

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

Tratamiento del Matrimonio Homosexual en el Sistema Legal
Peruano a Partir de la Teoría de los Enunciados Jurídicos

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Argumentación Jurídica

Autora:

Carmen Maria Lopez Vasquez

Asesor

José Enrique Sotomayor Trelles

Lima, 2024

Informe de Similitud


Yo, SOTOMAYOR TRELLES, JOSE ENRIQUE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado **“Tratamiento del matrimonio homosexual en el sistema legal peruano a partir de la teoría de los enunciados jurídicos”**, del autor(a) LOPEZ VASQUEZ, CARMEN MARÍA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 12/12/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de diciembre del 2024

SOTOMAYOR TRELLES, JOSE ENRIQUE	
DNI: 45486817	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1155-0249	

Resumen

Este artículo tiene por finalidad analizar el tratamiento del matrimonio homosexual, desde la teoría de los enunciados jurídicos. Con tal objetivo, en la primera sección se ha desarrollado las diferencias entre. Reglas regulativas y constitutivas. En la segunda sección, se ha tratado sobre las lagunas, la laguna normativa y la laguna axiológica. En la tercera sección se ha tratado sobre las técnicas de interpretación, destacándose la analogía y los principios. En la cuarta sección se ha procedido a examinar las normas relacionadas con el matrimonio civil contenidas en la Constitución Política del Perú, el código civil y principales tratados y convenios aplicables al caso. Finalmente, en la sección quinta se ha llegado a las siguientes conclusiones: 1) Desde el ángulo de la teoría de los enunciados jurídicos, el artículo 234º del Código Civil no es una regla regulativa, sino una regla constitutiva. Por tanto, no prohíbe el matrimonio homosexual; sin embargo, tampoco lo regula, 2) Al no existir regulación jurídica del matrimonio homosexual, tal supuesto de hecho constituye una laguna normativa; 3) Aplicando la técnica de integración para resolver lagunas normativas, a través de principios siguiendo la propuesta de Ruiz Manero,¹ se llega a la conclusión que del balance de principios relevantes debe crearse una regla que autorice a la pareja de homosexuales contraer matrimonio civil. Asimismo, siguiendo la tendencia jurisprudencial de países latinoamericanos como Ecuador y la interpretación de la Convención Americana contenida en la “Opinión Consultiva 24/17; así como lo resuelto en el Caso Atala Riffo y Niñas contra el gobierno chileno² podemos concluir afirmando que el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra permitida.

Palabras clave

Reglas regulativas, reglas constitutivas, lagunas normativas, opinión consultiva.

Abstract

¹ RUIZ MANERO, Juan, “*Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas*”p.123. En: GONZALES LAGIER, Daniel (Coord), “*Conceptos Basicos del Derecho*”, Marcial Pons-2015

² “Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (24/02/2012).” En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf.

This article aims to analyze the treatment of homosexual marriage from the theory of legal statements. With this objective, in the first section the differences between regulatory and constitutive rules have been developed. In the second section, the gaps, the normative gap and the axiological gap have been discussed. In the third section, the interpretation techniques have been discussed, highlighting the analogy and the principles. In the fourth section, the norms related to civil marriage contained in the Political Constitution of Peru, the civil code and the main treaties and agreements applicable to the case have been examined. Finally, in the fifth section the following conclusions have been reached: 1) From the angle of the theory of legal statements, article 234 of the Civil Code is not a regulatory rule, but a constitutive rule. Therefore, it does not prohibit homosexual marriage; however, it does not regulate it either, 2) Since there is no legal regulation of homosexual marriage, such a factual situation constitutes a normative gap; 3) Applying the integration technique to resolve regulatory gaps, through principles following the proposal of Ruiz Manero, we reach the conclusion that the balance of relevant principles must a rule that authorizes homosexual couples to enter into civil marriage should be created. Likewise, following the jurisprudential trend of Latin American countries such as Ecuador and the interpretation of the American Convention contained in the “Advisory Opinion 24/17; as well as what was resolved in the case of Atala Riffo and Girls against the Chilean government, we can conclude by affirming that marriage between persons of the same sex is permitted.

Keywords

Regulatory rules, constitutive rules, normative gaps, advisory opinion.

Tabla de Contenido

Introducción.....	4
I. Reglas Regulativas y Constitutivas	5
I.1. Reglas Regulativas	5
I.1.1. Reglas de Acción	6
I.1.2. Reglas Fin	6
I.1.3. Principios.....	6
I.1.4. Directrices	7
I.2. Reglas Constitutivas	7
II. Tipología de las Lagunas Desde la Teoría del Derecho	7
II.1. Lagunas Normativas	7
II.2. Lagunas Axiológicas	8
III. Técnicas de Integración	8
III.1. Analogía	8
III.2. Principios Generales del Derecho.....	9
IV. Regulación del Matrimonio Civil en el Sistema Legal Peruano y la Sentencia Ecuatoriana N°11-18-CN	10
IV.1. La Constitución Política del Perú y el Matrimonio civil	10
IV.2. Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos Relacionados con la Protección a la Familia y la Constitución.....	11
IV.3. Tratamiento de la Orientación Sexual en la Constitución	12
IV.4. El Tribunal Constitucional y el Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo.....	13
IV.5. Matrimonio Homosexual en Ecuador	14
IV.6. El matrimonio Civil en el Código Civil	14
V. Conclusiones.....	16
VI. Bibliografía	17

Introducción

La finalidad de este artículo es determinar si a partir de la teoría de enunciados jurídicos se podría reconocer el matrimonio homosexual en el Perú. Por tal razón, en la primera sección se va a exponer sobre las diferencias entre las reglas regulativas y reglas constitutivas. La determinación del significado y las principales diferencias entre las reglas mencionadas resulta importante para esclarecer la naturaleza del artículo 234º del Código Civil. Ello es así, porque si se trata de una regla regulativa, entonces, el referido precepto legal prohíbe el matrimonio homosexual; mientras que, si se concluye que se trata de una regla constitutiva, en tal caso podríamos afirmar que el referido dispositivo legal otorga un poder a las personas heterosexuales a contraer matrimonio civil. Sin embargo, al no existir dispositivo legal que regule el matrimonio homosexual, nos encontramos en un supuesto de laguna jurídica.

Con relación a la jurisprudencia constitucional sobre matrimonios homosexuales, varios ciudadanos peruanos que contrajeron matrimonio civil en países en donde el matrimonio homosexual se encuentra permitido, pretendieron inscribirlos ante RENIEC a su regreso; sin embargo, tales pedidos fueron denegados. Por tal razón, de manera individuales se interpusieron demandas de amparo solicitando que se ordene a RENIEC su inscripción. Con relación a tales demandas todas fueron declaradas improcedentes, por aspectos de improcedencia, mas no sobre la materia controvertida.

Al haberse determinado que nos encontramos en un supuesto de laguna jurídica, a continuación, se pasará a determinar el tipo de laguna jurídica, es decir si se trata de una laguna normativa o una laguna axiológica.

Al respecto este es un caso de laguna normativa, porque no se encuentra legislada en nuestro ordenamiento legal. Consecuentemente, con el fin de solucionar la laguna normativa se procederá a aplicar la propuesta efectuada por Ruiz Manero quien propone resolver las lagunas normativas a través de principios. Sobre los principios aplicables, se efectúa una interpretación sistemática a fin de aplicar los principios constitucionales contenidos en nuestra

constitución, en concordancia con los tratados internacionales del que Perú es parte. Entre los convenios más relevantes encontrados la Convención Americana de Derechos Humanos y las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haga.

Con relación a ello se aplicará los principios aplicables al caso, y los contenidos en los instrumentos internacionales de los cuales, el Perú es parte y que resultan de obligatorio cumplimiento, en merito al compromiso internacional.

A nivel países de Latinoamérica destaca la demanda efectuada por Atala Riffo y Niñas, contra el estado de chileno. En la referida sentencia se razonó que el núcleo familiar conformado por Atala su pareja y sus hijos constituían una familia y por ende goza de protección convencional.

I. Reglas Regulativas y Constitutivas

Responder la interrogante sí el artículo 234º del Código Civil peruano contiene una regla constitutiva o regulativa es relevante porque si se llega a la conclusión que la regla contenida en el referido precepto legal se trataría de una regla constitutiva, entonces, el matrimonio homosexual no estaría prohibido en la legislación peruana. Por otro lado, si se llegara a la conclusión que el mencionado artículo contiene una norma constitutiva, ello significaría que el matrimonio homosexual no se encontraría prohibido en el Código Civil peruano.

I.1. Reglas Regulativas

La profesora Ángeles Rodenas, refiere que las reglas regulativas regulan las conductas permitidas o prohibidas. Asimismo, para aplicar la prohibición o permisión se requiere el cumplimiento de determinadas condiciones.³

Por otro lado, citando a Atienza y Ruiz Manero⁴ la profesora Ángeles Rodenas nos señala que tales juristas han señalado que las reglas constitutivas se subdividen en principios y reglas. Además, las reglas se subdividen en reglas de

³ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), *“Conceptos Básicos del Derecho”*, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante “Tema 1, Normas Regulativas: principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.15.

³ Código Civil peruano, “Artículo 365.- No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer”

⁴ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), *“Conceptos Básicos del Derecho”*, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante “Tema 1, Normas Regulativas: principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.16.

acción y reglas fin; mientras que los principios se subdividen en “*principios en sentido estricto*”⁵ y directrices.

1.1.1. Reglas de Acción

La conducta esperada es que se produzca una acción o una omisión. Ejemplo: artículo 85° del Código del Niño y Adolescente contiene el mandato dirigido al juez, a fin de que éste escuche “*la opinión del niño y tome en cuenta la del adolescente.*”⁶

1.1.2. Reglas Fin

En las reglas de fin, “*la conducta modalizada deónticamente*”⁷ es que se produzca “*un estado de cosas en una medida determinada,*”⁸ Por ejemplo: La obligación de la municipalidad de brindar seguridad a los asistentes a eventos organizados por esa institución, la misma que puede cumplirse con la participación de efectivos policiales y con la instalación de cámaras de seguridad.

1.1.3. Principios

La principal característica de los principios es que tienen un supuesto de hecho abierto; en contraste a su solución normativa, que es cerrada. Un ejemplo de principio lo encontramos en el inciso 15 del artículo 2 de la constitución política del Perú, que reconoce el derecho que las personas tienen “*a trabajar libremente, con sujeción a la ley.*”⁹ De otra parte, frente a un conflicto entre principios, el juez debe realizar una ponderación de principios y el resultado es la formulación de una regla, que es el resultado de la prevalencia de un principio sobre el otro.

⁵ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “*Conceptos Básicos del Derecho*”, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante, “Tema 1, Normas Regulativas: Principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.18.

⁶ Código de los Niños y Adolescentes, artículo 85°.

⁷ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “*Conceptos Básicos del Derecho*”, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante “Tema 1, Normas Regulativas: Principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.16.

⁸ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “*Conceptos Básicos del Derecho*”, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante “Tema 1, Normas Regulativas: Principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.16.

⁹ Constitución Política del Perú, artículo 2, inciso 15.

I.1.4. Directrices

Las directrices presentan un supuesto de hecho y una solución abierta, ejemplo, según el artículo 14º de la Constitución peruana, el estado tiene la obligación de impulsar el “*desarrollo científico y tecnológico.*”¹⁰

I.2. Reglas Constitutivas

Las reglas constitutivas, según Atienza y Ruiz Manero, se subdividen en reglas que confieren poderes jurídicos a los particulares. Ejemplo, la regla que confiere el poder para contraer matrimonio civil¹¹. De otro lado, las “*puramente constitutivas.*”¹², son las reglas cuyas consecuencias jurídicas se producen, sin que sea necesario que las personas efectúen una acción determinada. Por ejemplo, los efectos jurídicos que se producen con la muerte de una persona conforme lo prescrito por el artículo 660º del Código Civil.¹³

II. Tipología de las Lagunas Desde la Teoría del Derecho

Idealmente los sistemas jurídicos tendrían que ser completos y coherentes; sin embargo, éstos son incompletos y carecen de coherencia. Por tal razón tienen lagunas y antinomias. Conforme a la clasificación efectuada por Alchourron y Bulygin, las lagunas se pueden clasificarse en lagunas normativas, lagunas axiológicas y lagunas de reconocimiento¹⁴. En la presente sección nos ocuparemos de las dos primeras.

II.1. Lagunas Normativas

Existe laguna normativa cuando determinada conducta “*(...) relevante para el derecho,*”¹⁵ no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico. Ejemplo, la

¹⁰ Constitución Política del Perú, artículo 14º.

¹¹ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “Conceptos Básicos del Derecho”, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante “Tema 1, Normas Regulativas: principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.31.

¹² Atienza Manuel, Ruiz Manero, Juan, “Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos”, Ariel Derecho, 4ª edición, 2004, p.189-190.

¹³ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “Conceptos Básicos del Derecho”, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante “Tema 1, Normas Regulativas: principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.41.

¹⁴ Ibid., p.48.

¹⁵ Ibid., p.49.

solicitud de pensión por viudez solicitada por parte de una persona que ha convivido muchos años con el fallecido que es del mismo sexo.

II.2. Lagunas Axiológicas

La laguna axiológica a diferencia de la laguna normativa se encuentra regulada en el ordenamiento legal; sin embargo, la conducta del solicitante presenta una propiedad relevante que hace necesario otorgarle una solución distinta a la regulada. Un caso de laguna axiológica es el caso Riggs contra Palmer,¹⁶ en donde la Corte de Apelaciones de New York denegó el pedido de entrega de herencia en favor del nieto que mató a su abuelo; no obstante que la legislación vigente a la referida fecha no establecía prohibición alguna. Al respecto la Corte resolvió, teniendo en consideración la propiedad relevante del caso, que el homicidio realizado en agravio del abuelo del demandante fue cometido por él con el fin de aprovecharse de la herencia del abuelo.¹⁷

III. Técnicas de Integración

La integración jurídica se aplica en aquellos casos que el hecho objeto de controversia, no se encuentra regulado en el ordenamiento legal¹⁸; por tanto, se crea una norma que resuelva el caso. Con relación a ello el doctor Rubio Correa señala que la referida norma proviene del “*Derecho mismo*”¹⁹ ello significa que no se utiliza las fuentes formales del derecho. Con relación a los métodos de integración, el primero “*la analogía*”²⁰ y el segundo “*los principios generales del derecho*”²¹.

III.1. Analogía

La analogía se puede aplicar en aquellos supuestos que existe un caso regulado en relación con otro caso no regulado presenta similitudes en cuanto a sus las características principales; sin embargo, discrepan en cuanto a sus características accesorias. Ejemplo el caso 1, las características principales son A, B, C y la característica accesorio es D; mientras que el caso 2, posee las

¹⁶ Ibid., p.53.

¹⁷ Ibid., p.54:

¹⁸ Rubio Correa, Marcial, “El Sistema Jurídico, Introducción al derecho”, Fondo Editorial PUCP, Décima edición, 2009, p.260.

¹⁹ Ibid., p.260.

²⁰ Ibid., p.293.

²¹ Ibid., p. 293.

mismas características principales y relevantes, discrepando en cuanto a una característica secundaria. Posteriormente, debe examinarse si el ordenamiento legal no establece ninguna prohibición o limitación para aplicar la analogía²².

Con relación a la prohibición de la aplicación de la analogía, ello lo encontramos en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe la analogía, cuando se trate de excepciones o restricción de derechos.²³

Por otro lado, un ejemplo de aplicación de la analogía la encontramos en las sentencias recaídas en el Expediente N°0024-2005-P/TC y Expediente N°0026-2005-PI/TC. En tales sentencias el máximo intérprete de la constitución declaró que la laguna jurídica de las normas procesales constitucionales se resuelve aplicando por analogía las normas procesales afines²⁴.

III.2. Principios Generales del Derecho

El profesor Marcial Rubio, refiere que los principios generales del derecho *“son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica y técnica, que informan la estructura, la forma de operación y contenido mismos de las normas (...).”*²⁵

Según la definición proporcionada las reglas pueden contener valores, tales como el valor justicia, igualdad entre otros.

Con relación a los principios generales del derecho, el profesor Juan Ruiz Manero, nos presenta *“una visión alternativa”*²⁶ a la propuesta por Alchourron y Bulygin. Al respecto el profesor Ruiz Manero señala que para que un principio se considere concluyente se requiere que no concurra otro principio que prevalezca.

Según esta concepción, si el caso no está legislado y, además, como consecuencia del balance de principios relevantes se ha llegado a la conclusión que debe contarse con una regla que se aplique al caso, el mismo que deberá

²² Ibid., p.264.

²³ Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

²⁴ <https://lpderecho.pe/frente-vacios-norma-procesal-constitucional-podra-aplicarse-analogicamente-normas-procesales-af>. Visitado el 10/11/2024, Horas 18:15 p.m.

²⁵ Rubio Correa, Marcial, “El Sistema Jurídico, Introducción al dercho”, Fondo Editorial PUCP, Décima Edición, 2009, p.284.

²⁶ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “Conceptos Básicos del Derecho”, Ruiz Manero, Juan, “Tema III, Ruiz Manero, Juan, Sistema Jurídico: Lagunas y Antonimias”p.116, Marcial Pons, Madrid, 2015

tomar en cuenta tales principios. Por otro lado, nos encontraremos frente a una laguna axiológica, cuando como resultado del balance entre principios relevantes se ha identificado una propiedad relevante que la regla no la ha considerado²⁷.

IV. Regulación del Matrimonio Civil en el Sistema Legal Peruano y la Sentencia Ecuatoriana N°11-18-CN

En esta sección se va a efectuar un análisis sistemático sobre el tratamiento del matrimonio civil en el sistema legal peruano y también se analizará la Sentencia Ecuatoriana N°11-18-CN (matrimonio igualitario). Empezaremos analizando el artículo 234° del Código Civil, en concordancia con los principios recogidos en nuestra carta magna y los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Perú y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en asuntos relacionados al matrimonio civil.

IV.1. La Constitución Política del Perú y el Matrimonio civil

En esta sección se va a efectuar un análisis sistemático sobre el tratamiento del matrimonio civil en la carta fundamental y en el Código Civil peruano. Para tal efecto se va a proceder a examinar el artículo 234° del Código Civil, en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos, suscritos por el Perú y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo se va a proceder a efectuar un análisis de los principios constitucionales aplicables al matrimonio y por último el tratamiento de la orientación sexual en la constitución.

IV.1.1. Artículo 4° de la Constitución Política del Perú

Con relación al matrimonio y la familia, el artículo 4 de la constitución peruana declara que el estado peruano "(...) *También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales*

²⁷ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), "Conceptos Básicos del Derecho Ruiz Manero, Juan, "Tema III, Ruiz Manero, Juan, Sistema Jurídico: Lagunas y Antonimias" p.123., Marcial Pons, Madrid, 2015.

*y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley*²⁸.

En la referida norma si bien es verdad, se declara que la familia es protegida por el estado y que se promueve el matrimonio y que está regulada por ley; sin embargo, no encontramos una definición del matrimonio.

IV.2. Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos Relacionados con la Protección a la Familia y la Constitución

Empezaremos diciendo que para interpretar nuestra carta magna se requiere interpretar los convenios internacionales sobre derechos humanos. Ello es así, porque según el artículo 55 de la constitución²⁹ los tratados suscritos por el Perú forman parte del derecho nacional. Asimismo, conforme a la cuarta disposición final y transitoria de la constitución³⁰ *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia, ratificados por el Perú*³¹”

Dentro de este marco legal, se tiene que el derecho *“a constituir familia”* se encuentra recogido en diversos instrumentos internacionales. Es así, por ejemplo, que el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que las hombres y mujeres tiene derecho *“a casarse y fundar una familia.”*³² Igualmente, el artículo 6 de la Declaración Americana de Deberes del

²⁸ *“Artículo 4°. - La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”*

²⁹ Constitución Política del Perú, artículo 55.

³⁰ FERNANDEZ REVOREDO, Marisol, *“La Familia vista a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares.”* En: file:///Users/carmenlopez/Downloads/18290-Texto%20del%20art%C3%ADculo-72493-1-10-20170523%20(2).pdf.

³¹ Constitución Política del Perú, *“artículo cuarto de las disposiciones Finales y Transitorias”*.

³² Declaración Universal de Derechos Humanos, **“Artículo 16**

1. 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 fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” En: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Hombre (1948) también reconoce que *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.”*³³

Igualmente, el artículo 15, inciso 2 del Protocolo de San Salvador también se reconoce el referido derecho³⁴ como el *“derecho a constituir una familia.”*

De otro lado, en la Opinión consultiva OC-24/17 (24/11/2917) frente a una consulta efectuada por el estado de Costa Rica con relación a la *“Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo”*³⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respondió que los estados parten de la convención tienen la obligación de proteger a las familias homosexuales³⁶. Para llegar a tal conclusión, la CIDH se fundamentó en los derechos a la igualdad y no discriminación regulados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana³⁷.

IV.3. Tratamiento de la Orientación Sexual en la Constitución

Si bien es verdad en nuestra constitución no existe disposición expresa que refiere que prohíba la discriminación por orientación sexual; sin embargo, tal derecho se puede deducir de la prohibición a ser discriminado por *“cualquiera otra índole”* y el derecho de toda persona de ser tratado en forma igual ante la ley; conforme lo prescribe el artículo 2.2 de la constitución. Igualmente, en el

³³ DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948), *“Artículo 6 - Derecho a la constitución y a la protección de la familia Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”* En: https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf.

³⁴ **“Protocolo de San Salvador”**

“Artículo 15

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.”

(...)”. En: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

³⁵ Opinión Consultiva OC-24/17 (24/11/2917) *“Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo sexo.”* En: [mg.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Opinión-Consultiva-OC-24-17-CIDH-Legis.pe_.pdf](https://www.oas.org/juridico/doc/doc847/es/1701003.pdf).

³⁶ Opinión Consultiva OC-24/17 (24/11/2917) *“Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo sexo.”*, Fundamento 228, p. 86. En: [mg.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Opinión-Consultiva-OC-24-17-CIDH-Legis.pe_.pdf](https://www.oas.org/juridico/doc/doc847/es/1701003.pdf).

³⁷ Opinión Consultiva OC-24/17 (24/11/2917) *“Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo sexo.”*, Fundamento 199, p.79-80.

caso seguido por Atala Riffo y Niñas contra Chile,³⁸ el estado de Chile fue encontrado responsable por haber investigado y sancionado por la demandante debido a su orientación sexual, porque la denunciante vivía con su pareja, que era de su mismo sexo. Igualmente, en el Caso Flor Freire vs. Ecuador (31/08/2016)³⁹, la Corte Interamericana declaró responsable al estado de Ecuador, otorgándole reparaciones al demandante. Los hechos que se le atribuyen al estado ecuatoriano son que la Fuerza Terrestre destituyó al demandante, por haber supuestamente haber tenido relaciones sexuales con otra persona de su mismo sexo dentro de las instalaciones militares. Con relación a ello la autoridad militar consideró el hecho revestía más gravedad que si el acto sexual hubiese sido efectuado entre personas de diferente sexo.

IV.4. El Tribunal Constitucional y el Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo.

Con relación a este tema, en diversos procesos de amparo seguido contra RENIEC (EXP. N.º 02653-2021-PA/TC, EXP. N.º 02743-2021-PA/FC LIMA, EXP. N.º 01739-2018-PA/TC LIMA) los demandantes solicitaron la inscripción de matrimonios homosexuales efectuados en otros países distintos al Perú, en donde el matrimonio civil se encontraba permitido. Sin embargo, en ninguno de ellos se emitió sentencia sobre el fondo del asunto controvertido, al declararse improcedente las demandas, por considerar que no se encontraban referidas “*a/ contenido constitucionalmente protegido (...)*.”⁴⁰

³⁸ “Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (24/02/2012).”
En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* CASO FLOR FREIRE VS. ECUADOR SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_315_esp.pdf.

⁴⁰ Código Procesal Constitucional.

“Artículo 7

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1) *Los hechos y el petitorio de la demandante están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.*
(...).”

IV.5. Matrimonio Homosexual en Ecuador

En el Caso N°11-18-CN (matrimonio igualitario) de fecha 12 de junio del 2019, la Corte Constitucional de Ecuador en una consulta sobre protección sobre derechos humanos resolvió que la Opinión consultiva OC24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce el matrimonio homosexual “*es compatible con el artículo 67 de la Constitución, que establece que el matrimonio es entre hombre y mujer (...)*”⁴¹ En el referido caso, no obstante que la constitución de Ecuador, establecía de modo expreso que el matrimonio civil era heterosexual, la Corte de Ecuador resolvió adecuar su legislación a lo prescrito en la referida opinión consultiva, en merito a que considero que el control de constitucionalidad debe complementarse con el deber de convencionalidad. Asimismo, la Corte de Ecuador refirió que al regularse en la constitución que el matrimonio es heterosexual, el estado está interfiriendo con el derecho de las personas homosexuales a formar una familia. Asimismo, que debe efectuarse una interpretación evolutiva de los textos legales, teniéndose en consideración “el contexto actual y que la norma cumpla con su objetivo y fin.”⁴²

IV.6. El matrimonio Civil en el Código Civil

De una interpretación literal del artículo 234^o del Código civil se verifica que concibe que “*El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código a fin de hacer la vida común (...)*”⁴³ (El resaltado es nuestro). Asimismo, de una interpretación “*a contrario*” algunos podrían afirmar que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaría permitido en razón que al tratarse de un supuesto distinto al previsto en la regla, no podría aplicársele la consecuencia prevista en ella.

⁴¹ En el Caso N°11-18-CN (matrimonio igualitario) de fecha 12 de junio del 2019. En: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Seguimiento/11-18-CN-19.pdf>

⁴² Sentencia N°11-18-CN/19, p.31. En: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1bfa3cb4-82be-4b2e-8120-418fc>.

⁴³ Código Civil de 1984, “*artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.*”

Al respecto debemos precisar que el matrimonio civil regulado en nuestro código civil es una regla constitutiva, porque a diferencia de las reglas regulativas, no contiene una prohibición, ni una permisión.⁴⁴ Ello es así, porque mediante tal regla se otorga un poder, que faculta a las personas a contraer matrimonio. Por tanto, podemos afirmar que resulta erróneo afirmar que el referido dispositivo legal prohíbe el matrimonio homosexual.

El artículo 234 del Código Civil contiene una laguna normativa, al no contar con *“una regla que correlacione un cierto caso genérico.”*⁴⁵ Es decir el sistema jurídico vigente no proporciona una solución al caso. A diferencia de la laguna axiológica, que según la definición proporcionada por Alchourron y Bulygin, si bien existe una regla para resolver el caso; sin embargo, al elaborarse tal regla no se ha tenido *“como relevante una propiedad que debieron considerar como tal (...).”*⁴⁶ Por tanto, para resolver el caso se requerirá realizar un balance de los principios relevantes, el derecho a la igualdad, a la no discriminación por orientación sexual y el derecho a *“a constituer familia”*⁴⁷, en concordancia con la interpretación de los tratados y convención americana de derechos humanos del cual el Perú es parte, la Opinión Consultiva OC-24/17 (24/11/2017) expedida frente a una consulta efectuada por Costa Rica, así como de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos.

⁴⁴ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “Conceptos Básicos del Derecho”, Ángeles Ródenas, Universidad de Alicante, “Tema 1, Normas Regulativas: principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.24-25.

⁴⁵ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “Conceptos Básicos del Derecho”, Juan Ruiz Manero, “Tema III Sistema jurídico: Lagunas y Antinomias” Universidad de Alicante, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.53.

⁴⁶ Gonzales Lagier, Daniel (Coord.), “Conceptos Básicos del Derecho”, Juan Ruiz Manero, “Tema III Sistema jurídico: Lagunas y Antinomias,” Universidad de Alicante, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.53.

⁴⁷ DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948), “Artículo 6 - Derecho a la constitución y a la protección de la familia Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.” En: https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf.

Integrando el artículo 234° del Código Civil a través de los principios antes mencionados podemos obtener una nueva regla según la cual el matrimonio entre personas del mismo sexo estaría permitido en nuestro ordenamiento legal peruano.

V. Conclusiones

1. El matrimonio heterosexual regulado en el artículo 234° del Código Civil, es una regla constitutiva. Por tanto, al no tratarse de una regla regulativa, no contiene una prohibición, ni tampoco una permisón.
2. El matrimonio homosexual no se encuentra regulado ni en el código civil, ni en la constitución, por tanto, nos encontramos en un caso de laguna normativa.
3. La laguna normativa, sobre el matrimonio homosexual debe integrarse utilizando principios.
4. Aplicando la técnica de interpretación de principios generales del derecho, entre los cuales se encuentra el derecho “*a constituer familia*”⁴⁸, y los derechos a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva IC-24/17 (24/11/2017) expedida frente a una consulta efectuada por Costa Rica, así como de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales podemos obtener una nueva regla aplicable para las parejas homosexuales. Según la cual tales personas podrían contraer matrimonio civil en el Perú. Más aun con relación a la Opinión Consultiva IC-24/17, la Corte Constitucional de Ecuador en la Sentencia N°11-18-CN/19, resolvió que la referida opinión consultiva constituye “*una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador.*”⁴⁹ La Corte Ecuatoriana llegó a tal conclusión entre otros

⁴⁸ DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948), “*Artículo 6 - Derecho a la constitución y a la protección de la familia Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.*” En: https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf.

⁴⁹ Sentencia N°11-18-CN/19. En: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1bfa3cb4-82be-4b2e-8120-418fc>.

fundamentos porque aplico la convencionalidad. Asimismo, refirió que al regularse en la constitución de Ecuador que el matrimonio es heterosexual, el estado está interfiriendo con el derecho de las personas homosexuales a formar una familia. Asimismo, que debe efectuarse una interpretación evolutiva de los textos legales, teniéndose en consideración “el contexto actual y que la norma cumpla con su objetivo y fin⁵⁰.”

VI. Bibliografía

ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO Juan, *“Las Piezas del Derecho, Teoría de los Enunciados Jurídicos”*, Ariel Derecho 2º edición actualizada, 4º reimpresión setiembre 2007.

ATIENZA, Manuel, *“El Derecho como Argumentación”*, Ariel Derecho, 1ª edición, 5ª reimpresión, 2010.

ATRIA Fernando y otros, *“Lagunas en el Derecho, Una controversia sobre el derecho y la función judicial”*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2005, Barcelona-

BENAVIDES ORDOÑEZ, Jorge y Escudero Solíz Jhoel, *“Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador.”* En Revista Derecho del Estado N°47, septiembre-diciembre del 2020, pp. 145-173.

Durango Cordero, Rodrigo, *“Matrimonio Igualitario: El Inadecuado Camino en La Búsqueda de La Igualdad Material,”* Revista de Derecho. Vol. 9 (I) (2020), pp. 139-157. Ius Humani.

GONZALES LAGIER, Daniel (Coord.), *“Conceptos Básicos del Derecho”*, Angéles Ródenas, Universidad de Alicante “Tema 1, Normas Regulativas: principios y Reglas”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.15.16.

⁵⁰ Sentencia N°11-18-CN/19, p.31. En: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1bfa3cb4-82be-4b2e-8120-418fc>.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, “*Como se construyen los derechos, Narrativas Jurisprudenciales sobre orientación sexual*”, Legis, Primera Edición 2016.

LEÓN RAMÓN, P. F., León Carrión, J. M., & Ramón Merchán, M. E. (2021). “*Protección de los derechos del matrimonio igualitario en el Ecuador. Sociedad & Tecnología*” 4(S2), 419–436. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.161>.

LÓPEZ-SÁNCHEZ, Rogelio, Enríquez-Fuentes, Gastón Julián, “*El derecho al matrimonio Homosexual a la luz de los sistemas interamericanos y Europeo de Derechos Humanos, y el Desplazamiento de la doctrina del margen de Apreciación Nacional en México*” *Revista de Investigaciones, Universidad de Quindío* Vol. 32 (2), diciembre 2020.

MOLINA RICAURTE, Carlos Jesús, Carrillo Cruz Yudy Andrea, El matrimonio de parejas del mismo sexo y la Corte Constitucional de Colombia. En *Revista de Derecho*, Vol. XXXI, N°1, Junio 2018m pp. 79-103.

PAREDES ERAZO, G. C., & Núñez Ávila, M. D. (2019). “*El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: Análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano. Foro.*” *Revista De Derecho*, (32), 61–81. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.4>.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. F. (2014). “*El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: El matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse.*” *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 107-132. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12690>.

RUBIO CORREA, Marcial, “*El Sistema Jurídico, Introducción al derecho*”, Fondo Editorial PUCP, 2009.