalidad concretiza el ideal de autonomía individual, es decir, es la facultad de las

personas para decidir sus propios fines y establecer como conseguirlos, siempre que se respeten los derechos de los demás. (considerando 167).

Por consiguiente, cuando restringimos el derecho matrimonial a las parejas del mismo sexo, a partir del argumento de que existe un solo modelo de familia heterosexual que es defendido por el Estado, supone una vulneración indebida a la libre elección de un plan de vida.

Tal como refiere Saba (2017):

No se debe perder de vista que las personas, al compartir la cualidad de seres racionales, son capaces de diseñar y poner en marcha su propio plan de vida sin interferencia estatal o de otros individuos, siempre y cuando dichos planes no afecten la autonomía de terceros (p.15).

La Corte Constitucional de Ecuador, en este sentido, señala que existen derechos inclusivos que son universales, tanto que a mayor amplitud y expansión implica una mayor dignificación de las personas, como ocurre con los derechos a la educación o a la salud, que permiten un libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional Sentencia 11-18-CN, considerando 173).

En esa misma línea, interpretarse al matrimonio como un derecho exclusivo para parejas heterosexuales es una limitación al derecho a formar una familia y al libre desarrollo de la personalidad.

## **2. El principio de igualdad**

La igualdad como principio, siguiendo a Dworkin, refiere a que todas las personas deben ser tratadas con el mismo respeto por parte del Estado y sus instituciones, y cuando existan diferencias de trato debe darse como consecuencia a bases justificadas y proporcionadas (Añón, 2018).

La igualdad presenta diversas manifestaciones con efectos jurídicos distintos, la Constitución española, por ejemplo, ha referido respecto a este principio-derecho: la igualdad, como valor constitucional y superior del ordenamiento jurídico según el artículo 1.1; la igualdad como principio estructural constitucional, que refiere al acceso a cargos y funciones públicos en condiciones de igualdad (artículo 23.2) y en lo que se refiere a los deberes del artículo como el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica del artículo y la igualdad como derecho público subjetivo.

Por otra parte, pueden también reconducirse a la igualdad como principio: a) La cláusula antidiscriminatoria de alcance general que prohíbe la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. b) La obligación estatal de promover las condiciones de igualdad de las personas y los grupos minoritarios y tratar de vencer los obstáculos que impidan su fin.

El derecho a la igualdad reconocido en la Constitución peruana tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Mientras la primera constituye un límite al legislador, la igualdad en la aplicación de la ley se configura como límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de

hecho que sean sustancialmente iguales (Exp. N°004-2006-PI/TC, fundamento 123-124).

### ***2.1. Igualdad en la aplicación de la ley***

La Corte Constitucional de Ecuador, ha manifestado en su Sentencia 11-18-CN que:

La igualdad como derecho supone, por otra parte, el derecho subjetivo de las personas, pero también alude a una dimensión de tipo objetivo que obliga al Estado a tratar igual a quienes están en igual condición; en suma, el derecho a la igualdad afirma que cuando no hay diferencias relevantes el tratamiento debe ser igual, y que cuando hay diferencias relevantes el tratamiento debe ser diferenciado (Considerando 77).

El derecho en la aplicación de la ley tiene como base fundamental, obligar a toda autoridad estatal a no hacer distinciones que se encuentren injustificadas de aplicar, al mismo tiempo, que exige a todo juez tener un criterio que le permita atribuir consecuencias jurídicas similares a situaciones que son sustancialmente iguales utilizando contenidos vinculantes y no criterios en situaciones que se presenten como arbitrarias (Alvares, 2007).

### ***2.2. Igualdad en la ley o en el contenido de la ley***

Una de las formas de discriminación por parte del Estado es cuando éste expide normas jurídicas de contenido discriminatorio. El derecho de igualdad ante la ley significa que las normas deben ser iguales para todos, en caso haya un trato desigual, deberá analizarse determinados criterios para evitar una discriminación, es por ello que se dice, que este tipo de igualdad está dirigido a todas las autoridades estatales que pueden emitir una norma jurídica (Huerta, 2005).

La igualdad ante la ley, exige al legislador que cuando formule una ley y plantee

alguna distinción o diferenciación, debe estar estrictamente justificada.

En el Expediente 018-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional refiere que la diferencia entre la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad ante la ley, está en que la primera es una exigencia de aplicación igualitaria para personas en situaciones similares, mientras que la igualdad ante la ley, prohíbe la distinción irracional al momento de crearse la norma, poniéndose límites al legislador (Gutierrez & Sosa, 2013).

### **3. Derecho a la no discriminación según la doctrina**

El profesor español Giménez Gluck refiere que la cláusula específica de no discriminación presente en todas las constituciones y tratados internacionales cumple dos funciones. La primera función es prohibir su uso para perjudicar a determinados grupos que, por su trascendencia histórica de infravaloración, dominación o postergación social, no han pertenecido de hecho en los procesos de formación de las normas (Gluck, 2004).

Según el principio democrático, la sociedad reconoce que sus individuos son agentes morales de igual dignidad, y la toma de decisiones del poder público, responde al principio de igualdad, donde las voces de todos deben contarse por igual. Sin embargo, existen también grupos minoritarios que, históricamente se ha tratado de manera desfavorable, no permitiendo su participación en la representación y poder del Estado.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia D.H. y otros vs. República Checa, del 13 noviembre de 2007, existen tres factores que se encuentran presentes para identificar una situación discriminatoria: el contexto histórico del grupo, los efectos pasados y presentes de la norma objeto de deliberación y el perjuicio social o patrón de discriminación.

Cuando identificamos el contexto histórico, nos referimos a la evidencia que los patrones dominantes, estereotipos y prejuicios han influido en la sociedad a lo largo del tiempo. El segundo factor, refiere al tipo de perjuicio que ha causado la norma y a quienes recae y se obtiene a través de la valoración de los efectos de la norma en la actualidad y finalmente, como último factor, es identificar el estereotipo que se pretende desenmascarar, precisando patrón de discriminación estructural, permitiendo combatir sus consecuencias negativas y las obligaciones de los Estados que pueden contrarrestar el tipo de discriminación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, D.H. y Otros vs. República Checa, 2007).

El derecho a la no discriminación está orientado a reconocer aquellas estructuras de subordinación, opresión intergrupal y a identificar situaciones de desventaja cuestionándose los sistemas jurídicos dominantes, podemos concluir que el principio de no discriminación puede ser entendido como una norma de igualdad material y es necesario introducir en el razonamiento jurídico los argumentos que muestran patrones de discriminación, para identificar la situación de desventaja de los grupos sociales o sujetos, con la finalidad de poder combatirlos en términos de capacidades y poder de decisión (Añón, 2013).

### ***3.1. Tipología del derecho a la no discriminación según la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden existir algunos patrones de discriminación, como los siguientes:

**3.1.1. Discriminación por indiferenciación.-** Este tipo de discriminación se

configura cuando no se trata de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas o grupos de personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas (Rey Martínez, 2012, p. 292).

**3.1.2. Discriminación interseccional.-** La jurisprudencia del sistema interamericano emplea el concepto de “interseccionalidad” para el análisis de la discriminación, considerando aquellos casos en que se presenta la confluencia en forma transversal de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a una serie de condiciones particulares, como por ejemplo la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con el VIH. La intersección de identidades y riesgos pueden acentuar violaciones de derechos humanos contra personas, grupos y colectividades en especial situación de vulnerabilidad y discriminación histórica en el hemisferio.

**3.1.3.0 Discriminación directa o indirecta.-** La discriminación directa hace referencia a aquella situación en la que una persona o grupo de personas recibe un trato diferenciado y perjudicial sobre la base de una categoría sospechosa, la cual es invocada explícitamente como motivo de la distinción o exclusión. También, inversamente, cuando se omite cumplir con una obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente (Añón Roig, 2013a, p. 646).

La CIDH también ha establecido que el examen de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y la no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación, o se trate de medidas de alcance general y no diferenciadas. A través de los

extractos de jurisprudencia que se presentan a continuación, es posible identificar el potencial impacto discriminatorio y desproporcionado que puede tener sobre un grupo de personas la existencia de normas, acciones o políticas en apariencia neutrales.

**3.1.4. Discriminación estructural o sistémica.-** Según el Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15. del 31 diciembre del 2015, la Comisión Interamericana entiende que, si bien existen múltiples formas en que la discriminación puede manifestarse, la discriminación estructural o sistémica se refiere al conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones.

En América Latina, autores como Christian Curtis y Claudio Nash han tratado de conceptualizar este tipo de discriminación. Curtis considera a la “discriminación estructural o sistémica” a la discriminación que afecta a determinados grupos sociales, permitiendo justificar el establecimiento de medidas de acción afirmativa (Curtis, 2010, p. 111).

Por su parte, Nash (2013) explica que se configura este tipo de discriminación, cuando la organización del Estado (la institucionalidad) permite y facilita la violación de los derechos y libertades de ciertos grupos de la población. Para este autor, las estructuras jurídicas y políticas «funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos» (Nash, 2013, p. 25).

**CAPÍTULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 234° DEL CÓDIGO  
CIVIL PERUANO POR MANIFESTACIÓN DE DISCRIMINACIÓN  
ESTRUCTURAL**

**1. La inconstitucionalidad de la norma 234° del Código Civil Peruano**

El artículo 201° de la Constitución Política del Perú señala que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, dicha disposición ha sido interpretada por el artículo 1° de la Ley Orgánica N° 28301, el cual establece que es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad; una de sus atribuciones principales es conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad y contra las normas con rango de ley, conforme al inciso 4° del artículo 200 de la Constitución (Meza, 2012).

En prima facie, la inconstitucionalidad de una ley, se origina cuando existe incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control y la propia Constitución, no necesariamente porque lesione a una norma de su misma jerarquía, sino por un problema de antinomia (Meza, 2012).

Cuando decimos que existe control de la constitucionalidad, quiere decir que estamos formados por un Estado de derecho con una Constitución que está haciendo su función eficazmente y se encuentra albergando al órgano competente para su estricto cumplimiento, sin embargo, la justicia constitucional no se mantenido siempre constante y muchas veces se ha sensibilizado ante los conflictos y críticas como factores de moderación (Andaluz, 2008).

***1.1. Infracción a la supremacía de la Constitución escrita***

No se cuestiona el valor de la democracia, sin embargo, cuando afirmamos que la

voluntad del poder constituyente es democracia, consideramos que aquellas prohibiciones que transgreden a grupos minoritarios no cumplen con el tejido axiológico, de un próspero estado democrático que garantiza el bienestar de todos.

Expresamente no se encuentra prohibida la posibilidad jurídica de reconocer el matrimonio para parejas del mismo sexo, pero nuestra cultura jurídica clásica pretende imponer que solo puede existir el matrimonio heterosexual, y no existe otra forma de constituirse un matrimonio legalmente.

## ***1.2. Infracción al derecho constitucional no escrito***

Proponemos cambiar la forma de aplicar el derecho constitucional, con fundamentos razonables y para construir un derecho que vaya más allá de la literalidad de la ley y, en su lugar, sean razonables todas las respuestas jurídicas.

Para contrarrestar la interpretación literalista de la Constitución, debemos ahondar en los valores y principios que se encuentran en los principios constitucionales de la igualdad y la no discriminación, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, aceptamos el diverso entramado de conciencias que existen en nuestra sociedad, y subyacen los derechos de justicia y dignidad, bases que elaboran una respuesta jurídica integral y dinámica, con la finalidad de proteger a las parejas del mismo sexo.

**1.2.1. Inconstitucionalidad por vulnerar el bloque de constitucionalidad.** El Tribunal Constitucional peruano reconoce de manera expresa el bloque de constitucionalidad como parámetro interpretativo, así tenemos la STC Exp. N.º 00007-2002-AI/TC, LIMA, caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima:

(...) puede apreciarse que el Constitucional ha señalado que el parámetro para evaluar si una ley o una norma con rango de ley, transgrede por la forma o por el fondo la Norma Suprema, es la Constitución, la que actúa como parámetro, en la medida que es la Lex Legum (fundamento 3).

El bloque de constitucionalidad lo constituye toda norma de naturaleza jurídica, que, si bien no está expresada en la Constitución, por jerarquía constitucional es un parámetro constitucional para la toma de decisiones del Tribunal Constitucional como de otros órganos jurisdiccionales.

En la STC del Exp. N°0046-2004-PI/TC-LIMA, el Tribunal Constitucional refiere que las normas forman parte del bloque de constitucionalidad se caracterizan por complementar los cánones constitucionales referidos a fines, estructura, organización y funcionamiento precisando competencias, derechos, deberes y garantías de cada órgano y organismo constitucional (fundamento 3-7).

La eficacia del bloque de constitucionalidad no radica en el hecho de ser un ordenamiento jerárquicamente supremo, sino en la prevalencia de contener en su interior a los Derechos Humanos, los cuales son el fin para todo Estado constitucional democrático (Vigo, 2009).

El bloque de constitucionalidad, es considerado un bloque de derechos humanos, con la función de validar cualquier acción del Estado salvaguardando a la persona, haciendo posible que la tutela de las autoridades estatales vea sometida su actuación al parámetro de constitucionalidad y convencionalidad (Del Rosario, 2013).

### **1.2.2. Inconstitucionalidad por vulnerar derechos fundamentales.**

Según el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de San

Salvador, se reconoce que “toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”; tratando de decir que el derecho a formar una familia prescinde del sexo o la orientación sexual de los sujetos que lo conforman, sin aceptar justificación alguna para discriminar una unión homosexual.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que, el hecho de que haya un concepto único de familia, es una injerencia arbitraria contra la vida privada, una clara vulneración al derecho a la vida, la libertad e igualdad.

La preponderancia de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución (derechos fundamentales) permitirá que, el Estado y sus instituciones actúen a favor de las personas, evitando obstáculos que puedan vulnerarlos como aquellas restricciones al ejercicio de sus derechos.

### ***1.3. Votos singulares de magistrados del Tribunal Constitucional respecto del artículo 234° del Código Civil Peruano***

Para poner en manifiesto los perjuicios que han implicado algunas de las sentencias más importantes expedidas por el Tribunal Constitucional respecto al artículo 234° del Código Civil Peruano y su vinculación al posible reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, nos referiremos a aquellos matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, que buscaron el pronunciamiento del Tribunal Constitucional para que puedan ser registrados en RENIEC (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil). Es así que, presentamos algunos de los votos singulares que han generado controversia debido a su oposición al voto mayoritario de los demás magistrados:

### **1.3.1. Algunos votos singulares respecto al caso Óscar Ugarteche y Fidel Aroche- Expediente N° 01739-2018- PA/TC.**

a. *Voto singular del magistrado Ferrero Costa.* El ex magistrado refiere que las personas homosexuales no deben ser juzgados por su orientación sexual, sin embargo, la palabra matrimonio encierra un concepto único que, a pesar de las realidades distintas para las uniones estables de este tipo, no pueden ser equiparadas a una unión heterosexual que limita el concepto de matrimonio.

Señala también estar conforme con lo resuelto por la RENIEC, al denegarse la inscripción del matrimonio homosexual, pues es contrario al orden público internacional, ya que según el Código de Bustamante, “los preceptos constitucionales son de orden público internacional”, y el precepto constitucional reconoce sólo el matrimonio heterosexual.

Respecto a la actuación discriminatoria que señala la parte demandante, el ex magistrado señala que no es posible la existencia de discriminación, pues según la Sentencia del Tribunal Constitucional 0014-2017-PI/TC, señala que “es presupuesto inexorable para ingresar a evaluar una eventual afectación del principio derecho de igualdad (...) que se proponga un término de comparación válido” (fundamento 12). Es decir, se debe comparar dos situaciones similares, pero en este caso en específico, son dos situaciones distintas: el matrimonio celebrado en el extranjero (unión homosexual) y el

matrimonio heterosexual, mostrando una incompatibilidad con la Constitución y contra el orden público internacional.

En cuanto al respaldo del demandante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su opinión Consultiva 24/17, refiere en sus párrafos 117 y 119, que la opinión consultiva señalada no es vinculante y está sujeta a una necesaria revisión.

Por último, señala que una unión entre parejas del mismo sexo, puede darse de manera convivencial, con algunos de los beneficios que brinda el matrimonio (bienes adquiridos, contratos, etc.), pero sin excluir a otros tipos de convivencias como las que pueden haber entre parientes.

b. *Voto singular del magistrado Sardón de Taboada.* El ex magistrado refiere que la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 24/17, es un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron, que, sin embargo, a la fecha, ninguno de los treinticuatro países que conforman la Organización de Estados Americanos, a excepción de Ecuador, han reconocido en su legislación el matrimonio homosexual o igualitario, y si lo han hecho, ha sido de manera independiente y bajo los propios argumentos de cada país independientemente, sin hacer mención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por esa razón, considera que nuestro país no está obligado a reconocer este tipo de matrimonio con el respaldo de una opinión consultiva que nunca solicitó.

Menciona también que, si se quiere incorporar el “matrimonio igualitario”, debemos empezar con una reforma constitucional según el artículo 206 de la propia Constitución, cuya propuesta debe ser votada en el Congreso de la República, con más de 65 votos, para luego hacerse un referéndum; pero si se supera con 87 votos a favor, puede obviarse el referéndum y someterse a una nueva votación en la legislatura siguiente. Si en esta última votación, se aprueba con el referéndum o, por otro lado, se vuelve a obtener 87 votos o más, podría por fin reconocer el matrimonio para parejas del mismo sexo.

c. ***Voto singular de la magistrada Ledesma de Narváez y del magistrado Ramos Núñez.*** La ex magistrada Marianela Ledesma no compartió las razones ni el fallo adoptado por el voto mayoritario, considerando en un primer término que fue impertinente aplicar el artículo 5.1. del Código Procesal Constitucional, pues la razón del asunto litigioso es una cuestión de fondo y no de forma.

Explica que el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política, que refiere a la igualdad ante la ley y la no discriminación contiene una serie de categorías expresas que generan discriminación, llamándose “categorías sospechosas” que, por razones sociales e históricas discriminan a ciertos grupos sociales, aludiendo que toda distinción que comprenda alguna de estas categorías sospechosas, afectaría la presunción de inconstitucionalidad, que sin justificación razonable y objetiva no podría ser desvirtuada.

Ledesma (2018) explica lo siguiente:

(...) resulta conveniente la existencia de cláusulas constitucionales abiertas, que permiten, a través de una interpretación evolutiva y/o de la razonable analogía, reconocer, a la luz de la historia y el análisis sociológico, nuevas categorías sospechosas de discriminación que, por serlo, merecen una máxima protección constitucional. De ello, podemos notar que la fórmula que adoptó el constituyente tenía el claro propósito de examinar nuevos supuestos en los que sea necesaria la existencia de alguna tutela reforzada. De este modo, en la resolución de estas controversias, y parafraseando a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en la emblemática sentencia *Brown vs. Board of Education*, no podemos simplemente retroceder el reloj e indagar lo que, en la década de los 90, pensaron los constituyentes sobre esta materia, sino que debemos examinar si es que, en virtud de las circunstancias actuales, existe un deber especial de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual (fundamento 28).

En el fundamento 31 de su voto singular, la ex magistrada señala que las personas con orientación no heterosexual son históricamente discriminadas, así también lo ha referido los denominados “Principios de Yogyakarta” en cuyo preámbulo señala que “históricamente las personas han sufrido violaciones en sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a que su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo”.

Así mismo también señaló, defendiendo su postura, que son muchos los organismos internacionales que documentan violaciones a los derechos humanos en contra de personas homosexuales, por ello, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas muchas veces ha expresado “su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación en todas las regiones del mundo (...) contra personas por su orientación sexual” (Resolución 32/2 del 30 de junio de 2016, A/71/53).

Nuestro país mediante Decreto Supremo 002-2018-JUS, ha aprobado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, teniendo como uno de sus lineamientos la protección para las personas lesbianas, gay, trans e intersex (LGTBI), señalando que enfrentan violencia y discriminación por parte de una sociedad que normaliza e invisibiliza los derechos para este grupo minoritario.

Refiere también que un estado constitucional como el nuestro, no puede imponer una medida en ánimo que adapte un determinado plan de vida solo porque un sector mayoritario lo considera inmoral. Así como lo señala a Carlos Santiago Nino, al referir que el perfeccionismo debe ser distinguido del paternalismo estatal, pues no se trata de imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido, sino conductas para que puedan satisfacer sus preferencias y proyectos de vida que elijan libremente (Nino, 2007).

Frente a los argumentos que respaldan el orden público internacional

como aval para la prohibición del matrimonio homosexual en nuestro país, refiere Ledesma que considerar el adjetivo “internacional” no refiere al Derecho Internacional sino a los principios esenciales de orden interno resultan inmunes frente a la norma extranjera. En nuestro caso, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forman parte de nuestro derecho interno conforme al artículo 55 de la Constitución Política del Perú y conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se reconoce que se interpreta los derechos fundamentales conforme a lo dispuesto por los tratados internacionales donde el Perú es parte, de igual modo el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene como parámetro de interpretación, aquellos criterios de los tratados internacionales.

En cuanto al argumento que sostiene RENIEC, al mencionar que no se encuentra regulado en nuestra legislación civil el matrimonio para parejas homosexuales, señaló que el Código Civil de 1984 no puede ser estricto respecto a un Estado que hasta nuestros días, ha ido desarrollando una postura más consiente, señalando que las resoluciones expedidas por RENIEC resultan incompatibles con la Constitución.

En conclusión, los ex magistrados señalan que la inscripción de un matrimonio homosexual no puede ser contraria al orden público internacional por dos razones: i) porque la Corte IDH ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos (...) y ii) porque la Constitución peruana no avala la introducción de un trato

discriminatorio en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil en función de su orientación sexual (fundamento 131).

### **1.3.2. Algunos votos singulares respecto al caso Andree Martinot y Diego Urbina- Expediente N° 02743-2021-PA/TC**

a. *Voto singular del magistrado Espinoza-Saldaña Barrera.* Espinoza-Saldaña refiere que el principio-derecho de igualdad, tiene dos manifestaciones: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. Hace un énfasis en que la primera de ellas, no respalda el caso, debido a que no se trata del limitar al legislador a la creación de una ley, sino, por el contrario, la ley esta creada, lo que se limita es la actuación de las entidades públicas y privadas, especialmente aquellas entidades jurisdiccionales que al aplicar una ley, no deben atribuir consecuencia jurídica diferente a dos situaciones iguales.

Cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual consta de un test de igualdad, adoptado también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que le permite reconocer la existencia de una vulneración al principio-derecho de la igualdad a través de una fórmula que tiene tres pasos: Primero, encontrarnos ante situaciones que sean comparables; segundo, que exista un fin u objeto ilícito que motive el trato diferenciado y por último, la configuración de medidas concretas y adecuadas; en otras palabras un examen de racionalidad y proporcionalidad (fundamento 18).

Así mismo, señala lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, señalando “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que se incluye su expresión, y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” (fundamento 133). Ante ello, fundamenta que si bien se reconoce que existe el colectivo LGTBIQ, no es un reconocimiento con amplia cobertura, debido a la influencia paternalista, siendo inaceptable que no sean satisfechas todas las necesidades humanas básicas.

En cuanto al argumento mayoritario, que el matrimonio entre parejas del mismo sexo transgrede el orden público internacional, señala que la noción comprende a que los Estados respeten sus diversos compromisos internacionales y las disposiciones de carácter *ius cogens*, impidiendo que los Estados pongan trabas al cumplimiento de los tratados internacionales y sus pronunciamientos vinculantes.

Al referirse, a que la Constitución no reconoce el matrimonio homosexual, el ex magistrado cito el caso N°09332-2006-PA/TC denominado “Schols Pérez” donde, pese a no reconocerse un tipo de familia en la Constitución y sólo estar establecido el tipo de familia nuclear en el Código Civil Peruano, el Tribunal Constitucional reconoce la protección constitucional para la familia ensamblada según el artículo 4 de la Constitución de 1993. Por esa razón, también podría alegarse que no sólo existe el modelo heterosexual del matrimonio, sino que es posible reconocer

otro tipo de matrimonio.

Por último, cuestiona que el fallo no debió ser discutido de improcedente, más bien debido ahondarse en la verdadera discusión del objetivo: el reconocimiento de un matrimonio igualitario válidamente suscrito en el extranjero. En esa misma línea, ante la existencia de una pluralidad de intérpretes vinculantes de la Constitución, el juez constitucional no puede contagiarse de la mora o silencio de otros intérpretes y debe optar por desarrollar dentro de lo constitucionalmente posible, el contenido esencial que permita la satisfacción de necesidades humanas básicas, sobre todo, de quienes han sido sometidos a discriminación a lo largo de la historia, por lo que las lecturas literales con alcance restrictivo son contraproducentes al rol tuitivo que busca consolidar el sistema de protección supranacional (fundamento 53).

b. ***Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.*** La ex magistrada Marianela Ledesma refiere que en ninguna parte de la Constitución refiere que el matrimonio es la unión de un varón y una mujer, al contrario, promueve el matrimonio y deja al legislador que se encargue de la regulación de esta institución, por tal motivo, hace hincapié al decir que en un futuro, cuando se estudie la historia de los derechos fundamentales en nuestro país, nos identificarán como un país con un modelo de retroceso donde se discriminó a las personas por su orientación sexual y la sociedad y el Estado fueron partícipes e intolerantes, concluyendo que el fallo del Tribunal Constitucional es inquisidor y reprime a quienes no se ajustan al

estándar de persona, familia o matrimonio.

Respecto a la Opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiere que antes de su publicación, países como Canadá (2005), Argentina (2010), Brasil (2013), Uruguay (2013), Estados Unidos (2015), México (2015) y Colombia (2016) ya contaban con el matrimonio para parejas del mismo sexo. A partir de su publicación, lo hicieron Ecuador en 2019, Costa Rica en 2020 y Chile en el año 2021 (fundamento 11).

Así mismo desarrolla sus argumentos en seis puntos; de los cuales los podríamos resumir en la interpretación evolutiva de los textos constitucionales, el matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la necesidad de interpretar el Código Civil conforme a la Constitución y de los tratados internacionales.

Cuando menciona a la interpretación evolutiva, nos refiere a que el concepto de matrimonio no es un concepto estático, y si el argumento mayoritario sustenta que la institución matrimonial tiene como finalidad la procreación, esto sería imponer una forma de entender el mundo, pues cada uno es libre de elegir su proyecto de vida conforme a sus creencias personales y el derecho no puede desconocer que existen vínculos afectivos en los cuales merecen el desprendimiento de consecuencias legales.

No se puede tampoco, invocar nuestra normativa interna sin reconocer aquellos actos jurídicos celebrados en el extranjero denota un

ordenamiento jurídico cerrado, el cual no es el nuestro, en virtud de los acuerdos que ha ratificado nuestro país.

Según el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional se regula lo siguiente:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.

A ello sustenta que, conforme al mencionado artículo, debería examinarse cuál posición favorecería mucho más a los derechos de la persona, pero por mandato expreso del legislador.

En el caso de Chile, refiere que, el reconocimiento del matrimonio igualitario si bien se dio a través de una ley, esto no hubiera sucedido, sin anteceder la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, pronunciamiento histórico que reconoce el principio de no discriminación para los casos que involucren la orientación sexual contra cualquier sujeto.

Por último, la ex magistrada resalta que ante el argumento de los demás magistrados que destacan la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de recurrir al Tribunal Constitucional, generaría una demora y mayores perjuicios para

la pareja, por lo que la demanda debió ser declarada fundada más no improcedente.

### **1.3.3. Algunos votos singulares respecto al caso Susel Paredes y Gracia Aljovín- Expediente N° 02653-2021-PA/TC**

a. *Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.* La ex magistrada sostuvo su postura de la misma forma que en el caso anterior de Andree Martinot, exponiendo siete puntos, entre los cuales, resaltaremos los siguientes: la interpretación evolutiva de los textos constitucionales en las sociedades contemporáneas; el matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la necesidad de interpretar el Código Civil a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales y la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo es una nueva forma de la doctrina separados pero iguales (fundamento 16).

Respecto a la interpretación evolutiva, cita el caso N°11-18-CN, donde la Corte Constitucional de Ecuador refiere que la familia al ser un instituto natural, se encuentra bajo la influencia de nuevos contextos sociales, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, el divorcio, las grandes migraciones, que ha hecho posible un cambio en la estructura familiar tradicional logrando figuras como uniones de hecho, familias monoparentales o reconstituidas. A ello, la magistrada sostiene que ante las nuevas formas de familia que, en un principio generaban reproche social, también surgen consigo nuevas formas de matrimonio en una sociedad cambiante.

Nuestro país, al contener una sociedad pluralista, los *frozen concepts* traducidos como conceptos congelados, según la interpretación constitucional canadiense, son contrarios a los principios fundamentales, los cuales consideran a la Constitución como un árbol vivo, que se expande a través de una interpretación progresiva, que permite que se adapte a las realidades actuales (Corte Suprema de Canadá SCC 79, 2004).

Ignacio Gutiérrez refiere que la constitución es democrática porque está abierta al cambio, incluso abierta a sus propios criterios de inclusión y jerarquía reconociendo la participación de todos en las decisiones que les afectan y someterse a procesos de decisión más amplios; sobre todo, sólo es democrática si está abierta al Derecho Internacional (Gutiérrez, 2020).

Otro de sus sustentos base ha sido mencionar el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual establece que el contenido y alcances de los derechos constitucionales se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como los fallos de los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los que el Perú es parte, y en caso de que sean incompatibles los magistrados preferirán la norma que más beneficio a la persona y sus derechos humanos.

Por las consideraciones anteriores, la magistrada declara que debería resolverse en FUNDADA la demanda por haberse acreditado la vulneración

al principio-derecho de la igualdad y no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad y al principio-derecho a la dignidad humana.

b. *Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.* El ex magistrado Espinosa-Saldaña señala que ante un concepto amplio que comprende las garantías, la relación de las declaraciones, tratados y demás pronunciamientos emitidos al respeto de la orientación sexual y al libre desarrollo de la personalidad; un estado constitucional como el nuestro, su poder y el contenido de todos sus derechos son limitados y éstos límites que vinculan derechos de nuestra existencia y proyectos de vida, quedan justificados cuando lo que se va a limitar es la plasmación de nuestra orientación sexual o del libre desarrollo de la personalidad; no pudiendo contentar a un sector mayoritario e imponer una vida que consideran ideal en su mayoría.

Considera inaceptable reconocer la existencia de la comunidad LGTBIQ y negarle la oportunidad de reconocer su vida en pareja. Es decir, existen dos grupos de categorías diferentes a consecuencia de posturas perfeccionistas y paternalistas, una categoría completa y la otra incompleta (fundamento 31).

Respecto al argumento sostenido por algunos magistrados, fallando en una improcedencia y recomendando que se debió agotar la vía administrativa, refiere que el proceso contencioso administrativo dilataría

innecesariamente un proceso que involucra un juicio de puro derecho e incluso, habría un fuerte peligro de irreparabilidad del daño ocasionado.

Por último, reconoce que hay un problema similar a lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico nacional en lo expresado en la Convención, y refiere a que, si bien protege el matrimonio heterosexual, no desapruueba el reconocimiento ni protección a otros tipos de matrimonios.

## **2. Casuística**

### ***2.1. Sentencia del TC N° 676/2020 del Exp. N.° 01739-2018- pa/tc Lima- Óscar Ugarteche y Fidel Aroche***

La parte demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral N° 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC con fecha 7 de marzo de 2012, y de sus resoluciones confirmatorias: la Resolución Regional 497-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012 y la Resolución de gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012, que denegaron que se inscriba el acta de matrimonio civil de Óscar Ugarteche Galarza celebrado en la ciudad de México.

Entre uno de los argumentos que concluyeron la denegatoria de la solicitud, Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC que declaró improcedente la solicitud de inscripción fue que el artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993, promueve el matrimonio y lo reconoce como una institución natural y

primordial de la sociedad, cuyas formas son reguladas por la ley, así mismo, que el Código Civil de 1984, establece los elementos estructurales y condiciones esenciales para su validez como acto jurídico según el artículo 234 del mismo código.

Otra de sus confirmatorias, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012 y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012, cuyos sustentos también fueron el artículo 4 de la Constitución Política y el artículo 234 del Código Civil que señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer; por lo que, no existe otra forma de unión diversa a la ya estipulada en la ley. Así mismo, menciona al artículo 2049° del Código Civil, que dispone:

“Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano”.

De esta forma, RENIEC concluía que no es posible el reconocimiento del acto jurídico celebrado en el extranjero pues un matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera el orden público internacional al no encontrarse permitido, según el artículo 2049 del Código Civil. A través de una interpretación sistemática de las normas del Código Civil peruano, el matrimonio celebrado en el extranjero se rige por la ley del lugar donde se celebró, y todo derecho adquirido a dicho acto jurídico, tiene la misma eficacia en el Perú, sin embargo, no sería posible, si la ley extranjera es incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres, prevaleciendo el sistema jurídico peruano.

A nivel judicial, en primera instancia, el Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte de Justicia de Lima declaró FUNDADA la demanda, argumentando que un juez constitucional puede interpretar la Constitución siempre y cuando no transgreda su contenido. Así mismo, refiere que nuestro país es parte de tratados internacionales que reconocen muchos derechos a los miembros del colectivo LGTBIQ.

El Tribunal Constitucional declaró IMPROCEDENTE la demanda de amparo, respaldando su decisión en el artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional que establece que no procede un proceso constitucional cuando exista una vía procedimental específica que podría ser igual de satisfactoria para proteger un derecho constitucional vulnerado, en este caso, al ser una resolución administrativa expedida por RENIEC, el proceso idóneo es el contencioso administrativo.

## ***2.2. Sentencia del TC N° 191/2022 del exp. N.° 02653-2021- PA/TC Lima- Susel Paredes y Gracia Aljovín***

La sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Expediente N° 2653-2021-PA/TC LIMA de fecha 19 de abril de 2022, contiene el análisis y fallo respecto al recurso de agravio constitucional interpuestos por Susel Paredes Piqué y Gracia Aljovín de Lozada contra la Resolución de fecha 26 de mayo de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaraba improcedente la demanda.

El 20 de junio de 2017, las recurrentes interponen una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil- RENIEC solicitando que la Resolución

Administrativa 077-2017-GOR/JR10LIM/RENIEC sea declarada como una clara vulneración a sus derechos a la dignidad, a la igualdad ante la ley y no discriminación, a la identidad, a la personalidad jurídica, a la integridad, moral, psíquica y física, al libre desarrollo, a la protección a la familia, a la intimidad personal y familiar, al habersele denegado la inscripción de la partida de su matrimonio celebrado en los Estados Unidos.

La Procuraduría Pública de RENIEC con fecha 4 de setiembre del 2017, contestó la demanda argumentando siete fundamentos: a) que las recurrentes pretenden que se les reconozca un supuesto derecho y no su reposición; b) que la Constitución no reconoce la unión matrimonial de personas del mismo sexo y no se encuentra regulado en el Código Civil; c) no se agotó la vía administrativa idónea; d) las recurrentes pretenden convalidar un matrimonio celebrado en el extranjero ignorando la normativa civil vigente aludiendo discriminación; e) argumentar una discriminación no supone que una persona pueda imponer sus ideas o preferencias por encima de la legalidad que existe para algunos actos; f) por la ausencia probatoria en el proceso de amparo, no se puede concluir la buena fe del acto; y g) reconocérseles el matrimonio celebrado en el extranjero, correspondería un trato desigual para aquellos que no tienen recursos económicos para realizarlos e inscribirlos en el Perú.

En primera instancia, el Juzgado mediante Resolución ocho de fecha 22 de marzo de 2019, declara FUNDADA la demanda, teniendo como respaldo a la Opinión Consultiva OC.24/17, del 24 de noviembre de 2017, que fundamenta que la familia tiene una forma amplia conforme a su evolución en la sociedad, y que las parejas del mismo sexo también pueden acceder a ella en igualdad de condiciones.

En segunda instancia, la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de justicia

de Lima, mediante Resolución veintiocho de fecha 26 de mayo de 2021, revocó la Resolución 8 y la reformó, declarando IMPROCEDENTE la demanda, al referir que la Constitución consagra el matrimonio heterosexual, así mismo, para acreditar que se vulneró el derecho a la igualdad, es necesario el examen de comparación entre dos situaciones que sean sustancialmente iguales demostrando que no hay razones razonables que puedan justificar un trato diferenciado, respaldando su decisión en los artículos 4 y 5 de la Constitución y el artículo 234 del Código Civil peruano.

Respecto al análisis de la controversia, los magistrados refieren que el artículo 2050 del Código Civil peruano señala que todo derecho adquirido de un ordenamiento extranjero tiene eficacia en el territorio nacional si es compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres, el matrimonio entre parejas del mismo sexo colisiona con el Código Civil y la Constitución Política del Perú, siendo ésta última perteneciente al orden público internacional.

El voto mayoritario también se ampara en el artículo 16 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que refiere que los hombres y las mujeres, en edad núbil tienen derecho a casarse y fundar una familia. También, en el artículo 23, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello” y de la misma forma, en el artículo 17 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce un derecho del hombre y de la mujer.

Respecto a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que nuestro país no está obligado a una opinión consultiva que fue solicitada

por Costa Rica, mas no por nuestro país, refiriendo que adolece de defectos estructurales.

El voto mayoritario resuelve declarar IMPROCEDENTE la demanda, fundamentando que no existe en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre parejas del mismo sexo, aplicando el artículo 7 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

### **2.3. Caso Duque Vs. Colombia**

El 21 de octubre de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos trasladó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso de Ángel Alberto Duque contra la República de Colombia, ante una supuesta responsabilidad internacional del país al excluir al señor Duque de obtener una pensión de sobrevivencia tras el fallecimiento de su pareja en base a que se trataba de una pareja homosexual, evidenciándose una presunta discriminación basada en su orientación sexual.

La Comisión refirió que el Estado colombiano no habría brindado a la supuesta víctima de un recurso efectivo frente a la vulneración de sus derechos, y, al contrario, a través de sus autoridades judiciales habrían expedido decisiones basadas en perjuicios y estigmatización hacia las personas del mismo sexo.

**2.3.1. Antecedentes: hechos.** El 19 de marzo del 2002 el señor Ángel Duque presentó ante el Fondo de pensiones y cesantías de Colombia COLFONDOS, una solicitud requiriendo información sobre los requisitos para solicitar una pensión de sobrevivencia del señor J.O.J.G. que era su conviviente durante 10 años y 3 meses y había fallecido el 15 de setiembre del 2001 y en vida

estaba afiliado a dicha entidad y laboraba en la Subdirección de Control Cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El señor Duque había referido que eran una pareja homosexual desde el 15 de junio de 1991 hasta el momento de su fallecimiento, sin embargo, no habría presentado alguna documentación que hubiese permitido determinar si el Señor Duque contaba con los requisitos legales para así poder efectuar la información y el cálculo correspondiente a la pensión de sobrevivencia. Ante esa situación, COLFONDOS contestó que no se podía llevar a cabo el trámite solicitado pues no se acreditaba la calidad de beneficiario del señor Duque para acceder a la pensión de la sobrevivencia, debido que no se reconoce legalmente la unión entre dos personas del mismo sexo (párrafo 27). En respuesta, el señor Duque presenta una acción de tutela solicitando que se ordene al Gerente general de COLFONDOS que se le reconozca la sustitución pensional de su conviviente, en garantía de su derecho a la salud pues con el acceso a la pensión, lo tendrá también a la seguridad social en salud, y pues sin este último, estaría impedido de acceder al tratamiento antirretroviral peligrando su vida. Ante la solicitud de tutela, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá indicó que el accionante ante la negativa, solicitó efectivamente el reconocimiento de la pensión, sin embargo, señaló que la respuesta de COLFONDOS se ajustaba a derecho y no constituía una violación a los derechos fundamentales del solicitante (párrafo 28).

Asimismo, el Juzgado señaló que ante la inconformidad podría resolverse a través de un proceso contencioso administrativo conforme a ley,

estableciendo así en la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial Respecto a la seguridad social, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá agregó “se habrá de denegar el amparo solicitado, indicando que si su intención era obtener algún tipo de seguridad social en salud, puede acudir a las instituciones de salud pública que el estado ha creado para proteger aquellas personas sin ningún recurso económico, como el programa SISBEN. Esta resolución fue impugnada por el Señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (párrafo 29).

**2.3.2. Trámite ante la convención americana de derechos humanos.** La Petición fue presentada el 8 de febrero de 2015 por la Comisión colombiana de juristas y Germán Rincón Perfetti, siendo declarada su admisibilidad a través del Informe N°150/11 de fecha 2 de noviembre del 2011 y su Informe de fondo de fecha 02 de abril de 2014 mediante Informe N°5/14, concluyendo que Colombia era responsable por la violación de los derechos humanos: derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Duque; a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, regulados en los artículos 8 inciso 1 y 25, en relación con el artículo 1 inciso 1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Duque y contra el principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Duque

Con fecha 21 de abril de 2014, se notifica al estado colombiano, para que en 2 meses informe sobre el cumplimiento de las recomendaciones dadas por la Convención, luego de dos informes expedidos por Colombia, el 21 de octubre de 2014, se somete ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la jurisdicción de la totalidad de las alegadas violaciones a los derechos referidos al Informe de Fondo de la Comisión.

**2.3.3. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** El 11 de noviembre de 2014 se notifica a Colombia y a sus representantes, presentando su contestación el 1 de abril de 2015. Al mes siguiente, mediante Resolución de fecha 5 de mayo de 2015, el presidente del Tribunal declara procedente la solicitud presentada por la presunta víctima para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas aprobando así, que se otorgara la asistencia económica necesaria en el proceso.

En la Audiencia pública, se recibieron declaraciones del perito propuesto por la Comisión y la presunta víctima, así mismo, recibió 9 escritos del Amici Curiae, entre ellas, de fundaciones, organizaciones y programas de inclusión social y apoyo del colectivo LGTBIQ. El 25 de febrero de 2016 la CIDH, luego de los alegatos finales presentados con fecha 25 de setiembre del 2015, la Corte Interamericana de Derechos Humanos inicia la deliberación.

En el proceso, el Estado colombiano plantea dos excepciones preliminares referidas a la falta de agotamiento de recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia del señor Duque y cuestiona los supuestos hechos que vinculan la presunta violación de los artículos 4.1.

y 5.1. en relación con el artículo 1 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto a la falta de agotamiento de los recursos internos, el Estado refirió que antes de que la Convención emitiera su Informe de Admisibilidad, la jurisprudencia colombiana había resuelto la situación pensionaria de las parejas del mismo sexo mediante la sentencia C-336 del año 2008 consolidándola con la sentencia T-051, señalando que se resolvió a favor del señor Duque.

**2.3.4. Consideraciones de la CIDH.** La CIDH llega a las siguientes conclusiones: a) tanto COLFONDOS como el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Doce Civil de Bogotá atribuyeron a la nota remitida por el señor Duque la misma naturaleza y consecuencias que una solicitud formal de reconocimiento de pensión; b) Duque presentó la tutela para perseguir dos objetivos distintos, uno que consistía en la obtención de la pensión de sobrevivencia y otra que era acceder a la seguridad social en salud y no interrumpir su tratamiento médico; y c) el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá indicó que la tutela no era el recurso que procedía para solicitar la pensión de sobrevivencia, y que para tales efectos debía acudir a los procedimientos ordinarios, y que serían la vía contenciosa administrativa y/o interposición de recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales (párrafo 30).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que toda

convivencia homosexual produce efectos jurídicos, entre ellos, al derecho a una pensión de sobrevivencia, encontrándose una diferencia de trato injustificada vulnerando así el principio-derecho a la igualdad y a la no discriminación, esto debido a que existía una normativa interna que impedía el pago de pensiones a parejas homosexuales generando un hecho ilícito internacional.

Así mismo, la CIDH paso a desarrollar sus consideraciones tomando en cuenta el siguiente orden: a) el derecho a la igualdad y la no discriminación, b) el derecho a la igualdad ante la ley, c) la alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional y d) alegada conclusión (párrafo 89).

**2.3.5. Puntos resolutivos.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró por cuatro votos a favor y dos en contra: la responsabilidad de la República de Colombia por la violación del derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. de la misma; que el Estado colombiano no es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno en el artículo 2 de la Convención; no es responsable por la violación a los derechos de garantías judiciales y protección judicial en los artículos 25 y 8.1 de la Convención; tampoco su responsabilidad por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención.

Por cuatro votos a favor y dos en contra, dispusieron que el Estado debe: garantizar al señor Duque el trámite de su solicitud a una pensión de sobrevivencia; pagar la indemnización a partir de un año de notificación de la sentencia por concepto de indemnización por \$10,000.00 a favor del señor Duque.

#### ***2.4. Caso Atala y niñas vs. Chile***

El 17 de setiembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme a los artículos 51 y 61 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda contra el Estado de Chile y trasladó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso de Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, ante una supuesta responsabilidad internacional del país por su actuación discriminatoria y su interferencia arbitraria en la vida familiar y privada de la señora Atala, como consecuencia del retiro de la custodia y cuidado de sus menores hijas M., V. y R debido a su orientación sexual.

La Comisión refirió que el Estado chileno no habría dado cumplimiento a las recomendaciones del Informe de Fondo, por lo que recurrieron a la CIDH alegando una supuesta inobservancia del interés superior del niño y el incumplimiento de sus derechos bajo el supuesto perjuicio y estigmatización hacia las personas del mismo sexo.

**2.4.1. Antecedentes: hechos.** La señora Karen Atala contrae matrimonio con el señor Ricardo López el 29 de marzo del año 1993, fruto de su relación, nacieron las tres niñas M., V. y R.. En marzo del año 2002 la señora Atala y el señor López deciden poner fin a su matrimonio a través de una separación de hecho y por mutuo acuerdo las tres niñas estarían bajo el cuidado y tutela

de las tres niñas en la ciudad chilena de Villarrica con un régimen de visita semanal a favor del padre en la ciudad de Temuco. En el mes de noviembre de 2002, la señora Atala comienza a convivir junto a sus tres hijas con su nueva pareja, la señora Emma de Ramón.

El 14 de enero de 2003, el padre de las niñas interpone una demanda de custodia ante el Juzgado de menores de Villarrica, considerando que el desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en peligro bajo el cuidado de su madre, alegando su incapacidad para cuidar de ellas debido a su opción sexual y convivencia lésbica con otra mujer. Argumentó también que la madre estaría desnaturalizando el concepto de una pareja humana y el sentido natural de la familia, sumado a ello, arguyó que las niñas estarían con el riesgo de contagio de algunas enfermedades como el herpes y sida. La señora Atala, el 28 de enero de 2003 contesta la demanda de custodia, manifestando la tristeza que causó las imputaciones del padre de sus hijas, alegando que su opción sexual no tendría relación con su función como madres de sus niñas.

El 10 de marzo de 2003, el señor Lopez interpone una demanda de tuición provisoria con el fin de tener la custodia de su hija antes de que concluya el proceso, siendo concedida por el Juzgado de menores de Villarrica, ordena el 2 de mayo de 2003, regulando las visitas de la madre y arguyendo que su opción sexual es explícita y altera la normalidad de la rutina familiar y deja entrever que su interés personal está por encima de su rol de ser madre para sus hijas. La respuesta de la señora Atala fue que la emisión de la resolución judicial se basa en un modelo de sociedad y es

discriminatoria. A ello, el Juez evita pronunciarse sobre el fondo del proceso de tuición y es subrogado por la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores, concluyendo en primera instancia, declararse FUNDADA la resolución por no tener hechos probados y sólo suposiciones y temores respecto al rol de madre de la señora Atala, disponiendo la entrega de las niñas a la madre.

El 11 de noviembre del 2003, el padre de las niñas interpone un recurso de apelación de la Sentencia y una solicitud provisional de no innovar con la finalidad de continuar con la custodia de las niñas y no entregarlas a la madre. El 24 de noviembre de 2003, la Corte de Apelaciones de Temuco concede mantener la custodia al padre. El 30 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones sin dos de sus ministros, confirmó la sentencia apelada y ratificaron lo fallado en primera instancia. Ante ello, el 5 de abril de 2004, el señor López, presenta ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja contra los jueces de la Corte de Temuco refiriendo que ellos, había privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas poniendo en riesgo su situación de vulnerabilidad y también por no haber apreciado la prueba en conciencia sobre asuntos de familia (fundamento 53).

El 31 de mayo del año 2004, la Cuarta Sala Suprema de Justicia de Chile, en su decisión dividida de tres votos contra dos, concedió la tuición definitiva al Señor López, padre de las niñas, destacando que el interés superior del niño prevalece sobre los intereses personales y derechos relativos de los padres; así mismo señaló que se había prescindido de los testimonios que señalaban el deterioro del entorno social, familiar y educativo de las

niñas.

**2.4.2. Trámite ante la convención americana de derechos humanos.** La petición de la señora Atala fue presentada el 24 de noviembre de 2004 representada por los abogados de la Asociación Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas.

El 23 de julio del año 2008, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad N°42/08 y el 18 de diciembre de 2009 emite el Informe de Fondo N°139/09 señalando el artículo 50 de la Convención Americana. Y es así, que ante el incumplimiento de las recomendaciones dadas en el Informe de Fondo señalado, la Comisión somete el caso a la CIDH.

**2.4.3. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** El 19 de octubre del año 2010, la demanda se notificó al estado chileno y a sus representantes. Los representantes de la señora Atala coincidieron con los hechos presentados por la Comisión y solicitaron declarar la responsabilidad internacional de Chile por la afectación a los derechos de protección de la honra y dignidad (artículo 11), protección a la familia (artículo 17), protección a los derechos del niño (artículo 19), a la igualdad ante la ley (artículo 24), a las garantías judiciales (artículo 8) y al derecho a la protección judicial (artículo 25) regulados en la Convención Americana. por lo que la Corte consideró como controversia dos aspectos importantes: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) el proceso disciplinario llevado a cabo contra la señora Atala (fundamento 29).

El 23 y 24 de agosto del año 2011, durante el 92 Período Ordinario de Sesiones de la Corte, realizado en Bogotá, Colombia la CIDH convocó a audiencia pública. El señor padre de las menores M., V y R., remitió ante la CIDH diferentes escritos solicitando su participación y representación legal en el proceso para las niñas; su incorporación al proceso como tercero interviniente y el pedido de nulidad de todo lo actuado ante la Comisión y la Corte coadyuvándose al escrito del Estado. En respuesta, la CIDH respondía que las tres niñas tenían derecho a ser oídas ante la Corte; que la CIDH no tenía competencia para atender solicitudes de personas que no tengan las condiciones de víctimas en el proceso; que no existen irregularidades en la forma y que el señor padre de las niñas no es parte del proceso y no se acepta su participación como tercero interviniente.

Hubo participación de los amici curiae de diversas asociaciones y organizaciones en defensa del colectivo LGTBIQ, así como diferentes profesores, juristas y representantes de universidades del derecho nacional y extranjero. Así como también, se aceptó las manifestaciones de las niñas y su participación en las diligencias.

**2.4.4. Consideraciones de la CIDH.** Ante el argumento del Estado a favor del padre de las niñas que tenía evidencia que respalda lo siguiente: i) la dedicación y esmero en el cuidado de sus hijas; ii) las aptitudes para el ejercicio de la crianza; iii) el ambiente favorable que ofrecía el bienestar de sus hijas, y iv) la positiva relación que existía entre las niñas y la pareja del demandante (fundamento 63); la CIDH señaló que, la jurisdicción

internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, negando que sea un tribunal de “cuarta instancia” ni mucho menos sea una instancia donde se valore pruebas y se aplique derecho interno en aspectos que no se encuentran relacionados con los derechos humanos en el plano internacional; por ello, el proceso de tutela y la determinación de quien ofrecía un mejor hogar a las niñas, le correspondería al tribunal de Estado resolverlo.

Respecto al derecho a la igualdad y la no discriminación, la Corte analiza cuatro aspectos importantes que incluyen los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación; la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1. de la Convención Americana; la existencia de una diferencia de trato basada en la orientación sexual y si dicha diferencia constituyó discriminación (párrafo 77).

***a. Derecho a la igualdad y no discriminación.*** La Corte señala que el artículo 1.1. de la Convención se extiende a todas las disposiciones del tratado y obliga a todos los estados parte a respetar y garantizar los derechos que ahí se reconocen sin discriminación alguna, en caso contrario sería considerado incompatible con la misma. Señaló que “la noción de igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” (párrafo 79).

Además, señaló que los Estados no deben realizar acciones que dirijan, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto tal como lo señala en la Opinión Consultiva OC-18/13, al contrario, tienen el deber especial de protección frente a actuaciones discriminatorias de

terceros y establecer medidas para revertir tales situaciones. Estamos frente a dos enfoques, mientras el artículo 1.1. de la Convención es una obligación general que refiere al deber del Estado de garantizar los derechos sin discriminación; el artículo 24 de la Convención protege el derecho a la igual protección ante la ley.

***b. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1. de la Convención Americana.*** En ese aspecto, la Corte cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que refiere “los derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párrafo 106). Al respecto, señala que la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación del artículo 29 de la Convención, así como las señaladas en la Convención de Viena, siendo la alternativa más favorable aquella que es más favorable al ser humano.

La orientación sexual como categoría de discriminación prohibida ha sido establecida en muchos tribunales, tal es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que menciona que la orientación sexual es una de las condiciones mencionadas en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que prohíbe actuaciones discriminatorias, tal categoría ha sido mencionado en muchos casos europeos como el Caso Silva Mouta vs. Portugal, el Caso Clift vs. Reino Unido, reiterando que es una condición que debe ser considerada como una característica personal innata inherente a la persona; así mismo, otros organismos como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del

Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, señalan a la “orientación sexual” como otra condición social que puede ser enmarcada como categoría prohibida de discriminación, incluso hay muchos pronunciamientos y números informes de las Naciones Unidas sobre la orientación sexual expresando su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación a minorías sociales.

Respecto al argumento del Estado, que para la fecha de la emisión de la sentencia de la Corte Suprema de Chile no habría existido un consenso que defina a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte que no puede ser un argumento válido la falta de consenso interno de los países para restringir y vulnerar los derechos humanos y perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que han sufrida las minorías sexuales (párrafo 92).

**c. Diferencia de trato basada en la orientación sexual.** La Corte señala que no hace falta que la totalidad de una decisión se base en la orientación sexual de la persona, sino, basta con que se constate de manera implícita o explícita la orientación sexual en la decisión que se concluya. En el caso, la diferencia de trato se supone respecto a dos hechos el fallo que resolvió el recurso de queja y la decisión de tuición provisional que perjudicó a la señora Atala.

**d. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo.** La Corte constata que el interés superior del niño exige ciertos comportamientos parentales específicos para la protección del niño, pero también se debe evaluar aquellos impactos negativos, que sean riesgos reales y probados, mas no especulativos basados en estereotipos e ideas generalizadas que involucren conceptos tradicionales de familia (párrafo 109).

Por último, considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de algunos de los padres por su orientación sexual; de modo que el juez no puede considerar esta condición social para decidir sobre una tutela o custodia.

2.4.4. Puntos resolutivos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró por unanimidad, la responsabilidad de la República de Chile por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrada en el artículo 24 y al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de la Señora Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; así mismo, la responsabilidad por la violación al derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, la violación de los artículos 11.2 y 17.1, al derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, todos ellos en relación con el artículo 1.1. de la Convención.

Por unanimidad, dispusieron que el Estado: brinde atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud para las víctimas que lo soliciten; publique y realice en acto público el reconocimiento de su responsabilidad internacional por los hechos del caso; debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de capacitación a los funcionarios públicos y judiciales; debe pagar indemnizaciones por \$30,000.00 a favor de la señora Atala y de \$/10,000.00 a favor de cada una de las niñas.

## **2.5 Opinión Consultiva 24/17 de la CIDH**

La Opinión Consultiva 24/17 titulada “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017, ante la solicitud presentada por Costa Rica, que buscaba respuestas a cinco problemáticas incluidas en dos temas referidos a los derechos de las personas LGTBI: el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en segundo lugar, los derechos patrimoniales de las parejas constituidas de su mismo sexo.

**2.5.1. Cuestiones planteadas en la solicitud.** Las cinco preguntas planteadas por el Estado costarricense fueron las siguientes:

1. “Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH... ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;
2. “...¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre... pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento... en vía administrativa?”;
3. “¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”;
4. “Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la

CADH...¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y

5. “En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”.

**2.5.2. Consideraciones de la CIDH.** La Corte desarrolló consideraciones que comprendían el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad e identidad de género, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a los procedimientos de cambio de nombre y otros aspectos referidos a la identidad de género.

*a. Sobre el principio de igualdad y no discriminación.* La Corte refirió que conforme a las obligaciones generales de garantía y respeto establecidas en el artículo 1 inciso 1 de la Convención Americana, a los criterios de interpretación de su artículo 29, a lo estipulado en la Convención de Viena sobre derechos de Tratados, a las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y a los organismos de Naciones Unidas, tanto la orientación sexual como la identidad y expresión de género, son categorías protegidas por la Convención, por lo que se encuentra rechazada cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad o expresión de género.

...no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella

que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad (Párrafo 66).

Así mismo, también señala que además de los criterios específicos prohibidos, éstos son enunciativos y no constituyen un listado que limite otras categorías, sino que el artículo 1.1. de la Convención, deja abiertos otros criterios al incluir el término “otra condición social” que se encontrarían prohibidas de discriminación; de esta manera, nos estaríamos encontrando con una interpretación que resulte más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana.

Respecto al alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual, refirió que no sólo se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y sus consecuencias necesarias en el proyecto de vida, tal fuera el caso que incluiría a los actos sexuales como expresión de su orientación sexual (Párrafo 82).

***b. Sobre el derecho a la identidad de género.*** La Corte compartió lo señalado

por el Comité Jurídico Interamericano sosteniendo que el derecho a la identidad tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con la finalidad de fortalecer la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades (Párrafo 99).

Resaltó también que toda carencia legal en la legislación interna de un Estado, colocan a las personas en situaciones que dificultan e impiden el goce y acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de trato y oportunidades afectando los principios de igualdad ante la ley y no discriminación y el reconocimiento pleno de su personalidad jurídica (Párrafo 100).

***c. Sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad de género.*** El libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y a la intimidad, reconocen también los derechos a la identidad personal, sexual y de género. El nombre como atributo de la personalidad afirma la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado y a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal.

...los principios de Yogyakarta plantean la obligación a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”, así como para que “existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el

sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí” (Opinión Consultiva 24/17, párrafo 112).

Al respecto, la Corte refiere que las medidas implementadas para hacer efectivo el derecho a la identidad no deben menoscabar el principio de seguridad jurídica, al contrario debe garantizar la estabilidad jurídica y la confianza de la ciudadanía en la institucionalidad democrática judicial, legislativa y ejecutiva (Párrafo 118).

Por otro lado en respuesta a la tercera pregunta del Estado costarricense, la CIDH sostuvo que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica se encuentra redactado conforme a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, si es que es interpretada esa norma para garantizar que las personas que desean cambiar su identidad de género sea conforme a su identidad auto percibida y sea realizado vía proceso administrativo, bajo las siguientes condiciones:

a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida, b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes, c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género, d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales (Párrafo 171).

En consecuencia, gracias al control de convencionalidad, el artículo 54 debe ser interpretado conforme a los estándares de los derechos humanos en la Convención Americana. Con la Opinión Consultiva 24/17, varias parejas homosexuales buscaron contraer matrimonio civil en virtud de su normativa constitucional, al considerar que dicha norma formaría parte del bloque de constitucionalidad y por ende sería aplicable de forma directa e inmediata.

*d. Sobre la protección hacia las parejas del mismo sexo.* La Corte estima que las parejas del mismo sexo deben ser protegidas, sin discriminación alguna con respecto a las parejas heterosexuales, conforme al principio-derecho a la igualdad y a la no discriminación, así mismo, todos los derechos patrimoniales deben ser derivados del vínculo familiar para las personas del mismo sexo. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación internacional trasciende a cuestiones únicamente patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos surgidos del vínculo familiar de las parejas heterosexuales (Párrafo 199).

*e. Sobre los mecanismos del Estado para la protección de las parejas del mismo sexo.* Por último, la Corte refirió que un Estado no necesita crear nuevas figuras para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, pues conforme al principio pro persona regulado en el artículo 29 de la Convención, el reconocimiento estaría en figuras extendidas y protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención, siendo un medio mucho más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

A ello y ante la falta de consenso al interior de algunos países respecto

a los derechos de las minorías sexuales no puede ser válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

En cuanto al matrimonio, señaló que un trato diferente y preferencial a las parejas heterosexuales sobre las homosexuales, no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, pues no es convencionalmente aceptable, necesaria ni proporcional. De la misma manera, que existan dos clases de uniones solemnes para regular una convivencia basada en la orientación sexual de los contrayentes, configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, discriminatoria e incompatible con la Convención Americana (Párrafo 224).

**2.5.3. Opinión de la CIDH.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos en interpretación de los artículos 1.1., 2, 11, 17, 18 y 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, decidió por unanimidad declarar su competencia para emitir su opinión consultiva en los términos que se establecieron de los párrafos 13 al 29.

Por unanimidad dispusieron que el cambio de nombre constituye un derecho protegido por la Convención y los Estados tienen la obligación de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para esos fines; así como tienen el deber de garantizar a los interesados en la rectificación bajo ciertas condiciones; por unanimidad, establecieron que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica se encuentra conforme a las disposiciones de la Convención si es interpretado bajo las condiciones que permitan garantizar

sus derechos humanos reconocidos; también, dispusieron, que el Estado Costarricense debe garantizar la forma más efectiva para el procedimiento administrativo de cambio de nombre que incorpore estándares que protejan los derechos humanos.

En cuanto a las parejas del mismo sexo, la Corte por unanimidad, estableció que la Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivarse de la unión de una pareja del mismo sexo, así también, dispone que el Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas homosexuales conforme a los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención. Por último, por seis votos a favor y uno en contra, concluyeron:

De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228 (Párrafo 8).

### **3. CRITERIOS DEL TC Y LA CIDH SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO**

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con competencia

derivada de la Convención Americana, ratificada y vigente por nuestro país, con la jurisdicción imperante dentro de todos los sistemas jurídicos de los Estados partes, y, por ende, del nuestro, adoptamos una serie de criterios jurisprudenciales que respaldaran nuestra postura.

Las resoluciones de la CIDH son consideradas como valoraciones jurídicas a través del análisis de casos concretos puestos a su conocimiento, cuyas decisiones no podrán dejarse sin efecto, pues poseen toda la fuerza normativa suficiente para someter al Estado Parte a su cumplimiento (Del Rosario, 2013).

Respecto del rol del derecho a la igualdad como medio para corregir las desigualdades en el control de constitucionalidad, Ariel Dulitzky sostiene que el escrutinio estricto de igualdad está relacionado con los catálogos que se denominan de discriminación, sirven para evaluar la convencionalidad o constitucionalidad de una norma, a su vez es un plus de la objetividad y razonabilidad de las decisiones, en efecto el trato basado en categorías sospechosas a priori considera es irrazonable. A la vez, señala que producto de estas categorías de protección surgen dos efectos: 1) las categorías prohibidas de alcance simétrico, como cuando se usa para restringir derechos o crear ventajas exageradas sobre otros grupos, por ejemplo, la categoría de sexo para darles ventajas a los varones sobre las mujeres; y 2) las categorías de acciones afirmativas, en donde esos criterios obran como impedimentos para que los grupos alcancen una igualdad de trato (Dulitzqky, 2007).

Según Muro y Torres (2020):

Nuestra sociedad es cada día más tolerante, consecuencia inevitable del pluralismo político que impone la Constitución. Esa sociedad más tolerante acepta conductas que antes (y hoy todavía para algunos) podían parecer ética o socialmente inmorales o no permisibles, pero que han dejado de

serlo para la mayoría, cuyo criterio (valores imperantes y predominantes en la sociedad) debe imponerse (p.29).

### *3.1. A nivel Constitucional*

**3.1.1. Para el constituyente resulta conveniente la existencia de cláusulas constitucionales abiertas, que permiten por interpretación evolutiva, reconocer nuevas categorías sospechosas de discriminación que merecen una máxima protección constitucional.** En la Sentencia del TC N° 676/2020 DEL EXP. N.° 01739-2018- PA/TC LIMA, la ex magistrada del Tribunal Constitucional a través de su voto singular determinaba que la orientación sexual a) ha sido históricamente una razón de discriminación y, a la luz de los datos recogidos por entidades especializadas tanto a nivel internacional como a nivel interno, continúa siéndolo; b) es un elemento de la identidad y de la autodefinición de todo ser humano; y c) es un criterio que, como resulta evidente, carece de relevancia para la distribución en equidad de derechos y obligaciones; en ese sentido, corresponde concluir que en ningún caso puede ser considerada como una razón en sí misma suficiente para limitar o restringir los derechos de una persona, so pena de considerar dicho trato diferenciado como un trato discriminatorio (fundamento 36).

Si bien es un voto singular, nos respaldamos en la postura de considerar al voto singular como una jurisprudencia alternativa. El jurista italiano Calamandrei señaló que la labor del jurista calza perfectamente con la concepción del voto singular en la dinámica jurisprudencial constitucional que proponemos. Esto debido a que se argumenta una posibilidad de disentir

contribuyendo con los valores democráticos y favoreciendo a la decisión judicial, cuyo objetivo del magistrado disidente es persuadir de un cambio de criterio a aquellos que revisen la controversia constitucional (Lynch, 2007).

El voto singular puede promover un cambio jurisprudencial a partir del peso de sus argumentos y de la reflexión que ellos motiven en los jueces, quienes ponderarán inevitablemente estos criterios cuando se presenten nuevos casos en que los mismos bienes o valores constitucionales se encuentren en conflicto. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico, a fin de evitar abarcar otros temas, adoptaremos como criterio jurisprudencial al pronunciamiento vinculante del Tribunal Constitucional.

La ex magistrada, en su voto singular del Expediente N°2653-2021—PA/TC resaltó su esperanza en que algún día, el Tribunal Constitucional, se integren por personas que utilicen la interpretación evolutiva de la Constitución; donde las disposiciones sobre derechos fundamentales, no deban entenderse en el contexto estático en que fueron aprobados, sino que deberán ser entendidas como libertades que cambian con el tiempo y se adapten a las necesidades existentes en cada momento histórico (Fundamento 13)

Conforme a la Opinión Consultiva 24/17:

...para poder determinar si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo pueden llegar a ser consideradas como “familia” en los términos de la Convención, para así establecer los alcances de la protección internacional aplicable ...la Corte debe recurrir a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales, y las reglas especiales de interpretación de la Convención Americana aludidas en el Capítulo V de la presente opinión. Para

ello, el Tribunal analizará el sentido corriente del término (interpretación literal), su contexto (interpretación sistemática), su objeto y fin (interpretación teleológica), así como a la interpretación evolutiva de su alcance. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena, se hará mención a medios complementarios de interpretación, en especial a los trabajos preparatorios del tratado (Párrafo 175).

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24/17, refirió que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación reconocidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Opinión Consultiva 24/17, párrafo 69).

**3.1.2. El reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro ordenamiento supondría, colocar la constitución por encima de nuestras preferencias personales.** La magistrada Marianela Ledesma refirió que el fallo de los magistrados Blume, Sardón, Ferrero y Miranda, se enfocó a aspectos que no guardan ninguna relación con el debate sobre el matrimonio igualitario y sólo reflejaban sus prejuicios, preferencias personales y disconformidades que no se encuentran encasilladas en una constitucional con cláusulas abiertas al ordenamiento internacional.

Así mismo, se señala que los jueces y miembros de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana son elegidos con base a su alta

autoridad moral, sin embargo, la moral es problemática no se pueden admitir soluciones únicas o finales, siempre se está abierto a nuevas perspectivas.

Nuestro país mediante Decreto Supremo 002-2018-JUS, ha aprobado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, teniendo como uno de sus lineamientos la protección para las personas lesbianas, gay, trans e intersex (LGTBI), señalando que enfrentan violencia y discriminación por parte de una sociedad que normaliza e invisibiliza los derechos para este grupo minoritario.

Refiere también que un estado constitucional como el nuestro, no puede imponer una medida en ánimo que adapte un determinado plan de vida solo porque un sector mayoritario lo considera inmoral. Así como lo señala a Carlos Santiago Nino, al referir que el perfeccionismo debe ser distinguido del paternalismo estatal, pues no se trata de imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido, sino conductas para que puedan satisfacer sus preferencias y proyectos de vida que elijan libremente (Nino, 2007).

### ***3.2. A nivel del Derecho Internacional***

#### **3.2.1. Ninguna norma puede vulnerar derechos de una persona por su orientación sexual**

En el Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, la CIDH identificó, reconoció, visibilizó y rechazó los estereotipos de género incompatibles con el derecho internacional de derechos humanos, debiendo cada Estado tomar medidas para erradicarlos. (Párrafo 295). Así mismo, consideró a la orientación sexual e identidad de género, una categoría

protegida por la Convención, por lo que, se encuentra prohibida toda norma de derecho interno, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona (Párrafo 300).

La CIDH, refiere sobre el derecho a la igualdad generando criterios interpretativos de los artículos 1 y 2 de la CADH, señalando que las categorías de la igualdad deben protegerse desde la condición del grupo que sufre la discriminación, el acceso a la justicia reconociendo que, el trato diferenciado por el Estado al crear instituciones distintas para parejas del mismo sexo, constituyen comportamientos discriminatorios, respectivamente.

El reconocimiento internacional del derecho a la no discriminación basado en la orientación sexual, ha sido tratado también en el Caso Flore Freire Vs. Ecuador, donde señala que desde el año 1981, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la criminalización de la homosexualidad no se encontraba conforme a los fines que intentaba conseguir., así mismo, desde 1994, el Comité de Derechos Humanos tuvo la misma declaración internacionalmente. En 2015, fueron doce las entidades de las Naciones Unidas que publicaron conjuntamente una declaración con la finalidad de poner fin a la violencia y discriminación contra la población LGTBI a través de leyes que criminalizaban sus conductas homosexuales y transexuales entre adultos con consentimiento. Así mismo, señaló que el Estado tiene el deber especial de ejercer sobre las actuaciones y prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias. (Párrafos 123 y 110).

En la Opinión Consultiva 24/17, la CIDH incluye a la orientación sexual como categorías de discriminación que están prohibidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual y la identidad de género se pueden entender como incluidas dentro de la categoría “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual se encuentra protegido por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el caso *Clift Vs. Reino Unido*, volvió a señalar que la orientación sexual, es una categoría que puede ser incluida bajo “otra condición” considerándola como una característica innata o inherente a la persona. (Párrafo 77).

En el caso *Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, la CIDH reconoció que las personas LGTBI han sufrido históricamente de discriminación estructural, violencia, estigmatización y violaciones a sus derechos fundamentales, por lo que el Estado no puede actuar contra una persona por motivo de su identidad de género, orientación sexual o su expresión de género. En mayor grado, la violencia ejercida como consecuencia de actuaciones discriminatorias restringe el goce y ejercicio de derechos y libertades humanas, que puede llegar incluso a discursos y crímenes de odio (Párrafos 90 y 93).

En la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte considera que:

...los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma (Párrafo 81).

En esa misma Opinión Consultiva, refirió respecto al alcance del derecho a la discriminación por orientación sexual, señaló que no se limita sólo a la condición de homosexual, sino que incluye las consecuencias que surgen del proyecto de vida de estas personas, incluyendo los actos sexuales que son su forma de expresar su orientación sexual y se encontraría dentro del ámbito de protección (Párrafo 82).

### **3.2.2. Noción de igualdad es intrínseca a la naturaleza del género humano**

La CIDH en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, ha referido que la identidad de género y sexual se encuentra vinculada al concepto de libertad y el derecho a autodeterminarse y elegir libremente sus opciones conforme a sus convicciones (Párrafo 141).

En la Opinión Consultiva 24/17 define a la identidad de género como:

...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales... (Párrafo 94).

De esa misma forma, el sexo, las identidades, funciones y atributos contruidos en sociedad y atribuidos a diferencias biológicas de nacimiento, no pueden ser componentes objetivos e inmutables, pues están ligados a la naturaleza física- biológica, siendo rasgos que dependen de la subjetividad de quien lo detenta. La construcción de la identidad de género se auto percibe gracias al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por esa razón, quien asume su identidad, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que no pueden ser objeto de restricciones a pesar de no estar socialmente aceptados esos estilos de vida, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de objetividad. Por eso se

dice que, se pate de la complejidad de la naturaleza humana para que desarrolle su propia personalidad con base en la visión personal respecto de sí mismo, debiendo primar el sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar los derechos de identidad sexual y género (Párrafo 95).

La Corte reiteró su jurisprudencia, señalando que la falta de consenso en algunos países para regular el matrimonio homosexual, no puede ser considerado un argumento válido para negarles derechos humanos a estas parejas, así mismo, el trato distinto para las parejas heterosexuales y homosexuales para fundar una familia, no logra superar el test estricto de igualdad, pues no existe una finalidad convencionalmente aceptable para que sea considerada necesaria o proporcional (Caso Atala y niñas Vs. Chile, párrafo 92).

Así mismo, la CIDH ha referido:

la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior aún determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad (Caso Atala y niñas Vs. Chile, párrafo 79).

En el Caso Duque Vs. Colombia, la CIDH considera que la no existencia de una normatividad interna vigente que regule el pago de

pensiones a parejas del mismo sexo, es una diferencia de trato que vulnera el derecho a la igualdad y la no discriminación, por lo que, constituyendo así, un hecho ilícito internacional (Párrafo 125).

**3.2.3. Incidencia en el bloque de constitucionalidad y deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales.** En la Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. La Corte concluyó que los Estados:

...deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo (Párrafo 228).

Así, para fortalecer la materia de Derechos Humanos dentro del marco constitucional, se necesita la instauración de un bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, criterios y/o jurisprudencia internacional.

El bloque de constitucionalidad permite reconocer la jerarquía de la

Constitución nacional con la finalidad de interpretarlas sistemáticamente, aquellas normas suelen ser instrumentos del DIDH (Derecho Internacional de Derechos Humanos). Esto se evidencia, cuando cada Estado incluye cláusulas constitucionales de apertura al DIDH plasmando su voluntad de integrar el derecho internacional al sistema jurídico nacional, considerando su jerarquía especial que procedería en caso de conflicto con la legislación interna (Góngora, 2014).

Nuestro país reconoce la existencia de cláusulas abiertas de derechos constitucionales, el cual consiste en reconocer derechos que no están expresamente en el texto constitucional, pero pueden tener este nivel de jerarquía; bajo esta premisa se puede conceder jerarquía constitucional a los tratados que incorporan derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-2/82, señala:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en

relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Párrafo 29).

La doctrina del bloque de constitucionalidad trataba de reconciliar el derecho nacional con el derecho internacional y a la vez consolidar la independencia de la rama judicial en la democracia, pues Panamá, era un país militarizado (Hoyos, 1992). En nuestro país, cuando una norma viola la Constitución por contravenir una de las normas del bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional formula una declaración de inconstitucionalidad indirecta. Sin embargo, las normas del bloque no tienen una mayor jerarquía que las normas bajo control, tampoco tienen un estatus inherente; es necesario que una disposición constitucional ordene que su conformidad con otra, para ello, es el Tribunal, el que determina qué normas deben ser consideradas como parámetro para el control de constitucionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N°0033-2002-PI/TC).

A través de la jurisprudencia peruana, podemos notar que el bloque de constitucionalidad hasta antes del año 2004, incluía sólo a normas de origen nacional con jerarquía legal tal cual al modelo italiano. Actualmente, el Tribunal Constitucional define al bloque como “todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control (Sentencia el Tribunal Constitucional, Expediente N°002-2005.PI/TC).”

A partir de año 2004, el Tribunal Constitucional peruano incluyó

dentro del bloque de constitucionalidad a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En 2006, reconoció la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos; coexistiendo dos tipos de bloque de constitucionalidad: compuestas por normas de origen nacional y las que se integran por normas internacionales llamadas "bloque de constitucionalidad internacional" (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N°1176-2004-AA/TC).

A través de la doctrina del bloque de constitucionalidad y la doctrina del control de convencionalidad los jueces constitucionales de cada país, pueden desplegar una autoridad pública de carácter internacional a través de la interpretación constitucional. Manuel Góngora (2014) refiere:

El reto aquí consiste en visibilizar los desarrollos locales que contemplan un ámbito mayor de protección a la luz del principio pro homine, pero que carecen de voz en los debates regionales de derecho constitucional debido a diversos factores (v.gr., una doctrina jurídica nacional débil; la falta de líneas de investigación en derecho comparado en las facultades de derecho; escasos recursos para las publicaciones internacionales) ...supone encontrar el adecuado balance entre un constitucionalismo que atienda a las condiciones particulares de operación del derecho en la región (el pasado colonial, el legado de los regímenes autoritarios, las desigualdades estructurales, el recrudecimiento de distintas formas de violencia, etcétera) sin perder de vista los estándares mínimos de los derechos humanos y las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) (p.24).

En esa misma línea, la Corte ha señalado que la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores universales supremos que giran en torno a la protección del ser humano, están dotados de mecanismos específicos que supervisan y aplican conforme a una garantía colectiva, las obligaciones objetivas, gozando de una naturaleza especial, que los diferencian de los otros tratados (Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, párrafo 41).

#### **4. PROPUESTA LEGISLATIVA DE MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 234° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

“AÑO DE LA UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

PROYECTO DE LEY N°XXXX-2023

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL  
ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL  
PERUANO, A FIN DE REGULAR EL  
MATRIMONIO PARA PAREJAS DEL  
MISMO SEXO

Los Bachilleres de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Polítcas de la Universidad Nacional del Santa, Elvis Jesus Pisco Baltodano y Lia Carolina Verastegui Cordova, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 ° de la Constitución Política del Perú y concordante con los artículos 75 ° y 76 ° del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley.

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL**  
**PERUANO, A FIN DE REGULAR EL MATRIMONIO PARA PAREJAS DEL**  
**MISMO SEXO**

**Artículo 1° - Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto principal incorporar artículo 234 en el Código Civil, a fin de implementar y reconocer el matrimonio para parejas del mismo sexo.

**Artículo 2° Ámbito de aplicación**

Lo establecido en la presente Ley será de aplicación en todas las instituciones públicas y privadas, sin excepción, a nivel nacional; teniendo en cuenta el caso en concreto.

**Artículo 3° - Modificatoria del artículo 234**

Artículo 234.- Noción del matrimonio

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

Ambos cónyuges tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

**A. Exposición de motivos**

El presente proyecto de ley pretende modificar el artículo 234 del Código Civil Peruano con la finalidad de que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio civil, bajo la fundamentación del Derecho Constitucional Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Alegamos una posible inconstitucionalidad en la redacción del artículo 234, al

manifestarse tanto la dimensión subjetiva, al vulnerar la base de los principios y valores universales como el derecho a la igualdad y no discriminación, la dignidad de la persona humana y la libertad; y la vertiente objetiva, al transgredir la unidad de supremacía constitucional y jerarquía normativa. Ambas dimensiones evidencian una inconstitucionalidad de la norma 234 del Código Civil pues su redacción contraviene el artículo 2 inciso 2 de la Constitución y la cláusula abierta del artículo 5 de la Constitución, permitiendo que se vulneren los derechos a las parejas del mismo sexo.

En efecto, la Constitución permite al legislador instituir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no debiendo inhibirse de proteger a estas minorías, por guardar un estricto comedimiento a sus preferencias personales. El artículo 4 del texto constitucional, no contempla expresamente la facultad para las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio, pero tampoco la ha prohibido, dejando esta tarea en manos del legislador.

Al respecto, en los casos de Sucel Paredes Vs. Reniec y el caso óscar Ugarteche Vs. Reniec, el Tribunal Constitucional en su mayoría, pudo haber analizado el fondo de la controversia y pronunciarse acerca del matrimonio igualitario, sin embargo, optó por referirse a cuestiones de forma al sugerir que el caso debió llevarse vía administrativo. El voto mayoritario concluyó la improcedencia del caso, pese a que, en fallos anteriores habría realizado una interpretación evolutiva del derecho como en el caso de las familias ensambladas en el caso N°09332-2006-PA/TC respaldándose en la cláusula abierta del artículo 4 de la Constitución bajo la protección del artículo 2 inciso 2 que regula la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación.

Nuestro país reconoce la existencia de cláusulas abiertas de derechos constitucionales, el cual consiste en reconocer derechos que no están expresamente en el texto constitucional, pero pueden tener este nivel de jerarquía; bajo esta premisa se puede conceder jerarquía

constitucional a los tratados que incorporan derechos fundamentales como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a la jerarquía que mantienen estos tratados dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ha referido que: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional” (STC N° 0025-2005-PI/TC y STC N° 0026-2005-PI/TC (Acumulados), fundamento jurídico 26).

A partir de año 2004, el Tribunal Constitucional peruano incluyó dentro del bloque de constitucionalidad a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En 2006, reconoció la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos; coexistiendo dos tipos de bloque de constitucionalidad: compuestas por normas de origen nacional y las que se integran por normas internacionales llamadas “bloque de constitucionalidad internacional” (Sentencia el Tribunal Constitucional, Expediente N° 1176-2004-AA/TC).

El bloque de constitucionalidad permite reconocer la jerarquía de la Constitución nacional con la finalidad de interpretarlas sistemáticamente, aquellas normas suelen ser instrumentos del DIDH (Derecho Internacional de Derechos Humanos). Esto se evidencia, cuando cada Estado incluye cláusulas constitucionales de apertura al DIDH plasmando su voluntad de integrar el derecho internacional al sistema jurídico nacional, considerando su jerarquía especial que procedería en caso de conflicto con la legislación interna (Góngora, 2014).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su Opinión Consultiva

24/17 recomendó a los ordenamientos jurídicos que deben evolucionar y responder a las distintas realidades actuales y a sus consecuentes necesidades, por lo que estos deben adaptarse a los principios más elementales que protegen al ser humano en su condición de tal, como el principio a la igualdad. En este sentido no puede entenderse que por una lectura literal y restringida al artículo 5 de la Constitución Política del Perú, se discrimine a la comunidad LGTBI y transgreda al artículo 2 inciso 2 del mismo cuerpo normativo y lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En las Observaciones finales sobre el Quinto Informe Periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107º período de sesiones de fechas 11 al 28 de marzo de 2013, el Comité de Derechos Humanos, una de sus recomendaciones al Estado Peruano fue la modificatoria de su legislación interna para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual, tal como sucede al reconocerse sólo el matrimonio heterosexual en nuestro país.

En esa misma línea, existen principios específicos que también protegen los derechos humanos en relación con la orientación sexual, los llamados Principios de Yogyakarta, presentados en noviembre del año 2006 por intermedio de la Declaración de Montreal, en cuyo principio N° 13 exhorta a todos los Estados a adoptar “(...) todas las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual”. La Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial N° 175 reconoce que estos principios tienen implicancias en el Estado Peruano para garantizar efectivamente el derecho a la igualdad y no discriminación y también insistió en la aprobación de una ley que reconozca el matrimonio igualitario.

Tanto la pareja heterosexual como la pareja homosexual, eligen libremente sus proyectos de vidas e incluso hay muchos matrimonios que por razones físicas o por la edad avanzada no pueden cumplir con esta finalidad; sin embargo, no es razón suficiente para impedir que personas del mismo sexo puedan unirse y tener una vida en común y permanente junto a las consecuencias jurídicas que se genera el matrimonio.

Tenemos el respaldo internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, gracias al artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual establece que el contenido y alcances de los derechos constitucionales se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como los fallos de los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los que el Perú es parte, y en caso de que sean incompatibles los magistrados preferirán la norma que más beneficio a la persona y sus derechos humanos.

En la Opinión Consultiva 24/17 la CIDH refirió que un Estado no necesita crear nuevas figuras para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, tales como la unión civil o unión de hecho, sino que, conforme al principio pro persona regulado en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el reconocimiento de este tipo de matrimonio estaría en figuras extendidas y protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. En otras palabras, debe ampliarse el concepto del matrimonio para tratar de incluir al grupo homosexual, siendo un medio mucho más sencillo y eficaz para el Estado de combatir la discriminación estructural y asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

En las sentencias del Tribunal Constitucional referidas a la inscripción del matrimonio

homosexual celebrado en el extranjero, se advirtieron que los magistrados no hacen pronunciamientos de fondo respecto al matrimonio para parejas del mismo sexo, sin embargo, algunos votos singulares, sustentaron la posibilidad de su regulación bajo la cláusula abierta del artículo 5 de la Constitución y a través de la interpretación evolutiva, que nos permitiría reconocer una nueva forma de unión matrimonial primando la Constitución sobre nuestras preferencias personales.

Ninguna norma puede vulnerar derechos de una persona por su orientación sexual y la igualdad como noción intrínseca a la naturaleza humana fueron los criterios que sustentaron los fallos en los casos Duque Vs. Colombia y Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, ante la CIDH permitieron sostener la inconstitucionalidad de la concepción heterosexual del matrimonio por vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación hacia parejas del mismo sexo a través del análisis documental de la Jurisprudencia internacional.

Conforme al artículo 55 y a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana, reconocemos la incidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el bloque de constitucionalidad, obligando al Estado peruano el cumplimiento y deber de adecuar su ordenamiento jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales en figuras ya existentes a través de medidas legislativas, judiciales y administrativas que busquen ampliar y reconocer la concepción del matrimonio igualitario en el artículo 234 del Código Civil Peruano.

En el año 2020, tomando en cuenta el contexto de emergencia sanitaria por COVID 19, la Corte Interamericana de Derechos Humanos elaboró el Informe Anual sobre la situación de Derechos Humanos de las personas LGTBI en el Perú, concluyendo que este sector minoritario es históricamente marginado y experimenta violencia y discriminación

generalizada (Corte IDH, 2020, pp. 48-50).

Es discriminatorio que, las personas homosexuales que sienten el deseo de formar una pareja permanente y dar estabilidad a sus proyectos de vida, sean impedidas de ser reconocidas jurídicamente, pues como sabemos, el matrimonio mucho más, que las consecuencias jurídicas que trae consigo, logra que el ser humano no viva en soledad, y pueda satisfacer así, su natural impulso amoroso y sexual. Si bien las uniones homoafectivas no son idénticas al matrimonio, presentan rasgos muy similares, lo cual justificaría que merezcan un tratamiento semejante cuando menos en lo referente al aspecto patrimonial y al régimen de deberes y obligaciones de la pareja.

En consecuencia, el presente proyecto de investigación se justifica en el hecho de pretender sistematizar la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, siendo éste último en la actualidad, una herramienta que se encuentra cada vez más cercana a los ciudadanos y con una continua utilización por parte de los operadores judiciales para primar derechos fundamentales y proteger a la población homosexual de sus posibles afectaciones.

## **B. Vigencia de la norma que se propone**

Respecto a la normatividad de vigencia no afecta normatividad Constitucional; por el contrario, asegura la Norma Constitucional Peruana y el Código Civil Peruano: Constitución Política del Perú. Por consiguiente, es viable su legislación y por tanto se debe proceder a modificar el artículo 234° del Código Civil Peruano.

## **C. Análisis costo-beneficio**

En cuanto al costo de la presente iniciativa legislativa, no genera un gasto adicional para el Estado peruano, más que el que se hace para poder proceder a legislar: copias y el pago a los legisladores y asesores del Congreso. Respecto al beneficio es de suma importancia, pues, se brindaría una mayor protección a los integrantes del grupo LGTBI en cumplimiento del principio-derecho a la igualdad y no discriminación.

### III. MATERIALES Y MÉTODOS

#### 1. Tipo de investigación

##### *1.1. Según aplicabilidad o propósitos:*

a. **Básica ( x )**. Según nuestro objetivo general de investigación, nos situamos en una investigación básica y de perfil cualitativo. Es básica porque consideramos que el matrimonio heterosexual regulado en el artículo 234° de nuestro Código Civil Peruano, actualmente no se adecúa a los fenómenos sociales que hoy se encuentran presentes en nuestra sociedad, por ello, no buscamos manipular nuestras variables en investigación, sino resaltar esta problemática jurídica con la finalidad de un mejor conocimiento y comprensión del matrimonio desde una perspectiva constitucional progresiva, dinámica e integral. Según Carruitero (2014) la investigación básica: “(...) tiene como finalidad el mejor conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales. Se llama básica porque es el fundamento de toda otra investigación” (p.180).

Así mismo, es una investigación cualitativa, porque buscamos identificar las características de nuestro objeto de estudio, describiendo sus cualidades, pero sin cuantificarlas. Con respecto al concepto de una investigación cualitativa, según Lino Aranzamendi (2015) este tipo de investigación está orientada especialmente a la comprensión y descripción de una situación o fenómeno jurídico al contraste con una investigación cuantitativa donde prima la predicción, cuantificación y control del objeto de estudio (Aranzamendi, 2015).

El matrimonio entre personas del mismo sexo es una situación controvertida

discriminatoria desplegada de nuestra realidad y para ello cotejaremos nuestra investigación con la información compilada en la bibliografía y los casos previstos, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de conocer algunas teorías y doctrina que respaldarán nuestra perspectiva de estudio.

## ***1.2. Según naturaleza o profundidad***

### **a. Descriptiva-Propositiva ( x )**

Según la naturaleza y nivel de profundidad, nuestra investigación es de tipo descriptiva-propositiva. Por un lado, “descriptiva”, al concretizar nuestro objeto de investigación: “la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano”, como un sólo elemento problemático de estudio a través de la doctrina jurídica, el derecho comparado y la jurisprudencia, abarcando así cada una de nuestras variables dependientes sobre una población y muestra definida.

Según Pineda el tipo de estudio descriptivo está orientado al conocimiento de la realidad tal como se presenta en una determinada situación espacio-temporal, es decir, se presenta como un fenómeno y el investigador busca conocer sus características (Pineda, 1990, como se citó en Tantaleán, 2015).

Así mismo, es propositiva porque construiremos una propuesta de cambio que brinde solución a la problemática de estudio que describiremos a lo largo de nuestra investigación y ésta consiste en modificar la concepción normativa del matrimonio heterosexual regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano, adoptando expresa y literalmente una concepción más amplia y abierta de matrimonio, suprimiendo el estándar normativo actual de nuestra

legislación civil.

### ***1.3. Según su objeto***

a. ***Dogmática.*** Sostenemos que nuestra investigación es dogmática pues, nos centraremos en el estudio del derecho como un aspecto técnico y formalista a través del análisis a la concepción del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano. Resaltamos también la importancia de que su redacción debe adecuarse a las normas de mayor jerarquía evitando así la vulneración de derechos fundamentales. En la investigación dogmática también incluimos a la jurisprudencia en tanto recoge las opiniones de los jueces sobre nuestro objeto de estudio, es por ello que analizaremos dos casos concretos del Tribunal Constitucional y dos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respaldo de un tema tan controvertido como el matrimonio igualitario. Si bien, recurriremos a las fuentes formales documentales, le daremos también un enfoque socio jurídico al tomar nuestra problemática como un todo dependiente de la sociedad a través del manejo de opiniones a favor y en contra.

## **2. Métodos de investigación**

### ***2.1. Métodos generales en función al tipo de investigación***

a. ***Método inductivo.*** De la Puente refiere respecto al método inductivo que, cada disposición normativa no es aislada ni esporádica, sino forma parte del todo orgánico y coherente de la legislación a que pertenece, si la legislación no tiene unidad es una realidad heterogénea que perjudica a la sociedad, y si tiene unidad, pero con normas particulares que

la atrofian, se produce la colisión inadmisible de lo particular en contra de lo principal, hecho que no se puede tolerar. Así mismo afirma que tanto la jerarquía de normas como la armonía de la legislación, son dos aspectos que justifican todo proceso inductivo (De la Puente, 1945, p.294).

La norma no responde a un hecho aislado, sino que forma parte de toda una legislación, es por ello que utilizaremos el método inductivo y se evidenciará en nuestra realidad problemática y el marco metodológico en torno al análisis de la norma en concreto que corresponde a lo particular en este caso: la concepción normativa del matrimonio heterosexual regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano, para de allí, ascender a la organicidad sistemática de la legislación positiva, aspecto general que incluye también otras fuentes del Derecho como la jurisprudencia y la doctrina. Tanto la armonía entre cuerpos normativos a nivel interno como la jerarquía de la norma en cuestión respecto a la Constitución y el Derecho Internacional, son los aspectos que generan la aplicación del método inductivo a nuestra investigación.

## ***2.2. Método de la investigación jurídica: dogmático-funcional***

***a. Método dogmático.*** Álvarez afirma que una investigación jurídica dogmática concibe el problema jurídico desde un aspecto rigurosamente formalista recurriendo a fuentes documentales y no a elementos fácticos (Álvarez, 2002, como se citó en Fernández, Urteaga & Verona, 2015). En la presente, evidenciaremos el método dogmático en nuestro marco referencial y marco teórico, al construir conceptos y definiciones con el respaldo de la doctrina y jurisprudencia y al utilizar las teorías clásicas y modernas de la constitucionalidad de las normas, el matrimonio y la discriminación. Así mismo, emplearemos los

principios esenciales para la interpretación de la Constitución.

Específicamente aplicaremos este método; primero, para analizar la concepción heterosexual del matrimonio, a través de una norma expresa como el artículo 234° del CC; segundo, al describir a la doctrina que desarrollará los principios de interpretación de la Constitución, la inconstitucionalidad y la institución jurídica del matrimonio y tercero, al desarrollar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos que permitirá desenvolver aspectos fundamentales en torno a los derechos fundamentales de la igualdad y no discriminación. Es así que, tenemos tres fuentes formales del derecho alrededor de nuestro objeto de estudio entrelazando la norma, las instituciones y los principios jurídicos, así como también la teoría de derechos fundamentales y la teoría del reconocimiento como los conceptos denominados en el marco referencial.

b. ***Método sistémico-funcional*** . El método funcional o sistémico permite estudiar el objeto como estructura compleja formada por diferentes subsistemas con características y funciones específicas que interactúan entre sí (Villabella, 2012, p. 939). Es por ello que lo aplicamos en nuestra investigación, pues la concepción normativa regulada en el artículo 234° del Código Civil Peruano forma parte de un sistema jurídico civil, sin embargo, al desestructurarlo, se encuentra subordinado e interconectado a otras estructuras jurídicas que nos van a permitir apreciar la dinámica funcional, comparativa e innovadora del artículo en cuestión. Éste método quedará evidenciado en nuestra realidad problemática y nuestro marco referencial que sustenta las teorías sobre la constitucionalidad de las normas y el respeto a la jerarquía normativa y derechos fundamentales de los juristas Hans Kelsen, Peces-Barba y Hart.

### **2.3. Métodos de la interpretación jurídica**

Según Haberle (2017) “las normas jurídicas sólo se acercan a su realidad pública por medio de los métodos de interpretación (...) interpretar quiere decir proporcionar al derecho constitucional un nivel de realización en el tiempo, superar las situaciones de conflicto y fundamentar el consenso (pp.40-41)”.

Nuestra propuesta de declarar la inconstitucionalidad de la concepción normativa del matrimonio regulada en el artículo 234° del Código Civil Peruano se ejecutará aplicando los dos métodos de interpretación jurídica que se encuentran ligados a este tipo de investigación: Exegético y Sistemático.

**a. Método exegético.** Aplicaremos el método exegético, por la gran repercusión que tiene la norma expresa en nuestro sistema jurídico, y cómo la aparente simplicidad de una redacción heteronormativa (sólo varón y mujer) del artículo 234° del Código Civil, trae como consecuencia, graves afectaciones a derechos fundamentales como lo son el derecho de igualdad y no discriminación. A través de un examen gramatical, veremos a detalle la norma jurídica y las otras dos fuentes formales del derecho: la doctrina, ligada a la inconstitucionalidad y la institución jurídica del matrimonio y la jurisprudencia, para justificar la vulneración de los derechos fundamentales con la finalidad de contribuir a un mejor entendimiento y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

**b. Método Sistemático.** El método de interpretación sistemática será empleado al vincular la norma inferior (el artículo en cuestión) con otras normas de rango superior (Constitución Política y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Analizaremos que no existe una armonía con el ordenamiento constitucional, mucho menos con la norma

internacional. Tal cual lo manifestó Kelsen en su libro “Teoría Pura del Derecho” es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada (Kelsen, 1982).

En específico utilizaremos la tipología del método sistemático por ubicación de norma, al darle el significado a la norma, a partir de principios y contenidos que forman la estructura normativa en la que se sitúa la norma en cuestión. Así, conforme se encuentra ubicada nuestra norma en cuestión, esto es, en el Código Civil, tenemos la influencia de las normas dentro de las cuales se ubican las que interpretamos (Rubio & Arce, 2017, p. 117).

### **3. Diseño de la investigación**

#### ***3.1. Diseño descriptivo-propositivo***

Sostenemos que nuestro diseño es descriptivo-propositivo pues consideramos que la concepción del matrimonio en el artículo 234° del Código Civil Peruano merece mejoras a través de una modificatoria donde se considere al matrimonio como la unión de dos personas sin distinción de sexo (varón o mujer), pues no bastará con presentar y describir el problema, tal cual una investigación descriptiva, sino que necesitamos justificar con argumentos contundentes la conveniencia de nuestro material para futuros trabajos de investigación.

M → P

- Muestra de dos sentencias del Tribunal Constitucional N° 676/2020 del EXP. N.° 01739-2018-PA/TC LIMA y la Sentencia N° 191/2022 del EXP.

N.º 02653-2021-PA/TC LIMA, muestra del caso Duque Vs. Colombia y el Caso Atala y niñas Vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Propuesta de modificar la concepción heterosexual del matrimonio a través de la juridificación del matrimonio homosexual en el artículo 234º del Código Civil.

Es por ello, que nuestro proceso investigativo será analizar, describir y solucionar el problema de inconstitucionalidad de la concepción heteronormativa del matrimonio heterosexual regulada en el artículo 234º del Código Civil Peruano por discriminación estructural, para lograr la trascendencia jurídica que esperamos sea consolidado en nuestro sistema jurídico peruano.

### ***3.2. Diseño de la investigación de la teoría fundamentada***

Strauss y Corbin refieren que la Teoría Fundamentada es utilizada para un mejor entendimiento de un fenómeno que ya ha sido estudiado, favoreciendo el desarrollo de posibles respuestas a fenómenos sociales (Strauss & Corbin, 1990). En la presente investigación se empleará la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la regla del reconocimiento de Herbert Hart.

## **4. Población muestral**

### ***4.1. Población***

En el presente estudio, nuestra población se tomará de las Jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Sentencias del Tribunal Constitucional,

### ***4.2. Muestra***

El tipo de muestreo es del tipo no probabilístico-intencional porque la selección de la muestra dependerá de ciertos criterios y características elegidas por el investigador y nuestra técnica de muestreo será del tipo intencional, pues la selección de casos será a una población limitando la muestra sólo a estos, debido a que se tiene una población muy variable y pequeña (Otzen & Manterola, 2017).

Nuestra muestra serán dos sentencias del Tribunal Constitucional la Sentencia N° 676/2020 del EXP. N.° 01739-2018-PA/TC LIMA y la Sentencia 191/2022 del EXP. N.° 02653-2021-PA/TC LIMA, dos fallos del caso Duque Vs. Colombia y el Caso Atala y niñas Vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que respaldarán lo contradictorio de una normativa interna que limita el acceso al matrimonio y sus consecuencias legales por la exclusión de las parejas no heterosexuales; que resulta incompatible con una Constitución Política que manifiesta un imperativo respeto al derecho a la igualdad y no discriminación.

Al combinar las ramas jurídicas de Derecho Civil y Derecho Constitucional, nos permitirá analizar perspectivas jurídicas a través de los votos de los magistrados en las sentencias del Tribunal Constitucional, de la CIDH y su Opinión Consultiva 24/17, que han repercutido en la problemática del matrimonio con reflexión y crítica; que ha de contrastarse a la luz de la doctrina, la legislación y el Derecho comparado; que es lo que precisamente lo distingue de otras investigaciones con enfoque cualitativo.

## **5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

### ***5.1. Técnicas***

a. ***Análisis documental en fichaje.*** Se empleará dicha técnica para estructurar nuestro trabajo tanto en el contenido de fondo como en el aspecto formal de nuestra investigación. Seleccionaremos información de cada fuente documental sean libros, artículos de revistas, jurisprudencias y leyes tanto nacionales como internacionales.

Nos permite que la información recuperada o interpretada sea utilizada para identificar el documento y procurar los puntos de acceso en la búsqueda de documento (Villabella, 2009).

b. ***Investigación documental para recopilación de información.*** Utilizaremos esta técnica pues buscaremos toda la información en diferentes medios documentales como libros, revistas, vídeos, etc. para anotarlos y

utilizarlo en nuestro segundo y tercer capítulo.

## **5.2. Instrumentos**

**a. Fichas.** Según Villabella, la ficha de contenido permite resumir la información del objeto, del cual se aplicarán los métodos de investigación (Villabella, 2009).

Este instrumento tendrá uso constante en nuestra investigación pues nos dará la facilidad de encontrar la información por medio de su fuente y el extracto de la misma, escrito sobre una ficha.

**b. Guías de análisis de estudio de casos.** “El análisis de contenido se lleva a cabo por medio de la codificación, es el proceso por el cual las características del contenido de un mensaje son transformadas a unidades que permitan su descripción y análisis” (Sampieri, p. 412, 2003).

Este instrumento nos permitirá elaborar nuestras matrices de datos, consignando todas las unidades de análisis, valores y variables.

## **5.3. Técnicas de procesamiento y análisis de datos**

**5.3.1. Análisis y reflexiones sobre el contenido inicial recolectado.** Su utilidad tendrá la finalidad para el desarrollo de nuestra primera etapa del contenido de nuestra investigación, pues de la bibliografía recabada, se

desarrollará el análisis sobre la inconstitucionalidad de la norma y la jurisprudencia que respalda nuestra teoría.

**5.3.2. Técnica de corte y clasificación.** Esta técnica se basa en identificar las expresiones o fragmentos que nos parecen importantes para el planteamiento y luego reunirlos conceptualmente, comparando temas generales y específicos. Se pretende generar una gama de temas vinculados al planteamiento para después ir seleccionando la más importante para su análisis (Aranzamendi, 2006).

Es así como en nuestro proyecto de investigación, hemos ordenado y clasificado nuestra temática en cuatro capítulos.

#### ***5.4. Procedimientos para la recolección de datos***

□ Trabajo de campo: este procedimiento quedará evidenciado con la búsqueda exhaustiva y recojo de sentencias del Tribunal Constitucional, del mismo modo, en dos casos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Opinión Consultiva 24/17, relevantes para nuestra investigación.

□ Obtención de material bibliográfico: se obtendrá información de nuestros antecedentes del problema investigando en los repositorios de tesis de diversas universidades públicas y privadas, tanto a nivel nacional como la Universidad Nacional de Huancavelica y la Universidad César Vallejo; internacional como la Universidad de Costa Rica, Universidad de Chile, Universidad Internacional SEK y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

### **III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **Resultado N°01**

A través del análisis sistemático doctrinario de la normativa constitucional y de la jurisprudencia internacional, se determinó que la concepción heterosexual del matrimonio regulada en el artículo 234 del Código Civil Peruano, vulnera el principio de jerarquía normativa de la Constitución, evidenciando la dimensión objetiva y subjetiva de una inconstitucionalidad.

#### **Discusión de resultado N° 01**

El fallo del Tribunal Constitucional en el EXP. N°1739-2018, tiene un enfoque estrictamente heteronormativo, considerando al matrimonio exclusivamente heterosexual. El petitorio en concreto fue denegado por RENIEC, desprendiendo una serie de resoluciones administrativas que afectaron el principio de jerarquía normativa de la Constitución. En un estado democrático como el nuestro, la Constitución pone limitaciones, sin embargo, corresponden a los magistrados tomar una decisión que resulte justa y razonable.

En efecto, la Constitución permite al legislador instituir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no debiendo inhibirse de proteger a estas minorías, por guardar un estricto comedimiento a sus preferencias personales. El artículo 4 del texto constitucional, no contempla expresamente la facultad para las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio, pero tampoco la ha prohibido, dejando esta tarea en manos del legislador.

Al respecto, en este caso, el Tribunal Constitucional en su mayoría, pudo haber

analizado el fondo de la controversia y pronunciarse acerca del matrimonio igualitario, sin embargo, optó por referirse a cuestiones de forma al sugerir que el caso debió llevarse vía administrativo. El voto mayoritario concluyó la improcedencia del caso, pese a que, en fallos anteriores habría realizado una interpretación evolutiva del derecho como en el caso de las familias ensambladas en el caso N°09332-2006-PA/TC respaldándose en la cláusula abierta del artículo 4 de la Constitución bajo la protección del artículo 2 inciso 2 que regula la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación.

Con este argumento sostenemos que el principio de jerarquía normativa de la Constitución se vulnera porque se evidenció que las resoluciones administrativas expedidas por RENIEC en el caso Óscar Ugarteche y Fidel Aroche se sustentaban en concepciones personales del artículo 4 de la Constitución, pues reconocen al matrimonio como una institución natural cuya regulación se encuentra estrictamente en los elementos estructurales y validez del artículo 234 del Código Civil Peruano. Así mismo, sustentaron que un matrimonio celebrado en el extranjero no puede ser reconocido en nuestro país, pues el artículo 2049 del Código Civil Peruano, establece la ley extranjera puede ser excluida en nuestro país si es incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

De esta manera, la normativa civil se encontraría afectando la norma constitucional, pues se reconoce la supremacía de la Constitución según el artículo 51 del mismo cuerpo normativo, sosteniendo su prevalencia sobre toda norma legal. Con esto sostenemos que cumple con la dimensión objetiva de una inconstitucionalidad pues al realizar una evaluación de compatibilidad entre normas de rango de ley y la Constitución, prima la unidad constitucional.

Por ello, resulta muy conveniente que existan cláusulas constitucionales abiertas que permitan a través de una interpretación dinámica y evolutiva de la Constitución, reconocer nuevas formas de vida y una significación más amplia de matrimonio, teniendo en cuenta que su concepto estaría sometido a una constante evolución que no puede ser ignorada por nuestro ordenamiento jurídico. Este tipo de interpretación nos permitiría que, en condiciones de igualdad, este sector que ha sido por muchos años estigmatizado y discriminado pueda acceder al matrimonio civil y gozar de sus beneficios. Sostenemos así, que, al tratarse de un caso determinado y con afectaciones subjetivas y concretas a los derechos fundamentales de la igualdad y no discriminación, se encontraría evidenciado la dimensión subjetiva de una inconstitucionalidad.

Bajo el principio de jerarquía normativa, ponemos no sólo a la Constitución por encima de las demás normas jurídicas, sino que también, la colocamos por encima de nuestras preferencias personales. Así, el argumento de la finalidad del matrimonio como institución procreadora y perpetuadora de la especie humana, resulta subjetiva y estigmatizante. Tanto la pareja heterosexual como la pareja homosexual, eligen libremente sus proyectos de vidas e incluso hay muchos matrimonios que por razones físicas o por la edad avanzada no pueden cumplir con esta finalidad.

De esa misma forma, los magistrados pudieron haber utilizado ese análisis al tratar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, demostrando que pudo haber aplicado el principio de jerarquía normativa aplicando la cláusula abierta del artículo 4 de la Constitución con la finalidad de incluir el derecho al matrimonio también para las parejas del mismo sexo y la estricta exigencia y sometimiento al artículo 2 inciso 2 de la Constitución, dos normas constitucionales afectadas por normas de inferior jerarquía y una afectación a los derechos fundamentales de la igualdad y no discriminación a un grupo determinado por su orientación sexual, concluyendo que se manifestaron las dimensiones subjetiva y objetiva de una

inconstitucionalidad del concepto normativo del matrimonio en el artículo 234 del Código Civil Peruano.

## **Resultado N°02**

A través del análisis sistemático doctrinario de la normativa constitucional y de la jurisprudencia internacional, se determinó que la concepción heterosexual del matrimonio regulada en el artículo 234 del Código Civil Peruano, vulnera el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, evidenciando la dimensión objetiva y subjetiva de una inconstitucionalidad.

## **Discusión de resultado N°02**

El principio de igualdad se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú. Así mismo, en el artículo 37 inciso 1 del Código Procesal Constitucional adiciona a la “orientación sexual” como un límite al ejercicio de los poderes públicos y los particulares. La magistrada Marianela Ledesma en el Expediente N.º 01739-2018- PA/TC LIMA manifestó su voto singular refiriendo que la orientación sexual de una persona ha sido históricamente una condición de manifestación de discriminación estructural:

a) ha sido históricamente una razón de discriminación y, a la luz de los datos recogidos por entidades especializadas tanto a nivel internacional como a nivel interno, continúa siéndolo; b) es un elemento de la identidad y de la autodefinición de todo ser humano; y c) es un criterio que, como resulta evidente, carece de relevancia para la distribución en equidad de derechos y obligaciones; en ese sentido, corresponde concluir que en ningún caso puede ser considerada como una razón en sí misma suficiente para limitar o restringir los derechos de

una persona, so pena de considerar dicho trato diferenciado como un trato discriminatorio (fundamento 36).

Si bien es un voto singular, nos respaldamos en la postura de considerar al voto singular como una jurisprudencia alternativa. El jurista italiano Calamandrei señaló que la labor del jurista calza perfectamente con la concepción del voto singular en la dinámica jurisprudencial constitucional que proponemos para este caso. Esto debido a que se argumenta una posibilidad de disentir contribuyendo con los valores democráticos y favoreciendo a la decisión judicial, cuyo objetivo del magistrado disidente es persuadir de un cambio de criterio a aquellos que revisen la controversia constitucional (Lynch, 2007).

Al respecto, Benavides y Escudero (2020) han sostenido que las Cortes constitucionales son las principales responsables de proteger a las parejas del mismo sexo:

...saliendo del dilema de quién es el mejor sujeto para la protección de derechos, si la Corte o el Parlamento, señala que el legislador incumplió con la protección de este grupo al no tratar las condiciones del matrimonio civil en relación con la igualdad formal y material, así como ante la intolerable violación de derechos causadas por una discriminación, que no solo tiene efectos jurídicos sino físicos y psicológicos, basada en el criterio sospechoso del sexo. Concluyendo, por tanto, que es obligación de la Corte Constitucional desarrollar la protección para las parejas del mismo sexo.

Como la inconstitucionalidad es un mecanismo que vigila los poderes del Estado en aras del principio democrático y la protección eficaz de los derechos fundamentales, consigo también garantiza tanto el principio de jerarquía normativa y supremacía constitucional como la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta naturaleza dual: objetiva y subjetiva, cuando se ve afectada, corresponde a las dos dimensiones de la

inconstitucionalidad.

La vertiente subjetiva de la inconstitucionalidad queda evidenciada de tal manera que, la concepción heterosexual del matrimonio, vulnera principios y valores universales consagrados en nuestra Constitución. Existe una afectación al principio-derecho a la igualdad y la no discriminación, contenidos en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución. Es por ello que, podemos decir, que tanto el Estado como la sociedad peruana mayoritaria, que rechazan la regulación del matrimonio para las parejas del mismo sexo por su orientación sexual distinta, se encontrarían consigo afectando también la dignidad de forma intolerable.

Ignacio Gutiérrez refiere que la Constitución es democrática porque está abierta al cambio, incluso abierta a sus propios criterios de inclusión y jerarquía reconociendo la participación de todos en las decisiones que les afectan y someterse a procesos de decisión más amplios; sobre todo, sólo es democrática si está abierta al Derecho Internacional (Gutiérrez, 2020).

Tenemos el respaldo internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, gracias al artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual establece que el contenido y alcances de los derechos constitucionales se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como los fallos de los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los que el Perú es parte, y en caso de que sean incompatibles los magistrados preferirán la norma que más beneficio a la persona y sus derechos humanos.

Si bien, el fundamento principal ha sido reconocer el matrimonio homosexual

celebrado en el extranjero como un trato desigual para aquellos que no poseen los recursos económicos para realizarlos, no consideramos que sea una razón coherente y objetiva, sino más bien una de las tantas excusas repetitivas, que tiene como única conclusión rechazar la regulación efectiva del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Es por ello que sostenemos que el reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro ordenamiento jurídico supondría colocar a la Constitución por encima de nuestras preferencias personales.

El género ha sido durante muchos años establecido por los órganos sexuales a los que se nos han asignado al nacer, sin embargo, no puede restringirse el concepto de matrimonio al género y a la procreación, sino que también cumplen la función de satisfacción al natural impulso sexual, siendo un derecho inherente a la condición humana. Resulta discriminatorio, que las personas homosexuales que sienten el deseo de dar estabilidad a sus proyectos de vida mediante su unión permanente, sean impedidas de ser reconocidas jurídicamente, pues como sabemos, el matrimonio mucho más, que las consecuencias jurídicas que trae consigo, logra que el ser humano no viva en soledad, y pueda satisfacer así, su natural impulso amoroso y sexual.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante resolución AG/RES 2653 (XLI-O/11), del 07 de junio de 2011 entiende por “discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género” a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado- ya sea de jure o de facto- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.

El derecho a la no discriminación posee una relación indisoluble con el derecho a la igualdad, conforman ambas, un principio-derecho que evita que se privilegie aquellas uniones heterosexuales, que sólo tengan la finalidad de procreación y formación de una familia clásica y tradicional. Consideramos el trato igualitario para las parejas homosexuales, pues tienen las mismas características en sus relaciones de pareja, como la convivencia y singularidad de ambos, la publicidad de su relación mutua y su permanencia en el tiempo.

### **Resultado N°03**

A través del análisis sistemático, doctrinario y jurisprudencial internacional, se determinó que la concepción heterosexual del matrimonio regulada en nuestro país, manifiesta discriminación estructural porque vulnera el principio de jerarquía de la Constitución y el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, tomando como criterio jurisprudencial de la CIDH que ninguna norma puede vulnerar los derechos de una persona por su orientación sexual.

### **Discusión de resultado N°03**

En el caso Duque vs. Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma como criterio que ninguna norma puede vulnerar derechos de una persona por su orientación sexual. Así mismo, se demuestra que la preferencia al matrimonio heterosexual resulta discriminatoria. En el contexto histórico, la concepción heterosexual evidencia que los patrones dominantes y prejuicios han influido en la sociedad generando que la norma perjudique a las personas homosexuales directamente tanto por la desigualdad en los efectos

jurídicos que trae consigo en que son partícipes el Estado, sus instituciones y la sociedad en su mayoría.

La concepción del matrimonio regulado en el artículo 234 del Código Civil Peruano, constituye un patrón de discriminación estructural, pues el Estado permite que las consecuencias negativas de la desigualdad afecten a un grupo social determinado, a través de las estructuras jurídicas y políticas que se encuentran funcionando en base a estándares culturales que contienen prácticas violatorias a derechos fundamentales. Para el autor Claudio Nash, las estructuras jurídicas y políticas “funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos” (Nash, 2013, p. 25).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24/17 refirió que un Estado no necesita crear nuevas figuras para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, tales como la unión civil o unión de hecho, sino que, conforme al principio pro persona regulado en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el reconocimiento de este tipo de matrimonio estaría en figuras extendidas y protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. En otras palabras, debe ampliarse el concepto del matrimonio para tratar de incluir al grupo homosexual, siendo un medio mucho más sencillo y eficaz para el Estado de combatir la discriminación estructural y asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

En el caso *Duque Vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere que la acción de tutela es un mecanismo judicial adecuado y efectivo para proteger derechos

fundamentales a la salud, integridad personal y la vida cuando se vean amenazadas; por lo que para el señor Duque ante el vacío en la regulación de la pensión de sobrevivencia por la restricción del matrimonio para parejas homosexuales, puso en grave peligro la continuidad de su tratamiento antirretroviral, poniendo su vida en una situación de riesgo. La no existencia de una normatividad interna vigente que regule el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, es una diferencia de trato que vulnera el derecho a la igualdad y la no discriminación, por lo que, constituyendo así, un hecho ilícito internacional (Caso Duque Vs. Colombia, párrafo 125).

Ninguna norma puede vulnerar los derechos de una persona por su orientación sexual, es el criterio base sostenido por la Corte Interamericana, considerando que, la orientación sexual es un factor consubstancial a la condición de persona humana, formando parte de quien es, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad el permitir a la persona desplegar un proyecto de vida que resulte acorde con dicha orientación, en particular, en lo que atañe a sus relaciones interpersonales emocionales, afectivas y sexuales.

Las parejas homosexuales sufren discriminación estructural, violencia, estigmatización y violaciones a sus derechos fundamentales, y esto comienza cuando el Estado actúa contra la persona por motivo de su identidad de género, orientación sexual o su expresión de género, como sucede con la regulación del matrimonio heterosexual. Podemos concluir que es una tipo de violencia ejercida como consecuencia de actuaciones discriminatorias donde el Estado a través de sus normativas, restringen el goce y ejercicio de derechos y libertades humanas, que pueden incluso desatar problemas mucho más graves

como crímenes de odio.

#### **Resultado N° 04**

A través del análisis sistemático, doctrinario y jurisprudencial internacional, se determinó que la concepción heterosexual del matrimonio regulada en nuestro país, manifiesta discriminación estructural porque vulnera el principio de jerarquía de la Constitución y el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, tomando como criterio jurisprudencial de la CIDH que la noción de igualdad es intrínseca a la naturaleza del género humano

#### **Discusión de resultado N° 04**

El caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, evidencia que todas las personas en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, no puede quedar desprotegida bajo un supuesto beneficio justificando una limitación al desarrollo de su plan vital, pues siendo la orientación sexual parte de la identidad del ser humano, se prohíbe toda forma de discriminación en razón de ella, tal limitación empieza dándose por el Estado a través de su medida paternalista, que cosifica a la persona humana y vulnera su dignidad.

La cosificación de la persona humana, se ve reflejada en el maltrato y la violencia contra la señora *Atala Riffo* por parte del Estado chileno, al expedir resoluciones y sentencias basadas en prejuicios personales que sólo concluían en su incapacidad para asumir su rol de madre por su orientación homosexual. Los prejuicios y estigmatización incluían argumentos como la desnaturalización del concepto de pareja humana, el sentido natural de la familia, el

riesgo para las niñas de contraer enfermedades como el herpes y el sida

Así mismo, señalamos lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que se incluye su expresión, y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” (fundamento 133). Argüimos que la opción sexual no altera la normalidad de la rutina familiar y tampoco se trata de que la persona perjudique su rol de madre, al preferir su interés personal por tomar la decisión de convivir con su pareja homosexual.

Nuestro país, evidencia en su ordenamiento jurídico a través del artículo 234 del Código Civil Peruano, un estándar normativo de violación al derecho a la igualdad y no discriminación. La falta de regulación del matrimonio para parejas del mismo sexo, no puede ser motivo suficiente para que el Estado a través de sus resoluciones y sentencias, vulnere los derechos humanos perpetuando y reproduciendo la discriminación estructural que a lo largo de la historia han sufrido las minorías sexuales.

## **Resultado N°05**

A través del análisis sistemático, doctrinario y jurisprudencial internacional, se determinó que la concepción heterosexual del matrimonio regulada en nuestro país, manifiesta discriminación estructural porque vulnera el principio de jerarquía de la Constitución y el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, tomando como criterio jurisprudencial de la CIDH criterio que la incidencia en el bloque de constitucionalidad el Estado tiene el

deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales.

### **Discusión de resultado N°05**

Evidenciamos que la materia de Derechos Humanos dentro del marco constitucional, se encuentra instaurada como bloque de constitucionalidad que ha sido integrado por la Constitución, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, los criterios y jurisprudencia internacional.

Señalamos que la interpretación evolutiva resulta consecuente con las reglas generales de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como las señaladas en la Convención de Viena, siendo la alternativa más justa y conveniente, aquella que es más favorable al ser humano. Los derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párrafo 106).

Por ello, el bloque de constitucionalidad permite reconocer la jerarquía de la Constitución sobre las normas inferiores para interpretarlas sistemáticamente, que son al mismo tiempo instrumentos de Derechos Humanos, a través de la inclusión de cláusulas constitucionales de apertura al Derecho Internacional de Derechos Humanos, integrando el derecho internacional al sistema jurídico nacional, que tendría una jerarquía privilegiada en caso de conflicto con el ordenamiento jurídico interno.

Nuestro país reconoce la existencia de cláusulas abiertas de derechos constitucionales,

el cual consiste en reconocer derechos que no están expresamente en el texto constitucional, pero pueden tener este nivel de jerarquía; bajo esta premisa se puede conceder jerarquía constitucional a los tratados que incorporan derechos fundamentales como el Caso de la Opinión Consultiva 24/17 y los casos concretos concluidos por la CIDH.

Los autores Muro & Torres (2020) refieren respecto a los fallos de la CIDH:

Los Estados están obligados a cumplir lo establecido en toda sentencia resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo que la parte dispositiva de las mismas no solo incluye el fallo, sino también los fundamentos jurídicos, ya que en ellos no solo se explica, motivan y justifican las medidas finalmente adoptadas, sino que en muchos casos se señalan los criterios a seguir para el cumplimiento de la sentencia (p.31-32).

Esto nos quiere decir que los Estados que tuviesen dificultades institucionales para poder adecuar las figuras que ya se encuentren reguladas y tengan por buena fe, la intención de impulsar reformas, tienen el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna. De otro lado, debe precisarse que la pareja homosexual puede optar por contraer matrimonio o convivir de manera estable sin contraerlo, como puede hacerlo la pareja heterosexual. Respaldamos así, que la incidencia en el bloque de constitucionalidad deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales

La CIDH refiere que al interpretar un derecho, su ejercicio, su contenido y alcances; implica que los Estados tienen que modificar sus leyes internas, resoluciones judiciales, resoluciones y prácticas administrativas, logrando que se pueda armonizar una garantía de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano. La regulación del matrimonio homosexual no puede ser contraria al orden público internacional porque la CIDH

ha exhortado a los Estados a incorporar este tipo de unión en sus respectivos ordenamientos jurídicos y porque la Constitución peruana no avala el trato discriminatorio, en función de su orientación sexual, en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1. Conclusiones

1. La discriminación estructural se manifiesta en la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234 del Código Civil Peruano, por la vulneración al principio de jerarquía normativa constitucional regulado en el artículo 51 de la Constitución y al principio-derecho a la igualdad y no discriminación como criterio sustentado a partir de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. A través de la interpretación sistemática de la Constitución, la concepción del matrimonio promovida en el artículo si bien protege el matrimonio para el varón y la mujer, no desaprueba el reconocimiento de otros tipos de matrimonio, sumado a ello, nos encontraríamos respaldados por el artículo 2 inciso 2 que regula el principio de igualdad.

3. En las sentencias del Tribunal Constitucional se advirtieron que los magistrados no hacen pronunciamientos de fondo respecto al matrimonio para parejas del mismo sexo, sin embargo, algunos votos singulares, sustentaron la posibilidad de su regulación bajo la cláusula abierta del artículo 5 de la Constitución y a través de la interpretación evolutiva, que nos permitiría reconocer una nueva forma de unión matrimonial primando la Constitución sobre nuestras preferencias personales.

4. Que ninguna norma puede vulnerar derechos de una persona por su orientación sexual y la igualdad como noción intrínseca a la naturaleza humana fueron los criterios que sustentaron los fallos en los casos ante la CIDH que permitieron sostener la inconstitucionalidad de la concepción heterosexual del matrimonio por vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación hacia parejas del mismo sexo a través del análisis documental de la Jurisprudencia internacional.

5. Conforme al artículo 55 y a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana, reconocemos la incidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el bloque de constitucionalidad, obligando al Estado peruano el cumplimiento y deber de adecuar su ordenamiento jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales en figuras ya existentes a través de medidas legislativas, judiciales y administrativas que busquen ampliar y reconocer la concepción del matrimonio igualitario en el artículo 234 del Código Civil Peruano.

## **5.2. Recomendaciones**

1. Que el Estado construya condiciones y fomente prácticas que generen una conciencia de respeto y solidaridad hacia las parejas homosexuales, para que se desarrolle una mayor tolerancia a través de una democracia deliberativa, que busque la exigencia de los legisladores que evitan regular el matrimonio para parejas del mismo sexo bajo los principios de derechos humanos.

2. Que los jueces constitucionales se acojan al derecho internacional para ponderar los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, implicando también que la víctima de discriminación estructural no demuestre su afectación, sino que, sea el Estado, el que deberá demostrar que no ha discriminado, en casos que forman parte de las categorías sospechosas de discriminación

3. Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos concilie sobre los límites que imperan en cada uno de los Estados, para fomentar la eficacia plena del principio pro homine en cada ordenamiento jurídico y que el Tribunal Constitución module los criterios

jurisprudenciales de la CIDH para su adecuada aplicación y poder adaptarlo a nuestro sistema jurídico, pues el artículo 234° del Código Civil peruano es una norma con carácter de ley, respaldada sólo bajo preceptos morales, desnaturalizando el fin de lograr una vida en común y formar una familia protegida constitucionalmente.

4. Se recomienda al Poder Legislativo regular el matrimonio para parejas del mismo sexo bajo el respaldo de lo dispuesto en las jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, evitando promover iniciativas legislativas que creen otras instituciones jurídicas similares al matrimonio provocando más la exclusión y restricciones en las consecuencias jurídicas que generen consigo y construyendo un derecho que vaya más de la literalidad de la ley

5. A las parejas del mismo sexo, que defiendan sus derechos y sigan con su lucha por el reconocimiento de sus derechos fundamentales, tienen la protección del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos y logren que sea una herramienta que se encuentra cada vez más cerca por parte de los operadores judiciales para primar derechos fundamentales y proteger de sus posibles afectaciones.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES

### 6.1. Tesis

Caballero, L. y Cruzado, J. (2020). *Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación con respecto a la aplicación del artículo 234 del código civil peruano*. [Tesis de grado, Universidad César Vallejo]. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/50475/Caballero\\_FLJ-Cruzado\\_AJV-SD.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/50475/Caballero_FLJ-Cruzado_AJV-SD.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

Cáceres, V. (2017). *La aprobación de la Unión Civil y la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de acuerdo a la percepción de la comunidad LGTBI, Perú – 2017*. [Tesis de grado, Universidad César Vallejo]. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/10262/caceres\\_vv.pdf](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/10262/caceres_vv.pdf)

Clavijo, S. (2019). *El matrimonio igualitario en el Ecuador. Análisis del caso de José y Jacinto*. [Tesis de Pregrado, Universidad Internacional SEK de Quito]. <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3330/1/Tesis%20Final.pdf>

Etcheverry, J. (2015). *Constitucionalidad del Matrimonio homosexual*. [Tesis de grado, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130099/Constitucionalidad-de-matrimonio-homosexual.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Freire, M. (2016). *Repercusiones jurídicas de la falta de reconocimiento del derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador*. [Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica de Ecuador]. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/123456789/13034/TESIS%20BERNARDA%20FREIRE%20VERSION%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hernández, M. y Valverde, C. (2007). *Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo*. [Tesis de grado, Universidad de Costa Rica].  
<https://kerwa.ucr.ac.cr/bitstream/handle/10669/73106/Estudio%20sobre%20la%20Inconstitucionalidad%20de%20la%20Prohibicion%20del%20Matrimonio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Marquina, A. (2020). *Análisis doctrinario del artículo 234° del Código Civil entorno al matrimonio homosexual en el sistema peruano*. [Tesis de grado, Universidad César Vallejo].  
[https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/53075/Marquina\\_AAI-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/53075/Marquina_AAI-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Ñavincopa, F. (2015). *La inconstitucionalidad del matrimonio exclusivamente heterosexual previsto en el artículo 234° del Código Civil en la Corte Superior de Justicia de Huancavelica*. [Tesis de grado, Universidad Nacional de Huancavelica].  
<https://apirepositorio.unh.edu.pe/server/api/core/bitstreams/81d4ba1c-0b7b-4a54-810b-4aba1bf9f6e5/content>

Lizarzaburu, C. y Pineda A. (2019). *Actitudes de los padres de familia sobre la unidad e indisolubilidad del matrimonio en una institución educativa de Ica-2018*. [Tesis de grado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo].  
[https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2635/1/TL\\_LizarzaburuRuizCarmen\\_PinedaCastilloAna.pdf](https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2635/1/TL_LizarzaburuRuizCarmen_PinedaCastilloAna.pdf)

Manrique, S. (2020). *Necesidad de deconstruir el contenido del principio constitucional de protección de la familia y promoción del matrimonio como base del orden público familiar peruano*. [Tesis de grado, Universidad Nacional de Cajamarca].

<https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14074/3822/Manrique%20Urteaga%2c%20Sandra%20Veronika.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

## **6.2. Libros**

Aguilar, B. (2008). La Familia en el Código Civil Peruano. Ediciones Legales Edilegsa.

Aranzamendi, L. 2ª edición.(2015). Investigación Jurídica. Jurídica Grijley.

Zannoni, E. Derecho de Familia. (2009). Astrea.

Bachof, O. (2010). ¿Normas constitucionales inconstitucionales?. Palestra Editores.

Basaure, M. (2015). Entre emancipación y justificación: matrimonio homosexual e igualitario en Chile. La Actualidad de la Crítica. Ensayos sobre la Escuela de Frankfurt. Ed. Metales Pesados

Ferrajoli, L. (2002). El garantismo y la filosofía del derecho. Serie de Teoría y Filosofía Política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fix- Zamudio, H. & Valencia, S. (2010). Derecho constitucional mexicano y comparado. México: Universidad Nacional Autónoma de México p, p. 844.

Fraser, N. (1997). Iustitia Interrupta, Reflexiones críticas desde la posición “post-socialista”. Bogotá : Siglo del Hombre Editores.

García, V. (2010). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Tercera Edición: Junio 2010 Arequipa: Editorial Adrus.

Grandez, P. (2016). El ascenso de los principios en la práctica constitucional. Lima: Palestra.

Gutierrez, W. & Sosa, J. (2013). Igualdad ante la ley. *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica (Tomo I)*.

Gutiérrez, I. (2020). Estado de Derecho y democracia más allá del Estado. En: Arroyo, Luis; Delgado, Isaac y Meix, Pablo (directores). *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*. Madrid: lustel.

Haberle, P. (2017). *Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional*. Lima: Palestra Editores, pp. 40-41.

Hakansson, C. (2014). *El Proceso de Inconstitucionalidad: Una aproximación teórica y jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores.

Hart, H. (1998). *El concepto de Derecho*, traducido por G. Carrió 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Hesse, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Jañez, T. *El trabajo de investigación en Derecho. Una orientación metodológica*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1996, p. VI.

Kelsen, H. (1984). *Teoría pura del derecho*. Traducido la segunda edición del alemán por Roberto J. Vernengo. México: Universidad Autónoma de México.

Landa, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Lucas, J. & Rodríguez, J. (2018). *Derechos humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nino, C. (2007). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2da edición. Buenos Aires: Astrea.

Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado.

Picontó, T. (2018). *Familia, matrimonio y derecho a la libre opción de la sexualidad*. En de Lucas, J. y Rodríguez, J. (coords.), *Derechos humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Prieto, L. (2007). *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial*. Lima: PALESTRA Editores.

Raz, J. (1988). *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en Paulson, Stanley, *Normativity and Norms. Critical Perspectives of Kelsenian Themes*. 1ª edición, Nueva York: Clarendon Press.

Roa, J. (2011). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho.

Rojina, R. (1984). *Compendio de Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa.

Rubio, F. (1993). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Salgueiro da Silva Mouta c/Portugal* (21 de marzo de 2000); *Kernel c/Austria* (24 de julio de 2003).

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi, R., Sotomarino, R., & Castillo, M. (2014). *El Nuevo Rostro del Derecho de Familia*. Lima: Motivensa.

Vega, Y. (2003). La familia por venir: entre lo público y lo privado. En: Las nuevas fronteras del derecho de familia. Lima: Normas Legales.

Vigo, Rodolfo Luis. «Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones», en Del Rosario Rodríguez, Marcos, 2009, p. 216.

Welzel, H. (1971). Derecho natural y justicia material. Introducción a la filosofía del derecho. (traducción de Felipe González Vicén). Aguilar.

### **6.3. Linkografía**

Alexy, Robert. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 11, 3-14.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Agudelo-Giraldo, O. (Ed.). (2018). La pregunta por el método: Derecho y metodología de la investigación. Universidad Católica de Colombia. <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/la-pregunta-por-elmetodo-derecho-y-metodologia-cato.pdf>

Añón, M. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho. N° 39, 127-157. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revistacientifica/article/view/109/108>

Alvites, (2019). Derecho a la igualdad y no discriminación en relación con el derecho a la educación de las mujeres: perspectivas de género e interseccionalidad para la realización de los derechos fundamentales. PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/169011/Alvites.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Andaluz, H. (2008). El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho.

Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°31, 405-435.  
[http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/1097/1/An%C3%A1lisis\\_Estado\\_Democratico\\_Riascos\\_2012.pdf](http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/1097/1/An%C3%A1lisis_Estado_Democratico_Riascos_2012.pdf)

Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de febrero de 2012. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de marzo de 2020. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)

Barberis, M. (2011). Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales. ¿Existe el neoconstitucionalismo?, 455-478. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/21.pdf>

Benavides, J. & Escudero, J. (2020). Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. Revista Derecho del Estado: Universidad Externado de Colombia, N° 47, 45 -175. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6763/9183>

Bernal, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. Revista Doxa de la Universidad Externado de Colombia, Volumen. 26, 225-238. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf)

Código Civil Comentado. Tomo II. Gaceta Jurídica. <https://mega.nz/folder/BM4CnCBK#kIH1OdWeQyBLjG6H6CLOIA>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Orientación Sexual, identidad de género y expresión de género. Algunos términos y estándares relevantes. Aprobado mediante resolución AG/RES 2653 (XLI-O/11), del 07 de junio de 2011.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 11-18-CN.  
<http://sgc.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=11-18-CN/19>

Corte IDH. Opinión Consultiva n.º 4 de 1984.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)

Corte IDH. Opinión Consultiva 18 de 2003  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Corte IDH. Opinión Consultiva 024 de 2017.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

Del Rosario, M. (2013). Revista de Derecho. Vol. 14 Núm 1, 235-264. Universidad de Piura. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1578/1300>

Duque vs. Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de febrero de 2016. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)

Carruitero, F. (2014). La investigación jurídica. Revista Jurídica Docentia et Investigatio. Vol. 16, N° 1, 173-186.  
<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10937/9861/38507>

Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N° 18, HRI/GEN/1Rev.2., párr. 7-13.  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 11-18-cn.  
<http://sgc.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=11-18-CN/19>

De la Puente, J. (1945). El método inductivo y la interpretación legal. Derecho PUCP:

Revista de la facultad de Derecho, N° 4, 292-297.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084644.pdf>

Dworkin, R. (2012). El imperio de la justicia. Gedisa.

[https://www.academia.edu/43263279/DWORKIN\\_Ronald\\_El\\_imperio\\_de\\_la\\_justicia](https://www.academia.edu/43263279/DWORKIN_Ronald_El_imperio_de_la_justicia)

Dulitzqky, A. (2007). . Principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar. 1era edición. (537-574).

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4757/13.pdf>

Favoreu, Luis. (1990). El bloque de la constitucionalidad. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 5, 45-68.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1049150.pdf>

Fernández, M., Urteaga, P. & Verona, A. (2015). Guía de Investigación en derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

[https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/10202120/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO\\_D.pdf](https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/10202120/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO_D.pdf)

Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de derecho. Revista Internacional de Filosofía Política. Núm. 17. <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-10011&dsID=pdf>

Fonseca, C. (2022). El control de constitucionalidad en Latinoamérica. Lima: Revista Advocatus. N°42, 277-291. [https://vlex.com.pe/source/advocatus-24058/issue\\_nbr/%2342](https://vlex.com.pe/source/advocatus-24058/issue_nbr/%2342)

Fraser, N. (1997). Reflexiones críticas desde la posición “post-socialista”. Bogotá: Iustitia Interrupta

Freixes, T. & Remotti, J. (1989). Los valores y principios en la interpretación

constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. Núm. 35.  
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25072redc035097.pdf>

García, M. (1989). Principios generales y principios constitucionales. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 64. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/3275>

Giraldo, S. & Trujillo, J. (2018). Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. [https://app.vlex.com/#WW/search/\\*/neoconstitucionalismo/WW/vid/522117502/graphical\\_version](https://app.vlex.com/#WW/search/*/neoconstitucionalismo/WW/vid/522117502/graphical_version)

Góngora, M. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/16.pdf>

Hipp, R. (2006). Orígenes del matrimonio y de la familia modernos. 59-78  
<http://revistas.uach.cl/pdf/racs/n11/art04.pdf>

Hitters, J. (2009). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, N° 13, 245-267.  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a2772.pdf>

Huerto, H. (2017). Hijos de parejas homosexuales no muestran problemas de comportamiento, según estudio. RPP noticias de <https://rpp.pe/ciencia/mas-ciencia/hijos-de-parejas-homosexualesno-muestran-problemas-de-comportamiento-segun-estudio-noticia1087598?ref=rpp>

Lamas, M. (1994). Cuerpo: diferencia sexual y género. Debate Feminista, Vol. 10, 3-28.  
[https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/1792/](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/1792/)

Lamas, M. (2002). *Cuerpo: diferencia sexual y género*. Segunda Edición. México: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A.  
[http://www.multimedia.pueg.unam.mx/lecturas\\_formacion/genero\\_cuerpo/LB3/Marta\\_Lamas\\_Cuerpo\\_Diferencia\\_Sexual\\_Genero.pdf](http://www.multimedia.pueg.unam.mx/lecturas_formacion/genero_cuerpo/LB3/Marta_Lamas_Cuerpo_Diferencia_Sexual_Genero.pdf)

Landa, C. (2018) *Principios de interpretación constitucional*. Lima: Fondo editorial PUCP. <https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Principios-de-interpretación-constitucional.-Cesar-Landa-Arroyo.-2018..pdf>

Lugones, M. (2003) *Pureza, impureza y separación*. Nueva York: Rowman & Littlefield Prensa.

Muro M. y Torres M., (2020). *Código Civil Comentado. TOMO II*. Lima: Gaceta Jurídica. <file:///C:/Users/HP/Downloads/CODIGO%20CIVIL%20-%20TOMO%202.pdf>

Nash, C. (2006). *Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, pp. 1305-1333. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142634/LosDerechos-Fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Nieves, A. (2014). *Apuntes de Derecho Romano*. Cartagena: Universidad Libre. <http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/DERECHO%20ROMANO.pdf>.

Ovalle, J. (2012). *La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos*. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Ciudad de México. Vol. 45, N° 134, pp. 595-623. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n134/v45n134a5.pdf>

Prieto, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.  
<https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/03/neoconstitucionalismo-y-ponderacion3b3n-judicial-luis-prieto-sanchc3ads.pdf>

Principios de Yogyakarta (2006).  
<http://yogyakartaprinciples.org/wpcontent/uploads/2022/02/021522-Principios-de-Yogyakarta-mas-10.pdf>

Proyecto de Ley N° 961/2016-CR del 14 de febrero del 2017 presentado ante el Congreso de la República del Perú.  
[https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0096120170214.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0096120170214.pdf)

Proyecto de Ley N° 525/2021-CR del 22 de octubre del 2021 presentado ante el Congreso de la República del Perú. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portalservice/archivo/Mzc5NQ==/pdf/PL-00525>.

Observaciones finales sobre el Quinto informe periódico del Perú. Aprobado por el Comité de Derechos Humanos en su 107° período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013).  
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhsg3%2FP07L6ZZiTIfqu6cHLZHXLSvAJ7%2FJ5XTVDGh%2BRWp8Uj67CrRsKtJBP2sKGYytFNOi1jRDd0DAsPH69DoFWOF5odbmg7dVAiGBZUHR6ohv>

Otzen, T. & Manterola, C. (2017). Técnicas de muestreo sobre una población a estudio. *International Journal of Morphology*, Sociedad chilena de Anatomía. N° 35, 227-232.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/ijmorphol/v35n1/art37.pdf>

Pérez, A. (1987). Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta). *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, 47-66.

[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10898/1/Doxa4\\_02.pdf#:~:text=Reducida%20a%20sus%20elementos%20m%C3%A1s,a%20la%20pr%C3%A1ctica%20un%20concepto.](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10898/1/Doxa4_02.pdf#:~:text=Reducida%20a%20sus%20elementos%20m%C3%A1s,a%20la%20pr%C3%A1ctica%20un%20concepto.)

Quintana, M. (2015). El acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 44, 121-140. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071868512015000100004](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512015000100004)

Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_351\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf)

Reyes, V. (2022). Los principios constitucionales relativos al derecho de familia en la Constitución de 1993. UNASAM. [http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/5193/T033\\_74043226\\_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/5193/T033_74043226_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Rodríguez, P. (2013). ¿INCONSTITUCIONALIDAD EN ABSTRACTO O EN CONCRETO? Abril 2013 *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2, 15-33. [https://r.search.yahoo.com/\\_ylt=AwrhdvXgIVBklHQHLMb7egx.;\\_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1683001953/RO=10/RU=https%3a%2f%2fdialnet.unirioja.es%2fdescarga%2farticulo%2f5638994.pdf/RK=2/RS=4MGuwTJwi8DVRuqsevaXVy\\_w51E-](https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrhdvXgIVBklHQHLMb7egx.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1683001953/RO=10/RU=https%3a%2f%2fdialnet.unirioja.es%2fdescarga%2farticulo%2f5638994.pdf/RK=2/RS=4MGuwTJwi8DVRuqsevaXVy_w51E-)

Rojas, L. (2005). Para una Historia del Matrimonio occidental. *La Sociedad Romano-Germánica. Siglos VI-XI. Theoria*, Vol. 14 (1): 47-57. <http://www.ubiobio.cl/theoria/v/v14/a5.pdf>

Rojas, D. (2011). Caracterización del matrimonio ¿Es o no un contrato?. *Revista Nuevo Derecho*, Vol. 7, N° 9, 25-37. <https://docplayer.es/48012232-Characterizacion-del-matrimonio-eso-no-un-contrato.html>

Salomé, L. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: Directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. Vol. 22, N° 22, 255-290. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19948/19969>

Serie Informes Defensoriales – Informe N° 175. (2016). Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú. Lima: Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp7476content/uploads/2018/05/Informe-175--Derechos-humanos-de-personasLGBTI.pdf>

Tantaleán, R. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. AVANCES, Revista de Investigación Jurídica, N° 10, 221-236. [http://mail.upagu.edu.pe/files\\_ojs/journals/6/articles/133/submission/copyedit/133-13-458-1-9-20151124.pdf](http://mail.upagu.edu.pe/files_ojs/journals/6/articles/133/submission/copyedit/133-13-458-1-9-20151124.pdf)

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia 676/2020 del EXP.N.º01739-2018-PA/TC, 3 de noviembre del 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01739-2018-AA.pdf>

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia 0014-2007-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2007-AI%20Admisibilidad.html>

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia 191/2022 del EXP.N.º02653-2021-PA/TC LIMA, 19 de abril de 2022. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02653-2021-AA.pdf>

Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N.º02653-2021-PA/TCLIMA, 26 de marzo de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.pdf>

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del EXP. N° 0024-2003-AI/TC LIMA, 10 de octubre de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.pdf>

Tribunal Constitucional Español. Sentencia 237/2007. Recurso de

inconstitucionalidad N° 1648-2004, 8 de noviembre de 2007.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2007-21163>

Vaggione, J. (2009). Las familias más allá de la heteronormatividad en Motta, Cristina y Macarena Sáez (eds.). La Mirada de los Jueces. Siglo del Hombre Editores.  
<https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/la-mirada-delos-jueces-las-familias-mc3a1s-allc3a1-de-la-heteronormatividad.pdf>

Villabella, C. (2012). La metodología de la investigación y la comunicación jurídica.. Félix Varela. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

#### IV. ANEXOS

##### 7.1. Anexo de guía de fichas

<b>TIPO DE FICHA</b>	<b>FECHA DE CONSULTA</b>
EPÍGRAFE (TEMA O TÍTULO DEL CONTENIDO)  AUTOR, REFERENCIA DE LA OBRA, PÁGINA DONDE SE EXTRAJO LA INFORMACIÓN.	
	<b>NÚMERO DE FICHA</b>

##### 7.2. Anexo de guía de análisis de estudio de casos

<b>NOMBRE.</b>	
<b>DATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES.</b>	
<b>HECHOS.</b>	

<b>DERECHOS HUMANOS VULNERADOS.</b>	
<b>FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONCEPCIÓN HETEROSEXUAL.</b>	
<b>FECHA.</b>	
<b>ANÁLISIS POR PARTE DE LOS INVESTIGADORES.</b>	

### 7.3. Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	VARIABLE	HIPÓTESIS	METODOLOGÍA	TÉCNICASE INSTRUMENTOS
¿Es inconstitucional la concepción heterosexual del matrimonio regulada en el artículo 234° del Código Civil Peruano de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Determinar el criterio por el que sería inconstitucional la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano a partir de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	<p>a. Analizar a partir de la doctrina y jurisprudencia, la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano.</p> <p>b. Analizar a partir de la jurisprudencia constitucional e internacional la unión de un varón y una mujer en el matrimonio a partir de la aplicación del artículo 234° del Código Civil Peruano.</p> <p>c. Explicar los argumentos que permiten sostener la inconstitucionalidad de la concepción heterosexual del matrimonio, por manifestación de discriminación estructural hacia parejas del mismo sexo, a través del análisis documental de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p>e. Proponer la modificatoria del artículo 234° del Código Civil Peruano para la juridificación del matrimonio en parejas del mismo sexo.</p>	<p>• <b><u>VARIABLE INDEPENDIENTE:</u></b> ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA CONCEPCIÓN HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ</p> <p>• <b><u>VARIABLE DEPENDIENTE:</u></b> A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .</p>	El criterio por el que sería inconstitucional la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil Peruano, es la manifestación de discriminación estructural hacia parejas del mismo sexo, de acuerdo a lo señalado por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Según Aplicabilidad: Básica</li> <li>Según naturaleza o profundidad: Descriptiva-Propositiva</li> <li>Según su objeto: Dogmática</li> </ul> <p><b>DISEÑO: Descriptivo-Propositivo</b> M P M: Muestras de las Sentencias del TC N° 676/2020 y N° 191-2022. Muestras del Caso Duque Vs. Colombia, el Caso Atala y niñas Vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentan la discriminación para parejas del mismo sexo. P: Propuesta de modificar el artículo 234° del Código Civil Peruano para la juridificación del matrimonio en parejas del mismo sexo.</p> <p><b>DISEÑO DE LA TEORÍA FUNDAMENTADA</b> Teoría de los derechos fundamentales: Peces-Barba</p> <p><b>POBLACIÓN</b> Sentencias del Tribunal Constitucional y Jurisprudencia de la CIDH</p> <p><b>MUESTRA</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Sentencia del TC N° 676/2020 del EXP. N.° 01739-2018-PA/TC LIMA</li> <li>Sentencia del TC N° 191/2022 del EXP. N.° 02653-2021-PA/TC LIMA</li> <li>Caso Duque vs. Colombia de la CIDH.</li> <li>Caso Atala Riffo vs. Chile de la CIDH.</li> </ul>	<p><b>TÉCNICAS</b></p> <p>Técnica de corte y clasificación</p> <p><b>INSTRUMENTOS</b></p> <p>a. Fichas b. Guías de análisis de estudio de casos</p>

#### 7.4. Cuadro de operacionalización de variables

CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE				
VARIABLES	OPERACIONALIZACIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES	PREGUNTAS
<p><u>VARIABLE INDEPENDIENTE:</u></p> <p>ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA CONCEPCIÓN HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ</p> <p><u>VARIABLE DEPENDIENTE:</u></p> <p>A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</p>	<p><b>Análisis constitucional de la concepción heterosexual del matrimonio:</b> Es el análisis a una supuesta incompatibilidad normativa de la construcción conceptual del matrimonio heterosexual regulado en el artículo 234° del Código Civil que, debido a su juridificación como estándar normativo en la legislación, transgrede el principio de supremacía constitucional provocando una inconstitucionalidad en su dimensión objetiva por afectar la jerarquía normativa y subjetiva, por afectar el derecho fundamental a la no discriminación.</p> <p><b>A partir de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:</b> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos conceptualiza a la discriminación estructural como una de las múltiples formas de discriminación que se manifiesta en el conjunto de normas, patrones y pautas de comportamiento tanto de iure como de facto por parte del Estado que provocan la exclusión contra un grupo de personas (homosexuales) en forma generalizada.</p>	<p>Dimensión objetiva de la inconstitucionalidad en la concepción heterosexual del matrimonio.</p> <p>Dimensión subjetiva de la inconstitucionalidad en la concepción heterosexual del matrimonio</p> <p>Estándar normativo de violación al principio de jerarquía normativa y al principio-derecho a la igualdad y no discriminación.</p>	<p>Vulneración al principio de jerarquía normativa</p> <p>Afectación del derecho a la igualdad y no discriminación regulado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú</p> <p>Discriminación estructural hacia parejas del mismo sexo</p>	<p>¿Por qué la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el artículo 234° del Código Civil manifiesta la dimensión objetiva de una inconstitucionalidad?</p> <p>¿Por qué la concepción heterosexual del matrimonio manifiesta la dimensión objetiva de una inconstitucionalidad?</p> <p>¿Cómo la concepción heterosexual del matrimonio regulado en el art. 234° del Código Civil manifiesta una violación de derechos humanos a la igualdad y no discriminación hacia parejas del mismo sexo?</p>