



Universidad
Señor de Sipán

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

El matrimonio igualitario y su viabilidad

Constitucional en el Perú

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

Bach. La Torre Galvez Gustavo Adolfo

<https://orcid.org/0009-0007-0511-6140>

Asesor

Mg. Obiol Anaya Erik Francesc

<https://orcid.org/0000-0002-3513-5592>

Línea de Investigación

Desarrollo Humano, Comunicación y Ciencias Jurídicas para

enfrentar los Desafíos Globales

Sublínea de investigación

Derecho Público y Derecho Privado

Pimentel - Perú

2024

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Quien suscribe la DECLARACIÓN JURADA, es el bachiller Gustavo Adolfo La Torre Gálvez del Programa de Estudios de Derecho de la Universidad Señor de Sipán S.A.C, declaro bajo juramento que soy autor del trabajo titulado:

EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

El texto de mi trabajo de investigación responde y respeta lo indicado en el Código de Ética del Comité Institucional de Ética en Investigación de la Universidad Señor de Sipán, conforme a los principios y lineamientos detallados en dicho documento, en relación con las citas y referencias bibliográficas, respetando el derecho de propiedad intelectual, por lo cual informo que la investigación cumple con ser inédito, original y autentico.

En virtud de lo antes mencionado, firma:

La Torre Galvez Gustavo Adolfo	DNI: 42816137	
-----------------------------------	---------------	---

Pimentel, 02 de abril de 2024.

REPORTE DE SIMILITUD TURINITIN

Reporte de similitud

NOMBRE DEL TRABAJO

El Matrimonio Igualitario y su viabilidad c
onstitucional en el Perú.docx

AUTOR

Gustavo Adolfo La Torre Galvez

RECuento DE PALABRAS

21999 Words

RECuento DE CARACTERES

122054 Characters

RECuento DE PÁGINAS

66 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

106.5KB

FECHA DE ENTREGA

May 21, 2024 8:33 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 21, 2024 8:35 AM GMT-5

● 19% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 16% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 15% Base de datos de trabajos entregados
- 7% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Coincidencia baja (menos de 8 palabras)
- Material citado

**EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL EN EL
PERÚ**

Aprobación del jurado

MG. HANANEL CASSARO CECILIA ELIZABETH

Presidente del Jurado de Tesis

MG. RODAS QUINTANA CARLOS ANDREE

Secretario del Jurado de Tesis

MG. OBIOL ANAYA ERIK FRANCESC

Vocal del Jurado de Tesis

EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Resumen

El objetivo general de la presente investigación fue determinar si es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano; en dicho sentido, para lograr alcanzar las metas propuestas se ha realizado una investigación básica, descriptiva y propositiva, con enfoque cualitativo dentro de un diseño no experimental, transversal y descriptivo; en un escenario en donde se ha tomado como base central el análisis del ordenamiento jurídico nacional, empleando una técnica de investigación documental y aplicando un método dogmático, hermenéutico y argumentativo.

Para el desarrollo de la investigación; también, se ha creído por conveniente validar nuestras apreciaciones con la opinión de jueces expertos mediante la aplicación de un instrumento de validación no experimental.

Una de las principales conclusiones que ha logrado establecer es que constitucionalmente si resulta viable el matrimonio igualitario siempre y cuando los criterios interpretativos de la carta magna guarden concordancia práctica y unidad respecto a los tratados internacionales suscritos por nuestro país; y tomando presente que la familia sin necesidad de ser heterosexual es una institución dinámica que evoluciona con la sociedad y por lo tanto está sujeta a cambios constantes; por cuanto, ser considerado como nueva institución jurídica, como tal, no representa una causal de riesgo al bienestar social del niño, del adolescente, de la madre y del anciano ya que forma los correspondientes derechos patrimoniales y de sustento que podrían disminuir el riesgo de las personas que por su orientación sexual llegan a edad avanzada sin una familia que los respalde y proteja.

Palabras Clave: Matrimonio igualitario, ordenamiento jurídico peruano, derechos patrimoniales.

Abstract

The objective of this investigation is to determine if the regulation of equal marriage in the Peruvian legal system is constitutionally viable; In this sense, in order to achieve the proposed goals, a basic, descriptive and purposeful research has been carried out, with a qualitative approach within a non-experimental, transversal and descriptive design; in a scenario where the analysis of the national legal system has been taken as a central basis, using a documentary research technique and applying a dogmatic, hermeneutical and argumentative method.

For the development of research; Also, it has been considered convenient to validate our assessments with the opinion of expert judges in constitutional matters through the application of a non-experimental validation instrument.

One of the main conclusions that they have been able to establish is that equal marriage, if considered as a legal institution, is not a cause of any risk to the social well-being of the child, the adolescent, the mother and the elderly; On the contrary, it would generate a greater possibility of defense for people in a situation of abandonment; because the marriage bond forms the corresponding property and support rights that could reduce the risk in which some people find themselves who, due to their sexual orientation, reach an advanced age without a family to support and protect them.

Key words: Equal marriage, Peruvian legal system, property rights.

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de la vida en sociedad ha sido fundamental la institución familiar, pues esta institución social existe antes de la creación de los Estados de derecho como los conocemos en la actualidad.

En el transcurso de la historia, las formas por las cuales los seres humanos constituyen una familia han sido diversas y, muchas veces, de difícil conceptualización.

Una de las formas tradicionales para constituir una familia se da mediante el matrimonio, teniendo la forma tradicional en la unión civil (ante la ley y con formalidades establecidas) entre un varón y una mujer; sin embargo, en muchos ordenamientos se reconoce una forma moderna de contraer «matrimonio»: entre parejas del mismo sexo.

En la actualidad, según un informe de CNN (2022), tenemos que son 30 estados miembros de la ONU los que reconocen jurídicamente que parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Holanda fue el primer país en reconocer el derecho de las parejas homosexuales a acceder al matrimonio.

Ahora, los países que reconocen el matrimonio «igualitario» son: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, México (algunos estados), Uruguay (América); Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza (Europa); Sudáfrica (África); Taiwán (Asia); Australia y Nueva Zelanda (Oceanía).

De los datos mostrados, tenemos que nuestro país no pertenece a este grupo de Estados que han reconocido el acceso de parejas del mismo sexo al matrimonio, ni una figura afín que contemple los mismos efectos jurídicos.

En ese sentido, es notoria la desprotección hacia las parejas del mismo sexo, que no pueden constituir un matrimonio como sí pueden hacerlo las parejas heterosexuales.

Es a raíz de esta problemática que algunas parejas del mismo sexo han optado por contraer matrimonio en otras legislaciones que permitan su acceso. Por ejemplo, casos como el del economista peruano Óscar Ugarteche y su pareja Fidel Aroche, que contrajeron matrimonio en México y solicitaron su reconocimiento en Perú.

Este tipo de situaciones ha suscitado debates interesantes en la comunidad jurídica peruana. Por un lado, nos encontramos como casos como el Ugarteche, que llegó hasta el Tribunal Constitucional y fue declarada improcedente, y por otra parte nos encontramos ante una desprotección real de todas las parejas del mismo sexo y una posible estigmatización de la comunidad LGTBIQ+.

Desde el sector académico, en la rama de la teoría constitucional, debemos hacer esfuerzos para tratar de esbozar criterios sistematizadores y posibles soluciones a las interrogantes jurídicas que surjan alrededor de estos temas.

Las grandes controversias jurídicas que se plantean son las siguientes: **1)** ¿Es constitucionalmente viable una reforma legal que reconozca a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio?; **2)** ¿La regulación actual del matrimonio genera una situación inconstitucional?; **3)** ¿Los matrimonios de parejas del mismo sexo celebrados en el extranjero pueden ser reconocidos en el Perú?

Se tratará de dar respuesta a las preguntas planteadas, partiendo desde bases teóricas y jurídicas. Si bien, es inevitable recurrir a componentes valorativos (presentes en toda argumentación jurídica), se tratará de que todos los argumentos sean jurídicos (si se recurre a valoraciones sería por invitación del mismo derecho) y criterios que puedan ser sujetos de control intersubjetivo.

Con la problemática de la investigación se logró conocer los antecedentes de la investigación indicando que el razonamiento epistemológico en el que se ha fundamentado la presente investigación se sustenta en que la homosexualidad ya no constituye un paradigma de las sociedades en general; precisamente una forma de entendimiento del nuevo

orden social actual deriva de la forma de entender las diferentes percepciones que construyen sobre la unión matrimonial porque las sociedades del entorno de nuestro país que han aceptado este nuevo concepto han logrado traspasar las barreras de la religión que se ejerce y profesa en un estado determinado y la sociedad en su conjunto, subordinándola a un espacio meramente privado.

En el orden de ideas antes expuesto, podemos inferir que el entendimiento del matrimonio igualitario se fundamenta en un concepto de reconocimiento de su variedad particular que no la hace depender de la heterosexualidad y la acompaña en una evolución de la comprensión de una nueva forma de pluralidad sexual.

Enfocándonos ya en los antecedentes iniciaremos con los antecedentes internacionales:

Álzate (2016), en su tesis Matrimonio Igualitario, Homosexual o Gay en Colombia; para obtener el título de Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo por la Universidad Autónoma de Occidente de Colombia.

El problema de investigación planteado, tiene como fin principal conocer el porqué de la ausencia de una adecuada regulación del matrimonio igualitario, para que de esta manera no se dé lugar a una discriminación a las parejas que desean constituir el vínculo matrimonial. Tuvo por objetivo general, estudiar e identificar cuáles son los factores que generan discriminación directa en la comunidad LGTBI. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia; tuvo un enfoque cualitativo, el cual fue conjugado mediante una estrategia de índole complementaria que permitió recoger y analizar la información obtenida. Su aporte principal fue que determinó el contexto socio cultural de del estado colombiano, afecta de forma inmediata en la discriminación de la comunidad LGTBI.

García (2017) en su tesis Homosexualidad y matrimonio en Iberoamérica: Cambios psicosociales e institucionales; para obtener el título de Doctor por la Universidad de Málaga-España.

El problema de investigación planteado, busco el análisis correspondiente al marco institucional que conforman los estados iberoamericanos, para ello estableció como objetivo principal, analizar el impacto generado a nivel institucional y del mismo modo a nivel psico social en el matrimonio iberoamericano. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia; tuvo un enfoque cuantitativo y cualitativo, los cuales se conjugan de manera eficiente para que la información obtenida sea analizada de manera idónea. El aporte de la investigación fue que el contexto socio cultural en cada uno de los países de Iberoamérica repercute de manera frontal en la forma de vida de la conocida comunidad representada como LGTBI.

Carrillo y Ramos (2017), busco analizar la inconstitucionalidad del art 14 del Código de Familia, en cual tuvo como base principal que el derecho a un matrimonio es considerado y reconocido como un derecho humano que es independiente de cualquier orientación sexual en el estado de Costa Rica.

El problema de investigación planteado, busca conocer los aspectos extrajurídicos que rodean el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Tuvo por objetivo general, conocer e interpretar la legislación costarricense que regula el matrimonio en Costa Rica. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia; tuvo un enfoque cualitativo que se conjuga bajo una estrategia de complementación de la información recogida y analizada. Su aporte fue que se visualiza la posible viabilidad legal del Art 14 del Código de Familia frente a los Art 33, 48, 50, 51 y 52 de la Constitución Política y Art 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos, donde se reconoce el derecho al matrimonio como un derecho humano y que esta proscrito de cualquier discriminación.

Benalcázar (2018), en su tesis, El derecho humano al matrimonio igualitario en Ecuador. Caso Correa y Troya vs Registro Civil. El estudio busco determinar si las acciones de los juzgadores de justicia Quito en 2013 rechazan el matrimonio considerado igualitario, el cual fue solicitado por la pareja Correa y Troy, todo ello fue desarrollado desde una perspectiva

conservadurismo judicial opuesto al enfoque de certeza evolutiva. Su objetivo general es proponer el litigio estratégico como una de las herramientas ideales para que se pueda promover de manera eficiente los derechos de los demandantes, de forma indirecta busca abordar cambios sociales, del mismo modo legales y por último culturales, los cuales vienen sosteniendo y respaldando la discriminación sistémica en contra de los ciudadanos con orientaciones sexuales distintas a las reconocidas por el estado. Los métodos utilizados para la recolección de datos e información, fue el análisis bibliográfico y jurisprudencial. Tuvo un enfoque cualitativo integrado bajo la estrategia de complementar los datos recolectados y analizados. Su contribución fue que el caso Correa Troya se basó en una interpretación formal, legal y restrictiva de los derechos constitucionales de la pareja demandante, los cuales luchaban para ejercer su derecho al matrimonio, cabe señalar que razonamiento del tribunal se basó en una interpretación literal de los principios constitucionales, los valores morales y por último el aspecto religioso.

A nivel nacional creímos por conveniente citar a Ñavincopa (2015), en su tesis, busco establecer la inconstitucionalidad proveniente del matrimonio que es exclusivo de las parejas heterosexuales, el cual se encuentra previsto en el art. 234 CC en la CSJ – Huancavelica. El problema de investigación planteado fue determinar la inconstitucionalidad que genera la exclusividad de la figura jurídica del matrimonio heterosexual, el cual se encuentra previsto en el Art 234 del CC. Tuvo por objetivo establecer porque es necesario legalizar el matrimonio homosexual en nuestra legislación civil. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia; así como, la aplicación de una encuesta realizada a los Jueces de la CSJ de Huancavelica, tuvo un enfoque cuantitativo cuyos resultados fueron sometidos a análisis y contrastación de las hipótesis planteadas. Su aporte permitió concluir que las sociedades y la realidad se encuentran en constante cambio siendo una obligación del Derecho regularlo y evitar una sociedad desligada del presente.

Arrieta (2016), en su tesis *Matrimonio homosexual y adopción homoparental*, para obtener el título de Abogado por la Universidad Nacional de Piura.

El problema de investigación planteado estuvo dirigido al análisis correspondiente de la viabilidad de los proyectos parlamentarios que se encuentra relacionados a la unión civil de las parejas homosexuales, para ello se establecido como propósito principal el análisis del matrimonio homosexual y otros aspectos relacionados al grupo LGTBI. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia. Tuvo un enfoque cualitativo que facilitó el análisis de la justicia constitucional nacional y del derecho comparado. Gracias a los aportes obtenidos, se logró concluir que las uniones entre personas del mismo sexo no cumplen con las funciones de índole sociales que la ley regula y del mismo modo protege a la figura jurídica del matrimonio, entonces se puede asegurar que la regulación legal del matrimonio no tiene sentido.

Rosado (2017), en su tesis *Regulación de la identidad de género en el derecho civil peruano incidencias generadas por el cambio de sexo y condición del estado civil*, para obtener el título de Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo.

La problemática investigativa, es determinar las consecuencias de índole jurídicas que son derivadas de la cirugía externa de género, y el impacto en el proceso de cambios de nombre y del mismo modo en el sexo que se encuentra registrado. Por ello la investigación tiene como propósito principal definir qué facultades y capacidades derivadas de la procreación, del mismo modo la filiación y por último el matrimonio se ven afectados y limitados. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia. Tuvo un enfoque cualitativo que facilitó el análisis de la justicia constitucional nacional y del derecho comparado. Su aporte permitió concluir que los derechos de las personas transexuales una realidad social que requiere ser legislada.

Zapata (2019), en su tesis *Reconocimiento de la unión igualitaria constitutiva de una familia partir de la inscripción del matrimonio igualitario*

extranjero, para obtener el grado de Maestro en Derecho con mención en Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

La problemática investigativa estuvo dirigida a determinar cuáles son los fundamentos de índole constitucional que permite valorar la correcta procedencia para la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero. Tuvo por objetivo determinar cuáles son los argumentos considerados válidos para el adecuado reconocimiento legal de la conocida unión igualitaria que es constitutiva de la familia. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia, tuvo un enfoque cualitativo y del mismo modo cuantitativo que facilitó el análisis de la justicia constitucional nacional y del derecho comparado. El aporte realizado, permitió concluir que la figura jurídica del matrimonio igualitario tiene como origen gracias a los cambios sociales y en ese sentido es un medio de constitución familiar.

Trinidad (2020), en su tesis estableció como problema principal, establecer si existe alguna relación entre los derechos humanos de los ciudadanos que conforman el grupo LGTBI+ y la vulneración por parte del estado peruano que impiden contraer el vínculo matrimonial. Para ello estableció como objetivo principal, determinar cuál es la relación de los derechos humanos de los ciudadanos que conforman LGTBI+ y la imposibilidad generada por el estado peruano para que no puedan contraer un matrimonio igualitario. La metodología empleada para recoger datos e información fue la revisión bibliográfica y jurisprudencia. Tuvo un enfoque cualitativo que facilitó el análisis de la justicia constitucional nacional y del derecho comparado. Su aporte académico fue concluir que los derechos humanos de las personas LGTBI+ se relacionan significativamente con la imposibilidad para contraer matrimonio igualitario.

Para culminar con este punto debemos determinar que la investigación se justifica en razón de lo siguiente justificación teórica; porque permitirá el análisis de las diferentes teorías que sustenten las “categorías de investigación” que fundamenten los objetivos planteados, constituyéndose en un aporte jurídico y otorgando herramientas de análisis teórico para los

estudios del derecho, justificación práctica; toda vez que el presente proyecto de investigación desarrollará una propuesta normativa que incorpore la regulación del matrimonio igualitario en el Perú como una medida para superar la situación de desigualdad, inequidad y afectación de los derechos fundamentales de la población LGTBI, justificación metodológica; la investigación desarrollara un estudio, utilizando técnicas e instrumentos que permitan plantear una propuesta legislativa de incorporación del matrimonio igualitario en el Perú.

El propósito de la presente investigación radicó en que de ser aprobada una propuesta de modificación constitucional implicaría la apertura de un abanico de posibilidades que serían beneficiosas para un sector de la población que siente de manera tácita que sus derechos como persona están siendo menoscabados. Es, en dicho sentido que se viabilizarían instituciones del derecho que protegen los derechos fundamentales de las personas en nuestro país, como los de contenido patrimonial, la opción de la sociedad de gananciales, derechos sucesorios y alimentarios; así como, los de contenido extrapatrimonial como identidad, libre desarrollo, constituir una familia, contraer matrimonio, asistencia, seguridad social y demás.

Por ello, su relevancia reside en que las personas del mismo género que quieren contraer matrimonio no deben estar excluidas del goce de sus derechos que tienen como base las normas legales de nuestro ordenamiento; el no cumplir con ellas, no conduce a un estado de indefensión que contraviene la propia Constitución Política del Perú y los tratados y acuerdos internacionales de Derechos Humanos que nuestro país ha suscrito y es parte.

Se ha tomado en consideración la determinación del problema general como, ¿Qué criterios interpretativos deberían existir para lograr que la figura del matrimonio igualitario sea viable constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico peruano?; y como problemas específicos los siguientes: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado?; ¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio

igualitario en el Perú?; y si, ¿Es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano?

Así mismo, se ha podido determinar como objetivo general de la presente investigación el determinar si es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano; y como objetivos específicos los siguientes: Analizar cuales cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado, determinar cuáles son los principales fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio igualitario en el Perú, y establecer un criterio que permita proporcionar un asidero legal para la formalización de la idea de que el matrimonio como figura jurídica pueda ser aplicado a los casos de unión entre personas del mismo género, estableciendo su constitucionalidad para su consecuente regulación.

Siendo una investigación cualitativa no corresponde la determinación de una hipótesis; sin embargo, consideramos que corresponde indagar desde lo subjetivo la interpretación de las normas y leyes, teniendo como objetivo principal determinar si es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano, ya que el Art 4 de la Constitución Política del Perú, no establece parámetros discriminatorios de la figura.

Respecto a las bases teóricas científicas Arias (1999) explica que es el conjunto de ideas y propuestas que constituyen una perspectiva o punto de vista particular destinado a explicar y dar un adecuado entendimiento de un fenómeno o problema que viene suscitándose.

La definición de igualitario nos dice que propugna la igualdad social (Real Academia Española, s.f., definición 2). Así mismo, la definición de matrimonio igualitario nos indica que es considerada como una institución de subjetividad patrimonial y del mismo modo extrapatrimonial, en la que dos personas, independientemente de su género, se unen de manera voluntaria y con respaldo de la normatividad de un estado. Se trata de un compromiso con vocación de permanencia, de exclusivo y recíproco cuidado, amor mutuo y repartición de cargas y beneficios (Zapata, 2019); por lo tanto, el matrimonio

igualitario crea vínculos y derivaciones legales, con derechos recíprocos para las partes que lo constituyen.

Respecto al vínculo jurídico del matrimonio igualitario debemos precisar que su resultado se funda en la igualdad social a la que constitucionalmente tienen derecho todas las personas sin que existe algún tipo de distinción o discriminación por sexo; y, en el que se pone de manifiesto el reconocimiento que puede coadyuvar para el desarrollo de un sector no menos importante de la sociedad garantizando su estabilidad.

Además de ser generadora de una relación interpersonal social, funda en su entorno otras instituciones jurídicas ausentes; que no pueden ser desamparadas; por lo que, consideramos importante la necesidad impostergable de su atención.

Sobre los inicios del matrimonio igualitario en la legislación peruana, resulta necesaria destacar al trabajo de investigación de Ñavincopa (2015), que atisba la inconstitucionalidad de la exclusividad del matrimonio heterosexual, teniendo como fundamento que la Constitución Política del Perú no lo señala de manera expresa; y, que en ese orden de ideas, hace una crítica del proyecto de ley presentado por el ex parlamentario Bruce, quien pretendió establecer una nueva denominación de estado civil que no calza dentro de la condición de casado ni de conviviente; por lo tanto, observa que es discriminatorio.

En relación a lo antes expuesto, Arrieta (2016), en su estudio contempla que el matrimonio igualitario no puede ser discriminatorio y que la fórmula que planteó en su investigación, sostiene que contemplar la posibilidad de matrimonio igualitario no recae como acto injusto porque no existe la desigualdad de derechos en el país.

Por otro lado, Rosado (2017), logro determinar en su investigación que el poder legislativo de nuestro país debe promover los ajustes necesarios a las normas con el fin de subsanar un panorama de vulneración de derechos constitucionales.

En la misma idea reseñada en el párrafo precedente, Zapata (2019), considera que la apertura al matrimonio igualitario es una figura Jurídica en

proceso que emerge de los cambios observados en el panorama internacional como corolario de las reivindicaciones que la comunidad LGTBI+ persigue hace muchos años.

Así mismo, Trinidad (2020), culmina sus investigaciones manifestándonos que el no reconocimiento constitucional del matrimonio igualitario en el que participa la comunidad LGTBI+ vulnera significativamente sus derechos.

En razón de lo referido sobre los trabajos de los diferentes investigadores antes mencionados, podemos decir que resulta también impostergable que el mundo jurídico deba acomodarse a las necesidades sociales.

El matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano conlleva en la presente investigación que resulta pertinente, primordial y objetivo el reconocer que en nuestro ordenamiento constitucional se involucra la figura del matrimonio en un contexto más amplio del que los detractores observan.

También, en nuestra Carta Magna, como máxima expresión de nuestra normatividad, en su Art 2 inciso 2, se establece como principio a la igualdad y del mismo modo a la no discriminación como derecho fundamental de cualquier persona; en esa misma idea, en el Art 4, encontramos que no se establece un parámetro en la situación jurídica del matrimonio según el caso que involucra personas del mismo sexo.

Como referencia de la aplicación de lo antes expuesto, encontramos decisiones de los administradores de justicia que ya forman parte de la constitucionalización del derecho en nuestro país de los que podemos mencionar lo resuelto en caso Ugarteche (Expediente No 22863-2012); y, que luego han sido recogidos y expuestos a través de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como es el caso de la Convención Americana, cuyo Art 17, referido a la familia y constitución, también ha sido interpretado en la Opinión Consultiva 24/17.

Respecto al matrimonio igualitario en el contexto jurídico internacional En razón de lo último precisado, podemos decir, siendo más concisos que en contraposición a la figura jurídica de igualdad ante la ley, según el Art 4 literal

a., de la Opinión Consultiva antes indicada, la heteronormatividad es considerada como una inclinación de índole cultural, el cual favorece rotundamente a las relaciones de índole interpersonales y de carácter heterosexual.

De lo señalado, podemos decir que se apela a dogmas religiosos, sociales y culturales que impone subjetivamente a la sociedad a tener una conciencia heterosexual y excluye al reconocido colectivo LGTBI+ que agrupa personas con orientación sexual diversa, desemejante identidad de género como transexual, travesti e intersexual.

La CIDH reconoce que las personas agrupadas dentro del colectivo LGTBI+ no son tradicionales en la sociedad en su conjunto. La propia terminología que las identifica es considerada como parte de un cambio constante y dinámico.

En referencia al matrimonio igualitario en el derecho comparado nos precisa se viabilizaría a través de reformas legislativas acudiendo al planteamiento de inconstitucionalidad de las leyes; de acuerdo a lo publicado en un artículo periodístico, diario La República (2019) se pueden conocer algunos datos importantes sobre algunos países que han llegado legalizar el matrimonio de índole igualitario permitiendo en algunos casos la adopción siguiendo dicho procedimiento como en: Europa: Holanda año 2000, Bélgica año 2003, España año 2005, Noruega año 2008, Suecia año 2009, Portugal año 2010, Francia año 2013, Finlandia año 2002, Irlanda año 2015, Alemania año 2017. Oceanía: Australia año 2017, Nueva Zelanda año 2013. América del Norte: Canadá año 2005, Estados Unidos año 2015. América del Centro: Cuba año 2021.

Dentro del marco conceptual sobre el matrimonio igualitario Zapata (2019) asegura que es una institución de subjetividad patrimonial y del mismo modo extrapatrimonial, en la que dos personas, independientemente de su género, se unen de manera voluntaria ante la ley, así mismo es considerado como compromiso de permanencia, del mismo modo de exclusividad, por último, de cuidado y amor mutuo para afrontar cualquier tipo de situación en sus vidas.

La falta de regulación del matrimonio igualitario según Vicente, (2017), citando a Zitelman (s.f.) explica que, al existir una norma específica, el cual atribuye directamente una consecuencia de índole jurídica al hecho, se puede sobre entender de forma implícita que una normatividad general no está relacionados a los hechos no puede surtir efectos jurídicos sobre la acción realizada.

La viabilidad debemos entender que es cualidad de aquello que resulta viable; y, esto, a su vez significa que, por sus características, tiene la posibilidad de llevarse a cabo como lo podemos ver en el Diccionario de la Real Academia Española, (2014).

El ordenamiento constitucional peruano nos precisa que es una Conjunción de axiomas, directrices y normas contenidas tanto en la norma constitucional como en el bloque de constitucionalidad como lo indica el diccionario de la Real Academia Española, (2014).

Sobre el concepto del concepto de matrimonio y su evolución, el primero como institución social, ha sido concebido de diversas formas con el paso del tiempo. En el desarrollo de la historia, se han suscitado debates respecto a las concepciones de matrimonio con sus respectivos modelos de familia que implicaban.

Como bien sostiene Jaramillo (2013), cada modelo conceptual que se adopte sobre el matrimonio viene con: **i)** Sus formas de concebirlo, **ii)** Sus reglas sobre su constitución y desarrollo, y **iii)** Sus doctrinas para poder materializar su idea de matrimonio.

En esta misma línea se ubica Saba (2017), quien documenta que el concepto de matrimonio ha sido largamente debatido en la historia jurídica de distintos ordenamientos. Estos constantes debates jurídicos se vinculan directamente con las concepciones políticas en disputa respecto al modelo de matrimonio y familia.

En la actualidad, el término matrimonio sigue siendo objeto de una lucha conceptual; por lo que, distintas concepciones se disputan por ser acogidas como las legítimas. En un primer momento, de forma social y política, luego, verse reflejadas a nivel jurídico.

Con ciertos matices, existen sectores que defienden conceptualmente una idea tradicional de matrimonio, casi como un ente inmutable, remitiéndose muchas veces a sus orígenes terminológicos. Estas concepciones tradicionales suelen estar vinculadas con concepciones religiosas que indican que el matrimonio es en palabras de Ulpiano, citado por Rojas (2011) como la unión entre el género femenino como el masculino, el cual genera una estructura familiar para toda la vida bajo los reglamentos del derecho divino y del mismo modo humano.

Otras concepciones tradicionales apuntan más a una supuesta «naturaleza» ontológica e histórica de la institución, por lo que, sostiene que el vínculo matrimonial solo puede ser constituido por el género masculino y el femenino; otras que además señalan que el fin del matrimonio es la procreación.

Algunas concepciones apelan a una esencia intrínseca en la misma figura, como Mazzinghi (2006) que concibe al matrimonio como el negocio jurídico por antonomasia en el que un hombre y una mujer se unen por afecto. Otros, apegados a una visión más religiosa o conservadora, señalan que la esencia del matrimonio es solo la unión entre el varón y la mujer.

Bossert y Zannoni (2004), por ejemplo, indican que el derecho de familia lo que hace es reconocer institucionalmente la relación biológica, el cual deberá constituir o dar origen a la familia, esto quiere decir que este derecho solo está constituido para el género femenino y masculino, los cuales son los únicos que puede procesar una vida y constituirse como padre biológico de un hijo.

Los expertos afirman que la base jurídica del matrimonio está relacionada al concepto sociológico de matrimonio (esto quiere decir que es una relación que tiene como base principal la unión intersexual), y también muestran que este concepto sociológico "incluye elementos morales y culturales.

Los autores indican la figura jurídica del matrimonio es «tributaria» de la concepción sociológica del matrimonio (que para ellos son relaciones que tienen como base la unión intersexual); asimismo, indican que esta

concepción sociológica «incorpora componentes éticos y culturales que denotan el modo en que cada sociedad, en un tiempo o época dada, considera legítima la unión intersexual.

Al respecto, consideramos que estas concepciones tratan de dotar de «esencia» a términos conceptuales como el matrimonio, confundiendo sus concepciones con los elementos que requiere el marco normativo vigente y dejando de reconocer prácticas sociales que se van desarrollando.

El matrimonio como institución jurídica se rige por las normas que lo regulan. No es como tal, tributario de la concepción sociológica, pues sus reglas pueden no ajustarse a antiguos paradigmas de lo que se pensaba como matrimonio.

Es más, la sociología como disciplina científica debe describir y explicar los fenómenos sociales y sus cambios, lo que implican por supuesto el marco normativo.

Las concepciones sociológicas no establecen un deber ser, sino que tratan de hacer una descripción del acontecer social (relaciones sociales, instituciones, valores, normas), pero no prescribir el desarrollo de la sociedad.

Si bien, en un inicio se concebía a la familia desde dicha óptica, esto ha cambiado. Actualmente, nuestros ordenamientos reconocen la figura de la adopción. Asimismo, la procreación nunca ha sido un elemento esencial del acto jurídico del matrimonio, de lo contrario las personas que biológicamente no pueden procrear no podrían casarse.

Asimismo, en la actualidad se reconocen diversas formas de familias que se alejan en cierto punto del modelo tradicional de familia. Hay familias ensambladas, familias homoparentales, familias que solo lo constituyen los cónyuges (sin hijos), familias de solo un padre (o madre) y sus hijos, entre otros paradigmas.

Siguiendo con las concepciones del matrimonio, y es el tema de interés central de la presente investigación, hay sectores que pugnan por una concepción de matrimonio alejada del misticismo de su tradición y del esencialismo de sus supuestos fines (como la procreación), para incluir en el

concepto de matrimonio - y obtener legitimidad formal en los términos de Trazegnies (1999) - a las uniones de parejas del mismo sexo.

Lo cierto es que, a pesar de los orígenes históricos o posturas tradicionales que se invoquen, en la actualidad el concepto jurídico de matrimonio - según cada ordenamiento - ha tenido varios cambios desde sus inicios.

Estos cambios son productos de los intensos debates en torno a la figura del matrimonio, es decir, el concepto no sigue siendo el mismo del de sus inicios. Saba (2017) recuerda que las disputas han ido desde **i)** Quién debe ser la autoridad competente (el Estado o la Iglesia), **ii)** Si se permite o no la disolución del vínculo matrimonial (así se incorporó la figura del divorcio), **iii)** La posibilidad de contraer un nuevo matrimonio tras la disolución del anterior, **iv)** La adopción por parte del matrimonio y **v)** Si las parejas del mismo sexo podrían acceder a esta figura.

En muchos ordenamientos jurídicos, por ejemplo, la autoridad para instituir el matrimonio se desplazó de las iglesias al Estado, siendo que es el matrimonio civil el único que surge efectos jurídicos. Antes, la misma idea de un matrimonio civil era fuertemente criticada, pues la Iglesia tenía una presencia predominante en la política y en la regulación jurídica.

También, ha cambiado la idea de concebirlo como un «lazo indisoluble», debido a que los ordenamientos jurídicos modernos contemplan la figura del divorcio como una causal de extinción del vínculo matrimonial.

Asimismo, no resulta sostenible aludir a un fin de procreación del matrimonio, porque es jurídica y socialmente aceptado que las parejas heterosexuales que no quieran o no puedan tener hijos (as) tengan derecho a acceder al matrimonio.

Como bien indica García (2017), la función reproductiva que se solía asociar como elemento esencial del matrimonio ha sido dejada de lado con las prácticas sociales actuales. Parece que los denominadores comunes en los matrimonios son «lazos afectos, sexuales, de identidad, solidaridad y compromiso -mutuo.

Estos cambios conceptuales se entienden porque los conceptos sirven para explicar y categorizar fenómenos sociales; por lo tanto, son adaptables. En la actualidad, para explicar el matrimonio civil, como tal, con sus posibilidades y reformas, debemos atender al marco normativo de cada país.

Un concepto general del matrimonio acertado es el que brinda el DRAE: La figura jurídica del matrimonio es considerada como la unión de dos individuos a través de explícitos ritos y/o formalidades de índole legal, las cuales están dirigidas a establecer y del mismo modo mantener una correcta convivencia matrimonial.

Este concepto permite identificar qué se entiende por matrimonio en cada ordenamiento, pero también, deja en claro la mutabilidad del concepto conforme mute el derecho y las prácticas sociales.

En lo que respecta a una concepción jurídica capaz de reconocer la institución matrimonial en cualquier ordenamiento jurídico, resulta atendible la definición otorgada por Montserrat (2010), quien sostiene que el matrimonio es tanto el **1)** Acto jurídico formado por la manifestación y acuerdo de voluntades de los contrayentes, cumpliendo requisitos y formalidades conforme a la legislación respectiva del Estado; como la **2)** Relación jurídica que se ha formado por este acto jurídico, la que se encuentra surtiendo los efectos reconocidos en cada legislación.

También sobre la etiqueta: Matrimonio igualitario se sostiene porque la lucha por el concepto de matrimonio sigue vigente en la actualidad. Ahora, se centra en las parejas que pueden tener acceso a esta figura y se reconozca su unión como un matrimonio. Nos referimos a las parejas del mismo sexo que solo en algunos ordenamientos se le concede el acceso a esta figura.

En los debates sobre el acceso al matrimonio para parejas del mismo sexo se suelen usar los términos «*matrimonio igualitario*», «matrimonio gay», «unión civil», entre otros análogos. Al respecto debemos preguntarnos, ¿Son necesarias estas etiquetas?

Sobre el término «matrimonio gay» autoras como Quintana (2017) sostienen que el término es discriminatorio porque no incluye al amplio espectro de la comunidad LGTBIQ+.

En lo que respecta al «*matrimonio igualitario*» es interesante la postura de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, referenciada en Quintana, (2017), la cual desarrolló que una institución jurídica con los mismos efectos jurídicos del matrimonio, pero con una denominación diferente, sería discriminatoria.

Consideramos acertada la posición de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, siempre que se trate de instituciones jurídicas creadas por los Estados. Sin embargo, para el debate académico, político y el ejercicio del derecho, el término «matrimonio igualitario» es una etiqueta importante para denunciar que en un determinado Estado la figura del matrimonio no protege a las relaciones entre personas del mismo sexo, por lo que, se trata de «igualar» esta situación.

Cuando se trate de dar reconocimiento matrimonial a estas uniones de parejas del mismo sexo, sí es importante dejar la etiqueta «igualitario» y solo quedarse con el término «matrimonio», pero con una nueva conceptualización que abarque a las parejas del mismo sexo. Es decir, que la misma institución matrimonial proteja a las parejas del mismo sexo como lo hace con las heterosexuales, dejando de lado el adjetivo «igualitario».

Como se ha venido desarrollando, los conceptos pueden ser discutidos y redefinidos (sobre todo los jurídicos) para que se adapten a las realidades sociales de cada tiempo.

Parafraseando a Trazegnies (1990) se puede sostener que cuando las nociones de familia que se dan en la realidad no concuerdan o confrontan con las nociones de familia jurídica que se evidencia en la realidad de un estado.

Esto quiere decir que, los sectores (especialmente las parejas) que reclaman el acceso al derecho del matrimonio no lo hacen porque su vínculo no exista, sino que lo hacen para que su vínculo y su proyecto de vida sean reconocidos como legítimos por el Derecho.

Por otra parte, la creación de instituciones con nominaciones diferentes al «matrimonio», pero destinadas a darle los mismos efectos a las uniones de parejas matrimoniales solo sería un parche a un problema de discriminación.

Tanto por técnica legislativa como por convicciones político-jurídicas (derecho de igualdad, libre desarrollo de la personalidad), la lucha por las etiquetas es importante. Por lo que, si se va a reconocer a las parejas homosexuales como capaces de acceder a los efectos matrimoniales, solo se tiene que ampliar la figura del matrimonio, no crear otra figura que mantenga las distinciones arbitrarias.

Sobre el análisis del régimen jurídico del matrimonio en el Perú debemos precisar que el matrimonio en la constitución refiere que la institución matrimonial se encuentra reconocida en la Constitución Política del Perú, la cual establece que es una institución natural y fundamental del Estado, por lo que, merece una especial promoción y protección. El Art 4 de la Constitución, hace mención a la protección de la familia mediante la correcta promoción del matrimonio, esto quiere decir que dicho artículo tiene como base principal la protección del niño, la misma madre y los ancianos que se encuentran en una situación de abandono, cabe señalar que también abarca la protección directa del matrimonio.

Por otro lado, tenemos la forma del matrimonio y las causales que generan la reparación o la disolución del vínculo matrimonial de acuerdo a ley.

Un primer aspecto importante a resaltar es que esta disposición normativa reconoce al matrimonio como una institución, pero no hace referencia exacta a un concepto de matrimonio. No dice qué modelo de matrimonio se adopta constitucionalmente.

Sobre esto, hay diversas posiciones que tratan de dotar de contenido a esta figura, pero lo cierto es que, el mismo Art 4 indica que «la ley» regula la forma del matrimonio.

Como bien indica Sar (2019) a pesar de la actual regulación jurídica del matrimonio, "el constituyente no limita su contenido a una idea fija, sino que cambia naturalmente con el tiempo y deja a la mayoría decidir cuál sería la mejor configuración de acuerdo a sus elementos.

Esto no significa que cualquier concepción que se regule como matrimonio va a ser constitucional; pues, en el paradigma constitucional actual la validez normativa se mide tanto por la forma como por el contenido.

Es decir, la noción que regule la ley como matrimonio, si bien tiene un amplio margen de discrecionalidad, tiene que respetar el marco constitucional que se encuentre vigente (atender a la dignidad de las personas, al principio de igualdad, de libre desarrollo de la personalidad, paternidad y maternidad responsable, entre otros). Por ejemplo, no sería constitucional una regulación del matrimonio que permita o promueva el abuso contra la mujer.

Otro aspecto que llama la atención, es la presencia de los calificativos de «natural» y «fundamental» en el Art 4 de la Constitución. Ante esto, cabe preguntarnos *¿Qué significa que sea «natural» y que sea «fundamental»?*

Algunas voces han vinculado la idea de «*natural*» con una concepción tradicional-religiosa del matrimonio, indicando que históricamente el matrimonio sólo ha sido la unión entre un varón y una mujer. Con esta posición, por consecuencia, se deja fuera de la figura del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, es importante anotar que la figura del matrimonio, como fenómeno social, ha sido entendido de muchas maneras conforme al tiempo y a la cultura. Antes, por ejemplo, se entendía como natural que el matrimonio fuera «*para siempre*», la desigualdad entre los cónyuges, los matrimonios pactados, entre otra serie de situaciones que en la actualidad rechazamos.

Por su parte, Sar (2019) argumenta que por «*institución natural*» se entiende a que el matrimonio se produce del instinto de convivencia que tenemos como seres humanos. En lo que respecta al calificativo de «fundamental», Sar (2019) sostiene que se trata del estatus privilegiado que le intentó dar el Poder Constituyente al matrimonio.

Esta posición de vincular lo «*natural*» con el producto de la expresión social ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional. Al referirse a la familia como «instituto natural», el Tribunal Constitucional ha señalado que una institución natural «*se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales*»; tal y como, lo podemos ver en el Expediente 9332-2006-AA, en su fundamento jurídico.

Es decir, entendemos por «natural» a lo que se vincula con la naturaleza de la persona que está fuertemente ligada con el contexto social en el que se desarrolla.

Respecto a la reserva de competencias o reenvío a la ley, la Constitución Política establece que el diseño del matrimonio se desarrolla mediante «la ley». Al respecto, debemos preguntarnos si tal disposición normativa expresa una metanorma de reenvío o una metanorma de reserva (también, norma de reserva de competencia).

Una metanorma de reenvío es aquella que «no dicta directamente el régimen del supuesto de hecho al que se refiere; por el contrario, indica (a los destinatarios y) a los órganos de aplicación en qué otra disposición (o fuente) debe ser hallado dicho régimen» como lo refiere Guastini, (2016).

Por otra parte, una metanorma de reserva es aquella que «estatuye una “reserva” de competencia normativa toda vez que dispone que solo determinada fuente – y ninguna otra – es competente para regular determinado supuesto de hecho o clase de supuestos de hecho» Guastini, (2016).

Aunque ambos tipos de metanormas guarden similitudes, tienen implicancias jurídicas diferentes; por lo que, es necesario distinguir las conceptualmente para poder identificar si, en el Art 4 de la Constitución, nos encontramos ante una metanorma de reenvío o una norma de reserva de competencia.

Conforme lo desarrolla Guastini (2016), una norma de reserva de competencia está dirigida principalmente a los órganos de producción jurídica más que a los órganos de aplicación. Por lo mismo, es una norma sobre la producción jurídica, es decir, regula la aplicación y la creación del derecho.

Por su parte, una metanorma de reenvío no está dirigida a los órganos de producción jurídica, sino a los órganos de aplicación. Asimismo, regula la aplicación del derecho, pero no la creación del mismo Guastini, (2016).

Un criterio para identificar una norma de reserva de competencia es la presencia del término «solo» (o sus equivalentes) en la disposición normativa. Es decir: «*Tal materia solo puede ser regulado por una ley orgánica*». Como

indica Guastini (2016), esto no significa que de no existir el término «solo» no podamos estar ante una norma de reserva de competencia, sino que la labor argumentativa tendrá que ser mayor para sostener que se trata de una norma de reserva, pues no se desprende directamente de la literalidad del texto.

Asimismo, Guastini (2016) documenta que los operadores jurídicos han tomado de forma pacífica que las disposiciones normativas que señalan que una materia se regula por una fuente normativa específica, sea esta ley orgánica, ley de desarrollo constitucional, etc.; expresa una norma de reserva de competencia, debido a que el señalar un tipo de fuente en específico constituye una razón argumentativa para creerlo así.

Lo mismo no ocurre cuando una disposición normativa hace referencia a «la ley», debido a que el término «ley» se emplea de forma genérica y para aludir a distintas cuestiones. Por ejemplo: ley como «el derecho vigente», «conjunto de fuentes», «la fuente formal ley», «cualquier fuente con rango de ley», entre otras. Es decir, el término ley adolece de una vaguedad muy amplia en el sector jurídico, lo que complica más la identificación de ser una norma de reserva de competencia o de reenvío.

Ahora, cuando la Constitución en su Art 4 hace mención a la constitución del matrimonio y del mismo modo a las causales que pueden generar la separación o disolución del vínculo matrimonial ¿Expresa una metanorma de reenvío o una metanorma de reserva?

En principio, se puede apuntar que la disposición normativa en cuestión no incluye el término «solo». Asimismo, no especifica si por «ley» se refiere a la fuente específica (ley en sentido estricto) o se hace referencia a «ley» de manera genérica (ley en sentido amplio y material).

Un ejemplo de una disposición que alude a una fuente específica lo encontramos en el Art 200 de la Constitución, el cual formula que una ley de índole orgánica que administra y regula el ejercicio de garantías y efectos sobre una declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Esta disposición normativa no contiene el término solo una ley orgánica, pero sí especifica el tipo de fuente normativa, por lo que, podríamos

argumentar que la disposición normativa del Art 200 expresa una norma de reserva de competencia. Esto no ocurre en el Art 4 de la Constitución.

Se puede sostener que debido al estatus de institución natural y fundamental que le da la Constitución al matrimonio, solo la ley (en sentido estricto, es decir, la fuente del derecho conocida como «ley» por la Constitución) puede regular el matrimonio, pues por su importancia es necesario que sea el poder – teóricamente - más representativo (Poder Legislativo) el encargado de regular dichas cuestiones.

Esto atiende también a la función política que tiene la reserva de ley. Como bien apunta Guastini (2016), desde determinados enfoques de doctrina política constitucional, la reserva de ley cumple una función democrática: la regulación de determinadas situaciones es encargada exclusivamente a los órganos representativos.

Por estas razones, consideramos que es conveniente interpretar que la disposición normativa del Art 4 de la Constitución Política expresa una norma de reserva de competencias; por la cual, solo el Poder Legislativo puede regular el matrimonio y sus formas.

Al respecto, también es importante reflexionar sobre si la reserva tiene que ser referida a la fuente formal «ley» o cualquier fuente formal con rango de ley. Nuestro ordenamiento jurídico ha asumido que la reserva de competencias obedece a cualquier fuente formal con rango de ley. En nuestro caso, es un decreto legislativo el que ha promulgado el Código Civil, que regula el matrimonio.

Por lo que, nuestra posición es que el Art 4 de la Constitución Política expresa una norma de reserva de competencias que reserva a la fuente formal ley o cualquier fuente formal con rango de ley la facultad exclusiva de regular la institución matrimonial.

Ahora, también existe controversia doctrinaria respecto a si la reserva de ley implica un límite a los poderes «creativos» de las altas cortes o las cortes constitucionales. Es decir, ¿Los tribunales pueden crear reglas para el matrimonio al margen del diseño legal?

Esta es una interrogante importante porque plantea controversias respecto al control de constitucionalidad de las leyes. Por una parte, se sostiene que solo una fuente normativa con rango de ley puede regular la figura matrimonial; por otra parte, se sostiene que ninguna norma se escapa del control de la constitución, por lo que, si en la dimensión sustantiva atenta contra la Constitución, los tribunales tendrían que actuar ante esta situación.

El asunto es en qué términos podría actuar un Tribunal Constitucional, por ejemplo, si detecta vicios constitucionales en una norma que tiene reserva de competencia. La declaración de inconstitucionalidad no implica per se una manipulación del contenido de la regulación, por lo que, no habría afectación a la reserva de competencia; pero, una exhortación al Legislativo (en sentido amplio) a legislar de cierto modo, sí podría verse como una intromisión.

Aquí estaremos ante un problema altamente valorativo en cuanto a la ideología jurídica en la que nos situemos. Si optamos por una posición más deliberativa nos acogeremos una defensa férrea de la reserva de competencias, que se concentre más en la validez formal y democrática de la producción del derecho; si optamos por una posición de constitucionalismo fuerte, nos avocaremos a entender a los derechos como un coto vedado, que ante la violación de éstos legitima al Tribunal Constitucional a ejercer control judicial sobre estas leyes.

El Código Civil es el que brinda una noción sobre el matrimonio, Es decir, es la legislación infraconstitucional la que ha adoptado un concepto de matrimonio y ha regulado la institución. La noción de matrimonio acogida por nuestro Código Civil se encuentra en el Art 234 el cual hace mención a la noción del matrimonio, el cual es considerada como la unión voluntaria entre el hombre y la mujer, los cuales deberán estar aptos para que puedan formalizar de acuerdo a las normas establecidas en el código y de esta manera puedan hacer una correcta vida en común.

Es importante mencionar que los cónyuges tienen la misma autoridad, los mismos derechos y deberes, por ultimo las mismas responsabilidades.

Esta es la noción que el sistema jurídico peruano ha adoptado legalmente. Como se observa, solo se requiere que se cumplan los elementos

esenciales del acto jurídico para que el matrimonio tenga existencia jurídica: **1)** Los contrayentes tienen que ser un hombre y una mujer, **2)** Con capacidad para contraer matrimonio (edad, no estar entre las causales de prohibición, entre otras), y **3)** Cumplir las formalidades.

Como se revisó anteriormente, hay muchas concepciones respecto a la figura jurídica del matrimonio. Aquellas que apelan a esencias intrínsecas a la institución, como los lazos de afecto, como lo indican Mazzinghi, (2006); la unión intersexual y la procreación Bossert y Zannoni, (2004); una unión divina y humana como lo indica Ulpiano. Otras que intentan albergar nuevas formas de uniones que se desarrollan en la sociedad y han quedado desprotegidas por las instituciones jurídicas, como la concepción del matrimonio igualitario.

Lo cierto es que, para la existencia jurídica del matrimonio no se requiere una “esencia” especial de la figura, ni el afecto, ni el amor, ni la conformidad con alguna religión. Ninguno de estos son elementos del soporte fáctico para la existencia jurídica del matrimonio. Para que un matrimonio exista jurídicamente solo se requiere que se cumplan con los requisitos estipulados en el Código Civil, es decir, atender el marco normativo vigente.

En ese sentido, si el día de mañana la legislación reconoce como matrimonio la unión entre dos personas capaces, sin importar su identidad de género u orientación sexual, esto sería un matrimonio válido jurídicamente, así las concepciones como la de Bossert y Zannoni (2004) y las demás que apelan a esencias históricas o divinas no lo quieran reconocer.

Como elementos consustanciales de la noción de matrimonio del Código Civil se tienen: **1)** Unión voluntaria, **2)** Unión heterosexual, **3)** Los contrayentes sean legalmente aptos, **4)** Formalidad del acto, y **5)** Vida en común; Coca (2020).

- La unión voluntaria: La unión voluntaria hace referencia a que el acto jurídico del matrimonio se forma por la manifestación de voluntad de ambos contrayentes, la cual debe ser libre de cualquier coacción o vicio de la voluntad para celebrar el acto.

- Unión heterosexual: En la actual regulación civil peruana, el matrimonio solo puede ser contraído por una pareja heterosexual, es decir, una pareja conformada por un varón y una mujer.

- Los contrayentes legalmente aptos: Se refiere a los requisitos legales (positivos o negativos) que deben cumplir los integrantes de la pareja que quiera contraer matrimonio.

En nuestra legislación, los impedimentos matrimoniales son regulados en el Art 241 (impedimentos absolutos) del Código Civil, que establece que no pueden contraer matrimonio:

- Los adolescentes. La excepción a este impedimento matrimonial es con la autorización del juez si encuentra motivos justificados y los contrayentes tengan mínimo 16 años y expresen su voluntad de contraer matrimonio.

- Hacen mención a las personas que se encuentran con su capacidad restringida de acuerdo a lo que se encuentra estipulado en el ar.44 n.9 del C.C.

- Los casados.

Asimismo, nuestro Código Civil contempla impedimentos matrimoniales relativos en su Art 242; y, también en el Art 243, se contemplan prohibiciones especiales respecto a quiénes no pueden contraer matrimonio.

Respecto a la formalidad del acto jurídico para la constitución del matrimonio constituyen las principales diferencias respecto a los otros tipos de uniones. Las formalidades se encuentran reguladas en el capítulo III «Celebración del matrimonio» del Título I «El matrimonio como acto» de la Sección II «Sociedad conyugal» del Libro III «Derecho de Familia» del Código Civil.

Como bien señala Coca (2020), las formalidades y regulación propia con la que cuenta la institución matrimonial la distingue de las figuras contractuales del derecho peruano. En el derecho de contratos las partes cuentan con libertad para regular el contenido del acto jurídico, en el matrimonio no.

Sobre la vida en común: se entiende como el deber de cohabitación, es decir, la convivencia de los cónyuges, comportando los derechos y obligaciones mutuas que surjan de esta relación respecto a sí mismos y a su hogar.

Respecto a las restricciones de acceso al matrimonio de los antes desarrollado. Se pueden clasificar estos criterios en: **1)** La edad; **2)** La capacidad; **3)** El estado civil; **4)** El parentesco; y, **5)** La orientación sexual de los contrayentes.

Si entendemos el acceso al matrimonio como un derecho fundamental, tenemos que detenernos a estudiar las restricciones que impone el sistema legal para acceder a este derecho.

La doctrina establece, para poder aceptar, que los derechos fundamentales puedan tener restricciones para su ejercicio. El punto es que las restricciones para el ejercicio o acceso a cualquier derecho tiene que basarse en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, para que estas restricciones no se conviertan en violaciones a los derechos fundamentales. Toda restricción que sea arbitraria no puede ser amparada en un Estado Constitucional de Derecho.

En el caso de las restricciones para contraer matrimonio, se observa que los criterios de la edad, la capacidad, el estado civil y el parentesco atienden a criterios razonables que buscan tutelar a los contrayentes y también a la misma institución del matrimonio, en este aspecto, no nos referimos a tutelar a la idea histórico o religiosa de matrimonio, sino a su seguridad jurídica.

Sin embargo, es respecto al criterio de restricción por orientación sexual de los contrayentes en donde se plantea una fuerte discusión sobre su razonabilidad. ¿Por qué resultaría razonable restringir a las parejas homosexuales del acceso al matrimonio? ¿Esta restricción afecta algún derecho fundamental? ¿Protege el fin del matrimonio? ¿Cuál es el fin del matrimonio? ¿Es un fin legítimo?

Estas interrogantes serán desarrolladas con profundidad en el apartado correspondiente a las cuestiones constitucionales de la regulación actual del matrimonio.

Al respecto a la finalidad de la institución matrimonial, Rubio (1999) indica que el matrimonio está vinculado directamente a la constitución de una familia; pues, el matrimonio civil establece un vínculo de carácter familiar entre los cónyuges, y el parentesco los liga por la sangre o por relación civil con los parientes consanguíneos y afines respectivamente.

Por supuesto que la familia no se limita solo a la unión matrimonial, ni el matrimonio tiene como único efecto el constituir una familia. Pero, la constitución de una familia es uno de los principales efectos, por no decir el principal, del matrimonio.

En su comentario al Art 4 de la Constitución, Marcial Rubio no argumenta explícitamente cuál sería la finalidad de la institución matrimonial, pero podríamos concluir que es la constitución de una familia. El matrimonio como institución jurídica permite que dos personas sin lazos de consanguinidad formen vínculos familiares de primer orden, generando diversos efectos jurídicos.

Sobre los fines de la institución matrimonial, María de Montserrat brinda algunos fines que, si bien se dan en otro contexto jurídico (México), se encuentran en armonía con nuestra Constitución. De lo desarrollado por Montserrat (2010) se han escogido los siguientes fines de la institución matrimonial: a) Crear una familia, b) Generar en ella condiciones de óptimo desarrollo e igualdad, c) Cohabitación y fidelidad, d) La cooperación mutua, y e) Generación de deberes, derechos y obligaciones.

Consideramos que asumir que el matrimonio tiene como fin establecer una familia compuesta en un primer término por los contrayentes es una postura razonable acorde a nuestro marco normativo constitucional.

Las otras posturas que vinculan al matrimonio con un fin místico o de procreación desatienden a la realidad, en donde 1) Las concepciones religiosas se han separado del Estado laico y 2) Es social y jurídicamente

aceptado que las personas que no quieren o no pueden procrear tienen derecho a acceder al matrimonio.

Asimismo, el mismo Art 4 de la Constitución impone un fin que debe buscar el Legislador: promover el matrimonio. Si vinculamos a la constitución de una familia como principal efecto del matrimonio; y, que, a su vez, la familia es considerada como una institución natural y fundante, es posible aceptar la conclusión de que el matrimonio persigue constituir una familia y un régimen de obligaciones, deberes y derechos entre sus miembros y el Estado busca promoverlo todo lo posible.

En las cuestiones constitucionales del diseño legal del matrimonio es respecto a las restricciones a las parejas del mismo sexo en donde se plantean las controversias con referencia a la constitucionalidad de la regulación actual del matrimonio en el sistema normativo peruano; y, sobre la viabilidad para una reforma que incluya a las personas del mismo sexo como personas capacitadas para acceder a contraer matrimonio.

Las voces que denuncian que el restringir el acceso a parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es inconstitucional, alegan que es una restricción injustificada que viola dos derechos fundamentales básicos y comunes a distintos ordenamientos jurídicos modernos: **1)** El principio de igualdad y **2)** El principio de libre desarrollo de la personalidad o, autonomía personal, como lo indica Saba, (2017).

En este sentido, procederemos a analizar si en efecto la regulación actual atenta contra el contenido esencial de ambos derechos fundamentales. Para esto, primero desarrollaremos conceptualmente ambos derechos fundamentales para luego vincularlos con la regulación actual del matrimonio.

Sobre el matrimonio y el principio de igualdad y no discriminación, algunos autores como Sar (2019) plantean que restringir a las parejas reconocidas como homosexuales al acceso del vínculo matrimonial viola y trasgrede la base esencial del principio y el derecho a la igualdad, debido a que se da un trato reconocido como diferenciado y discriminatorio, solo por razón de la orientación sexual de los contrayentes.

Esta diferenciación en el trato solo por la orientación sexual caería dentro del supuesto de hecho del Art 2 numeral 2 de la Constitución Política del Perú, en la cual se expresa la prohibición de ser discriminado.

Nuestro marco normativo constitucional, como muchos otros ordenamientos, acoge como un pilar del Estado el principio-derecho de igualdad y no discriminación. Al respecto, se reconoce en el Art 2 numeral 2 de la Constitución Política del Perú este principio-derecho, donde hace mención que el derecho a la igualdad está relacionado a que ninguna persona deberá ser discriminado por razones de origen, del mismo modo raza, idioma y entre otras características que se encuentran establecidas.

El principio-derecho de igualdad no solo es común en los distintos Estados Constitucionales de Derecho. También, forma parte del sistema convencional de derechos humanos, siendo reconocido por diversos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos.

En ese sentido, lo encontramos proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art 7. Es así que el artículo mencionado de la Declaración, hace mención que todo ciudadano o persona son iguales ante cualquier ley, sin que existan distinción de derechos o protección; es por ello, que afirmar que toda persona tiene el derecho a no ser discriminado o cualquier acción que pueda atentar contra sus derechos fundamentales.

La Convención Americana de Derechos Humanos también se pronuncia respecto al derecho a la igualdad en el Art 24, el cual abarca que toda persona es considerada igual ante la ley, sin la existencia de discriminación y desprotección por parte de la ley de un estado.

Asimismo, también lo encontramos proclamado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual se ha pronunciado sobre el derecho a la igualdad de un modo parecido, en su Art. 3 donde los estados que constituyen dicho pacto se comprometen garantizar de manera eficiente la igualdad de cualquier hombre o mujer para el goce de todos sus derechos tanto civiles como políticos que se encuentra estipulados en el pacto.

Asimismo, en el marco del derecho internacional, resulta necesario invocar lo desarrollado por la CHDH en la Opinión Consultiva OC-4/48, cuando sostuvo que:

La igualdad surge directamente de la unidad de la naturaleza de la humanidad y es inseparable de la dignidad esencial del individuo, contra la cual es incompatible cualquier situación que conduzca a un trato preferencial hacia un determinado grupo; o, por el contrario, tratarlos con hostilidad por considerarse inferiores, o discriminarlos de cualquier forma para que no disfruten de los derechos concedidos a quienes se consideran tan inferiores. Es inaceptable diferenciar a las personas en relación a su naturaleza única y similar.

El principio-derecho de igualdad es uno de los ejes fundantes de los Estados Constitucionales de Derecho porque tiene por finalidad garantizar que los poderes públicos traten por igual a todas las personas «cuando no haya base para establecer diferencias de tratamiento» Benavides y Escudero, (2020).

Al ser un derecho fundamental, el principio de igualdad y no discriminación tiene una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva, la cual cuenta con un largo desarrollo por nuestra jurisprudencia constitucional.

Sobre la dimensión objetiva, nuestro Tribunal Constitucional, en la STC Expediente 3330-2004-AA, desarrolla que es el derecho con el que cuenta una persona para protegerse ante las intervenciones arbitrarias de terceros o del mismo Estado; lo cual, comporta una exigencia al Estado de realizar prestaciones a su favor o en su defensa.

Por otra parte, la dimensión objetiva comprende que los elementos de índole constitutivos y legitimadores de todo ordenamiento jurídico, incluyen los valores o instituciones sustantivos sobre los cuales deben construirse o edificarse las sociedades democráticas y del mismo modo un estado constitucional, como lo podemos ver en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3330-2004-AA, fundamento jurídico nueve.

Como bien han indicado Benavides y Escudero (2020), la dimensión objetiva del derecho a la igualdad exige al Estado a que trate por iguales a los

que están en la misma condición y que trate de forma diferenciada cuando hay diferencias relevantes que lo justifiquen.

Las concepciones del derecho a la igualdad sostienen que el principio-derecho a la igualdad ha evolucionado conceptualmente conforme a la historia y a las posturas políticas de cada época. En la actualidad, consideramos que estas concepciones no deben entenderse como excluyentes, sino que pueden entenderse como complementarias, según la identificación normativa del caso que tengamos ante nosotros.

Para un primer acercamiento, acudiremos al desarrollo realizado por Ronconi (2019), quien clasifica las concepciones del derecho a la igualdad bajo tres formas de comprensión: **1) Igualdad formal; 2) Igualdad razonable; y 3) Igualdad real.**

- *Igualdad formal:* Conforme lo señala Mendonca (2000), la igualdad formal se vincula con el principio de legalidad, debido a que se enfoca en la aplicación imparcial de la ley (una misma consecuencia jurídica para un mismo supuesto de hecho). Es decir, la garantía de una igualdad en el trato: la igualdad ante la aplicación de la ley.

En ese sentido, esta concepción de igualdad está destinada a los órganos que aplican la ley, en un sentido amplio, pero no a los órganos que producen las fuentes de derecho (Legisladores, en sentido amplio).

Esta concepción de «igualdad formal» encuentra límites. Como bien indica Ronconi (2019), la igualdad formal «no se pregunta por la legitimidad de las clasificaciones que pueda realizar el legislador, permitiendo tratos injustificados.

En esta misma línea, García (1987) señala que el principio de igualdad formal «no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento por parte del legislador».

- *Igualdad jurídica material (igualdad razonable):* Como se desarrolló, la concepción de la igualdad formal no vincula al Legislador, sino a los órganos de aplicación del derecho.

En ese sentido, surge la concepción de igualdad jurídica material, como una herramienta ante la necesidad de vincular al Legislador al principio de igualdad: igualdad en la ley.

Como indica Ronconi (2019), esta concepción «no se conforma con que los “iguales” sean tratados como “iguales” sino que empieza a preguntarse sobre la “razonabilidad” de la distinción».

Trabajar con esta concepción es atender a las razones de las clasificaciones normativas que realiza el Legislador, comprendiendo que «solo serán válidas aquellas clasificaciones que sean “objetivas y razonables”» Ronconi, (2019).

Como bien lo desarrolla García (1987), desde siempre el derecho mismo realiza distinciones y clasificaciones. Esto, en sí mismo, no es problemático ni discriminador. Por lo que, el principio de igualdad no consiste en que el derecho trate a todos por igual; en realidad, la función de este principio radica en el imperativo de prohibir que las diferencias o clasificaciones que se realicen no sean arbitrarias ni discriminatorias.

Bajo esta óptica, el principio-derecho de igualdad contendría dos reglas o criterios: **1)** Si no hay razón suficiente para un trato desigual, se deberá ordenar o prescribir un trato igualitario; por el contrario, **2)** Si hay razones suficientes para un trato diferenciado, se deberá ordenar o prescribir un trato desigual.

- *Igualdad real:* Desde esta concepción se toma en consideración la situación fáctica del grupo vulnerable o que puede resultar afectado por la clasificación que se haga en el Legislativo, Ronconi, (2019). Es decir, se toma en cuenta las condiciones estructurales que impactan directa o indirectamente en determinados grupos.

Al determinar si existen grupos en desventaja estructural o que se encuentran en sometimiento por otros grupos, esta concepción indica que es obligación del Estado incidir en la materia para eliminar esta situación de desventaja: eliminar las barreras estructurales.

Esta eliminación de las barreras estructurales (o intento de combatirlas) se deben realizar mediante acciones afirmativas, que busquen igualar las condiciones materiales entre grupos en ventaja y grupos en desventaja.

Estas acciones pueden realizarse tanto por la prestación de servicios o recursos estatales, como también la producción de normas destinadas a equiparar las situaciones.

En nuestro desarrollo jurisprudencial (el derecho constitucional vivo, como se le etiqueta en la dogmática constitucional), se ha clasificado el principio-derecho de igualdad bajo dos enfoques: **1) La igualdad en la ley y 2) La igualdad ante la ley.**

La igualdad ante la ley no es otra cosa que la igualdad que es otorgada por cualquier tipo de aplicación de ley. La ley (en sentido amplio) esto quiere decir que la ley es aplicable de la misma forma a todas las personas que se encuentren en la situación de acuerdo a la norma, esto se encuentra recaído en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico sesenta.

Esta concepción queda bien representada con el símbolo de la Dama de la Justicia que conocemos. Sostiene la balanza y la espada mientras lleva los ojos vendados, debido a que no atiende a consideraciones discriminatorios como sexo, color de piel, condición económica, preferencias para aplicar la ley.

Por su parte, la igualdad en la ley debe significar que la misma ley no establezca diferencias o clasificaciones arbitrarias o injustificadas. Las diferencias que haga la ley, en sentido amplio, tiene que sustentarse en razones objetivas y constitucionales, tanto en sus medios como en sus fines.

Como apunta nuestro Tribunal Constitucional, la diferenciación es permitida por la Constitución. La diferenciación se da «cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables» (STC expediente 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico sesenta y dos); la discriminación se da cuando alguna acción o trato sin razón alguna es desproporcional y genera una desigualdad considerada intolerable, esto recae en Sentencia del Tribunal Constitucional 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico sesenta y dos.

Por otro lado, es interesante lo que desarrolla Saba respecto a las nociones o concepciones del principio de igualdad. Para este autor, el principio-derecho de igualdad se entiende mediante dos nociones fundamentales: **1) El trato no arbitrario** y **2) La no subordinación a grupos**, como lo refiere Saba, (2017).

- *El trato no arbitrario:* Cuando Saba (2017) hace referencia al trato no arbitrario, lo entiende como que la igualdad ante la ley no implica una igualdad en el trato, sino que implica que el trato no debe ser arbitrario.

Para que el trato diferenciado no sea arbitrario, Saba (2017) apunta al concepto de razonabilidad. Según, Saba (2017), existe cierto consenso en la doctrina especializada en indicar que la razonabilidad implica que los motivos o criterios que pretendan justificar un trato diferenciado guarden relación con el fin que se busca con la regulación diferenciada.

Asimismo, Saba (2017) no solo se queda en la razonabilidad de los motivos o criterios para el trato diferenciado (medios para el fin), sino que presta especial atención al fin. Es decir, la finalidad que se busque también tiene que ser materia de evaluación para determinar que sea un fin conforme con la Constitución.

También, resulta interesante la postura de Saba (2017) que sostiene que el trato desigual y discriminatorio (arbitrario) puede provocar situaciones de discriminación estructural, pues margina a los grupos que padecen las consecuencias de la diferenciación arbitraria.

Como desarrolló nuestro Tribunal Constitucional, en la (STC Expediente 0018-2003-AI/TC, el principio de igualdad tiene como función principal no establecer ningún tipo de excepción o generar privilegios a personas o determinados grupos, así mismo tiene como base principal ejercer la igualdad entre todas las personas sin que se le concedan privilegios sobre una persona.

- *La no subordinación a grupos:* Al vincular el principio de igualdad con la noción de no subordinación, Saba (2017) sostiene que la exclusión, mediante el derecho, de grupos determinados genera una estigmatización de todo el grupo, pues los trata como ciudadanos de segunda categoría que no

tienen permitido acceder a los mismos derechos que sectores no marginalizados.

Al respecto, Méndez (referenciado por Saba, 2017, p. XXVII) sostiene que la discriminación por vía de la legislación no solo se da cuando se regula la situación de un grupo vulnerable de forma desfavorable, sino que también se da mediante las normas que promocionan «un significado social de exclusión o degradación», aunque estas no tengan como objeto de regulación conductas del grupo vulnerable, sino que mediante la regulación de conductas de terceros se genera un daño al grupo vulnerable: la discriminación.

Sobre los criterios de afectación al principio-derecho de igualdad debemos indicar que con los conceptos básicos respecto al principio-derecho de igualdad que se han desarrollado, necesitamos determinar criterios que nos permitan analizar las situaciones concretas en las que se podría estar afectando este principio-derecho.

En un primer acercamiento, se cuenta con lo desarrollado por Ronconi (2019), quien, basándose en Roig, otorga algunos criterios para evaluar si una determinada norma cumple con la exigencia del principio-derecho de igualdad. Estos criterios son: Identificación del grupo vulnerable y de las causas de su vulnerabilidad; Identificación de la norma o acto atacado y los tipos de perjuicios que provoca la norma; y, Determinar si el grupo ha sido excluido del acceso a uno o varios derechos en el pasado y si existe relación con la regulación actual.

Asimismo, resulta necesario referirnos al denominado Test de Igualdad, elaborado inicialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que luego fue acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por las cortes constitucionales de diferentes ordenamientos de nuestra región (incluido nuestro Estado).

Al respecto, Espinosa-Saldaña (2020) realiza una importante síntesis de los elementos más resaltantes del denominado test de igualdad. En ese sentido, debemos atender a las siguientes pautas:

- Determinar si nos encontramos ante situaciones comparables (existencia de un *tertium comparationis*).

- Determinar si hay un fin lícito que motive el trato diferenciado.
- Determinar si las medidas concretas guardan relación con el objetivo lícito (examen de racionalidad) y si son adecuadas (examen de proporcionalidad).

Como se observa, el test de igualdad está estrechamente vinculado con la noción del derecho de igualdad como trato no arbitrario, desarrollado anteriormente por Saba (2017).

Sobre la naturaleza del principio-derecho de igualdad, al ser uno de los principios fundantes de los Estados Constitucionales de Derecho modernos, el principio-derecho de igualdad irradia sus efectos por todo el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, se entiende al principio-derecho de igualdad, en lo que respecta a su funcionalidad, como un derecho de naturaleza relacional, porque «funciona en la medida, en que se encuentre relacionado con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales» (STC Expediente 0023-2005-AI/TC, fundamento jurídico 65).

Esto significa que, el principio-derecho de igualdad opera y se desarrollada con la finalidad de asegurar el ejercicio y goce de otro derecho; derecho al que una persona puede verse restringido de forma legal (como el caso del matrimonio para personas del mismo sexo en el Perú) o, pese a estar reconocido en la normativa, por impedimento fáctico sea por una acción individual de un tercero o por condiciones estructurales.

Sobre la afectación del principio-derecho de igualdad por actual regulación del matrimonio, con el desarrollo teórico que se ha elaborado nos encontramos en mejores condiciones para responder la controversia planteada: ¿La regulación actual del matrimonio afecta el principio-derecho de igualdad?

En un primer acercamiento debemos analizar el tema de la restricción para las parejas del mismo sexo como un trato diferenciado. Al ser un trato diferenciado (parejas heterosexuales acceden al matrimonio; parejas del mismo sexo no) tenemos que examinar: **1)** Si la diferenciación se funda en

razones objetivas y razonables (medio-fin) y **2)** Si el fin que se persigue es legítimo.

Como se desarrolló anteriormente, el fin constitucional que persigue el ordenamiento en lo que respecta al matrimonio es: **1)** La promoción de la institución matrimonial y **2)** La formación de una familia y la generación de deberes, obligaciones y derechos entre los contrayentes.

Ambos fines son legítimos con nuestra normativa constitucional. Por lo que, la pregunta principal radica en si la restricción ayuda a conseguir o proteger los fines antes acotados. Es decir, ¿La diferencia que hace el Legislador al regular el matrimonio solo para parejas heterosexuales se funda en criterios de razonabilidad para excluir a las parejas del mismo sexo?

Resulta evidente que no es razonable esta diferencia, debido a que el fin de constituir una familia se cumpliría permitiendo el acceso de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial. Asimismo, la promoción de la figura matrimonial sería más amplia al incluir a más sujetos dentro de las personas con capacidad para contraer matrimonio.

Por lo que, se demuestra que el trato diferenciado en realidad es discriminatorio para las parejas del mismo sexo que ven su unión desprotegida y sin legitimidad formal.

En un segundo acercamiento, recurriendo a Saba (2017), procederemos a analizar si esta diferencia (arbitraria como se ha argumentado) en la regulación atenta contra el principio-derecho de igualdad en su vertiente de no subordinación a grupos.

Al respecto, Saba (2017) indica que el excluir a las parejas homosexuales del acceso a la institución matrimonial provoca un trato desigual y discriminatorio para toda la comunidad LGTBIQ+. Es decir, provoca una situación de discriminación estructural.

Al vincular el principio de igualdad con la noción de no subordinación, Saba (2017) indica que el excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio no solo afecta a las parejas en concreto que deseen contraer matrimonio, sino que estigmatiza a toda la comunidad homosexual, pues los trata como

ciudadanos de segunda categoría que no acceden a los mismos derechos que los heterosexuales.

Esta estigmatización somete a las personas homosexuales a una situación estructural de discriminación. Sobre esto, Méndez (referenciado por Saba, 2017) que una discriminación por vía de la legislación no solo se da cuando se regula la situación de un grupo vulnerable de forma desfavorable, sino que también mediante las normas que promocionan «un significado social de exclusión o degradación», aunque estas no tengan como objeto de regulación conductas del grupo vulnerable, sino que mediante la regulación de conductas de terceros se genera un daño al grupo vulnerable: la discriminación.

Sobre la discriminación a la comunidad LGTBIQ+ es interesante revisar la Opinión Consultiva 24/17 («Identidad de Género e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual indica que las parejas del mismo sexo tienen derecho de ser reconocidas sin discriminación alguna de sus vínculos familiares.

Por lo que, los Estados tendrían la obligación de garantizar el acceso de la comunidad LGTBIQ+ a todas las instituciones jurídicas referentes a la familia, lo que incluye el acceso a la institucional de matrimonio.

Conforme a lo desarrollado, se puede concluir que en el caso peruano la regulación adoptada en el Código Civil incurre en discriminación directa. La discriminación directa se da cuando una «norma explícitamente hace una distinción no justificada ya que no existe una razón objetiva que sostenga dicha distinción» (Ronconi, 2019).

En ese sentido, se tiene que el Art 234 del Código Civil excluye de su regulación a las parejas del mismo sexo, generando una situación de discriminación directa pues no permite el acceso de las parejas homosexuales a la institución matrimonial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile desarrollado que la orientación sexual y la identidad de género son protegidas por la Convención, porque se enmarcan dentro del

derecho a la igualdad (que comporta el no ser discriminados), por lo que «un Estado no puede restringir derechos a partir de estas consideraciones» (Guzmán, 2015).

Asimismo, es importante distinguir entre la «intención de discriminar» y la situación de discriminación que se ha generado. Al examinar temas de igualdad, discriminación y derecho no debemos concentrarnos en si ha existido una intención real de discriminar mediante las regulaciones jurídicas, sino en si ha provocado un efecto real de discriminación. Cuando nos referimos a los «efectos discriminatorios» no aludimos únicamente a un daño real, sino que basta con que sea potencial (Ronconi, 2019).

En un tercer acercamiento, acudiré a Ronconi (2019), para evaluar si la actual regulación cumple con los criterios que ha desarrollado. Es decir, analizar si desde la perspectiva de Ronconi, la regulación legal del matrimonio satisface el principio-derecho de igualdad. Procedamos con el análisis:

- *Identificación del grupo vulnerable:* El grupo vulnerable es la comunidad LGTBIQ+, pues como se ha visto anteriormente se los estigmatiza con el trato legal diferenciado.

Asimismo, las causas de su vulnerabilidad no solo se dan a nivel jurídico, sino también a nivel social e histórico. Desde hace mucho tiempo vienen siendo estigmatizados y discriminados, limitándose el acceso a varios derechos sea por incumplimiento de la igualdad ante la aplicación de la ley o la violación de la igualdad en la ley.

- *Identificación de la norma y sus perjuicios:* La norma que hace la diferenciación es la expresada en el Art 234 del Código Civil. El perjuicio, como se desarrolló anteriormente, es que constituye un trato arbitrario contra las parejas homosexuales que quieran acceder al matrimonio y, además, estigmatiza a toda la comunidad LGTBIQ+.

- *Determinar si el grupo ha sido excluido del acceso a los derechos en el pasado:* En efecto, la comunidad LGTBIQ+ viene siendo excluida del ejercicio de sus derechos, en especial, el de acceder a la institución matrimonial y contar con protección jurídica que otorga la legitimidad formal.

Esto data desde buen tiempo atrás, pues las luchas y protestas de la comunidad LGTBIQ+ son constantes, pero hasta el momento no se le ha dado reconocimiento.

En ese sentido, se puede determinar que bajo los criterios desarrollados por Ronconi (2019), la regulación actual del matrimonio transgrede el principio-derecho de igualdad.

En un último acercamiento, acudiremos al test de igualdad para examinar el Art 234 del Código Civil, en lo que respecta al trato diferenciado entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales. El test exige lo siguiente:

- *Tertium comparationis*: En efecto, nos encontramos en un universo de casos comparables: parejas sexoafectivas heterosexuales y homosexuales que quieren acceder al matrimonio.
- *Fin lícito que motive un trato diferenciado*: En efecto, como hace un momento se señaló, la institución matrimonial persigue fines lícitos: promoción del matrimonio y constitución de una familia.
- *Examen de racionalidad y proporcionalidad*: La exclusión de las parejas del mismo sexo para acceder a la institución matrimonial no guarda relación con los objetivos lícitos de la institución matrimonial.

Por lo tanto, tampoco se satisface el test de igualdad. En ese sentido, se concluye que la regulación actual del matrimonio viola el contenido del principio-derecho de igualdad, lo que provoca un estado inconstitucional de cosas, pues discrimina a la población LGTBIQ+.

Respecto al matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad se encuentra reconocido en el Art 2 numeral 1 de la Constitución Política, el cual se formula de la siguiente forma:

Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto derecho en todo cuanto lo favorece.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad proviene directamente de la noción del derecho a la autonomía personal (la autodeterminación). Al

respecto, Gargarella (2021) señala que la autonomía individual es «la libertad de cada cual para vivir su propia vida conforme a sus convicciones».

Esta autonomía individual que se reconoce como derecho de las personas implica que cada uno tiene la potestad de «diseñar y poner en marcha su propio plan de vida sin que medie interferencia alguna del Estado o de otras personas para concretarlo» (Saba, 2017). Por supuesto, como todo derecho, la autonomía individual tiene sus límites en no vulnerar la autonomía de las otras personas.

Al ser un derecho, la autonomía individual implica la capacidad de exigir al Estado prestaciones concretas para optimizar el ejercicio del derecho, garantizar su inviolabilidad o su protección en caso de amenazas o lesiones a su contenido esencial.

Al respecto, Nino (1989) argumenta que el Estado y los terceros no deben interferir en el plan de vida que una persona adopte, sino que tiene que limitarse a que las instituciones sean óptimas para facilitar la consecución de estos planes de vida.

En esta línea, Celano (2019) sostienen que «la noción de libertad como no impedimento no agota la noción ordinaria de libertad». Como indicaba J.S. Mill, referenciado por Celano (2019), ser humano es condición necesaria, pero no suficiente para considerarse un individuo, pues uno se convierte en individuo cuando logra ser autor de sí mismo.

Así como el derecho de la igualdad, podemos considerar a la autonomía como un derecho relacional, pero, además, se retroalimenta con los otros derechos fundamentales. Esto se debe a que la autonomía es necesaria para ejercitar otros derechos y los otros derechos son importantes para desarrollar nuestro libre desarrollo de la personalidad, señalado en Celano, (2019).

Como señala Espinosa-Saldaña (2020), vinculando el principio-derecho de igualdad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el principio-derecho de igualdad impone la obligación estatal de poder contribuir a un escenario en donde todas las personas cuentan con las mismas oportunidades para desarrollar sus proyectos de vida.

Por su parte, Rubio et al. (2017) manifiestan que el derecho al libre desarrollo «consiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano de desarrollar todas sus potencialidades que, en conjunto, son irrepetibles en otro ser humano (...) lo que en términos de antropología filosófica se llama su realización como ser humano».

Por supuesto, la autonomía personal no solo abarca el desarrollo individual, también conlleva «a la colaboración e interrelación social con otras personas buscando y persiguiendo las mismas metas» Celorio, (2019). Es decir, no solo nos autodeterminamos en nuestra individualidad, sino - principalmente - en relación con nuestro entorno.

Como seres sociales necesitamos de los otros para poder diseñar nuestros proyectos de vida y poder alcanzarlos o, al menos intentarlo. Nociones como la pareja, el matrimonio, la familia, los lazos amicales, los grupos sociales, son factores importantes para nuestra autodeterminación.

Sobre este punto es interesante el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Obergefell, referenciado por Celorio, (2019), en la cual argumentó que las relaciones familiares, la crianza, la unión matrimonial, entre otros, son posturas íntimas que adoptan las personas e impactan en su vida. Si se ponen restricciones, se violan directamente sus derechos básicos.

En este sentido, si la autonomía personal implica la elección del plan de vida, parte de esta autonomía es la expresión afectiva conforme a tu orientación sexual y el deseo de formar una familia mediante las instituciones jurídicas reconocidas (matrimonio) con la persona que elijas, si en ella también reside el proyecto de vida de formar matrimonio. Esto abarca a todas las personas, no solo a parejas heterosexuales.

Pazo (2014) recuerda que la familia y el matrimonio son derechos fundamentales y, además, invocando a la Corte Colombiana, son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, pues su origen es el derecho de toda persona a elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida puedan desarrollar.

Es por esto que, Benavides y Escudero (2020) sostienen que el excluir a las parejas del mismo sexo de unirse formalmente en matrimonio viola el

derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque se restringe la elección de su plan de vida.

La inconstitucionalidad por omisión, conforme se ha desarrollado, la regulación actual del matrimonio atenta directamente contra los principios-derechos de igualdad (y no discriminación) y de libre desarrollo de la personalidad (autonomía personal).

A estas mismas conclusiones han arribado algunos doctrinarios, quienes las utilizan para plantear que él no regular el matrimonio para parejas del mismo sexo genera una situación inconstitucional por omisión, como se puede ver en Fernández, (2018).

Es decir, como el Legislador estaría omitiendo regular la consecuencia jurídica para parejas del mismo sexo que quieran acceder al matrimonio, estaría ejerciendo un trato diferente por motivos discriminatorios, con lo que estaría atacando a la Constitución.

Como indica Ferrajoli, referenciado por Pisarello y García (2009), tanto las actuaciones y omisiones de los poderes públicos pueden contradecir los contenidos materiales que impone la Constitución, «comenzando por los derechos fundamentales o el principio de igualdad», lo que repercute en la vigencia y validez de las normas.

Sobre la noción de inconstitucionalidad por omisión, Eto (2014) señala que «la inconstitucionalidad por omisión es una figura que tiene por objeto controlar las omisiones normativas del legislador que vulneran uno o más derechos fundamentales reconocidos en la Constitución».

Las transgresiones contra la Constitución pueden darse de forma activa, pero también por «omisión, inactividad, inacción, o un *non facere* por parte del legislador ordinario» García, (2010).

Para algunos autores, esta transgresión por inacción se produce debido a que la misma Constitución «realiza» un encargo a un determinado órgano estatal y este lo incumple.

Otros autores como Pazo (2014), sostienen un criterio más amplio y comprenden la «omisión inconstitucional» como «la no adopción de leyes que sean indispensables para el ejercicio de los derechos fundamentales». En

este sentido, la inconstitucionalidad por omisión se vincula con regulaciones necesarias para ejercer un derecho fundamental.

Estas regulaciones necesarias tienen que atender a los principios-derechos rectores del ordenamiento jurídico, como lo es el principio-derecho de igualdad que, como se vio anteriormente, es un derecho relacional.

Estas situaciones en las que se denuncia una presunta inconstitucionalidad por omisión conllevan a plantearnos **1)** Si existe obligación constitucional de legislar, **2)** Qué consecuencias jurídicas surgen de esta omisión, y **3)** Quién debe determinar que el legislador ha incurrido en omisión, como lo refiere Pazo, (2014).

La discusión también se plantea sobre si en nuestro ordenamiento se permite o no el control de constitucionalidad por omisión legislativa. Sin entrar a profundidad, pues no alejaría mucho del tema de estudio, debemos sostener que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado la posibilidad de este tipo de control.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 0006-2008-PI/TC, párr. treinta y siete, el TC ha indicado que:

El control sobre las omisiones que se dan en la legislación debe residir no sólo en el efecto normativo y por tanto vinculante de los principios constitucionales sino también en la práctica de regular la constitucionalidad, la cual ha evolucionado en los últimos años y es función del Tribunal Constitucional y con colaboración constante de las actividades legislativas para construir las bases de un Estado de derecho en nuestro país.

Sobre los criterios para determinar inconstitucionalidad de omisión legislativa se requiere la configuración de tres requisitos: **1)** Un mandato constitucional de regulación normativa; **2)** El transcurso de un periodo de tiempo razonable; y **3)** El resultado inconstitucional de la omisión (Eto, 2014).

Por su parte, García Toma, desarrolla criterios a tener en cuenta para determinar si nos encontramos ante una *omisión legislativa* que dé lugar a una inconstitucionalidad por omisión. Conforme a García (2010), los elementos exigibles son:

- *Acreditación de un no hacer funcional:* La inejecución de una acción legislativa obligatoria puede darse de forma absoluta o relativa. Es absoluta cuando se producen por ausencia de ley; es relativa cuando existe una ley que regula el supuesto de hecho (o el mismo estado de hecho) pero de forma defectuosa.

En esta línea se pronuncia Wesel, referenciado por Figueruelo (1993), cuando clasifica las omisiones en absolutas y relativas. Conforme a Wesel, las omisiones absolutas se provocan cuando el Legislador omite totalmente el desarrollo legislativo que impone la Constitución; por otra parte, las omisiones relativas se ocasionan cuando el Legislador ha hecho un desarrollo legislativo parcial del mandato constitucional, «regulando unas situaciones y no otras y violando por ello el principio de igualdad» (Figueruelo, 1993).

Para que se produzca una situación de «no hacer funcional» se requiere de un mandato que ordene un hacer. Como desarrolla Pazo (2014), la Constitución peruana cuenta con textos normativos que expresan mandatos de legislar.

- *La acción legislativa no ejecutada es necesaria para hacer exigible un derecho fundamental:* La inejecución de una acción legislativa obligatoria tiene que tener como efecto el que no se pueda efectuar un derecho fundamental.

- *Existencia de una inercia legislativa injustificable:* La omisión legislativa injustificable puede evidenciarse si la Constitución prescribe un plazo para legislar sobre una materia. Asimismo, también puede darse cuando no exista un plazo determinado, pero exista un retardo imprudente para cumplir con el programa constitucional.

Respecto al «mandato constitucional de regulación normativa» lo podemos vincular directamente con las denominadas normas programáticas. Las normas programáticas le exigen al Legislador «desarrollar una regulación normativa para proteger o desarrollar los principios o derechos allí mencionados» (Eto, 2014).

Asimismo, el mandato constitucional de regulación normativa puede entenderse en dos sentidos: **1)** Una exigencia explícita hacia el legislador y **2)**

Una exigencia «intermediada» por la interpretación del Tribunal Constitucional (Eto, 2014).

En ese sentido, se atendemos al concepto de omisión relativa, podemos determinar que la actual regulación del matrimonio se encuentra en este supuesto, debido a que sí se regula la institución matrimonial (ordenada la regulación por la misma Constitución), pero se regula de forma defectuosa debido a que, como se ha desarrollado anteriormente, atenta directamente contra el principio-derecho de igualdad y contra el derecho de libre desarrollo de la personalidad.

Desde la óptica del principio-derecho de igualdad, tenemos que concordar «el derecho a contraer matrimonio, la prohibición de discriminación y la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad que se irradian a todos los derechos» (Presno, 2013). Por lo que, podemos concluir que estamos en una situación inconstitucional debido a que el derecho a contraer matrimonio no se encuentra garantizado para las parejas del mismo sexo por razón de su orientación sexual.

II. MATERIALES Y MÉTODO

El estudio fue desarrollado empleando el tipo de investigación básica-descriptiva-propositiva; que de acuerdo a lo analizado por Martínez (2018) esta tipología investigativa es considerado como un procedimiento que tiene como base principal describir las principales peculiaridades que caracterizan al fenómeno que se desea o se viene estudiando. Es por ello, que se adaptó a un enfoque cualitativo, debido a que ha buscado conseguir un criterio general (científico) que pueda ser utilizado posteriormente por otros investigadores en temas similares, desarrollándose bajo un diseño considerado como no experimental, citando al autor Mata (2019) asegura que este diseño investigativo permite al investigador recopilar todo tipo de información necesaria para el estudio, cabe señalar que esta recolección de información está acorde a los indicadores que han sido seleccionados y sin ningún tipo de manipulación; por ello, se puede afirmar que el estudio realizado cuenta con un diseño no experimental, transversal y descriptivo. El escenario de la presente investigación es la coyuntura global actual de apreciación del matrimonio igualitario; y en el Perú difiere en su tratamiento, acompañado únicamente por Bolivia y Paraguay en Sudamérica; dicha apreciación es originada y mantenida por la costumbre ultra tradicional y conservadora que se tiene en materia jurídica; sigue sin adecuarse a los parámetros sociales con los nuevos criterios de aplicación ya seguidos en una cantidad considerable de países del mundo en los cuales ya ha integrado en sus legislaciones temas como el tratamiento del matrimonio entre personas del mismo género, vientos de alquiler como el caso Moran recién resuelto por el Tribunal Constitucional; en consecuencia, el Perú, aún, no se adecua a la situación antes expuesta; es decir, nuestro país, aún no se adecua a los parámetros sociales orienta a una nueva forma de entendimiento en la construcción de la unión matrimonial que ya está siendo aplicado en distintos países del orbe; en la investigación no existieron sujetos debido a que el material revisado es consistente con una investigación de gabinete; por lo cual, no se realizó una técnica de recolección que requiera la participación de

sujetos en el análisis de datos. Teniendo como técnicas e instrumentos a la técnica del análisis documental; esta etapa investigativa estuvo conformado por instrumentos como fichas textuales y de resumen; conformada por fuentes, libros y documentos físicos como virtuales, los cuales fueron utilizados para obtener información correspondiente al estudio establecido.

Para culminar con la explicación de este apartado respecto al método nuestra investigación utilizó el método dogmático jurídico, para con la finalidad de analizar la institución jurídica del matrimonio dentro de la concepción igualitaria con el propósito de describir el problema identificado y plantear una propuesta de solución teórica y práctica desde su concepción constitucional y tratamiento dentro del ordenamiento jurídico en nuestro país; también, se utilizó el método hermenéutico siendo muy necesaria su aplicación toda vez que ha permitido la no interpretación errónea de las normas jurídicas nacionales que actualmente regulan la institución del matrimonio en su orientación al matrimonio igualitario, del mismo modo ha permitido conceptualizar las principales consecuencias jurídicas de su inaplicación en un matrimonio igualitario y la vulneración de los derechos constitucionales que tienen todas las personas en nuestro país. Al ser una investigación de gabinete los datos han sido analizados en base a los criterios de rigor científico buscando siempre alcanzar el conocimiento científico resultante de la investigación de tipo cualitativo.

III. RESULTADOS Y DISCUSION

3.1. Resultados

En base a lo establecido como el objetivo específico primero: Analizar cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado; como hallazgos tenemos que su formalización como una nueva institución jurídica implica la aceptación del vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo emerge en el contexto internacional como parte del corolario de las reivindicaciones añoradas por la comunidad LGTBI+.

Es así que, Azcárraga (2008) señala que, en este aspecto podemos referir que ya se acepta en un buen número de países europeos, norteamericanos y latinoamericanos.

Bajo la perspectiva antes descrita, uno de los últimos países en el continente americano, ha sido Cuba, que ya reconoció el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo mediante un referéndum.

Por dicha razón, nuestro país no debe ser ajeno a la modernización “psicológica”; que, pese a los incipientes pasos dados a través de propuestas legislativas lamentablemente no escuchadas, consideramos que estaríamos en camino a una no muy lejana regulación constitucional que debe ser apreciada desde la norma, sin miramientos conceptuales epistemológicos y partiendo exclusivamente desde el principio de legalidad.

Como argumentos válidos del cambio suscitado; y que han sido recogidos y expuestos en tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú, tenemos a la Convención Americana, conocida como Pacto de San José; y, que consagra las libertades y derechos fundamentales, en cuyo Art 17, se refiere a la familia y constitución; e, interpretado en la Opinión Consultiva 24/17 que en su Art 4 literal a., considera la heteronormatividad como una inclinación de índole cultural, que favorece rotundamente a las relaciones de índole interpersonales y de carácter heterosexual.

En relación a lo antedicho, podemos añadir que se apela a dogmas religiosos, sociales y culturales que impone subjetivamente a la sociedad a

tener una conciencia heterosexual y excluye al reconocido colectivo LGTBIQ+ donde se agrupa personas con orientación sexual diversa, desemejante identidad de género como transexual, travesti e intersexual.

La *Convención Americana de Derechos Humanos*, en su Art 24, también se pronuncia respecto al derecho a la igualdad; donde, señala que toda persona es considerada igual ante la ley, sin la existencia de discriminación y desprotección por parte de la ley de un estado.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su Art 3, también se pronuncia sobre el derecho a la igualdad de un modo parecido; y en el cual, los estados que constituyen dicho pacto se comprometen garantizar de manera eficiente la igualdad de cualquier hombre o mujer para el goce de todos sus derechos tanto civiles como políticos que se encuentran estipulados en el pacto.

Por otro lado, también la *CIDH* reconoce que las personas agrupadas dentro del colectivo LGTBIQ+ no son tradicionales en la sociedad en su conjunto; inclusive su anacrónico o terminología de identificación, es representativo de su cambio constante y dinámico.

En ese sentido, podemos decir que el principio-derecho de igualdad no solo es común en los distintos Estados Constitucionales de Derecho; hoy, forma parte del sistema convencional de derechos humanos; y que está siendo reconocido por diversos tratados internacionales.

En ese sentido, lo encontramos proclamado en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su Art 7, hace mención que todo ciudadano o persona son iguales ante cualquier ley, sin que existan distinción de derechos o protección; es por ello, que se puede afirmar que toda persona tiene el derecho a no ser discriminado o sometido a cualquier acción que pueda atentar contra sus derechos fundamentales.

Asimismo, para mayor abundamiento, resulta necesario, en el marco del derecho internacional, invocar lo desarrollado por la *CIDH* en la Opinión Consultiva OC-4/48, donde sostiene que:

“La igualdad surge directamente de la unidad de la naturaleza de la humanidad y es inseparable de la dignidad esencial del individuo, contra la cual es

incompatible cualquier situación que conduzca a un trato preferencial hacia un determinado grupo; o, por el contrario, tratarlos con hostilidad por considerarse inferiores, o discriminarlos de cualquier forma para que no disfruten de los derechos concedidos a quienes se consideran tan inferiores. Es inaceptable diferenciar a las personas en relación a su naturaleza única y similar”.

Por lo tanto, debemos precisar que el principio-derecho de igualdad es uno de los ejes fundantes de los Estados Constitucionales de Derecho porque tiene por finalidad garantizar que los poderes públicos traten por igual a todas las personas «cuando no haya base para establecer diferencias de tratamiento» Benavides y Escudero, (2020).

Como reflejo de lo prescrito en los tratados y organismos internacionales antes precisados, se han realizado diversos estudios internacionales; y que han sido consultados en nuestra investigación como Álzate (2016), en Colombia, con su tesis *Matrimonio Igualitario, Homosexual o Gay*; teniendo como fin principal conocer el porqué de la ausencia de una adecuada regulación del matrimonio igualitario, para que de esta manera no se dé lugar a una discriminación a las parejas que desean constituir el vínculo matrimonial; García (2017), en Málaga-España, con su tesis *Homosexualidad y matrimonio en Iberoamérica*, para conocer los Cambios psicosociales e institucionales; y, analizar el impacto a nivel psico social de la comunidad LGTBI en el matrimonio iberoamericano; Carrillo y Ramos (2017), en Costa Rica, con su tesis *Analizar la inconstitucionalidad del Art 14 del Código de Familia*, como base principal que el derecho a un matrimonio, considerado y reconocido como un derecho humano, es independiente de cualquier orientación sexual. Benalcázar (2018), en Ecuador, con su tesis, *el derecho humano al matrimonio igualitario en Ecuador*, donde analiza el Caso Correa y Troya vs Registro Civil, buscando determinar si las acciones de los juzgadores de justicia Quito en 2013, rechazan el matrimonio considerado igualitario, solicitado por la pareja Correa y Troy; y, si todo ello fue desarrollado desde una perspectiva conservadurismo judicial opuesto al enfoque de certeza evolutiva.

En relación con lo planteado objetivo específico *segundo: Determinar*

cuáles son los principales fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio igualitario en el Perú; como hallazgos tenemos que básicamente se hace una interpretación subjetiva del Art 4 de la Constitución Política del Perú; el cual, prescribe de manera general que la ordenación del matrimonio se desarrolla por Ley, conduciéndonos indiscutiblemente a lo establecido en el Art 234 del Código Civil, donde se verifica que no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo; lo que determina de manera literal la defensa del matrimonio como institución jurídica.

Como argumento central de nuestra investigación hemos analizado en nuestra jurisprudencia nacional el Pleno Sentencia 676/2020. EXP. N.º01739-2018-PA/TC - LIMA. ÓSCAR UGARTECHE GALARZA, de fecha 11 de noviembre de 2020, donde se hicieron los siguientes hallazgos respecto al pronunciamiento de los magistrados que intervinieron en el proceso.

Respecto a la decisión del Tribunal Constitucional que resolvió declarar improcedente la demanda de amparo interpuesta por Óscar Ugarteche Galarza, encontramos que el voto del tribuno *Ferrero Costa*, se acoge una concepción de matrimonio que trasciende al plano jurídico; pues, en opinión del jurista, el «matrimonio» es un fenómeno social que es anterior al Derecho.

Según su análisis, el matrimonio solo puede darse para las uniones heterosexuales; pues «primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer); y, después la palabra (matrimonio) que la designa y la identificada frente a otras realidades diferentes» (voto singular).

Incluso, señala que la diferencia entre las uniones homosexuales y las uniones heterosexuales, está en la descendencia.

Asimismo, *Ferrero* señala que el matrimonio igualitario atenta contra el orden público internacional, debido a que los tratados de derechos humanos establecen que el matrimonio solo puede instituirse por parejas heterosexuales.

Por último, el *magistrado Ferrero* se muestra «a favor» de que el Legislativo regule una figura - distinta al matrimonio - para proteger los derechos patrimoniales de las personas que vivan juntas (incluso, para parientes o amigos); lo cual, en su consideración, protegería a las uniones

homosexuales.

En el *voto del magistrado Miranda Canales*, va directamente a aspectos de procedibilidad, haciendo referencia al Art 2 numeral 5 del entonces Código Procesal Constitucional donde establecía que:

No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 5. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...).

Según *Miranda Canales*, la ponencia no se pronunció respecto a este requisito de procedibilidad, refiriendo además que «*el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas*»; por lo que, resuelve declarar improcedente la demanda de amparo.

En el *voto de Blume Fortini*; se refiere que no existía un derecho constitucional «*en juego*»; pues, «*la Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo*» (considerando uno del voto singular); por lo que, la demanda debe ser declarada improcedente.

Asimismo, como el derecho de igualdad es un derecho relacional, se afectaba con este el derecho de contraer matrimonio (pues, la Constitución no adopta una concepción sobre el mismo).

Por último, en el mismo tenor que Ferrero, el *magistrado Blume*, señala que el Legislativo puede generar «*una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas, sin que la misma se denomine matrimonio*».

El voto de *Sardón de Taboada*; se alude al Art 2050 del Código Civil, Libro X «Derecho Internacional Privado»; el cual, establece lo siguiente:

Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres.

Según *Sardón*, no se puede reconocer el derecho adquirido en el extranjero del señor Ugarteche porque la noción de matrimonio de Ciudad de México atentaría contra el orden público internacional y con las buenas

costumbres. Esto se debe, según Sardón, a que la noción constitucional de matrimonio que acoge el Perú es el del matrimonio heterosexual.

En el objetivo específico tercero: Establecer un criterio que permita proporcionar un asidero legal para la formalización de la idea de que el matrimonio como figura jurídica pueda ser aplicado a los casos de unión entre personas del mismo género, tenemos como hallazgos que el Juez del Séptimo Juzgado Constitucional, emite un pronunciamiento a la luz de lo ya señalado por el derecho internacional y sin vulnerar la Constitución Política del Perú, a través de su resolución establece criterios jurídicos validos como: 1) Fundamentos jurídicos del matrimonio igualitario (en nivel abstracto) y 2) Fundamentos jurídicos para resolver el caso Ugarteche.

Sobre los fundamentos jurídicos del matrimonio igualitario, el Juez establece un asunto que parece no tener mayor discusión entre las partes: precisa que para analizar la figura del matrimonio en el ordenamiento peruano debemos remitirnos principalmente al Código Civil, debido a que la Constitución nos reenvía a esta norma con rango de ley.

Sin embargo, indica que el concepto de matrimonio que se ha establecido legalmente debe ser analizado en su aspecto sustantivo desde la óptica de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política.

Es así que, en el décimo considerando de su resolución, el Juez, señala que la Constitución protege el derecho a libre desarrollo y bienestar de la persona, así como reconoce el principio-derecho de igualdad y no discriminación.

Asimismo, el Juez toma en consideración como normas constitucionales a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados en nuestro ordenamiento, así como a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de conformidad con el Art VII del Título Preliminar del Código Procesal de aquél entonces, el cual establecía que:

“Este Código interpretará el contenido y alcance de los derechos constitucionales tutelados por procesos regulados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como, las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Derechos Humanos el cual estado peruano lo constituye”.

De estas posturas adoptadas, se concluye que el magistrado aborda el caso desde un enfoque constitucional (que incluye al derecho internacional de los derechos humanos) más que legal. En este sentido, el Juez desarrolla normativamente diversos tratados internacionales de derechos humanos que tienen relación con la controversia planteada por las partes.

Por lo que, en relación a lo indicado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Juez alude al Art 2 de la Declaración, para señalar:

“...que los derechos y libertades albergados les pertenecen a todos los seres humanos sin discriminación de ninguna índole...”.

Asimismo, acude a los Principios de Yogyakarta, que son principios del derecho internacional de los derechos humanos, que de forma explícita hacen extensivos el alcance de la Declaración Universal de Derechos Humanos para el colectivo LGTBIQ+.

El Juez emplea los Principios de Yogyakarta para analizar la Declaración en su Art 16, que, en lo referente a la figura del matrimonio, señala:

«los hombres y mujeres – a partir de la edad núbil – tienen derecho a contraer matrimonio sin discriminación de ningún tipo».

Además de ello, para ampliar los alcances de esta norma y hacerla extensiva a la comunidad LGTBIQ+, considera:

1. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; en lo que respecta a la figura del matrimonio, este instrumento internacional, en su Art 23 numeral 2, refiere que:

«Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, a fundar una familia si tienen edad para ello». Hace especial énfasis en el derecho a fundar una familia».

2. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; donde se resalta el derecho humano a constituir una familia; pues, el Art VI de esta Declaración estipula que:

«Toda persona tiene derecho a constituir familia; el elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella».

3. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*; donde se

tiene que en su Art 17 inciso 2:

«Se reconoce el derecho del hombre y mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello y por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención».

La invocación a este instrumento internacional resulta importante, debido a que sigue resaltando el derecho humano a contraer matrimonio y formar una familia; pero, en especial, resalta la importancia de que las leyes internas no vulneren el principio-derecho de igualdad y de no discriminación.

Luego de referirse a los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, el Juez, argumenta que: *“...la familia es un instituto natural que se ha visto envuelto en un desarrollo de cambios sociales, por lo que, ha quedado anacrónico el concepto tradicional de familia, pues actualmente se reconoce social y jurídicamente las variadas formas de los grupos familiares...”*

Asimismo, el Juez considera oportunamente que los homosexuales en el Perú tienen impedimentos para fundar una familia (siendo el matrimonio un medio para formarla, he ahí la vinculación); lo cual atenta contra el principio-derecho de igualdad y de no discriminación (que concuerda con la argumentación que hemos desarrollado).

Por último, en el considerando décimo noveno, el Juez reflexiona sobre lo desfasada que se encuentra la regulación legal del matrimonio. Indica que el Código Civil data de 1984 y el derecho al matrimonio igualitario (en la experiencia comparada) recién se comienza a reconocer en el 2001. Por lo tanto, en su consideración, se evidencia que el Código Civil no se ajusta a las exigencias de la época en la que vivimos, necesitando una reforma en su concepción legal sobre la institución matrimonial.

Sobre sus Fundamentos para resolver el caso en concreto; y que claramente señalan criterio jurídico; verifica si se ha vulnerado o no los derechos constitucionales de Óscar Ugarteche; por lo que, el Juez, comienza haciendo una distinción entre diferenciación y discriminación. La diferenciación sería el trato desigual que está justificado por causas objetivas

y razonables; por su parte, la discriminación es el trato desigual sin justificaciones objetivas o razonables.

En una línea concordante con la nuestra, el Séptimo Juzgado Constitucional considera que el hecho de no reconocer el matrimonio del señor Óscar Ugarteche con Fidel Aroche es un acto discriminatorio, pues se le rechaza por la unión de una pareja homosexual, lo que no resulta un motivo razonable ni objetivo para el trato desigual.

En referencia a su exposición previa (en la que desarrolla los tratados internacionales y los derechos humanos), el Juez sostiene que este acto discriminatorio atenta contra derechos fundamentales y contra los instrumentos internacionales desarrollados.

Sobre todo, porque nuestro Código Civil no cuenta con una normativa que permita reconocer el derecho de las personas homosexuales a constituir una familia mediante la unión matrimonial, lo que los deja desprotegidos y vulnerados por el propio Estado.

La sentencia también desarrolla otros aspectos importantes, así como que es válido el reclamo por vía judicial de los derechos de la comunidad LGTBIQ+. Por lo tanto, la Constitución Política debe ser interpretada acorde a los cambios sociales de la época y los tratados internacionales; pues, de esta forma se permite la protección jurídica de las personas de la comunidad LGTBIQ+.

Asimismo, se pronuncia respecto a las opiniones religiosas que impiden el reconocimiento del matrimonio homosexual, señalando correctamente que nuestro país es un Estado laico; es decir, que no se legisla acorde a una doctrina religiosa, sino acorde al derecho.

Los argumentos desarrollados por el Séptimo Juzgado Constitucional son los que permiten resolver la demanda interpuesta por Óscar Ugarteche y Fidel Aroche declarándola fundada, ordenando a RENIEC la inscripción y reconocimiento del matrimonio igualitario que Ugarteche y su pareja; que fue celebrado en Ciudad de México.

Por todo lo expuesto, a modo de ir finalizando este apartado, respecto al objetivo general: Determinar si es constitucionalmente viable la regulación

del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano, debemos precisar que los hallazgos de los resultados de cada objetivo específico nos conducen a determinar que este objetivo general se cumple; por cuanto de la investigación podemos apreciar la existencia de un criterio jurídico que puede ser aplicado siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales de las personas que buscan el reconocimiento del matrimonio igualitario; por cuanto en el contexto internacional, los organismos jurisdiccionales competentes han establecido criterios válidos para su reconocimiento; en ese orden de ideas, los resultados nos arrojan de que si resulta coherente decir que si es posible su regulación en nuestro ordenamiento jurídico nacional ya que respondería a una adecuación evolutiva del mundo y que la misma sociedad nos impone; lo que, nos proporciona un asidero legal para que su formalización como nueva institución jurídica pueda ser aplicado a los casos de unión entre personas del mismo género.

3.2. Discusión.

Como discusión de resultados del objetivo específico primero: Analizar cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado; debemos precisar, que nuestro país no debe ser ajeno a la modernización “psicológica”; que, pese a los incipientes pasos dados a través de propuestas legislativas lamentablemente no escuchadas, consideramos que estaríamos en camino a una no muy lejana regulación constitucional que debe ser apreciada desde la norma, sin miramientos conceptuales epistemológicos y partiendo exclusivamente desde el principio de legalidad.

Las investigaciones internacionales precisadas en nuestros resultados; y que han sido suscritos por nuestro país nos ofrecen una gama de argumentos válidos que contienen pronunciamientos alejados de dogmas religiosos, sociales y culturales que son de imposición a los estados en general, por cuanto consideran que las personas son iguales ante la ley y no se les debe discriminar ni desproteger, en dicho sentido la comunidad

LGTBIQ+ debe gozar de los derechos que le confiere su calidad de seres humanos.

Como reflejo de lo prescrito en los tratados y organismos internacionales, los estudios internacionales precisados en los resultados de nuestra investigación concluyeron en aspectos puntuales como Álzate (2016), en Colombia, con su tesis Matrimonio Igualitario, Homosexual o Gay; determinó que el contexto socio cultural de del estado colombiano afecta de forma inmediata en la discriminación de la comunidad LGTBI; en el caso de García (2017), en Málaga-España, con su tesis Homosexualidad y matrimonio en Iberoamérica, para conocer los Cambios psicosociales e institucionales; y, analizar el impacto a nivel psico social de la comunidad LGTBI en el matrimonio iberoamericano, determinó que el contexto socio cultural en cada uno de los países de Iberoamérica repercute de manera frontal en la forma de vida de la conocida comunidad representada como LGTBI; por su parte, Carrillo y Ramos (2017), en Costa Rica, con su tesis Analizar la inconstitucionalidad del Art 14 del Código de Familia, como base principal que el derecho a un matrimonio, considerado y reconocido como un derecho humano, es independiente de cualquier orientación sexual; determinó la viabilidad legal del Art 14 del Código de Familia frente a los Art 33, 48, 50, 51 y 52 de la Constitución Política y Art 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos, donde se reconoce el derecho al matrimonio como un derecho humano y que esta proscrito de cualquier discriminación; en el caso de Benalcázar (2018), en Ecuador, con su tesis, El derecho humano al matrimonio igualitario en Ecuador, determinó que el caso Correa Troya se basó en una interpretación formal, legal y restrictiva de los derechos constitucionales de la pareja demandante, los cuales luchaban para ejercer su derecho al matrimonio, (...) el razonamiento del tribunal se basó en una interpretación literal de los principios constitucionales, los valores morales y por último el aspecto religioso.

En cuanto a la discusión de resultados del objetivo específico segundo: Determinar cuáles son los principales fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio igualitario en el Perú; como ya lo hemos

precisado, nuestra investigación se ha fundamentado en el análisis de la Carta Magna, el Código Civil y del Pleno Sentencia 676/2020. EXP. N.º01739-2018-PA/TC - LIMA. ÓSCAR UGARTECHE GALARZA, de fecha 11 de noviembre de 2020.

En referencia a las normas antes señaladas, debemos decir que, en la primera, consideramos que se hace una interpretación subjetiva del Art 4; el cual, prescribe de manera general que la ordenación del matrimonio se desarrolla por Ley, conduciéndonos indiscutiblemente a lo establecido a la segunda norma revisada la que en su Art 234 determina de manera literal la defensa del matrimonio como institución jurídica.

Resulta pertinente, primordial y objetivo el reconocer que en nuestro ordenamiento constitucional se involucra la figura del matrimonio en un contexto más amplio del que los detractores observan.

Nuestra Carta Magna, máxima expresión de nuestra normatividad, en su Art 2 inciso 2, se establece como principio a la igualdad; y a la no discriminación como derechos fundamentales de cualquier persona; en esa misma idea, en el Art 4, encontramos que no se establece un parámetro en la situación jurídica del matrimonio según el caso que involucra personas del mismo sexo.

Un primer aspecto importante a resaltar es que esta disposición normativa reconoce al matrimonio como una institución; pero, no hace referencia exacta a un concepto de matrimonio. No dice qué modelo de matrimonio se adopta constitucionalmente.

Sobre esto, hay diversas posiciones que tratan de dotar de contenido a esta figura; pero, lo cierto es que, el mismo Art 4 indica que «la ley» regula la forma del matrimonio.

Como bien indica Sar (2019) a pesar de la actual regulación jurídica del matrimonio, "el constituyente no limita su contenido a una idea fija, sino que cambia naturalmente con el tiempo y deja a la mayoría decidir cuál sería la mejor configuración de acuerdo a sus elementos".

Esto no significa que cualquier concepción que se regule como matrimonio va a ser constitucional, pues en el paradigma constitucional actual

la validez normativa se mide tanto por la forma como por el contenido.

Es decir, la noción que regule la ley como matrimonio, si bien tiene un amplio margen de discrecionalidad, tiene que respetar el marco constitucional que se encuentre vigente (atender a la dignidad de las personas, al principio de igualdad, de libre desarrollo de la personalidad, paternidad y maternidad responsable, entre otros). Por ejemplo, no sería constitucional una regulación del matrimonio que permita o promueva el abuso contra la mujer.

Otro aspecto que llama la atención, es la presencia de los calificativos de «natural» y «fundamental» en el Art 4 de la Constitución. Ante esto, cabe preguntarnos ¿Qué significa que sea «natural» y que sea «fundamental»?

Algunas voces han vinculado la idea de «natural» con una concepción tradicional-religiosa del matrimonio, indicando que históricamente el matrimonio sólo ha sido la unión entre un varón y una mujer. Con esta posición, por consecuencia, se deja fuera de la figura del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, es importante anotar que la figura del matrimonio, como fenómeno social, ha sido entendido de muchas maneras conforme al tiempo y a la cultura. Antes, por ejemplo, se entendía como natural que el matrimonio fuera «para siempre», la desigualdad entre los cónyuges, los matrimonios pactados, entre otra serie de situaciones que en la actualidad rechazamos.

Por su parte, Sar (2019) argumenta que por «institución natural» se entiende a que el matrimonio se produce del instinto de convivencia que tenemos como seres humanos. En lo que respecta al calificativo de «fundamental», Sar (2019) sostiene que se trata del estatus privilegiado que le intentó dar el Poder Constituyente al matrimonio.

Esta posición de vincular lo «natural» con el producto de la expresión social ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional. Al referirse a la familia como «instituto natural», el Tribunal Constitucional ha señalado que una institución natural «se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales»; tal y como, lo podemos ver en el Expediente 9332-2006-AA, que ya forma parte de la jurisprudencia en nuestro país.

En referencia a la segunda norma precisada del Código Civil en su Art

234, debemos decir que esta regulación adoptada incurre en discriminación directa. La misma que se da cuando una «norma explícitamente hace una distinción no justificada ya que no existe una razón objetiva que sostenga dicha distinción» (Ronconi, 2019).

En ese sentido, se tiene que el Art 234 excluye de su regulación a las parejas del mismo sexo, generando una situación de discriminación directa; pues, no permite el acceso de las parejas homosexuales a la institución matrimonial.

Sobre la discriminación a la comunidad LGTBIQ+ es interesante revisar la Opinión Consultiva 24/17 («Identidad de Género e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la cual, indica que las parejas del mismo sexo tienen derecho de ser reconocidas sin discriminación alguna de sus vínculos familiares.

Por lo tanto, los Estados tendrían la obligación de garantizar el acceso de la comunidad LGTBIQ+ a todas las instituciones jurídicas referentes a la familia, lo que incluye el acceso a la institucional de matrimonio.

En referencia a la jurisprudencia, materia de la presente investigación y que contiene el Caso Ugarteche Aroche, debemos precisar que los criterios tomados en cuenta por los magistrados son paradójicos; pues, vulneran la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos desarrollada por organismos competentes en la materia; por cuanto, desconocen al hombre en su dimensión integrada.

Como ya se expresó en nuestros resultados, la discusión en el caso del voto del magistrado Ferrero, el matrimonio solo puede darse para las uniones heterosexuales; pues, «primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer); y, después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes» (voto singular).

Como se vio en el apartado correspondiente, esta posición es equivocada debido a que confunde el plano descriptivo con el prescriptivo. El magistrado emplea una etiqueta conceptual (descriptiva) para alegar un esencialismo al término, desatendiendo que un concepto puede ser

modificado conforme a los cambios sociales. El matrimonio no ha significado lo mismo en todos los tiempos, pero el magistrado se desentendiendo de esta postura.

Incluso, señala que la diferencia entre las uniones homosexuales y las uniones heterosexuales está en la descendencia; lo cual, nos lleva a plantearnos si, en consideración del magistrado, las uniones heterosexuales de personas que no puedan tener descendencia deben estar impedidos de contraer matrimonio.

Asimismo, el magistrado Ferrero señala que el matrimonio igualitario atenta contra el orden público internacional, debido a que los tratados de derechos humanos establecen que el matrimonio solo puede instituirse por parejas heterosexuales. Por lo que, si atenta contra el orden público internacional, no debería reconocerse en nuestro Estado los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero. Por último, el magistrado Ferrero se muestra «a favor» de que el Legislativo regule una figura - distinta al matrimonio - para proteger los derechos patrimoniales de las personas que vivan juntas (incluso, para parientes o amigos); lo cual, en su consideración, protegería a las uniones homosexuales.

Como se desarrolló anteriormente, esta postura sigue siendo discriminatoria, pues estigmatiza a la comunidad LGTBIQ+, invalidando y sometiendo su proyecto de vida a la de las uniones heterosexuales.

Nuestra discusión sobre el voto del magistrado Miranda Canales, debemos precisar que no analiza aspectos sustantivos de la controversia (derecho de igualdad, institución matrimonial, entre otros); sino, que se va directamente a aspectos de procedibilidad.

Según Miranda, la ponencia del caso, no se pronunció respecto a este requisito de procedibilidad. Miranda indica que «el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas»; por lo que, resuelve declarar improcedente la demanda de amparo.

Nuestra discusión sobre el voto de Blume Fortini, su opinión de que en el Caso Ugarteche no existía un derecho constitucional «en juego»; pues, «la

Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo» (considerando uno del voto singular), resulta equivocada; por cuanto, el derecho fundamental que se estaba siendo afectado es el derecho de igualdad y no discriminación (debido a que no reconocen su matrimonio celebrado en el extranjero como sí lo hacen con los matrimonios celebrados en el extranjero de parejas heterosexuales).

Además, Blume no tuvo en cuenta que el catálogo de derechos fundamentales no es de *numerus clausus*, sino uno de *numerus apertus*. Es decir, el matrimonio igualitario como derecho vinculado al derecho de igualdad pudo ser reconocido mediante la cláusula de apertura de los derechos fundamentales que estipula nuestra Constitución.

Nuestra discusión sobre el voto de Sardón de Taboada, se orienta a que alude al Art 2050 del Código Civil, Libro X «Derecho Internacional Privado», el cual establece lo siguiente:

Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres.

Según Sardón, no se puede reconocer el derecho adquirido en el extranjero del señor Ugarteche porque la noción de matrimonio de Ciudad de México atentaría contra el orden público internacional y con las buenas costumbres. Esto se debe, según Sardón, a que la noción constitucional de matrimonio que acoge el Perú es el del matrimonio heterosexual.

Al respecto, Sardón incurre en un error. Como hemos desarrollado, la Constitución no fija un concepto de matrimonio. Es más, de una lectura integral de la Constitución podemos concluir que un concepto de matrimonio que reconozca el acceso a parejas del mismo sexo satisface el principio-derecho de igualdad, a diferencia de la regulación actual.

En cuanto a la discusión de resultados del objetivo específico tercero: Establecer un criterio que permita proporcionar un asidero legal para la formalización de la idea de que el matrimonio como figura jurídica pueda ser aplicado a los casos de unión entre personas del mismo género, tenemos que

el Juez del Séptimo Juzgado Constitucional, establece un precedente para ser tomado en cuenta; por cuanto, con buen criterio, indica que el concepto de matrimonio que se ha establecido legalmente debe ser analizado en su aspecto sustantivo desde la óptica de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política.

Es así que, en el décimo considerando de su resolución, señala que la Constitución protege el derecho a libre desarrollo y bienestar de la persona; así como reconoce el principio-derecho de igualdad y no discriminación.

Asimismo, toma en consideración como normas constitucionales a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados en nuestro ordenamiento; así como, a la Declaración Universal de Derechos Humanos,

De estos criterios adoptados, podemos concluir que el matrimonio igualitario debe ser abordado desde un enfoque constitucional (que incluye al derecho internacional de los derechos humanos) más que legal. Por lo tanto, este tipo de casos deben ser desarrollados normativamente en relación con los diversos tratados internacionales de derechos humanos.

En ese orden de ideas, lo indicado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el caso concreto del matrimonio igualitario, debe aludirse al Art 2 de la Declaración, para señalar que los derechos y libertades albergados les pertenecen a todos los seres humanos sin discriminación de ninguna índole.

Para concluir este apartado, la discusión sobre los resultados del objetivo general: Determinar si es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano, este objetivo podemos afirmar que por las consideraciones expuestas en las discusiones precedentes consideramos que si resulta constitucionalmente viable su regulación en nuestro ordenamiento.

Su aceptación y reconocimiento no es otro más, que el entendimiento de la figura misma del matrimonio como relación contractual; es decir, que si ya los Babilonios, cuatro mil años antes de la era cristiana hablaban de la celebración del vínculo, no puede la iglesia o ningún grupo religioso o laico atribuirse un derecho desde la cristiandad para la administración exclusiva del

matrimonio como acto sacramental,

En razón de ello, el matrimonio igualitario, por lo cual, debe ser entendido como que es un acto que debe cumplir con lo estipulado no por el derecho canónico; sino más bien, con la idea de que la sociedad requiere que se tutele el derecho en base a una realidad social, más no ideológica; ya que, de continuar manteniendo la figura del matrimonio tomando como esquema el planteado por la iglesia, vamos a generar una involución jurídica; donde derecho y religión sean directamente proporcionales; lo cual, nos alejaría de la teoría del estado moderno.

IV.-CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

Queda claro que los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado, están determinados por los criterios jurisprudenciales que han sido generados por los organismos jurisdiccionales internacionales en derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José el Tribunal Europeo de derechos humanos que a través de informes, opiniones y declaraciones han propiciado que diversos estados garanticen los derechos y libertades de grupos minoritarios discriminados como la población LGTBIQ+.

Dentro de los fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio igualitario en el Perú, en primer lugar, destaca principalmente el Código Civil en su Art 234; el mismo, que está siendo aplicado literalmente; y sin tener en cuenta la existencia de una norma de mayor jerarquía como nuestra Carta Magna que garantiza el derecho a la igualdad y la no discriminación.

En segundo lugar, tenemos que la Constitución Política del Perú no está siendo interpretada en forma integrada y la dimensión que requiere el matrimonio igualitario; por cuanto, en primer lugar, el Art 4 está siendo interpretado de forma subjetiva, si bien es cierto, literalmente, señala la protección de la familia y la promoción del matrimonio; también es cierto, que tampoco deja entrever excepciones como la prohibición del matrimonio igualitario. Lo interpretado, es consecuencia de sesgos sobre cuestiones ideológicas de algún grupo conservador, que en nuestro país lamentablemente aún resulta dominante y que alude que el matrimonio es una cuestión de derecho natural y lo enfoca desde su aspecto teológico y olvidando que nuestro país es un estado laico.

Consideramos que si es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano; pues, como ya se expresó, el Art 4 de la Constitución Política del Perú, no establece parámetros

discriminatorios de la figura; siendo el Código Civil, la norma que genera el acto de discriminación; por ello, la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano, dependerá única y exclusivamente de una pequeña reforma al Código sustantivo de 1984; el cual, además, se encuentra y en proceso de actualización.

En ese orden, debemos decir que el matrimonio igualitario no representa una causal de que exista riesgo alguno al bienestar social del niño, al adolescente, a la madre y al anciano; al contrario, al instituir la posibilidad de la existencia de ese vínculo, se generaría una mayor posibilidad de defensa a las personas en situación de abandono; debido a que el vínculo matrimonial genera los correspondientes derechos patrimoniales y de sustento que podría reducir el riesgo en el que se encuentran algunas personas como consecuencia de su orientación sexual llegan a edad avanzada sin una familia que los respalde y los proteja.

Por lo tanto, su viabilidad constitucional, no requiere una modificación de la Carta Magna; pues, el Artículo 4, nos señala que la forma del matrimonio, las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley; mas no establece cual; por lo que, es esa ley complementaria la que tendrá que adecuarse, sea el Código Civil o alguna ley especial que regule el derecho pretendido, sin llegar a ser requerida una reforma constitucional.

Para finalizar, sobre los criterios interpretativos que deberían existir para lograr que la figura del matrimonio igualitario sea viable constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico peruano, podemos concluir que la interpretación de la norma constitucional debe efectuarse sin el apasionamiento motivado por creencias que entorpezcan su aplicación.

4.2 Recomendaciones

Nuestra recomendación respecto al problema específico primero: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado?, consideramos que los fundamentos jurídicos están dados a través de los informes, opiniones y declaraciones dados por los organismos jurisdiccionales internacionales. Sin embargo, se debe sancionar a los estados parte en caso de incumplimiento.

Nuestra recomendación respecto al problema específico segundo: ¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio igualitario en el Perú?; consideramos que no es necesaria mayor modificación normativa; solo se requiere cambiar una sola palabra dentro de todo el marco normativo nacional para resolver la problemática planteada en la presente investigación.

Esta modificatoria debería realizarse en el Art. 234º del Código Civil peruano que define al matrimonio de la siguiente manera:

“La unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”

Debiendo quedar consignado de la siguiente manera:

“La unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”

Como se puede apreciar, el cambio no es sustancial; es, en realidad bastante sencillo; y, sin mayor complejidad; debiendo, siempre recordar que tal y como lo dijera uno de los pensadores más grandes de la filosofía del Derecho, la solución más sencilla es aquella que suele ser la más probable respuesta a un problema.

Nuestra recomendación sobre lo planteado como problema específico tercero: ¿Es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano?, consideramos que si es constitucionalmente viable por las consideraciones expuestas en los resultados y discusión de la presente investigación.

Para finalizar, *nuestra recomendación sobre lo planteado como problema general: ¿Qué criterios interpretativos deberían existir para lograr que la figura del matrimonio igualitario sea viable constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico peruano?*, consideramos que los órganos jurisdiccionales encargados de la administración de justicia en nuestro país; en casos como el que ha sido materia de investigación; no solamente deben limitarse a efectuar una interpretación gramatical y restrictiva de la norma; sino que, además debe hacer uso de los criterios interpretativos jurídicos válidamente permitidos como la extensiva, lógica y sistemática.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2001). Sobre la constitución del Estado Constitucional. DOXA 24, 429-457.
- Azcárraga, C. (2008) La problemática suscitada por los matrimonios homosexuales en el derecho internacional privado comparado. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539905007>
- Benavides, J., & Escudero, J. (2020). Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. En Revista Derecho del Estado 47 (págs. 145-175).
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Astrea.
- Carrillo, R., & Ramos, J. (2017). Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, basado en que el Derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual de las personas [tesis de pregrado, Universidad de Costa Rica]. Repositorio institucional UCR. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Rafael-Angel-Carrillo-Trabajo-Final-de-Graduacion.pdf>
- Celano, B. (2019). Los derechos en el estado constitucional. Lima: Palestra Editores.
- Celorio, R. (2019). Derechos, libertad, autonomía y matrimonio. El legado constitucional e internacional de Obergefell vs. Hodges. En N. Espejo, & A. Ibarra, La constitucionalización del derecho de familia (págs. 95-114). Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales SCJN.
- CNN Español. (26 de Septiembre de 2022). ¿En qué países es legal el matrimonio homosexual? ¿Dónde fue legal primero? CÑN.
- Coca, S. (2020). El matrimonio y sus elementos según el Código Civil. LP PASIÓN POR EL DERECHO.
- Corte IDH. (2017). Opinión Consultiva 24/17, Identidad de Género e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo.
- Espinosa-Saldaña, E. (2020). Los principios de igualdad y no discriminación, una

perspectiva de Derecho Comparado. Lima: EPRS - SERVICIO DE ESTUDIOS DEL PARLAMENTO EUROPEO.

- Eto, G. (2014). El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial. En Tribunal Constitucional, Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú (págs. 513-526). Lima.
- Fernández, B. (2018). Fundamentos constitucionales del matrimonio igualitario (Tesis de licenciatura). Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Figueroa, A. (1993). La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo. *Revista de Estudios Políticos* 81, 47-72.
- García, J. (1987). Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 111-132.
- García, L. (2017). La primera legislación sobre matrimonio igualitario y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (acción de inconstitucionalidad 2/2010). En A. Micaela, & R. Niembro, *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México* (págs. 1-20). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Arequipa: Editorial ADRUS.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. (C. Moreno, & L. Cárdenas, Trads.) Lima: Raguel Ediciones.
- Guzmán, C. (2015). *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hakansson, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Jaramillo, I. (2013). Del liberalismo a la paridad: tres modelos para pensar el matrimonio, el divorcio y la paternidad. En *ISONOMÍA* 38 (págs. 67-101).
- Mazzinghi, J. (2006). *Tratado de Derecho de Familia Tomo I*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Montserrat, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. México DF: Cultura Jurídica.

- Morales, F. (2018). La Regla de Reconocimiento del Sistema Jurídico Peruano. Estudio analítico de las fuentes del derecho peruano. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Nino, C. (1989). Ética y derechos humanos. Buenos Aires: Astrea.
- 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 pregrado, Universidad Nacional de Huancavelica]. Repositorio institucional UNH. <https://repositorio.unh.edu.pe/handle/UNH/469>
- Pazo, O. (2014). Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pisarello, G., & García, R. (2009). Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada. En L. Ferrajoli, J. Moreso, & M. Atienza, La teoría del derecho en el paradigma constitucional (págs. 9-24). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Plácido, A. (2012). Familia, Niños, Adolescentes y Constitución. Lima: Academia de la Magistratura.
- Presno, M. (2013). El matrimonio: ¿Garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada. En ReDCE 19.
- Quintana, K. (2017). La evolución judicial del matrimonio igualitario en México. Su impacto en el reconocimiento de derechos. En A. Micaela, & R. Niembro, La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México (págs. 21-54). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Rojas, D. (. (2011). Caracterización del matrimonio ¿Es o no un contrato? En Nuevo Derecho 7, n.º9.
- Ronconi, L. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. ISONOMÍA 49, 103-140.
- Rosado, C. M (2017). Regulación de la identidad de género en el derecho civil peruano: incidencias generadas por el cambio de sexo y condición de estado civil [tesis de pregrado, Universidad Nacional de Trujillo].

<https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9319>

- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- Rubio, M., Eguiguren, F., & Bernales, E. (2017). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Saba, R. (2017). *Introducción. Matrimonio, autonomía e igualdad*. En A. Micaela, & R. Niembro, *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México* (págs. XIII - XXXI). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sar, O. (2019). *La regulación constitucional del matrimonio y las opciones del legislador*. En VOX JURIS (38) (págs. 95-106). Lima.
- Trazegnies, F. (1990). *La familia ¿un espejismo jurídico?* En F. Trazegnies, R. Rodríguez, C. Cárdenas, & J. Garibaldi, *La familia en el Derecho peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zapata M.D.P. (2019). *Reconocimiento de la unión igualitaria constitutiva de una familia partir de la inscripción del matrimonio igualitario extranjero* [tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio.

ANEXOS

Anexo 01.- Resolución de aprobación de Proyecto de Investigación



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
RESOLUCIÓN N°0615-2023/FADHU-USS

Pimentel, 19 de julio del 2023

VISTO:

El oficio N° 0316-2023/FADHU-ED-USS de fecha 11 de julio del 2023, presentado por la Escuela Profesional de Derecho, donde solicita se emita la resolución de aprobación de los Proyectos de Investigación (tesis); Y,

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su Artículo 18° establece que: "La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica (...). Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes."

Que, acorde con lo establecido en el Artículo 8° de la Ley Universitaria, Ley N° 30220, "La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente ley demás normativa aplicable. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes regímenes: normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico". La Universidad Señor de Sipán desarrolla sus actividades dentro de su autonomía prevista en la Constitución Política del Estado y la Ley Universitaria N° 30220.

Que, acorde con lo establecido en la Ley Universitaria N°30220, indica:

- Artículo N° 6°: Fines de la Universidad, Inciso 6.5) "Realizar y promover la investigación científica, tecnológica y humanística la creación intelectual y artística".

Según lo establecido en el Artículo 45° de la Ley Universitaria, Ley N° 30220, "Obtención de Grados y Títulos: Para la obtención de grados y títulos se realiza de acuerdo a las exigencias académicas que cada universidad establezca en sus respectivas normas internas.

Que, el Reglamento de Investigación de la USS Versión 8, aprobado con Resolución de Directorio N°015-2022/PD-USS, señala:

- Artículo 72°: Aprobación del tema de investigación: El Comité de Investigación de la escuela profesional eleva los temas del proyecto de investigación y del trabajo de investigación que esté acorde a las líneas de investigación institucional a Facultad para la emisión de la resolución.
- Artículo 73°: Aprobación del proyecto de investigación: El (los) estudiante (s) expone ante el Comité de Investigación de la escuela profesional el proyecto de investigación para su aprobación y emisión de la resolución de facultad.

Que, Reglamento de Grados y Títulos Versión 08 aprobado con resolución de directorio N° 020-2022/PD-USS, señala:

- Artículo 21°: "Los temas de trabajo de investigación, trabajo académico y tesis son aprobados por el Comité de Investigación y derivados a la facultad o Escuela de Posgrado, según corresponda, para la emisión de la resolución respectiva. El periodo de vigencia de los mismos será de dos años, a partir de su aprobación (...)."
- Artículo 24°: "La tesis, es un estudio que debe denotar rigurosidad metodológica, originalidad, relevancia social, utilidad teórica y/o práctica en el ámbito de la escuela académica profesional (...)."
- Artículo 25°: "El tema debe responder a alguna de las líneas de investigación institucionales de la USS S.A.C."

Que, visto el oficio N° 0316-2023/FADHU-ED-USS de fecha 11 de julio del 2023, presentado por la Escuela Profesional de Derecho, donde solicita se emita la resolución de aprobación de los proyectos de Investigación (Tesis), quienes cumplen con los requisitos, por lo que se debe proceder a su inscripción respectiva, con fines de sustentación.

Estando a lo expuesto y en uso de las atribuciones conferidas y de conformidad con las normas y reglamentos vigentes.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR los **PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN (TESIS)** de los estudiantes descritos en la lista que forma parte de la presente resolución.

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN
1	RAMIREZ PARRILLA DAYANA BRISBANY	MODIFICATORIA DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO: LA RAZONABILIDAD DEL MEDIO EMPLEADO COMO NUEVO ELEMENTO DEL TIPO PENAL
2	VIA LEZAMA JAZIEL DE LOS SANTOS	VULNERACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD Y LIBRE DESARROLLO EN LAS POSTULACIONES EN LA POLICIA NACIONAL DEL PERÚ CHICLAYO, 2021
3	DE LA CRUZ RAMIREZ CARLOS	ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ESPECIAL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD EN LOS PROCESOS DE EXONERACIÓN DE ALIMENTOS EN EL PERÚ
4	- CEVALLOS FLORES JAMES JACK - MOROCHO MENDO WILMER AARON	LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DONANTES DE GAMETOS ANTE PRETENSIONES DE FILIACIÓN CON MENORES CONCEBIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS
5	JIMENEZ CALDERON JESSENIA NATALI	CRITERIOS PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN EL PROCESO CIVIL - 2021
6	- CONSTANTINO SEMACHE JORGE LUIS - SUCLUPE SANDOVAL JUAN DANIEL	SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL POR ALIMENTOS EN LA CIUDAD DE CHICLAYO
7	- GUERRERO PERALES INGRID JACKELINE - MORENO RUIZ KARLA JOSEFA	EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CONCUBINO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA
8	- RAMOS QUEZADA YAMILE YADHIRA - VALLADOLID GUTIERREZ MONICA ISABEL	EFFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DELITO DE CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD CONFORME LA R.F.N 1245-2018-MP-FN, EN LAS FISCALÍAS PENALES DE FERREÑAFE, 2020-2023
9	- MIÑOPE CHAVEZ KATHERIN ALEXANDRA - MONJA ZUÑIGA NILTON CESAR	PROTECCIÓN DE LA VIDA ANIMAL EN EL PERÚ ¿SER SENSIBLE O INTERÉS PATRIMONIAL? "ANÁLISIS DEL CONFLICTO NORMATIVO ENTRE EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY 30407"
10	CASTILLO CONSTANTINO JAVIER ARTURO	IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN FUTURO EN PROYECTOS DE LOTIZACIÓN DEL SECTOR INMOBILIARIO, CHICLAYO 2022
11	LLAQUE TOKUMURA CABREJOS JORGE	LOS PRECEDENTES VINCULANTES Y SUS EFECTOS EN LOS DELITOS CONTRA DE LA LIBERTAD SEXUAL EN PERÚ, 2021
12	- HUAMAN PISCOYA LINA DEL CARMEN - LAZO TORRES DANY DANIEL	LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL DEBER DE ABSTENCIÓN EN EL ÁMBITO PARLAMENTARIO PERUANO ANTE CASOS DE CONFLICTOS DE INTERÉS PARTICULAR
13	VELA DELGADO FIORELLA ISABEL	LA APLICACIÓN DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL
14	DIAZ PAURO EDWAR RENE	CONTROL ADUANERO EN EL TRÁNSITO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS Y PERSONAS EN EL COMPLEJO FRONTERIZO DE SANTA ROSA TACNA -2022
15	MOLINA REYES GUILLERMO JESUS	EL TELETRABAJO Y LA PROTECCIÓN AL DERECHO DE INTIMIDAD EN LOS TRABAJADORES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

16	LA TORRE GALVEZ GUSTAVO ADOLFO	EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ
17	SANDOVAL GUZMAN SAMARA SOLEDAD	IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL EN EL RECURSO DE CASACIÓN LABORAL A LA LUZ DE LA LEY N° 31591
18	VASQUEZ ROJAS YANIXA CAMILA NICOLLE	APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN FUNCIÓN A LA POSESIÓN DE DROGAS DISTINTAS EN CONDICIÓN FARMACODEPENDIENTE, CHICLAYO, 2022

ARTÍCULO SEGUNDO: DISPONER que las áreas competentes tomen conocimiento de la presente resolución con la finalidad de dar las facilidades para la ejecución de la presente investigación.

REGISTRESE, COMUNIQUESE Y ARCHÍVESE



Dra. Dioses Lescano Nelly
Decana de la Facultad de Derecho y Humanidades



Mg. Delgado Vega Paula Elena
Secretaria Académica Facultad de Derecho y Humanidades

Anexo 02.- Acta de aprobación de asesor



ACTA DE APROBACIÓN DEL ASESOR

Yo Mg. Obiol Anaya Erik Francesc. Quien suscribe como asesor designado mediante Resolución de Facultad N°0815-2023/FADHU-USS, del proyecto de investigación titulado El matrimonio igualitario y su viabilidad constitucional en el Perú, desarrollado por el estudiante La Torre Galvez Gustavo Adolfo, del programa de estudios de Derecho, acredito haber revisado, y declaro expedito para que continúe con el trámite pertinentes.

En virtud de lo antes mencionado, firman:

MG. Obiol Anaya Erik Francesc	DNI: 42417854	
-------------------------------	---------------	---

Pimentel, 02 de abril de 2024

Anexo 03.- Acta de originalidad

	ACTA DE SEGUNDO CONTROL DE REVISIÓN DE SIMILITUD DE LA INVESTIGACIÓN	Código:	F3.PP2-PR.02
		Versión:	02
		Fecha:	18/04/2024
		Hoja:	1 de 1

Yo, **Martha Olga Marruffo Valdivieso**, coordinadora de investigación del Programa de Estudios de derecho, he realizado el segundo control de originalidad de la investigación, el mismo que está dentro de los porcentajes establecidos para el nivel de Pregrado según la Directiva de similitud vigente en USS; además certifico que la versión que hace entrega es la versión final del informe titulado: **EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ**

Elaborado por el Bachiller **LA TORRE GALVEZ GUSTAVO ADOLFO**

Se deja constancia que la investigación antes indicada tiene un índice de similitud del **19%**, verificable en el reporte final del análisis de originalidad mediante el software de similitud TURNITIN.

Por lo que se concluye que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio y cumple con lo establecido en la Directiva sobre índice de similitud de los productos académicos y de investigación vigente.

Pimentel, 21 de Mayo de 2024



Mg. Martha Olga Marruffo Valdivieso
Coordinador de Investigación
Escuela Profesional de Derecho
DNI N° 43647439

Anexo 04.- Instrumento

El matrimonio igualitario y su viabilidad Constitucional

Parámetros	Datos extraídos
Nombre del documento:	Expediente No 22863-2012
Autor:	Poder judicial
Referencia según APA:	Pleno Sentencia 676/2020. EXP. N.º 01739-2018-PA/TC – LIMA. ÓSCAR UGARTECHE GALARZA. (11 de noviembre de 2020). https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01739-2018-AA.pdf
Número de páginas:	75
Actores que aparecen y su rol:	Peticionante: Oscar Ugarteche Galarza Los magistrados: Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo. Los magistrados: Ledesma, Ramos (ponente) y Espinosa-Saldaña votaron, en minoría, por declarar FUNDADA la demanda de amparo.
Iniciativas:	La aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional requiere un previo proceso de configuración, ya que se trata de una causal de improcedencia que, al rechazar la demanda sin opción de analizar el fondo de la controversia, debe ser interpretada de forma restrictiva. En efecto, en virtud de esta disposición no es posible excluir, ab initio, importantes discusiones sobre si ciertas materias ingresan o no dentro del ámbito de algún derecho que se encuentre reconocido por nuestra norma fundamental.
Definiciones extraídas:	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
Datos relevantes:	Los magistrados que votan en minoría tienen claramente un sustento normativo supranacional mucho más sustentado que los de mayoría donde claramente se nota un sesgo ideológico más que una intención de resolver conforme al derecho, tanto a nivel nacional en relación en la aplicación del libro décimo del código civil (derecho internacional privado), así como a nivel internacional en materia de tutela de los derechos humanos, la igualdad, y sobre todo la libertad que se encuentra notoriamente vulnerada.
Otras políticas o iniciativas que influyan directamente.	Se han presentado varios proyectos (unión civil) dos veces y otras iniciativas, pero a la fecha sin éxito en materia normativa.
Detalles sobre el proceso:	Vulneración expresa del derecho del peticionante.

Anexo 05.- Validación de juicio de expertos

Instrumento de Validación No Experimental por Juicio de Expertos

1. NOMBRE DEL FISCAL		Telésforo Vásquez Figueroa
2.	PROFESION	Abogado
	ESPECIALIDAD	Derecho Constitucional
	GRADO ACADEMICO	Magíster
	EXPERIENCIA PROFESIONAL (AÑOS)	17 años
	CARGO	Fiscal Adjunto Superior de la ODC-Lambayeque
TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN		
EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL EN EL PERU		
3. DATOS DEL TESISTA		
3.1	NOMBRES Y APELLIDOS	Gustavo Adolfo La Torre Gálvez
3.2	PROGRAMA DE PREGRADO	Derecho
4. INSTRUMENTO EVALUADO		Entrevista (X) Cuestionario () Lista de Cotejo () Encuesta ()
5. OBJETIVOS DEL INSTRUMENTO		<p><u>GENERAL</u> Determinar si es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p><u>OBJETIVO ESPECIFICO 1</u> Analizar cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado.</p> <p><u>OBJETIVO ESPECIFICO 2</u></p>

		que pueda hacerse de dicha materia en nuestro ordenamiento jurídico.
03	Pregunta del instrumento En base a los criterios internacionales que hemos podido ver ya en países cercanos en costumbre jurídica al nuestro como lo podría ser Colombia, ¿Cómo se podría establecer un criterio que nos facilite el camino para que la idea del matrimonio se separe de la figura tradicional extraída del derecho canónico y se entienda como una figura del derecho civil?	A (X) D () SUGERENCIAS: Existen actualmente diferencias muy marcadas entre un "matrimonio católico" y un "matrimonio civil". En el caso concreto se tendría que conversar con las partes involucradas (por ejemplo, al representante de la Iglesia Católica, de la comunidad de lesbiana y homosexuales), a fin de lograr un mejor entendimiento con todas las partes involucradas.
PROMEDIO OBTENIDO		A (X) D ()
6. COMENTARIOS GENERALES Me parece un buen tema de tesis, la propuesta es polémica, pues en nuestra comunidad jurídica, aún predomina rasgos tradicionales que no aceptan el matrimonio religioso entre personas del mismo sexo.		
7. OBSERVACIONES Sería recomendable entrevistar a los encargados de iglesias católicas y/o cristianas evangélicas, para evaluar su posición en el tema analizado.		

T. U. U.

Teófilo Vásquez Figueroa
 FISCAL AJUNTO SUPERIOR
 Órgano Desconcentrado de Control Interno
 1. 2. 2015, 2012

Anexo 06.- Autorización para recojo de información

Al ser una investigación cualitativa con un diseño no experimental, transversal y descriptivo donde se ha tomado como base central el análisis del ordenamiento jurídico nacional, empleando una técnica de investigación documental y aplicando un método, dogmático, hermenéutico y argumentativo, no se requirió autorización de ningún tipo para el recojo de información necesaria para la presente investigación.

Anexo 07.- Matriz de consistencia

PROBLEMA GENERAL	PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECIFICOS	DIMENSIONES	TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	POBLACIÓN Y MUESTRA
¿Qué criterios interpretativos deberían existir para lograr que la figura del matrimonio igualitario sea viable constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico peruano?	<p>¿Cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado?</p> <p>¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio igualitario en el Perú?</p>	Determinar si es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano.	<p>Analizar cuáles son los fundamentos jurídicos por los cuales se admite el matrimonio igualitario en el derecho comparado.</p> <p>Determinar cuáles son los principales fundamentos jurídicos por los cuales actualmente se rechaza el matrimonio igualitario en el Perú.</p>	<p>Derechos de la población LGTBI:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Igualdad. - Libertad. - Proyecto de vida <p>Criterios de interpretación de la Constitución:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concordancia práctica - Unidad. 	<p>Tipo de investigación: Básica, descriptiva-propositiva.</p> <p>Diseño de la investigación: No experimental, transversal y descriptivo.</p> <p>Enfoque de la investigación: Cualitativo.</p> <p>Unidad de Estudio: Texto constitucional peruano.</p>	<p>Población: Recopilación de información.</p> <p>Muestra: No paramétrica por conveniencia.</p> <p>Técnicas: Observación. Fichaje. Análisis documental.</p> <p>Instrumentos: Guía de observación. Fichas bibliográficas. Fichas textuales.</p>

	<p>- ¿Es constitucionalmente viable la regulación del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico peruano?</p>		<p>- Establecer un criterio que permita proporcionar un asidero legal para la formalización de la idea de que el matrimonio igualitario como figura jurídica pueda ser aplicado a los casos de unión entre personas del mismo género.</p>		<p>Art 234 de Código Civil peruano.</p> <p>Pleno Sentencia 676/2020. EXP. N.º 01739-2018-PA/TC – LIMA. ÓSCAR UGARTECHE GALARZA. (11 de noviembre de 2020).</p>	