



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

Sustentacion de sentencia del Tribunal Constitucional 676/2020

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Para optar el título profesional de Abogado

AUTOR

Callupe Perez Eliana Lizett (0000-0003-2256-6323)

Lima, 19 de marzo del 2021

DEDICATORIA

A mis padres Francisco y Gladys quienes con su amor, paciencia y esfuerzo me han permitido llegar a cumplir hoy un sueño más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo y perseverancia.

A mis hermanos Frank y Cristina por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento gracias y acompañarme en todos mis sueños y metas.

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre mi vida y a toda mi familia.

De igual forma, mi profundo agradecimiento a todas las autoridades administrativas y académicas de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas por brindarme todo el soporte necesario para culminar el presente proceso de investigación con la finalidad de alcanzar el objetivo de convertirme en abogada.

RESUMEN

El presente Informe Legal se sustenta en el análisis de la Sentencia N° 676/2020 emitida por el Tribunal Constitucional de fecha 03.11.2020 que versa sobre la limitación del derecho a no ser discriminado y acceso a la igualdad.

El trabajo de investigación permitió corroborar que no existiría -en la actualidad- una transgresión a normas de alcance nacional e internacional vinculadas a la protección de derechos fundamentales. En tal sentido, se logró apreciar una petición inválida e inadecuada del ciudadano Oscar Ugarteche Galarza de tratar de inscribir en el RENIEC el matrimonio celebrado en la ciudad de México con su cónyuge Fidel Aroche Reyes amparado por las leyes del referido país. En tal sentido, al no cumplir con los requisitos establecidos legalmente, no se ampararía su pretensión a nivel administrativo como judicial.

Luego de haber concluido la investigación, considero que aplicando una interpretación sistemática de la norma y habiendo analizado diversos pronunciamientos nacionales e internacionales vinculados a la presente materia puedo concluir que, si bien el marco normativo como la jurisprudencia no son uniformes, no se habría vulnerado derecho fundamental alguno por cuanto cada país es independiente y soberano del marco legal que impone a sus ciudadanos siempre y cuando rijan en armonía con la dignidad de las personas.

Palabras clave: Discriminación, Acceso a la igualdad, Derecho fundamental, Dignidad de las personas.

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN
2. DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN
 - 2.1 IDENTIDAD DE GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL Y EXPRESIÓN DE GÉNERO
 - 2.2 PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA
3. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR
 - 3.1 LA FAMILIA
 - 3.2 EL MATRIMONIO
4. ANTECEDENTES DEL CASO
5. FUNDAMENTOS LEGALES
 - 5.1 LEGISLACIÓN PERUANA
 - 5.2 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL
6. ANÁLISIS LEGAL APLICABLE AL CASO
7. JURISPRUDENCIA VINCULADA AL CASO
8. SÍNTESIS DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
9. OPINIÓN CONSULTIVA 24/17
10. CONCLUSIONES
11. OPINIÓN
12. REFERENCIAS

1. INTRODUCCIÓN

Según la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la orientación sexual es un motivo prohibido de discriminación. En efecto, la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012) sirvió para determinar que toda norma, acto o práctica interna de autoridades estatales o particulares que menoscabe derechos sobre la base de la orientación sexual, constituye un acto discriminatorio. En tal sentido, los criterios establecidos en el referido pronunciamiento servirán para analizar si el marco normativo peruano en materia de inscripción de matrimonios extranjeros proporciona validez o protección a la unión de personas del mismo sexo.

El derecho a la igualdad y, consecuentemente, la prohibición de discriminación se encuentra reconocido en el artículo 2º numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que establece de forma expresa y contundente lo siguiente:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

En este punto, es importante señalar que diversos tratados internacionales¹, así como el Código Procesal Constitucional², confirman que la discriminación por motivo de orientación sexual se halla proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose dentro de los supuestos de “*otra índole*” a los que hace referencia la cláusula general del artículo citado precedentemente.

De allí que el Tribunal Constitucional haya concluido que “*la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o*

¹ **PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 3º. – Obligación de no discriminación.** Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

² **CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Artículo 37º.- Derechos Protegidos.** El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, *orientación sexual*, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole. [cursivas añadidas]

*el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole*³.

A mayor abundamiento, una serie de ordenanzas municipales y regionales prohíben la discriminación por orientación sexual⁴, siendo que en el caso particular de Tacna la Ordenanza Regional 016-2010-CR-GOB.REG.TACNA declara *“la igualdad y no discriminación por orientación sexual y por identidad de género en la Región Tacna, rechazando cualquier conducta discriminatoria y reconociendo los derechos e igualdad que debe gozar toda persona”*.

A ello debemos de tener en consideración la Opinión Consultiva 24/17 por medio de la cual la Corte IDH⁵ ha establecido que los Estados deben garantizar el acceso a las figuras existentes en sus ordenamientos internos, incluyendo el matrimonio, para asegurar la protección de los derechos de todo tipo de familia.

En efecto, el marco jurisprudencial y normativo no es del todo uniforme; razón por la cual, el análisis de este, en el caso que a continuación expondré, servirá para determinar si nos encontramos ante vulneración de derechos fundamentales. Por lo pronto, una primera aproximación de la temática antes expuesta me genera la siguiente reflexión ¿el derecho a reconocimiento del matrimonio extranjero es una obligación de nuestro país a pesar de existir una norma expresa que no reconoce tal vínculo? Considero que no, por cuanto las normas legales vigentes han sido aprobadas bajo procedimiento regular y representan lo que el Estado desea –por lo menos en su mayoría– expresar.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Exp. 05652-2007-PA/TC, punto 21 (Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.html>)

⁴ Al respecto, cfr. ARDITO VEGA, Wilfredo, “Las ordenanzas contra la discriminación (Cuaderno de Trabajo N° 13)”. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, setiembre de 2009. (Ver: <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/documentos/Cuaderno%2013.pdf>)

⁵ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párrafo 228.

2. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

Nuestra Carta Magna establece en su artículo 2.2. que todas las personas tenemos derecho a la igualdad ante la ley, por lo que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Este último concepto incluye cualquier otra característica o situación que pudiera diferenciar a una persona de otra.

A lo largo de la historia de la humanidad, el amar o mantener relaciones sexuales con una persona del mismo sexo ha sido razón para abuso, tortura, castigo e incluso la muerte, por lo que esta situación cabe bien en el concepto de “otra índole”.

En este capítulo analizaré lo relacionado a la diversidad que existe en el ser humano en cuanto a su sexualidad, que va más allá de haber nacido hombre o mujer, así como los principios internacionales que se han establecido para proteger al grupo de personas que no se identifica como heterosexual; elementos que han sido desarrollados en la Sentencia objeto del presente trabajo.

2.1. Identidad de género, orientación sexual y expresión de género

Cuando empezamos a abordar esta temática, ya sea desde el punto de vista jurídico, social, psicológico o cualquiera otra, nos encontramos con una serie de conceptos cuyo contenido es necesario precisar para poder comprender la complejidad de la situación. Tal es así que, términos básicos como el “sexo” o “género”, así como acepciones más elaboradas como la “identidad de género”, la “expresión de género” y la “orientación sexual”, pasando por las categorías de “homosexual”, “intersexual”, “transgénero” y “transexual”, deben ser definidos.

Así, el término “sexo” se refiere a la identidad biológica que diferencia a una persona como hombre o mujer. La Real Academia Española define al sexo como una condición orgánica que distingue al macho de la hembra, en los animales y en las plantas. Existen casos también en que una persona nace con ambos sexos, en cuyo caso estamos ante una situación comúnmente llamada hermafroditismo o técnicamente llamada como “intersexual” a aquellas personas que nacen con características genéticas o cromosómicas que no encajan en las definiciones típicas de hombre o mujer.

El “género” es un concepto distinto, pues está referido a una construcción social de femineidad o masculinidad que varía según el tiempo y el lugar, y se construye a través de conductas aprendidas más que innatas. No tiene nada que ver entonces con la identidad anatómica o biológica, sino con

determinaciones externas. Por ejemplo, hay actividades que se identifican con un determinado género, y esto puede ir variando con el tiempo y el lugar de que se trate. El fútbol como deporte, hasta hace unas décadas atrás estaba identificado con el género masculino, y muy pocas mujeres lo practicaban.

Habiendo aclarado estas diferencias, la “identidad de género” se refiere a la auto identificación de una persona con relación a la construcción social de femineidad o masculinidad a la que antes nos referíamos, es decir, una persona es atraída más por una construcción social que por otra para efectos de su auto definición. Sin embargo, hay que decir que una persona puede tener una identidad de género que no corresponda a sus características anatómicas o biológicas, sin que eso la convierta necesariamente en una persona homosexual.

Un concepto adicional es la “expresión de género” que se refiere a la externalización que hace la persona a través de su comportamiento, vestimenta, postura, interacción social, etcétera, de su identidad de género. Esto, obviamente, tampoco hace necesariamente a la persona homosexual, que tiene que ver con otro concepto ya no de identidad o expresión de dicha identidad (que, como se indicó anteriormente, se mide con parámetros contruidos externamente), sino de orientación sexual.

La “orientación sexual” se refiere a la atracción tanto sexual, afectiva como emocional de un individuo, y esto define los conceptos de heterosexual (atracción por una persona de sexo distinto), homosexual (atracción por una persona del mismo sexo) y bisexual (atracción por ambos sexos). A diferencia del concepto de género que está determinado por referentes sociales, la orientación sexual podría estar determinada por factores tanto sociales como genéticos. Cabe resaltar también que una persona puede tener sexo con otra persona de su mismo sexo, pero esto no la hace homosexual si es que no está presente la atracción física y emocional por dicho grupo de personas. Un ejemplo extremo es el caso de una violación, es decir, una relación forzada entre dos personas del mismo sexo.

Todas estas explicaciones cobran sentido cuando intentamos ver el sinnúmero de situaciones, todas ellas catalogadas bajo la temática de “orientación sexual” e “identidad de género” de manera general, que plantean problemáticas particulares y distintas, y cuya solución, tanto en el ámbito del derecho (incluida la perspectiva de los derechos humanos) como en otros ámbitos, requiere enfoques igualmente distintos.

2.1.1 El tema en el ámbito de las Naciones Unidas y su eventual vinculación con el Sistema Interamericano

En diciembre de 2008, en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Francia, respaldada por la Unión Europea, presentó una resolución sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. Debido a que esta no alcanzó el número de votos necesario para su aprobación⁶, fue leída como declaración por parte de Argentina, en nombre de 66 países miembros de la Organización⁷ y esta fue la primera vez que se leía una declaración sobre el tema en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esto provocó una declaración en sentido opuesto promovida por países árabes y leída inmediatamente por la República Árabe de Siria.

La declaración leída por Argentina y que, a mayo de 2010, ha recibido el apoyo de 68 países, incluye elementos que están presentes en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, pero a su vez los amplía. Entre los elementos que añade están la expresión del compromiso con la promoción y la protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género. Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas expresa su alarma por el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y el prejuicio que socavan la integridad y la dignidad de estas personas. Asimismo, condena los siguientes actos cometidos contra personas en razón de su orientación sexual e identidad de género: el uso de la pena de muerte, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios, y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente exhorta a los Estados a tomar medidas legislativas y administrativas para asegurar que la orientación sexual y la identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular, ejecuciones, arrestos o detención.

Esta declaración amplía el alcance de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA. En la lista de países que firmaron la declaración y que son Estados miembros de la OEA, figuran Canadá y Estados Unidos, y doce Estados latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Entre los países latinoamericanos que no firmaron se encuentran Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, República Dominicana y Perú. Ninguno de los Estados miembros de la OEA del bloque

⁶ Las decisiones de la Asamblea General de la ONU en cuestiones importantes se toman por el voto de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. Las decisiones sobre otras cuestiones se toman por la mayoría de los miembros presentes y votantes.

⁷ Dichos países fueron: Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Cabo Verde, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea Bissau, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Malta, Mauricio, México, Montenegro, Nepal, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Centroafricana, República Checa, República Eslovaca, Rumania, San Marino, San Tomás y Príncipe, Serbia, Suecia, Suiza, Timor-Leste, Uruguay y Venezuela.

caribeño firmó la declaración, sin embargo, hay que subrayar que solo uno de ellos, Santa Lucía, firmó la declaración opuesta promovida por los países árabes.

2.1.2 El Sistema Interamericano

Desde el año 2005, la Organización de los Estados Americanos ha venido negociando un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

En efecto, en el año 2005, la Asamblea General, mediante resolución AG/RES.2126 (XXXV-O/05) “Prevención del racismo y toda forma de discriminación e intolerancia y consideración de la elaboración de un proyecto de convención interamericana”, reafirmó el decidido compromiso de la OEA en favor de la erradicación del racismo y de todas las formas de discriminación e intolerancia, y la convicción de que tales actitudes discriminatorias representan una negación de valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías previstos en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Carta Democrática Interamericana y en la Convención Internacional de la ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.

Dicha resolución encomendó al Consejo Permanente que instituya un grupo de trabajo encargado de recibir contribuciones con vistas a la elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. También solicitó al Consejo Permanente que instruya al grupo de trabajo para que continúe abordando, como asunto prioritario, el tema de prevenir, combatir y erradicar el racismo y todas las formas de discriminación e intolerancia; y que convoque a una Sesión Especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, destinada a incrementar el grado de protección de los seres humanos contra actos de esta naturaleza, con miras a fortalecer los estándares internacionales vigentes y tenga en cuenta las formas y fuentes de racismo, discriminación e intolerancia del hemisferio, así como aquellas manifestaciones no previstas en instrumentos existentes en la materia. La Asamblea General dirigió su atención al fortalecimiento de los estándares internacionales ya vigentes y al tratamiento de aquellas manifestaciones de discriminación no previstas aún en instrumentos existentes en la materia.

En cuanto a los trabajos en el seno de la OEA durante este período, y en atención al mandato recibido por parte de la Asamblea General, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo

Permanente instaló el Grupo de Trabajo en agosto de 2005. El Grupo de Trabajo celebró varias reuniones durante el período 2005-2006 entre las que destacó la Sesión Especial mencionada en la resolución de la Asamblea General, que se celebró los días 28 y 29 de noviembre.⁸ En dicha Sesión Especial, la representante del Programa para América Latina y el Caribe de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (IGLHRC) recomendó que algunos temas específicos estén presentes en la eventual convención interamericana. En primer lugar, señaló el efecto agravante de la discriminación por razones de orientación sexual e identidad y expresión de género y su relación con el derecho al desarrollo personal, sobre todo en atención a que los instrumentos internacionales ya existentes no se ocupan de este tema. Indicó que la discriminación basada en la orientación sexual se expresa a través de múltiples formas de intolerancia que deben ser tomadas en cuenta en su variedad, incluyendo la violencia de género. También sugirió que se incluya el tema de la discriminación a los portadores del VIH/Sida, pues dicha epidemia no conoce barreras sociales, geográficas ni sexuales. Recomendó, no obstante, que la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género, y por ser portador del VIH/Sida no sean confundidas en el texto de la convención, sino que sean tratadas independientemente. También señaló que el tema de la auto identificación es crucial para este sector de la población, pues es mucho más fácil esconder la condición homosexual que la condición racial, lo que provoca que los datos o estadísticas que se obtienen no estén ajustados a la realidad.

Tanto esta como las otras reuniones del Grupo de Trabajo tuvieron el propósito de recibir las contribuciones, con vistas a la elaboración de un proyecto de Convención, por parte de los Estados miembros, de órganos, organismos y entidades de la OEA, así como de las Naciones Unidas y de organizaciones regionales, entre otros.

El 18 de abril de 2006 el presidente del Grupo de Trabajo, a partir de todos los aportes recibidos, presentó el “Anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, con el interés de que sirva de base para las negociaciones sobre una futura Convención.

Finalmente, con fecha 06 de mayo de 2015, se adoptó la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, la cual fue firmada por Perú el 25 de octubre de 2016.

⁸ Las conclusiones preliminares de dicha Sesión Especial figuran en el documento CAJP/GT/RDI-16/05, “Informe de la Relatora”.

2.2. Principios de Yogyakarta

2.2.1. ¿Qué son los Principios de Yogyakarta?

Los Principios de Yogyakarta son una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Los Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente, donde todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, podrán ejercer ese precioso derecho adquirido al momento de nacer.

Resulta necesario señalar que estos principios no han sido adoptados por los Estados en un Tratado, y por tanto no constituyen, por sí mismos, un instrumento vinculante del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, sus redactores pretenden que sean adoptados como una norma universal, como un estándar jurídico internacional de obligatorio cumplimiento para los Estados, ante lo cual algunos países han expresado sus reservas.

2.2.2. ¿Por qué son necesarios?

La violación a los derechos humanos de las personas por su orientación sexual e identidad de género, real o percibida constituye un patrón global arraigado que nos preocupa gravemente. Entre esas violaciones a los derechos humanos podemos mencionar: los asesinatos extralegales, tortura y maltrato, ataques y violaciones sexuales, invasión a la privacidad, detenciones arbitrarias, negar las oportunidades de empleo y educación, y grave discriminación con relación al goce de otros derechos humanos.

2.2.3. ¿Qué temas abordan estos principios?

- La violación y otras formas de violencia basadas en el género
- Las ejecuciones extrajudiciales
- La tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes
- Los abusos médicos
- La represión de la libertad de expresión y de reunión; y
- La discriminación en el trabajo, salud, educación, vivienda, acceso a la justicia e inmigración.

Los principios plantean, además, un camino posible para alcanzar la plena igualdad de lesbianas, homosexuales, bisexuales y personas transgénero en todo el mundo. Cada principio va acompañado de recomendaciones detalladas para los Estados respecto a cómo frenar la discriminación y el abuso. Los principios hacen un llamado a la acción dirigido al Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a las Instituciones nacionales de derechos humanos, a los medios de comunicación y a las organizaciones no gubernamentales, entre otras instancias.

3. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

Dada la importancia de la familia como núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, es que se le ha protegido al nivel de derecho humano. De igual forma, se le inviste de gran valor al matrimonio contraído libremente, pues es institución previa a la constitución de la familia.

En este capítulo procederé a realizar un desarrollo teórico de estas dos instituciones protegidas por la sociedad y el Estado y que son generadoras de otros derechos; a fin de poder analizar a mayor profundidad el caso materia del presente trabajo.

3.1. La familia

3.1.1. Definición

Etimológicamente se consideran tres orígenes:

- a) Deriva del sánscrito *vama* o *fama*, que significa habitación, vestido; o se refiere a lugar, casa.
- b) Deriva del latín *fames*, que significa hambre o primera necesidad que se satisface en el hogar.
- c) Deriva de *famulus*, que significa esclavo o el que habita la casa.

CORNEJO CHAVEZ propone dos acepciones

- a) **En sentido amplio:** Conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad. No establece los límites ni reconoce el concubinato.
- b) **En sentido restringido:** A su vez se divide en:
 - Familia nuclear: Personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente los menores o incapaces).
 - Familia extendida: Integrada por la anterior y uno o más parientes.
 - Familia compuesta: La nuclear o la extendida, más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de la familia.

3.1.2. Elementos esenciales

- **Personas**
- **Vínculo:** biológico, legal, espiritual, social, religioso.

3.1.3. Naturaleza jurídica

Existen tres posiciones sobre la naturaleza jurídica de esta institución:

- a) **Institución social:** Posición defendida por BOSSERT y ZANNONI. Ellos sostienen que es, sin duda, una institución social basada en relaciones de parentesco, en la cual suelen darse comportamientos basados en la costumbre y tradiciones. Su conformación obedece a condiciones éticas o morales y hasta religiosas.
- b) **Institución jurídica:** Se sostiene que la familia es una persona o un organismo jurídicos.
- c) **Institución jurídico-social:** Se trata de una institución compleja, una realidad que debe ser estudiada desde el punto de vista biológico, sociológico, político y jurídico.

3.1.4. El parentesco

3.1.4.1. Definición

CORNEJO CHAVEZ señala: “Se da nombre de parentesco a la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión”. Esta concepción resulta bastante amplia, frente a aquellos que sostienen que el parentesco es el vínculo que nace de la relación consanguínea.

Se trata de una institución esencial del Derecho de Familia pues, a través de él, se establece el vínculo entre las personas, en virtud de la consanguinidad de la afinidad o adopción. ARIAS-SCHREIBER sostiene que “el cónyuge no está dentro del marco del parentesco, lo que desde luego no descarta en lo absoluto al matrimonio como una vinculación familiar entre marido y esposa, de la cual se desprende una serie de consecuencias jurídicas”.

3.1.4.2. Estructura

- **Tronco:** Es la persona a quien se reconoce como ascendiente común de las personas cuyo parentesco se trata.
- **Línea:** Es la sucesión ordenada y completa de las personas que proceden de un mismo tronco. Puede ser:
 - Recta: Se trata de personas que descienden unas de otras.
 - Colateral: Son personas que sin descender unas de otras, unen sus respectivas líneas en un ascendiente común.
- **Grado:** Es el vínculo existente entre dos individuos, formado por cada generación. El grado de parentesco se determina por generaciones.

3.1.4.3. Tipos de parentesco

- **Por consanguinidad:** Es el que se establece por el vínculo de sangre. Por ejemplo: los hermanos, el hijo y el padre, etc.
- **Por afinidad:** Es aquel que se da en virtud de la unión de dos personas mediante el vínculo matrimonial. El artículo 237 del Código Civil establece que: “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge”.
- **Parentesco legal:** Es el que la ley establece. Por ejemplo: la adopción.

3.1.5. Nuevas tendencias sobre clases de familia

Respecto a las clases de familia que se pueden encontrar en la doctrina, es preciso mencionar las siguientes:

3.1.5.a) Familias ensambladas

Esta clase de familias mereció un pronunciamiento concreto por parte del Tribunal Constitucional. A continuación, se transcribe un extracto de una sentencia al respecto:

CASO SHOLS PÉREZ: EXP. N° 9332-2006-PA/TC

El artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho -sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión- a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

(...)

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

En realidad, no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa".

(...)

Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar -divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores- la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

CASO LENY DE LA CRUZ FLORES: EXP. N° 4493-2008-PA/TC

En este caso, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo contra resolución judicial que redujo pensión de alimentos de una hija biológica, bajo el argumento de que el padre tenía deberes familiares para con su nueva conviviente y los hijos de ella (hijos afines), por carecer de una debida motivación. Así, respecto a la pregunta si los padres sociales tienen obligaciones familiares para con los hijos afines, el Colegiado Constitucional sostiene que ello debe ser respondido por el juez ordinario, atendiendo al caso concreto y a lo sostenido por la doctrina autorizada.

3.1.5.b) Familias monoparentales

Es un tipo de familia que está constituida por un solo padre de familia, ya sea viudo, divorciado, soltero o separado.

Esta clase de familia tiene legislación en Brasil, y es considerada como aquella que se encuentra en un mayor estado de indefensión (por lo menos en teoría), ya sea económico o moral, respecto a otras familias constituidas con todos sus miembros.

3.1.5.c) Familias paralelas

Las familias paralelas son aquellas clases de familia que están constituidas por dos o más familias que comparten un miembro afín. Se puede materializar en:

- Matrimonios dobles: En ese caso, por más que el segundo matrimonio sea nulo, si el segundo cónyuge actuó de buena fe, se le considerará para él como un matrimonio válido disuelto por divorcio (matrimonio putativo, regulado en el artículo 284 del Código Civil)
- Matrimonio y unión estable: Vendría a ser el caso de una persona que ha contraído matrimonio y a la vez mantiene una unión de hecho con otra persona. Definitivamente, dicha unión de hecho es impropia al tener impedimentos matrimoniales.
- Uniones estables simultáneas o concomitantes: Vendría a ser el caso de dos o más uniones de hecho que se llevan a cabo de manera paralela.

3.1.5.d) Familias homoafectivas

Esta clase de familia constituye un tema polémico debido a que siempre existe interferencias sociales, culturales, raciales e incluso eclesiásticas en torno a si las parejas homosexuales deberían tener o no los mismos derechos que las parejas heterosexuales.

Sin embargo, lo único cierto es que esta clase de familia ha adquirido mayor relevancia en los últimos tiempos, específicamente en el comienzo del siglo XXI. Bélgica, por ejemplo, se convirtió en el primer país que reguló la unión de hecho (unión civil) homosexual; mientras que Holanda fue el primero en reconocer el matrimonio homosexual. En Latinoamérica, recientemente México y Argentina han regulado este último tipo de matrimonio.

3.2. El matrimonio

La palabra matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significa carga o gravamen para la madre, es decir, es la mujer quien lleva el peso mayor tanto antes como después del parto⁹ esta expresión se refiere a que es la mujer quien lleva en el matrimonio la parte más difícil, ya que en efecto ella concibe los hijos, los educa, los cuida, atiende su formación, etc.¹⁰

Según PLANIOL, el matrimonio es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona, y que puede romper por su voluntad.¹¹

⁹ SANCHEZ ROMAN, Felipe: Estudios de Derecho Civil. Madrid 1898, T.V. Vol. I, pág. 398.

¹⁰ SOMARRIVA, Manuel: El Derecho de Familia. Santiago de Chile, 1936, pág. 21.

¹¹ PLANIOL: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. La Habana, 1949. Pág. 98.

Para JOSÉ ARIAS, el matrimonio es la unión permanente, exclusiva y lícita del hombre y la mujer.¹²

Claro que esa unión debe expresarse a través de determinada formalidad. Así el matrimonio es la unión de varón y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales.

3.2.1. Finalidad del matrimonio

Para BOSSERT el matrimonio desde el punto de vista sociológico constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base a la unión intersexual.

PLANIOL y RIPERT, consideran que el matrimonio origina una asociación entre los cónyuges, sus obligaciones recíprocas, siendo su objetivo esencial, la creación de una familia. Siendo el fondo tan solo la unión sexual reconocida por ley, puesto que la procreación de los hijos crea deberes a los padres.

De las diferentes posiciones que la doctrina ha elaborado, se puede concluir que el matrimonio tiene las siguientes finalidades:

3.2.1.a) Finalidad de satisfacción sexual

El matrimonio implica el ejercicio pleno de la sexualidad por parte de los cónyuges. Este deber sexual está implícito en el deber de cohabitación.

KANT enfatiza como finalidad del matrimonio a la satisfacción del instinto sexual. Elevando el apetito amoroso a la categoría de fundamento principal de la unión conyugal. Es importante la presencia de una actividad sexual estable y constante dentro de un matrimonio estable, más esta finalidad no puede ser considerada aisladamente de los otros objetivos.

3.2.1.b) Finalidad de reconocimiento jurídico a través de la formalidad

El matrimonio suele establecer como requisito de validez una determinada forma. Sin cuyo cumplimiento no se considera formalizado dicha unión.

La teoría del derecho civil, desarrollando el principio de la autonomía privada, describe la estructura del acto jurídico con dos elementos constitutivos: la voluntad interna y su exteriorización, vale decir, su forma. De tal manera que, pese a que todo acto jurídico le corresponde por definición una forma,

¹² ARIAS, José: Derecho de Familia. Ed. Kraft. Buenos Aires, 1943. Pág. 77.

para casos especiales previstos por el legislador se considera determinada forma como requisito de validez para la celebración de actos jurídicos específicos.

Siendo imprescindible en tiempos actuales que la voluntad de contraer matrimonio sea ejercida libremente. Lo que no siempre fue de esta manera, Así QUISPE nos dice: “El carácter concertado de la unión de varón y mujer puede identificarse con el concierto de los mismos cónyuges; como también puede significar el concierto de voluntades de los padres, modalidad de las sociedades antiguas, en donde la voluntad individual de los cónyuges era solo complementaria o en algunos irrelevante si se trataba de la mujer. La libre voluntad de los cónyuges para contraer matrimonio es un principio moral contemporáneo producido por una concepción romántica y es concebido en la actualidad como un derecho humano.

Además, esta unión formalmente constituida debe de tener un elemento de estabilidad, que implica una voluntad de continuidad sin límites.

Esta formalización de la unión conyugal, lo diferencia de la unión convivencial, creando un vínculo familiar por afinidad. Así, los cónyuges son familiares, con mayor fuerza que el parentesco de sangre. En el derecho penal, pueden negar su testimonio en las causas criminales del otro cónyuge; en el campo sucesorio, tienen derecho a una cuota legítima o derecho de sucesión.

3.2.1.c) Finalidad de reproducción humana y deber de cuidado y educación de los hijos

La reproducción humana encuentra su mejor vía en el interior del matrimonio, ya que en él se pueden desenvolver mejor los hijos, bajo el cuidado y la supervisión de los padres.

ARISTOTELES sostiene que los fines del matrimonio solamente se pueden reducir a la procreación, ya que, siendo los dos autores, se deben ayudar recíprocamente.

SANTO TOMAS DE AQUINO atribuye el matrimonio fines de procreación y educación de los hijos y un fin de mutuo auxilio de los cónyuges.

MONTAIGNE y SCHOPENHAUER señalan que la finalidad está en buscar el bienestar de la descendencia, pero la dignidad del ser humano se resiste a que una persona se convierta, sin su voluntad o contra ella, en instrumento al servicio de otra.

En la antigüedad si la mujer no era procreativa el varón podía legítimamente tener hijos con la hermana de su mujer, o ser materia de repudio. Téngase presente que la reproducción de los hijos, al

igual que la vida en común y actuación sexual compartida de sus miembros, constituye un particular eje valorativo al interior del matrimonio. De esta manera, para la Iglesia Católica, existe moralmente una inquebrantable unión de doble significado del acto conyugal, como unitivo y procreador, mientras que, desde otra perspectiva, podría pensarse como suficiente la ayuda mutua entre los cónyuges; o, por el contrario, se puede preferir en la jerarquía de valores, a la reproducción de los hijos antes que a la vida en común y la actuación sexual compartida, percibiéndose como permitido incluso como acto debido el divorcio o el hecho de acudir a un tercero (banco de espermatozoides o madre sustituta) a fin de cumplir con la finalidad reproductora.

Por otro lado, el deber de cuidado y educación de los hijos ha adquirido en los últimos tiempos carácter autónomo, al margen de la continuidad de matrimonio, que puede haberse disuelto.

3.2.1.d) Finalidad de ayuda mutua

Un aspecto primordial del matrimonio es la ayuda mutua o mutuo auxilio que se deben los cónyuges.

El matrimonio no suprime la vida individual de cada cónyuge; pero sí la limita y modaliza en cuantos aspectos de ella pueden entrar en colisión con la esfera común, en la cual cada esposo se halla vinculado al otro por lazo, a la vez jurídico, moral y afectivo de tal intensidad, intimidad y amplitud que supera con mucho al parentesco y permite hablar, en un evidente sentido extrapatrimonial, de una pertenencia mutua simbolizada en los deberes recíprocos de fidelidad y socorro.

3.2.1.e) Finalidad de amor mutuo

La presencia del amor mutuo que se deben los cónyuges es una finalidad importante y gravitante dentro del hogar matrimonial. Este amor trasciende las personas de los cónyuges y se irradia a los hijos y a la familia entera.

El Concilio Vaticano II concluyó que los fines de matrimonio eran, además, de la ayuda mutua y la procreación, la presencia del amor mutuo entre los esposos. Finalidad que no siempre fue considerada, ya que en la antigüedad los matrimonios eran concertados por los padres, uniéndose los cónyuges sin conocerse, ni tener ningún sentimiento amoroso entre sí.

3.2.1.f) Finalidad de plena comunidad de vida

Un concepto moderno que enfoca la finalidad del matrimonio en la plena comunidad de vida es el preponderante en la actualidad.

ENNECCERUS, asevera que el fin del matrimonio es la plena comunidad de vida. Coinciden con él, KIPP y WOLFF, para quienes el fin del matrimonio es la plena convivencia de los cónyuges. Por ello, el orden jurídico no se limita a imponer a los cónyuges el deber de convivencia plena, sino que reconoce, sin más, que los cónyuges pertenecen el uno al otro.

La noción de plena convivencia o comunidad plena de vida hace alusión a la comunidad de vida como finalidad, integrando en su significación sus efectos producidos, por consiguiente, supera el deber de convivencia como comunidad de techo y actuación sexual compartida, debiendo reservarse al matrimonio.

Plena convivencia, es una unión social que comprende no solo la comunidad de techo y la actuación sexual compartida, sino el mayor efecto jurídico personal que una persona puede tener con otra.

La idea de la “plena convivencia” sobrepasa el de actuación sexual compartida y la cohabitación, estos hechos convertidos en derechos correlativos en la relación jurídica de los cónyuges entre sí, por sí mismos, no implican una consecuencia sucesoria, previsional, testimonial; estos efectos son reconocidos total, parcial o simplemente son ignorados por la específica conciencia jurídica de una determinada sociedad.

Finalmente, la expresión “vida común” refleja un sentido cuantitativo temporal de contabilidad, incluso en un sentido originario de perpetuidad, tiempo vitalicio.

3.2.2. Naturaleza jurídica del matrimonio

3.2.2.1. Matrimonio como sacramento

Es la postura del Derecho Canónico que rige la doctrina de la Iglesia Católica. “Creced y multiplicaos”, “esto es carne de mi carne”, “lo que Dios unió que no lo separe el hombre”, son postulados bíblicos que sustentan esta posición. De gran importancia en la Edad Media, perdió importancia luego de la Revolución Francesa.

Esta concepción considera el matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido. Tiene como sustento la indisolubilidad del matrimonio.

3.2.2.2. Tesis contractualista

Para PLANIOL el matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad. BOSSERT dice sobre el particular que, como acto jurídico, como acto humano y voluntario, el matrimonio es un acto libre y personalísimo de los contrayentes.

Para LEHMANN el matrimonio es una unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida duradera.

3.2.2.3. Matrimonio como institución

Se constituye por un conjunto de reglas impuestas por el Estado que forman un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse; una vez expresada su adhesión, su voluntad es ya importante y los efectos de la Institución se producen automáticamente.

Para esta tesis, el matrimonio no es en sentido estricto un contrato sino un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes (*affectio maritalis*), de acuerdo con las disposiciones legales. Existe un nuevo concurrente en la celebración del matrimonio, entre el consentimiento de los contrayentes, la normativa emanada de la ley y la presencia constitutiva del funcionario público que lo celebra.

Es institución porque el conjunto de reglas está fijado anticipadamente por el legislador, que regula todas aquellas situaciones que se van a suscitar dentro del matrimonio, limitando la autonomía de la voluntad tan solo al consentimiento. Limitándose la actuación del funcionario público a verificar el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las formalidades exigidos por la ley.

Una vez celebrado el matrimonio los esposos están sujetos al cumplimiento de la normatividad, sin poder sustraerse a los efectos de la institución.

Entre los seguidores de esta teoría tenemos a LEON DUGIN para quien el matrimonio constituye un acto jurídico condición: siendo acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos; es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes. Para ANTONIO CICU, el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que este sea declarado por funcionario del Registro Civil. Por tanto, aunque haya acuerdo de los interesados, este no es suficiente, puesto que, sin el funcionario del Registro Civil, no hay matrimonio; así el matrimonio es un acto complejo del poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.

3.2.2.4. Doctrina mixta o ecléctica

Postula que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. En él, están presentes la voluntad de los contrayentes a través del consentimiento y la institución, reflejada en la normativa que regula

minuciosamente el matrimonio y sus efectos. Sosteniendo que el matrimonio como acto es un contrato y como estado es una institución.

Para PLANIOL y RIPERT el matrimonio tiene doble sentido, designando a la vez el acto creador de la unión conyugal y el estado matrimonial establecido por ese acto. En ese sentido el acto creador vendría a ser el contrato y el estado matrimonial, la institución.

Para los partidarios de esta posición la discusión de que, si el matrimonio es un contrato o no lo es, resulta irrelevante. En efecto, si por el contrario se entiende solo obligatorio de orden patrimonial y compatible con la amplia libertad de las partes para destruir el vínculo y regular todo su cometido, el matrimonio no es un contrato; pero, si se acepta el sentido lato de esta palabra, la conclusión es que el matrimonio es un contrato, sin que obste en contrario la imposibilidad de resolverlo por mutuo disenso en algunas legislaciones o de modificar su contenido por obra de la voluntad de las partes, pues ello no afecta a la esencia del contrato que, además de la declaración de las partes, requiere la intervención de este, más que constitutiva del matrimonio es de tipo notarial.

3.2.3. Deberes de los cónyuges

3.2.3.1. Deber de fidelidad

Es una conducta que implica un aspecto positivo, el derecho del cónyuge a que el otro mantenga relaciones sexuales exclusivas con él y, un aspecto negativo, el deber del cónyuge de abstenerse de dichas relaciones con terceros. Este deber es recíproco, porque se le exige por igual a ambos cónyuges. Es incompensable, ya que la infidelidad de uno de los esposos no autoriza al otro a infringirla. Es permanente, porque subsiste hasta la disolución definitiva del matrimonio.

El quebrantamiento de este deber ocasiona sanciones de tipo civil como es la separación de cuerpos o el divorcio por causa de adulterio.

3.2.3.2. Deber de asistencia

Es aquella obligación recíproca que tiene entre sí los cónyuges, que implica la participación en igualdad de condiciones en el gobierno del hogar y en la cooperación mutua a fin de proporcionarse ayuda material y moral, incluyendo los cuidados personales necesarios para la vida, en caso de enfermedades, desgracias o invalidez.

Tiene un fundamento ético, porque sin este deber el matrimonio queda reducido a la simple asociación sexual.

El incumplimiento de este deber se revela cuando no se presta obligación alimentaria y también cuando este cumplimiento es parcial o no se socorre al cónyuge en momento crucial de necesidad.

3.2.3.3. Deber de hacer vida en común

El deber de hacer vida en común o deber de cohabitación comprende la obligación de los cónyuges a vivir en una misma casa, es decir, compartir el techo, la mesa y el lecho. Es recíproca, porque están obligados ambos cónyuges. Es permanente, debido a que no puede cesar mientras esté vigente el vínculo matrimonial. Es indispensable, ya que no se puede convenir o pactar al respecto, bajo sanción de nulidad, salvo algunas excepciones.

Se puede suspender el deber de hacer vida en común en los siguientes casos: a) por orden judicial, cuando su cumplimiento pone en peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los esposos; b) por orden judicial, cuando su cumplimiento pone en peligro la actividad económica de la que depende el sustento de la familia.

3.2.3.4. Deber de alimentar y educar a los hijos

Comprende este deber, los siguientes periodos:

- a) Periodo pre-natal. Desde la concepción del hijo, la gestación y el alumbramiento.
- b) Periodo de niñez y adolescencia del hijo (0 a 12 años en el primer supuesto y de 13 a 18 en el segundo). Que finaliza con la mayoría de edad del beneficiario.
- c) Periodo de culminación de educación. Que es una excepción a la regla, y comprende desde los 18 años hasta la finalización de los estudios profesionales del hijo. Condición previa para la extensión de esta obligación es que se sigan en éxito de dichos estudios.

4. ANTECEDENTES DEL CASO

1. El señor Ugarteche Galarza Oscar (en adelante “**EL SEÑOR UGARTECHE**”) contrajo matrimonio civil con otra persona del mismo sexo, el ciudadano mexicano: Aroche Reyes Fidel, en el país de México, su lugar de residencia, conforme a las leyes mexicanas, el mismo que fue registrado el 30 de octubre del 2010 en la Oficina Central del Registro Civil del Distrito Federal - México.
2. El 12 de enero del 2012, **EL SEÑOR UGARTECHE** solicitó ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC, la inscripción de su matrimonio en el registro correspondiente.
3. Con fecha 07 de marzo del 2012, el RENIEC expidió la Resolución N°1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, declarando la IMPROCEDENCIA de la solicitud de **EL SEÑOR UGARTECHE**, señalando, entre otros aspectos que, conforme al Código Civil Peruano de 1984, entre los elementos estructurales se encuentra la diversidad de sexo y responsabilidad entre los contrayentes.
4. Con fecha 02 de mayo del 2012, **EL SEÑOR UGARTECHE** presentó recurso de apelación contra la Resolución N°1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, señalando que dicha decisión viola los derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, que se encuentran cautelados en la Constitución Política del Perú, así como un elenco de tratados internacionales ratificados por el Perú.
5. Con fecha 18 de junio del 2012, el RENIEC expidió la Resolución Regional N° 00497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, declarando INFUNDADO el recurso de apelación, y entre sus considerandos principales reiteró que el artículo 234 del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer, por lo tanto, no existe en nuestra legislación, respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo.
6. El 16 de julio del 2012, **EL SEÑOR UGARTECHE** presentó recurso de Revisión contra la Resolución Regional N°00497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, reiterando en su argumentación que se producían con dichas decisiones una violación de sus derechos constitucionales de igualdad y no discriminación señalados en la Constitución Política del Estado y los diversos Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Perú.

7. Con fecha 15 de agosto del 2012, el RENIEC expidió la Resolución N°055-2012-GRC/RENIEC que daba por agotada la vía administrativa y declara infundado el recurso de revisión, al considerar que se ha respetado el derecho a la igualdad ante la ley, pues la improcedencia del registro del matrimonio fue analizada a la luz de los requisitos y condiciones establecidas por las normas de aplicación general, actuando el Registrador Civil y la Jefatura Regional RENIEC Lima, bajo lo estipulado por las disposiciones legales vigentes, que en el caso del matrimonio, se rige por lo dispuesto en el Código Civil Peruano, el cual establece como requisito del matrimonio, la diversidad de sexos de los contrayentes.
8. Mediante Resolución N° Uno de fecha 02 de enero del 2013, se resolvió declarar improcedente la demanda, indicando que la citada pretensión debería de ventilarse en un proceso contencioso administrativo, más no en uno de amparo.
9. Mediante escrito de fecha 06 de febrero del 2013, **EL SEÑOR UGARTECHE**, interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° Uno, el cual fue concedido con efecto suspensivo; y por consiguientemente, habiéndose elevado los autos a la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
10. Mediante Resolución N° Seis de fecha 15 de agosto del 2013, se resolvió declarar la nulidad de la Resolución N° Uno de fecha 02 de enero del 2013, ordenándose que se proceda con admitir la demanda, previa evaluación del cumplimiento de los requisitos legales.
11. Mediante Resolución N° Cuatro de fecha 10 de octubre del 2013, se resolvió admitir a trámite la demanda, otorgando a el RENIEC, el plazo de 05 días, para que conteste la demanda. Por lo que, mediante escrito de fecha 15 de enero del 2014, la parte demandada se apersonó al proceso y dedujo la excepción de prescripción extintiva de la acción, asimismo contestó la demanda negando y contradiciendo en todos sus extremos, indicando que no es procedente el proceso de amparo, puesto que lo que busca en el presente proceso es el reconocimiento de un derecho, indicando además que la Constitución ha precisado en su artículo 4° segundo párrafo que la forma del matrimonio y las causales de separación y de disolución son reguladas por la ley, y que nuestro código civil peruano ha dispuesto en su artículo 234, que el matrimonio es la unión voluntaria entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella, indicando además que existe una vía igualmente satisfactoria para dilucidar la presente controversia, precisando que el Proceso Contencioso Administrativo es la vía idónea.

12. Mediante Resolución N° Cinco de fecha 30 de enero del 2014, se resolvió tener por contestada la demanda, corriéndose traslado a la parte demandante, de la excepción de prescripción propuesta, la cual fue declarada infundada mediante resolución N° NUEVE de fecha 15 de julio del 2015, declarándose saneado el proceso y poniéndose los autos a despacho para dictar sentencia.
13. Con fecha 24 de agosto del 2015, el RENIEC presentó recurso de apelación contra la mencionada resolución, concediéndosele dicho recurso mediante resolución N° DIEZ de fecha 23 de octubre del 2015, con efecto suspensivo y con la calidad de diferida; y habiéndose puestos los autos a despacho para dictar sentencia.
14. Mediante Resolución N° Trece del 21 de diciembre de 2016, el 7° Juzgado Constitucional emite Sentencia declarando FUNDADA la demanda interpuesta por EL SEÑOR UGARTECHE en contra de RENIEC y su Procuraduría, en consecuencia, ordena a la entidad demandada cumpla con reconocer e inscribir el matrimonio celebrado por el demandante en el extranjero en el Registro Civil correspondiente.
15. En Pleno Sentencia 676/2020, con fecha 3 de noviembre de 2020, se reunió el pleno del Tribunal Constitucional a efectos de pronunciarse sobre la demanda que da origen al Expediente N° 01739-2018-PA/TC. La votación arrojó el siguiente resultado:
 - Los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron en mayoría por declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
 - Los magistrados Ledesma, Ramos (ponente) y Espinosa-Saldaña votaron en minoría por declarar FUNDADA la demanda de amparo.

Estando a la votación mencionado, y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece, entre otros aspectos, que el Tribunal Constitucional en Sala Plena resuelve por mayoría simple de votos emitidos, se declaró IMPROCEDENTE la demanda de amparo.

16. Agotadas las instancias nacionales, **EL SEÑOR UGARTECHE** mantiene el camino de la jurisdicción internacional. En este orden de ideas, le correspondería presentar, en primer lugar, una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

5. FUNDAMENTOS LEGALES DEL CASO

5.1. Legislación peruana

La pretensión de **EL SEÑOR UGARTECHE** consiste en que se disponga el reconocimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de su matrimonio celebrado en la ciudad de México con el ciudadano Fidel Aroche Reyes.

Al respecto, el artículo 4° de nuestra carta magna establece lo siguiente: “Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio. 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”. Por su parte, nuestro código civil establece en su artículo 234 lo siguiente: “(...) El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. (...)”.

Que, basándonos en los dos considerandos anteriores, se puede apreciar que la ley a la cual hace referencia nuestra carta política en el extremo referido a la forma del matrimonio es nuestro Código Civil de 1984.

Si bien es cierto nuestra Constitución Política, establece que la forma del matrimonio se regule por la ley, también es cierto que dichas leyes no pueden ser contrarias a la propia Constitución, puesto que, según nuestra conocida Pirámide de Kelsen, nuestra Carta Magna es la norma de mayor jerarquía, por lo que, en caso de conflicto con otros dispositivos legales, tendrá que prevalecer la primera.

Entonces aquí es donde viene se produce el conflicto, si por jerarquía la Constitución tiene mayor rango que el Código Civil, ¿negar el matrimonio entre personas del mismo sexo por el requisito establecido en este último de que los contrayentes deben ser hombre y mujer, no iría en contra del artículo 1 de este cuerpo normativo que señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, así como los numerales 1, 2, 7 del artículo 2, que establecen que: “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su desarrollo y bienestar. (...); 2. 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. (...); 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. (...)?

Dicho en otras palabras, impedir que este grupo de personas no puedan contraer matrimonio porque en la normativa civil señala que los esposos deben ser hombre y mujer, iría en contra de los principios-derechos antes mencionados. O es lo que se podría concluir luego de una lectura integral del texto de la Constitución y no de una literal (hasta restrictiva) del ya mencionado artículo 4.

Lo que también debe tenerse en cuenta es que en el mismo rango de la Constitución tenemos los tratados y acuerdos internacionales relativos a derechos humanos ratificados por el Perú, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, en concordancia con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que señala que: “Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales. El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

Ahora bien, en el presente caso **EL SEÑOR UGARTECHE** sustenta su demanda con los bastos pronunciamientos de cortes interamericanas que declaran que los derechos de la comunidad LGTBI deben salvaguardarse y los Estados miembros deben implementar en sus regulaciones internas normas que hagan cumplir este fin. No obstante, debemos ser conscientes que, en el texto de las normas internacionales, se declara que todos tenemos los mismos derechos y libertades, sin discriminación alguna por motivos de orientación sexual (que cabe en lo referido a “otra índole”), pero, al mismo tiempo señala textualmente que el hombre y la mujer tienen derecho al matrimonio libre.

Lo antes dicho puede ser entendido de mejor forma con la transcripción de los artículos 2 y 16 de la DUDH, que se expone a continuación:

Artículo 2

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política,

jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

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.

Lo mismo sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 17 y 24, donde se establece la igualdad ante la ley para todas las personas, y al mismo tiempo se reconoce el derecho al matrimonio al hombre y a la mujer, en los siguientes términos:

Artículo 17. Protección a la familia

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 éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Otro dispositivo internacional el cual es vinculante para el Estado Peruano es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta pertinente recordar el caso Toonen contra Australia, en virtud del cual en el año 1994 por primera vez la ONU se posicionó respecto a los derechos LGBT, indicando que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos, en el mismo que señala en su artículo 23.2°.- Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

6. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO

EL SEÑOR UGARTECHE contrajo matrimonio civil con el ciudadano mexicano Fidel Aroche Reyes, en el país de México, su lugar de residencia, conforme a las leyes mexicanas, el mismo que fue registrado el 30 de octubre del 2010 en la Oficina Central del Registro Civil del Distrito Federal - México.

El 12 de enero de 2012 **EL SEÑOR UGARTECHE** solicitó a la RENIEC la inscripción de su matrimonio civil en el registro correspondiente; pedido que fue declarado improcedente en primera y segunda instancia, bajo el argumento que, el artículo 4, segundo párrafo, de la Constitución, concordante con el artículo 234 del Código Civil, no permiten el matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

Frente a este último pronunciamiento, **EL SEÑOR UGARTECHE** presentó recurso de revisión, siendo que con fecha 15 de agosto de 2012, el RENIEC expide la Resolución 055-2012-GRC/RENIEC, que da por agotada la vía administrativa y declara infundado dicho recurso, fundamentando su decisión en que se respetó el derecho a la igualdad ante la ley del administrado y que la improcedencia de su solicitud fue analizada a la luz de los requisitos y condiciones establecidas en las disposiciones legales vigentes, donde se establece como requisito del matrimonio la diversidad de sexos de los contrayentes.

El 12 de diciembre de 2012, **EL SEÑOR UGARTECHE** presentó demanda de amparo contra la Resolución 055-2012-GRC/RENIEC, la cual fue declarada improcedente por Resolución 01 del 02 de enero de 2013 toda vez que, este asunto debía ser ventilado en un contencioso administrativo. Ello fue motivo para que, con fecha 06 de febrero de 2013, **EL SEÑOR UGARTECHE** presente recurso de apelación. En segunda instancia, la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, mediante Resolución 06 del 15 de agosto de 2013 resolvió declarar la nulidad de la Resolución 01, ordenando al Séptimo Juzgado Constitucional admitir la demanda, previa evaluación de los requisitos legales.

El mencionado Juzgado, mediante Resolución 13 (Sentencia) falló declarando fundada la demanda interpuesta por **EL SEÑOR UGARTECHE** y ordenó al RENIEC cumplir con reconocer e inscribir el matrimonio celebrado por este en el Registro Civil correspondiente, puesto que habría quedado demostrado que sufrió de discriminación en virtud de su orientación sexual, violentándose sus derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación y al libre desarrollo y bienestar.

No obstante, resolviendo los recursos de apelación presentados por el RENIEC contra: i) la Resolución 09 que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por este y saneado el proceso y ii) la Resolución 13 que declara fundada la demanda, la Cuarta Sala Civil, mediante Resolución 25 del 19 de enero de 2018, revocó la Resolución 9, reformándola declaró fundada la excepción de prescripción extintiva, en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, omitiendo pronunciarse sobre el fondo del asunto y fundamentando su decisión en que **EL SEÑOR UGARTECHE** tuvo plazo para presentar su demanda de amparo hasta el 6 de diciembre de 2012, pues fue debidamente notificado con la resolución que dispuso por agotada la vía administrativa el 15 de agosto de 2012.

Finalmente, se tiene la Sentencia 676/2020 del Tribunal Constitucional, materia del presente trabajo de sustentación, que resuelve la demanda de amparo presentada por **EL SEÑOR UGARTECHE**. En la reunión del Pleno del Tribunal, los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron en mayoría por declarar improcedente la demanda, mientras que los magistrados Ledesma, Espinosa-Saldaña y Ramos (ponente) votaron en minoría por declararla fundada.

Es esta Sentencia y los preceptos legales que en ella se mencionan, las mismas que han sido citadas en el Capítulo 5 del presente trabajo, es que procedo a desarrollar mi análisis legal.

Respecto a la forma, considero que la Cuarta Civil no debió declarar fundada la excepción de prescripción extintiva, puesto que no se tuvo en cuenta para el cómputo del plazo de 60 días hábiles para presentar la demanda de amparo, previsto en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, que hubo más días inhábiles que traen como consecuencia que la fecha de vencimiento para presentar la demanda sea una distinta a la calculada por la Sala (6 de diciembre de 2012).

Pues bien, la Resolución de RENIEC que dio por agotada la vía administrativa fue notificada a **EL SEÑOR UGARTECHE** el 21 de agosto de 2012 y la demanda fue interpuesta el 12 de diciembre del mismo año. En ese lapso se tuvo días feriados nacionales (30 de agosto, 9 de octubre y 1 de noviembre), días no laborales para el sector público (31 de agosto y 2 de noviembre), paralización de labores del Poder Judicial (24 y 30 de octubre, 6, 7 y 13 de noviembre) y la huelga nacional (15 de noviembre hasta el 5 de diciembre). Por tanto, descontando los días antes mencionados, **EL SEÑOR UGARTECHE** realmente tenía plazo para presentar su demanda hasta el 18 de diciembre de 2012; por lo que su demanda presentada el 12 de diciembre se presentó dentro del plazo legal.

Aunado a ello, no considero que en este caso exista una vía igualmente satisfactoria para dilucidar el asunto controvertido, pues el asunto controvertido se trata de la solicitud de inscripción de un

matrimonio celebrado en el extranjero que ha sido negada porque los contrayentes son del mismo sexo, lo que es un juicio de puro Derecho, que no requiere de una etapa probatoria; aunado a ello, lo que el demandante alega es que se ha vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación por motivo de su orientación sexual, por lo que era correcto recurrir a la vía directa de la tutela urgente de derechos que constituye el proceso de amparo.

Respecto al fondo, procederé a hacer un análisis legal en dos enfoques, a favor del matrimonio igualitario y en contra.

En contra

1. **EL SEÑOR UGARTECHE** no aporta un término de comparación válido, ya que compara dos situaciones distintas: su matrimonio (entre personas del mismo sexo) con los matrimonios heterosexuales, como son todos los inscritos en el registro civil del Perú. Sería diferente si ya existiera inscrito en el registro civil peruano un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo y, pese a ello, se negara la inscripción de su matrimonio. Aquí sí podría presentarse una discriminación, pero no es el caso. Y efectivamente, esta sería la consecuencia de accederse a su pedido. Tendría que ser inscrito en el RENIEC todo matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pues de lo contrario sería discriminatorio. De esta forma, en la práctica, el Tribunal Constitucional estaría implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución.
2. La Constitución es una interpretación concordante de sus artículos 4 y 5, con su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que dispone que la Constitución se interpreta de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos; convención que en su artículo 17, al regular la protección a la familia, reconoce en su inciso 2) el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia. En tal sentido, hay un bloque convencional de interpretación que lleva a dicha conclusión.
3. No todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú. El Código Civil fija un límite: solo deben serlo aquellos que son compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres. Ahora bien, según el artículo 4° del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), suscrito por el Perú, los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Aunque el matrimonio de **EL SEÑOR UGARTECHE** con su pareja fue celebrado válidamente en Ciudad de México, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil, sino también en la Constitución. Al ser esta noción un precepto constitucional, conforma el orden público internacional. Así la pretensión de la demanda cae fuera del ámbito de reconocimiento del Derecho peruano.

4. **EL SEÑOR UGARTECHE** alega que no reconocer el “matrimonio igualitario” vulnera su derecho a la igualdad del demandante. Sin embargo, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, debe ser leído conjuntamente con el artículo 5, que contiene la noción de matrimonio antes señalada. Definir una institución -o un concepto- implica, inevitablemente, delimitar su contenido. Pretender que la definición del matrimonio no delimite su contenido implica vaciarla de este. El contenido de todo término, en efecto, está dado tanto por lo que queda dentro como por lo que queda fuera de su definición. Definir es delimitar.
5. Años atrás, el Congreso debatió un proyecto de ley para introducir la unión civil entre personas del mismo sexo, pero fue archivado el 2015 por decisión de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora. Si ahora se quiere ir aún más lejos e incorporar el “matrimonio igualitario” al Derecho peruano, debe hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución. Introducirlo por la ventana, a través de una resolución del Tribunal Constitucional, implicaría que los magistrados constitucionales usufructúen y abusen indebidamente del puesto que temporalmente ocupan. Su labor no es sustituir a los legisladores, sino solo hacer cumplir la Constitución.

A favor:

1. El artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia y al matrimonio como instituciones de gran relevancia dentro de nuestro ordenamiento y los establece como presupuestos para el ejercicio de una variedad de derechos fundamentales; sin embargo, de ninguna forma se puede concluir que establece como válido únicamente un tipo de familia o una clase de matrimonio (la heterosexual).

Es deber del juez constitucional interpretar creativamente la Constitución, con el respeto de ciertos parámetros, siendo uno de ellos el texto de la misma Constitución; empero, la interpretación de un artículo no puede ser literal hasta el punto de ser restrictiva, siendo ello así, el artículo en comentario debe interpretarse conjuntamente con los derechos enunciados en el

artículo 2 del mismo cuerpo normativo, y más importante aún, teniendo como base la dignidad del ser humano, con lo cual se puede inferir que existe una cobertura dentro de lo constitucionalmente posible para el matrimonio igualitario.

2. El matrimonio debe ser concebido como la unión fundada en el amor de pareja, el respeto y la solidaridad, con vocación de permanencia, que se institucionaliza a través del cumplimiento de ciertas formas y solemnidades reguladas por la ley, y que es generadora de una serie de derechos y obligaciones entre los contrayentes.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha reconocido al matrimonio como un instituto jurídico constitucionalmente garantizado que el legislador no puede suprimir y que, por el contrario, tiene la obligación de promover. Asimismo, está dicho que el derecho a contraer libremente matrimonio forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Lo cual no puede ser negado a determinado grupo de personas por su orientación sexual.

3. La negativa del RENIEC de proceder con la inscripción del matrimonio de **EL SEÑOR UGARTECE** no solo genera que se desconozca su estado civil, sino que también invisibiliza su unión con su cónyuge, con todas las consecuencias que ello genera para el ejercicio de distintos derechos en territorio peruano. Siendo la única razón que impide su reconocimiento la orientación sexual de los contrayentes, cuestión prohibida por la Constitución en el numeral 2, artículo 2.

Que los contrayentes tengan la calidad de casados en otro país y no en Perú incide de manera particularmente grave en su derecho fundamental a la identidad (numeral 1 del artículo 2 de la Constitución). Reducir los alcances del matrimonio a una sola fórmula -matrimonio heterosexual- genera la percepción que las demás uniones se encuentran prohibidas y esto genera un serio estigma y rechazo hacia las personas homosexuales.

4. En el presente caso hay una situación comparable: todos los matrimonios celebrados en el extranjero y el matrimonio de **EL SEÑOR UGARTECHE**, y esta distinción se realiza en base a argumentos que no cuentan con una justificación razonable, ya que únicamente se rechaza por motivo de la orientación sexual de los contrayentes, por lo que se determina que es un caso de discriminación.

5. El artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce expresamente y pide otorgar protección al matrimonio entre hombre y mujer, pero no descarta ni descalifica el reconocimiento y tutela de otros tipos de matrimonio, sino todo lo contrario. Desde casos como “Atala Riffo” o “Duque”, el razonamiento de la Corte Interamericana va en un sentido diferente.
6. Al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, se toma en consideración que la Corte IDH ha sostenido que una interpretación restrictiva que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sin distinción alguna (Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 189).
7. No existe mérito constitucional para sostener que la inscripción de un matrimonio civil entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en el extranjero resulte incompatible con el orden público internacional. Por el contrario, la Constitución prohíbe discriminar por orientación sexual; además, si el derecho a contraer libremente matrimonio es expresión de un plan de vida, y como tal, es derecho al libre desarrollo de la personalidad, interpretar que esta inscripción resulta incompatible con principios fundamentales del orden público peruano constituye una flagrante violación del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y del principio-derecho de dignidad humana (artículos 1, 2.2 y 2.22. de la Constitución).
8. La petición a la RENIEC del reconocimiento de un acto correctamente celebrado en el extranjero no supone que se esté obligando al Perú a aplicar esa institución a todos sus nacionales o a las personas que se sometan a su jurisdicción, sino que lo único que se solicita a una autoridad local es la validación de un acto jurídico celebrado lícitamente en el extranjero. Que el Estado peruano no cuente con una regulación similar a la actualidad no es óbice para garantizar el reconocimiento de un acto que es válido de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento ratificado por el Estado peruano.

Por ello, la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al orden público internacional por dos razones principales: i) porque la Corte IDH ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos; y, ii) porque la Constitución peruana no avala la introducción de un trato discriminatorio en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil en función de su orientación sexual.

7. JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

En este capítulo presentaré jurisprudencia comparada relacionada al matrimonio igualitario y a otros derechos que son exigidos por las parejas del mismo sexo. Como se podrá observar, tanto en países americanos como europeos, el tema de la igualdad de derechos para la comunidad LGTBIQ sigue siendo discutida en cortes y tribunales.

7.1. Chile

STC Rol 7774-2019 del 04 de junio de 2020

Se trata de una acción de inaplicabilidad relacionada con el matrimonio igualitario. Esta acción buscaba que fueran declaradas inconstitucionales dos normas que limitan el reconocimiento pleno en Chile de matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero: el art. 12 inciso final de la Ley 20.830; y el art. 80, inc. 1º de la Ley 19.947 en lo referido a la frase “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.

El TC, en su opinión de mayoría, asumió una posición de fondo para descartar la impugnación. La disidencia, en contraste (conformada por su presidenta, la ministra Brahm, por la ministra Silva Gallinato, y por los ministros García y Pozo), sostuvo la tesis opuesta y estuvo por acoger la acción.

Lo que ha sido especialmente llamativo en esta sentencia del TC, más que la existencia de una discrepancia interna entre sus integrantes es la manifiesta simpleza del voto de mayoría. Este voto llega a sostener, en su considerando 24º que “no puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto”.

Además, Sentencia causó escándalo, entre otras cosas, porque en ella el TC termina implícitamente equiparando las uniones homosexuales a otra clase de vínculos que califica de intolerables, tales como “los matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros” (considerando 22º).

STC Rol 1881-10 del 03 de noviembre de 2011

Los recurrentes expusieron que dos de ellos habían solicitado hora para contraer matrimonio entre sí ante el Registro Civil, solicitud que les fue denegada por el Oficial encargado. Las otras dos parejas solicitaron que se registrara el matrimonio que habían contraído en el extranjero (una de ellas en Argentina y la otra en Canadá), lo que también fue negado por el mismo Oficial. De esta forma los seis varones interponen recurso de protección porque estiman que la negativa a celebrar o inscribir el matrimonio entre ellos, fundada en su condición sexual, constituye un atentado al derecho de igualdad consagrado en el art. 19 N° 2 de la Constitución, y piden que la Corte declare arbitrario el actuar del Oficial del Registro Civil y ordene al servicio público otorgar hora para celebrar su matrimonio y proceder a inscribir los matrimonios celebrados en el extranjero.

Antes de resolver el recurso de protección, y como medida para mejor resolver, la Corte de Apelaciones con fecha 27 de diciembre de 2010, requirió al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre si debía o no aplicarse en el caso el art. 102 del Código Civil.

El Tribunal Constitucional chileno no forma parte del poder judicial. Es un órgano autónomo, conformado por 10 ministros (jueces), cuya misión es velar por la constitucionalidad de los proyectos de ley (control preventivo) o de leyes ya publicadas (control represivo). Este último es el que interesa en este caso: según el art. 93 N° 6 de la Constitución, corresponde a este Tribunal, “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Se trata del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que, según el mismo texto constitucional, puede ser planteado por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. En el caso, fue el juez, (la Corte de Apelaciones), el que interpuso el requerimiento aunque más bien a modo consultivo y no alegando directamente la inconstitucionalidad del precepto legal.

La Corte, sin embargo, sólo consultó por la inaplicabilidad del art. 102 del Código Civil y omitió incluir el art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil.

El abogado de las parejas homosexuales se hizo parte en el requerimiento y alegó que la norma del art. 102 del Código Civil era inconstitucional por atentar contra la igualdad ante la ley.

El Tribunal notificó para que expresaran su parecer al presidente de la República y a los presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado, sin que ninguno de ellos hiciera llegar pronunciamiento alguno. Sólo el director del Registro Civil envió un informe escrito sosteniendo que su actuación en el caso se había ajustado a Derecho.

Finalmente, el Tribunal por 9 votos contra 1, llegó a la conclusión de que el requerimiento de inaplicabilidad debía ser rechazado. La razón invocada por el fallo se refiere a la naturaleza y propósito de esta forma de control de constitucionalidad que, según la Corte, sólo puede hacerse cuando un precepto legal contrario a la Constitución resulte decisivo para la resolución judicial donde se pretende aplicarlo. Esto no se cumpliría en el caso, porque el art. 102 del Código Civil que define el matrimonio se encuentra inserto en un amplio campo de normas que resultan aplicables por el juez y que conforman el estatuto del matrimonio: “Que lo anterior implica que el requerimiento a que se refiere esta sentencia no pueda prosperar, toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N. 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad” (cons. 9º). Además, de esta razón principal, el Tribunal añade que el requerimiento, al haberse circunscrito sólo al art. 102 del Código Civil y haber omitido el art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil que se refiere a los matrimonios contraídos en el extranjero, aparece mal formulado y determina que el reproche al art. 102 del Código Civil no resulte decisivo en la resolución del recurso de protección en lo que se refiere a las parejas que pedían el registro de su matrimonio contraído en el exterior.

El único voto en contra fue el del ministro Hernán Vodanovic, quien sostuvo que el matrimonio es una construcción social histórica que en el estado actual ha perdido la función relevante de procrear para tener como objeto expresar fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca. Por ello, en su opinión, excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo constituiría una discriminación arbitraria e injustificada.

Los nueve ministros que concordaron en que el art. 102 no debía ser declarado inaplicable por inconstitucional, adjuntaron votos particulares o prevenciones para expresar otros puntos de vista adicionales que no forman parte de la sentencia propiamente tal. Así, el Ministro Raúl Bertelsen considera que la ley no incurre en discriminación al exigir la diferencia de sexos para otorgar el estatuto del matrimonio entre cuyos fines está la procreación, la que sólo puede darse naturalmente con la unión de hombre y mujer; la Ministra Marisol Peña agrega que la regulación de un matrimonio

entre un hombre y una mujer es indispensable para que la familia pueda constituirse en el núcleo fundamental de la sociedad, que es el garantizado por la Constitución, y que sobre esa base debe interpretarse el derecho esencial de contraer nupcias. Los ministros Marcelo Venegas, Enrique Navarro e Iván Aróstica sostienen haber sido partidarios de que el Tribunal desechara la inaplicabilidad por no ser contrario a la Constitución el art. 102 del Código Civil ya que el contrato de matrimonio es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer.

Por último, los ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gayo y Gonzalo García sostuvieron que el concepto de familia consagrado en la Constitución es indeterminado, de manera que el legislador tiene competencia para ir regulando las diversas formas que el concepto puede asumir en la realidad social. Concluyen que compete al Parlamento, y no al Tribunal Constitucional, dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente.

7.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Demanda N° 30141/04 (Caso Schalk y Kopf contra Austria), decidido en 2010

En septiembre de 2002, los peticionantes solicitaron a las autoridades austriacas que les permitieran contraer matrimonio. La Oficina Municipal de Viena rechazó su solicitud, con base en que sólo pueden contraer matrimonio personas de distinto sexo (de acuerdo al artículo 44 del Código Civil de Austria). Entonces, Schalk y Kopf interpusieron una apelación ante el Gobernador Regional de Viena, quien confirmó la decisión municipal. Luego, los peticionarios recurrieron ante la Corte Constitucional de Austria. Ésta desestimó su pretensión porque entendió que ni la Constitución austríaca ni la Convención Europea de Derechos Humanos exigen que el concepto de matrimonio, orientado hacia la posibilidad de la paternidad, se extienda a las relaciones de otro tipo, y que la protección a las relaciones de las personas del mismo sexo en términos de la Convención no hace surgir una obligación de modificar la ley de matrimonio.

Los fundamentos de la demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos fueron los siguientes:

- a) La imposibilidad jurídica de contraer matrimonio constituía una violación a su derecho, respecto a su vida privada y familiar y al principio de no discriminación.

- b) En enero de 2010 entró en vigor en Austria la Ley de Uniones Registradas, norma cuyo objeto es brindar a las parejas integradas por personas del mismo sexo un mecanismo formal para reconocer y dar efectos jurídicos a su relación. La ley otorga a los miembros de relaciones no matrimoniales, muchos de los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges, sin embargo subsisten algunas diferencias. En particular, no se les permite la adopción de un niño, ni la adopción del hijastro, ni la inseminación artificial.
- c) Fundamentaron su demanda en el artículo 124 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Ellos consideraron que fueron agraviados por la negativa de las autoridades austríacas de permitirles contraer matrimonio. Se basaron, además, en el artículo 145 en conjunción con el artículo 86 de la Convención citada.
- d) Denunciaron, asimismo, que eran objeto de discriminación con base en su orientación sexual, puesto que se les denegaba el derecho a casarse, y no tenían ninguna otra posibilidad de lograr que su relación fuera reconocida jurídicamente antes de la entrada en vigor de la Ley de Uniones Registradas.

La Corte Europea resolvió lo siguiente:

- a) **No se ha producido una violación al artículo 12 de la Convención (derecho al matrimonio)**

La Corte declara que en los Estados miembros del Consejo de Europa no existe consenso con relación a este tema. Teniendo en cuenta la Convención, la Corte nota que el artículo relevante que reconoce el derecho al matrimonio no contiene una referencia al hombre y a la mujer que lleve a una conclusión de que el derecho a casarse debe, en todos los casos, estar limitado al matrimonio entre dos personas de distinto sexo. La Corte estima que la Convención deja la decisión de permitir o no la celebración de los matrimonios entre personas del mismo sexo a la reglamentación del derecho interno de los Estados miembros. Se señala que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que esta Corte para evaluar y responder a las necesidades de la sociedad en esta materia, dado que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales muy arraigadas que difieren mucho de una sociedad a otra.

- b) **No se violó el artículo 14 (prohibición de discriminar) en conjunción con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)**

La Corte estima que no le corresponde establecer si la carencia de toda forma de reconocimiento a las parejas del mismo sexo constituiría una violación al artículo 14 en conjunción con el artículo 8, aún cuando ello persistiera con la entrada en vigor en Austria de la Ley de Uniones Registradas.

En cuanto a si Austria debería haber brindado a los peticionarios una vía alternativa de reconocimiento jurídico antes de lo que lo hizo. La Corte, asevera que, si bien está surgiendo un consenso europeo tendiente al reconocimiento de las parejas del mismo sexo, aún no hay una mayoría de Estados que así lo haya resuelto. El derecho austríaco refleja esta evolución.

Por último, la Corte señala que no es convincente el argumento (y por ende no lo comparte) de los peticionarios, de que, si un Estado elige brindar a las parejas del mismo sexo una forma alternativa de reconocimiento, esté obligado a conferirles un estatus que se corresponda en todos los aspectos con el matrimonio. Por el contrario, considera que los Estados disfrutan de cierto margen de apreciación respecto a la situación concreta derivada de los medios alternativos de reconocimiento. La circunstancia de que la Ley de Uniones Registradas conserve algunas diferencias sustanciales con el matrimonio en lo que hace a los derechos de los padres, se corresponde en gran medida con la tendencia que también existe en otros Estados Miembros.

7.3. España

Sentencia 198/2012 del 06 de noviembre de 2012

Mediante la cual se resolvió que la reforma del Código Civil del 2 de julio de 2005, que modificó el texto y precisó que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, es conforme a la Constitución española. Respuesta al recurso presentado por 61 Diputados que consideraban la reforma contraria al artículo 32 de la Constitución que indica que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

La Sentencia fue aprobada con el voto favorable de 7 magistrados y se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes.

Los Diputados recurrentes alegaron, entre otros motivos, que la reforma del Código Civil vulneraba el carácter básico de la institución del matrimonio y era, en realidad, una reforma encubierta de la Constitución.

A esta objeción, el Tribunal Constitucional respondió que: “no es posible hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad del primero”.

En segundo lugar, ante el argumento de que la equiparación de derechos entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo sería contraria al principio de igualdad, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente, el Tribunal Constitucional sostuvo que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación, por lo que no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad -las parejas del mismo sexo- que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales.

Tampoco la reforma legal es contraria a la protección constitucional de la familia, pues la Norma Fundamental no hace depender el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni la limita a las relaciones con descendencia.

7.4. Colombia

Sentencia C-075 de 2007

A través del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad se demandaron los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, la cual se refiere a la unión marital de hecho y todo lo relacionado con el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Se evidencia con esta providencia como se sigue presentando un trato discriminatorio a las parejas del mismo sexo, por cuanto desconoció mandatos imperativos (igualdad, dignidad humana) consagrados en la Constitución política. Concretamente en lo relativo a los efectos personales de las uniones maritales de hecho de las parejas del mismo sexo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, los demandantes consideran que la norma la cual es objeto de demanda es contraria a varios derechos fundamentales que menciona la Carta Política y es por ello por lo que afirman que aún sigue existiendo un pacto discriminatorio para las parejas del mismo sexo.

Finalmente, la Corte al considerar que hay fundamento en la cosa juzgada y que puede haber con este un gran cambio e impacto en la norma declara exequible la Ley 54 de 1990, lo que quiere decir que a partir de esta sentencia se les brinda protección a las parejas del mismo sexo, quedando amparadas en el régimen patrimonial.

Sentencia C-811 de 2007

En esta providencia se demanda mediante acción de inconstitucionalidad los artículos 241 y 242 la Ley 100 de 1993, en cuanto se refiere en forma continua al concepto de familia conformada por hombre y mujer sin tener en cuenta que se está apartando de la norma a las personas que hacen vida en pareja de forma diferente (parejas del mismo sexo) lo cual es considerado por las demandantes que hay una evidente vulneración al derecho a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad al no permitir que su compañero permanente no pueda ser afiliado al régimen de salud, aun cuando este se encuentre desempleado.

Fue declara exequible la norma y por ende se le permitió por medio de esta sentencia que las parejas del mismo sexo fueran integradas por sus compañeros permanentes al sistema de salud, teniendo en cuenta que por ningún motivo puede privársele el derecho a la salud, la integridad y ciertos supuestos esenciales para el desarrollo de una actividad humana progresiva. No obstante, la Corte indicó que, para evitar fraudes a la hora de integrar a dichas personas al régimen de salud, es necesario que la unión marital de hecho sea declarada ante notario.

Sentencia C-336 de 2008

Mediante esta sentencia se le dio la posibilidad a las parejas del mismo sexo a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, debido a que los demandantes de dicha providencia consideran que se les está vulnerando el derecho a la igualdad, dignidad humana al no ser integrados en la Ley 54 de 1990 y la Ley 100 de 1993.

La Corte Constitucional determinó importante que las parejas del mismo sexo fueran incluidas dentro de esta ley sin discriminación alguna basándose en que se debe proteger el derecho a la libre personalidad y a escoger el tipo de vida en pareja que se quiera llevar y el Estado debe garantizar la protección de sus derechos, por lo cual la declaró exequible y que para poder obtenerla tendrán que cumplir con los mismos requisitos que requieren las parejas heterosexuales, tal como se evidencia en las sentencias C-811 de 2007 y C-075 de 2007.

Sentencia C-577 de 2011

Mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se demandaron algunas expresiones del art. 113 del Código Civil que establece que: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. También se incluyeron en la demanda las expresiones que aparecen subrayadas del art. 2º de la Ley 294 de 1996: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, y el art. 2º de la Ley 1361 de 2009: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Para el demandante las expresiones subrayadas resultan ser inconstitucionales porque impiden la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo, vulnerando diversos artículos constitucionales, entre ellos: el art. 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, el art. 12: Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el art. 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otros más. El demandante materializó su ponencia de la siguiente manera, a su juicio:

Quienes defienden la prohibición al matrimonio para las parejas homosexuales argumentan equivocadamente que la Constitución estableció que esta sólo se materializa por la relación entre hombres y mujeres, sin embargo, la palabra “entre”, que denota un estado en medio de dos cosas, no fue utilizada por el Constituyente en la redacción del art. 42, ya que la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio no indica exclusión de la decisión de un hombre de contraer matrimonio con otro hombre, o de una mujer de hacer lo mismo con otra mujer y si el Constituyente hubiese querido condicionar la institución del matrimonio solo a parejas heterosexuales habría utilizado el vocablo “entre” o hubiese repetido la redacción del art. 113 del Código Civil, según el cual un hombre y una mujer se unen.

También manifestó que:

Si las decisiones deben ser libres -como lo indica el art. 42 de la Constitución- para que se materialice la institución jurídica del matrimonio, entonces en función del principio de libertad no puede condicionarse la voluntad de una persona a contraerlo exclusivamente con otra del sexo opuesto, ya que el Estado estaría vulnerando el núcleo esencial del derecho a la libertad, porque es esta decisión libre la condición sine qua non para que tanto hombres como mujeres puedan celebrar el contrato solemne del matrimonio civil con personas de su mismo sexo o de sexos opuestos, pues las decisiones libres no pueden predicarse solamente de parejas heterosexuales ni el Estado puede reconocer, jurídicamente, sólo las decisiones manifestadas por dichas parejas, ya que se estaría protegiendo e incentivando un trato discriminatorio con los homosexuales.

Es por ello por lo que el demandante consideró que las personas que defendían el matrimonio heterosexual estaban erradas al hacer una interpretación literal de la norma, que resulta a toda costa violatoria de los principios de dignidad humana e igualdad, y que en definitiva constituye un trato discriminatorio hacía las parejas del mismo sexo.

La Corte analizó el alcance del derecho a la igualdad en relación con la protección a las minorías para determinar si los artículos mencionados resultan ser inexecutable. En ese sentido la expresión “procrear” no es un contenido normativo, es decir, no es un elemento esencial del matrimonio, al no constituir este causal de divorcio. Por otro lado la Universidad Externado de Colombia argumentó que la familia se puede constituir por vínculos naturales o jurídicos, o por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, y ninguna de estas, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, exige que sea una pareja heterosexual, es decir, el hecho de que el hombre y una mujer puedan conformar una familia no debe entenderse en un sentido restrictivo o negativo, por el contrario, es solo un tipo de familia, de las varias que pueden surgir.

La Corte indicó que, por ejemplo, una familia puede estar conformada por una madre soltera y su hijo (proveniente de una técnica de reproducción humana asistida), en consecuencia, resulta fácil descartar el requisito de pareja heterosexual como indispensable para conformar una familia. La Corte también analizó que, en aras de garantizar el derecho a libre desarrollo de la familia, las parejas homosexuales no pueden ver limitada su voluntad de conformar una familia únicamente a través de la unión de hecho, el ordenamiento debe ofrecer otras alternativas como el matrimonio para la constitución de una familia. En relación con este punto la corte concluyó que, si bien la protección es procedente, el encargado es el Congreso de la República. Resulta evidente que las parejas del

mismo sexo necesitan un mecanismo contractual que les permita formalizar sus relaciones, más allá de la unión de hecho, como se había mencionado anteriormente.

Finalmente, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte se declaró inhibida para tomar una decisión de fondo acerca de los cargos de la demanda y exhortó al Congreso para que legislara de manera sistemática respecto de las uniones de las parejas homosexuales, dada su precaria protección. La Corte le otorgó un plazo al Congreso de dos años, y de no sancionarse una legislación por el presidente, se autorizó a notarios y jueces competentes para formalizar dichos vínculos.

8. SINTESIS DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8.1. El voto singular del magistrado Ferrero Costa

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que es “presupuesto inexorable para ingresar a evaluar una eventual afectación del principio - derecho de igualdad, previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, que se proponga un término de comparación válido”, conforme al cual las dos situaciones que se comparan deben “compartir una esencial identidad”. No obstante, el demandante no aporta un término de comparación válido, ya que compara dos situaciones distintas: su matrimonio (entre personas del mismo sexo) con los matrimonios heterosexuales, como son todos los inscritos en el registro civil del Perú. Sería diferente si ya existiera inscrito en el registro civil peruano un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo y, pese a ello, se negara la inscripción del matrimonio del demandante. Aquí sí podría presentarse una discriminación, pero no es el caso. Y efectivamente, esta sería la consecuencia de accederse al pedido del demandante: tendría que ser inscrito en el RENIEC todo matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pues de lo contrario sería discriminatorio. De esta forma, en la práctica, la ponencia estaría implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución.

DECISIÓN: En aplicación de los artículos 5 inciso 1, y 38 del Código Procesal Constitucional, la demanda es **IMPROCEDENTE**, pues no está referida al contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. Como se ha sustentado, la Constitución (artículo 4º) consagra el matrimonio entre personas de diferente sexo, en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

OPINIÓN: Estoy de acuerdo con esta posición, pues considero que el Tribunal Constitucional, a través de una sentencia, no puede contradecir lo que señala la Constitución, que justamente deja la regulación del matrimonio al código civil, y en este último se indica que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer.

8.2. El voto singular del magistrado Miranda Canales

El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con un ciudadano mexicano.

Al respecto, el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional establece que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: “(...) 5. Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)”. En este caso, el Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas.

DECISIÓN: Al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma deberá ser declarada **IMPROCEDENTE**.

OPINION: No estoy de acuerdo con esta posición, ya que considero que la vía contenciosa administrativa no es la idónea para discutir un asunto de puro derecho como es la inscripción de un matrimonio celebrado lícitamente en el extranjero, donde no es necesaria una etapa probatoria y además donde indiciariamente se estaría vulnerando derechos fundamentales que requieren protección urgente.

8.3. El voto singular del magistrado Blume Fortini

La Constitución es una interpretación armónica o concordante de sus artículos 4 y 5, con su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que dispone que la Constitución se interpreta de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos; convención que en su artículo 17, al regular la protección a la familia, reconoce en su inciso 2) el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia. En tal sentido, hay un bloque convencional de interpretación que lleva a dicha conclusión.

No se trata pues, de un tratamiento peyorativo ni de discriminación frente a las personas del mismo sexo que se aman y deciden compartir un proyecto de vida, las cuales merecen máximo respeto y consideración. Empero, ocurre que en el Perú no está consagrado el derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, para que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de personas, sin que la misma se denomine matrimonio, pudiendo llamarse, por ejemplo, unión civil o utilizarse otra denominación.

DECISIÓN: No existe un derecho constitucional en juego, porque la Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, al no existir dicho presupuesto, la demanda resulta **IMPROCEDENTE** en aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

OPINIÓN: Estoy de acuerdo con esta posición, una demanda de amparo no es la vía para modificar un código ni mucho menos la Constitución. Para este último caso, existe en su propio texto un procedimiento especial. En adición a ello, si bien organismos internacionales se han pronunciado sobre el respeto de los derechos de la comunidad LGTBIQ, el texto de sus normas respecto al matrimonio sigue señalando que este se celebra entre un hombre y una mujer.

8.4. El voto singular del magistrado Sardón de Taboada

No todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú. El Código Civil fija un límite: solo deben serlo aquellos que son compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres. Ahora bien, según el artículo 4° del Código de Derecho Internacional Privado -conocido como Código Bustamante-, de 1928, suscrito por el Perú, “los preceptos constitucionales son de orden público internacional”.

Aunque el matrimonio de Ugarteche con Aroche fue celebrado válidamente en Ciudad de México, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil, sino también en la Constitución. Al ser esta noción un precepto constitucional, conforma el orden público internacional. Así la pretensión de la demanda cae fuera del ámbito de reconocimiento del Derecho peruano.

La demanda alega que no reconocer el “matrimonio igualitario” vulnera el derecho a la igualdad del demandante. Sin embargo, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, debe ser leído conjuntamente con el artículo 5, que contiene la noción de matrimonio antes señalada. Definir una institución -o un concepto- implica, inevitablemente, delimitar su contenido. Pretender que la definición del matrimonio -o, para el caso, la de cualquier otra institución o concepto- no delimite su contenido implica vaciarla de este. El contenido de todo término, en efecto, está dado tanto por lo que queda dentro como por lo que queda fuera de su definición. Definir es delimitar.

En referencia a que la demanda sustenta su pretensión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al absolver una consulta formulada por Costa Rica en 2017, ordenó establecer el “matrimonio igualitario” en todos los países americanos; esta opinión consultiva constituyó un

exceso evidente de los jueces que la suscribieron. Tres años después de emitida, podemos constatar que ninguno de los 34 países miembros de la OEA -a los que estaba dirigido su supuesto mandato- le ha hecho caso, salvo Ecuador. Ciertamente, algunos otros países americanos han reconocido el “matrimonio igualitario”, pero lo han hecho por decisión de sus órganos de gobierno, no en acatamiento del supuesto mandato de la Corte Interamericana. El Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó.

DECISIÓN: La demanda es **IMPROCEDENTE**, al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo.

OPINIÓN: Estoy de acuerdo en que no todo pronunciamiento de una Corte internacional de un Organismo del que Perú es miembro, deba ser replicado en nuestro territorio, pues como se pudo ver en el caso Schalk y Kopf, estas cortes no pueden obligar a un país a tener determinada posición sobre un asunto, porque todas las realidades son distintas.

8.5. El voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera

Lo cierto es que en el sistema interamericano no existe una prohibición de fórmulas matrimoniales distintas a las del matrimonio heterosexual, sino todo lo contrario. Desde casos como “Atala Riffo” o “Duque”, el razonamiento de la Corte Interamericana va en un sentido diferente. Sin embargo, y para despejar cualquier duda sobre el particular, basta con leer la Opinión Consultiva 24 del año 2017 para ver cómo la Corte Interamericana reconoce la relevancia de reconocer y proteger a los matrimonios igualitarios en los Estados sometidos a la competencia de la Corte, y además, establece la obligación de que los Estados no pongan trabas o dificultades a la consagración de estas fórmulas matrimoniales.

La consecuencia lógica de lo prescrito en la Opinión Consultiva 24 es muy clara. El Estado peruano no solamente debería limitarse a reconocer matrimonios igualitarios celebrados fuera de su territorio, sino que debía pasar a establecer una específica regulación tuitiva al respecto, y, además, suprimir cualquier traba a la tutela de la afirmación de estos matrimonios. En ese contexto, si RENIEC como entidad administrativa se sentía limitada a tomar decisiones en ese sentido en base a una discutible comprensión del principio de legalidad, y el Congreso continuaba guardando silencio al respecto, tocaba al Tribunal Constitucional por lo menos otorgar el reconocimiento al matrimonio igualitario de Ugarteche, para así no solamente cumplir con los compromisos internacionales ya suscritos, sino

también, y por sobre todo, no permitan que se plasme una situación de discriminación fácilmente apreciable con la sola aplicación del test de igualdad.

Aquí hay una clara situación comparable: la de la situación de todos los diferentes matrimonios celebrados en el extranjero. Ahora bien, y frente a esos matrimonios, uno de ellos, no es reconocido como los demás, y esta distinción se realiza en base a argumentos que como creo haber podido acreditar en este texto, no cuentan con una justificación, y por ende, son casos donde pura y simplemente se había consagrado un supuesto de discriminación, con el agravante que dicho comportamiento desconocía el cumplimiento de lo claramente señalado mediante espacios cuya competencia para pronunciarse al respecto había sido aceptada por el Estado peruano.

Y es que, en estricta aplicación del test de igualdad ante situaciones comparables, no veo que la distinción en realidad se sustenta en una justificación razonable. Más bien encuentro una situación de incumplimiento a los parámetros establecidos por el sistema interamericano que bien pueden llevar a que el señor Ugarteche pueda llevar su caso a la Comisión Interamericana, y luego, esta Comisión hacer suyo y llevar el caso a la Corte. El pronunciamiento de la Corte, luego de la Opinión Consultiva 24, es a todas luces previsible: Condena al Estado peruano, la cual no va implicar solamente el reconocimiento del matrimonio igualitario del señor Ugarteche en el Perú, sino también la exigencia de que el Estado peruano regule el matrimonio igualitario, para que así no se produzcan supuestos de discriminación y perjuicios al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como se ha producido en este caso en particular.

DECISIÓN: Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse producido una clara vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, y en relación con ello se causa también un perjuicio al desarrollo de derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la identidad.

OPINIÓN: No estoy de acuerdo con esta posición por dos motivos: La Opinión Consultiva 24/17 no es de obligatorio cumplimiento para el Perú y no hay dos situaciones que “compartan una esencial identidad”, como bien lo señaló el magistrado Ferrero Costa; toda vez que **EL SEÑOR UGARTECHE** compara dos situaciones distintas: su matrimonio (entre personas del mismo sexo) con los matrimonios heterosexuales, como son todos los inscritos en el registro civil del Perú.

8.6. El voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez

Lo que aquí se discute es la viabilidad de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo que ha sido celebrado en el extranjero. De esta forma, lo que es objeto de análisis en este proceso

constitucional es si el vínculo que han contraído los demandantes debe ser entendido como lesivo del orden público, esto es, si es que la celebración de dicho acto subvierte normas y principios esenciales del ordenamiento peruano. Para nosotros, el panorama que ha sido expuesto, y que el refleja una clara tendencia en los últimos años en diversos países de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo -posición que, además, ha sido también asumida por un organismo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos- genera que nos encontremos frente a la celebración de uniones que, en el Perú, no deberían ser bloqueadas por cláusulas de excepción, tal y como ocurre con el caso de las disposiciones de derecho internacional privado relacionadas con la necesidad de preservar el orden público.

Ahora bien, e independientemente del hecho que RENIEC no pueda invocar la excepción de orden público internacional cuando un órgano como la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya confirmado la validez de alguna regulación estatal, lo cierto es que las resoluciones que se han cuestionado en este caso también han tenido una importante incidencia en los derechos a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, la identidad y el libre desarrollo de la personalidad del recurrente y su pareja, ya que no se estaría brindando reconocimiento, en territorio peruano, al estado civil que adquirió, válidamente, fuera del mismo, y ello con la sola razón de su orientación sexual.

En consecuencia, por todo lo expuesto, no puede interpretarse que, desde la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, viene proyectada una sola modalidad matrimonial posible y que ella forma parte del orden público internacional. Desde una perspectiva constitucional, el matrimonio es un instituto constitucionalmente garantizado que permite que, en ejercicio de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas institucionalicen su afecto de pareja, dando lugar a una serie de derechos y obligaciones recíprocas. La Constitución o el orden público internacional no imponen que tales personas deban ser de distinto sexo. Por ende, ni la Constitución ni el orden público internacional prohíben el matrimonio homosexual.

Esta conclusión se refuerza si, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, se toma en consideración que la Corte IDH ha sostenido que “una interpretación restrictiva (...) que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, sin distinción alguna” (Opinión Consultiva OC-24/17, doc. cit., párr. 189).

Por todo lo expuesto, consideramos que la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al orden público internacional por dos razones principales: i) porque la Corte IDH ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos, como de hecho lo hicieron, en su momento, al interior de los Estados Unidos Mexicanos; y, ii) porque la Constitución peruana no avala la introducción de un trato discriminatorio en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil en función de su orientación sexual.

DECISIÓN: Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el de identidad, y del principio-derecho de dignidad humana.

OPINIÓN: No estoy de acuerdo con esta posición porque tanto en la Constitución peruana -que remite la regulación del matrimonio al Código Civil- así como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de San José, señalan textualmente que el derecho al matrimonio lo tienen el hombre y la mujer.

9. OPINIÓN CONSULTIVA 24/17

En los últimos años, el derecho internacional de los derechos humanos se ha hecho eco de las prácticas de discriminación y de violencia que sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) y ha desarrollado estándares específicos para la promoción y protección de derechos de esta población. En efecto, si bien no se cuenta con una convención internacional específica, los órganos de protección de derechos humanos se han encargado, a través de distintos instrumentos, de calificar a la orientación sexual e identidad de género como una de las categorías de discriminación prohibida y han favorecido la promoción de políticas tuitivas hacia estas diversidades¹³. La nueva opinión consultiva de la Corte IDH se inscribe en este proceso.

En términos generales, la relevancia de este pronunciamiento del máximo tribunal interamericano consiste en sostener y profundizar estos avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En particular, la Opinión Consultiva OC 24/17 se destaca por considerar a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y por resaltar el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación a una amplia lista de derechos (derechos laborales, relacionados con la seguridad social, derechos de familia, entre otros) de esta población históricamente discriminada y estigmatizada.

Valor de las opiniones consultivas

El propósito de las opiniones consultivas es interpretar el cuerpo normativo interamericano. Desde sus comienzos, la Corte IDH se ha servido de esta función para desarrollar una interpretación *pro homine* sobre los derechos involucrados en las consultas. Basta leer detenidamente algunas de ellas para advertir la importancia de esta vía interpretativa de la Corte IDH y su incidencia directa en la

¹³ En efecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, del 22 de diciembre de 2008, que reafirma el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. En igual sentido, la Asamblea General de la OEA aprobó otras resoluciones que instan a los Estados Miembros a eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra las personas LGBTI. A su vez, la Corte IDH, en el caso “Atala Riffo y Niña vs. Chile”, en su considerando 93, estableció que “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual” (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239). Por su parte, en marzo de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decidió incluir como tema prioritario a los derechos de las personas LGBTI y emitió el informe “Violencia hacia las personas LGBTI”.

real vigencia de los derechos humanos. Desde el año 1982, año en que dictó la primera, la Corte Interamericana ha elaborado 27 opiniones consultivas.

Situación de los derechos de las personas LGTBI

En la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte IDH describe al contexto relacionado con los derechos de las personas LGTBI, a las que define como “históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales”¹⁴. A juicio del tribunal regional, “una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGTBI es la que se materializa en situaciones de violencia”. En esa línea, destaca los informes de Naciones Unidas sobre los abusos por parte de las fuerzas de seguridad y penitenciarias a la vez que advierte que la violencia no sólo se extiende en el ámbito público, sino que también se encuentra presente en la esfera privada.

En materia de acceso a la justicia, la Corte IDH afirma que la respuesta a los hechos de violencia “suele no ser adecuada, pues a menudo no se investigan o enjuician a las personas responsables, ni tampoco existen mecanismos de apoyo a las víctimas”¹⁵.

La Opinión Consultiva OC-24/17 destaca que la falta de acceso a derechos se agrava con el entrecruzamiento de la condición de la orientación sexual, identidad de género y/o diversidad corporal, con otros factores, como el sexo, el origen étnico, la edad, la condición social.

Finalmente, sobre la especial situación de vulnerabilidad de las personas trans, la Corte señala “los diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto-percibido”¹⁶.

Expansión de derechos para las diversidades sexuales y de género

En la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte IDH resalta que los Estados se deben abstener de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear

¹⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 33.

¹⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 38.

¹⁶ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 42.

situaciones de discriminación de jure o de facto¹⁷, teniendo en cuenta que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona¹⁸.

Así, una de las disposiciones más importantes de este nuevo pronunciamiento se refiere al deber de los Estados de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a los siguientes derechos: “seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte”¹⁹.

En esta “lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades” —tal como lo llama la Corte IDH— de los cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares, se incluyen, entre otros aspectos, “los impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos”²⁰.

Sobre la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH

Para la Corte IDH, toda expresión de género constituye una categoría protegida por la CADH. Así, la Corte IDH señala que “la prohibición de discriminar con base en la identidad de género se entiende no únicamente teniendo en cuenta a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no”²¹.

¹⁷ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 61.

¹⁸ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 61.

¹⁹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 196.

²⁰ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 197.

²¹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 79.

Sobre este tema, el tribunal regional puntualiza que algunos Estados de la región han reconocido en sus ordenamientos jurídicos internos que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes discriminatorios.

- *El derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambios de nombre*

La Corte IDH establece que la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad²².

Asimismo, para el tribunal regional, la publicidad no deseada respecto al cambio de identidad de las personas trans puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos. Es por ello que precisa que los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros o en los documentos de identidad, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad²³.

La Corte IDH precisa que la regulación y la implementación de esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del o la solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes²⁴. En este sentido, el tribunal resalta que el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana²⁵.

- *Alcance del derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes*

²² Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 111.

²³ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 135.

²⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 127

²⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 146.

La opinión consultiva es categórica en cuanto a que estos mismos derechos son extensivos a las personas menores de edad, y que cualquier restricción que se imponga a su ejercicio debe ser justificada y proporcional²⁶.

- *Carácter del procedimiento: ¿administrativo o judicial?*

En relación con la naturaleza que deberían tener los procesos destinados al cambio de nombre, el tribunal interamericano afirma que los Estados deben definir el procedimiento más adecuado según cada contexto y su derecho interno; sin embargo, enumera una serie de requisitos que deben seguir estos procesos: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad; y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales²⁷.

La protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo

Sobre la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, la opinión consultiva bajo estudio determina que no debe hacerse una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, ya que ello frustraría el objeto y fin de la CADH²⁸.

Para la Corte IDH, las parejas del mismo sexo deben gozar de los mismos derechos generados por el vínculo familiar que las parejas heterosexuales. Asimismo, la opinión consultiva reconoce que las familias pueden estar conformadas por personas con diversas identidades de género y/u orientaciones sexuales. Para el tribunal, se debe reconocer igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada²⁹.

²⁶ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 154.

²⁷ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 160.

²⁸ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 189.

²⁹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 192.

En particular, la Corte IDH resalta la importancia de la adecuada protección judicial. Al respecto, establece que: “la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido”³⁰, en especial cuando parejas del mismo sexo recurren al sistema judicial, y se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí.

Finalmente, la opinión consultiva señala que se deben proteger, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo³¹.

³⁰ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 83.

³¹ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 198.

10. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha podido analizar los argumentos a favor y en contra del matrimonio igualitario, desde la perspectiva de los magistrados que conforman el Tribunal Constitucional, no sin antes realizar un desarrollo teórico de los conceptos que más fueron mencionados por las partes procesales.

Disgregar y estudiar detenidamente los conceptos teóricos como los fundamentos legales fueron de vital importancia para comprender la decisión final del Tribunal Constitucional de declarar improcedente la demanda de amparo en comentario; decisión que comparto toda vez que, considero que mediante una Sentencia no se puede contradecir la Constitución, y si efectivamente se ha constatado que nuestra carta magna se encuentra desfasada, existe un procedimiento específico para modificarla.

Considero, además, que este caso pudo haber sido llevado a una Corte internacional, cuyo pronunciamiento muy probablemente hubiese sido a favor de los demandantes, dado que, a estas alturas del siglo XXI, reconocer y otorgar legalidad a un matrimonio de personas de igual sexo ya no escandaliza naciones. Hubiese sido enriquecedor también observar como una decisión de este tipo de tribunales hubiese repercutido en nuestro ordenamiento, en el Perú en general, que sigue manteniéndose conservador.

11. OPINIÓN

En mi opinión, las personas que conforman la comunidad LGTBIQ merecen respeto y mayor protección, puesto que hasta la actualidad son un grupo marginado tanto por la sociedad como por las leyes, no obstante, reitero que una Sentencia del Tribunal Constitucional no es la forma de otorgar derechos.

Para que este grupo realmente disfrute de sus derechos al igual que una persona heterosexual, conforme manda nuestra Constitución, los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos, se requiere una reforma del Código Civil de 1984, que evidentemente es obsoleto a la realidad actual.

En este punto es preciso recordar la frase “el Derecho sigue a la persona, no la persona al Derecho”, pues es por la sociedad que existe el derecho y no al revés.

13. REFERENCIAS

1. Protocolo Adicional a La Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
2. Código Procesal Constitucional.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Exp. 05652-2007-PA/TC, punto 21 (Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.html>)
4. Al respecto, cfr. ARDITO VEGA, Wilfredo, “Las ordenanzas contra la discriminación (Cuaderno de Trabajo N° 13)”. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, setiembre de 2009. (Ver: <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/documentos/Cuaderno%2013.pdf>)
5. Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párrafo 228.
6. Las conclusiones preliminares de dicha Sesión Especial figuran en el documento CAJP/GT/RDI-16/05, “Informe de la Relatora”.
7. SANCHEZ ROMAN, Felipe: Estudios de Derecho Civil. Madrid 1898, T.V. Vol. I, pág. 398.
8. SOMARRIVA, Manuel: El Derecho de Familia. Santiago de Chile, 1936, pág. 21.
9. PLANIOL: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. La Habana, 1949. Pág. 98.
10. ARIAS, José: Derecho de Familia. Ed. Kraft. Buenos Aires, 1943. Pág. 77.
11. Opinión Consultiva OC-24/17