UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

EL MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO COMO FORMA DE EJERCER EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Derecho Civil y Comercial

NINOSHKA KALINKA SALAS MORENO

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

Nº. Registro: **T0831**

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: SALAS MORENO NINOSHKA KALINKA

Código de alumno: 2009.1521.9.AB Teléfono: 967704793

E-mail: NINOSHKASALAS@GMAIL.COM D.N.I. n°: 41719452

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de Investigación:

- (●) Tesis
- ( ) Trabajo Académico
- ( ) Trabajo de Investigación

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

MAESTRO

4. Título del trabajo de Investigación:

EL MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO COMO FORMA DE EJERCER EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

5. Escuela: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Escuela de Post Grado

6. Programas: Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial

7. Asesor:

Apellidos y nombres LUIS WILFREDO ROBLES TREJO D.N.I n°: 31658643

E-mail: lroblest@unasam.edu.pe ID ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4897-1709

8. Referencia bibliográfica: Tesis en formato APA

9. Tipo de acceso al Documento:

- (●) Acceso público* al contenido completo. Acceso
- ( ) restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.

Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons,* con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.

El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

……

12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz, 22/04/2022

Firma: _____

Varillas Wiliam Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto**: uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.

UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION PRESENCIAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público en el Auditorio de la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por la:

Bachiller: **NINOSHKA KALINDA SALAS MORENO**

Título : ***"EL MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO COMO FORMA DE EJERCER EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ"***

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:

APROBADO, con el calificativo de DIECISEIS (16)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL,** a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 22 de abril del 2022

Dr. José Antonio Becerra Ruiz
PRESIDENTE

Mag. Víctor Efraín Flores Leiva
SECRETARIO

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
VOCAL

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor José Antonio Becerra Ruiz — Presidente

Magister Víctor Efraín Flores Leiva — Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo — Vocal

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ASESOR

***Doctor* Luis Wilfredo Robles Trejo**

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

AGRADECIMIENTO

A todas las personas que apoyaron e hicieron posible esta tesis, muchas gracias por todos sus conocimientos vertidos y las fuerzas para seguir adelante.

A mi asesor de tesis, por sus consejos, recomendaciones y haberme guiado en esta investigación, en base a su experiencia y sabiduría ha sabido direccionar mis conocimientos.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y estar conmigo siempre en cada paso que doy, por ser mi fortaleza e iluminar mi mente, por haber puesto en mi camino a las personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A todas las personas importantes en mi existencia, que siempre estuvieron para brindarme su apoyo, ahora me toca regresarles una parte de todo lo que me han otorgado. Con mucho aprecio esta tesis se las brindo a ustedes.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ÍNDICE

Página

Resumen x

Abstract xi

I. INTRODUCCIÓN 1-7

Objetivos 6

Hipótesis 6

Variables 7

II. MARCO TEÓRICO 8-34

2.1. Antecedentes 8

2.2. Bases teóricas 11

2.2.1. El Estado Constitucional: Un nuevo paradigma democrático, a propósito de su incidencia en la protección de los DDFF 11

2.2.2. La democracia deliberativa en el Estado Constitucional 16

2.2.3. Sobre la homosexualidad y la moral pública 22

2.2.4. El matrimonio: ¿palabra absoluta? 24

2.2.5. De la libertad, dignidad y otros derechos 26

2.2.6. Hacia un desentendimiento de las realidades 30

2.3. Definición de términos 31

III. METODOLOGÍA 35-40

3.1. Tipo y diseño de investigación 35

3.2. Plan de recolección de la información de la investigación 36

3.3. Instrumento(s) de recolección de la información 38

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información 39

IV. RESULTADOS 41-71

V. DISCUSIÓN 72-92

VI. CONCLUSIONES 93-94

VII. RECOMENDACIONES 95-96

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 97-106

ANEXO: Matriz de consistencia.....107

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

RESUMEN

La presente investigación tuvo como propósito determinar las razones jurídicas que justifican el reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú; realizándose una investigación jurídica de tipo teórico, no experimental, transversal y explicativo; se tuvo como resultado que el derecho internacional de los derechos humanos, ha avanzado en la protección y reivindicación de los derechos de las personas LGBTI, tal es el caso de la Opinión Consultiva OC-24/17, la cual representa un antes y un después en el marco del reconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de la comunidad LGBTI, y que la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Oscar Ugarteche ha violado. Concluyendo que el no reconocimiento del matrimonio igualitario constituye una negación y vulneración al principio de igualdad y no discriminación, debido a que cualquier distinción entre seres humanos debe realizarse en virtud de un argumento razonable, fundamentado, no arbitrario, precautelando el derecho de las personas que serían objeto de esta diferenciación. Y que no existe justificación razonable y objetiva para el trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, es decir, no hay razón constitucionalmente legítima para negar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio al igual que las parejas heterosexuales, bajo los argumentos reduccionistas y estereotipados que solo será familia aquella unión con capacidad procreativa y que lo contrario supondría un daño a los niños y niñas al criarse en el seno de una familia homosexual, esto sin haberse demostrado la relación causal entre tales uniones y la supuesta afectación a la identidad de los menores.

Palabras clave: Constitución, Matrimonio igualitario, Igualdad, No discriminación.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ABSTRACT

The purpose of this investigation was to determine the legal reasons that justify the recognition of equal civil marriage as a way of exercising the right to equality and non-discrimination in Peru; carrying out a legal investigation of a theoretical, non-experimental, transversal and explanatory type; The result was that international human rights law has advanced in the protection and vindication of the rights of LGBTI people, such is the case of Advisory Opinion OC-24/17, which represents a before and after within the framework of the recognition of the rights of equality and non-discrimination of the LGBTI community, and that the Constitutional Court ruling in the Oscar Ugarteche case has violated. Concluding that the non-recognition of equal marriage constitutes a denial and violation of the principle of equality and non-discrimination, because any distinction between human beings must be made by virtue of a reasonable, well-founded, non-arbitrary argument, safeguarding the rights of the persons who they would be the object of this differentiation. And that there is no reasonable and objective justification for differential treatment between heterosexual and homosexual couples, that is, there is no constitutionally legitimate reason to deny same-sex couples the possibility of marrying in the same way as heterosexual couples, under the reductionist and stereotyped arguments that only that union with procreative capacity will be a family and that otherwise it would be harmful to boys and girls when they are raised in a homosexual family, this without having demonstrated the causal relationship between such unions and the supposed affectation to the identity of the minors.

Keywords: Constitution, Equal marriage, Equality, Non-discrimination.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho no puede estar ajeno a los cambios sociales, en tal sentido, debe de afrontar las nuevas realidades jurídicas y no soslayarlos o desconocerlos. Es en el ámbito del derecho constitucional y derecho civil, donde se presenta uno de esas "nuevas realidades" como consecuencia de la dinamicidad de la sociedad, que el derecho está llamado a resolver y afrontar es el denominado matrimonio igualitario, llamado también en la doctrina como matrimonio homosexual, homoafectivos.

Por otro lado, no puede dejar de observar los sucesos jurídicos que se presentan para reflexiones y analizar sobre el reconocimiento de nuevos derechos como por ejemplo el matrimonio igualitario en el Perú, teniendo en consideración el enfoque de la historia del derecho que nos muestra que los derechos son conquistas de los pueblos o producto de las luchas sociales y que jamás han sido otorgadas o concedidas de forma pacífica.

En ese sentido, es una obligación del Estado peruano, mediante el Poder Legislativo, regular la protección y el reconocimiento jurídico de las parejas no heterosexuales. Es decir, es una obligación del Estado concretizar, por medio del legislador, los principios de igualdad y no discriminación, previstos en la Constitución Política, y los derechos que la misma señala bajo una interpretación conforme a los tratados en materia de derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. Los mismos que exigen garantizar que las parejas no heterosexuales no reciban tratamientos diferenciados restrictivos del ejercicio de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

sus derechos en base a su orientación sexual, por ser una categoría prohibida de discriminación.

También, tienen en sede interna dicha obligación de reconocer y garantizar el matrimonio igualitario, los órganos jurisdiccionales en base a un control de constitucionalidad, a una interpretación conforme a la Constitución o en merito a la aplicación del "control difuso de convencionalidad" (CIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, 2013. párr. 69), considerando que los derechos con pieza clave y eje central del Estado constitucional, los mismo que gozan de una protección reforzada.

Por lo expuesto, la importancia y necesidad del reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo o matrimonio igualitario como forma de ejercicio el derecho a la igualdad y no discriminación se funda en los parámetros constitucionales y convencionales. Cuya finalidad es el reconocimiento de iguales derechos a todas las personas, sin discriminación por motivo de su orientación sexual y/o su identidad de género, constituye una obligación del Estado frente a todos sus ciudadanos, y no una concesión política de una mayoría frente a una minoría. En otras palabras, que se trata de un reconocimiento que presupone que todos, en condiciones de igualdad, somos miembros de la comunidad política que tiene intereses comunes, más allá de nuestras diferencias.

Razón por la cual, muchos países no solo europeos -España, Francia, Portugal, Irlanda, Países Bajos, Alemania, Noruega, entre otros-, sino también latinoamericanos -Argentina, Brasil, Colombia, México, Uruguay, además de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, entre otros- desde la pasada década, vienen reconociendo mediante sus Parlamentos y/o a través del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, el derecho de las parejas homosexuales a formar uniones reconocidas jurídicamente, en unos casos como matrimonio, en otros como uniones civiles, con ciertos derechos conyugales.

En dicho contexto, es importante señalar como un hecho jurídico relevante la sentencia en primera instancia que el juez Muñoz Carranza, del 7mo. Juzgado Constitucional emitió el pasado 21 de diciembre del 2016, reconociendo que el RENIEC ha violado el derecho a la igualdad y no discriminación de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche al impedirles registrar en el Perú su matrimonio realizado en México; se establece por vez primera en el Perú el reconocimiento del matrimonio homosexual, sin que exista una ley del Congreso que lo regule, ni una sentencia del Tribunal Constitucional que lo reconozca.

La emisión de esta sentencia sobre el matrimonio homosexual puso a debate la tutela de nuevos derechos, como el de la orientación sexual. Por eso, esta discusión tiene no solo ribetes jurídicos, sino también políticos. Se trata de un tema muy sensible para los valores y principios tradicionales de la sociedad peruana, pero más agraviante para los interesados o afectados directamente.

Y que el Tribunal constitucional tuvo la oportunidad de cerrar el tema y pero no lo hizo, tras optar por rechazar la demanda que pretendía el reconocimiento del matrimonio homosexual de Óscar Ugarteche (Expediente N° 01739-2018-AA/TC).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Por mayoría, la demanda de amparo fue declarada improcedente. Votaron por rechazar la demanda los magistrados Augusto Ferrero, Manuel Miranda, Ernesto Blume y José Luis Sardón. A favor lo hicieron, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinosa-Saldaña.

Pese a ello, y al amparo del principio reconocido en el artículo 139.20 de la constitución que permite hacer análisis y críticas a las resoluciones judiciales y habiendo quedado pendiente de discusión aspectos como el de la igualdad, pluralismo, modelo de familia de constitución, control difuso convencional, entre otros a favor del reconocimiento del matrimonio igualitario.

El trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos para la investigación.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación; las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación en base a las variables de estudio, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales. Y por último la definición de términos empleados en la investigación.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, que involucro definir el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

En seguidamente, se presentan los resultados, por la naturaleza de la investigación relacionado a las aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, y determinar las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales sobre el problema de investigación planteado.

Luego se procedió a la discusión, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos; la validez de las normas.

Por último, se incluyen, finalmente las conclusiones al que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Objetivos

Objetivo general

Determinar las razones jurídicas que justifican el reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú.

Objetivos específicos

a) Describir el tratamiento jurisprudencial a nivel nacional e internacional respecto al matrimonio civil igualitario.

b) Explicar las razones jurídicas que justifican el reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú.

c) Analizar los criterios jurídicos convencionales y constitucionales existen para poder justificar el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo o matrimonio igualitario en el Perú.

d) Evaluar si debe realizarse una reforma constitucional para aprobar el matrimonio igualitario o de parejas del mismo sexo en el país.

Hipótesis

El reconocimiento del matrimonio civil igualitario permite adaptar las normas internas para eliminar las restricciones de las parejas no heterosexuales a instituciones como el matrimonio para garantizar los derechos que les corresponde como familia y que les han sido negados por tanto tiempo y se

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

busque la protección de todos los seres humanos por igual, puesto que su negación vulnera el derecho- principio a la igualdad y no discriminación, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a formar familia.

Variables

Variable Independiente (X):

Reconocimiento del matrimonio civil igualitario

Variable Dependiente (Y):

El derecho a la igualdad y no discriminación

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuado la búsqueda de los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos:

A nivel local se encontraron los trabajos de Ana Janet JAMANCA CARBAJAL (2019). "El interés público del estado como negación del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Perú". Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional de Ancash "Santiago Antúnez de Mayolo". Huaraz. La presente investigación tuvo como resultado que el matrimonio no es una creación del legislador; este solo se ha limitado a reconocer una institución de carácter natural, tal es así que en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú lo reconoce como un instituto natural y aunque su regulación jurídica ha sido diversa en el Derecho Romano, en el Canónico y en el Derecho Civil actual, por su esencia solo puede ser considerado como matrimonio, la unión de varón y mujer. Concluyendo que el interés general y público como bien jurídico constitucional constituye la negación del reconocimiento del matrimonio homosexual o igualitario. Justificando que existe una necesidad en el interés público de no intervención del legislador o de no intervención estatal: para el reconocimiento del matrimonio igualitario por no ser de interés general y que existen otras vías legales para proteger los intereses y derechos de dichas minorías

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Así mismo de Elsa Angélica VELÁSQUEZ BAMBAREN (2018). “El modelo constitucional de familia y la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo como desafío de la democracia constitucional”. Tesis para optar el Título Profesional de Abogada. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”. Huaraz. La investigación ha demostrado que existen argumentos jurídicos que explican que Legalización de la unión civil no matrimonial de personas del mismo sexo encuentra su justificación en los principios y valores de la democracia constitucional, sustentado en que el Estado no debe intervenir en lo moralmente aceptable para una persona y donde la regla de la mayoría es, por sí misma, insuficiente, por lo que la unión civil de personas del mismo sexo no solo resulta jurídicamente viable, sino que es representativo de una concreción esencial de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, y del modelo constitucional de familia.

A nivel nacional Claudia Lucía CASTRO BARNECHEA (2017). “El matrimonio igualitario: Marcando un hito en la lucha contra la discriminación. El derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual aplicado al acceso al matrimonio en el Perú”. Tesis para optar por el Grado Académico de Magister en Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. La presente investigación se centra en la aplicación de este derecho en relación con una población vulnerable en específico, me refiero a las personas no heterosexuales y a las relaciones de pareja que forman y que, actualmente, no tienen forma jurídica de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

protección en el Perú. A diferencia de las parejas heterosexuales, las parejas que no lo son no tienen ningún tipo de institución jurídica que les garantice derechos y obligaciones, pues han sido excluidos de las formas jurídicas existentes que otorgan estos derechos. Esto ha redundado en la discriminación de las que son víctimas en la sociedad, ahondado en las formas de invisibilización, desvaloración y falta de reconocimiento que sufren como individuos y como parejas. En este sentido, he analizado las obligaciones que tiene el Estado peruano derivadas del sistema universal de derechos humanos y del sistema interamericano, comparando estas obligaciones con las normas existentes y las medidas actuales a nivel nacional que se refieren en específico a la igualdad y no discriminación aplicadas al matrimonio como institución jurídica.

A nivel internacional se encontraron los trabajos de MEDINA S. Graciela (2001), titulado: *"Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio"*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, quien concluye que el ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones de hecho homosexuales; las relaciones sexuales de dos personas libres y capaces, que no ofenden la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y toda constitución democrática obliga su respeto y la posición del Derecho frente a las uniones que tienen como cohabitación homosexual pública y esta debe de ser la de respeto, reconocimiento y diferenciación.

MONTIEL CORTES, José (2012), titulado *"La violación de los derechos humanos de las personas homosexuales para contraer matrimonio en e l estado de*

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Yucatán", investigación para optar el título de Licenciado en Derecho por el Centro Educativo José Dolores Rodríguez Tamayo, Yucatán- México, quien concluye que el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, en todo el territorio mexicano, es muy polémico, y sobre todo en el Estado de Yucatán, sin embargo es un hecho que se está dando cada vez con mayor frecuencia en diferentes partes de las sociedades del mundo entero y los matrimonios entre personas del mismo sexo, debe ser reconocido por las leyes locales pues, en el Distrito Federal estos ya tienen pleno reconocimiento y no solo ahí sino que los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación les dieron valor para que estos matrimonios sean y obtengan todo el reconocimiento en los demás Estados de la República mexicana, incluido el Estado de Yucatán.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El Estado Constitucional: Un nuevo paradigma democrático, a propósito de su incidencia en la protección de los derechos fundamentales

Estado constitucional es un modelo de articulación de las relaciones entre el Derecho y el Poder que se produce como consecuencia de un proceso histórico. En ese sentido, Ruiz (2009, p. 2):

> El concepto de Estado de Derecho suele ser utilizado – muy a menudo – para hacer referencia al principio de legalidad; esto es, pues, el sometimiento del poder a las leyes y normas pre-establecidas. De esta manera, si se da cumplimiento, podremos decir que en tal país hay

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> Estado de Derecho, cuando sus autoridades ejercen el poder de acuerdo a las leyes. Sin embargo, resulta ser un concepto vacío actualmente, pues no basta con que las autoridades y el Estado actúen conforme a la ley general, sino que además, urge que adecuen su actuación al ejercicio del poder a la Constitución. Esto quiere decir que, no queda claro, si dentro de esta expresión, también estamos incorporando a la "Constitución".

Por esta razón, en la doctrina se distinguen dos conceptos: por un lado, el Estado Legislativo de Derecho, el mismo que se encuentra centrado en la ley, reconociéndosele a la Constitución naturaleza programática y política; y, por otro lado, el Estado Constitucional de Derecho, centrado en la Constitución, reconociéndosele además de su naturaleza programática, fuerza vinculante (Ibidem).

A diferencia del constitucionalismo clásico, en el constitucionalismo contemporáneo, según Guastiní (2001, pp. 153-183) refiere que:

> las constituciones son desarrolladas, consignan normas axiológicas, normas dogmáticas o programáticas y normas orgánicas; por lo tanto han dejado de ser meras cartas políticas, para constituirse en verdaderas o genuinas normas jurídicas de aplicación directa a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, de aplicación jurisdiccional. En consecuencia, las normas de la Constitución son genuinas normas

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> jurídicas, vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos.

En ese sentido, debemos agregar que existen dos formas de entender el derecho. Para el positivismo jurídico (Estado Legislativo de Derecho), quienes sostienen que el criterio de reconocimiento tanto de su existencia como de su validez es la forma de la producción de las leyes, independientemente de sus contenidos. Por el contrario, para el constitucionalismo jurídico (Estado Constitucional de Derecho), la validez de las leyes está condicionada a la sustancia de las decisiones; es decir, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones (Prieto, 1997).

Se deduce, entonces, que:

> (…) en el Estado Legislativo de Derecho, la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre cómo decir el derecho a través de sus leyes; y en cambio, en el Estado Constitucional de Derecho, se añade a las reglas del cómo decir derecho, las reglas sobre qué cosa el derecho no puede decir o sobre qué debe decir (Ferrajoli, 2002, p. 7).

Asimismo, cabe precisar que todos los derechos fundamentales – desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

producidas y expresan los objetivos y la razón social del Estado Constitucional de Derecho (Ibid., p. 11).

De acuerdo al Tribunal Constitucional ha destacado:

> (…) conforme al artículo 43 de la Constitución, que el Estado peruano es un Estado social y democrático de Derecho; de donde se desprende que, es inherente al Estado Constitucional el reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo y que, su voluntad se plasma en la Constitución Política del Estado (Exp. 4677-2004-PA/TC, f.j. 12).

En consecuencia, el Estado Constitucional:

> (…) se estructura sobre la base de los valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías constitucionales; entre los principios, en el ámbito jurídico-político aparece el principio de la supremacía de la Constitución En este modelo de Estado cambiar las condiciones de validez de las leyes, pues ya no dependen sólo de la forma de su producción sino también, y principalmente, de la coherencia de sus contenidos con los valores y principios consagrados en la Constitución (Rivera, 2005, pp. 343-356).

En el Estado Constitucional, la Constitución es la fuente de legitimación del poder político, asimismo fuente y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

manera que no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone a la legislación prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias y contradicciones que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas (Ibidem).

Es ahí que se replantea el papel de los jueces y tribunales que aplican la ley sólo si es constitucionalmente válida, debiendo denunciar ante la jurisdicción constitucional si encuentran vicios de inconstitucionalidad. Entonces, es en este modelo de Estado que se crean Tribunales especializados para ejercer el control de constitucionalidad, en el marco del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico del Estado (Ibidem).

Finalmente, los Estados constitucionales, por tanto, incluyen mecanismos de limitación del Poder legislativo ignorados en el siglo XIX con la excepción del sistema norteamericano. Y esos mecanismos de limitación suponen la irrupción en escena de un Poder del Estado, el judicial, que hasta ahora -obedeciendo a una concepción del Derecho que había establecido muy netas diferencias entre la creación, la interpretación y la aplicación del mismo- se había dedicado a dirimir conflictos jurídicos intersubjetivos como tercero imparcial. En efecto, son los jueces -a través de las diversas formas mediante las cuales se puede ejercer el control de constitucionalidad- los que se van a encargar de fiscalizar la actuación del Parlamento en relación con la Constitución.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.2. La democracia deliberativa en el Estado Constitucional

La democracia, entendida en su acepción más simple (y conocida) como el gobierno del pueblo, es un concepto que ha acompañado la evolución del pensamiento político y jurídico por mucho tiempo (siglos) y, hoy por hoy, es un valor característico e indispensable del Estado constitucional, uno de sus elementos esenciales, no sólo como factor de legitimación del gobierno, sino también como principio normativo que prescribe conductas y orienta la interpretación jurídica (Díaz, 1966).

No obstante esa permanencia en la médula del ideal jurídico-político y en la esencia del gobierno representativo, la democracia es:

> (…) un concepto complejo que refleja una realidad frágil e inestable; una forma de gobierno que está expuesta a sus propias contradicciones y sujeta a las exigencias de cada época; un ideal semilleno o semivacío que requiere de una realidad más sólida que lo justifique y lo complemente; esa realidad se genera y transforma a partir de la decisión política, en tanto que ésta representa la manifestación y el conducto a través del cual la autoridad ejerce sus facultades y hace valer los principios que orientan, justifican y rigen su acción (Prieto, 2003, p. 34).

Por su parte Gutmann y Thompson señalan que la concepción democrática deliberativa posee cuatro características: 1) implica un proceso de mutuo intercambio de razones, en el que los deliberantes buscan alcanzar justos términos

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

de cooperación social; 2) las razones que se esgriman en dicho proceso deben ser públicamente accesibles a todos los afectados por la medida en cuestión; 3) dicho proceso deliberativo debe tener por fin producir una medida política vinculante para todos los ciudadanos durante un determinado período de tiempo; y 4) las medidas políticas y principios utilizados durante el proceso deliberativo son moral y políticamente provisionales. (Gutmann y Thompson, 2004, pp. 3-6 citado por Olivares, 2017).

La combinación de estas cuatro características permite a los autores definir la democracia deliberativa como "... una forma de gobierno en la que ciudadanos libres e iguales (y sus representantes) justifican sus decisiones en un proceso en el que cada uno da razones mutuamente aceptables y generalmente accesibles, con el objetivo de llegar a conclusiones que sean vinculantes en un presente para todos los ciudadanos, pero abierto a cambios en un futuro..." (Gutmann y Thompson, 2004, p. 7 citado por Olivares, 2017).

En síntesis, la democracia deliberativa puede ser definida como “aquel ideal político regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación moral, en el cual los afectados por dicha decisión deliberen públicamente entre sí” (Nino, 1997, pp. 197-198).

Luego, en una segunda instancia, los deliberativistas se propusieron estudiar las implicaciones institucionales de aquella concepción democrática. Algunas de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

ellas conllevan reformas moderadas y otras reformas radicales de los actuales esquemas institucionales de gobierno. En este marco reformista ha recibido una especial atención la incógnita relativa a cuál es el mejor mecanismo deliberativo de control de constitucionalidad por adoptar (Bayón (2004, pp. 132-138).

Pero en la actualidad no cualquier decisión emitida por la autoridad pública es compatible con las exigencias de la democracia constitucional. Solo es válida aquella que ha sido emitida por una autoridad competente, mediante un procedimiento previamente establecido, exponiendo las razones y fundamentos que la sustentan y que resulte compatible con los derechos y principios constitucionales, internacionales y legales.

En este sentido, la dimensión normativa de la democracia es quizá la que puede ceñirse a la realidad de mejor manera, la que puede transformar el ideal democrático en práctica social y de gobierno a través de la deliberación pública y de la decisión política consecuente, y la que orienta el carácter sustantivo y normativo del texto constitucional y los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.

Es esta dimensión normativa de la democracia, la que se corresponde con la idea de Constitución normativa y con la función principal del texto constitucional, que en palabras de Zagrebelsky consiste en

> (…) fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política; principios y reglas sobre los cuales no se vota", porque ya han sido votados de una vez por todas en su origen" (Zagrebelsky, 2008, p. 29).

Ello nos aproxima a la noción deliberativa de la democracia constitucional en donde la regla de la mayoría es, por sí misma, insuficiente, en tanto que han de atenderse tanto al proceso de formación de la decisión como a su contenido, a la corrección de su interpretación y su razonamiento, a su valor epistémico y a su sentido axiológico (en cuanto que el Estado constitucional tiene un compromiso con la verdad y con la justicia) (Nino, 2003 y Häberle, 2006). Además, es preciso que exista también un control del resultado de la deliberación, esto es de la decisión misma.

En ese sentido, tal como lo refiere Viola, la justicia constitucional permite:

> (…) cierto grado de control no sólo de la Constitución sino también de la democracia deliberativa en tanto modelo de toma de decisiones políticas y de justificación o legitimación de las mismas. De hecho, como sostiene Francesco Viola, la concepción constitucional de la democracia deliberativa no se agota en el texto constitucional, ni en la asamblea parlamentaria, sino que existen diferentes sedes deliberantes que elaboran interpretaciones de los valores fundamentales y las

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> relaboran, las corrigen, las transforman mediante una influencia mutua (Viola, 2006, p. 81).

Ello implica, que los tribunales constitucionales son sedes donde la deliberación pública no sólo es necesaria (diría indispensable) para delimitar la concepción del bien común y de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, sino también para asegurar una mayor calidad de la deliberación en la toma de decisiones y en el control de las mismas.

Además, es importe precisar lo destacado por Owen Fiss, en el sentido de que los jueces actúan en un contexto institucional en el que sólo pueden decidir después de haber participado en un diálogo sujeto a mecanismos de control argumentativo y racional sometido a reglas procesales y a principios constitucionales, estando obligados a justificar su decisión racional y razonablemente, con lo cual se garantiza en mayor medida la objetividad de sus decisiones, respecto de aquellas emitidas por las asambleas legislativas que no actúan en ese contexto institucional (Fiss, 2007, pp. 21-76).

Lo que Alexy ha identificado como la "representación argumentativa" de los tribunales frente a la tradicional representación parlamentaria (Alexy, 2006, pp. 12-18).

Lo anterior en el entendido de que, como precisa Zagrebelsky:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> (...) el tribunal constitucional decide no sobre la Constitución, sino según la misma, dado que los principales problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional son problemas de interpretación de la norma constitucional y uno de sus principales retos es garantizar la interpretación abierta y evolutiva del texto constitucional (Zagrebelsky, 2008, p. 33).

Con ello, se quiere llamar la atención sobre el papel de los jueces constitucionales en una democracia constitucional como garantes no sólo de los derechos sino también de la apertura constitucional. En tanto que, como apunta también Ferreres:

> (…) en la medida en que el sistema de justicia constitucional esté organizado de tal modo que permita la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria, el proceso judicial tiene una ventaja deliberativa respecto del proceso político democrático, permitiendo así mantener viva la cultura pública constitucional y los valores que la sustentan (Ferreres, 2007, p. 161).

En este sentido, la democracia deliberativa constitucional que se manifiesta en la sede judicial debe procurar en la mayor medida la consideración de las razones y argumentos tanto de la mayoría parlamentaria como de aquellos individuos o grupos que no han podido participar en tales procesos legislativos o cuyas voces no han sido consideradas, particularmente la de los ciudadanos que consideran

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

afectados sus derechos por actos de autoridad u otros sujetos como los partidos políticos, pero también la justicia constitucional debe velar por el interés común en la garantía efectiva de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales.

Así entiendo la idea de democracia constitucional deliberativa; en donde la función del juez es no sólo de garante de los derechos sino de la propia dinámica constitucional, controlando, en el ámbito de su competencia, los procedimientos deliberativos de toma de decisiones y estableciendo interpretaciones plausibles y razonables de los derechos fundamentales y de los principios, valores constitucionales.

En este mismo sentido, la tesis de Viola es importante y valiosa para entender este problema, cuando afirma que "la democracia constitucional deliberativa supone la existencia de un derecho a la justificación argumentada, un derecho-deber a la racionalidad que los jueces deben asumir con seriedad y responsabilidad" (Viola, 2006, p. 68).

2.2.3. Sobre la homosexualidad y la moral pública

La homosexualidad es tan antigua como la vida humana. En las más antiguas ciudades y en muchos de los imperios del Viejo Mundo la práctica homosexual era aceptada y considerada como parte de lo cotidiano. Sin embargo, el pasar de los siglos ha ido involucrando conceptos que han variado esta idea, desde religiosos hasta jurídicos.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En ese sentido, Sandel señala que:

> (…) quienes defienden la existencia de leyes contra el aborto y la conducta homosexual parten de dos razonamientos distintos: algunos sostienen que el aborto y la homosexualidad son reprensibles desde el punto de vista moral y, por consiguiente, dignos de ser prohibidos; otros tratan de eludir cualquier juicio sobre la moralidad de dichas prácticas y, en su lugar, arguyen que en una democracia las mayorías políticas tienen derecho a plasmar sus convicciones morales en forma de ley (Sandel, 2008, p. 171).”

Asimismo, Sandel denomina a la primera de estas formas de argumentación como la “ingenua” y, a la segunda, la “sofisticada”. La forma ingenua concentra su fundamentación en el valor moral de las conductas, es decir, depende de ello la correlación que existe con la justicia de cierta norma (en este caso, aquella que apruebe el matrimonio homosexual). Por otro lado, la forma sofisticada no se fundamenta en un “juicio moral sustantivo sobre la conducta en cuestión”, sino entre la “prioridad relativa entre el principio de la mayoría y los derechos individuales, o lo que es lo mismo, entre la democracia y la libertad (Sandel, 2008).

Es el orden natural lo que asegura el cambio de las ideas, las épocas, determinados cambios y momentos que influyen en la recepción de un cúmulo de ideas y máximas que cada sociedad toma como suya. La sociedad occidental del

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

siglo XXI es muy distinta a la del Medioevo, así como a la sociedad oriental del siglo XXI.

De esta forma, se considera necesario ahondar en la perspectiva "ingenua", referida a los prejuicios y valores morales que cierta sociedad adquiere como propias respecto a un determinado tema (en este caso, la homosexualidad y la posibilidad de un matrimonio); ya que es esta la que genera un bloque férreo de críticas contra esta práctica. Para ello, conceptos como la privacidad y su íntima relación con la autonomía son pilares de una mejor apreciación del matrimonio entre homosexuales.

2.2.4. El matrimonio: ¿palabra absoluta?

Entre los argumentos esgrimidos por quienes se contraponen al matrimonio homosexual destaca aquel basado en el carácter meramente religioso de la institución del matrimonio y en el fin procreador de la familia. Es en esta línea en la cual Rodríguez asevera que el hecho de no permitir un matrimonio homosexual "no solo no constituiría una conducta discriminatoria ni inconstitucional, sino que además sería justa por cuanto es de justicia dar a cada cual lo que corresponde" (Rodríguez, 1997, p. 335), haciendo hincapié en las diferencias entre las uniones homosexuales y heterosexuales.

Por otro lado, el hecho de calificar a una institución como categoría absoluta e invariable, no hace más que permanecer ajeno a las exigencias del orden natural. Un claro ejemplo reposa en lo que menciona Gonzáles (2014). acerca de algunos

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

cambios entre los Códigos Civiles peruanos de 1936 y 1984, referidos, íntegramente, al rol de la mujer dentro del concepto del matrimonio: “Sólo es necesario citar las siguientes reglas para comprobar que el Estado, a través del derecho, fijaba los intereses de la mujer en el matrimonio subordinando su voluntad a la del marido.

Se decía: “el marido dirige la sociedad conyugal. La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar” (art. 161°). Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así corno decidir sobre lo referente a su economía (Art. 162°). Como parece obvio, la mujer era convertida en un ser disminuido, sin voluntad, para cumplir el ideal del matrimonio sobre el cual se debía fundar la familia”.

Asegura también que en los estados fundamentalistas, donde los valores religiosos tienen carácter incuestionable, “las libertades de conciencia, la vida familiar, la libertad de expresión, tanto como algunas instituciones de la comunidad, como el matrimonio, están predeterminadas por los valores naturales” (Ibidem).

El autor en mención busca dejar claro cómo el Estado impone ciertas reglas y valores morales, fundamentando ello en un supuesto “orden natural” de las instituciones, tanto de familia como matrimonio.

Y en relación al concepto de familia, no podemos aseverar que existe un solo tipo de esta. “La familia comprende al matrimonio civil como una forma de origen y organización de la vida familiar, pero también lo trasciende” (Bermúdez, 2014).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En este mismo sentido, Bermúdez (2014) aplaude la protección jurídica que se le otorga a las uniones de hecho o concubinato, señalando que significa un gran avance en el reconocimiento de la igualdad de las parejas. Del mismo modo, expresa su preocupación en cuando aún no existe una protección jurídica a las personas del mismo sexo o no heterosexuales que deciden pasar juntos el resto de su vida.

Según Medina (2001, p. 27 citado por Bermúdez, 2014) identifica la presencia de dos pilares fundamentales en este reconocimiento: el respeto a la libre determinación y a la vida privada. Nos referiremos a estos dos principios en el siguiente apartado.

2.2.5. De la libertad, dignidad y otros derechos

Hasta ahora hemos tratado de presentar – y desarrollar –, a grandes rasgos, algunos de los principales argumentos en torno al debate del matrimonio homosexual. Ahora veremos este tema desde un plano constitucional. Un argumento a menudo usado por los contrarios al matrimonio homosexual es el hecho de que el derecho al matrimonio ha sido otorgado, tradicionalmente, a las parejas de diferente sexo. Este argumento presenta diversos contraargumentos, como bien lo expone Bullard (2015).

Entre los fundamentos constitucionales que pueden impulsar la protección legal del matrimonio homosexual destacan la dignidad, el libre desarrollo y autonomía, la igualdad y la prohibición de la discriminación. Sin embargo, es

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

menester destacar que la libertad como fundamento primordial del hombre, se ve reflejada en una posible defensa del matrimonio homosexual. Jean-Paul Sartre sentenció, allá por 1946, que "el hombre es libre, el hombre es libertad" (Sartre, 1999, p. 42).

Este presupuesto ha servido como tal en muchos fallos trascendentales a lo largo de la historia. Uno de los más representativos señala que "el derecho de cada persona a definir su propia concepción de la existencia, del sentido, del universo y del misterio de la vida humana, forma parte de los más esencial de la libertad. Las creencias en torno a estas cuestiones no podrían definir los atributos de la personalidad si tuvieran que formarse bajo la coacción del Estado" (Sandel, 2008, p. 182).

En relación a los derechos como privacidad y autonomía, Sandel señala que:

> (…) existen dos respuestas en torno al tema de la semejanza entre las relaciones homosexuales y las heterosexuales. La primera, llamada voluntarista, sostiene que "las personas deben ser libres para elegir por sí mismas las relaciones íntimas que deseen, independientemente de las virtudes o de la popularidad de las prácticas escogidas, siempre que no hagan daño a otras personas". Sin embargo, la segunda, llamada sustantiva, señala que "gran parte de lo que valoramos en el matrimonio convencional está también presente en las uniones homosexuales. (…) [lo que las conecta] no es que ambas sean producto de la elección

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

individual, sino que tanto unas como otras hacen realidad importantes bienes humanos (Sandel, 2008, p. 189).

Asimismo, los derechos como privacidad y autonomía destacan entre los demás porque exigen un respeto fundamental a las decisiones individuales, donde el problema ya no radica en un tema de igualdad, sino de reconocimiento de diferencias y protección a las libertades individuales, desechando argumentos meramente utilitarios o mayoritarios (Pazo, 2014).

Por otro lado, hay quienes afirman que el Código Civil peruano y la Constitución ofrecen protección al matrimonio de un "varón con una mujer". Por ello, el hecho de establecer un matrimonio homosexual podría ser argumentado como inconstitucional (Plácido, 2013).

Sin embargo, la misma Carta reconoce los derechos fundamentales a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, María Martín Sánchez señala que "la preservación de la heterosexualidad, elemento del matrimonio discutido y discutible, no parece causa razonable para limitar o negar el acceso a determinado derecho vinculado con la personalidad a determinado grupo de personas" (Martín, 2008, p. 33), ello, ya que la autora en cuestión señala que la opción homosexual no puede calificarse de menos digna, ya que este derecho abarca, entre otras facetas, la íntima o sexual del individuo, ingresando en el análisis, el factor de igualdad.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Otro argumento se desarrolla en torno a la no discriminación por orientación sexual, incluyéndose esta categoría dentro del artículo 2 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental, al señalar la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación por diversos motivos y de "cualquier otra índole". A ello se le considera como "cláusula abierta" (Pazo, 2014).

Finalmente, abordaremos la cuestión de considerar al matrimonio como un derecho o como una institución legal. El hecho de considerar al matrimonio como un derecho (reconocido como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos), obliga al legislador a regularlo para proteger jurídicamente a las personas que disfruten de este derecho.

Asimismo, siguiendo esta línea, a considerar al matrimonio como exclusivo en las relaciones heterosexuales "se estaría diferenciando en el trato, excluyendo del disfrute de un derecho tan importante en el desarrollo de la vida personal […] por el mero hecho de la orientación sexual de la persona" (Martín, 2008, p. 33). No obstante, el considerarlo como una institución – meramente –, supone que debe entenderse como una regulación cerrada y limitada.

Este apartado es fundamental, ya que puede que de esto dependa si el hecho de determinar si su generalización constitucional es justificado legal como socialmente, esto en relación al hecho de extender el goce de un derecho legítimo a quienes no lo tienen.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.6. Hacia un desentendimiento de las realidades

En el 2010 se suscitó en Argentina un fuerte debate en torno a este mismo tema. Camean (s.f.), entre sus diversas notas, destacó que al ser el matrimonio homosexual una realidad distinta al heterosexual, estas deben recibir distintos tratamientos, ya que esto "es civilizado".

Este autor asegura lo siguiente: "generaría confusión cívica si quien sólo tiene derecho de uso de un inmueble y quien tiene la plena disposición del mismo no se distinguieran con nombres distintos […] Análogamente, la unión sexuada entre personas del mismo sexo no puede ser denominada matrimonio ya que transculturalmente se llama matrimonio a la unión total de un hombre y una mujer en tanto varón como mujer, hacerlo generaría la confusión antes citada" (Camean, s/f).

Ante ello, Gargarella (s.f) respondió que, muy aparte de parecerle preocupante el argumento de lo "civilizado", las realidades heterosexuales y homosexuales son básicamente iguales. Atender a las diferencias para excusar un tratamiento distinto es análogo a querer decir que los matrimonios entre personas estériles son también una realidad distinta y denominarlos "Matrimonio minus".

Otro argumento esgrimido por quienes no aceptan el matrimonio homosexual es que "es tan injusto tratar distinto a los iguales, como tratar iguales a los distintos" (Mc Lean, 2010, p. 6). De esta forma, es importante recalcar el carácter fundamental del reconocimiento de las diferencias, cuestión que siempre

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

debe estar presente. Las visiones “ingenuas” y “sofisticadas” son solo una parte de las múltiples perspectivas desde las cuales pueden analizarse estos tópicos (matrimonio homosexual, aborto, etc.).

> Lo fundamental es aceptar que “el tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales, y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia” (Ihering, citado por Monroy, 1996, p. 76).

Finalmente, el hecho de proteger los derechos en cuestión supone un fuerte reconocimiento de los cambios y de la variación de los conceptos. Los aspectos morales y valorativos poseen, desde luego, una importancia determinante. La labor radica en entender estos aspectos y establecer que la protección legal necesaria no va directamente relacionada a un bienestar público, sino a reconocer un aspecto principal de las vidas de las personas.

2.3. Definición de Términos

Previo al estudio sobre el reconocimiento del matrimonio civil igualitario o matrimonio entre parejas del mismo sexo o en el Perú., es necesario definir algunos conceptos básicos:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- **Derechos fundamentales. -** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana (Flores, 2002).
- **Dignidad. -** Es una cualidad intrínseca del ser humano. La dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona. La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona como un concepto jurídico abierto, lo que es una virtud para la dogmática, resulta en la práctica una dificultad para la función jurisdiccional (Pazo, 2014).
- **Derechos Humanos.- S**on aquellas condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización. En consecuencia subsume aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna (Osorio, 1981).
- **Homosexualidad.-** La homosexualidad es la orientación sexual que manifiesta una interacción, una atracción de tipo sexual, emocional, sentimental y afectica hacia los individuos del mismo sexo (Mc Lean, 2010.
- **Minorías.-** Es una categorización sociológica dentro de la demografía, que se refiere a un grupo de población humana numéricamente inferior y con ciertas creencias y costumbres en común, que permiten definir y diferenciar a sus miembros entre todos los habitantes de la sociedad o comunidad mayoritaria a

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

la que pertenecen. Parte menor de los individuos que componen una nación, ciudad o comunidad y que puede referir por la raza, lengua, ideología, religión, u orientación sexual e identidad de género, etc.

- **Principio de igualdad.-** El presupuesto esencial de este principio, es el hecho de que debe existir igualdad de situaciones entre las personas que se consideran víctimas de la violación y otras que se señalen como término de comparación, es decir la determinación del quebranto constitucional, se hace mediante un cotejo de supuestos en que la desigualdad aparezca de una forma notoria, como en el caso en examen, donde no es necesario hacer distinciones artificiosas o arbitrarias, para establecer la violación (Pazo, 2014).
- **Tolerancia.-** Del latín tolerare (sostener, soportar), define el grado de aceptación frente a un elemento contrario a una regla moral. Se trata de respetar y tener consideración ante las acciones u opiniones de otras personas cuando éstas difieren de las propias o se contraponen al marco personal de creencias. Ser tolerante es ser respetuoso, por lo que se vuelve un valor básico para convivir armónica y pacíficamente (Osorio, 1981).
- **Unión homosexual.-** El matrimonio entre personas del mismo sexo, también conocido como matrimonio homosexual, matrimonio igualitario o matrimonio gay, reconoce legal o socialmente un matrimonio formado por contrayentes del mismo sexo biológico o legalmente reconocido (Mc Lean, 2010).
- **Matrimonio civil igualitario.-** El matrimonio entre personas del mismo sexo, también conocido como matrimonio homosexual, matrimonio igualitario o matrimonio gay, es la institución que reconoce legal o socialmente un

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

matrimonio formado por dos varones, dos mujeres, o eventualmente dos personas del mismo género, en aquellas culturas que reconocen más de dos géneros. Busca el reconocimiento legal de “la unión voluntaria entre dos personas legalmente aptas, indistintamente del sexo y/o género de ellas, a fin de hacer vida común, teniendo en el hogar iguales derechos, deberes y responsabilidades” (Mc Lean, 2010).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

a) Tipo de investigación

Correspondió a una investigación de acuerdo a su finalidad a una investigación Básica o Teórica, que jurídicamente por el objeto de investigación se denomina Investigación Dogmática – Normativa y Teórica (Quiroz, 2007, p. 54), se justifica una investigación Dogmática o Formal, dado que "estudia (…), el derecho en abstracto" (Robles, 2014, p. 44) como aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista sobre la justificación del reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú.

b) Tipo de diseño

El diseño empleado en la investigación correspondió al **No Experimental**, puesto que "(…) no se generó ninguna situación, sino que se observaron situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quien la realiza" (Hernández y otros, 2014, p. 152), careciendo de manipulación la variable independiente; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico del matrimonio civil igualitario y el principio de igualdad y no discriminación a partir de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

c) Diseño General

Se empleo el diseño general **Transversal**, cuya finalidad es "(…) describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado." (Hernández y otros, 2014, p. 154), es decir se recolecta los "(…) datos en un solo momento, en un tiempo único, sobre reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú.

d) Diseño específico

Se empleará el diseño Explicativo, dado que "(…) se analizó la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias (…)" (Aranzamendi, 2015, p. 246). Su finalidad fue el estudió de los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y las causas sobre la justificación del reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se ha seguido en el recojo y construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluyeron:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

a) Determinación de la población o sujetos de estudio;

b) Selección de la muestra;

c) Diseño del instrumento

d) Aplicación del método para procesar la información

3.2.1. Población

Se tomaron los criterios de Zelayaran (2000, pp. 251- 258.), siendo los siguientes:

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generado la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al 2020-2021.

3.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales (Ibidem)

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, los elementos de la unidad de análisis estuvieron constituida por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información

a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación propuestos se empleó la Técnica Documental (Briones, 1986), cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resúmen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido (Romero y otros, 2018, p. 319), cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.

c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica (Giraldo y otros, 2002), con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica (Atienza, 2013 y Gascón - García, 2005).

3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleará la técnica del análisis cualitativo (Briones, 1986, p. 43), toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo

Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Finalmente, los datos que se obtuvieron en la etapa de ejecución y discusión sirvieron para validar la hipótesis (Robles , 2014) en base la teoría de la argumentación jurídica (Gascón - García, 2005), debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados de forma coherente y racional.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

IV. RESULTADOS

4.1. Situación actual del matrimonio entre parejas no heterosexuales en el país

El caso Óscar Ugarteche, es un caso emblemático para el análisis del matrimonio igualitario o de parejas no heterosexuales, en el presente caso, no podían inscribir su matrimonio realizado en el extranjero (México) en los registros civiles peruanos porque Reniec señalaba que el Código Civil peruano solo permite el matrimonio entre un hombre y una mujer; así como el caso de Darling Delfín y Jenny Trujillo, una pareja de lesbianas que pidió, también a Reniec, que el DNI de su hijo reconozca la relación filial de ambas como madres sin obtener respuesta favorable alguna; son algunos de los casos que dan cuenta del contexto de desprotección jurídica, de orden personal y patrimonial, de las relaciones de pareja y familiares de las personas LGBT en el país.

Sobre el particular, la Defensoría del Pueblo (2016, p. 22), remarcó que:

> (…) las familias constituidas por parejas no heterosexuales "(…) no tienen un marco normativo para el ejercicio y salvaguarda de sus derechos. Si deciden (…) adquirir bienes y luego se produce la muerte de uno de sus integrantes, la otra persona quedará desprotegida (…), pues el Código Civil establece un orden de prelación en materia sucesoria que no los considera. (…) tampoco pueden contar con el seguro de salud ni acceder a una pensión y (…) enfrentan dificultades

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

para visitar a su compañero/a en hospitales o clínicas, principalmente debido a la oposición de sus padres o familiares".

A lo cual se suma la desprotección y negación de las relaciones filiales que puedan construir afectando también los derechos de sus hijos/as.

Paradójicamente, dicha desprotección desconoce o niega a estas familias como tales, bajo prejuicios de género que pretenden ser mantenidos en el ordenamiento jurídico para obligar a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes. Así, se niega el mandato constitucional de protección de las familias (Artículo 4 de la Constitución Política del Perú) y lo señalado por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia señala que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma (Corte IDH. Caso de Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142).

Ello debido a que la exclusión de otras conformaciones familiares refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención (Ibid. pág. 143) por ser una práctica, principalmente, discriminatoria.

En el Perú, el debate público respecto a la igualdad legal de las parejas del mismo sexo es reciente. En el ámbito legislativo, podríamos decir que tímidamente los intentos de reformas iniciaron en el año 2003, con el Proyecto de Ley N° 80'''

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

presentado por la congresista Martha Moyano que propuso un registro de uniones de hecho extendió a parejas del mismo sexo, el Proyecto de Ley N° 4181-2010/CR en el año 2013, el Proyecto de Ley N° 2647-2013/CR, que proponía la Unión Civil No Matrimonial para parejas del mismo sexo.

Esta última propuesta fue la que de manera más audaz y retadora pusiera en manos del legislativo la posibilidad de establecer deberes y derechos personales y patrimoniales derivados de las uniones voluntarias de personas del mismo sexo. Sin embargo, dicho proyecto fracasó en el hemiciclo legislativo archivándose definitivamente en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 15 de abril de 2015, debido a una fuerte oposición religiosa instalada en el legislativo.

A nivel jurisdiccional, nuestra realidad jurídica nos muestra dos casos: Oscar Ugarteche y Susel Paredes, a partir del cual se puede reflexionar sobre la viabilidad o no del reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país.

4.2. El matrimonio igualitario en el derecho comparado

En las últimas décadas las discusiones constitucionales y legislativas han abordado uno de los temas pendientes en materia de igualdad: el reconocimiento y protección jurídica de las parejas del mismo sexo. En estas discusiones y reformas, existen dos líneas discursivas que promueven este reconocimiento. La primera, a la que llamaremos protección igualitaria, y que otros denominan “asimilacionista”,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

que incorpora expresamente a las parejas del mismo sexo en las figuras de protección ya existentes para parejas heterosexuales; y, la segunda, que establece regulaciones nivel legislativo como en el ámbito judicial.

En el ámbito legislativo y constituyente, en América Latina, tenemos a Ecuador (2008) que otorgó rango constitucional a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo, con algunas restricciones respecto a la adopción. Seguidamente, Argentina (2010), México D.F. (2010) y Uruguay (2013), a través reformas legislativas, establecieron igualdad jurídica para las parejas del mismo sexo, habilitando el derecho a la celebración del matrimonio.

Estas reformas legislativas han caminado en la línea de asimilar la protección para las parejas del mismo sexo a las figuras de protección existentes para parejas de sexo distinto. Por otro lado, el Parlamento chileno (2015), aprobó la unión civil para parejas del mismo sexo, creando así una figura especial de protección patrimonial y personal para estas parejas.

En los escenarios judiciales, la disputa por la igualdad también ha tenido particular protagonismo, claros ejemplos son México, Brasil, Argentina y un caso paradigmático, el de Colombia, en el que la Corte Constitucional colombiana a través de decisiones judiciales progresivas en la Sentencia C-075 del 2007 declararía constitucional las uniones de hecho de parejas homosexuales, mediante Sentencia C-577 del 2011, la Corte estableció que respecto al matrimonio civil existía un déficit de protección jurídica para parejas del mismo sexo, exhortando al

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Congreso de la República colombiana legislar al respecto en un plazo de 2 años, dentro de los parámetros establecidos por su decisión, y que concluido ese plazo las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notarios y jueces a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

La imprecisión del pronunciamiento generó diversas interpretaciones de jueces y notarios, una que sostenía que la Corte sí reconoció el matrimonio civil para parejas del mismo sexo y otra interpretación, más literal, sostuvo que la Corte no se pronunció al respecto.

En el ámbito internacional, se encuentra ya en examen por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia . En este caso, la Corte determinará si el Estado colombiano incurrió en responsabilidad por impedir al señor Duque acceder a una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja por tratarse de una con-vivencia de personas del mismo sexo.

4.3. La situación de las parejas del mismo sexo en el sistema interamericano de derechos humanos

De acuerdo a Gutiérrez (2020, pp. 61-75) considera respecto a la situación de las parejas del mismo sexo en el sistema interamericano de derechos humanos, lo siguiente**:**

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

4.3.1. Reconocimiento de derechos a la población de condición sexual diversa

En el sistema interamericano, el marco de protección de derechos humanos de las personas de orientación sexual diversa reposa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), especialmente, en sus artículos 1.1 y 24, los cuales establecen, en su orden:

> Artículo 1°. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. […]
>
> Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Es evidente que estas disposiciones no hacen una referencia explícita de la orientación sexual como objeto de protección ante la discriminación, cuestión que tampoco se encuentra en ninguna otra regla de la citada Convención ni del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conforme lo destacan Casas y Cabezas (2016):

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el mecanismo regional que promociona y protege los derechos humanos de las personas en América Latina y el Caribe. Sin embargo, dentro de este sistema de protección no existe un instrumento o tratado interamericano específico que verse sobre los derechos humanos de las poblaciones LGBTI y que mencione y visibilice las distintas orientaciones sexuales y las identidades de género. En este vacío, se utiliza como herramienta importante para el respeto de los derechos humanos de estas poblaciones, el análisis y la interpretación de los instrumentos ya existentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), pues estos descansan sobre el principio de igualdad y no discriminación que ampara a las poblaciones LGBTI. (pp. 11 y 12).

Pese a lo anterior, debe destacarse cómo la protección de este grupo (personas con orientación sexual diversa) tomó relevancia, desde el año 2008, en el seno de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), que dio lugar a la expedición de varias resoluciones, a través de las cuales se le dio notoriedad a dicho tópico.

Por ejemplo, en la primera de ellas (OEA; AG/RES. 2435; 2008), la Asamblea manifestó preocupación por los actos de violencia y las trasgresiones de derechos humanos cometidas a causa de la orientación sexual e identidad de género de las personas, por lo que pidió se incluyera el tema en la agenda de sus sesiones ordinarias.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Este inicio tímido fue evolucionando, conforme lo reflejan las resoluciones expedidas con posterioridad. Así, se puede citar la resolución AG/RES. 2504 de 4 de junio de 2009, en la cual la Asamblea pasa de expresar su preocupación a condenar los actos de violencia y vulneración de derechos humanos de la prenotada población e insta a los Estados a investigar tales afrentas y a proteger a los defensores de derechos humanos que trabajaban en ese campo.

En resoluciones AG/RES. 2600 de 8 de junio de 2010 y AG/RES. 2653 de 7 de junio de 2011, además de lo dispuesto en los actos anteriores, se alentó a los Estados miembros a combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, a través de la adopción de políticas públicas, y se exhortó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que le prestara "adecuada atención al tema" (AG/RES. 2600, 2010; AG/RES. 2653, 2011).

El 4 de junio de 2012, se profirió la resolución AG/RES. 2721, donde, tras insistir en los llamados hechos con anterioridad, requirió a los Estados a eliminar las barreras existentes para la población LGBTI, en la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como a realizar un estudio sobre leyes y disposiciones que limitaran los derechos humanos de estas personas.

Exhorto reiterado en las resoluciones AG/RES. 2807 de 6 de junio de 2013, 2863 de 5 de junio de 2014, 2887 de 14 de junio de 2016 y 2908 de 21 de junio de 2017. Como otros aspectos relevantes en la lucha por la protección de los derechos

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

humanos de dichas personas, en el contexto Interamericano, debe destacarse la creación de la relatoría sobre los derechos de la población LGTBI (que entró en funcionamiento el 25 de febrero de 2014) y la aprobación de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, la cual no se encuentra en vigor, al no haber sido ratificada por el número requerido de Estados miembros.

Dentro de las disposiciones relevantes de la Convención ha de mencionarse que, desde su primer artículo, reconoce que la discriminación puede estar basada "en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género" (art. 1°, num. 1° [cursiva ajena al texto original]), entre otras. En su artículo noveno, además, los Estados partes se comprometen a "asegurar que sus sistemas políticos y legales reflejen apropiadamente la diversidad dentro de sus sociedades a fin de atender las necesidades especiales legítimas de cada sector de la población" (art. 9°).

Y, de otra parte, se crea el Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y todas las formas de Discriminación e Intolerancia (art. 15, num. iv), cuya finalidad principal la constituye el "monitorear los compromisos asumidos" en dicho acuerdo, lo que la dota de mayor coercibilidad.

En el contexto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), contrario al caso colombiano, no se ha desarrollado una

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

extensa línea de precedentes sobre la protección del mencionado grupo, pues solo tres sentencias han versado sobre ese tema, de las cuales solo una se refirió a las parejas del mismo sexo, pero limitó su estudio a la concesión de un derecho prestacional (pensión de sobrevivientes).

El primer caso analizado fue el denominado Atala Riffo y niñas vs. Chile (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012), en el cual se examinó el proceso de tuición promovido por el padre de tres menores, quien alegó que la orientación sexual de la madre resultaba perjudicial y lesiva para ellas, argumento desestimado en las dos primeras instancias, que negaron la custodia reclamada, pero terminó siendo acogido por la Corte Suprema de Justicia de Chile, al resolver un recurso de queja, concediéndose la tuición (cuidado personal) definitiva al progenitor.

A efectos de resolver el asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en lo previsto en el citado artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concluyó que la orientación sexual y la identidad de género de las personas, son categorías protegidas por dicho cuerpo normativo y, en tal razón, están prohibidas las normas, actos o prácticas que discriminen en atención a las mismas.

En otras palabras, “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual” (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012), porque ello conllevaría la trasgresión de la mencionada disposición. Bajo esa perspectiva, se

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

encontró que la Corte Suprema chilena otorgó relevancia significativa a la orientación sexual de Karen Atala Riffo, para efectos de dirimir a quién se le debía otorgar la custodia de las hijas habidas en el matrimonio, sustentando su decisión en el principio de interés superior de las niñas.

Sin embargo, omitió determinar, con fundamento en elementos de juicio idóneos, los riesgos o daños que la orientación sexual de la madre podría infringir en las niñas, por lo que no podía servir como medida adecuada para la restricción de la garantía consagrada en el artículo 1.1. de la Convención; es decir, "el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos" (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, adicionalmente, aprovechó la oportunidad para referirse al concepto de familia, precisando que no es cerrado o que solo se protege la visión tradicional de esta, habida cuenta de que "no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida común por fuera del matrimonio" (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012).

Con fundamento en lo anterior, este tribunal encontró responsable al Estado chileno por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, vida privada y garantía de imparcialidad de la señora Karen Atala Riffo, así como el derecho a

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

la igualdad y no discriminación y derecho a ser oídas de las hijas de esta. Sobre la relevancia de este precedente, Gutiérrez Castillo (2013) expresó:

> […] De todas las experiencias, la de mayor interés mediático y repercusión jurídica, ha sido la reciente sentencia en el caso Karen Atala vs. Chile, que ha constituido un precedente jurisprudencial en la región. Dicha sentencia no solo ha abordado la cuestión de la discriminación por orientación sexual, sino que también lo ha hecho sobre uno de los prejuicios más comunes de la sociedad latinoamericana: la creencia de que la homosexualidad afecta negativamente a los derechos del menor […]. Permite, además, que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dé un salto cualitativo en el continente americano en esta materia, al afirmar […], que la pareja homosexual constituye un núcleo familiar que debe ser objeto de protección por parte del Estado. (p. 387).

Posteriormente, se dictó la sentencia del 26 de febrero de 2016, en el caso Duque vs. Colombia (Corte IDH, Serie C-310), sentencia que fue suscrita por los Jueces Roberto F. Caldas, Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot, Manuel E. Ventura Robles, Diego García-Sayán, Alberto Pérez Pérez y Eduardo Vio Grossi. En esta oportunidad, se verificó la responsabilidad del Estado colombiano, al negar la pensión de sobreviviente que reclamó la víctima con ocasión del fallecimiento de su compañero del mismo sexo, reconocimiento al que no pudo acceder, por cuanto la entidad de previsión, mediante acto administrativo, consideró que dicho beneficio no amparaba a las parejas homosexuales.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Para el análisis de la situación planteada, la Corte IDH se fundamentó en lo previsto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que la alegada discriminación se refería a la desigualdad de protección consagrada en una ley interna, razón por la cual para determinar si las normas aplicadas al señor Duque eran discriminatorias, se analizaron los siguientes ítems: (i) si estas establecían una diferencia de trato, (ii) si la diferencia versaba sobre categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención y (iii) si esas diferencias de trato revestían un carácter discriminatorio.

En relación con el primero de los puntos mencionados, la Corte concluyó que las normas establecían una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales, que podían formar una unión marital de hecho y las del mismo sexo que no podían formarla; lo que conllevaba que las primeras pudieran acceder a la pensión de sobrevivientes, mientras las segundas no (Corte IDH; Serie C-310; Sent. 26, febrero, 2016).

Respecto al segundo, reiteró lo ya expuesto en la anterior providencia, esto es, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH, por lo que los derechos no pueden ser disminuidos, soslayados o restringidos en atención a la orientación sexual de su titular. En relación con el tercer punto, discernió sobre cómo una diferencia de trato es discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable; así como también que la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Al descender al caso en concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C-310; Sent. 26, febrero, 2016) concluyó que el Estado colombiano no presentó una justificación objetiva y razonable, que explicara su decisión de negar el acceso a la pensión de sobreviviente a la víctima, en atención a su orientación sexual; por el contrario, la existencia de una norma interna, vigente para el año 2002, que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque.

Por lo anterior, la Corte IDH ordenó al Estado colombiano (i) "el trámite prioritario de [una] eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia" por parte del demandante, para lo cual le otorgó el término de tres meses, y reconocer, además, los correspondientes intereses; y (ii) pagar la correspondiente indemnización por costas y gastos (Serie C-310; Sent. 26, febrero, 2016).

Tales mandatos fueron objeto de supervisión de cumplimiento, el 22 de noviembre de 2018. En esta se constata que la víctima presentó solicitud de reconocimiento pensional el 19 de julio de 2016, misma que fue decidida en el término de dos meses, otorgándole la pensión de sobrevivencia en condición de compañero. Sin embargo, se verificó que estaba pendiente lo correspondiente al pago de intereses, así como también "la indemnización por concepto de daño inmaterial y el reintegro de costas y gastos" (Corte IDH; Res. 22, noviembre, 2018).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Posteriormente, el 12 de marzo de 2020, la Corte concluyó que “Colombia pagó a la víctima los intereses correspondientes, de conformidad con la normativa interna colombiana, respecto de los pagos de la pensión de sobrevivencia que no se percibieron”, por lo que dio por concluido el referido caso, toda vez que “la República de Colombia ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas emitida por la Corte el 26 de febrero de 2016” (Corte IDH; Res. 12, marzo, 2020).

Por último, se dictó la providencia de 31 de agosto de 2016, en el caso Flor Freire vs. Ecuador (Corte IDH; Serie C-315), cuya cuestión litigiosa se circunscribió a revisar la separación del cargo de la víctima como funcionario militar de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, con fundamento en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Militar, el cual sancionaba con separación del servicio a quien practicara actos sexuales con persona del mismo sexo, cuestión que también se analizó con fundamento en lo previsto en el artículo 24 de la Convención.

Para la resolución de la controversia, se examinó el reglamento de disciplina militar, que sancionaba la comisión de actos sexuales en el marco de las Fuerzas Armadas, verificando que existían dos preceptos que presentaban grandes diferencias en cuanto a la gravedad de la sanción y el alcance de la conducta sancionada, comoquiera que en ambas dimensiones eran castigados con penas más gravosas los actos homosexuales, lo que sin duda configuraba discriminación de las personas por su orientación sexual.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Seguidamente, tras reiterar lo sostenido sobre el principio de no discriminación frente a la orientación sexual, aseguró que la obligación de no discriminar y el principio de igualdad ante la Ley, eran de cumplimiento inmediato y que el hecho de que en un determinado país no existiera consenso, en relación con el respeto pleno de los derechos de las minorías sexuales, no justificaba que pudiesen soslayarse.

Entonces, el tribunal interamericano (Corte IDH; Serie C-315; 2016) concluyó que con la finalidad de preservar la disciplina militar, era razonable la restricción de sostener relaciones sexuales al interior de las instalaciones castrenses o en servicio; no obstante, no encontró una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales entre personas del mismo sexo, lo que conllevó a presumir que la medida ostentaba un carácter discriminatorio, que tenía como principal efecto el de excluir la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas, pues su conducta era sancionada independiente del ámbito en que se practicara.

De otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha elaborado informes, para establecer el estado de protección de las personas de condición sexual diversa en el continente americano, llegando a la conclusión que ciertos principios y prejuicios imperantes en estas sociedades, son factores que inciden directamente en el disfrute de los derechos de esta población.

En efecto, la Comisión concluyó que:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> Las sociedades en América están dominadas por principios arraigados de heteronormatividad, cisnormatividad, jerarquía sexual, los binarios de sexo y género y la misoginia. Estos principios, combinados con la intolerancia generalizada hacia las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas y cuerpos diversos; legitiman la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales. La violencia contra las personas LGBTI existe como consecuencia de contextos sociales, sociedades y Estados que no aceptan, y que, de hecho, castigan las sexualidades y las identidades no normativas y aquellos cuerpos que no se ajustan a los estándares sociales de corporalidad femenina o masculina. (CIDH, 2015, p. 49).

No obstante, el informe más reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2018):

> (…) resalta los avances que se han dado en el reconocimiento, protección y garantías de las prerrogativas fundamentales de las lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), que se han dado como resultado de procesos legislativos, judiciales y de políticas públicas. Progreso que ha generado: "Amenazas de regresión y retrocesos concretos en el reconocimiento de estos derechos, impulsados por sectores antiderechos LGBTI que han crecido y

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> proliferado en las sociedades de las Américas, hasta el punto de influenciar los órganos e instancias gubernamentales" (p. 133).

Lo anterior, lleva a concluir que la labor de protección sigue inconclusa, por lo que es necesario que los Estados sigan trabajando en ello.

4.4. Matrimonio igualitario según la Opinión Consultiva OC-24/17

En el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el matrimonio igualitario no ha tenido un extenso trasegar, pues se limita a la opinión consultiva dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, OC-24, 2017) atendiendo la solicitud elevada por la República de Costa Rica, el 18 de mayo de 2016.

En dicha oportunidad, el mencionado Estado peticionó al tribunal pronunciarse sobre varios aspectos. Y, en lo relativo a los fines de este trabajo, preguntó:

> […] 4. "Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1° y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?", y
>
> 5. "En caso [de] que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”. (Corte IDH, OC-24, 2017).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene un precepto destinado a la protección de la familia (artículo 17), el cual, en lo concerniente al matrimonio, dispone:

> […] 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
>
> 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
>
> 4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. (CADH, 1969, art. 17).

Para resolver dicha consulta, la Corte IDH reiteró aquello que había expuesto por vía contenciosa, esto es, que se encuentran proscritas por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria, fundamentada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas, y que el hecho de que no exista consenso pleno en algunos países sobre el respeto de las garantías de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

ciertos grupos no puede ser un argumento válido para negar o restringir sus derechos humanos y perpetuar la discriminación de la que han sido víctimas.

Recordó que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no existe un concepto cerrado de familia, ni se protege solamente un modelo en particular de la misma.

En tal entendido, el numeral 2º del artículo 17 de la CADH reconoce el derecho del hombre y la mujer de contraer matrimonio y fundar familia, sin que se trate de una definición restrictiva, pues simplemente estableció de forma expresa la protección convencional de una modalidad de matrimonio, sin que por ello deba entenderse que es la única forma de familia salvaguardada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que no existían motivos para desconocer el vínculo que dos personas del mismo sexo puedan establecer con ánimo de permanencia, emprendiendo un proyecto de vida fundado en la cooperación y el apoyo mutuo, por lo que era obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos, de acuerdo a la Convención, respetando los derechos a la igualdad y no discriminación.

De otro lado, señaló que el ámbito de protección del vínculo familiar de una unión del mismo sexo trasciende a las cuestiones meramente patrimoniales, pues deben otorgársele todos los derechos y obligaciones reconocidos en las legislaciones internas a las parejas heterosexuales.

Consecuentemente, estimó que el mecanismo más sencillo y eficaz para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo sería la extensión de las instituciones jurídicas existentes a favor de las uniones heterosexuales, entre ellas,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

la del matrimonio; y que crear una institución que produzca los mismos efectos, pero que reciba otra denominación, carece de todo sentido, máxime cuando esto conllevaría estigmatización y subestimación, por lo que concluyó:

> Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. (Corte IDH; OC-24, 2017)

Finalmente, ofreciendo respuesta a la consulta elevada, otorgó en síntesis los siguientes conceptos (Corte IDH; OC-24, 2017):

(i) La Convención Americana protege el vínculo familiar que pueda derivar de una relación entre personas del mismo sexo.

(ii) Por tal razón, los Estados deben garantizar todos los derechos que tengan origen en un vínculo familiar de este tipo.

(iii) Para ello deben asegurar el acceso a las parejas del mismo sexo a todas las figuras jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico interno, incluyendo el matrimonio, para asegurar la cabal protección de sus derechos, sin discriminación alguna.

Con la estudiada opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo expresa su posición con relación al matrimonio de parejas del mismo

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

sexo, al considerar que conformaban familia y, por tanto, eran dignas de la misma protección que se otorgaba a las parejas heterosexuales al interior de los Estados partes, en condiciones de igualdad.

En palabras de Zelada (2018):

> Con estas afirmaciones, la Corte IDH se distanciaba kilométricamente de los sistemas universal y europeo para afirmar a viva voz lo que sus pares no se habían atrevido: que la creación de instituciones no matrimoniales solo para parejas del mismo sexo constituye un acto discriminatorio por orientación sexual. Que, si hay matrimonio, este siempre debe ser igualitario. Y que no cabe margen de apreciación alguno que justifique la intangibilidad de las instituciones afectivas (p. 186).

Ahora bien, ello no implica que la totalidad de Estados bajo la jurisdicción de la Corte IDH garanticen el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Por el contrario, como quedó evidenciado en el 170 periodo de sesiones ordinarias, celebrado en diciembre de 2018, que contó con la participación de movimientos ciudadanos de México, Panamá, Honduras, Guatemala, Costa Rica y Chile, algunos países no están acatando la Opinión Consultiva 24 de 2017, pues aún existen, o se pretende expedir, normas que prohíben las uniones solemnes o de hecho entre homosexuales, propuestas impulsadas por grupos ultraconservadores.

Adicionalmente, en tal oportunidad, los movimientos ciudadanos peticionaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

(i) se promulgue una declaración sobre la implementación de la Opinión Consultiva 24 de 2017, en la que los Estados partes se comprometan, en un plazo de dieciocho meses, a ajustar las figuras existentes en sus ordenamientos jurídicos, para garantizar el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo,

(ii) emitan medidas provisionales en contra de aquellos Estados que no firmen dicha declaración en un plazo de seis meses, contados a partir de su promulgación y

(iii) expidan medidas cautelares contra aquellos Estados que no ajusten sus ordenamientos internos en el plazo establecido.

La mencionada Opinión Consultiva 24 de 2017 generó todo tipo de efectos: De un lado, las organizaciones defensoras de derechos humanos celebraron lo allí consignado, al considerar que era un avance significativo hacia la reivindicación de los derechos de la comunidad LGBTI; Del otro, algunos Estados consideraron que la amplitud de la misma constituía una intromisión en su derecho interno e, incluso, llegaron a cuestionar el carácter vinculante de este tipo de actos.

No obstante, cabe añadir, como lo señaló Rivera (2017):

> La emisión de la OC 24/17 y el deber de observar su contenido no pueden ser vistos como parte de un ataque a la individualidad estatal, sino como una consecuencia de la proclamación expresa de la voluntad del Estado de formar parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (p. 134).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

4.5. Reconcomiendo del matrimonio igualitario por parte del Poder Judicial

Diversos jueces constitucionales han venido realizando una interpretación evolutiva de la norma a favor de los derechos de las minorías sexuales. Un ejemplo de ello son tres fallos históricos emitidos por distintos juzgados constitucionales de la Corte Superior de Lima. Estos en sus sentencias han optado por amparar la solicitud de reconocimiento de la unión matrimonial de parejas homosexuales celebradas en el extranjero.

El primero de ellos es el caso de Andree Martinot y Diego Urbina contra la Reniec. En este proceso el Sexto Juzgado Constitucional de Lima decidió declarara fundada la demanda de la pareja y disponer la inscripción de su matrimonio homosexual. La principal fundamentación que se recoge en la sentencia del Expediente N° 20900-2015-0-1801-JR-CI-11 menciona que el artículo 234° del CC con el cual se denegó el registro del matrimonio, recoge una regulación anticuada y conforme al contexto social. Es así que para este tribunal, este contexto ha venido evolucionando y reconociendo progresivamente uniones entre personas del mismo sexo.

> (…) al respecto cabe recordar que dicha norma que se emitió con mucha anterioridad a la Constitución Política de 1993, dicha regulación sobre el matrimonio entre hombre y mujer se emitió conforme al contexto social de dicha época, y ha tenido vigencia en forma inalterable en el mundo occidental hasta el año 2001; de la no

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> regulación sobre el derecho al matrimonio del mismo sexo, se pasó al reconocimiento progresivo de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, y de ésta figura al reconocimiento progresivo al matrimonio igualitario. Desde el año 2001 en adelante, existen 29 estados que han reconocido el matrimonio igualitario en sus sistemas jurídicos, de estos un estado lo ha hecho por consulta popular, 18 por reformas legislativas y 9 por decisiones de cortes de justicia o cortes constitucionales (Considerando Décimo)

Un segundo caso nos remite al fallo del Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima, quien en la sentencia del Expediente N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11, dispuso el reconocimiento por parte de la Reniec del matrimonio extranjero de Susel Paredes y Gracia Francisca. Este Tribunal también optó por una mirada evolutiva de los conceptos jurídicos y ampararse a la luz de las normas internacionales que instan a la igualdad y no discriminación en la aplicación de la justicia con especial incidencia de las minorías sexuales.

> Quienes constituimos una mayoría de personas heterosexuales, debemos asumir los cambios con tolerancia, evolucionando los conceptos jurídicos, en tanto se amplían los derechos y los conceptos mismos. (…) En el caso en concreto que nos ocupa, entonces tenemos que, las demandantes pretenden que se les reconozca ante las leyes peruanas, lo que en el país donde lo contrajeron, es válido y que debe ser válido en el Perú, porque existen normas internacionales que

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> amparan este derecho, pero además, porque las normas nacionales, se dieron en una circunstancia pre constitucional y pre convencional, (entendiendo que las normas posteriores derogan tácitamente las anteriores, si se oponen), que asimismo, las sociedades deben avanzar hacia organizaciones y Estados de tolerancia democrática, donde las minorías, puedan acceder a los derechos en igualdad de condiciones y sin sufrir, por una determinada condición, situaciones o normas que los discriminen (párr. 55)

Finalmente, un tercer caso y el más reciente es el ya mencionado fallo que dispone el registro del matrimonio entre Óscar y Fidel. Este fallo, que posteriormente fue cuestionado por la Cuarta Sala Civil de Lima para luego llegar al TC, sustenta su decisión también en una mirada evolutiva de la normativa peruana. Asimismo, en defensa de las minorías sexuales, el Tribunal indica que el reclamo a esta protección y reconocimiento de derechos no puede esperar a la legislación.

> Que, efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución, esta Judicatura considera que dicho dispositivo legal, debe ser interpretado conforme a los cambios y exigencias que nuestra sociedad reclama, y al haber quedado demostrado que a la fecha un gran sector de la población reclama algún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea por medio del matrimonio, unión civil u otro dispositivo; resulta factible que a falta de existencia de dicha

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por la vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera de que se legisle a favor de ellos (Considerando Vigésimo Noveno).

4.6. Los argumentos del Tribunal Constitucional en el Caso Ugarteche

Al respecto, a inicios del 2012, la RENIEC se negó inscribir el matrimonio del peruano Oscar Ugarteche con el mexicano Fidel Aroche, que se había llevado a cabo en la Ciudad de México en el año 2010. La denegatoria se sustentó en que el artículo 234 del Código Civil peruano dispone que el matrimonio es la unión voluntaria entre un hombre y una mujer. Por lo tanto, la unión de Ugarteche y Aroche no podía inscribirse.

Contra dicha resolución, a fines del 2012, Ugarteche inició un proceso de amparo en contra de la RENIEC. Así, el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, en diciembre de 2016, realizó un control convencional de dicho artículo del Código Civil y reconoció dicha unión y dispuso su inscripción, ya que no hacerlo sería discriminatorio. Sin embargo, en mayo del 2018, esta decisión fue revocada por Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Por su parte, contra dicho fallo, el demandante presentó un recurso de agravio constitucional que da lugar a la sentencia de rechazo emitida en mayoría por el Tribunal Constitucional. Los votos que declararon improcedente la sentencia fueron de Ferrero, Miranda, Blume y Sardón. En cambio, los votos que declararon

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

fundada la demanda fueron los de Ledesma, Ramos (ponente) y el de Espinosa-Saldaña.

El Tribunal Constitucional publicó el 11 de noviembre de 2020 la sentencia del Caso Ugarteche (STC Exp. N°01739-2018-PA/TC), la cual tenía como finalidad evaluar la petición de registrar en la RENIEC el matrimonio igualitario celebrado en el extranjero. Esta demanda fue declarada improcedente por el voto en mayoría de 4 magistrados del Alto Tribunal, siendo los argumentos planteados los siguientes (La Ley , 2020).

4.5.1. Los argumentos en contra del matrimonio igualitario

En un primer argumento para declarar la improcedencia de la demanda se sostuvo, por parte del magistrado Ferrero, que el matrimonio es "un fenómeno social y humano que consiste en la unión estable entre un hombre y una mujer". Asimismo, el magistrado señaló que el matrimonio tiene como fin "el nacimiento de nuevas personas". En esa línea, Ferrero cita a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales señalan que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.

Otro argumento invocado por Ferrero se refiere a que para él no existe una discriminación al no optar por el reconocimiento del matrimonio igualitario. Ya que, según detalla su argumentación, en la Constitución el matrimonio es heterosexual. Por lo tanto, no es discriminatorio que no se inscriba su matrimonio

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

por no existir una comparación entre un matrimonio de personas del mismo sexo y heterosexuales. En esa línea, Blume también considera que no es discriminatorio, y que lo solicitado por los demandantes no se encuentra reconocido en la constitución.

Ferrero también desconoce, al igual que Ernesto Blume, la relevancia de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por no tener carácter vinculante. Además, Ferrero considera que dicha Opinión va en contra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual expresa, en su artículo 17.2, que el matrimonio debe darse entre un hombre y una mujer.

El magistrado Blume, al igual que el magistrado Ferrero, considera que no existe derecho constitucional en conflicto o vulnerado. Asimismo, señala la no existencia de un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en la Constitución y en la CADH. Así también recalca el artículo 234 del Código Civil.

El magistrado Miranda también votó por la improcedencia de la demanda por no tenerse en cuenta el artículo 5.2. del Código Procesal Constitucional que determina que deben considerarse "vías procedimentales específicas [...] para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado". Por lo tanto, considera que esa vía es idónea para "cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda".

En esa línea. el magistrado Sardón comenta que a pesar de existir el artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil, donde se expresa que todo derecho adquirido en el extranjero es eficaz en el Perú, "en la

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres", se debe considerar el artículo 4° del Código de Derecho Internacional Privado. Este último artículo señala que "los preceptos constitucionales son de orden público internacional".

4.5.2. Argumentos a favor del matrimonio igualitario

En primer lugar, los magistrados Ledesma y Ramos se pronunciaron sobre el plazo para interponer una demanda, ya que en la demanda interpuesta por Ugarteche se consideró como fundada la excepción de prescripción extintiva. Esto debido a que se consideró que habría prescrito por haber superado el plazo de 60 días. Sin embargo, los magistrados mencionados, han señalado que no se debe considerar en el conteo de días los días "en que la judicatura no se ha encontrado en ejercicio efectivo de sus funciones". Por lo tanto, se presentó en el día 56, estando dentro del plazo.

En segundo lugar, en relación al tema de fondo, los magistrados señalan que se debe considerar las fuentes de derecho internacional, por lo cual no se debe aplicar el artículo 5.1. del Código Procesal Constitucional. Asimismo, argumentan que teniendo en cuenta los artículos 2076, 2049, 2050 del Código Civil, se debe considerar como válido el matrimonio ya que "la forma del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por la ley del lugar de su celebración, y todo derecho regularmente adquirido al amparo de dicho acto jurídico, tiene la misma eficacia en el Perú, a menos que la referida ley extranjera sea incompatible con el orden público

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

internacional o con las buenas costumbres, en cuyo caso rigen las normas del sistema jurídico peruano."

En tercer lugar, los magistrados consideran que la orientación sexual se debe interpretar como un motivo “de cualquiera otra índole” de discriminación, según el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política. Asimismo, establecen que se debe respetar el orden público internacional y el reconocimiento de actos realizados en el extranjero.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

V. DISCUSIÓN

5.1. El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: Análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17

Según Paredes y Núñez (2019), en el estudio sobre el matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana, realizan un análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 de forma detallada y expresan el valor jurídico que hoy posee frente a las nuevas realidades jurídicas.

> La Opinión Consultiva OC-24/17 (Corte IDH, 2017) implica un paso trascendental en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGTBI, especialmente en el concepto de familia diversa. Pese a distintos lineamientos, concepciones filosóficas e incluso religiosas y sociales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) mediante su función consultiva deja atrás viejos preceptos y va más allá de los interrogantes planteados por el Estado de Costa Rica. En respuesta a la Opinión Consultiva se ha generado el debate sobre el efecto vinculante en los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Paredes y Núñez, 2019, p. 63).

En ese sentido, Paredes y Núñez (2019) consideran que se debe considerar que en los últimos años, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, se ha avanzado en la protección y reivindicación de los derechos de las personas LGBTI (Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales), tal es

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

el caso de la Opinión Consultiva OC-24/17, la cual representa un antes y un después en el marco del reconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de la comunidad LGBTI.

En esta decisión histórica, la Corte declaró que la Convención Americana de Derechos Humanos protege derechos como el cambio de nombre, la rectificación de los registros públicos y documentos de identidad en el marco de la protección de la identidad de género; también extendió los mecanismos legales existentes al matrimonio de parejas del mismo sexo. Esta resolución ha implicado una serie de enfoques y debates internos en los distintos Estados que son parte de la Convención Americana.

5.1.1. La familia diversa, el matrimonio civil y la garantía del ejercicio de los derechos de las parejas del mismo sexo en la opinión consultiva OC-24/17

Según Paredes y Núñez (2019, pp. 65 -66) la Opinión consultiva OC-24/17 ha representado un avance en el marco del reconocimiento de la familia diversa. En este sentido, para la Corte IDH la familia está protegida en el marco de la Convención Americana específicamente en el artículo 17. No obstante, la Corte IDH considera que la Convención, al realizar una definición restrictiva del matrimonio o como debe estar formulada una familia, no implica que esta forma de familia sea la única protegida por la Convención; todo lo contrario, la Corte IDH realiza un análisis sobre los distintos instrumentos internacionales concluyendo que ninguno contiene la definición de la palabra familia, sino que existe una

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

formulación más amplia, como es el caso de la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador que se refieren al derecho de "toda persona" de constituir una familia, de modo que ninguno de esos instrumentos hacen alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, como tampoco hace alusión a un modelo de familia en particular (Corte IDH, "Opinión Consultiva OC-24/17 párrs. 181-4).

Por lo tanto, no se protege un determinado modelo de familia. Esto se debe a que la definición de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales, por lo que el vínculo familiar puede derivar de una relación del mismo sexo (Ibid., párr. 218).

La interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya la protección interamericana sobre el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo frustra el objeto y fin de la Convención (Ibid., párr. 189). Esto se debe a que el vínculo afectivo que protege la Convención es imposible de cuantificar, por tanto, el concepto de familia debe ser entendido de una manera flexible amplia, incluso extendiendo esta protección a aquellas familias poligámicas, ya que no existen motivos para desconocer el vínculo familiar de las parejas del mismo sexo e incluso a familias conformadas por personas de diversas identidades de género y orientación sexual (Ibid., párrs. 179, 190 y 191).

Con respecto del matrimonio, la Corte IDH considera que el trato diferente que existe entre parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en la forma en que puedan fundar una familia, no logra superar el test estricto de igualdad, pues no

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional (Ibid., párr. 220). El negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio típicamente por no cumplir el fin de la procreación es incompatible con el artículo 17 de la Convención (Ibid., párr. 221).

La Corte IDH ha observado que la oposición del matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas; sin embargo, estas convicciones no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad o condicionar lo que la Convención establece respecto la discriminación basada en la orientación sexual (Ibid., párr. 223).

Asimismo, la creación de una institución similar a la institución del matrimonio para la unión entre parejas del mismo sexo que produzca los mismos efectos carece de sentido y no es admisible ya que esta distinción es discriminatoria e incompatible con la Convención. De este modo, mediante el estereotipo de heteronormatividad, existiría un matrimonio para quienes son considerados normales y otra institución para quienes han sido considerados anormales, lo que para la Corte IDH no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que este acto es discriminatorio (Ibid., párrs. 218 y 224).

Por lo tanto, mientras exista la voluntad de conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes. Esto no significa que se reste valor a la institución del matrimonio, sino, por el contrario, es necesario para reconocerle igual dignidad a

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

personas que pertenecen a un grupo humano históricamente oprimido y discriminado (Ibid., párrs. 33 y 224).

La Corte IDH considera que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales (Ibid., párrs. 218 y 228).

5.1.2. Debate sobre los principales problemas que enfrenta la opinión consultiva en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI

El carácter vinculante que posee una opinión consultiva con respecto a los Estados Parte de la Convención Americana ha sido el principal debate en la comunidad latinoamericana, ya que no se trata de una sentencia resuelta por la Corte IDH, por tanto, no está sujeta a las potestades de ejecución. Además, no existe un desarrollo jurisprudencial que indique que las opiniones consultivas tengan un efecto vinculante, como tampoco se encuentra expresamente establecido en la Convención Americana, constituyendo el principal obstáculo que enfrenta la comunidad LGBTI para solicitar el cumplimiento de la Opinión Consultiva.

Si bien la Corte IDH ha manifestado que las opiniones consultivas no poseen efecto vinculante (Corte IDH, “Opinión Consultiva, OC-1/82, 1982, párr. 51) en el desarrollo de las distintas opiniones consultivas desde la OC-16/99 se le han atribuido otras funciones como: la función interpretativa, la función preventiva y la

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

función de guía de actuación de los Estados en la protección de Derechos Humanos; por tanto, posee efectos jurídicos innegables (Corte IDH, "Opinión Consultiva, OC-16/99, 1999", párr. 48).

Para Jorge Roa, el hecho de que existan al menos veinte sentencias contenciosas de la Corte IDH, en las que se aplican estrictamente criterios formulados en las opiniones consultivas, prueba que la Corte entiende que la fuerza horizontal de sus opiniones consultivas es absoluta (Ernesto, 2015).

Por su parte, Ángeles Cruz Rosel y Carlos Escoffipe Duarte destacan que, en el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH, si bien no existen partes involucradas y no existe un litigio para resolver, cumplen la función propia de un control de convencionalidad preventivo (citado por Rodríguez, 2018, pp. 165-187).

Es importante destacar la interrelación que sostiene el Derecho Constitucional, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en virtud del principio pro homine como principio rector en la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y como principio de aplicación de los derechos humanos (Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2013, párr. 69).

En virtud de la Convención Americana, según Núñez (2017), el principio pro homine sirve como herramienta para vincular a los dos sistemas normativos hacia una mejor defensa de los derechos de las personas independientemente de que norma sea considerada como superior.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En este contexto el primer elemento que ha defendido el efecto vinculante de la Opinión Consultiva deviene de la jerarquía normativa existente en los distintos Estados de la región. En el caso peruano esta jerarquía se encuentra contenida en el artículo 51° de la Constitución, situando a la Constitución como pilar fundamental del ordenamiento jurídico. Paralelamente, el artículo 55° de la Constitución explica que los tratados celebrados por el Estado peruano forman parte del derecho interno y la 4ta disposición transitoria y final de la constitución establece que los derechos contenidos en la Constitución deben de ser interpretados a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En este aspecto, la Opinión Consultiva al contener la interpretación de un instrumento de derechos humanos, que contiene la interpretación de derechos "más favorables", prevalece sobre las normas jurídicas internas del país y, como se ha analizado previamente, en virtud del principio de igualdad y no discriminación son compatibles con la Constitución de 1993.

El artículo 55° de la Constitución peruana reconoce la aplicabilidad directa de los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales en la materia. Y en el artículo 44° de la Constitución considera como deber del Estado peruano el de "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos".

A nivel legal o infraconstitucional se debe tener presente lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que prescribe que: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

En ese sentido, las obligaciones asumidas por el Estado peruano como Estado parten de un instrumento internacional, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 27 y la Convención Americana en el artículo 2 establecen el deber de los Estados de cumplir con lo pactado en tratados internacionales, aun cuando estas disposiciones sean contrarias al ordenamiento jurídico interno.

En consecuencia, de acuerdo a los principios y valores constitucionales no es necesaria una ley para acatar la opinión consultiva, ya que, en materia de Derechos Humanos, la reserva de ley se aplica cuando se busca establecer un límite o restricción a estos, no cuando se pretende extender o garantizar un derecho determinado; por ende, el disfrute y ejercicio de los derechos humanos no requiere de una ley en sentido estricto (Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans, 2018).

Por ello, los derechos y garantías reconocidas en la Opinión Consultiva OC-24/17, que interpreta con autoridad la Convención American, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, como lo denomina la Corte IDH, y son parte del corpus iuris; esto quiere decir que tienen la misma jerarquía

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico.

5.2. Reconocimiento constitucional del matrimonio igualitario a la luz del principio de igualdad y no discriminación

Nuestra legislación civil reconoce en su artículo 234 que : "El matrimonio es 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…". En tal sentido, el matrimonio se establecido como "unión entre hombre y mujer", presenta en su regulación una desigualdad de tratamiento de quienes pueden acceder al matrimonio igualitario o de parejas del mismo sexo como una de las maneras para formar una familia.

La disposición de conformar una familia nace de la decisión libre de dos personas que asumen lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia, sin importar raza, estatus u orientación sexual, para conformar de manera libre y autónoma una familia. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras".

Este derecho debe ser respetado por el Estado, al concluir que como principio democrático no se puede avalar "un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría", irrespetando el derecho expreso a la sexualidad y su orientación sexual.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

El principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley y por razones de orden sexual se somete a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría a un trato diferente.

Por último, dentro de los derechos de libertad en el artículo 2.7. de la constitución se garantiza "el derecho a la intimidad personal y familiar". Cuando las personas expresan la voluntad de formar una familia, no se debería distinguir la orientación sexual de las personas que deseen conformarla. Para ello, la familia homosexual surge de la "voluntad responsable" de conformarla; que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía, la autodeterminación y a la igualdad.

Así también, es improcedente "efectuar un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja (homosexuales y heterosexuales) resulta contraria a la Constitución". Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la "Sentencia 'Caso Satya'", en Juicio Nº 184-18 Sep.-CC, 29 de mayo de 2018, expresó: Sobre la base de la igualdad formal de derechos y obligaciones, la unión de hecho de la señora Nicola y Helen, posee el mismo derecho a registrar la filiación respecto a la doble maternidad de su núcleo hacia su hija, así como la tienen los núcleos heterosexuales respecto de sus hijos.

Por su parte el Tribunal constitucional peruano en su reiterada jurisprudencia (EXP. N.° 03525-2011-PA/TC, f.j. 4) ha establecido que:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

[…]La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables." (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

En este sentido, la igualdad en cuanto a norma imperativa del derecho, obliga una aplicación normativa en la que cada persona o familia sea considerada como igual en las diversas y especiales condiciones de su constitución. Por ello, "en los casos de familia se podría producir lo que los magistrados expresan como "déficit de protección" (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, Sentencia 'Caso Satya'", en Juicio Nº 184-18 Sep.-CC).

En tal sentido, es posible mencionar que nuestra Constitución, al solo proteger aparentemente a los matrimonios heterosexuales, violaría la dignidad humana de los homosexuales, reduciéndoles la posibilidad de vivir planamente dentro de su plan de vida.

En consecuencia, la Constitución con base en el principio de igualdad y no discriminación es compatible con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y de la Opinión Consultiva; y tanto el matrimonio igualitario constituye una manera de conformación formal de la familia. El principio de igualdad finalmente está

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

accesible a todos los ciudadanos sin dependencia de su orientación sexual como manera de constitución de familias más diversas.

5.3. Análisis jurisprudencial: Fallo del TC en el caso Ugarteche

Como se ha hecho referencia, el 3 de noviembre de 2020 el Tribunal Constitucional (TC) rechazó, por mayoría, la demanda de amparo de Óscar Ugarteche contra el RENIEC.

Son varias las razones por las que el sentido de la decisión no es acorde, según Salmón (2020) con el Derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos:

En primer lugar, se afirma que el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) solo reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio. Sin embargo, el artículo 29 del mismo tratado reconoce que sus disposiciones no pueden ser interpretadas para "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

Por otro lado, según la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación. Ya con la sentencia del caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (2012) la Corte había señalado que toda norma, acto o práctica interna de autoridades estatales o particulares que menoscabe derechos sobre la base de la orientación

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

sexual, constituye un acto discriminatorio. Esta consideración ha sido reiterada en otras sentencias.

Más aún, en su Opinión Consultiva 24/17 la Corte IDH ha establecido que los Estados deben garantizar el acceso a las figuras existentes en sus ordenamientos internos, incluyendo el matrimonio, para asegurar la protección de los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo (párrafo 228).

Se debe recordar que los Estados partes de la CADH tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad para garantizar que sus normas y actos de administración justicia sean acordes con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, de forma tal que "la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos" (Corte IDH. Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, 2016, párrafo 93).

"El caso del señor Ugarteche muestra que el no aplicar estándares internacionales en instancias internas anula el efecto preventivo del control de convencionalidad y revictimiza a los demandantes." En esa línea, el propio TC ha establecido en su sentencia del Exp. Nº 2730-2006-PA/TC (2006) que la interpretación elaborada por la Corte IDH en sus sentencias es vinculante para todos los poderes públicos internos peruanos.

Además, en su Opinión Consultiva 18/03 (2003), la Corte IDH ha señalado que el principio de no discriminación tiene carácter de ius cogens o norma imperativa del derecho internacional.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

El hecho de que el Código Civil peruano establezca en su artículo 234 que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer no es un argumento válido para discriminar y contravenir las normas internacionales. De hecho, la Constitución Política del Perú, en su artículo 4, protege la familia y reconoce el matrimonio sin establecer distinción alguna entre parejas heterosexuales o parejas del mismo sexo.

De acuerdo con lo señalado hasta aquí, se puede decir que el caso del señor Ugarteche muestra que el no aplicar estándares internacionales en instancias internas anula el efecto preventivo del control de convencionalidad y revictimiza a los demandantes.

Finaliza su análisis Elizabeth Salmón (2020) que agotadas las instancias nacionales y teniendo en cuenta las debilidades de los argumentos del TC, el señor Ugarteche tiene ahora abierto el camino de la jurisdicción internacional. Teniendo en cuenta la estructura del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, le correspondería presentar, en primer lugar, una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Únicamente después de los procedimientos seguidos ante este órgano y de que su caso sea presentado a la Corte IDH el demandante podrá contar con una sentencia favorable de dicho tribunal.

El tránsito por este proceso, por lo demás, es la crónica de una muerte anunciada: siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte IDH, lo más probable es que el Perú sea declarado responsable internacionalmente por haber discriminado al señor Ugarteche y su pareja en razón de su orientación sexual.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Por ello, Landa (2020) refiere que esto tiene como consecuencia que la Corte IDH, como interprete supremo de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha realizado una interpretación evolutiva del matrimonio –previsto originalmente entre un hombre y una mujer, en su artículo 17,2- hacia un concepto de matrimonio igualitario para proteger a las minorías LBTBI + que quieren formar una familia, mediante el matrimonio y/o la unión civil.

5.4. Argumentos que validad la hipótesis

1° La Corte IDH a través de la Opinión Consultiva N°24/17 por solicitud del Estado de Costa Rica y se pronunció sobre las obligaciones de los Estados con relación al reconocimiento de la identidad de género y orientación sexual diversa. Específicamente la Alta Corte delimitó los alcances del artículo 1.1 de la Convención Americana, referida al principio de igualdad y no discriminación por motivos de identidad de género y orientación sexual, el derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre -que debería cumplir con diversas características como la sencillez, gratuidad, celeridad, confidencialidad, entre otros- así como la protección convencional de los vínculos de las parejas del mismo sexo, y además los derechos patrimoniales que derivan de las mencionadas relaciones afectivas.

En el extremo referido a la protección convencional de las parejas del mismo sexo en la citada Opinión Consultiva, la Corte IDH concluyó que:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

“La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo” (…) (párr. 199).

2° Lo señalado en la Opinión Consultiva N°24/17, es coherente con la línea jurisprudencial construida por la Corte IDH en diversos casos como Atala Riffo y niñas vs. Chile, Duque vs. Colombia, Flor Freire vs. Ecuador, donde se protegió los derechos de personas LGBTI y se determinó la responsabilidad internacional de los Estados mencionados.

En tal sentido, la reciente decisión del Tribunal Constitucional en el caso Ugarteche no se condice con lo desarrollado en sede interamericana, pues la misma Corte IDH ha esclarecido la obligación de los Estados de garantizar el acceso al derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo en condiciones de igualdad de conformidad con los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención Americana.

3° Es reiterado el argumento que señala que el matrimonio igualitario no tiene amparo en la norma fundamental debido a que en su artículo 4, último párrafo, establece una cláusula de remisión a la ley en cuanto a la forma del matrimonio, lo que deriva en el anacrónico artículo 234 del CC, que establece el matrimonio

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

heterosexual. Asimismo, dicho argumento se apoya en una errada interpretación analógica entre la institución matrimonial y la unión de hecho propia reconocida constitucionalmente en el artículo 5.

En consecuencia, corresponde argumentar jurídicamente lo contrario; y es que, si bien el matrimonio no es un derecho fundamental, sino una institución constitucionalizada, sin embargo, hay preceptos iusfundamentales de los que se desprende el respaldo constitucional del matrimonio igualitario, convirtiendo al mencionado artículo 234 en inconstitucional.

4° Las parejas del mismo sexo excluidas de la institución del matrimonio sufren consecuencias normativas y simbólicas ya que generan efectos degradantes y estigmatizantes que influyen en sus vidas, situación que es mayormente visible en Estados con una gran desigualdad socioeconómica como el Ecuador; estas personas son expuestas a maltratos y humillaciones, en virtud de que no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo.

5° Si realiza un test de igualdad podemos darnos cuenta de que este no es criterio suficiente y razonable para hacer una distinción entre personas homosexuales y heterosexuales con relación a la institución del matrimonio civil, básicamente no pueden realizarlo en razón de su orientación sexual, ya que, si los recurrentes se presentaran cada uno con una mujer y dos testigos cumpliendo todos los requisitos, se procedería como es común a celebrar el contrato civil. Por consiguiente, esta distinción es totalmente discriminatoria a los derechos de los peticionarios. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que “el

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas".

6° La Constitución, en el artículo 2.2, establece el derecho a la igualdad ante la ley y el mandato imperativo de no discriminación. Bajo este mandato, e interpretando sistemáticamente la norma, resultaría incongruente sostener que quedan excluidas de protección constitucional las familias constituidas por parejas no heterosexuales. Por ello, concluir que es necesaria una reforma constitucional para la aprobación del matrimonio igualitario es sostener que la norma constitucional prohíbe o no permite la protección jurídica para parejas no heterosexuales, conclusión constitucionalmente imposible. Ya que ello supondría que la Constitución discrimina y dicha afirmación es materialmente inválida, puesto que vulnera el derecho principio a la igualdad y no discriminación, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a formar familia.

7° La Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona" (STC EXP. N° 2868-2004 AI/TC, f.j. 23). Por tanto, el modo correcto de interpretar la Constitución será aquella que persiga garantizar la igualdad formal y material para todas las personas sin exclusión y sin distinguir por la orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, el legislador se encuentra habilitado para legislar ordinariamente sobre la protección de parejas no heterosexuales bajo la figura jurídica del matrimonio.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En tal sentido, no solo en sede interna se puede reconocer y garantizar el matrimonio igualitario, sino que también, en aplicación del "control difuso de convencionalidad" que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial" (Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2013, párr. 139)., las y los legisladores también están obligados a realizar dicho control "tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, (…), teniendo en cuenta el propio tratado -la CADH- y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana" (Ibid. párr. 69).

8° La violación del principio de igualdad y no discriminación por parte de los Estados, mediante cualquier tratamiento discriminatorio (que se materializa también en el contenido normativo), le genera responsabilidad internacional, pues "dicho principio, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares" (Ibid., p.134).

Por ello, desde el punto de vista jurídico, se puede afirmar que se trata de un derecho fundamental, en la medida que es emanación de la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de su personalidad, y la igualdad y no discriminación; al punto que en el Código Procesal Constitucional (CPC) del 2004 se consagró en el artículo 37, inciso 1, que: "El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole".

Ahora bien, desde el punto de vista político, en una sociedad democrática y constitucional, como la que postula nuestro Estado de Derecho, la democracia se funda en el pluralismo no solo de las ideas, sino también de las distintas formas de vida de las personas y familias, siempre que no afecten la dignidad humana. Si bien pueden existir discrepancias sobre estas, en una democracia la tolerancia es otro de los principios existenciales de la convivencia pacífica en sociedad. Concepto que se origina en el pensamiento humanista y cristiano durante los siglos XVII-XVIII, luego de las guerras de religión.

Pero, la falta de representatividad del Congreso peruano frente a la opinión pública para legislar sobre las uniones conyugales igualitarias, no ha sido impedimento para que el Poder Judicial en primera instancia asuma su compromiso, como un poder más del Estado, y supla la deficiencia del legislador cuando se trata de proteger los derechos de las minorías vulnerables.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

VI.- CONCLUSIONES

1. La Constitución de 1993 no ha adoptado ni definido un modelo único de familia y matrimonio, en consecuencia no establece forma alguna de prohibición respecto a la protección jurídica para las parejas no heterosexuales; lo que se ha determinado en los artículos 4, 5 y 6 del texto constitucional son las figuras de protección jurídica de las familias constituidas por parejas heterosexuales, omitiendo pronunciarse sobre otras expresiones de familia y de matrimonio.
2. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución actual, establece una proscripción de no discriminación destinada a proteger no solo a la persona humana en un sentido genérico, sino primordialmente a aquellos grupos discriminados por motivos que se han presentado a lo largo de la historia hasta formar parte –inclusive– de la idiosincrasia de un pueblo; motivos tales como «el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole», siendo este último enunciado el que habilita al interprete constitucional a extender dicha prohibición a otras causas recién originadas, detectadas o consideradas, como es el caso de la comunidad LGBTIQ+ y demás categorías afines: orientación sexual, identidad de género, categoría de género, autopercepción, y libertad de desarrollo y expresión de la personalidad.
3. El no reconocimiento del matrimonio igualitario constituye una negación y vulneración al principio de igualdad y no discriminación, debido a que cualquier distinción entre seres humanos debe realizarse en virtud de un argumento razonable, fundamentado, no arbitrario, precautelando el derecho

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

de las personas que serían objeto de esta diferenciación. Por ello, la falta de reconocimiento es un hecho totalmente injusto y regresivo en materia constitucional y convencional.

4. No existe justificación razonable y objetiva para el trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, es decir, no hay razón constitucionalmente legítima para negar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio al igual que las parejas heterosexuales, bajo los argumentos reduccionistas y estereotipados que solo será familia aquella unión con capacidad procreativa y que lo contrario supondría un daño a los niños y niñas al criarse en el seno de una familia homosexual, esto sin haberse demostrado la relación causal entre tales uniones y la supuesta afectación a la identidad de los menores.

5. El derecho internacional de los derechos humanos, ha avanzado en la protección y reivindicación de los derechos de las personas LGBTI, tal es el caso de la Opinión Consultiva OC-24/17, la cual representa un antes y un después en el marco del reconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de la comunidad LGBTI, en la cual se ha establecido un estándar de protección a dicho grupo de personas, que la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Oscar Ugarteche ha violado. Ello en la medida que dicha pareja ha sido discriminada al no permitirles el registro de su unión conyugal, en razón de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

VII.- RECOMENDACIONES

1. Al Poder Legislativo, este debe considerar al momento de emitir una norma respecto a la protección de los derechos fundamentales de la comunidad LGBTIQ+, el rol positivo del Estado; así, corresponderá demostrar la justificación razonable y objetiva de cualquier trato diferenciado que los excluya o priorice en el ordenamiento jurídico.; considerando que los legisladores son los primeros llamados a cumplir con la obligación de protección de los derechos humanos.
2. Al Poder Judicial corresponderá brindar tutela diferenciada y garantista debido a la asimetría estructural que padecen esta población vulnerable, el cual puede concretizarse a través del test de igualdad a fin de advertir un trato discriminatorio.
3. Al Poder Ejecutivo le corresponderá implementar políticas públicas que orienten a la administración a efectuar sus funciones con una atención especializada a los grupos vulnerables, tal como lo es la Política Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, que en su lineamiento 3 establece el diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos especiales de protección, entre estos las personas LGBTI.
4. A los operadores jurídicos, abordar la discusión sobre la aprobación del matrimonio igualitario en el país, la interpretación de los artículos del Código Civil y de la Constitución Política peruana deben ser coherentes con los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

principios constitucionales de igualdad, razonabilidad, y debiendo realizar una interpretación amplia y conforme a la Constitución.

5. A los operadores jurídicos abordar el problema del matrimonio igualitario en base a los principios convencionales contenidos en la Convención Americana y las pautas interpretativas desarrolladas por la Corte IDH, como es el caso Opinión Consultiva OC-24/17; para evitar que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional, considerando que los legisladores son los primeros llamados a cumplir con la obligación de protección de los derechos humanos. De otro modo, el Estado incumpliría también con su obligación de adecuar su derecho interno a los estándares internacionales sobre la protección de derechos humanos de las personas TLGBI, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2006). "*Ponderación, control de constitucionalidad y representación". En: Jueces y ponderación argumentativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.

Aranzamendi, L. (2011). "*Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho"*. Lima: Grijley.

Aranzamendi, l. (2015). "*Investigación Jurídica"*. 2da edición, Lima: Grijley.

Atienza, M. (2013). "*Curso de Argumentación Jurídica"*, Madrid: Trotta.

Bayón, J. (2004). "*Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo"*. En J. Betegon et al. (Eds.), Constitución y derechos fundamentales (67-138). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bermúdez, V. (2014). *"Alcances del concepto de familia"*. En: IUS 360, Lima. http://www.ius360.com/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/alcances-del-concepto-de-familia/.

Briones, G. (1986). *"Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales"*. México: Trillas.

Bullard, A. (2015). *"La tradición del odio"*. En: El Comercio-Opinión. http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/tradicion-odio-alfredo-bullard-noticia-1797519.

Camean, C. (s/f). *"Sobre el Matrimonio Homosexual".* En: Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad Austral. Disponible en sitio web:

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

http://web.austral.edu.ar/descargas/familia/articulos/Sobre-el-matrimonio-homosexual-mayo-5-2010.pdf.

Casas, M. y Cabezas, G. (2016). *"Los derechos humanos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Hacia la visibilización de las mujeres lesbianas"*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142697

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *"Violencia contra personas LGBTI"*. CIDH, OEA. http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *"Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI"*. CIDH, OEA. http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTIReconocimientoDerechos2019.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). *"Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982"*, (Otros Tratados. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). ‹https://www.catalogoderechoshumanos.com/opinion-consultiva-1-cidh/›.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). *"Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982",* Opinión Consultiva OC-1/82 (Otros Tratados. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)), 24 de septiembre de 1982, párr. 51, ‹https://www.catalogoderechoshumanos.com/opinion-consultiva-1-cidh/›.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). "*Opinión Consultiva, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999"*, (El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido proceso Legal), ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf›.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). Corte IDH, *"Opinión Consultiva, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999"*, Opinión Consultiva OC-16/99 (El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido proceso Legal), de 1 de octubre de 1999, párr. 48, ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf›.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *"Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia"*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *"Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados"*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *"Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) en el caso Gelman vs. Uruguay"*. párr. 139. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *"Caso de Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas"*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *"Sentencia de 20 de marzo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)",* Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 20 de marzo de 2013, párr. 69, ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf›

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). "*Caso Andrade Salmón vs. Bolivia"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1° de diciembre de 2016, párrafo 93. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *"Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017" (Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo).* Sentencia 24 de noviembre de 2017. ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_ esp.pdf›

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *"Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo"*. Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Defensoría del Pueblo (2016). *"Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú"*. Lima.

Diaz, E. (1966). *"Estado de Derecho y sociedad democrática"*. Madrid: Taurus. Prieto, L. (2003). Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta.

Enciclopedia Jurídica Omeba, http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Ernesto, J. (2015). *"La función consultiva de la Corte Interamericana"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferrajoli, L. (2002). "*Juspositivismo crítico y Democracia Constitucional"*. En Revista Isonomía, Nº 16, abril, Alicante. http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrv0z1

Ferreres, V. (2007). *"Justicia constitucional y democracia"*, 2da. Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fiss, O. (2007). *"El derecho como razón pública"*. Traducido por Esteban Restrepo. Madrid: Marcial Pons.

Flores, P. (2002). *"Diccionario Jurídico Fundamental"*. Lima Editorial Grijley.

Gargarella, R. (s/f). *"Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política"*. http://seminariogargarella.blogspot.com/search?q=Matrimonio+homosexual

Gascón, M. y García, A. (2005). *"La argumentación en el Derecho"*. Lima: Palestra.

Giraldo, J. y otros (2002). *"Metodología y técnica de la investigación sociojurídica"*. Bogotá: Librería del profesional.

Gonzáles, G. (2014). *"La unión civil no matrimonial como desafío de la democracia constitucional"*. En: IUS 360, Lima. Disponible en sitio web: http://www.ius360.com/columnas/gorki-gonzales/la-union-civil-no-matrimonial-como-desafio-de-la-democracia-constitucional/.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Guastini, R. (2001). *"La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano"*. En Carbonell, Miguel (ed.). Estudios de teoría constitucional. México: Fontamara.

Gutiérrez, C. (2020). *"El matrimonio igualitario en Colombia: Un diálogo con la convencionalidad"*. Tesis de Maestría en Derecho de Estado con énfasis en Derecho Público (61-75). Bogotá: Universidad Externado de Colombia,

Gutiérrez, V. L. (2013). *"Ius connubii y matrimonio igualitario en el Sistema Internacional de Derechos Humanos"*. Derecho y Realidad, N° 21 (374-376). https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4852

Gutmann, A. y Thompson, D. (2004). Why deliberative democracy? Princeton: Princeton, N. y Olivares, E. (2017) *"Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado"*. Revista de Derecho, núm. 47, (167-206), 2017. UNLPam, Argentina: Fundación Universidad del Norte.

Häberle, P. (2006). *"Verdad y Estado constitucional"*. Traducido por Guillermo José Mañón Garibay. Méxic: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.

Hernández, R. y otros (2014). *"Metodología de la investigación"*. 6ta edición, México: McGraw-Hill.

La Ley (12-11-2020). *"Caso Ugarteche: ¿Cuáles fueron los argumentos más relevantes de los magistrados?"*. Lima.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

https://laley.pe/art/10284/caso-ugarteche-cuales-fueron-los-argumentos-mas-relevantes-de-los-magistrados.

Landa, C. (13-11-2020). *"La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio igualitario"*. Enfoque Derecho. https://www.enfoquederecho.com/2020/11/13/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-matrimonio-igualitario/

Martín, M. (2008). *"Matrimonio Homosexual y Constitución"*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mc Lean, L. (2010). *"Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo"*. Buenos Aires: Universidad Austral. http://www.thefamilywatch.org/doc/doc-0142-es.pdf.

Medina, G. (2001). *"Uniones de Hecho Homosexuales"*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Monroy , J. (1996). *"Introducción al proceso civil"*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

Nino, C. (2003). *"La construcción de la democracia deliberativa"*. Barcelona: Gedisa,

Nino, C. S. (1997). *"La constitución de la democracia deliberativa"*. Barcelona: Gedisa .

Núñez, C. (2017). *"Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica".* Materiales de Filosofía del Derecho, Nº 2017 / 02. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Osorio, M. (1981). *"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Paredes, G. y Núñez, M. (2019). *"El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: Análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano"*. FORO: Revista de Derecho, N.° 32 (julio-diciembre 2019). https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/issue/view/102

Pazo, O. (2014). *"Los derechos fundamentales y el Tribunal constitucional"*. Lima: Gaceta Jurídica.

Plácido, A. (2013). *"El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993"*. Revista Derecho PUCP, N°71, (77-108), Lima. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.004

Poder Judicial (2020). "*Casos de Andree Martinot y Diego Urbina contra la RENIEC"*, sentencia del Sexto Juzgado Constitucional de Lima Expediente N° 20900-2015-0-1801-JR-CI-11, y; de *"Susel Paredes y Gracia Francisca, sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima"*, en el Expediente N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11.

Prieto, L. (1997). "*Constitucionalismo y positivismo"*. Biblioteca de. Ética, Filosofía del Derecho y Política, Número 60, México: Fontamara.

Quiroz. W. (2007). *"Investigación Jurídica"*. Lima: IMSERGRAF EIRL.

Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans – REDLACTRANS- (2018). *"Guía sobre la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte IDH:*

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo y sus implicaciones jurídicas (San José: FDI, 2018)". https://issuu.com/redlactrans/docs/2018_gu_a_oc24_acceder_fdi

Rivera, J. (2005). *"Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del tribunal constitucional"*. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Núm. 9, (343-356). Madrid, https://dialnet.unirioja.es/revista/4240/A/2005

Rivera, L. (2017). *"El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana"*. Revista IIDH N° 66. (125-152). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6884087

Robles, L. (2014). *"Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica"*. Lima: Ffecaat.

Rodríguez, R. (1997). *"El derecho a amar y el derecho a morir"*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Rodríguez, R. (2018). *"La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Avances, Retrocesos y desafíos (2014-2018)"*, Revista del Instituto de la familia, Nº 07 (2018): 165-187. https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/issue/view/104

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Romero, H., Palacios, J. y Ñaupas, H. (2018). *"Metodología de la investigación jurídica. Una brújula para investigar y redactar tesis"*. Lima: Grijley.

Ruiz, J. (2009). *"Estado Constitucional de Derecho, democracia y descentralización"*. En: Estado de derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos. Lima: Capacides.

Salmón, E. (24-11-20). *"Caso Ugarteche: fallo del TC es discriminatorio"*. Lima: Instituto de Democracia y Derecho Humanos -PUCP. https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/caso-ugarteche-fallo-del-tc-es-discriminatorio/

Sandel, M. (2008). *"Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política"*. Barcelona: Marbot.

Sartre, J. (1999). *"El existencialismo es un humanismo"*. Barceona: Edhasa.

Tribunal Constitucional (2018). Caso Oscar Ugarteche - Exp. N°01739-2018-PA/TC. https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tc-rechazo-demanda-de-amparo-de-oscar-ugarteche-contra-el-reniec/

Viola, F. (2006). *"La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo"*. Traducido por Javier Saldaña. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México.

Witker, J. (1986). *"Como elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho"*. Madrid: Civitas.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Witker, J. (2008). *"La Investigación Jurídica"*. México: IIJ-UNAM.

Zagrebelsky, G. (2008). *"Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política"*. Madrid: Trotta,

Zelada, C. J. (2018). *"¿Camino al altar?: el matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*. Iuris Dictio, N° 22 (155-189). https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1208

Zelayaran, M. (2000). *"Metodología de la Investigación Jurídica"*, Lima: Ediciones Jurídicas.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

VI. ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: EL MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO COMO FORMA DE EJERCER EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORIAS	ASPECTOS METODOLÓGICO
Problema general ¿Por qué el reconocimiento del matrimonio civil igualitario constituye una como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú? **Problemas específicos** a) ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial a nivel nacional e internacional respecto al matrimonio civil igualitario? b) ¿Cuáles son las razones jurídicas que justifican el reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú? c) ¿Cuáles son los parámetros convencionales y constitucionales que justificarían el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo o matrimonio igualitario en el Perú? d) ¿Debe realizarse una reforma constitucional para reconocer el matrimonio igualitario o de parejas del mismo sexo en el país?	**Objetivo general** Determinar las razones jurídicas por qué el reconocimiento del matrimonio civil igualitario constituye una como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú. **Objetivos específicos** a) Describir el tratamiento jurisprudencial a nivel nacional e internacional respecto al matrimonio civil igualitario. b) Explicar las razones jurídicas que justifican el reconocimiento del matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación en el Perú. c) Analizar los criterios jurídicos convencionales y constitucionales existen para poder justificar el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo o matrimonio igualitario en el Perú. d) Evaluar si debe realizarse una reforma constitucional para aprobar el matrimonio igualitario o de parejas del mismo sexo en el país.	El reconocimiento del matrimonio civil igualitario permite adaptar las normas internas para eliminar las restricciones de las parejas no heterosexuales a instituciones como el matrimonio para garantizar los derechos que les corresponde como familia y que les han sido negados por tanto tiempo y se busque la protección de todos los seres humanos por igual, puesto que su negación vulnera el derecho- principio a la igualdad y no discriminación, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a formar familia.	**Categoría 1:** Reconocimiento del matrimonio civil igualitario. **Subcategorías:** ▪ Neoconstitucionalismo ▪ Parámetros convencionales ▪ Parámetros constitucionales ▪ Interpretation constitutional ▪ El carácter normativo de la constitución **Categoría 2:** El derecho a la igualdad y no discriminación **Subcategorías:** ▪ Principios y derechos constitucionales ▪ Contenido del principio de igualdad y no discriminación ▪ La dignidad, el libre desarrollo de la personalidad ▪ Derecho a formar familia ▪ Jurisprudencia del TC ▪ Jurisprudencia de la Corte suprema ▪ Jurisprudencia de la CIDH	TIPO DE INVESTIGACIÓN: Básica -Dogmática TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa METODOS ESPECIFICOS**:** Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica. UNIDAD DE ANALISIS: Estará será DOCUMENTAL conformada POR LA Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS ▪ Identificación del lugar donde se buscará la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. ANALISIS DE LA INFORMACION Enfoque cualitativo: Triangulación de teorías. VALIDACIÓN DE LA HIPOTESSIS: Método de la argumentación jurídica.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú