

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**LA AFECTACIÓN DE LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DEL  
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO A LA  
INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS DE PERSONAS DEL MISMO  
SEXO, CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**JORGE LUIS CUBAS MERA**

**ASESOR**

**KATHERINEE DEL PILAR ALVARADO TAPIA**

**<https://orcid.org/0000-0002-8451-0475>**

**Chiclayo, 2021**

**LA AFECTACIÓN DE LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL  
DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO A  
LA INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS DE PERSONAS DEL  
MISMO, SEXO CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO**

PRESENTADA POR:  
**JORGE LUIS CUBAS MERA**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR:

Rosa de Jesús Sánchez Barragán  
PRESIDENTE

Carlos Wigberto Hernández Montenegro  
SECRETARIO

Katherinee del Pilar Alvarado Tapia  
VOCAL

## **Dedicatoria**

Dedicada a mis hijos, Josemaría y María Paz, que son mi soporte.

## **Agradecimientos**

A mi compañera Claudia que ha sabido entenderme y apoyarme, y estando codo a codo en cada capítulo de nuestras vidas.

A mis padres James y Ada, sin los cuáles no habría sido posible el sueño de ser abogado.  
A mi asesor Eduardo por su paciencia y dedicación de conducirme y orientarme cuando era necesario

## Índice

Resumen .....	5
Abstract .....	6
Introducción.....	7
Revisión de literatura.....	9
Materiales y métodos .....	14
Resultados y discusión .....	18
<b>I. Cuestiones Generales.....</b>	<b>18</b>
<b>1. Fundamentos Filosóficos del Matrimonio .....</b>	<b>18</b>
<b>2. Antecedentes Históricos y Filosóficos .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1. Escuela de Frankfurt .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1.1. Primera Generación.....</b>	<b>20</b>
<b>2.1.2. Segunda Generación .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2. Nueva Escuela de Derecho Natural .....</b>	<b>22</b>
<b>3. El matrimonio en el ordenamiento jurídico peruano.....</b>	<b>22</b>
<b>3.1. Periodo de la exclusividad de matrimonio eclesiástico .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2. La Constitucionalidad del matrimonio .....</b>	<b>23</b>
<b>3.3. El matrimonio en el Código Civil. ....</b>	<b>24</b>
<b>4. Concepto del matrimonio igualitario o matrimonio homosexual .....</b>	<b>24</b>
<b>5. Surgimiento y Desarrollo de la Aplicación del Control de Convencionalidad .....</b>	<b>25</b>
<b>6. Concepto de Control de Convencionalidad.....</b>	<b>28</b>
<b>6.1. Control de Convencionalidad Externo.....</b>	<b>29</b>
<b>6.2. Control de Convencionalidad Interno o Difuso.....</b>	<b>30</b>
<b>7. Contenido y alcance de los de las denominadas <i>Soft laws</i> .....</b>	<b>30</b>
<b>II. Análisis del Impacto del Reconcomiendo del Matrimonio Igualitario a través del Control de Convencionalidad.....</b>	<b>31</b>
<b>1. Enfoque desde La Filosofía del Derecho: .....</b>	<b>31</b>
<b>2. Enfoque desde el Derecho Internacional Público .....</b>	<b>33</b>
<b>3. Enfoque desde el Derecho Constitucional .....</b>	<b>34</b>
<b>4. Enfoque desde el Derecho de Familia .....</b>	<b>36</b>
<b>5. Análisis del Caso Ugarteche .....</b>	<b>38</b>
<b>5.1. La invocación al derecho de igualdad y no discriminación.....</b>	<b>39</b>
<b>5.2. La Invocación al derecho del libre desarrollo de la personalidad .....</b>	<b>40</b>
<b>6. Análisis de los alcances e implicancias de la Opinión Consultiva 24/17.....</b>	<b>43</b>
<b>7. Alcances y Límites del Margen de Apreciación Nacional. ....</b>	<b>43</b>
Conclusiones .....	44
Recomendaciones .....	45
Referencias .....	46

## Resumen

El presente trabajo aborda una problemática que se ha suscitado en nuestro país a raíz de los casos Ugarteche y Paredes, en los cuales el Poder Judicial, ha resuelto en primera instancia declarando fundada las demandas interpuestas al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, (RENEC) a fin de que se les reconozca la inscripción de sus respectivos matrimonios (igualitarios), haciendo una invocación a la Opinión Consultiva 24/17, la misma que recoge principios como igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad. En suma, esto no significaría problema alguno, no obstante, el Órgano Jurisdiccional de primera instancia no ha considerado el margen de apreciación nacional al momento de resolver, dado que tanto nuestro Código Civil y Constitución Política de 1993, solo reconocen el matrimonio entendiéndose como la institución natural; y una Opinión Consultiva no tiene el carácter obligatorio, pues es considerada un *soft law*, que quiere decir, de carácter no vinculante o de mera recomendación. Cabe entonces realizar un trabajo mediante el cual podamos analizar el grado de intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos internos de los países miembros.

**Palabras claves:** Matrimonio, Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho de Familia

### **Abstract**

The present work addresses a problem that has arisen in our country as a result of the Ugarteche and Paredes cases, in which the Judicial Power has resolved in the first instance declaring founded the claims filed with the National Registry of Identification and Civil Status, (RENIEC ) in order that the registration of their respective marriages (egalitarian) be recognized, invoking Advisory Opinion 24/17, which includes principles such as equality and non-discrimination, free development of personality. In sum, this would not mean any problem, however, the Court of First Instance has not considered the national margin of appreciation at the time of resolving, given that both our Civil Code and Political Constitution of 1993 only recognize marriage being understood as the natural institution; and an Advisory Opinion is not mandatory, as it is considered a soft law, which means non-binding or mere recommendation. It is therefore necessary to carry out a work through which we can analyze the degree of intervention of the Inter-American Court of Human Rights in internal affairs of the member countries.

**Keywords:** Marriage, International Law, Constitutional Law, Family Law

## Introducción

Actualmente, vivimos una época donde gran parte de los organismos públicos, instituciones del Estado y organismos internacionales y multilaterales cobran bastante relevancia, toda vez que, son organismos que por lo general se les toma como grandes referentes del Derecho y de la justicia continental, en el presente trabajo, se analizará si existe alguna influencia significativa por diversas corrientes ideológicas, por ejemplo, al denominado “marxismo cultural”, el mismo que nace en la Escuela de Frankfurt y que plantea la “ideología de género”, entendida por algunos autores como el conjunto de ideas anticientíficas, que con propósitos políticos autoritarios pretenden desarraigar la sexualidad humana de su naturaleza, mientras que por otro lado, los defensores de esta ideología, la definen como un enfoque el cual permite crear mayores condiciones de vida a las minorías, así como también establecer una inclusión donde las personas que pertenecen a minorías sociales, en este caso la comunidad homosexual o también denominado colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Queers, etc. (en adelante LGTBQ), que exigen al Estado aplicación de mayores criterios de igualdad en las instituciones. Pues a criterio de estos movimientos, no existen condiciones o características preasignadas o inherentes al ser humano, sino que la naturaleza del hombre entendida como tal solo se trataría de meras construcciones sociales (Butler, 2007). Este tipo de criterios “igualitarios y no discriminatorios” han sido recogidos en sendos documentos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en la Opinión Consultiva 24/17 que, desnaturaliza el concepto del matrimonio al asumir que en virtud al principio de igualdad y no discriminación, insta a los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos a adoptar y regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, esto a su vez es adoptado por los poderes del Estado peruano, el Judicial en este caso, que, a través de la aplicación del control de convencionalidad, ha ordenado en primera instancia en los casos particulares Ugarteche (Exp. 22863-2012) y Paredes (Exp. 10776 -2017), la inscripción de matrimonios entre personas del mismo sexo, celebrados en el extranjero.

Analizado todo lo anteriormente expuesto, se busca dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cómo afectaría a la institución jurídica del matrimonio la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad respecto a la inscripción de matrimonios de personas del mismo sexo, celebrados en el extranjero?

La razón inicial de la presente investigación radica en que a través de la inscripción del matrimonio de personas del mismo sexo celebrado en el extranjero por mandato judicial se ha podido evidenciar el quebrantamiento del orden Constitucional, de los principios del Derecho Internacional, de las normas civiles, y principalmente de instituciones jurídicas fundamentales que suponen la base de la sociedad y el Estado, específicamente el matrimonio y la familia, pero para el estudio de este trabajo de investigación, solo nos vamos a abocar al primero. La segunda radica en que el matrimonio homosexual, o también denominado matrimonio igualitario, no está regulado en nuestro país, y la inscripción de estas uniones acarrearán una serie de consecuencias jurídicas nocivas a mediano y largo plazo, teniendo en cuenta, los casos ya mencionados que aún se siguen debatiendo, tales como: caso Ugarteche, en el cual se señala en su fundamento 35, que atendiendo a la no discriminación debido a su orientación sexual, resulta amparable la pretensión de inscribir su matrimonio celebrado en México (Exp. 22863-2012), ahora se está discutiendo en el Tribunal Constitucional (Exp. 01739-2018-AA) a la espera de una sentencia. Y también el caso Susel Paredes, donde el órgano jurisdiccional, en su fundamento 28 manifiesta

literalmente: “De este modo, la negativa de su inscripción, resulta ser una afectación de los derechos invocados, pues no se permite el ejercicio y reconocimiento del acto, ni las consecuencias jurídicas que ello implica” (Exp. 10776 -2017). Estos dos casos, en particular, suponen un peligro a las instituciones de origen natural, tales como el matrimonio y la familia. Para dar respuesta a la problemática, es necesario establecer como objetivo general: Determinar la afectación a la institución jurídica del matrimonio la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad que ordena la inscripción de matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero.

Por lo tanto, se ha tenido por conveniente establecer como primer objetivo clarificar filosóficamente el concepto del matrimonio como instituto natural y el concepto de control de convencionalidad. Para ello se desarrollarán los antecedentes del matrimonio como instituto natural, además de los extremos del control de convencionalidad, posteriormente se expondrá en esta investigación la posición de escuelas filosóficas contrapuestas, como son la Escuela de Frankfurt y la Nueva Escuela de Derecho Natural, haciendo hincapié en su desarrollo histórico y filosófico. Asimismo, se incluirá el tratamiento de la institución del matrimonio en nuestro Código Civil y nuestra Constitución Política. En esa misma línea se desarrollará el concepto del matrimonio. Posteriormente se abordará la figura del Control de Convencionalidad y cómo es que ésta influye en nuestro ordenamiento interno a través de jurisprudencia y opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como segundo objetivo, se identificará la afectación jurídica en general y constitucional en particular de la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad devenida en una opinión consultiva, referidos a matrimonios de personas del mismo sexo. Para ello, se hará énfasis en la afectación, principalmente desde el enfoque de la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional Público, el Derecho Constitucional, el Derecho de Familia; también se abordará un breve análisis del Caso Ugarteche, como también un análisis de la Opinión Consultiva 24/17.

Así mismo, partimos de la siguiente hipótesis: si en virtud del control de convencionalidad, los poderes del Estado y organismos internos adecúan sus normas y procedimientos a fin de inscribir matrimonios entre personas del mismo sexo, que fueron celebrados en el extranjero, entonces, se desnaturalizaría la institución jurídica del matrimonio que ampara nuestro sistema jurídico, vulnerando asimismo algunos de los principios constitucionales que lo inspiran.

Por último, una vez desarrollados los puntos anteriores, se explicarán las consecuencias jurídicas y políticas que conllevará este camino, desde el orden jurídico hasta el matrimonio como institución natural, dicho esto, se procederá a realizar propuestas relativas al Margen de apreciación Nacional, y su necesidad de reforzar los criterios para la aplicación del control de convencionalidad.



## Revisión de literatura

Se han revisado fuentes virtuales y físicas, de las cuales se han considerado tesis recientes, también algunos libros.

Tesis:

1. Jara A. (2018), *Fundamentos filosóficos-antropológicos presupuestos en la ideología de género* (Tesis de maestría, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú). Recuperada de: <http://tesis.usat.edu.pe/handle/usat/1078>

La ideología de género es una tendencia ideológica y una de las tendencias ideológicas más comunes en la mayoría de los países occidentales. Como todo reduccionismo intelectual, esta ideología fragmenta el verdadero significado de la sexualidad humana, en lugar de tratarlo como una parte esencial del ser humano. Por tanto, es una ideología que intenta "deconstruir" la sociedad con su teoría. Anticipando que la implantación de este enfoque puede resultar peligrosa, se propone el objetivo principal de esta investigación: evaluar la base antropológica filosófica basada en la ideología de género. Entre ellos se identificaron: el marxismo de Engels, el existencialismo ateo y el pensamiento estructurado de la escuela de Frankfurt que buscaba fusionar el pensamiento marxista con el psicoanálisis de Sigmund Freud. Estos fundamentos se extraen de los pensamientos de algunos de sus representantes clave: Simone De Beauvoir, Shulamith Firestone, Kate Millett y Judith Butler. Se trata de un estudio documental o bibliográfico que, mediante el análisis de la información, ha llegado a la conclusión de que los enfoques de la ideología de género son inconsistentes. En este sentido, este estudio es relevante porque contribuye a abordar los dilemas éticos actuales derivados de ideologías posmodernas que distorsionan el verdadero significado de la dignidad humana, sobre la sexualidad humana, sobre el matrimonio y por ende de la familia.

La relación que guarda con el tema de la presente investigación es principalmente en sostener la teoría de como la ideología de género ha ido calando en nuestra sociedad, y que forma parte del marxismo cultural, el mismo que, que mediante organismos internacionales y estatales intenta imponer una agenda que ya está preestablecida. Además de determinar los fundamentos filosóficos-antropológicos de la nefasta ideología de género.

2. Chirinos, A. E. (2017). *El enfoque de género y su injerencia en el ordenamiento jurídico peruano y sus políticas públicas*. (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú). Recuperado de <http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/927>

En las últimas décadas nuestro país ha enfrentado algunas fricciones globales que le han permitido crecer y desarrollarse económicamente, sin embargo, no es tan bueno cuando miras hacia atrás y te concentras en él. Naciones modernas "que distorsionan las realidades, no han contribuido al fortalecimiento de la familia, la educación integral de los niños y el ambiente religioso. y las discriminaciones; estos modelos se encapsulan en lo que llamaremos" el enfoque de género ", un estado socialmente expansivo de mente que en la actualidad está tratando de imponerse, adoptando una concepción radical del término género, busca oponer

género y género para eliminar la presencia de datos biológicos en las visas sociales, individuales y familiares.

Guarda relación con la investigación en la forma de cómo estructura la investigación y describe las políticas de género que se han estado implementando y llevado a cabo en nuestro país, y sus principales consecuencias, a su vez, describe la afectación de la familia.

3. Carrillo, I. E. (2014). *Fundamentos para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en el Perú* (Tesis de maestría, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú). Recuperada de <http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/559>

La tesis se centra en el estudio y análisis del contexto social y legal de la institución del matrimonio en nuestro país en relación a la redefinición que probablemente permita las uniones entre personas del mismo sexo. Teniendo en cuenta las diferentes tendencias que han llevado a una reordenación del concepto de matrimonio, hasta el punto de que, en algunas sociedades, la heterosexualidad ya no es un requisito previo, es por tanto cuestionable si esta tendencia puede incluirse en nuestra legislación. (como sucedió en la ley de la comparación). Por tanto, esta tesis intenta encontrar, desde un punto de vista jurídico completamente objetivo, las bases que sustentan la protección del matrimonio frente a una determinada disposición legal que puede (o no) tener consecuencias jurídicas: el contrato de género.

La tesis en cuestión guarda relación con la presente investigación, toda vez que hace estudio y análisis del contexto social y jurídico de lo que supondría una posible regulación de las uniones de personas del mismo sexo y su impacto en la sociedad, esto principalmente se conecta a los objetivos que se ha propuesto en la investigación.

4. Flores, T. I. (2014). *La protección estatal de la familia como institución jurídica natural*. (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú). Recuperado de <http://tesis.usat.edu.pe/handle/usat/269>

Este estudio busca examinar a la familia como una institución jurídica natural pero también analizar si el dinamismo de la ciencia jurídica es un factor importante en su protección integral, presentada solo como respuesta a las necesidades de cada época. El desarrollo del análisis teniendo en cuenta el concepto de la familia como institución jurídica, las disposiciones del derecho internacional e internacional, así como las políticas públicas vigentes en nuestro país, tiene como objetivo proteger a la familia y los posibles peligros que puedan surgir, es decir, posmodernismo.

La principal relación que tienen la tesis con la presente investigación se centra esencialmente en la familia y el matrimonio como dos aspectos de suma importancia en la sociedad y el Estado, además de tener en consideración la naturaleza jurídica que poseen ambas instituciones jurídicas, pues, son dos núcleos de donde surgen los valores y hombres que construyen una nación y fortaleciéndola. Por tanto, toda regulación que suponga un peligro para ambas debe ser desestimada de raíz.

5. Chuquillanqui, F. (2013) *Implicancias jurídicas y sociales de la legalización de la unión civil entre personas del mismo sexo en la sociedad peruana*, Tesis para obtener el título profesional de Abogado -- Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

La presente tesis nos presenta esencialmente una descripción y desarrollo de términos como matrimonio, homosexualidad, unión de hecho. Además, describe detalladamente las distintas maneras de reconocimiento normativo-legal de las uniones de personas del mismo sexo en distintos países como de Europa y en América Latina. Finaliza con una posición en contra de que se aplique en nuestro país una regulación a dichas uniones.

Guarda estrecha relación, en cuanto, a la descripción y desarrollo del matrimonio, la homosexualidad, la unión de hecho, dado que son conceptos importantes en la presente investigación, ya que significa una de las variables en la que se desarrolla, y también tiene una relación en cuanto al estudio de las posibles consecuencias que probablemente se puedan desencadenar ante un inminente reconocimiento de matrimonios o uniones de personas del mismo sexo, como ya ha venido haciendo en Europa y algunos países de América Latina.

6. Finnis, J. (2000), “Ley Natural y Derechos Naturales, traducción de Cristóbal Orrego, “Perrot S.A., Buenos Aires.

Este libro nos presenta un estudio profundo acerca de lo que realmente es la ley natural y los derechos naturales, donde también se abarca una respuesta a aquellos que han venido criticando la labor académica del profesor Finnis y a Grisez, desde el valor de las virtudes, abarca también estudios sobre otras teorías de ley natural, además por otro lado, se destaca el estudio y explicación de la razonabilidad práctica.

Este libro guarda en relación con este trabajo de investigación, toda vez que, los postulados del profesor Finnis, junto a Grisez, a quien cita en este libro, fungen como columnas vertebrales de las bases teóricas.

## **Bases Teórico-Científicas:**

### **i. Nueva Escuela del Derecho Natural**

Para la presente investigación, se tomará en cuenta la postura del derecho natural, específicamente, los postulados de los autores de la Nueva Escuela del Derecho Natural (en adelante NEDN), dicha escuela, está sostenida esencialmente por Germain Grisez y John Finnis, pero defendida también por otros pensadores como Robert P. George, Joseph Boyle y William May; para esta escuela, el conocimiento del contenido del Derecho Natural se da principalmente a través de la captación, de los bienes humanos básicos, que a su vez es el esqueleto de todo pensamiento práctico y adquiere un carácter moral. cuando se aplica a actos humanos voluntarios en la búsqueda de intereses humanos fundamentales; Los siguientes aspectos son sólo dimensiones centrales del desarrollo humano, considerados por la razón práctica como un bien a alcanzar en la vida.; pues, el Derecho Natural es la participación de la criatura racional en la ley Eterna, por eso para pasar del ser al deber ser, se debe considerar a la recta razón. Cabe destacar, que, para los autores de la escuela en cuestión, los bienes básicos son el objeto propio

de las inclinaciones naturales, por lo que estas últimas cumplen una función central también en esta doctrina. (Massini-Correas, 2010).

Además, se considerará, lo acotado por Finnis, J. (2000) “Una teoría de la ley natural pretende ser capaz de identificar condiciones y principios de rectitud práctica, de un orden bueno y correcto entre los hombres y en la conducta individual” (p. 51).

En ese mismo sentido, Grisez, G. (1965), nos manifiesta sobre la naturaleza del hombre:

“el hombre consulta su naturaleza para ver qué es bueno y qué es malo. Examina su acción comparándola con su esencia, para ver si la acción se acomoda o no a la naturaleza, de modo tal que, si la acción se acomoda a la naturaleza, entonces es buena, y si no se acomoda, entonces es mala” (p.168).

## **ii. Escuela de Frankfurt y feminismo moderno**

En este apartado, como base teórica, se ha considerado a miembros de la escuela de Frankfurt, como también a reconocidas y notables teóricas feministas de la “tercera ola” como Judith Butler, pues ella considera que el matrimonio es una institución que a través de la historia ha “engendrado exclusiones y desigualdades y que ha legitimado el confinamiento de ciertas partes de la población al margen del espacio público” (Patternote, 2009, p. 64).

La misma Butler se cuestiona “si el reconocimiento estatal de las parejas monógamas no deslegitimará a la larga la libertad sexual para una serie de minorías sexuales”, impidiendo una cultura política de disputa respecto, no solo de si el matrimonio es una institución que resulta valiosa, sino que también respecto de “la legitimidad y la legalidad de los sitios públicos de intercambio sexual, del sexo intergeneracional, la adopción fuera del matrimonio, el incremento de la investigación y experimentación en relación al sida y la política transexual” (Butler, 2011, pp. 165-6)

Por otro lado, se ha considerado importante también, tener en cuenta a uno de los más representativos miembros de la Escuela de Frankfurt, Marcuse, quien, citando a Marx y Engels en *La Sagrada Familia*, recordaba que una de las centrales observaciones del marxismo es que la existencia actual del hombre en el marco del capitalismo es «inhumana», de lo que se deriva la necesidad de llevar a la realidad una existencia humana, además consideraba a la familia patriarcal monogámica, por ejemplo, como una forma cultural en la que opera la represión sobrante. Tal represión sobrante, sostiene, funciona de acuerdo con el "principio de actuación" (Marcuse, 1928)

## **iii. Control de Convencionalidad**

Para el control de convencionalidad, se tomará en cuenta la postura elaborada por Max Silva, el cual nos manifiesta que las exigencias establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el ejercicio del control de convencionalidad interno, generan divergencias doctrinarias, en tanto unos entienden que forman parte del derecho interno y otros asumen que se trata de una obligatoria adecuación de las decisiones judiciales con respecto a las normas de la Convención y las decisiones de la Corte. Dichos problemas afectan a la labor de los jueces nacionales y a la propia implementación de este control al punto que podrían llegar a hacerlo

prácticamente una ilusión. Su estudio ofrece un análisis orgánico de estos inconvenientes desde el interior de los ordenamientos jurídicos afectados, puesto que, por lo general, la teoría del control de convencionalidad ha sido elaborada fundamentalmente desde la óptica del Derecho Internacional (Silva, 2016).

En esa misma línea, el maestro García Belaúnde (2015):

“la Corte Interamericana ha desarrollado dos temas vinculados con el control de convencionalidad, pero no necesariamente son parte de él. Ellos son las Opiniones Consultivas y las Reparaciones. Las veremos a continuación.

La «opinión consultiva» la emite la Corte Interamericana en determinados casos y fue así como inició su actividad en los primeros años, en los cuales prácticamente no había procesos que conocer. Y si bien frecuentes al inicio, no lo son tanto en los últimos años [...] En torno a ellas existen dos posturas. Una que considera que la opinión consultiva es de carácter jurisdiccional y otra que estima que no lo es. En lo personal, no creo que sea jurisdiccional, pues se trata de un pronunciamiento en abstracto en el cual no hay un contradictorio y como su nombre lo indica, es de consulta, no de decisión. La misma Corte Interamericana no ha sido muy precisa en esto, pero se inclina cada vez más a darle un mayor valor y obligatoriedad. El otro punto es saber si esa opinión consultiva obliga o no al Estado que la formula. Y de ser así, si adicionalmente obliga a los demás Estados. Dudo mucho que una mera opinión consultiva —que es de carácter ilustrativo— pueda obligar al que la formula y menos a los demás Estados del sistema interamericano. La opinión consultiva es de indudable interés y tenderá con el tiempo a ser jurisprudencia de la Corte, pero ella en sí misma no tiene porqué ser vinculante y menos aún jurisdiccional. El hecho de que quien emita una opinión consultiva sea un órgano jurisdiccional, no significa que todo lo que hace sea jurisdiccional, sino lo es cuando reúne determinados requisitos que la hacen tal y además se le haya concedido expresamente esta facultad. No está de más recordar que al lado de las labores jurisdiccionales, la propia Corte Interamericana tiene labores administrativas y normativas de carácter reglamentario. E igual sucede en los órganos judiciales modernos. Tampoco tiene sentido decir que es semijurisdiccional, pues en esta materia se tiene jurisdicción o no se tiene. Aquí opera el principio *tertium non datur*” (p. 140-141).

#### **iv. Margen de Apreciación Nacional**

Respecto a la propuesta, en cuanto a la soberanía, debemos decir que tendremos en cuenta a Jellinek, citado por el profesor Acosta (2020), quien nos refiere que “no existe Estado sin soberanía, sin importar la calificación del Estado, su forma, su régimen o sistema; se trata de una característica esencial en él” (p. 186), y no se puede estar más de acuerdo, pues la soberanía es una característica intrínseca de un Estado, como lo son el monopolio de los medios legítimos de coerción, el desarrollo de un sistema de administración burocrática profesional y autónoma especializado en la extracción de recursos y distribución eficiente de los mismos, la capacidad y decisión de generar en los habitantes un sentimiento de “pertenencia” y de forjar lazos de solidaridad para responder solo a ese Estado (Oszlak citado por Garabedian, 2020).

Siguiendo en la línea del profesor Acosta, pues bien, “en lo referido a las relaciones entre el Estado y la interpretación de tratados, la soberanía se traduce en la figura del margen de apreciación” (191).

En ese sentido, el profesor Acosta (2020), profundiza:

“...es inconstitucional un mandato que ordena a los jueces nacionales resolver de una u otra forma, además, dado que los tratados son inferiores a la Constitución o, en todo caso, del mismo nivel si su materia es derechos humanos, no pueden vulnerarla; si son inferiores no tienen el poder de hacerlo y si son co-jerárquicos tienen un deber de armonía; en cualquier caso, no pueden incordiar a la carta política (...) Toda interpretación contraria al espíritu de la Constitución o incluso al tratado mismo se reviste de falso derecho y no es obligatoria. Los magistrados y todo aquel que cumpla funciones públicas se debe a la Constitución, a los tratados que no la contravengan y a la ley, las interpretaciones que violen esta concepción son inaceptables”. (p. 196)

En esto último nos basaremos para concluir la investigación y presentar posibles soluciones, en cuanto a reforzar el margen de apreciación nacional, proponiendo como alternativa una modificatoria constitucional en el extremo de fijar una prevalencia de la norma y jurisprudencia nacional frente a la supranacional y dotar a los jueces nacionales de más libertad, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

## **Materiales y métodos**

### **Tipo de investigación**

De acuerdo con los fines que se persigue la investigación es cualitativa descriptiva e interpretativa:

**Cualitativa descriptiva.** La investigación permite escoger la información que cobre relevancia y de suma calidad. Para lograr los objetivos trazados se requería describir de manera minuciosa las características, naturaleza del matrimonio, sistematizar cada una de las realidades por las que atraviesa el objeto de estudio, a la vez nos permite ubicar el punto central de nuestra investigación. El Derecho como ciencia de textos de tipo cualitativa.

**Interpretativa.** Nuestra investigación pretende dar un paso más a lo descriptivo y es que a partir del análisis, interpretación e inferencias nos permite reflexionar y asumir compromisos de defensa del matrimonio y la familia, además de la soberanía nacional y orden constitucional.

Esta investigación es cualitativa, descriptiva e interpretativa porque genera conocimiento a partir de las experiencias de personas y grupos sociales, que no son medibles; aportando al conocimiento del Derecho Natural, cuyo entendimiento acrecienta el acervo del saber sobre la sociedad y nosotros mismos. Nuestra investigación, epistemológicamente, se ocupa del conocimiento sobre la realidad social y cultural.

Consideramos que esta investigación se consolida como una metodología válida para la formación del conocimiento en las ciencias y concretamente en nuestro estudio que desarrolla

métodos y técnicas de la investigación cualitativa enriqueciendo el trabajo multi, inter y transdisciplinar donde confluyen diversas áreas del conocimiento.

Ciertamente esta investigación cualitativa privilegia la subjetividad y la intersubjetividad dentro de los contextos, la cotidianidad y la dinámica de interacción entre los elementos objeto de estudio. De esta forma, metodológicamente establece un diálogo entre las creencias, las mentalidades y los sentimientos de las personas y los grupos sociales, para generar nuevo conocimiento sobre la naturaleza del matrimonio y la afectación de la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad.

En este sentido, para el logro de los objetivos hacemos el esfuerzo de comprensión de la información recolectada, que permita captar su esencia a través del diálogo e interpretar el sentido que las personas y el colectivo comunican al investigador, integrando incluso la investigación cuantitativa, complementando entre los métodos cuantitativos y cualitativos, que permitan el desarrollo de nuestra investigación cada vez más válida y confiable.

Nuestra investigación de tipo cualitativa es de corte iusnaturalista, humanista, inductiva y de perspectiva integral de la persona, dando énfasis la experiencia de las personas y la sociedad en los escenarios donde se desarrolla lo más significativa, relevante y consciente de los sujetos participantes.

Desde el punto de vista ontológico, especifica cuál es la forma y naturaleza de la realidad social y natural, definir la realidad como dinámica, global y construida en un proceso de interacción con ella.

Desde el plano epistemológico se hace referencia a los criterios mediante los cuales se determina la validez y bondad del conocimiento que, de cara al sendero hipotético-deductivo, la investigación cualitativa asume el camino inductivo; es un hecho concreto y los datos que aporta a una teoría posterior.

En el plano metodológico, se sitúan las cuestiones que hacen referencia a diferentes formas de investigación que surgen en torno al hecho de que existe una figura que emerge en el proceso de investigación, a través de la cual se pueden recoger diferentes puntos de vista y perspectivas.

Desde el ámbito técnico, utilizaremos técnicas para recabar datos sobre la particularidad de las situaciones que permitan una descripción exhaustiva y densa de la realidad concreta, objeto de esta investigación.

**Diseño de Aplicación:** No aplica.

**Población, muestra y muestreo:** No aplica.

**Criterios de Selección:** No aplica.

**Operacionalización de Variables:** No aplica.

**Técnicas, instrumentos de recolección de datos:**

- Fichas bibliográficas
- Fichas de resumen
- Fichas de análisis y comentarios de documentos

**Procedimientos:**

En los procedimientos de recolección de datos hay interacción con las herramientas. Se realizó una rigurosa selección de las fuentes bibliográficas a través de las fichas bibliográficas.

Con las fichas resumen, examinamos las ideas principales y relevantes de las fuentes, y las hojas de análisis nos permiten aclarar opiniones, documentar interpretaciones, inferencias y contraargumentos de información.

**Plan de Procesamiento y Análisis de Datos:** No aplica.

**Matriz de Consistencia:**



<p>LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DEFENSA Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA  TEMA: MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD  PROBLEMA: ¿Cómo afectaría a la institución jurídica del matrimonio la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad que ordena la inscripción de matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero?</p>		
<p>Tesista: Jorge Luis Cubas Mera <span style="float: right;">Asesor: Eduardo Martín Acosta Yparraguirre</span></p>		
VARIABLES	<p><b>HIPÓTESIS:</b> Si en virtud del control de convencionalidad, los poderes del Estado y organismos internos adecúan sus normas y procedimientos a fin de inscribir matrimonios entre personas del mismo sexo, que fueron celebrados en el extranjero, entonces, se desnaturalizaría la institución jurídica del matrimonio que ampara nuestro sistema jurídico, vulnerando asimismo algunos de los principios constitucionales que lo inspiran.</p>	
<p>1. Matrimonio Homosexual  2. Control de convencionalidad</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL:</b> Determinar la afectación a la institución jurídica del matrimonio a causa de la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad que ordena la inscripción en el Perú de matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero</p>	
	<p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</b></p> <table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%;"> <p>Clarificar filosóficamente el concepto de matrimonio como instituto natural y definir el concepto de control de convencionalidad.</p> </td> <td style="width: 50%;"> <p>Identificar la afectación jurídica en general y constitucional en particular de la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad, referidos a matrimonios de personas del mismo sexo.</p> </td> </tr> </table>	<p>Clarificar filosóficamente el concepto de matrimonio como instituto natural y definir el concepto de control de convencionalidad.</p>
<p>Clarificar filosóficamente el concepto de matrimonio como instituto natural y definir el concepto de control de convencionalidad.</p>	<p>Identificar la afectación jurídica en general y constitucional en particular de la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad, referidos a matrimonios de personas del mismo sexo.</p>	
JUSTIFICACIÓN	<p>La razón inicial del presente trabajo radica en que a través de la inscripción del matrimonio de personas del mismo sexo celebrado en el extranjero por mandato judicial se ha podido evidenciar el quebrantamiento al orden Constitucional, al Derecho Internacional, a las normas civiles, y principalmente a instituciones jurídicas fundamentales que suponen la base de las sociedades y el Estado, específicamente el matrimonio y la familia, pero para el estudio de este trabajo de investigación, solo nos vamos a abocar al primero.</p> <p>La segunda radica en que el matrimonio homosexual, o también denominado matrimonio igualitario, no está regulado en nuestro país, y la inscripción de estas uniones acarrearán una serie de consecuencias jurídicas nocivas a mediano y largo plazo, teniendo en cuenta, los casos que aún se siguen debatiendo (caso Ugarteche y caso Susel Paredes) suponen un peligro a las instituciones de origen natural, tales como el matrimonio y la familia.</p> <p>Todo este estudio se dirige a clarificar la afectación jurídica en general y constitucional en particular de la aplicación del control de convencionalidad en procesos judiciales que ordenan la inscripción de matrimonios de personas del mismo sexo, también busca explicar las consecuencias jurídicas que supondrían. Por otro lado, con este trabajo de investigación, se intenta esclarecer los orígenes y naturaleza del matrimonio como institución jurídica natural, que antecede a la existencia del Estado.</p>	

## Resultados y discusión

### I. Cuestiones Generales

#### 1. Fundamentos Filosóficos del Matrimonio

El matrimonio constituye un pilar importante en la sociedad y, por tanto, en el Estado, pues es la institución natural por excelencia, originaria de familias, las mismas que forman las sociedades y estas a los Estados. Además, es el centro de valores de los ciudadanos que el Estado demanda.

Es así que tenemos que, quienes impulsan las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, lo hacen fundamentando su posición en la libertad humana, en el ejercicio responsable de la razón y en la carga sentimental que precede al deseo de la unión conyugal. Bien, es necesario entonces adentrarnos en la naturaleza del matrimonio y lo que éste ha significado, significa y puede significar para la sociedad. No es casualidad que, si no son todas, al menos una gran mayoría de las culturas y sociedades a lo largo de la historia hayan configurado alguna forma estable de unión entre varón y mujer reconocida social y jurídicamente, es decir, matrimonio.

Por otro lado, es importante señalar que, en gran parte de la cultura occidental, donde la cristiandad ha sentado un gran legado social, histórico y cultural, se celebra entre un varón y una mujer, y aunque esto no quiere decir que sea un argumento válido para sostener que sea exclusivo ese tratamiento, es un dato que es importante remarcarlo desde el punto de vista filosófico y antropológico, dada la complementariedad entre el varón y la mujer.

En ese sentido, afirmamos que el matrimonio es una institución natural, porque su origen preexiste al Estado como organización política y jurídica y religiones que le han dotado de ritos y solemnidades, al posterior nacimiento del Estado, este ha tenido la necesidad de reconocer y proteger a esta institución, consagrándola en cuerpos jurídicos normativos, en esa misma línea Blanco nos comenta que “el matrimonio constituye, sin duda, una realidad natural de primer orden, originaria y originante respecto a la sociedad: una realidad social que encierra un bien de elevada repercusión en el contexto vital de la entera sociedad. El matrimonio, para una sociedad determinada, forma parte de su patrimonio: y no solo de su patrimonio histórico o cultural, sino también de un patrimonio dinámico que permanentemente influye y construye – en un sentido y otro – la sociedad misma.” (Blanco 2007, p. 9)

Esto cobra más sentido cuando lo conceptualizamos para entender su funcionabilidad, es así que el profesor George nos dice que, el matrimonio, es considerado no como una mera convención legal o artilugio cultural, es la comunión de personas en una sola carne que se consuma y realiza mediante actos de tipo reproductivo independientemente de que den o no lugar a la concepción de un hijo o que están motivados, al menos en parte, por el deseo de concebir un hijo (George, 2009, p. 194).

En esa misma línea, el profesor George manifiesta que:

En un acto marital los cuerpos de las personas que se unen biológicamente no quedan reducidos a la condición de instrumentos al servicio de fines extrínsecos, como la satisfacción o expresión sexual. Más bien, el fin, la meta y el sentido inteligibles a los que está dirigido el acto sexual apuntan y se encuentran en el bien inteligible del matrimonio en sí, entendido como la unión en una sola carne. Según este planteamiento,

el cuerpo no es un mero instrumento al servicio de la faceta consciente y desiderativa del yo, cuyo interés de satisfacción es el supuesto fin para el cual el acto sexual constituye un medio; asimismo, tampoco el sexo en sí es instrumentalizado. La unidad del matrimonio en una sola carne no es un bien instrumental, o sea, una razón para actuar cuya inteligibilidad racional depende de otros fines para los que constituye un medio, sino que es un bien intrínseco o bien en sí mismo, es decir, una razón para actuar cuya inteligibilidad racional no depende de otro fin ulterior (2009, p. 196).

Entendemos entonces que el Estado le otorga un reconocimiento especial al matrimonio porque es el matrimonio donde se protegen cuestiones que ni el propio Estado puede otorgar, ello no implica que se trata de una discriminación a las parejas del mismo sexo.

En esa misma línea nos indica Carrillo (2014):

La unión entre hombre y mujer tiene unas características estructurales y funcionales que la diferencian de la unión entre dos hombres o dos mujeres; esas diferencias son bastante relevantes como para justificar denominaciones distintas que permitan diferenciarlas y un tratamiento jurídico diferenciado; y ello no supone una consideración peyorativa de las uniones homosexuales (p.37)

Es así como, el matrimonio y su regulación en nuestro país, no son mero resultado de los deseos personales de dos adultos que otorgan un consentimiento, ya sean del mismo sexo o del sexo opuesto. Tampoco se trata del reconocimiento legal de la autonomía moral de la persona para hacer lo que le plazca en relación con otros individuos. Por el contrario, la institución jurídica del matrimonio es fundamentalmente una relación permanente de convivencia, con un objetivo común, y por supuesto, también se trata de los hijos, que vienen a ser -naturalmente- fruto de esta unión entre ambos sexos y el bienestar de la sociedad (USAT, 2014). Es por todas estas consideraciones que, el matrimonio, no es un mero contrato como suelen decir algunos tratadistas, sino una institución natural de especial tratamiento.

## **2. Antecedentes históricos y filosóficos**

### **2.1. Escuela de Frankfurt**

La Escuela de Frankfurt tiene su génesis partiendo del resultado lógico ante los acontecimientos que desde los años 1920's venían sucediendo en Europa, desde 1923 se plantea una necesidad de desarrollar reflexión global que consolidan a la sociedad burguesa y capitalista y el significado ante esa teoría. Así pues, la Escuela de Frankfurt devuelve a las Ciencias Sociales y la Filosofía su característica de análisis crítico no solo en cuanto al ámbito teórico, sino también prácticos y también al conjunto histórico de ambos (Muñoz, s.f.). El marxismo de Engels, el existencialismo ateo y el pensamiento estructurado de la Escuela de Frankfurt que intenta unir el pensamiento marxista con el psicoanálisis de Sigmund Freud. Estos fundamentos han sido deducidos desde el pensamiento de algunas de sus principales representantes como: Simone De Beauvoir, Shulamith Firestone, Kate Millett y Judith Butler. Podemos decir entonces, que resulta relevante prestar atención a estas corrientes ideológicas, que provienen de la tercera ola del marxismo cultural de la mano con el feminismo moderno o de tercera ola, pues claramente estas ideologías post modernas distorsionan el verdadero significado de persona humana, dignidad, sexualidad humana, matrimonio y por ende la familia, en el sentido de que conciben a la persona como un ser que llega al mundo sin características preasignadas como el sexo, o dicho de otro modo, desarraigan la sexualidad de la naturaleza humana, ya que solo se debe definir a la persona de acuerdo a su mera autodefinición, todo ello en virtud a la

denominada construcción social, y es así como se desencadena una serie de consecuencias en las cuales que si no hay condiciones naturales en el ser humano, las uniones matrimoniales pueden darse entre personas del mismo sexo, pues, el matrimonio también sería a criterio de los de la escuela de Frankfurt, una construcción social, cuando, la naturaleza humana nos indica que existen condiciones preexistentes y características que le son inherentes a la persona desde su concepción, además, la misma naturaleza nos establece una serie de normas que derivan de la Ley Natural, la misma que a través de nuestras inclinaciones, como la tendencia o inclinación al bien, al trabajo, al matrimonio entendido entre varón y mujer.

Así pues, Muñoz dice que:

La Teoría Crítica entendida como aclaración racional nació de dos planteamientos: la conjunción de la teoría marxiana con la de Freud y, por otro lado, el replanteamiento de los problemas de la teoría y de la práctica en su aplicación a la nueva Sociedad de Masas. Precisamente, el surgimiento de esta nueva formación económica y sociopolítica organizada sobre una economía de demanda y de consumo ponía en cuestión numerosas previsiones hechas por el Marxismo clásico (s.f).

Cronológicamente existen dos momentos de la Escuela de Frankfurt, los cuales pasaremos a describir:

### **2.1.1. Primera Generación**

Es aquella que surge con el nacimiento de la Escuela propiamente, que se ubica entre los años 1923 y 1924 y estaba estrechamente vinculado a la Universidad de Frankfurt (de ahí el nombre) (Muñoz s.f)

Todo ello se logró debido al financiamiento de Hermann Weil. Felix Weil, Friedrich Pollock, Kurt Albert Gerlach y Max Horkheimer, entre otros iniciadores, proponían, entre otras cosas, el estudio del Marxismo, pero no desde una perspectiva de afiliación política sino desde la actualización de los conceptos y problemas de la obra misma de Marx, y que ya en 1922 se habían retomado en una semana de estudio organizada sobre esta problemática. Pero todo esto no tomó mayor envergadura hasta que Kurt Albert Gerlach logró que el Ministerio de Educación alemán autorice al Instituto de Investigación Social. Esta autorización, más la financiación de Hermann Weil permiten una autonomía sin la cual no habría sido posible la creación de un "Instituto de Marxismo", como se le pensó denominar en un primer momento (Muñoz, s.f).

Esta propuesta no quedó solo en Alemania, migró hacia otros países, como Suiza, Francia y Estados Unidos, específicamente en Nueva York.

Herbert Marcuse, es considerado el miembro más activo con los acontecimientos históricos, en definitiva, su incorporación a la Escuela data del año 1933, emigrando al año siguiente a los Estados Unidos, y fue allí donde se alojará y en el que desarrollará su creación intelectual. Su influencia sobre los movimientos estudiantiles y juveniles le dio una popularidad que, en gran medida, impidió la valoración objetiva de una de las contribuciones más relevantes de la teoría crítica. En su libro *Eros y Civilización*, afirmó que: “la heterosexualidad no era más que una imposición de la “cultura dominante” con finalidad productiva y reproductiva” (Marcuse, 1955)

Entonces, podemos afirmar que estos miembros fundadores de la escuela de Frankfurt, formaron los cimientos de lo que actualmente conocemos como Marxismo Cultural, pues, es el

resultado de la unión del materialismo dialéctico de Marx, con la teoría social de las ideas de Freud.

### **2.1.2. Segunda Generación**

Se suele establecer la fecha de la segunda generación, con la muerte de Max Horkheimer, en el año 1973, y que coincide con un cambio profundo y sustancial de la sociedad capitalista posindustrial, esto genera un giro en cuanto a los logros sociales del Estado de Bienestar, esto a su vez repercutirá en los teóricos de la escuela de Frankfurt a implementar nuevos procesos económicos, sociopolíticos y culturales, y que a raíz de los cambios en la sociedad, tuvieron la necesidad de revisar a los teóricos que dejaron herencia intelectual a los miembros de la primera generación: Hegel, Marx y Freud; así pues Weber cobra también mayor relevancia su obra y sirve como referencia fundamental a la hora de comprender en las estructuras políticas; esto es el capitalismo que necesita de la intervención del Estado, como regulador y mecanismo de los procesos y procedimientos económicos en beneficio de los privados. Es aquí, donde se empieza a darle importancia y mayor enfoque a los movimientos sociales, en los setenta, se logra rescatar tres procesos: i) El incremento de las ideologías y mayor actitud de participación con un fuerte componente de solidaridad social, ii) la utilización la cada vez más creciente formas y fuerzas no institucionales de actuación política como son la protesta, la manifestación, el boicot, y en general acciones que sobrepasan los límites institucionales, iii) surgimiento de nuevas exigencias sociales y reivindicaciones políticas que guardan relación con cuestiones que solían calificarse y considerarse como tópicos éticos, morales, sociales, económicos y culturales, quebrantando las fronteras de las demandas políticamente institucionalizadas, como por ejemplo los partidos políticos (Muñoz, s.f.).

Estos nuevos movimientos sociales cobrarán gran importancia hasta nuestros días, y no solo se quedan como unos meros actores sociales cuando se trata de reivindicar “nuevos derechos” sino, cobran importancia en los círculos de estudios en las universidades, incluso en las escuelas secundarias, como es el caso de Argentina y Chile y se han diversificado considerablemente, tenemos movimientos como:

- Los movimientos feministas, que podemos dividirlos en tres grandes olas, cada una con una exigencia o reivindicación distinta una de la otra, la primera exigía el derecho a sufragio, la segunda acceso total a la educación integral, y por último la tercera ola o feminismo moderno tiene una serie de exigencias que se pueden resumir en: aborto (legal, seguro y gratuito), desaparición de la supuesta “brecha salarial”, rompimiento del supuesto “techo de cristal” o “piso pegajoso” y demás demandas, claro está que también existen diversos feminismos dentro del feminismo moderno, que por cierto es el hegemónico, así pues tenemos al feminismo especista que reivindica los derechos de los animales, feminismo científico que busca las causas reales de los problemas sociales que aquejan a ambos sexos, feminismo indigenista, etc.
- Movimiento ecologista o ambientalista, que encausa sus protestas en contra de la contaminación medioambiental, la emisión de CO<sub>2</sub>, polución de las aguas, ríos, quebradas, lagos, lagunas, mares y océanos.
- Movimiento LGTBIQ, es el que cobra mayor importancia en esta investigación, dado que, entre sus exigencias se encuentran el matrimonio igualitario, adopción de menores de edad, identidad de género e incluso educación sexual en la currícula nacional.

Obviamente existen muchos otros movimientos, pero que no resultan relevantes para este estudio. Estos movimientos, como sostiene Offe en Muñoz (s.f):

- i) Son opuestos a la idea de una sociedad liberalizada del planteamiento neoconservador, sin embargo, al ser una contraposición al Estado y a la regulación burocrática de las reivindicaciones sociales pueden lograr a tener coincidencias con algunos sectores conservadores.
- ii) La práctica de los nuevos movimientos sociales se dirige hacia exigencias principios no negociables, esto quiere decir, que lo que pidan debe ser cumplido en su integridad sin condición alguna. Esto es una consecuencia de la inexistencia de las contrapartidas, pero sobre todo de la ausencia de un conjunto de ideas coherente con una cosmovisión y objetivos claros y comunes. Además, como valor esencial se ubica la autonomía e identidad personal. Siguiendo a Offe, el alejamiento de la clase obrera trabajadora de los sectores de la crítica intelectual es una consecuencia directa y evidente de una falta o nula interpretación de la realidad que establezca las condiciones de transformación de la sociedad.

Esta explicación sociológica, apunta a evidenciar la influencia que ha tenido no solo en las aulas de facultades de Derecho, también en las corrientes positivistas que a su vez influyen en los órganos jurisdiccionales tanto nacionales como internacionales.

## **2.2. Nueva Escuela de Derecho Natural**

Dicha escuela, está sostenida esencialmente por ilustres académicos como Grisez y Finnis, incluidos también por otros filósofos y juristas como Robert P. George, Joseph Boyle y William May; para esta escuela, toda estructura actuación humana debe ser guiada por un principio, el principio de razonabilidad práctica, o también pensamiento práctico con sentido, y adquiere carácter moral cuando se aplica a la conducta humana voluntaria que actúa en procura de algún bien humano básico; estos últimos no son sino las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano, captadas por la razón práctica como bienes por realizar en la propia vida; pues, el Derecho Natural es la participación de la criatura racional en la ley Eterna. Cabe destacar, que, para los autores de la escuela en cuestión, los bienes básicos son el objeto propio de las inclinaciones naturales, por lo que estas últimas cumplen una función central también en esta doctrina. (Massini-Correas, 2010).

Estos autores, han fijado una posición clara frente al positivismo jurídico, que junto a nuevas corrientes ideológicas pretenden implementar en el Derecho cuestiones que el Derecho Natural no solo no reconoce, sino que además es contraria a estas, y no es para menos, cuando se pasa por un filtro de razón práctica a estas nuevas formas de entender el Derecho, como por ejemplo matrimonio de personas del mismo sexo, la adopción, aborto (en todas sus manifestaciones), legalización del consumo de alucinógenos de manera recreativa etc.

## **3. El matrimonio en el ordenamiento jurídico peruano**

### **3.1. Periodo de la exclusividad de matrimonio eclesiástico**

Como se señaló en párrafos anteriores, el matrimonio es una institución que el Estado reconoce y protege, la unión de dos personas que deciden hacer vida en común, pero va más allá, es así, que la Iglesia Católica desde sus inicios recogió esta institución y la celebraba en medio de una serie de ritos o solemnidades (*ius solemnitatem*) que le daban una característica particular. Vincés (2016) señala que, en el Perú, desde la época virreinal se reconocía solo y

exclusivamente el matrimonio canónico, por disposición de la Iglesia católica, como consecuencia de la autoridad política española en tierras americanas.

Sin embargo, cabe destacar, que con el fin del virreinato no concluyó la presencia de la Iglesia Católica sobre la institución del matrimonio, por el contrario, siguió en manos de la Iglesia, incluso una vez alcanzada la independencia, tal es así que la regulación del matrimonio siguió en manos de la Iglesia católica, sin injerencia alguna de parte del poder secular, y así se reconoció en las primeras normas peruanas. (Huapaya, 1984, p. 109). Esta situación siguió desarrollándose con total naturalidad, hasta, concretamente a fines del siglo XIX, pues se evidenció las intenciones políticas de regular el matrimonio como una institución jurídica secular, esto se vio reflejado, cuando se introdujo el matrimonio civil con carácter subsidiario. En palabras Ramos (2011), esta modificación legislativa significó una seria ruptura de un ordenamiento regido por las disposiciones del derecho canónico y supuso el primer paso en el proceso de secularización de la entidad familiar.

En ese sentido, Guerra (2019) nos refiere que la institución del matrimonio que ha sido desarrollada en gran parte por el Derecho Canónico es aquella de la que surge y parte la noción del matrimonio tal como es entendido hoy, principalmente en el mundo occidental. Incluso, pese al proceso de secularización y laicismo que ha originado múltiples regulaciones de la propia institución, el matrimonio canónico sigue siendo la base fundamental de la perspectiva que actualmente se tiene de esta institución, aunque muchas veces las regulaciones seculares suelen dejar de lado elementos esenciales de esta.

Por ejemplo, la secularización trajo consigo el reconocimiento pleno de las uniones de hecho, reconoció y reguló la figura del divorcio, separación, y por último uniones y “matrimonios” entre personas del mismo sexo.

### **3.2. La Constitucionalidad del matrimonio**

Nuestra Constitución, recoge a la institución del matrimonio, específicamente, en el artículo 4°, textualmente, señala lo siguiente:

“La comunidad y el Estado protegen (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Por ende, se entiende a la familia como núcleo esencial de la sociedad y el Estado, es la primera forma de socialización del individuo. Es por esta razón que es menester del Estado revestir a esta institución de protección jurídica, porque de ella parte otra institución de igual importancia y que sienta los cimientos de la sociedad, la familia.

La Constitución, no solo reconoce y protege al matrimonio, como institución natural, sino que además en el artículo 5° hace mención a la unión entre varón y mujer, o sea, las uniones heterosexuales exclusivas, *contrario sensu* los matrimonios entre personas del mismo sexo recaen en ilegales e inconstitucionales. Así pues, “la Constitución vigente expresa su concepción sobre la naturaleza jurídica del matrimonio al calificarla como una institución, pero que está sujeta a la regulación que la mayoría decida asignarle por medio de la ley” (Sar, 2019,).

El Estado, está interesado en proteger al matrimonio y a la familia en razón de que el Estado es posterior al matrimonio, y en tanto de que está en la obligación de garantizar que las uniones entre varón y mujer procreen y aseguren la perpetuación de la especie humana y adicionalmente

asegurar que esta unión se mantenga estable a fin de criar a la siguiente generación, de la que dependerá el futuro de la nación.

### **3.3. El matrimonio en el Código Civil.**

En nuestro país, la figura del matrimonio ha sido reconocida desde que se instauró el derecho en tierras americanas, o sea, con la llegada de los españoles, sin embargo, su tratamiento gozó de exclusividad por parte de la Iglesia Católica, hasta fines del siglo XIX con la introducción del matrimonio civil subsidiario, concretamente con las leyes de 23 de diciembre de 1897 y de 23 de noviembre de 1903, esto generó un rompimiento con la exclusividad del matrimonio canónico, y pasó a cobrar importancia el matrimonio civil secular y esto quedó establecido en el Código Civil de 1936, donde se mantuvo la disposición del matrimonio civil obligatorio, el divorcio y la separación de cuerpos, aunque miembros de la comisión reformadora mostraron su desacuerdo y disconformidad ante estos puntos, tal es el caso de Augusto Olachea, Juan José Calle y Alfredo Solf y Muro, los cuales eran partidarios de retomar el reconocimiento del matrimonio canónico, al lado del matrimonio civil (Cornejo Fava, 2000, p.173).

En esa misma línea, el Código Civil de 1984 no muestra ningún cambio sustancial respecto al sistema matrimonial impuesto en el Código Civil de 1936. El sistema matrimonial sigue siendo el de matrimonio civil obligatorio en un régimen de respeto a la posibilidad de los ciudadanos de contraer también matrimonio religioso, aunque este último no surte efecto alguno en la sociedad civil. (Vinces, 2016).

Por último, en nuestro país, el matrimonio solo puede celebrarse entre un varón y una mujer, pues así lo señala el artículo 234° del Código Civil vigente, siendo tajante al prescribir:

“El matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común... El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

Entonces, nuestro código establece que es necesaria la heterosexualidad de los sujetos que desean contraer matrimonio, así pues, también sostiene Torres (2011) “no hay matrimonio entre personas del mismo sexo. Es necesaria la diversidad de sexos para asegurar la procreación natural; la heterosexualidad es requisito necesario del matrimonio. Es la expresión plena de la libertad de los contrayentes quienes no deben estar comprendidos en los impedimentos legales” (p. 480). Es así, que la condición de mantener el carácter heterosexual dentro de la configuración jurídica del matrimonio no se desglosa por un mero capricho moral o religioso, sino, tiene su origen en el sostenimiento de la sociedad a través, también, de la procreación y educación de la prole (Cornejo, 1985), siendo esto un fundamento sociológico.

### **4. Concepto del matrimonio igualitario o matrimonio homosexual**

El colectivo LGTBIQ, como organización civil ha buscado en estos últimos años que el Estado les otorgue su “derecho” a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Para profundizar sobre qué trata esta figura, tenemos que ahondar en su concepto.

En ese sentido, García (2015), nos dice que:

Corresponde a los matrimonios legal o socialmente reconocidos entre personas del mismo sexo o género. También conocido como matrimonio gay- lésbico o matrimonio homosexual, esta unión reconoce jurídicamente la relación y la convivencia homosexual



al igualar dicha relación con las parejas unidas a través del matrimonio heterosexual, manteniendo la naturaleza, los requisitos y los efectos que el ordenamiento jurídico venía reconociendo previamente a los matrimonios heterosexuales (p. 15).

El matrimonio homosexual, también denominado igualitario, se da entre personas de mismo sexo, esto significa que cualquier pareja conformada por dos hombre o dos mujeres puede casarse (Cossío y Orozco 2016). Todo esto sin que verse algún impedimento (legal). Esto claramente, tiene su fundamento desde el punto de vista sociológico, que, los diversos colectivos reclaman, porque es un hecho que se traduce de la realidad, es decir, personas del mismo sexo que desean hacer vida en común y tener las mismas protecciones que contempla el Código Civil para los matrimonios convencionales o naturales. Ambos autores sostienen un argumento desde la concepción sociológica, en tanto que, existen parejas que desean hacer vida en común y que el Estado debe reconocerlos como familia, pero para ello, previamente deben poder acceder a la posibilidad de contraer matrimonio.

Incluso algunos autores señalan que consiste en la celebración del matrimonio entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud o igualdad de derechos y obligaciones, sea cual sea su composición (Bonilla, 2012). Con ello se modifican de raíz las ideas del matrimonio y de la familia y el conjunto normativo que partía de considerar al primero como unión de hombre y mujer y a la segunda como fruto de conceptos jurídicos seculares, como los de “padre” y “madre”, “marido y mujer” o “esposo y esposa”, abriéndose también la puerta a la adopción de los menores por matrimonios de personas del mismo sexo, situación que por ahora no está siendo contemplado o recogido en nuestro ordenamiento, pero que, se trata a través de jurisprudencia, con los casos Ugarteche y Paredes.

## **5. Surgimiento y desarrollo de la aplicación del Control de Convencionalidad**

Podemos afirmar que desde el año 2006, la Corte IDH dio inicio al desarrollo jurisprudencial del Control de Convencionalidad, resaltando que su nacimiento se encuentra en la misma jurisprudencia de la Corte IDH, o sea, nos referimos a una autorregulación o una adjudicación de y para sí misma, de una serie de potestades o facultades que la propia Convención no le concede.

El Control de Convencionalidad, tiene sus orígenes y se menciona por primera vez en la jurisprudencia de la Corte IDH, en un voto del Juez Interamericano Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, donde se hace referencia específicamente al control de convencionalidad externo, expresando textualmente:

[...] La tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados- disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con sus normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional (Sentencia C-101, 2003).

Por otro lado, es en el *caso Almonacid Arellano Vs. Chile*, donde la Corte IDH desarrolla con mayor amplitud este concepto, además de ser uno de los más conocidos y polémicos en toda la historia de la Corte IDH, es aquí donde se establece con mayor claridad contenido del control de convencionalidad y su alcance en el ámbito interno. En el caso mencionado, se discutía la compatibilidad del Decreto Legislativo N.º 2191, sobre la amnistía general a todos los responsables de los hechos delictivos cometidos desde setiembre de 1973 a marzo de 1978 en Chile, este caso, al ingresar a la Corte IDH, estableció que dichas normas conducen a que las víctimas se encuentren en una situación de indefensa y peor aún se perpetuaba la impunidad de los crímenes, por lo que son evidentemente contrarias a los fines que persigue la CADH, se determinó que si bien cierto el Estado está obligado a adoptar disposiciones de derecho interno en concordancia a la CADH, esto no libra al Poder Judicial de mantenerse vinculado al deber de garantía y en ese orden de ideas, en el caso de que el poder legislativo fallare en su labor de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la Convención, es posible afirmar que es bajo el amparo de los artículos 1.1. y 2 de la CADH, que la Corte IDH desarrolla y fundamenta la doctrina del Control de Convencionalidad, al precisar:

[...] Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos en ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Sentencia C-154, 2006, párr. 124).

Es decir, se designa a los jueces nacionales o internos como responsables de la aplicación del control de convencionalidad, quienes tendrán la obligación de tomar en cuenta como parámetro de sus de sus resoluciones, además del tratado, la interpretación que de ella realice la Corte IDH, estableciéndose de esta forma las bases sobre las cuales la Corte IDH desarrolla el Control de Convencionalidad.

Un año después, en el *caso Boyce y otros Vs. Barbados*, la Corte IDH profundiza mucha más de lo que se había desarrollado en jurisprudencia previa y precisa cual es el objeto del control de Convencionalidad, en este caso se debía determinar la compatibilidad entre las normas de Barbados la cual recogía a la pena de muerte y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a lo que los tribunales nacionales de Barbados habían determinado que la pena de muerte era compatible con la Constitución Política, sin embargo, el razonamiento de la Corte fue:

De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el cumplimiento de dichas obligaciones convencionales... el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines. El análisis del Comité Judicial del Consejo Privado (CJCP) no debería hacerse limitado a evaluar si la Ley de Delitos del contra la Persona (LDCP) era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la Ley también era convencional. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. (Sentencia C-169, 2003, párr. 78).

Así lo establecido, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, se va ampliando un poco más los alcances del control de Convencionalidad, estableciendo esta vez, que dicho control debe ser realizado *ex officio* por el Poder Judicial, y que esto debe ser realizado en el marco de sus respectivas competencias, señalando lo siguiente:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Sentencia C-158, 2006).

Cierta parte de la doctrina considera que es precisamente en esta sentencia en donde se consolida como tal el control de convencionalidad, ya que no se alude a la realización de un “cierto control de Convencionalidad” como se refería en la sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, sino que ahora se refiere directamente a lo que se denomina *Control de Convencionalidad*, incorporando una característica importante a su enunciado la realización *ex officio*, que a tenor de lo establecido en la sentencia, debe ser realizado de manera obligatoria por el juzgador y sin necesidad de que sea exigido por los intervinientes, dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Por otro lado en *el caso Radilla Pacheco Vs. México*, estaba en discusión la compatibilidad de la jurisdicción militar con la CADH y la Corte IDH señaló que no había necesidad de ordenar la modificación del contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, sino, que se requería que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuaran a los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia (Sentencia C-209, 2009). Con ello, la Corte IDH quiere decir que el control de convencionalidad no implica necesariamente la expulsión de normas contrarias a la CADH, sino que está abocado a realizar interpretación de las normas que le permitan al Estado parte cumplir con sus obligaciones internacionales, legitimando a los jueces que no tienen competencia para suprimir normas a que puedan realizar el control de convencionalidad a través de la interpretación en sus decisiones judiciales, facultad que fue ampliada en el caso *Cabrera García y Montiel Vs. México* en el 2010, señalando la Corte IDH que este control “corresponde a ejercerlo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (Sentencia C-220, 2010).

Es decir, se ha ampliado la facultad de aplicar el control de convencionalidad a todos los que se encuentran vinculados a la administración pública, por lo que ahora no solo los jueces en todos los niveles son los llamados a velar por la convencionalidad de sus decisiones o actos, sino también todo servidor o funcionario público que en ejercicio de sus funciones emita un acto.

En el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile* la Corte IDH precisa una serie de pautas sobre cómo debe ser aplicado el control de convencionalidad por parte de las autoridades públicas: “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso”. (Sentencia C-239, 2012, párr. 284).

Esto quiere decir que el control de convencionalidad no solo debía ser aplicada entre normas internas, por un lado, y por el otro la CADH, sino que además se debe ampliar su alcance hacia otros tratados de Derechos Humanos de los que sea parte el Estado, y obviamente, a las interpretaciones que de ellos mismos hayan hecho sobre un objeto controversial en particular, agregando expresamente al Ministerio Público también como destinatario de aplicar el control de convencionalidad, haciendo de este instrumento más intervencionista en el orden interno de los países y hasta cierto punto violador del principio de soberanía.

En el 2013 la Corte IDH emite la resolución sobre la *Supervisión de Cumplimiento de sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay*, en este amplio documento, se sustenta el efecto *erga omnes* que poseen todas las sentencias que esta emita, es decir sus sentencias tendrán efectos vinculantes para todos los Estados sean parte o no de los procesos en las que emanaron.

Un año más tarde, en el 2014, en la sentencia del caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, los jueces interamericanos precisaron que, si bien existía una obligación estatal de aplicar el control de convencionalidad, la CADH no imponía un modelo específico de cómo llevarlo a cabo. Por último, en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, se reiteró el deber que tienen las autoridades judiciales de aplicar criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Todo esto nos demuestra una reiterada conducta por parte del órgano supranacional en la cual se evidencia el claro intervencionismo por parte de este órgano, en los asuntos de los Estados suscriptores de la Convención, después de lo analizado, podemos afirmar entonces, que la misma Corte IDH se ha otorgado facultades a través de jurisprudencia que la Convención no le otorga, contraviniendo a la misma Convención.

## 6. Concepto de Control de Convencionalidad

Ahora, para entender al control de convencionalidad, que es una de las aristas importantes que sostienen este trabajo de investigación.

En palabras de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de convencionalidad se define como la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia (Corte IDH, s.f.).

O, dicho de otro modo, es una herramienta, que consiste en el uso por parte de magistrados nacionales o supranacionales, de la jurisprudencia o normas internacionales, las cuales deban o tengan obligación en el país que haya suscrito una convención.

Rey Cantor, lo define como:

[...] un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte IDH, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc) es incompatible con la CADH u otro tratado, mediante el examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, con el objeto de garantizar la supremacía de la CADH (2008, p. 47).

Una vez establecido de que se trata de una herramienta que obliga a los Estados y en él a sus normas y funcionarios, a adecuarse conforme a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, “como se ha visto, la idea del control de convencionalidad se refirió a la intervención «judicial» nacional en el examen de «normas

domésticas». Esto asigna al control un perfil estricto” (García, 2016, p.179). Esto constituye aparentemente “una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente” (Albanese, 2008, p. 15), aunque como sostenemos en esta investigación, no cumpliría esta característica en todos los casos, pues, existe jurisprudencia de la Corte IDH que contradice el ordenamiento interno de los países miembros.

Por consiguiente, lo referido a la obligatoriedad que implica el control de convencionalidad, al respecto, los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, establecen “deberes” específicos para los Estados que formen parte de ella. El primero, sustancialmente, establece dos: a) respetar los derechos de la Convención, y b) garantizarlos, sin discriminación alguna. A su turno, el art. 2º les obliga a adoptar “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para hacer efectiva aquella garantía. Aquí se alude al “efecto útil” que debe tener el Pacto (Sagües, 2010).

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre los actos domésticos y las disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas -bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que corresponda" García y Palomino, (2013) p. 225.

### **6.1. Control de Convencionalidad Externo**

En un primer aspecto que debe distinguirse entre Control de Convencionalidad Externo y Control de Convencionalidad Interno, el primero alude a la que realiza directamente la Corte IDH, por otro lado, la segunda, implica el que realiza la autoridad local o el órgano jurisdiccional García, 2011; Noguera, 2012; Ferrer Mac-Gregor, 2014; Hitters, 2009; Sagües, 2010 (citados en Silva, 2016).

El Control de Convencionalidad Externo, también conocido como control original, propio o concentrado, recae en el tribunal supranacional, el cual debe ejercer la comparación entre actos internos y por medios regulatorios, con mayor frecuencia, para asegurar la compatibilidad entre estos actos y estas disposiciones, también. resolver disputas, declarativas y condenatorias según corresponda. Se denomina así porque es responsable inicial y formalmente de la Corte Interamericana en los casos que son de su competencia y porque aplica normas acordes con su propia jurisdicción material.

O sea, se trata de un control que surge o nace directamente de la Corte IDH, teniendo como finalidad detectar la compatibilidad de la legislación de un Estado, con lo señalado en la CADH y en los tratados que de esta se desprenda. Cabe señalar, que, dentro del cuerpo normativo interamericano, la Corte IDH no tiene competencias contenciosas sobre todos los instrumentos que la conforman como, por ejemplo, el artículo 62 de la Convención prescribe que cualquier Estado parte puede declarar que reconoce como obligatoria la competencia de la Corte respecto a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso reconozcan su competencia. Otro cuerpo normativo interamericano donde limita la actividad de la corte es la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, la cual en su artículo 8 señala que, una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado, y los recursos que este prevé, el caso podrá ser cometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por este Estado. Por último, el tratado multilateral que refiere a esto, es el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y*

*Culturales, “Protocolo de San Salvador”*: en él se establece en el artículo 19.6 que en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fueren violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente protocolo, tal situación podrá dar lugar, mediante la participación de la CIDH, y cuando proceda de la Corte IDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por el artículo 44 a 51 y 61 a 69.

Dicho de otro modo, el control convencional externo es el que ejerce la Corte Interamericana respecto de sus resoluciones y que tienen carácter de vinculante entre las naciones firmantes del pacto de San José de Costa Rica.

## **6.2. Control de Convencionalidad Interno o Difuso**

Como se señaló anteriormente, el control de convencionalidad interno, o simplemente control interno, ha tenido un origen jurisprudencial, porque no está contemplado en la Convención (García Ramírez en Silva, 2016).

Aquí es preciso señalar que existen dos tipos de control de convencionalidad interno: uno débil y uno fuerte. La primera referida a la intención por parte del juez local de armonizar entre la Convención y órdenes normativos locales, mientras que, por otro lado, la fuerte se da en casos de una abierta incompatibilidad, se deja de lado la normatividad local y se aplica la disposición internacional (Contreras, 2014).

También, es aquel control derivado de la jurisprudencia de la Corte, ejercido en sede interna por cada uno de los Estados parte, es decir, supone la confrontación entre la norma de derecho interno y la CADH para una eventual interpretación conforme o inaplicación de la referida norma de derecho interno; recordemos que desde el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, La Corte IDH estableció que "(...)la autoridad estatal, al realizar el control debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte." (Sentencia C-154, 2006, párr. 124). Al respecto, el Juez Interamericano Sergio Ramírez, en una de sus reflexiones sobre el control de convencionalidad dijo que: "cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional" (2011, p. 126). Sin embargo, Castañeda y Tinoco encuentran una deficiencia en esta prescripción, ya que la Corte IDH no hace distinción respecto a si por interpretación se refiere a la jurisprudencia que emite debido a su competencia contenciosa o de las opiniones que emite en su competencia consultiva, para estas autoras, este control no es únicamente respecto a la CADH, sino también respecto a la jurisprudencia y a las opiniones consultivas de la Corte. (2019, p. 24).

## **7. Contenido y alcance de los de las denominadas *Soft laws***

Se les denomina *Soft Laws* a aquellas que, como su nombre indica, son leyes suaves. El término *soft law* es usualmente empleado por la doctrina para describir principios, reglas, estándares o directrices que no poseen efecto vinculante. Thürer, lo define como “un fenómeno de las relaciones internacionales que cubre todas aquellas reglas sociales generadas por los Estados u otros sujetos del Derecho Internacional que no son vinculantes” (2000, p. 454). Es importante tener en cuenta que por sí mismas no constituyen ninguna forma de obligación a los Estados a quienes se dirigen, tienen solo un carácter de consejo o de exhortos, pero con la particularidad que no tienen consecuencias ante una posible inaplicación o desacato.

Ante esto, cabe mencionar que existe una distinción entre dos tipos de *soft laws*, la primera hace referencia a

Aquellos textos normativos que no han sido incorporados y adoptados en la forma de un tratado, pacto o convenio que vayan dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto, o a todos los miembros de una organización internacional. Tal herramienta podría declarar nuevas normas, a menudo, puede ser la etapa previa a la adopción de un tratado, o podría reafirmar la elaboración posterior de normas previamente adoptadas como textos no vinculantes (Shelton, 2000, p.450).

Por otro lado, el *soft law* secundario, es aquel que

incorporaría las recomendaciones y observaciones generales de los órganos supervisores de los tratados de derechos humanos, la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y de los Comités, decisiones de los relatores especiales, entre otros; y las resoluciones de los órganos políticos de las organizaciones internacionales aplicando normas primarias (Shelton, 2000, p.450).

En este último, nos centraremos en este trabajo, pues las opiniones consultivas forman parte de esas recomendaciones que establece la Corte IDH, sobre todo cuando un Estado suscriptor, en este caso del Pacto de San José de Costa Rica, le solicita a la Corte una opinión respecto a un tópico determinado.

## **II. Análisis de la aplicación del matrimonio igualitario a través del Control de Convencionalidad.**

### **1. Enfoque desde La Filosofía del Derecho.**

Partimos de la idea de que la Filosofía del Derecho siendo una rama de la Filosofía, que nos ayuda a tener aproximaciones respecto a los principios del Derecho y sus orígenes, además que las diversas corrientes filosóficas influyen en el Derecho. Es así que, debemos distinguir dos posiciones claras en la presente investigación, una a favor del matrimonio homosexual, y la otra, por supuesto, en contra, ambas con argumentos que ayudan a entender y defender su postura, y la Corte IDH no es ajena a estas cuestiones, el profesor Atienza reflexionó sobre los efectos del llamado neoconstitucionalismo en las cortes latinoamericanas, donde señala que se trata de una "...supuesta nueva teoría del Derecho que [lo reduce] a principios y alienta de manera responsable al activismo judicial" (2013).

Con la excepción del liberalismo clásico y protoliberalismo, algunas corrientes del liberalismo, como el liberalismo social o también denominado socioliberalismo, como también el historicismo de Savigny han negado al Derecho natural, incluso rechazando la idea de naturaleza, es así que el profesor Strauss afirma:

"El derecho natural alega ser un derecho discernible por la razón humana y ser universalmente reconocido; pero la historia (incluyendo la antropología) nos enseña que tal derecho no existe; en lugar de la uniformidad encontramos una variedad indefinida de nociones de derecho y de justicia. O, en otras palabras, no puede haber derecho natural si no hay principios inmutables de justicia, son mutables" (2014, p. 69).

Esta afirmación resulta ser una falacia en sí misma, dado que no hay necesidad de un consenso para la razón de ser o existencia del derecho natural, incluso las múltiples concepciones de justicia. Por otro lado, Lo convencional suele confundirse o disfrazarse de

naturaleza, como también lo suele hacer la costumbre o la ley, pero cuando nos apoyamos en la Filosofía iusnaturalista, nos encontramos que existe una y única definición de naturaleza, la original, y que las otras son una réplica, que vemos reflejada en la convención.

Los profesores George y Finnis han hecho un extenso trabajo respecto a las imposibilidades de concebir un concepto de matrimonio igualitario y han elaborado diversas publicaciones en las cuales esbozan críticas al discurso “progay” e intentan de rescatar valores y doctrina aristotélico-tomista, así pues, tenemos al profesor Finnis, haciendo una defensa del matrimonio que es una institución creada para proteger a la familia, mas no para satisfacer deseos o placeres.

Además, en palabras de Finnis (2000)

“En el corazón de los rechazos platónicos, aristotélicos, y del resto de los antiguos al amor homosexual, y por ende a la ideología "gay" moderna, hay tres tesis fundamentales: (1) El compromiso del hombre y la mujer en la unión sexual del matrimonio es intrínsecamente bueno y razonable, y es incompatible con las relaciones sexuales fuera del matrimonio. (2) Los actos homosexuales son radical y peculiarmente no matrimoniales, y por esa razón intrínsecamente irrazonables y antinaturales. (3) Más aún, según Platón, si no Aristóteles, los actos homosexuales tienen una especial similitud con la masturbación solitaria, y ambos tipos de acto no-matrimonial son manifiestamente indignos del hombre e inmorales”. (p. 601).

Una vez considerado ello, podríamos afirmar entonces que el matrimonio sería

“[...] la comunión de personas en una sola carne que se consuma y realiza mediante actos reproductivos independientemente de que den o no lugar a la concepción de un de un hijo o que estén motivados, al menos en parte, por el deseo de concebir un hijo (George, 2009, p. 202).

Así pues, se lo concibe como un bien humano intrínseco, de la misma forma, como el profesor George (2002),

“[...] la unión corporal de los cónyuges en actos maritales es la matriz biológica del matrimonio, que es un compartir integral y multidimensional de la vida, una relación que une a los cónyuges en los aspectos físico o biológico, emocional disposicional, racional e incluso espiritual de su ser (p. 202).

Aunque si bien es cierto, si tomamos como referencia a Agustín de Hipona, que consideraba a la procreación como un fin del matrimonio, esto ha sido recogido y complementado por la Iglesia y también por los ordenamientos jurídicos, quienes consideran al matrimonio un fin en sí mismo.

El matrimonio entonces consiste en dos elementos concretos, el primero es la *fides* o amistad matrimonial, el compromiso de unirse con una persona y con ninguna otra mientras que el segundo corresponde a la procreación por medio del acto reproductiva "De esta forma, tanto la procreación como la *fides* matrimonial deben estar presentes en un acto sexual concreto para que este pueda *prima facie* calificarse como moralmente bueno y conducente, por tanto, a la plena realización humana" (Contreras y Poblete, 2013, p. 194).

El matrimonio constituye entonces una unidad con vocación de permanencia, pues justamente la crianza de los hijos requeriría esta continuidad, pues de lo contrario se afectaría su proceso de formación. Por su parte, todos los actos sexuales de carácter matrimonial son,



como señalan Poblete y Contreras (2013):

(...) de tipo reproductivo o generativo pues expresando la íntima unión de amistad de los cónyuges, son actos de suyo aptos para la procreación, lo que por cierto no significa que conduzcan con necesidad a ella o que los cónyuges la persigan directa y conscientemente en cada acto que realizan (2013, p. 2011).

Entonces, se puede decir que, entre los principales efectos en cuanto al aspecto Filosófico-jurídico, si se continuase con la aplicación jurisdiccional del control de convencionalidad referidas a la inscripción de uniones civiles de personas que hayan sido celebradas en el extranjero, son la desnaturalización del matrimonio.

## **2. Enfoque desde el Derecho Internacional Público**

En esta investigación, es importante recurrir al Derecho Internacional Público, toda vez que consideramos importante el orden natural y naturaleza de las convenciones o tratados a los cuales se ha suscrito el Estado Peruano. En el Derecho Internacional tenemos una serie de Convenios, tratados, pactos, y demás cuerpos normativos internacionales de los cuales nuestro país es suscriptor, y Estado miembro, esto ha generado que nuestro país acoja dentro del derecho interno todos los cuerpos normativos internacionales que haya firmado y ratificado.

Podemos empezar, citando los principales tratados de Derechos Humanos vinculantes para el Perú y que nos ayudaran a aclarar un poco el panorama de la discusión del matrimonio de personas del mismo sexo, sobre todo la propia Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el primero, cinco son los puntos que refieren al tema que abordamos en la presente investigación:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
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 en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Parte 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, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro (Valdivia, 2019, p. 55).

Por otro lado, el segundo, establece lo siguiente:

1. La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos (Valdivia, 2019, p. 55).

Es importante también hacer hincapié en las opiniones consultivas, que, si bien es cierto, no tienen carácter vinculante, sirven como guía para los Estados adecúen sus ordenamientos a la doctrina que demande la Corte IDH.

Es así como, podemos afirmar que entre las principales consecuencias o efectos que tenemos en cuanto al Derecho Internacional Público son: la violación del principio de soberanía, que dentro de sus alcances son la autorregulación, autonomía y autarquía, con lo cual, al tener una interferencia dentro de las normas internas, que se contraponen a cuerpos normativos que no tienen carácter vinculante es sumamente peligroso para nuestra soberanía.

### 3. Enfoque desde el Derecho Constitucional

El Derecho Constitucional, constituye el conjunto de normas supremas en los Estados que cuentan con una Constitución, es por esa razón que recurrimos a esta rama, para dar alcances desde un enfoque constitucionalista. Pues en los últimos años hemos notado que existen diversos países que han reconocido en su Constitución la unión de personas del mismo sexo, llamándole incluso matrimonio a estas uniones.

Pero, como hemos venido sosteniendo, el derecho es una institución natural, así también lo reconoce nuestra Constitución, y en tanto institución natural, cabe precisar que, “tiene unas características y unos fines propios que constituyen su contenido esencial. Contenido adecuado a su concepto y que responde a la propia naturaleza del matrimonio. En ese sentido, el matrimonio tiene tres pilares: la heterosexualidad, unidad e indisolubilidad” (González, 2019, p. 111). De estos pilares, en nuestro ordenamiento jurídico se han recogido los dos primeros.

Se hace mención a la heterosexualidad, dado que en el matrimonio se refleja en que la diferencia de sexos es esencial, porque va en consonancia con su naturaleza y a función institucional del matrimonio que es a la creación o nacimiento de una familia, la procreación de hijos (González, 2019). Por otro lado, el pilar o característica de unidad es celebrada entre varón y mujer, con carácter de exclusividad, así se evita la poligamia o poliandria, es por ello, que nuestro Código Penal, en su artículo 139<sup>1</sup> tipifica el delito de “bigamia”, sancionando a quien lo cometa con pena privativa de la libertad hasta de cuatro años.

Para el año 1979, de cara a la promulgación de una nueva Constitución Política, el Estado peruano, estaba obligado al cumplimiento de tratados internacionales de índole universal como también regional de protección de Derechos Humanos, sobre esto es necesario indicar las siguientes disposiciones:

El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la misma que fue aprobada por el Estado peruano en 1956, prescribe que:

---

<sup>1</sup> Artículo 139: El casado que contrae matrimonio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, respecto a su estado civil, induce a error a la persona con quien contrae el nuevo matrimonio la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (...) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado.

Es decir, “está regulado como un acto jurídico bilateral, pero el constituyente no cierra su contenido en torno a una concepción específica, sino que deja espacio para que las mayorías, naturalmente cambiantes en el tiempo, decidan sobre la configuración de sus elementos” (Sar, 2019, p. 96).

Se conoce que el matrimonio es el momento en el cual se fundamenta o nace una familia, entendida como progenie o sucesión de generaciones; pues la heterosexualidad fracase o no, se obstaculice o no su potencialidad, se reserva para si la capacidad de transmitir la vida. Por tanto, el carácter heterosexual de la filiación pertenece al orden público.

Es decir, si el matrimonio no tuviera como finalidad la procreación y preservación de la especie, el ordenamiento jurídico no lo hubiera acoplado, La finalidad del matrimonio que trasciende al interés general, es motivo para ser regulado por la ley. No todo debe ser regulado o protegido por el Derecho. La amistad o el amor, por ejemplo, son algunos de los aspectos más importantes del ser humano que, como ser social, entabla relaciones con otras personas; sin embargo, estas figuras no son relevantes para el Derecho.

Por otro lado, Arechederra sostiene que:

"El sexo es una relación por oposición. Se trata de una realidad recíprocamente orientada. Antes de entrar en vigor la Constitución los hombres se sentían atraídos por las mujeres y las mujeres por los hombres. Esto no lo enseñaban en la escuela: lo descubriría uno mismo. A los hombres les gustan las mujeres y a las mujeres los hombres. Esto puede calificarse de un dato notorio de carácter universal, en el que debe apoyarse el Derecho, de tal entidad que discutir es pelear con lo evidente" (2005, p. 9).

La relevancia social del matrimonio y la familia ha hecho que se genere la obligación constitucional del Estado establecida en artículo 4 de la Constitución Política del Perú (en adelante, CP): "la comunidad y el Estado (...) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad (...)".

Esta protección en la Constitución Política tiene dos efectos importantes:

- (i) El reconocimiento del matrimonio y la familia como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. Lo que significa un impedimento para el Estado de modificar el contenido esencial de dichas instituciones y que, a decir del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, supone la imposibilidad de que se presente -a nivel legislativo o judicial"(...) una eventual supresión o afectación de su contenido esencial" (STC N° 01575-2007-PHC, p. 3). De esta manera, la naturaleza, tanto del matrimonio como de la familia se constituye en límite normativo para el legislador o el juez.
- (ii) Establecer una garantía constitucional de protección respecto de estos institutos, lo que se traduce en que, la actuación del Estado a través de cualquiera de sus órganos

o niveles, en sus políticas públicas, siempre debe orientarse en el sentido de ser protector de la familia y promotor del matrimonio.

Respetando la finalidad del matrimonio, la Constitución consagra en el ordenamiento peruano, como única modalidad de matrimonio, la unión sexual entre hombre y mujer. El artículo 5 establece que: "La unión de un varón y de una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales. Si bien, es posible objetar que a partir de esta disposición no se está haciendo referencia al matrimonio sino a las uniones de hecho, esta es en realidad una cuestión fácil de superar como veremos a continuación. En tanto la unión de hecho es un reflejo del matrimonio, se ha de entender que, si la unión de hecho es heterosexual, es porque su modelo, el matrimonio, también debe entenderse entre personas heterosexuales.

De otro lado, este argumento se ve reforzado debido a que la ley, desarrollando la figura de matrimonio en concordancia con el texto constitucional, ha señalado, en el artículo 234 del Código Civil peruano que: "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer (...) a fin de hacer vida en común"

Entonces si tenemos una disposición de carácter constitucional en la cual prescribe que solo varón y mujer pueden contraer matrimonio, entonces, aplicando interpretación *contrario sensu*, podemos afirmar que las uniones homosexuales devienen en inconstitucionales, dado que no está contemplada en la Constitución ni en las normas internas su celebración, en consecuencia, el efecto es que se pretenda legalizar las uniones homosexuales a través de la jurisprudencia, sin previamente haberse contemplado en la Constitución y las normas internas.

#### **4. Enfoque desde el Derecho de Familia**

Para abordar este punto, es necesario, en principio abordar la perspectiva de, por ejemplo, el materialismo dialéctico y su explicación de cómo surge la familia. En principio, Engels en su obra "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada el Estado, describe que a través de la historia la familia ha atravesado tres grandes fases: el salvajismo, la barbarie y la civilización, en la primera fase encontramos a tres estados: el inferior, medio y superior. Esto claramente es una introducción de cómo entiende los grupos a favor del matrimonio igualitario el origen de la familia y cómo es que a través de estas teorías pretenden inculcar en el Derecho y la sociedad la desnaturalización del matrimonio, toda vez de que entienden a la familia como una institución dictatorial, donde el dictador es el padre y donde el patriarcado es institucionalizado, rompamos, entonces se justifica el rompimiento de la estructura de la familia natural.

Engels (2017), nos refiere "la familia animal y la sociedad humana primitiva son cosas incompatibles; que los hombres primitivos, en la época en que pugnaban por salir de la animalidad, o no tenía ninguna noción de la familia o, a lo sumo, conocían una forma que no se da en los animales" (p.9)

Posteriormente Engels (2017, p.9), en el mismo libro citado, nos indica sobre el matrimonio que "podía muy bien tener lugar en las condiciones de la promiscuidad sexual sin contradecir en nada a ésta, es decir, a la carencia de barreras impuestas por la costumbre al comercio sexual". Es decir, para Engels, el matrimonio solo se reduce al levantamiento de barreras socioculturales para dar riendas sueltas al comercio sexual entre dos personas.

Por otro lado, debemos recalcar que el Derecho de Familia, es uno de los libros más importantes de nuestro Código Civil, en el cual se regula no solo el matrimonio, sino también

las uniones de hecho, ambas solo cuando se tratan de uniones heterosexuales, dado que es un requisito para su declaratoria.

El matrimonio, como también la familia, como se ha venido afirmando en reiteradas ocasiones, son dos instituciones naturales que se encuentran estrechamente relacionadas, es por ello por lo que el Estado peruano tiene la obligación de legitimar y regular las uniones entre un varón y una mujer. Ambas instituciones se defienden por su natural y efectiva contribución a la perpetuación de la especie humana y en consecuencia de la estabilidad de la sociedad. En concreto, la relevancia social del matrimonio, a decir de Perriaux, se manifiesta de la siguiente manera:

- (i) el matrimonio da origen a la familia,
- (ii) la familia, humanizando a sus miembros, humaniza a toda la sociedad,
- (iii) su relevancia social relama su institucionalización,
- (iv) por ello, es importante su celebración pública y
- (v) pide también la protección del Estado (2011, p. 49).

La relevancia jurídica del matrimonio se expresa entonces a través de sus efectos, siendo que el efecto inmediato del matrimonio es la fundación de la familia. Por eso, como señala Mazzinghi, "(...) al Estado solo le corresponde estimular la procreación en el seno de las familias" (1996, p. 46). Esta circunstancia también ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú al determinar que "(...) por el matrimonio, el hombre y la mujer asociados, en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se comprometen recíprocamente; y cumpliendo los fines de la especie, la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia" (2001). La familia, entonces, se funda en el matrimonio.

La función promotora y protectora del Estado se evidencia en las normas legales emitidas que protegen no solo al menor, sino también a los padres como generadores de la familia. Aunque también es verdad que, en ocasiones, esta función no se cumple de manera adecuada, sobre todo cuando se aprueban normas que directamente pueden atentar la naturaleza de la institución del matrimonio como lo sería una norma que aprobara el "matrimonio" homosexual).

La protección de la familia se estructura bajo la premisa que esta "(...) es el lugar] donde nacen y crecen las personas que componen la sociedad y es el ámbito de aprendizaje personalizador por excelencia" (Mitrece. 2012, p. 41). La familia es el espacio insustituible, en el cual el niño puede vivir y ejercitar:

- (i) la equidad generacional,
- (ii) la obediencia a las leyes,
- (iii) la evitación de errores,
- (iv) (el reconocimiento y agradecimiento a los ancestros, la solidaridad y la participación responsable,
- (v) la convivencia que hace a la socialización y
- (vi) el respeto y el valor de sí mismo (Mitrece, 2012, p.41).

De este modo, esta institución resulta insustituible por la configuración particular de la familia a partir del matrimonio. Es que, "(...) la familia como sociedad natural requiere la existencia del matrimonio entre sus fundadores, puesto que solo cuando este existe, con sus atributos naturales de unidad e indisolubilidad, pueden cumplirse los fines familiares" (Corral, 2005, p. 46).

En ese sentido, "institucional" no significa el asiento en la realidad social, a manera de construcción cultural y arbitraria, sino la fuerza virtual de la persona para dar origen a un tipo de relación particular, que la persona descubre en ella misma como algo definido, y a la vez como algo que es posible pero que no se impone con la fuerza de la necesidad (Bañares, 2008, p. 417).

Ahora bien, la mejor manera de asegurar el óptimo desarrollo de la familia y de los hijos, en la mayoría de los casos, es que se procuren matrimonios estables y que los niños sean cuidados por sus padres biológicos. Y no podría ser de otra manera, dado que no solo es por una cuestión de tradición o costumbre, sino, por una cuestión de necesidad.

Valdivieso y Acosta (2019) nos manifiestan que al Derecho no le importan las emociones o afectos, es por ello que no los regula, especialmente cuando se trata sobre afectividad, porque si reducimos a la actuación del Derecho o sistema jurídico a la regulación de sentimientos o emociones, pues, habría una confusión en los fines del Derecho, con los fines de otras ciencias y materias que se dedican exclusivamente al estudio de los afectos o sentimientos, el Derecho es mucho más amplio y solo regula situaciones o relaciones jurídicas las cuales tienen relevancia jurídica en la cuales existen derechos y obligaciones.

Los beneficios que brinda una familia estable en el desarrollo de los hijos se encuentran ampliamente documentados. Esto, evidentemente, no significa que situaciones distintas impliquen de manera ineludible otros resultados; sin embargo, de manera objetiva, el riesgo se incrementa en situaciones de divorcio, monoparentalidad, violencia, abandono, entre otros.

Entonces, podemos resaltar que el principal problema que surge a raíz de los efectos vistos desde el Derecho de Familia, tenemos a la composición de familias no tradicionales o no naturales, en la cual, se abre paso a la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo, además obviamente de desnaturalizar el concepto de familia, donde cualquier convivencia afectiva pasaría a denominarse familia.

## **5. Análisis del Caso Ugarteche**

El Exp. N.º 01739-2018-PA/TC, contiene el recurso de agravio Constitucional interpuesta por los señores Oscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche Reyes, con el propósito de buscar el reconocimiento de su matrimonio que celebraron en México, ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Con respecto a este caso, en primer lugar, debemos recordar que el Séptimo Juzgado Constitucional a través de la Resolución N.º 13, el 21 de diciembre de 2016, declaró fundado el amparo interpuesto por Ugarteche. El juez de primera instancia consideró una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos e interpretó el artículo 234 del Código Civil, que establece un sistema matrimonial acorde con los cambios sociales. Por lo tanto, considera que el único motivo para rechazar la inscripción del matrimonio en el registro correspondiente es la orientación sexual del demandante. De tal modo, el órgano jurisdiccional hizo un contrapunto entre el acceso a diferentes instituciones del derecho de familia que gozan las personas heterosexuales a diferencia de las personas de la Comunidad LGBTIQ. El Juzgado consideró que no era pertinente pronunciarse en el caso respecto a la necesidad de regulación o no del matrimonio de personas del mismo sexo en nuestro país<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Poder Judicial. Séptimo Juzgado Constitucional de Lima. Exp. N°22863-2012. Resolución N°13. Vigésimo fundamento.

Posteriormente, RENIEC apeló y el caso se elevó a la Cuarta Sala Civil y comprendía lo siguiente: a) Resolución N ° 09, que declaró infundada la excepción de prescripción que oportunamente dedujo el RENIEC; y b) N ° 13 Resolución, que declaró fundada la demanda y consecuentemente ordena a RENIEC reconocer y registrar el matrimonio entre Ugarteche y Aroche. Para ello, la Sala solo se pronunció respecto a la Resolución n.º 09, porque considera que la solicitud de amparo de derechos constitucionales fue presentada el 12 de diciembre de 2012 y se encontraba fuera de plazo según el artículo 60, párrafo 44 de la Ley de Procedimiento Constitucional. El cálculo del número de días desde el día en que ocurrió el acto lesivo y el número de días de huelgas judiciales debió haberse presentado seis días antes (es decir, 6 de diciembre de 2012)<sup>3</sup>. Por tales consideraciones, la Sala declaró fundada la excepción formulada, consecuentemente declaró nulo todo lo actuado y concluido el proceso.

Una vez superado el análisis procesal, el Tribunal Constitucional se pronunció el día 03 de noviembre de 2020, con cuatro votos a favor y tres en contra rechazar la demanda de Amparo Interpuesta por Oscar Ugarteche. Sin embargo, Ugarteche, ya manifestó su intención de recurrir a la Corte IDH a fin de que el Estado peruano reconozca su inscripción matrimonial<sup>4</sup>.

Ahora, esto al elevarse a la Corte, y teniendo como precedente la opinión consultiva (24/17) que ha sido emitida por el mismo Órgano que ahora le competiría resolver la situación del caso Ugarteche. Ahora bien, lo señalado queda a discusión al carácter vinculante *per se* de las citadas opiniones consultivas, que también se desprende desde la jurisprudencia de la misma Corte IDH y de ser elemento integrante del conocido control de convencionalidad. En segundo lugar, se trata de una interpretación sistemática de las leyes y disposiciones constitucionales basada en interpretaciones históricas y restrictivas, principalmente sobre el aparente daño a los derechos de Ugarteche y Aroche y las aparentes garantías constitucionales.

El fallo del Tribunal Constitucional tendrá un impacto especial en los siguientes aspectos: la trascendencia constitucional de la opinión consultiva de la Corte Interamericana, el reconocimiento del matrimonio igualitario y su predicción del futuro del caso como Susel Paredes.

### **5.1. La invocación al derecho de igualdad y no discriminación**

El derecho a la igualdad y no discriminación, está consagrado en nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 2, donde prescribe literalmente:

“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”.

Al respecto, Crispín (2019), refiere que:

El principio-derecho a la igualdad y no discriminación, contenido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución proscribiera cualquier clase de discriminación por motivos origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de “cualquiera otra índole”, siendo esta lista *numerus apertus* y en la que también se encuentra comprendida la proscripción por motivos e identidad de género y orientación sexual. Dicha disposición se materializa en el artículo 1.1 de la Convención Americana, sobre la cual la Corte IDH

<sup>3</sup> Poder Judicial. Cuarta Sala Civil de Lima. Exp. N°22863-2012. Resolución N°25. Fundamento octavo al undécimo.

<sup>4</sup> Portal Jurídico Legis.pe, obtenido en <https://bit.ly/36n7OEr>

también ha señalado que comprende la identidad de género y orientación sexual<sup>5</sup>. Evidentemente, la consagración de todo un andamiaje jurídico del matrimonio y unión de hecho, y sus respectivas consecuencias patrimoniales y sucesorias únicamente para parejas heterosexuales no posee justificación constitucional ni convencional, pues el impedimento que tienen las parejas homosexuales para su acceso reside únicamente en su orientación sexual. Esto también se refleja en el caso Ugarteche, cuyos demandantes a pesar de que ya obtuvieron el derecho en el extranjero, la causal de rechazo reside únicamente en su orientación sexual (s.p.).

Este derecho se invoca en la Opinión Consultiva n.º 24/17 y también en los casos Ugarteche y Susel Paredes. Sin embargo, cabe destacar que es lo que no debe entenderse por discriminación, para ello, es necesario remontarnos a lo que el mismo Tribunal Constitucional se refirió a este apartado, diciendo que:

Desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad (...) no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeje a quien pretenda utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos e atención a la materia que es regulada por norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma (2007, p.4)

De lo que señala el TC, máximo órgano de interpretación de nuestra Constitución, podemos establecer que, la diferencia que radica en la heterosexualidad y complementariedad, destinada a cumplir unos fines específicos establecidos del matrimonio es un criterio objetivo y esencial que deja de lado cualquier duda respecto a la afectación del principio de igualdad que se invoca.

## ***5.2. La Invocación al derecho del libre desarrollo de la personalidad***

Cada vez que se tocan temas relacionados con matrimonio igualitario u homosexual, se hace mención o invocación al “derecho de libre desarrollo de la personalidad” y suelen citar a jurisprudencia que a su vez en su parte considerativa cita a la Opinión Consultiva N° 24/17, la misma que fue solicitada por el Estado de Costa Rica. Sin embargo, este es uno de los argumentos que se usan para justificar la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico. Simplificaremos este tópico a partir del caso Ugarteche, que actualmente se encuentra pendiente de pronunciamiento en el Tribunal Constitucional.

Al respecto, Crispín (2019) menciona que:

El libre desarrollo de la personalidad consagra la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana<sup>6</sup>, y que posee distintas manifestaciones que por ejemplo se encuentran relacionadas al derecho a contraer libremente matrimonio<sup>7</sup> y la proscripción de sanción administrativa y/o de otra índole en base a la orientación sexual, pues esta finalmente es el legítimo ejercicio de libertad y racional del ser humano<sup>8</sup>. Así, resulta evidente que la falta de acceso al matrimonio y/o figuras legales como el de

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffó y niñas v. Chile, párr. 83 y Opinión Consultiva N°24/17, párr. 68.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N°1204-2017-PA/TC. f. 29.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N°02868-2004-AA/TC. f.14.

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N°02868-2004-AA/TC. f.14.



unión de hecho en perjuicio de las parejas del mismo sexo, interviene irrazonable y desproporcionalmente en su ámbito de autonomía y desarrollo de la orientación sexual con la que desean vivir. Si bien es cierto, en el caso de Ugarteche ya goza de un derecho reconocido en el extranjero, su rechazo de inscripción en el registro le impide junto a su pareja, que pueda acceder a los efectos jurídicos típicos de cualquier matrimonio, principalmente de índole patrimonial y sucesoria (s.p).

En el considerando trigésimo quinto de la Resolución número 13, de fecha 21 de diciembre de 2016, que declara fundada la demanda y ordena a RENIEC que cumpla con reconocer e inscribir en el Registro Civil correspondiente el matrimonio entre Oscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche Reyes, celebrado en México, se señala lo siguiente:

“En consecuencia en atención a los considerandos anteriores y las normas glosadas, se desprende que la pretensión del demandante sí resulta amparable, no siendo factible que sufra de algún tipo de discriminación en virtud de su orientación sexual, habiendo la parte demandada violentado los derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, y al libre desarrollo y bienestar [...]”

Por ende, llegado este punto, resulta indispensable examinar los alcances y límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en consecuencia si éste realmente se ve afectado cuando no se reconoce en el país (debido a lo señalado por el Art. 324° y siguientes del Código Civil), el “matrimonio” realizado en el extranjero, entre personas del mismo sexo. Enrique Bernales lo define de la siguiente manera:

El libre desarrollo de la persona consiste en el desenvolvimiento de sus potencialidades, de manera que logre su realización en el mundo. La realización de la persona puede ser definida como el desarrollo de vida en que el ser humano está en condiciones y alcanza los objetivos que se fija en función de sus capacidades y de su esfuerzo. La realización tiene también una dimensión subjetiva y es la autoapreciación positiva de la propia vida y de sus logros (1999, p.116).

La definición a la que apunta Bernales se dirige a la realización personal en base al logro pleno de las capacidades de la persona, en consecuencia, como él mismo afirma líneas adelante, este numeral se entiende a partir de la perspectiva en contrario, es decir la garantía de la ausencia de obstáculos que limiten tal realización, estos obstáculos son entendidos por el autor como violencia directa o estructural. Cabe entonces preguntarnos si en el caso concreto estamos frente a una forma de violencia o en todo caso, un obstáculo para la realización de potencialidades o capacidades personales.

El punto controvertido del proceso en cuestión es definir respecto del petitorio de la demanda si se debe reconocer ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil el matrimonio de Ugarteche Galarza celebrado en México con el ciudadano Fidel Aroche Reyes. Entonces, ¿estamos frente a un acto de violencia o de obstaculización de las capacidades o potencialidades de una persona? Antes de responder a esta pregunta que parecería de obvia respuesta, vamos a revisar la jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre el tema.

En el fundamento 13 de la sentencia correspondiente al Exp. N° 2868-2004-AA/TC, caso José Antonio Álvarez Rojas, se indica que

*“el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio”, para más adelante concluir*

en el mismo fundamento que *“desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones”*.

Lo que hace el máximo intérprete de la Constitución es señalar que el papel de la Constitución es el de garantizar la existencia de un instituto natural, es decir, preexistente e independiente de ella, en tal sentido, se pronuncia en forma de escudo para protegerlo y no para crearlo. Tal protección se extiende a los posibles ataques, vulneraciones o errores de interpretación que pudieran en el futuro presentarse por normas infraconstitucionales, provenientes de poderes constituidos u otros órganos que pudiesen poner en peligro a tal instituto, es decir, instancias que no tienen de ninguna forma el poder de cambiarlo o reformarlo ya no que no tienen ascendencia sobre él.

En el mismo orden de ideas, como decíamos líneas arriba, si el hombre y por ende, su naturaleza es el fundamento del Derecho, entonces el desarrollo de su personalidad se corresponde con la realización de su naturaleza, es decir, volvemos a la misma razón esgrimida antes: aquello que denominamos institutos naturales. Vale por ello en este punto aclarar que cualquier vulneración o afectación del derecho escrito a un instituto natural se tiene por contraria al derecho mismo, no solamente por ser natural, sino porque así lo ha definido la Constitución y su máximo intérprete en el Perú.

Ahora bien, continuando con el fundamento 14 de la sentencia precitada, correspondiente al Exp. N.º 2868-2004-AA/TC, podemos observar la siguiente afirmación: *“El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución”*.

Sin embargo, este extremo ordena ser interpretado de forma rigurosa, pues puede ser entendido erróneamente si no se procede de manera sistemática. La forma inexacta es aquella en la cual se proclama que, encontrándose el derecho de contraer libremente matrimonio bajo ámbito de protección, por lo tanto, éste se extiende a todos, indistintamente de la forma que se desee darle, dado que tal derecho sólo se asume en su concepto y por lo tanto esta mera nominalidad se extiende tanto al matrimonio entre varón y mujer como se prevé en la normatividad vigente, como a las uniones entre personas del mismo sexo.

El referido fundamento 14 debe revisarse en su contexto, pues el numeral continúa, rezando:

*“Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales”*.

Definitivamente, este texto delimita los contornos del derecho, primero señala que las facultades o potestades deben ser consustanciales a la vida privada y en tanto se afirme tal cosa, estamos frente a parámetros naturales, inherentes e inmanentes, en suma, estamos hablando ontológicamente. De otro lado, y aún más claro, es el párrafo siguiente, el cual afirma que no

cubren libertades irracionales ni reñidas con los valores de la Constitución, siendo éste el verdadero sentido del derecho, su real conformación.

En tal sentido, es ilógico y forzado pensar que puede destilar algún rescoldo de inconstitucionalidad o discriminación. Además, de otro lado, la propia Constitución ha conferido la potestad de darle forma al matrimonio sobre plataforma legal, en consecuencia, mientras no sea inconstitucional, como ya hemos comprobado que es, su forma resultará plenamente aceptada.

## **6. Análisis de los alcances e implicancias de la Opinión Consultiva 24/17**

La Corte IDH emitió la Opinión Consultiva No. 24/17 el 9 de enero de 2018. Esta opinión consultiva puede ser la más controvertida de todas las opiniones consultivas emitidas y fue emitida a solicitud de Costa Rica. El objetivo de Costa Rica es aclarar las obligaciones de los países de reconocer la identidad de género y las diversas orientaciones sexuales.

En este punto, debemos recordar lo que han señalado la Corte IDH, pues han resaltado que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras existentes en sus sistemas legales internos, incluido el “derecho al matrimonio”, para proteger todos los derechos de las familias compuestas por parejas del mismo sexo<sup>9</sup>

Asimismo, en esa misma línea la precisión realizada por el magistrado interamericano en el extremo referido a la carencia de toda lógica la creación de una institución con los mismos efectos y derechos habilitantes que el matrimonio, pero sin su nombre, para las personas del mismo sexo, pues esto supondría una diferencia estigmatizante<sup>10</sup>

Esto permite vislumbrar los dos temas que han sido efectivos hasta el momento: a) El primero es la naturaleza de los adjetivos, refiriéndose al significado vinculante y constitucional de las opiniones consultivas emitidas por la Corte Americana de Justicia, y b) el segundo es que el tema se refiere esencialmente a la comunidad LGBTIQ. El requisito del matrimonio igualitario, en el caso directo de Perú, se refleja tanto en la Corte Constitucional en el caso Ugarteche como en el procedimiento del poder judicial en el caso Susel Paredes (Crispín 2019).

## **7. Alcances y Límites del Margen de Apreciación Nacional.**

La condición de un Estado, la esencia por la cual podemos referirnos a un territorio como un país o un Estado, está intrínsecamente relacionado a su soberanía, Jellinek (1994) nos aproxima a esta afirmación, planteando “No existe Estado sin soberanía, sin importar la calificación del Estado, su forma, su régimen o sistema; se trata de una característica esencial en él”, podemos afirmar entonces que sin soberanía, un Estado no puede serlo en todo el sentido de la palabra, al menos entendiendo al Estado moderno, como consecuencia de una serie de sucesos como las revoluciones liberales como la francesa en 1789 y la independencia de Estados Unidos de América.

En esa misma línea, Kaiser (2010, p. 85) nos explica que, “la soberanía de los Estados denota el derecho legal inalienable, exclusivo y supremo de ejercer poder dentro del área de su poder. El ejercicio de los poderes soberanos en la esfera nacional comprende los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en relación con las personas físicas y morales”. Podemos entonces, afirmar

<sup>9</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva N°24/17, fallo resolutivo 8.

<sup>10</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva N°24/17, párr. 224.

que ambos autores sostienen que la soberanía es fundamental para el correcto desarrollo de un Estado, y está intrínsecamente ligado a su concepto.

Barbosa (2012) nos indica que “el Margen de Apreciación Nacional se encuentra justificado, en tanto que debido a la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada” (p.53).

Es por estas razones que en esta investigación consideramos que se debe prestar mayor importancia cuando abordamos el margen de apreciación nacional.

## Conclusiones

Una vez profundizado a lo largo de esta investigación diversas aristas, conceptos, y desarrollo jurisprudencial de las variables, podemos concluir que:

Cuando nos referimos a la afectación jurídica que podría originar el reconocimiento a través de la inscripción de dos personas del mismo sexo, nos referimos a todo el sistema jurídico desde un aspecto más general, hasta la institución natural del matrimonio en específico, esto en razón de que la afectación en cuanto al Derecho Internacional Público es en tanto a que en la Convención no está contemplado el “derecho a contraer matrimonio” y mucho menos entre personas del mismo sexo, además que, las *soft laws* son meros instrumentos de carácter no vinculante, esto quiere decir que los Estados no están en la obligación de acatarlos; por otro lado, la afectación a nivel Constitucional es en tanto que no se respetarían los mecanismos constitucionales ni el concepto que ha recogido la Constitución respecto al matrimonio, por último en cuanto a la institución del matrimonio propiamente dicho y a la familia como consecuencia es que si se permitiera, desnaturalizaría el concepto del matrimonio y por lo tanto el de familia, toda vez que si dos personas del mismo sexo deciden contraer matrimonio, se denominarían familia, entonces consecuentemente todo sería familia.

El Matrimonio es una institución de carácter natural, en tanto preexiste a la existencia del Estado como órgano política y jurídicamente organizado, y es precisamente este Estado quien reconoce y protege a la institución por su importancia dentro de la sociedad, el no reconocimiento o en este caso la no inscripción de un matrimonio celebrado en otro país donde se ha regulado la unión de dos personas del mismo sexo no implica un trato discriminatoria o peyorativo, sino más bien responden a naturalezas y tratos distintos en el extremo de que el matrimonio cumple un rol en la sociedad. Que, el no reconocimiento de un matrimonio de dos personas del mismo sexo no supone una condición de discriminación hacia las personas que pertenecen a la comunidad LGTBIQ, sino, que al tratarse de una institución de carácter natural cumple un rol fundamental en la sociedad, mismo rol que no se evidencia en las uniones de parejas homosexuales Por otro lado, el Control de Convencionalidad es un instrumento que tiene sus orígenes en la propia jurisprudencia de la Corte IDH, que si bien es cierto, tiene un fin en específico cuando se trata de la aplicación de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo es distinto cuando nos referimos a jurisprudencia de la Corte IDH u Opiniones Consultivas, estas últimas se encuentran en el espectro de *soft laws*, por lo tanto no se puede obligar a los Estados adoptar las recomendaciones que se puedan esgrimir en el contenido del cuerpo de estos documentos.

Por último, al referirnos a la afectación jurídica, concluimos que, no podemos equiparar El Tribunal Constitucional con la Corte IDH o la justicia convencional con la constitucional o la Constitución con la Convención, se tratan de cuestiones de naturaleza totalmente distintas,

intentar compararlas siquiera estaríamos cometiendo un error jurídico; por un lado la Constitución surge de la voluntad popular manifestada en el poder constituyente y del pacto social, mientras que por otro lado nace del acuerdo interestatal de los países que lo suscriben y cualquier pretensión de erigirse sobre el poder constituyente, implica que se considere al poder constituyente inferior.

### **Recomendaciones**

Para efectos de una mejor aplicación de criterios, normas y jurisprudencia internacional en nuestro ordenamiento interno, hemos tenido por conveniente plantear las siguientes recomendaciones:

Se recomienda hacer un mayor análisis o investigación sobre el aspecto legal y las posibilidades de un proyecto de reforma constitucional, específicamente la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución Política en la cual se fijen criterios interpretativos con la finalidad de que los jueces que se acojan a la constitución y las leyes internas preferentemente sobre la Convención y jurisprudencia interamericana, respectivamente.

Por otro lado, se recomienda analizar sobre los mecanismos o instrumentos mediante los cuales se le puede dotar de mayor libertad a los jueces nacionales y organismos que administran la justicia con la finalidad de poder resolver conforme a Derecho y no por un instrumento u órgano internacional.

Por último, frente a la sentencia del Tribunal Constitucional referido al caso Ugarteche, se debe hacer un análisis jurisprudencial más profundo y detallado tanto en orden interno como la posibilidad de analizar los posibles escenarios que se pueden presentar una vez que el caso sea vista en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## Referencias

### Libros:

1. Arechederra, L., (2005), *El matrimonio es heterosexual*, Actualidad jurídica Aranzi, Navarra, España.
2. Butler, J. (2007), *El Género en Disputa*, Recuperado de: <https://bit.ly/3m9A0Bd>
3. Butler, J. (2011). *Universalidades en competencia*. En J. Butler et al (Eds.) *Contingencia, Hegemonía y Universalidad*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
4. Corral, H., (2005), *Derecho y derechos de familia*, Lima, Grigley.
5. Contreras, P. (2014), *Control de Convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Ius et Praxis*, (año 20 n. 2).
6. Cornejo Fava, M. (2000), *Matrimonio y familia. Su Tratamiento en el derecho*, Editorial Tercer Milenio, Lima.
7. Cornejo Chávez, H. (1985), *Derecho familiar peruano*, librería Studium, Lima.
8. Engels, F. (2017), *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Editorial Progreso, Moscú.
9. Finnis, J. (2000), “Ley Natural y Derechos Naturales, traducción de “Alfredo Perrot S.A., a cargo de Cristóbal Orrego, Buenos Aires.
10. George, R. (2009), *Entre el Derecho y la Moral*, Madrid, Aranzadi – Thomson Reuters.
11. Grisez, G. (1965), *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, question 94, article 2*, en *Natural Law Forum*, 10.
12. Jellinek, G (1994), “*La naturaleza de la soberanía*”, en Carlos Blancas Bustamante, César Landa Arroyo y Marcial Rubio Correa [comps.], *Derecho constitucional general*, 4 ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo I.
13. Huapaya, V. (1984), *Régimen matrimonial peruano*, Universidad de Navarra, Pamplona.
14. Marcuse, H. (1983), *Eros y Civilización*, Sarpe, Madrid, España.
15. Mazzinghi, J. (1995), *Derecho de Familia: El matrimonio como acto jurídico*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma.

16. Mitre de Ialorenzi, M. (2012), *La familia en la actualidad: ¿cambió el modelo?*, (Familia, Escuela de Humanidad; n. 11) Buenos Aires: Educa.
17. Paternotte, D. (2009). Matrimonio ‘homosexual’ y ciudadanía: la hipótesis de la resignificación”. *Nomadías*, 10.
18. Periaux de Videla, J., (2010), Matrimonio: ¿construcción cultural?, (Familia, Escuela de Humanidad; n. 5), Buenos Aires: Educa.
19. Ramos Núñez, C. (2011), *Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX*, Tomo C, Volumen 2, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
20. Rey Cantor, E. (2008), *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, editorial Porrúa.
21. Shelton, D. (2000), “*Law, Non-law and the problem of ‘Soft Law’*”, en *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press.
22. Strauss, L. (2014), *Derecho Natural e Historia*, Prometeo, Buenos Aires.
23. Torres Vásquez, A. (2011), *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia. Concordancias. Antecedentes. Sumillas. Legislación complementaria*, Tomo I, séptima edición, IDEMSA, Lima.
24. Thürer D, (2000), “*Soft Law*”, en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*.
25. Vines, M. (2016), *El sistema matrimonial peruano: Evolución y perspectivas del futuro*, Colección jurídica, Chiclayo, Perú.
26. Zuta, E. & Tello, J. (coords.) (2020), *¿Replanteamos el matrimonio?: Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*, (primera edición), Lima, Perú: Themis.

#### **Archivos Electrónicos:**

27. Atienza, M, *Más allá del neoconstitucionalismo y del formismo*, el universo, Guayaquil, recuperado de <https://bit.ly/2GMfZAH>
28. Barbosa, F., (2012), *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática* (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 51-82, recuperado de: <https://bit.ly/3mavSB5>
29. Crispín, J. (2019), *La Trascendencia Constitucional de una opinión consultiva en el reconocimiento del matrimonio igualitario: desafíos en el Caso Ugarteche*, Parthenon: Lima, recuperado de: <https://bit.ly/3fFyCnz>
30. Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f.), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 07, recuperado de <https://bit.ly/2I82qwG>

31. Contreras, D y Poblete, J. (2013), “*El Bien Humano Básico del matrimonio: elementos claves de la ética matrimonial de John Finnis*”, en Etcheverry, Juan B. Ley, moral y Razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis, Ciudad de México, UNAM, recuperado de: <https://bit.ly/3515zHI>.
32. Cossío Díaz, J. & Orozco Y Villa, L. (2016), Reconfigurando las Familias desde el Derecho y el Matrimonio Igualitario, Recuperado de: <https://bit.ly/2HzSoUK>
33. Garabedian, M (2020), *El Estado moderno. Breve recorrido por su desarrollo teórico*, recuperado de: <https://bit.ly/3goAFhO>
34. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (2014), *Informe Jurídico - Normativo Elaborado Por La Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo Frente A La Propuesta De Regulación De La Llamada Unión Civil*, Recuperado de <https://bit.ly/3p3mCAj>.
35. Muñoz, B., (S.f), *Escuela de Frankfurt*, Universidad Carlos III, Madrid, España, recuperado de <https://bit.ly/3d672P6>.

#### **Artículos De Revista:**

36. Acosta, E. (2020). “*El problema Genético del concepto de convencionalidad*”, en Dikaion 29, 1 (2020), 165-201. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.1.5>
37. Albanese, S., (2008), *La internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional*. En Susana Albanese (coord.), El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar
38. Bañares, J. (2008), *Matrimonio, género y cultura*, IUS CANONICUM, XLVIII, N. 96, págs. 415-431
39. Blanco, M. (2007), “*Sobre el Matrimonio y su naturaleza jurídica*”, En: La familia: Naturaleza y régimen jurídico en el Siglo XXI, Jornadas Internacionales de derecho de familia, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
40. Bonilla, J. (2012), “*El matrimonio entre personas del Mismo Sexo*”. *ESPACIO Y TIEMPO*, Revista de Ciencias Humanas, N.º 26-2012, pp. 157-170.
41. Kaiser, S. (2010), “El ejercicio de la soberanía de los Estados”, en Manuel Becerra Ramírez y Klaus Theodor Müller Uhlenbrock (coords.), Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 85-105.
42. Finnis, J. (1994), “*Derecho, Moral y “Orientación sexual”*”, Traducción de "Law, morality and sexual orientation", Notre Dame Law Review, Vol. 69, tomo 5, 1994, a cargo de Jorge Ignacio Oria.
43. García, S. (2016), *Sobre el control de convencionalidad*, pensamiento constitucional, N°21.
44. García Belaúnde, D. (2015), *El control de convencionalidad y sus problemas*, Pensamiento Constitucional N.º 20, 2015, pp. 135-160 / ISSN 1027-6769



45. García Belaúnde, D & Palomino, J. (2013), *El control de convencionalidad en el Perú*, Pensamiento Constitucional N.º 18, 2013, pp. 223-241 / ISSN 1027-6769
46. Massini-Correas, C. (2011). *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*. *Díkaion*, 19(2).
47. Sagües, P. (2010), *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, Estudios constitucionales, N°1.
48. Silva, M. (2016), *Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso*, Centro de Estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

### **Tesis**

49. Carrillo, I. E. (2014). *Fundamentos para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en el Perú* (Tesis de maestría, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú). Recuperada de <http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/559>
50. García, K. (2015), *Matrimonio Igualitario, Un Derecho o Una Aberración Social*, tesis para obtener el título profesional de abogado, Medellín, Universidad Santo Tomás, Recuperado de: <https://bit.ly/3lgDctS>
51. Guerra, B. (2019), *La secularización del matrimonio y su influencia en la formación del consentimiento matrimonial canónico*, tesis para obtener el título profesional de abogado, Piura, Universidad de Piura, Recuperado de <https://bit.ly/2TgUgqV>

### **Jurisprudencia**

52. Sentencia C-101, 2003.
53. Sentencia C-154, 2006.
54. Sentencia C-169, 2003.
55. Sentencia C-158, 2006.
56. Sentencia C-209, 2009
57. Sentencia C-220, 2010
58. Sentencia C-239, 2012.
59. STC N° 01575-2007-PHC